



Thèse pour l'obtention du titre de docteur en droit

## **Le mandat de justice dans les procédures collectives**

Présentée et soutenue publiquement le 15 décembre 2022 par :  
David LEMBERG-GUEZ

### **JURY**

**Monsieur François-Xavier LUCAS**

Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne (Paris I), Directeur de recherche

**Monsieur Pierre CAGNOLI**

Professeur à l'Université Côte d'Azur

**Monsieur Emmanuel JEULAND**

Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne (Paris I)

**Madame Françoise PÉROCHON**

Professeur à l'Université de Montpellier

**Madame Jocelyne VALLANSAN**

Conseiller à la Cour de cassation - agrégée des facultés



*À Francesca,  
À ma famille,  
À mes amis,*



L'Université n'entend donner ni approbation ni improbation aux idées émises dans les thèses.  
Ces idées doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



## REMERCIEMENTS

Mes premiers remerciements vont à Monsieur le professeur François-Xavier Lucas. Je souhaite lui exprimer ma profonde gratitude pour l'implication et la bienveillance dont il a fait preuve dans la conduite de cette thèse. Travailler sous sa direction a été un honneur et un privilège tant les conseils et l'éclairage qu'il m'a apportés ont été précieux et inspirants.

Je remercie ensuite Madame le professeur Françoise Pérochon, Madame le conseiller Jocelyne Vallansan et Messieurs les professeurs Emmanuel Jeuland et Pierre Cagnoli pour m'avoir fait l'honneur d'accepter de siéger dans mon jury.

Je tiens encore à remercier ma famille pour le soutien et les encouragements qu'elle m'a apportés tout au long de ces années de travail.

Je souhaite exprimer mes remerciements spéciaux à Francesca qui a rejoint l'aventure en cours de route et aux avant-postes, s'assurant ainsi de mon arrivée à bon port.

Mes remerciements très reconnaissants à Emma, Lilian, Lisa, Liza et Romain qui m'ont tant aidé grâce à leurs précieuses relectures. Mes remerciements infinis à Floriane pour son aide dans l'achèvement de ce travail.

Ce travail n'aurait pas été le même sans toutes les discussions que j'ai eues avec nombre de mes compagnons de recherche. Que soient ainsi remerciés Annette, Antonin, Bérénice, Charles, Clément, Elio, Étienne, Flora, Ingrid, Julie, Liane, Louise, Marie, Marion, Mathilde, Olivier, Oscar, Sarah, Sophie, Thomas.

Enfin, pour la qualité de nos échanges quotidiens, une pensée pour David et Maxime.





## PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

A.	Arrêté
Act. proc. coll.	Actualités des procédures civiles et collectives
Al.	Alinéa
AN	Assemblée nationale
Ann. dr. com	Annales de droit commercial
APD	Archives de philosophie du droit
Art.	Article
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
BJE	Bulletin Joly Entreprises en difficultés
BJS	Bulletin Joly Sociétés
BJT	Bulletin Joly Travail
BRDA	Bulletin rapide de droit des affaires
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles (I, II, III), commerciale (IV) et sociale (V)
Bull. crim	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. envir.	Code de l'environnement
C. trav	Code du travail
CA	Cour d'appel
Cah. soc.	Cahiers Sociaux
CCC	Contrats concurrence consommation
CDE	Cahiers de droit de l'entreprise
Chron.	Chronique
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Comm.	Commentaire
Comp.	Comparer
Concl.	Conclusions
Cons. constit.	Conseil constitutionnel
D.	Décret
D.	Recueil Dalloz
D. affaires	Dalloz affaires
Déb.	Débats parlementaires
Defr.	Defrénois
DH	Dalloz hebdomadaire
Dir.	Sous la direction de
Dr. & pat.	Droit & patrimoine
Dr. et proc.	Droit et procédure
Dr. soc.	Droit social
Dr. sociétés	Droit des sociétés
Éd.	Édition
Ég.	Également
<i>Et al.</i>	<i>Et alii</i> (et autres)
Et s.	Et suivants
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
HS	Hors-série

## Principales abréviations

<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (au même endroit)
J. sociétés	Journal des sociétés
JCl.	JurisClasseur
JCl. Proc. coll	JurisClasseur Procédures collectives
JCl. Soc.	JurisClasseur Sociétés Traité
JCP E	La Semaine juridique – Entreprises et affaires
JCP G	La Semaine juridique – Édition générale
JCP N	La Semaine juridique – Édition notariale et immobilière
JCP S	La Semaine juridique – Social
JO	Journal officiel de la République
Jur.	Jurisprudence
L.	Loi
LEDEN	L’essentiel Droit des entreprises en difficulté
LPA	Les Petites affiches
N°	Numéro
Not.	Notamment
Obs.	Observations
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> (dans l’ouvrage cité)
Ord.	Ordonnance
P.	Page
P. ex.	Par exemple
Préc.	Précité
Préf.	Préface
PU	Presses universitaires
PUAM	Presses universitaires d’Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PUG	Presses universitaires de Grenoble
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rapp.	Rapport
Rappr.	Rapprocher
RD bancaire et fin.	Revue de droit bancaire et financier
RDC	Revue des contrats
RDI	Revue de droit immobilier
RDT	Revue de droit du travail
Rép. com.	Répertoire Dalloz de droit commercial
Rép. min.	Réponse ministérielle
Rép. civ.	Répertoire Dalloz de droit civil
Rev. huissiers	Revue des huissiers
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives civiles et commerciales
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RJC	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
S.	Sirey
SA	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée
SAS	Société par actions simplifiée
SCA	Société en commandite par actions
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Somm.	Sommaires
Spéc.	Spécialement
SSL	Semaine Sociale Lamy

## Principales abréviations

T.	Tome
TC	Tribunal de commerce
TGI	Tribunal de grande instance
Th.	Thèse
V.	Voir
V°	<i>Verbo</i> (mot)
Vol.	Volume



# SOMMAIRE

## Introduction

### *Première Partie*

#### *Les limites de la scission des fonctions des mandataires de justice*

##### **Titre 1 : La fonction du mandataire judiciaire**

Chapitre 1 : L'ambiguïté des actions du mandataire judiciaire au regard de l'objectif de paiement des créanciers

Chapitre 2 : Le monopole de la défense de l'intérêt collectif des créanciers au service de la poursuite de l'activité

##### **Titre 2 : La fonction de l'administrateur judiciaire**

Chapitre 1 : L'efficacité relative des actions de l'administrateur judiciaire

Chapitre 2 : La finalité conservatoire de la mission de l'administrateur judiciaire

### *Deuxième Partie*

#### *Les fonctions des mandataires de justice appréhendées au spectre de l'intérêt général*

##### **Titre 1 : La défense de l'intérêt général dans les actions en justice des mandataires de justice**

Chapitre 1 : L'habilitation à exercer une mission de police de la vie des affaires

Chapitre 2 : L'habilitation à se substituer dans l'intérêt de l'entreprise

##### **Titre 2 : La défense de l'intérêt général dans l'assistance au tribunal**

Chapitre 1 : L'assistance apportée au tribunal statuant sur le sort de l'entreprise

Chapitre 2 : L'assistance apportée au tribunal dans la prise en compte de l'expression des créanciers

### *Troisième Partie*

#### *Le statut des mandataires de justice*

##### **Titre 1 : La réglementation de la profession de mandataire de justice**

Chapitre 1 : La construction historique d'une profession d'auxiliaire de justice

Chapitre 2 : La singularité d'une profession concourant à une mission d'intérêt général

##### **Titre 2 : La distribution judiciaire des mandats**

Chapitre 1 : La désignation des mandataires de justice

Chapitre 2 : La rémunération des mandataires de justice



## INTRODUCTION

« *Ce beau drame commercial a trois actes distincts : l'acte de l'Agent, l'acte des Syndics, l'acte du Concordat. Comme toutes les pièces de théâtre il offre un double spectacle : il a sa mise en scène pour le public et ses moyens cachés, il y a la représentation vue du parterre et la représentation vue des coulisses. (...) L'Agent, au lieu d'être l'homme des créanciers, peut devenir l'homme du débiteur. (...) Ainsi, l'acte de l'Agent est l'acte décisif. Cet homme, ainsi que l'Agréé, joue la grande utilité dans cette pièce où, l'un comme l'autre, ils n'acceptent leur rôle que sûrs de leurs honoraires. Sur une moyenne de mille faillites, l'Agent est neuf cent cinquante fois l'homme du failli. À l'époque où cette histoire eut lieu, presque toujours les Agréés venaient trouver le Juge-Commissaire et lui présentaient un Agent à nommer, le leur, un homme à qui les affaires du négociant étaient connues et qui saurait concilier les intérêts de la masse et ceux de l'homme honorable tombé dans le malheur. Depuis quelques années, les juges habiles se font indiquer l'Agent que l'on désire, afin de ne pas le prendre, et tâchent d'en nommer un quasi-vertueux. »*

H. de Balzac, *Histoire de la grandeur et de la décadence de César Birotteau*<sup>1</sup>

**1. Représentation de la profession de mandataire de justice.** L'acerbé présentation d'une procédure de faillite au début du XIX<sup>e</sup> siècle par Honoré de Balzac montre les difficultés qui peuvent naître de l'exercice d'un mandat de justice dans une procédure collective. Dans cet extrait de *César Birotteau*, le romancier invite à s'interroger sur la désignation, la rémunération ou la probité des mandataires de justice chargés d'administrer le patrimoine d'un débiteur en faillite. Le théâtre pouvant être défini comme le lieu de la représentation<sup>2</sup>, la métaphore filée permet à l'auteur de pointer la duplicité des agents et des syndics.

---

<sup>1</sup> In *La comédie humaine, Études de mœurs : scènes de la vie parisienne* (éd. publ. sous la dir.) de P.-G. Castex, t. VI, Gallimard, coll. Bibliothèque de la Pléiade, 1977, pp. 272-274.

<sup>2</sup> P. Robert, (remanié et amplifié sous la dir.) J. Rey-Debove et A. Rey, *Le Petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, 2017, v<sup>o</sup> « Théâtre » : « Art visant à représenter devant un public, selon des conventions qui ont varié avec les époques et les civilisations, une suite d'évènements où sont engagés des êtres humains agissant et parlant ».

## Introduction

Sur scène, c'est-à-dire dans la salle d'audience du tribunal, le mandataire de justice porterait le costume du représentant de la collectivité des créanciers mais, sitôt le théâtre quitté, il enfilerait son véritable habit d'homme du failli.

Cette description de l'action des mandataires de justice apparaît pour le moins paradoxale au regard de la définition des termes désignant les différentes fonctions qu'ils sont appelés à exercer. Issu du verbe latin *agere* signifiant agir, l'*agens* est étymologiquement « celui qui fait, qui s'occupe de ». Le terme d'agent renvoie dans un sens plus contemporain à la « Personne chargée des affaires et des intérêts d'un individu, d'un groupe ou d'un pays, pour le compte desquels elle agit. »<sup>3</sup> Dérivé du grec *σύνδικος* signifiant « qui assiste en justice », le syndic renvoie, dans un sens général, à l'« Agent chargé de prendre soin des affaires de certaines personnes, compagnies ou corporations. »<sup>4</sup> Enfin, le mandataire est la personne qui reçoit un mandat, c'est-à-dire un « Acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour elle et en son nom. »<sup>5</sup> Lorsque ce pouvoir est accordé par une juridiction, il ne s'agit pas d'habiliter le mandataire à exercer un acte pour le compte de la juridiction mais de lui confier la charge d'un intérêt déterminé. Il en va ainsi en cas de vacance du pouvoir chargé d'administrer un intérêt ou lorsque ce pouvoir fait l'objet d'une défiance<sup>6</sup>. Le mandat de justice apparaît alors, selon la définition proposée par M. Gil, comme une réponse judiciaire à une crise de pouvoir placé sous confiance de justice<sup>7</sup>.

À cet égard, si les pratiques décrites dans *César Birotteau* révélaient les travers du système instauré par le code de commerce de 1807, il ne faisait aucun doute que, en théorie, les mandataires de justice devaient agir dans l'intérêt des créanciers du débiteur failli. Qu'ils fussent agents ou syndics, ces personnes auraient ainsi dû inspirer la confiance des tribunaux comme des créanciers. Dès l'entrée en vigueur du code de commerce, la question du contrôle des personnes chargées de l'administration de la procédure était donc posée.

**2. Le retrait du droit des créanciers de choisir leur mandataire.** La réponse apportée à la situation décrite par Balzac, qui a écrit son roman alors que la loi du 28 mai 1838 était en cours d'élaboration<sup>8</sup>, fut de retirer aux créanciers le droit de désigner la personne chargée de

---

<sup>3</sup> P. Robert, (remanié et amplifié sous la dir.) J. Rey-Devove et A. Rey, *op.cit.*, v° « Agent ».

<sup>4</sup> Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, (dir.) G. Cornu, PUF, 14<sup>e</sup> éd., 2022, v° « Syndic ».

<sup>5</sup> *Ibid.*, v° « Mandat ».

<sup>6</sup> G. Gil, *Le mandataire de justice*, préf. J. Mestre, PUAM, 2003, n° 19, p. 25.

<sup>7</sup> *Ibid.*, n° 18, p. 21.

<sup>8</sup> Y. Guyon, « Une faillite au début du XIX<sup>e</sup> siècle selon le roman de Balzac "César Birotteau" », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, PUAM, 1974, n° 2, p. 378. Sur l'influence limitée que l'œuvre a exercée sur les travaux parlementaires, v. T. de Ravel d'Esclapon, « De la littérature et du réel : *César Birotteau* et l'exemple du droit des faillites », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Luc Vallens*, Joly, Lextenso éditions, 2017, p. 145. Pour une étude



l'administration de la procédure. Pourtant, la finalité de la procédure de faillite étant le paiement des créanciers, leur confier le soin de désigner la personne chargée d'administrer la procédure pouvait sembler naturel au législateur napoléonien<sup>9</sup>. Sous l'empire du code de commerce de 1807, seul l'agent, chargé de la gestion provisoire de la faillite avant la désignation d'un syndic<sup>10</sup>, était directement désigné par le tribunal<sup>11</sup>. Le syndic provisoire, qui lui succédait, était encore choisi par le tribunal mais cette fois à partir d'une liste établie par les créanciers<sup>12</sup>. Enfin, le choix du syndic définitif était directement l'œuvre des créanciers<sup>13</sup>. L'absence d'implication de la part de ces derniers aboutissait cependant aux errements dépeints par Balzac.

En réaction à cette situation, la loi du 28 mai 1838 a supprimé la fonction d'agent et retiré aux créanciers le soin de désigner ou de proposer une liste de syndics aux tribunaux. Seuls ces derniers pouvaient désormais désigner les syndics et aucune réforme n'est revenue sur cette modalité de distribution des mandats. En somme, dans l'intérêt des créanciers, le législateur les a privés du droit de choisir leur mandataire.

**3. La professionnalisation de la fonction de syndic.** La désignation par les créanciers n'était pas la seule difficulté posée par le code. L'opportunité de permettre l'exercice à titre professionnel de la fonction de syndic était également débattue. Le législateur y était hostile. Ainsi, l'article 456 du code de commerce interdisait d'être nommé agent plus de deux fois dans l'année, à moins d'avoir la qualité de créancier. L'article 485 dudit code précisait encore que les agents désignés par le tribunal parmi les créanciers n'étaient pas rémunérés. En revanche, le nombre de désignations en qualité de syndic n'était pas limité et le code de commerce ne précisait pas les modalités de leur rémunération. Il semble néanmoins que, dans cette hypothèse aussi, seuls les syndics qui n'étaient pas choisis parmi les créanciers recevaient une rémunération<sup>14</sup>. Avec ce système, les rédacteurs du code avaient cherché à empêcher que l'exercice de la fonction de syndic ne devînt une profession. Les résultats étaient cependant

---

du droit de la faillite dans l'œuvre de Balzac élargie aux *Illusions perdues* et *Eugénie Grandet*, v. ég. E. Gicquiaud, « Le droit de la faillite », in (dir.) N. Dissaux, *Balzac, romancier du droit*, LexisNexis, 2012, p. 195.

<sup>9</sup> Exposé des motifs du Code de commerce de 1807, présenté au corps législatif, Librairie de l'Imprimerie Impériale, Paris, 1807, p. 44.

<sup>10</sup> C. com., art. 459, en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 1808.

<sup>11</sup> C. com., art. 454, en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 1808.

<sup>12</sup> C. com., art. 480, en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 1808. Les rédacteurs du code précisant qu'il leur été apparu que « cette disposition était la seule qui pût concilier le droit et l'intérêt des créanciers la certitude d'un bon choix » (Exposé des motifs du Code de commerce de 1807, présenté au corps législatif, Librairie de l'Imprimerie Impériale, Paris, 1807, p. 44).

<sup>13</sup> C. com., art. 527, en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 1808.

<sup>14</sup> J. Percerou, avec la collab. de M. Desserteaux, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, t. 2, Rousseau et C<sup>ie</sup>, 2<sup>e</sup> éd., 1937, n° 1086 bis, p. 517. Renouard soulignait néanmoins la diversité des pratiques en la matière (A.-C. Renouard, *Traité des faillites et banqueroutes*, t. 1, Guillaumin, 3<sup>e</sup> éd., 1857, p. 457).

contreproductifs, l'exercice de cette fonction nécessitant une habitude des affaires et une connaissance technique des procédures de faillite, ce dont les créanciers n'étaient pas nécessairement pourvus<sup>15</sup>.

Les règles ont évolué à la suite de l'adoption de la loi du 28 mai 1838. Le nouvel article 462 du code de commerce disposait désormais que le tribunal nommait les syndics après une simple consultation des créanciers et précisait qu'ils pouvaient recevoir une indemnité, quelle que soit leur qualité, après avoir rendu compte de leur gestion. En libéralisant les conditions de désignation des syndics, la loi du 28 mai 1838 a ainsi levé les obstacles à la constitution d'une profession de syndic. Toutefois, contrairement aux autres professions juridiques qui faisaient déjà l'objet d'une réglementation sous l'Ancien Régime, le législateur n'a pas prévu de règles spécifiques régissant l'exercice de la fonction de syndic à titre professionnel.

**4. La première structuration de la profession de syndic par les tribunaux de commerce.** Dans ces conditions, ce sont les juridictions consulaires qui se sont progressivement chargées d'établir les règles encadrant l'exercice de la fonction de syndic. Le tribunal de commerce de la Seine a été la première juridiction à constituer auprès d'elle une compagnie de syndics en 1876<sup>16</sup>. La création de cette compagnie était avant tout destinée à assurer l'efficacité de la surveillance des professionnels en imposant une solidarité financière entre ses membres ainsi qu'un contrôle de leurs comptes<sup>17</sup>. Si elle constituait une forme d'organisation corporative, le président de la compagnie était nommé et remplacé par le président du tribunal de commerce et les modifications des statuts de cette compagnie devenaient obligatoires seulement après approbation du tribunal dont il pouvait imposer le contenu<sup>18</sup>. Autrement dit, la première forme d'organisation de la profession de syndic faisait de ces derniers des auxiliaires au service d'une juridiction en particulier. En l'absence de réglementation légale, ces compagnies de syndics relevaient davantage d'une structuration de fait que de droit<sup>19</sup>. Les critiques contre la profession de syndic ont perduré tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>20</sup>. Par ailleurs, la désignation des mandataires

---

<sup>15</sup> J. Percerou, *op. cit.*, n° 1086 bis, p. 517 ; C. Lyon-Caen et L. Renault, *Traité de droit commercial. Des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires*, t. VII, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 1914, n° 433, p. 478.

<sup>16</sup> L'initiative a été imitée par les tribunaux de trois autres grandes villes, Marseille, Lyon et Bordeaux (« Des essais d'organisation des syndics de faillite près les Tribunaux de commerce », *J. faillites* 1883, p. 134).

<sup>17</sup> E. Camberlin et P. Camberlin, *Manuel pratique des tribunaux de commerce, à l'usage des magistrats, des justiciables, des officiers ministériels et des divers auxiliaires de la juridiction commerciale*, A. Chevalier-Marescq et C<sup>ie</sup>, 1903, p. 547.

<sup>18</sup> « Des essais d'organisation des syndics de faillite près les Tribunaux de commerce », *J. faillites* 1883, p. 134

<sup>19</sup> H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé, Introduction, Notions fondamentales, Organisation judiciaire*, t. 1, Sirey, 1961, n° 1167 p. 940.

<sup>20</sup> E. Lamaignère, *Des syndics de l'union*, th. Bordeaux, 1910, p. 12.

de justice intervenant en matière civile a également fait l'objet de vives critiques. En particulier, la liquidation des congrégations, consécutive aux lois du 1<sup>er</sup> juillet 1901 et 7 juillet 1904, a provoqué un scandale en raison des malversations commises par les liquidateurs nommés par les juridictions civiles<sup>21</sup>.

En réponse, plusieurs projets de réforme ont été proposés afin de mieux réglementer l'ensemble des désignations des mandataires de justice, qu'elles soient le fait de juridictions civiles ou commerciales. Le garde des sceaux a ainsi déposé en 1910 un projet de loi prévoyant une unification des règles d'inscription sur les listes<sup>22</sup>. D'autres ont suggéré, à cette occasion, de soumettre les mandataires de justice au contrôle de l'inspection générale des finances, voire de confier cette fonction à des fonctionnaires<sup>23</sup>. Cependant, à la suite du dessaisissement des liquidateurs chargés de la liquidation des congrégations, la nécessité de réformer le mandat de justice est apparue moins urgente et le projet a été abandonné<sup>24</sup>. Par conséquent, il a fallu attendre la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle pour que la profession de mandataire de justice soit dotée d'une réglementation officielle unifiée.

### **5. La consécration officielle de la profession de syndic par le décret du 20 mai 1955.**

Le décret n° 55-603 du 20 mai 1955, complété par les deux décrets d'application n° 56-608 du 18 juin 1956 et n° 59-708 du 29 mai 1959, a consacré l'existence légale de la profession de syndic et affermi les règles régissant cette profession. Cette réforme a rapproché le statut des syndics de celui qui s'appliquait aux autres professions juridiques réglementées. À l'instar des avocats, des avoués, des huissiers, des commissaires-priseurs ou des agréés près les tribunaux de commerce, les syndics ont été dotés d'une véritable organisation professionnelle exerçant un contrôle sur l'accès comme la discipline de la profession. Dans ces domaines, ces décrets ont réduit l'influence des tribunaux de commerce au profit des cours d'appel en transférant à ces dernières la responsabilité de l'inscription et du contrôle des mandataires de justice. Une répartition des rôles a donc été opérée entre les juridictions consulaires distribuant les mandats et les cours d'appel chargées du contrôle de la profession. À cet égard, les syndics sont devenus des auxiliaires au service moins d'une juridiction particulière que de la justice en un sens plus

---

<sup>21</sup> B. Soinne, *Les mandataires de justice*, Litec, 2003, n° 3, p. 5.

<sup>22</sup> Sur ce projet, v. A. Sabatier, « Administrateurs et liquidateurs judiciaires. Syndics et experts », *Rev. pol. parl.* 1910, t. LXV, p. 480.

<sup>23</sup> A. Tissier, « Les liquidateurs judiciaires », *Rev. pol. parl.* 1910, t. LXIV, p. 25.

<sup>24</sup> G. Gil, *op. cit.*, n° 681, p. 308.

institutionnel. Le décret du 20 mai 1955 a également consacré un trait caractéristique de la profession de syndic tenant à l'existence de strictes incompatibilités d'exercice<sup>25</sup>.

**6. La distinction entre les fonctions des mandataires de justice gérant les biens d'autrui sous l'empire du décret du 20 mai 1955.** Le premier alinéa de l'article 1<sup>er</sup> du décret du 20 mai 1955 *relatif aux syndics et aux administrateurs judiciaires* posait le principe d'un monopole des personnes inscrites en vue d'une désignation judiciaire pour gérer les biens d'autrui, ce qui aboutissait à une large définition du domaine d'intervention réservé aux mandataires de justice. Le deuxième alinéa précisait que, dans chaque circonscription, la liste pouvait être divisée en deux sous-sections, l'une de ces sous-sections devant être réservée aux mandataires de justice exerçant les fonctions de syndic de faillite ou d'administrateur au règlement judiciaire. Si le décret du 20 mai 1955 ne le précisait pas expressément, il résultait du décret du 18 juin 1956 que l'autre sous-section regroupait les administrateurs-liquidateurs de sociétés intervenant hors du champ des procédures collectives<sup>26</sup>. Autrement dit, le départ entre les sous-sections se faisait selon que le mandataire de justice était inscrit afin d'être désigné pour exercer une fonction relative à une procédure collective ou une mission relative à une société *in bonis*<sup>27</sup>. Toutefois, en dehors des juridictions parisiennes, la distinction entre de telles sous-sections n'existait pas, si bien que les personnes inscrites étaient amenées à exercer des mandats distribués lors d'une procédure collective comme ceux répondant aux besoins d'une société *in bonis*<sup>28</sup>.

L'introduction de la procédure de suspension provisoire des poursuites par l'ordonnance du 23 septembre 1967 a contribué à brouiller la frontière entre ces deux champs d'intervention. En effet, la suspension provisoire des poursuites prévoyait la désignation d'un curateur chargé de surveiller les opérations financières et commerciales, d'assister le débiteur ou d'assurer l'administration provisoire de la société<sup>29</sup>. Or, les textes ne précisait pas qui pouvait être désigné curateur dans cette procédure qui relevait du champ des procédures collectives. La question se posait singulièrement pour les mandataires de justice inscrits auprès des juridictions parisiennes et qui relevaient soit de la liste des mandataires de justice exerçant une fonction

---

<sup>25</sup> D. n° 55-603 du 20 mai 1955 *relatif aux syndics et aux administrateurs judiciaires*, art. 3 : « Nul ne peut être inscrit sur la liste visée à l'article 1<sup>er</sup> ci-dessus s'il exerce une profession commerciale, des fonctions impliquant subordination ou des fonctions d'auxiliaire de justice ».

<sup>26</sup> B. Soinne, « Administrateur provisoire – Syndic : Unité ou dualité des fonctions et des professions », *D.* 1982, chron., p. 74.

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> Ord. n° 67-820 du 23 septembre 1967 *tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises*, art. 13.

relative à une procédure collective, soit la liste des mandataires de justice intervenant auprès de sociétés *in bonis*. Faute de précisions des textes, les seconds ont pu être désignés dans cette procédure de redressement, contribuant ainsi « à entretenir la confusion entre leur fonction normale et celle de syndic »<sup>30</sup>. C'est dans ce contexte, et celui plus largement d'une critique persistante de la profession de syndic<sup>31</sup>, qu'une scission des fonctions de syndic de faillite a été évoquée pour la première fois dans des projets de réforme proposés au milieu des années 1970<sup>32</sup>. Cette scission n'interviendra cependant que par la loi du 25 janvier 1985 et selon des modalités différentes que celles envisagées dans les projets des années 1970.

### **7. La scission des fonctions et des professions opérée par les lois du 25 janvier 1985.**

Le statut des mandataires de justice a été réformé en même temps que la finalité même du droit des procédures collectives par deux lois du 25 janvier 1985. Il ne s'est donc pas agi d'une réforme du seul statut mais d'un véritable bouleversement de l'organisation des professions comme de la définition des fonctions des mandataires de justice. L'exposé des motifs du projet de loi relatif à la réforme des procédures collectives, déposé le 14 juin 1983, expliquait ainsi que l'intérêt de l'entreprise devait être désormais au centre du droit des entreprises en difficulté et qu'à cet égard les fonctions du syndic « [étaient] sources de conflits d'intérêts car elles [consacraient] le paradoxe de représenter à la fois le débiteur et ses créanciers et d'exercer des activités de gestionnaire et de liquidateur. » Le projet de loi préconisait pour cette raison une séparation radicale des fonctions relevant de deux professions incompatibles<sup>33</sup>. La même idée se retrouvait dans l'exposé des motifs du projet de loi relatif aux dites professions<sup>34</sup>.

Autrement dit, la nouvelle hiérarchie des intérêts dans les procédures collectives commandait, selon le législateur, de scinder, non seulement les fonctions de syndic entre la gestion de l'entreprise et la représentation des créanciers, mais également les professions elles-mêmes devenant exclusives l'une de l'autre. En dissociant les deux professions, M. Badinter promouvait ainsi une nouvelle profession d'administrateur judiciaire « appelée à connaître un

---

<sup>30</sup> B. Soinne, art. préc., p. 75. L'auteur insistait sur l'absence de règles claires mais rapportait le fait que la désignation préalable d'un administrateur ou non avant l'ouverture de la procédure de suspension provisoire des poursuites avait une influence : « Il semble que si la société est passée, tout d'abord, sous le contrôle d'un administrateur judiciaire et que c'est ce dernier qui sollicite une mesure de suspension provisoire des poursuites, c'est alors un syndic qui est désigné comme curateur. Inversement, si la société n'est pas gérée par un mandataire de justice, c'est un administrateur judiciaire qui est désigné. L'application de l'ordonnance de 1967 a ainsi créé quelques confusions. »

<sup>31</sup> L. Boy, R. Guillaumond, A. Jeammaud, M. Jeantin, J. Pages et A. Pirovano, *Droit des faillites et restructuration du capital*, PUG, 1982, pp. 179 et s.

<sup>32</sup> B. Soinne, art. préc., p. 74.

<sup>33</sup> Projet de loi n° 1578 relatif au règlement judiciaire, enregistré le 14 juin 1983, Exposé des motifs, p. 5.

<sup>34</sup> Projet de loi n° 1579 relatif aux administrateurs judiciaires, mandataires-liquidateurs et experts en diagnostic d'entreprise, enregistré le 14 juin 1983, Exposé des motifs, p. 2.

*grand développement et à susciter des vocations et un intérêt constant chez les femmes et les hommes qui ont un tempérament et une compétence de gestionnaire d'entreprise, chargé d'assister ou de représenter le dirigeant, d'analyser les difficultés avec lui, de réunir les partenaires, de négocier, d'élaborer un plan d'entreprise et, s'il y a lieu, de la gérer provisoirement.* »<sup>35</sup>

**8. Terminologie.** La loi du 25 janvier 1985 a multiplié les acteurs dont la proximité de l'intitulé des titres peut porter à confusion. Dans un souci de clarté, pour l'ensemble de l'étude, le *mandataire judiciaire* désignera donc, dans une acception restreinte, la fonction qui tend notamment à la défense de l'intérêt collectif des créanciers, en vertu de l'article L. 622-20 du code de commerce, et la profession, régie aux articles L. 812-1 et suivants du code de commerce, alors que l'expression *mandataire de justice* renverra à l'ensemble des personnes exerçant un mandat de justice, parmi lesquelles figurent, notamment, le mandataire judiciaire, l'administrateur judiciaire, le commissaire à l'exécution du plan, le liquidateur judiciaire mais aussi le mandataire *ad hoc* et le conciliateur désignés dans les procédures préventives voire l'administrateur provisoire dont la mission intéresse une société *in bonis*.

**9. La critique de la distinction des fonctions dans la loi du 25 janvier 1985.** Si les fonctions des mandataires de justice peuvent apparaître comme la résultante des règles de fond qui gouvernent les procédures<sup>36</sup>, M. Soinne s'est montré très critique sur la distinction des fonctions telle qu'elle a été pensée dans la loi du 25 janvier 1985 *relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises*. Selon l'auteur, la prise en compte de l'intérêt de l'entreprise, objectif légitime en soi, ne justifiait pas de scinder les fonctions du syndic<sup>37</sup>. S'il avait fallu absolument établir une distinction entre la gestion de l'entreprise et la représentation des créanciers, il estimait que l'administrateur n'aurait dû être chargé que de la continuation de l'activité, mission comprise comme la prise de décisions de nature technique, commerciale, financière ou sociale<sup>38</sup>. En revanche, il estimait que la mission de conservation et d'administration du patrimoine aurait dû rester du seul ressort de la fonction de syndic, que la procédure ouverte soit un redressement ou une liquidation judiciaire<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> Interv. R. Badinter, *JO déb. Ass. nat.* 5 avr. 1984, discussion générale, p. 1182.

<sup>36</sup> G. Bolard, « Les fonctions des mandataires de justice », *Rev. proc. coll.* 2006, n° 1, p. 205.

<sup>37</sup> B. Soinne, « L'éclatement de la profession de syndic – administrateur judiciaire », *Gaz. Pal.* 13 oct. 1983, doct., p. 383.

<sup>38</sup> *Ibid.*

<sup>39</sup> *Ibid.*

M. Soinne soutenait que la scission envisagée par le législateur créait plusieurs difficultés. D'abord, il affirmait qu'« *Une profession distincte suppose une fonction, des qualités et compétences différentes, c'est là l'évidence que personne ne peut sérieusement discuter. Force est de constater que le projet ne comporte de ce premier point de vue aucune base sérieuse.* »<sup>40</sup> L'auteur énumérait alors toutes les tâches qui pouvaient être exercées alternativement par l'administrateur ou le liquidateur judiciaire selon les procédures<sup>41</sup>. Ensuite, il remarquait que nombre d'actions pouvaient même être intentées simultanément par les deux mandataires de justice au cours d'une procédure<sup>42</sup>. Par conséquent, M. Soinne constatait que la seule spécificité de la fonction de représentant des créanciers était la vérification des créances qui n'était jamais faite par l'administrateur judiciaire<sup>43</sup>. À la lecture du texte de projet de loi enregistré le 14 juin 1983, il soulignait encore que la seule spécificité identifiée dans la mission d'administrateur tenait à la continuation de l'activité. L'auteur observait toutefois que les compétences requises pouvaient être acquises par tout mandataire de justice dans la mesure où il ne peut pas être attendu de leur part des compétences particulières relatives à chaque secteur de l'économie<sup>44</sup>. Du reste, cette spécificité de la mission d'administrateur judiciaire a disparu au cours des travaux parlementaires lorsqu'il a été finalement décidé que, dans certaines hypothèses, le liquidateur pourrait administrer l'entreprise<sup>45</sup>.

Outre la critique portant sur la philosophie ayant présidé à la scission des fonctions, M. Soinne prédisait le fait qu'« *il y [aurait] évidemment des cas, immanquablement assez nombreux, où le législateur n'ayant rien prévu explicitement, personne ne [saurait] exactement qui a qualité pour agir* »<sup>46</sup>.

### **10. La critique de l'incompatibilité des professions d'administrateur et de mandataire judiciaire.** À la condamnation de la distinction des fonctions, s'ajoutait une appréciation très

---

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 384.

<sup>41</sup> Conservation du patrimoine, exercice des droits du débiteur, licenciement, poursuite des contrats en cours, cession de l'outil de production (qu'il s'agisse d'une cession de l'entreprise en cas de redressement ou des unités de production en cas de liquidation) ou la poursuite des actions en cours avant l'ouverture de la procédure (*ibid.*)

<sup>42</sup> Action en nullité, action contre le conjoint, action en comblement, action en faillite personnelle, action pénale (*ibid.*, p. 385).

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 385.

<sup>44</sup> *Ibid.* Pour une critique similaire à celle de M. Soinne, formulée à propos des précédents projets de loi, sur le caractère excessif de la distinction des fonctions, v. R. Houin, « Le statut des professionnels concernés », in *La refonte du droit de la faillite*, Publications de l'Université de Lille III, 1978, p. 81.

<sup>45</sup> Le Sénat a amendé le texte en première lecture afin de permettre de confier l'administration de l'entreprise au liquidateur judiciaire à défaut de désignation d'un administrateur judiciaire (Interv. J. Thyraud, *JO déb. Sénat* 7 juin 1984, 1<sup>e</sup> lecture, sous art. 154, p. 1421). Après avoir répondu devant le Sénat vouloir étudier de plus près l'amendement, le garde des sceaux s'est rangé du côté de ce dernier lors de la seconde lecture devant l'Assemblée nationale (Interv. R. Badinter, *JO déb. Ass. nat.* 15 oct. 1984, 2<sup>de</sup> lecture, sous art. 154, p. 4742).

<sup>46</sup> B. Soinne, « L'éclatement de la profession de syndic – administrateur judiciaire », *Gaz. Pal.* 13 oct. 1983, doct., p. 382.

## Introduction

réservée sur l'opportunité de la scission des professions opérée par la seconde loi du 25 janvier 1985 *relative aux administrateurs judiciaires, aux mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises et experts en diagnostic d'entreprise*<sup>47</sup>. Une première critique portait sur le lien établi entre la distinction nouvelle des fonctions et la scission des professions de mandataires de justice. D'aucuns estimaient que la scission des fonctions dans la procédure ne commandait pas d'interdire aux professionnels d'exercer l'une ou l'autre des fonctions au cours de procédures distinctes<sup>48</sup>. La stricte incompatibilité des professions entre elles a aussi été contestée par M. Soinne qui insistait sur la nécessité que chaque professionnel connaisse les rouages des deux professions afin de permettre un fonctionnement efficace de la procédure<sup>49</sup>.

Au cours des discussions parlementaires portant sur la seconde loi du 25 janvier 1985 relative au statut des mandataires de justice, il a par ailleurs été reproché au garde des sceaux d'avoir voulu procéder à une fonctionnarisation déguisée des professions de mandataires de justice sans en assumer le coût politique<sup>50</sup>, ce dont le ministre s'est défendu<sup>51</sup>. Derrière cette controverse se joue plus fondamentalement la question de l'adéquation du statut des mandataires de justice à la finalité de leurs missions. Comme l'a souligné M. Soinne, le statut est lié aux objectifs privilégiés par chaque législation et, notamment, la place accordée au paiement des créanciers<sup>52</sup>. Ainsi, les rapports qui unissent les mandataires de justice à l'autorité publique, le débiteur ou les créanciers peuvent être amenés à différer selon que la mission des mandataires de justice tend au paiement des créanciers ou à la sauvegarde de l'activité. Dans la première hypothèse, le mandataire de justice exerce une mission au service d'un intérêt privé,

---

<sup>47</sup> Par commodité de langage, dans l'ensemble de la présente étude, l'expression « la loi du 25 janvier 1985 » fera indistinctement référence à l'une ou l'autre des deux lois adoptées ce jour, sauf à ce que la bonne compréhension d'un développement exige de préciser de quelle loi exacte il est question. Cette facilité peut être justifiée par le lien très fort qui existait dans l'esprit du législateur entre les deux textes, ce qui se manifeste notamment par le fait que les deux lois ont fait l'objet d'une discussion générale commune au Parlement. Du reste, au regard de leurs objets respectifs, il sera assez aisé de comprendre que « la loi du 25 janvier 1985 » renvoie pour les développements propres à la fonction des mandataires de justice à la loi n° 85-98 *relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises* et pour les développements propres à la profession à la loi n° 85-99 *relative aux administrateurs judiciaires, aux mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises et experts en diagnostic d'entreprise*.

<sup>48</sup> Interv. S. Charles, *JO déb. Ass. nat.* 5 avr. 1984, discussion générale, p. 1190. Par ailleurs, M. Soinne soutenait en 1982 que le barème tarifaire régissant les frais des mandataires de justice incitait plutôt à la continuation de l'exploitation plutôt qu'à la réalisation des actifs. Selon l'auteur, l'ajustement du barème tarifaire permet de contrer, en toute hypothèse, l'éventuelle tendance des mandataires de justice à favoriser la liquidation à la continuation de l'activité (B. Soinne, « Administrateur provisoire – Syndic : Unité ou dualité des fonctions et des professions », *D.* 1982, chron., p. 79).

<sup>49</sup> B. Soinne, « L'éclatement de la profession de syndic – administrateur judiciaire », *Gaz. Pal.* 13 oct. 1983, doct., p. 386.

<sup>50</sup> Interv. S. Charles, *JO déb. Ass. nat.* 5 avr. 1984, discussion générale, p. 1190.

<sup>51</sup> Interv. R. Badinter, *JO déb. Ass. nat.* 5 avr. 1984, discussion générale, p. 1204.

<sup>52</sup> B. Soinne, *Les mandataires de justice*, Litec, 2003, n° 47, p. 63. Pour une approche comparatiste des objectifs des systèmes français, étatsunien, britannique et espagnol, v. E. Turlutte, *Les objectifs du droit de la faillite en droit comparé. France, États-Unis, Angleterre, Espagne*, th. Paris 2, 2014.



à savoir celui des créanciers du débiteur. Dans la seconde, cette mission participe davantage de la poursuite de l'intérêt général, selon la logique du législateur en vertu de laquelle la préservation de l'activité de toute entreprise viable profite à la société dans son ensemble<sup>53</sup>. Or, une telle approche de la mission des mandataires de justice a nécessairement des conséquences sur les règles régissant la profession. En somme, le statut de ces professionnels doit être également analysé en tenant compte de la finalité de leurs fonctions.

**11. Les incertitudes liées au droit d'agir des mandataires de justice.** Depuis la réforme du 25 janvier 1985, deux mandataires de justice peuvent agir simultanément au cours d'une même procédure mais sur des fondements distincts. Alors que le mandataire judiciaire agit dans l'intérêt collectif des créanciers<sup>54</sup>, l'administrateur judiciaire peut recevoir, en sauvegarde ou en redressement judiciaire, une mission de surveillance, d'assistance ou de représentation du débiteur<sup>55</sup>. Avec le débiteur en cas d'assistance, ou seul en cas de représentation, l'administrateur est donc amené à exercer les droits du débiteur. Cette multiplication d'habilitations à agir n'a pas manqué de poser des difficultés lorsqu'il a fallu identifier quel mandataire de justice pouvait exercer certaines actions<sup>56</sup>.

L'exemple de l'action en responsabilité intentée contre un établissement de crédit qui a rompu un concours à durée indéterminée en donne une illustration. L'établissement de crédit qui rompt brutalement le crédit accordé à son client, sans respecter les règles de l'article L. 313-12 du code monétaire et financier, peut lui causer un dommage. Si le client est placé en redressement judiciaire et qu'un administrateur judiciaire est désigné avec une mission de représentation, il faut se demander qui peut solliciter la réparation du préjudice causé par la rupture abusive du crédit. Reconnaître à l'administrateur judiciaire le droit d'agir paraît logique dans la mesure où la mission de représentation lui permet d'exercer les droits du débiteur. Toutefois, la faute du banquier a aussi contribué à aggraver le passif du débiteur, causant, de ce fait, un dommage subi collectivement par les créanciers de ce dernier. À cet égard, l'action du mandataire judiciaire ne semble pas moins légitime. Sur cette question, la Cour de cassation a d'abord jugé, dans un arrêt inédit, que *« l'action engagée par son client contre l'établissement de crédit qui a rompu abusivement son concours est une action en responsabilité contractuelle que le débiteur en redressement judiciaire a qualité pour exercer seul ou, lorsqu'il lui en a été*

---

<sup>53</sup> En ce sens : P. Cagnoli, *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, dir. J. Héron, préf. T. Le Bars, LGDJ, 2002, n° 157, p. 118.

<sup>54</sup> C. com., art. L. 622-20.

<sup>55</sup> C. com., art. L. 622-1 et L. 631-14.

<sup>56</sup> G. Bolard, « Le droit d'action des mandataires de justice dans les faillites », in *Procédures collectives et droit des affaires : morceaux choisis. Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 27.

désigné un, représenté ou assisté de son administrateur »<sup>57</sup>. Quelques années plus tard, elle a statué en sens inverse, dans un arrêt cette fois publié, jugeant que seul le mandataire judiciaire pouvait demander réparation du préjudice subi, l'administrateur ou le débiteur ne pouvant agir qu'en cas de préjudice distinct du débiteur<sup>58</sup>. Les deux solutions peuvent être raisonnablement défendues mais la contradiction entre les deux décisions illustre l'imprévisibilité qui peut régner en la matière.

La prédiction de M. Soinne, selon laquelle la distinction des fonctions provoquerait des difficultés relatives au droit d'agir des mandataires de justice, a donc bien été vérifiée. Ce problème laisse d'autant plus perplexe que les règles relatives à l'affectation du fruit des différentes actions intentées par les mandataires de justice peuvent sembler elles-mêmes assez paradoxales depuis que les fonctions ont été scindées.

**12. Le paradoxe tenant à l'affectation du fruit des actions intentées par les mandataires de justice.** Sous l'empire du droit antérieur à la réforme du 25 janvier 1985, les sommes récoltées par le syndic entraient dans le patrimoine de la masse des créanciers. Les fonctions des mandataires de justice ayant été dissociées, le fruit de leurs actions devrait logiquement profiter aux personnes dont ils défendent les intérêts. En ce sens, le produit de l'action intentée par l'administrateur judiciaire exerçant les droits du débiteur entre bien dans le patrimoine de ce dernier. En revanche, depuis que la loi du 25 janvier 1985 a supprimé la masse des créanciers, l'article L. 622-20, al. 4 du code de commerce dispose que les sommes recouvrées à l'issue des actions introduites par le mandataire judiciaire entrent également dans le patrimoine du débiteur mais sont affectées en cas de continuation de l'entreprise selon les modalités prévues pour l'apurement du passif<sup>59</sup>. Autrement dit, le fruit de l'action intentée par le mandataire judiciaire n'est pas directement distribué aux créanciers. La rédaction de cette disposition ne permet pas de savoir si les sommes récoltées sont disponibles et saisissables lorsqu'elles sont appréhendées au cours de la période d'observation. De même, il faut se demander si les sommes obtenues après l'adoption d'un plan de continuation doivent servir à

---

<sup>57</sup> Cass. com., 4 mars 2003, n° 99-19.961, Inédit ; *Rev. pr. coll.* 2004, p. 46, obs. C. Lebel.

<sup>58</sup> Cass. com., 13 mars 2007, n° 06-13.325, *Bull. civ.* IV, n° 86 ; *Gaz. Pal.* 21 juill. 2007, p. 49, obs. R. Routier ; *JCP E* 2008, 2101, p. 28, obs. Y. Paclot et P. Roussel Galle ; *BJS* juill. 2007, p. 839, obs. F.-X. Lucas.

<sup>59</sup> Sur les difficultés causées par la suppression de la masse, v. A. Martin-Serf, « L'intérêt collectif des créanciers ou l'impossible adieu à la masse », in *Procédures collectives et droit des affaires : morceaux choisis. Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 158 ; M. Cabrillac, « L'impertinente réapparition d'un condamné à mort ou la métémpsychose de la masse des créanciers », in *Propos impertinents de droit des affaires : mélanges en l'honneur de Christian Gavalda*, Dalloz, 2001, p. 72 ; L. Martin, « Le représentant des créanciers et l'article 46 de la loi du 25 janvier 1985 », *RD bancaire et bourse* 1990, p. 64. Comp. : M. Sénéchal, *L'effet réel des procédures collectives, essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, préf. M.-H. Monsérié-Bon, Litec, 2002, pour qui la disparition de la masse pose moins de difficultés techniques que ne le soutiennent les auteurs précités.

anticiper le paiement des échéances du plan ou si elles peuvent abonder la trésorerie du débiteur en convalescence.

Si les sommes récoltées dans l'intérêt collectif des créanciers ne s'avéraient ni indisponibles ni insaisissables, elles contribueraient en premier lieu à reconstituer la trésorerie du débiteur. À cet égard, il serait difficile d'affirmer que les actions intentées dans cet intérêt collectif profitent nécessairement aux créanciers<sup>60</sup>. En d'autres termes, au regard de l'affectation de leur produit, les actions des deux mandataires de justice serviraient paradoxalement le même intérêt, à savoir la sauvegarde de l'entreprise. Cette situation résulte-t-elle d'une maladresse du législateur? Il est possible d'en douter car ce dernier avait conscience des conséquences de la suppression de la masse<sup>61</sup>. Par conséquent, si l'affectation identique du fruit des actions des deux mandataires de justice résultait d'une volonté assumée du législateur, il faudrait se demander si la distinction des fonctions était bien nécessaire. La question mérite d'être posée car, en scindant les fonctions du syndic, la loi du 25 janvier 1985 a conduit à comprendre les missions du mandataire judiciaire et de l'administrateur judiciaire comme celles de défenseurs respectifs des intérêts des créanciers et de l'entreprise. Cette approche amène à appréhender, sur le plan de la technique juridique, ces missions au prisme de la notion de représentation, ce qui ne va pas sans créer d'autres difficultés.

**13. Les questions soulevées par la notion de représentation appliquée à la mission du mandataire judiciaire.** Le mandataire judiciaire n'est plus qualifié de représentant des créanciers dans le livre VI du code de commerce depuis la loi du 26 juillet 2005. En revanche, l'article L. 812-1 du code de commerce dispose encore que les mandataires judiciaires sont des personnes chargées par décision de justice de représenter les créanciers. En contemplation des incertitudes portant sur l'affectation des sommes, il faut se demander si la qualification de représentant des créanciers ne serait pas quelque peu trompeuse. Cette référence à la représentation ne pose pas seulement des difficultés sur le plan terminologique mais soulève aussi des questions concrètes relatives au régime des actions mises en œuvre par les mandataires de justice.

---

<sup>60</sup> En ce sens : F. Derrida, P. Godé, J.-P. Sortais, avec la collab. d'A. Honorat, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 1991, n° 518, p. 386.

<sup>61</sup> Projet de loi n° 1578 *relatif au règlement judiciaire*, Exposé des motifs, p. 5 : « *Le fait que l'activité est poursuivie dans l'intérêt de l'entreprise et non plus des créanciers a également des incidences significatives sur les actions qui ont pour objet de reconstituer l'actif de l'entreprise ou d'en distraire des éléments. D'une part, le produit des actions remettant en cause les actes du débiteur particulièrement préjudiciables aux droits de l'ensemble de ses créanciers ne peut que rentrer dans le patrimoine du débiteur ou alimenter la trésorerie de l'entreprise.* »

Un exemple théorique permet d'illustrer le problème. Un créancier reçoit un mandat de la part de tous les autres créanciers d'un débiteur soumis à une procédure collective. Le mandat l'habilite à demander à un tiers, ayant contribué aux difficultés de leur débiteur, réparation du préjudice subi collectivement par les créanciers. L'article L. 622-20 du code de commerce, qui dispose que le mandataire judiciaire a seul *qualité* pour agir *au nom* et dans l'intérêt collectif des créanciers, interdit assurément de procéder ainsi. Encore faut-il identifier le moyen de défense d'ordre procédural que le tiers attaqué devrait opposer au créancier. Dire que seul le mandataire judiciaire peut agir « au nom » des créanciers semble évoquer la notion de représentation. Or, s'il représente bien les créanciers, cela signifierait que le mandataire judiciaire agit en vertu d'un pouvoir, au sens de l'article 117 du code de procédure civile, dont lui seul bénéficie. Par conséquent, le tiers devrait opposer au créancier une exception de nullité pour vice de fond affectant la régularité de l'acte. En revanche, la référence à la qualité du mandataire judiciaire renvoie aux règles de l'article 31 du code de procédure civile qui régissent les conditions d'ouverture de l'action. Si le problème tient à la qualité à agir du créancier plutôt qu'au pouvoir, le défendeur à l'action doit alors lui opposer une fin de non-recevoir<sup>62</sup>.

La définition des fonctions des mandataires de justice par référence à la représentation crée également des difficultés dans l'appréhension de la mission de l'administrateur judiciaire.

**14. Les difficultés posées par la notion de représentation appliquée à la mission de l'administrateur judiciaire.** La référence à la représentation pose question lorsqu'il s'agit de déterminer l'étendue de la mission de l'administrateur judiciaire. M. Badinter affirmait que

---

<sup>62</sup> Les régimes de ces deux défenses procédurales sont certes très proches et la distinction entre les deux est parfois critiquée (R. Martin, « Un virus dans le système des défenses du nouveau Code de procédure civile : le droit d'action », *RGP* 1998, p. 420). Quelques différences de régime persistent néanmoins. Par exemple, si la défense est soulevée en cause d'appel, il faut se demander qui du conseiller de la mise en état ou de la cour est compétent pour examiner la recevabilité ou la régularité de la demande du créancier dans l'exemple proposé. Si le mandataire judiciaire est un représentant des créanciers, aucune difficulté ne se pose. Seul le conseiller de la mise en état est compétent en vertu de l'article 907 du code de procédure civile. En effet, cette disposition renvoie à l'article 789, 1° du même code disposant que le juge de la mise en état est lui-même seul compétent pour statuer sur les exceptions de procédure. En revanche, s'il est admis que le mandataire judiciaire agit en défense de l'intérêt collectif des créanciers en vertu d'une qualité particulière, la question devient plus délicate. L'article 789, 6°, auquel renvoie aussi l'article 907, dispose certes que le juge de la mise en état est compétent afin de statuer sur les fins de non-recevoir. Toutefois, dans un avis du 3 juin 2021, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a estimé que « *le conseiller de la mise en état ne peut connaître ni des fins de non-recevoir qui ont été tranchées par le juge de la mise en état, ou par le tribunal, ni de celles qui, bien que n'ayant pas été tranchées en première instance, auraient pour conséquence, si elles étaient accueillies, de remettre en cause ce qui a été jugé au fond par le premier juge.* » (Cass. 2<sup>e</sup> civ., avis, 3 juin 2021, n° 21-70.006 ; *D.* 2021, p. 2272, obs. T. Clay ; *ibid.* 2022, p. 625, obs. N. Fricero ; *Gaz. Pal.* 2 nov. 2021, n° 428i4, p. 61, obs. N. Hoffschir).

Par conséquent, dans l'exemple proposé, s'il est admis que le mandataire judiciaire agit en vertu d'une qualité spécifique et que la recevabilité de l'action du créancier a déjà fait l'objet d'une décision en première instance ou qu'elle aurait pour conséquence de remettre en cause la décision de première instance, c'est la cour d'appel et non le conseiller de la mise en état qui serait compétente pour statuer sur la recevabilité de l'action du créancier muni d'un mandat donné par tous les autres créanciers.

## Introduction

l'intérêt de l'entreprise ne pouvait être confié au même mandataire de justice que celui chargé de l'intérêt des créanciers. Pourtant, la loi du 25 janvier 1985 n'a pas fondé le droit d'agir de l'administrateur judiciaire sur la défense de l'intérêt de l'entreprise. L'article L. 631-12 du code de commerce dispose certes que l'administrateur judiciaire peut être chargé d'administrer l'entreprise mais l'article L. 631-14 dudit code mentionne une mission de représentation. L'entreprise n'étant pas un sujet de droit, la représentation ne peut désigner que le débiteur dont les droits sont donc exercés par l'administrateur. Or, le débiteur ne se confond pas avec l'entreprise et la continuation de l'activité économique peut justifier des choix qui ne sont pas nécessairement conformes aux intérêts du débiteur<sup>63</sup>. Par exemple, afin de sauvegarder l'activité économique, un administrateur peut être amené à préparer une cession totale de l'entreprise. Dans cette hypothèse, l'article L. 631-22 du code de commerce dispose que, si aucun plan de redressement ne peut être arrêté, le tribunal prononce la liquidation judiciaire. Le même débiteur pourrait bénéficier, par ailleurs, d'une option quelconque lui permettant de récupérer à tout moment une somme d'argent. S'il exerce l'option durant la procédure, les fonds récupérés seront pris en compte afin de déterminer les échéances du plan de redressement ou afin de payer les créanciers dans le cadre d'une liquidation. Quoiqu'une stratégie consistant à éviter de payer ses dettes inspire sur le plan de la morale, il faut convenir que l'intérêt pécuniaire immédiat d'un tel débiteur serait de s'abstenir de lever l'option afin de s'en réserver l'exercice après la clôture de la procédure. Dès lors, l'administrateur qui, exerçant les droits du débiteur, lèverait l'option agirait-il conformément aux obligations d'un représentant ?

Il peut être raisonnablement soutenu que le représentant ne doit pas agir au détriment de la personne représentée. D'ailleurs, l'article 1157 du code civil, issu de la réforme du droit des obligations du 10 février 2016, précise les conditions dans lesquelles l'acte accompli par un représentant qui détourne ses pouvoirs au détriment du représenté peut être annulé<sup>64</sup>. Or, l'administrateur qui préserve la trésorerie de l'entreprise ne détourne pas son pouvoir bien qu'il agisse au détriment du débiteur qu'il est censé représenter. Dans ces circonstances, il n'est pas certain que le régime de la représentation ait vocation à s'appliquer à l'administrateur judiciaire.

Il apparaît donc que l'action des mandataires de justice pourrait ne pas être toujours conforme aux intérêts dont ils ont prétendument la charge. Il en va ainsi, peut-être, parce que

---

<sup>63</sup> P. Roussel Galle, « Quelques exemples de conflits d'intérêts dans le droit des entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.* 8 déc. 2011, p. 17.

<sup>64</sup> Cet article se situe dans le chapitre consacré à la formation du contrat. Toutefois, il faut rappeler que l'article 1100-1, al. 2 du code civil dispose que les actes juridiques « *obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats* ». Partant, il semble que ce droit commun de la représentation peut s'appliquer aux actes passés par les mandataires de justice.

les fonctions des mandataires de justice ne s'épuisent pas nécessairement dans la défense des intérêts du débiteur ou des créanciers, ce que l'étude des actions spécifiques aux procédures collectives pourrait confirmer.

**15. L'ambivalence des actions spécifiques au droit des procédures collectives.** Les actions de droit commun sont mises en œuvre par les mandataires de justice sur le fondement de la défense de l'intérêt collectif des créanciers ou de l'exercice des droits du débiteur. Le livre VI du code de commerce habilite, par ailleurs, les mandataires de justice à exercer des actions spécifiques au droit des procédures collectives comme l'action en nullité des actes passés durant la période suspecte, régie par les articles L. 632-1 et suivants dudit code, ou l'action en extension de la procédure à une autre personne prévue à l'article L. 621-2 du même code. Les mandataires de justice doivent-ils justifier d'un intérêt à agir particulier lorsqu'ils exercent de telles actions ? À cet égard, l'action en extension de la procédure sollicitée par le mandataire judiciaire doit-elle toujours être conforme à l'intérêt collectif des créanciers du débiteur déjà soumis à une procédure collective ? La question mérite discussion. Face au constat de la fictivité d'une personne morale ou d'une confusion patrimoniale entre deux personnes, le mandataire judiciaire peut envisager l'extension de la procédure ouverte contre l'un des débiteurs. Il peut néanmoins savoir que l'extension de la procédure à ce second débiteur, plus gravement endetté que le premier et envers des créanciers de haut rang dans l'ordre des paiements, pourrait compromettre le paiement des créanciers de la première procédure si l'extension était prononcée. Si le mandataire judiciaire ne devait agir que dans l'intérêt collectif des créanciers, cette demande d'extension serait irrecevable. Une telle solution ne serait pourtant pas opportune lorsque, par exemple, l'extension est motivée par une confusion des comptes qui entrave la bonne administration de la procédure ouverte contre le premier débiteur<sup>65</sup>. L'action du mandataire judiciaire pourrait donc ne pas se résumer à la défense de l'intérêt collectif des créanciers.

De même, comment la défense des intérêts en présence peut-elle expliquer que, en vertu de l'article L. 654-17 du code de commerce, l'administrateur puisse se constituer partie civile contre le débiteur qui aurait commis un délit de banqueroute ? En quoi cette constitution de partie civile servirait-elle les intérêts du débiteur ou même de l'entreprise ? Autrement dit, il

---

<sup>65</sup> Sur les limites de l'appréhension de l'action en extension comme seul outil d'augmentation du gage commun des créanciers, v. A. Bézert, *Les effets de l'extension de la procédure collective pour confusion des patrimoines*, préf. P. Pétel, LGDJ, 2021, n° 535, p. 307 ; F. Reille, « L'attraction du patrimoine de l'associé par la confusion des patrimoines », in *Le patrimoine de la personne physique à l'épreuve des procédures collectives : quels nouveaux enjeux ?*, Actualité de droit de l'entreprise, LexisNexis, 2015, p. 124. Rapp : O. Maraud, *Les associés dans le droit des entreprises en difficulté*, préf. L. Sautonie-Laguionie, LGDJ, 2021, n°s 548 et s., pp. 583 et s.

faut se demander si le fait de solliciter des sanctions relève bien de la défense des intérêts en présence. Dans un autre registre, au regard de la situation désespérée de l'entreprise, l'administrateur judiciaire peut-il demander la conversion d'une sauvegarde ou d'un redressement en liquidation sans maintien de l'activité ou doit-il toujours essayer d'obtenir, quelles qu'en soient les conditions, l'adoption d'un plan de continuation ou la cession de l'entreprise ? Si la Cour de cassation admet que les mandataires de justice peuvent attendre que le tribunal statue, par exemple, sur l'offre d'un repreneur avant de solliciter une éventuelle liquidation judiciaire sans maintien de l'activité<sup>66</sup>, elle a pu cependant sanctionner l'absence d'initiative de l'administrateur judiciaire lorsque la situation financière du débiteur ne laissait envisager aucune issue autre que la liquidation de l'entreprise<sup>67</sup>. Il semble donc que les mandataires de justice ne doivent pas seulement défendre les intérêts dont ils ont prétendument la charge mais qu'ils doivent également veiller au bon déroulement de la procédure. En ce sens, ces professionnels pourraient apparaître parfois comme des auxiliaires au service de la procédure davantage que des intérêts en présence, ce qui ne serait pas sans conséquence sur l'appréhension de leur droit d'agir. En d'autres termes, la finalité de la mission des mandataires de justice a des conséquences sur la détermination des obligations qui leur incombent ainsi que sur la caractérisation de leur droit d'agir<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> Cass. com., 18 janv. 2017, n° 15-10.287, Inédit ; *Gaz. Pal.* 28 mars 2017, n° 291m9, p. 59, note G. Berthelot ; *BJE* mars 2017, n° 114g6, p. 114, note S. Benilsi.

<sup>67</sup> Cass. com., 18 janv. 2000, n° 98-19.692, Inédit.

<sup>68</sup> À cet égard, l'étude du mandat de justice dans les procédures collectives doit s'inscrire dans la continuité des travaux examinant les rapports qu'entretiennent la procédure civile et les procédures collectives. La question a fait l'objet de plusieurs thèses : D. Mélédou-Briand, *Nature du droit des entreprises en difficulté et systèmes de droit*, th. Rennes, 1992 ; O. Staes, *Procédures collectives et droit judiciaire privé*, th. Toulouse, 1995 ; B. Rolland, *Les procédures de règlement collectif du passif*, th. Lyon III, 1999 ; P. Cagnoli, *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, dir. J. Héron, préf. T. Le Bars, LGDJ, 2002 ; J. Théron, *L'intervention du juge dans les transmissions de biens*, préf. C. Saint-Alary-Houin, LGDJ, 2008.

Deux colloques lui ont été consacrés à l'Université de Nice Sophia Antipolis : *Redressement et liquidation judiciaires : questions procédurales*, LPA 28 oct. 1998 et *Procédure civile et procédures collectives*, LPA 28 nov. 2008.

Divers articles de doctrine ont encore abordé la question parmi lesquels : F. Aubert, « La procédure des procédures collectives », in *Procédures collectives et droit des affaires : morceaux choisis. Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 7 ; J.-L. Vallens, « Procédure civile et procédures collectives : les faux-amis », in *op. cit.*, p. 245 ; F. Derrida et P. Julien, « Le droit procédural du redressement et de la liquidation judiciaires et le droit judiciaire privé », in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drat*, Dalloz, 2000, p. 285 ; F.-X. Lucas, « La qualité à agir du contrôleur nommé à l'occasion d'une procédure collective. Contribution à la définition des actions attitrées », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, LGDJ, 2015, p. 437 ; B. Rolland, « Procédures collectives et procédure civile : l'unité dans la diversité », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Luc Vallens*, Joly, Lextenso éditions, 2017, p. 193 ; J. Théron, « Les règles dérogatoires à la procédure », in (dir.) F. Macorig-Venier, *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 133 ; O. Staes, « Les limites du caractère dérogatoire », in (dir.) F. Macorig-Venier, *op. cit.*, p. 147 ; P. Cagnoli, « Au regard des règles d'exécution », in (dir.) F. Macorig-Venier, *op. cit.*, p. 183 ; P. Cagnoli, « La notion de partie à l'instance en droit des entreprises en difficulté », in (dir.) P.-M. Le Corre, *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 2018, p. 76 ; B. Ferrari, « La qualité pour agir en procédure collective : quelle place pour le droit commun procédural ? », *D.* 2020, p. 548.

Si les mandataires de justice n'œuvraient pas nécessairement à la sauvegarde de l'activité ou à la défense des intérêts des créanciers, le bien-fondé de la scission des fonctions devrait être interrogé. Plusieurs réformes récentes font d'ailleurs écho à cette question en montrant l'actualité.

**16. Le mandataire de justice unique officiant dans les procédures de traitement de sortie de crise sanitaire.** La scission des fonctions a été justifiée, dans la loi du 25 janvier 1985, par la divergence des objectifs consistant à sauver l'activité et payer les créanciers. Pourtant, la procédure de traitement de sortie de crise, adoptée en réponse à la crise sanitaire, semble contredire cette nécessité de distinguer les fonctions des mandataires de justice. En effet, l'article 13, I, B de la loi n° 2021-689 du 31 mai 2021 *relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire* dispose qu'un mandataire unique, qui peut être inscrit sur la liste des mandataires judiciaires comme des administrateurs judiciaires, est désigné afin d'exercer les fonctions prévues aux articles L. 622-1 du code de commerce, à l'exception de toute mission d'assistance, de même celles prévues à l'article L. 622-20 du même code. Le même article de la loi du 31 mai 2021 précise que le mandataire assiste le débiteur dans la préparation du plan. Autrement dit, le mandataire unique participe aussi bien au sauvetage de l'entreprise qu'à la défense de l'intérêt collectif des créanciers. La crise sanitaire a ainsi scellé la réunification temporaire des fonctions des mandataires de justice. Si l'article 13 précise que cette procédure est appelée à disparaître deux ans après l'entrée en vigueur de la loi, c'est-à-dire le 1<sup>er</sup> juin 2023, il faut se demander si son existence éphémère ne pourrait pas annoncer une future réforme des procédures collectives selon la taille de l'entreprise<sup>69</sup>. En effet, la désignation de deux mandataires de justice représente un coût important pour le débiteur, ce qui conduit à se priver des services d'un administrateur judiciaire pour les nombreux débiteurs qui ne peuvent en supporter le coût<sup>70</sup>. À cet égard, l'hypothèse d'une future procédure conduite par un mandataire unique paraît envisageable. Les conséquences de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 *pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques* amènent, en outre, à s'interroger sur l'avenir de la profession de mandataire de justice.

**17. La remise en cause du statut des mandataires de justice par la loi du 6 août 2015.** L'organisation de la profession de mandataire de justice a encore fait l'objet de vives critiques

---

<sup>69</sup> L. Sautonie-Laguionie, « L'adaptation des procédures à la taille de l'entreprise en difficulté. Illustration par la procédure de traitement de sortie de crise », *JCP E* 2021, 1536, p. 68.

<sup>70</sup> F.-X. Lucas, *Manuel de droit de la faillite*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2021, n° 171, p. 169. Rapp. : F. Derrida, P. Godé, J.-P. Sortais, avec la collab. d'A. Honorat, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 1991, n° 17, p. 25.



## Introduction

à la fin des années 1990<sup>71</sup>. Il en a découlé une nouvelle réforme du statut par la loi n° 2003-7 du 3 janvier 2003 *modifiant le livre VIII du code de commerce* mais dont la portée est restée en définitive assez limitée<sup>72</sup>. Depuis cette réforme, plusieurs rapports se sont fait l'écho d'une autre difficulté tenant au nombre insuffisant de professionnels inscrits auprès de certaines juridictions<sup>73</sup>. Certains de ces rapports pointent, du reste, la confortable rémunération de ces professionnels<sup>74</sup>. En réponse, la loi du 6 août 2015 a voulu accroître le nombre de mandataires de justice en réformant les conditions d'accès à la profession. Avant cette réforme, l'inscription sur les listes était conditionnée à un examen d'accès et un autre de sortie à la suite d'un stage. La loi du 6 août 2015 a assoupli les dispenses d'examens ou de stage et a créé une nouvelle voie d'accès à la profession par la seule obtention d'un Master et la réalisation d'un stage. Quelques années après l'entrée en vigueur de cette réforme, le nombre de mandataires de justice est resté stable<sup>75</sup>. Toutefois, une centaine de diplômés pouvant potentiellement rejoindre chaque année les rangs de la profession<sup>76</sup>, les conséquences d'un éventuel accroissement significatif du nombre de professionnels doivent être envisagées avec sérieux. En particulier, afin d'apprécier les conditions de l'équilibre économique de l'exercice de la profession de mandataire de justice, il convient de tenir compte du volume d'activité limité de cette profession, des strictes incompatibilités d'exercice ainsi que de l'impossibilité quasi absolue de développer une clientèle.

Cette absence de clientèle constitue l'une des singularités de la profession de mandataire de justice. En effet, ces professionnels ne sont pas choisis par des clients mais, depuis la loi du 28 mai 1838, sont exclusivement désignés par les tribunaux. De plus, la loi du 25 janvier 1985

---

<sup>71</sup> F. Colcombet (prés.) et A. Montebourg (rapp.), *Les tribunaux de commerce : une justice en faillite ?*, Commission d'enquête parlementaire de l'Assemblée nationale, rapport n° 1038 du 3 juillet 1998, Michel Lafon. En réponse à ces critiques, v. B. Soinnie, « L'exorcisme (à propos de l'avenir des professions d'administrateur et de mandataire judiciaires après les rapports parlementaire et ministériel) », *LPA* 21 sept. 1998, p. 4.

<sup>72</sup> F.-X. Lucas, « Analyse de la loi du 3 janvier 2003 réformant le statut des administrateurs et des mandataires judiciaires », *Dr. & patr. mensuel* 2003, n° 117 p. 30.

<sup>73</sup> Aut. conc., avis n° 15-A-02 du 9 janvier 2015 *relatif aux questions de concurrence concernant certaines professions juridiques réglementées*, nos 163 et s., pp. 35 et s ; nos 435 et s., pp. 71 et s. En ce sens ég. : J. Attali (prés.), *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française*, décision 214, p. 166 ; Rapport IGF n° 2012-M-057-3 sur *Les professions réglementées*, t. 1, mars 2013, p. 26.

<sup>74</sup> En ce sens : J. Attali (prés.), rapport préc., décision 214, p. 166 ; Rapport IGF préc., p. 8 ; R. Ferrand, *Professions réglementées. Pour une nouvelle jeunesse*, 2014, Synthèse.

<sup>75</sup> Lors de la préparation de la loi du 6 août 2015, étaient dénombrés 118 administrateurs judiciaires et 306 mandataires judiciaires (R. Ferrand, *Professions réglementées. Pour une nouvelle jeunesse*, oct. 2014, n° 4.1.1.1, p. 43). Trois années après l'adoption de cette loi, étaient dénombrés 135 administrateurs judiciaires et 299 mandataires judiciaires (Rapport d'information n° 1454 du 29 novembre 2018 sur *l'évaluation de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « loi Macron »*). En 2019, étaient recensés 140 administrateurs judiciaires et 301 mandataires judiciaires.

<sup>76</sup> M. Sénéchal, « Les différentes professions et les universités : quelle attractivité ? », in (sous l'égide) Haut conseil des professions du droit et Conseil national du droit, *Quelles professions réglementées du droit pour demain ?*, Dalloz, 2021, p. 100.

## Introduction

a confirmé les strictes incompatibilités d'exercice consacrées par le décret du 20 mai 1955. Les articles L. 811-10 et L. 812-8 du code de commerce rendent ainsi respectivement incompatibles la profession d'administrateur et de mandataire judiciaire avec l'exercice de toute autre profession, à l'exception de celle d'avocat pour l'administrateur judiciaire, de toute activité commerciale, d'une fonction de gestion dans une société et interdit d'être associé lorsque cette qualité confère celle de commerçant. Ces traits spécifiques du statut des mandataires de justice limitent la concurrence qui s'opère normalement entre les membres d'une profession. L'impossibilité de constituer une clientèle qui en découle peut présenter des avantages et des inconvénients. La procédure collective exigeant que les mandataires de justice prennent des décisions parfois contraires aux souhaits du débiteur ou des créanciers, les premiers doivent pouvoir exercer leur mission à l'abri de toute pression de la part des seconds. À cet égard, le fait que les mandataires de justice ne soient pas désignés par les parties intéressées favorise leur indépendance et contribue au bon déroulement de la procédure<sup>77</sup>. En revanche, l'absence de clientèle restreint la compétition qui s'opère entre professionnels afin de développer leur activité. Une telle émulation encourage pourtant, en théorie, les professionnels à se démarquer par la qualité de leur travail et tend, à certains égards, à l'éviction des moins compétents. Dans la mesure où les mandataires de justice sont désignés par les tribunaux et qu'ils sont, par ailleurs, dans l'impossibilité d'exercer une autre activité, leur profession ne peut être régie par les règles ordinaires de la concurrence. En affaiblissant le principe des incompatibilités d'exercice, la loi du 6 août 2015 amène cependant à s'interroger sur l'avenir de cette réglementation singulière.

Dans la version initiale du projet de loi, la profession de mandataire judiciaire aurait été fondue, avec celle des huissiers de justice et des commissaires-priseurs judiciaires, au sein de la profession de commissaire de justice<sup>78</sup>. L'ambition du Gouvernement était « *de renforcer les synergies entre les professionnels sur leurs missions communes, de diminuer les coûts pour les particuliers et les entreprises, d'améliorer le maillage territorial dès lors que les professionnels peuvent se spécialiser sur la base de leurs qualifications propres.* »<sup>79</sup> Ce projet de suppression

---

<sup>77</sup> En ce sens, v. not. : M. Sénéchal, « Le mandat de justice "à la française", un modèle à préserver ? », *D.* 2013, p. 651 ; D. Fasquelle, « L'Europe : une opportunité pour les professions d'AJMJ et pour le mandat de justice ? », *Rev. proc. coll.* 2013, dossier 32 ; M. Menjucq, « Quel avenir pour le mandat de justice face aux dernières évolutions du droit européen ? : application aux groupes », *Rev. proc. coll.* 2013, dossier 36, p. 61 ; P. Rossi, « Quel avenir pour le mandat de justice face aux dernières évolutions des directives services et reconnaissance des qualifications professionnelles ? : préliminaires », *Rev. proc. coll.* 2013, dossier 40, p. 71 ; M. André, « Quel avenir pour le mandat de justice français au regard des dernières évolutions du statut des syndicats en Europe ? : le cas français », *Rev. proc. coll.* 2013, dossier 44. V. déjà : G. Bolard, « La déontologie des mandataires de justice dans les faillites », *D.* 1988, chron., p. 261.

<sup>78</sup> Projet de loi n° 2447 *pour la croissance et l'activité*, enregistré le 11 décembre 2014, art. 20.

<sup>79</sup> *Ibid.*, Exposé des motifs.

de la profession de mandataire judiciaire a été abandonné au cours des débats parlementaires, l'argument tenant à la spécificité du statut des mandataires judiciaires paraissant avoir convaincu le législateur d'y renoncer<sup>80</sup>. La loi a néanmoins introduit l'exercice interprofessionnel permettant aux mandataires de justice de s'associer à d'autres professionnels du droit et du chiffre au sein d'une même société<sup>81</sup>. Cette évolution atténue la portée des incompatibilités d'exercice des mandataires de justice, ce qui n'est pas sans conséquences sur leur indépendance. En étant associés à d'autres professionnels du droit ou du chiffre, les mandataires de justice pourraient être amenés à agir contre des clients ou des clients potentiels de la société dont ils sont associés, voire contre l'un de leurs associés. Si des règles peuvent être prévues afin de prévenir les conflits d'intérêts, le rapprochement qui a été voulu par la loi du 6 août 2015 a créé des difficultés auxquelles les strictes incompatibilités d'exercice permettaient d'échapper, ce qui a été vivement critiqué<sup>82</sup>. Du reste, la réponse à une question prioritaire de constitutionnalité récemment posée au Conseil constitutionnel aurait pu remettre encore davantage en cause le principe des incompatibilités d'exercice.

**18. La conformité à la Constitution de l'interdiction faite aux seuls mandataires judiciaires d'exercer la profession d'avocat.** Le Conseil constitutionnel a été saisi d'une question l'invitant à juger si l'interdiction faite au mandataire judiciaire d'exercer la profession d'avocat, contrairement à l'administrateur judiciaire, était contraire au principe d'égalité dans la mesure où les deux professions sont exercées sous mandat de justice et sont dépourvues de clientèle, répondent à des conditions d'accès et des statuts similaires, sont soumises aux mêmes obligations déontologiques, parmi lesquelles celle de l'indépendance, et à des règles identiques quant à leur contrôle et à leur discipline<sup>83</sup>. Le Conseil constitutionnel a jugé que, au regard de l'objet des dispositions relatives au statut des mandataires de justice, *« qui est de définir le régime d'incompatibilités d'une profession pour assurer son indépendance, l'entière disponibilité du professionnel et prévenir les conflits d'intérêts, le législateur a pu prévoir pour les mandataires judiciaires des règles différentes de celles applicables aux administrateurs judiciaires. Dès lors, la différence de traitement résultant des dispositions contestées, qui est*

---

<sup>80</sup> *JO déb. Ass. nat.* 4 févr. 2015, 1<sup>e</sup> lect., échanges sous art. 20.

<sup>81</sup> L. n° 2015-990 du 6 août 2015 *pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*, art. 65.

<sup>82</sup> P. ex., B. Baujet, « Lettre ouverte à ceux qui abhorrent le conflit d'intérêts », *LPA* 17 oct. 2016, p. 7 ; F.-X. Lucas, « Commentaire des dispositions de la loi du 6 août 2015 "pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques" intéressant le droit des entreprises en difficulté », *BJE* sept. 2015, n° 112q8, p. 317 ; X. Huertas, « En méconnaissant profondément la réalité du mandat de justice, le projet de fusion des professions va priver les mandataires judiciaires du cadre adapté à l'exercice de leurs missions », *BJE* nov. 2014, n° 111u5, p. 356.

<sup>83</sup> Cass. com., 9 juin 2022, QPC, n° 22-40.008 ; *LEDEN* juill. 2022, n° 200y5, p. 1, obs. F.-X. Lucas.

*fondée sur une différence de situation, est en rapport avec l'objet de la loi.* »<sup>84</sup> Il faut constater que la décision ne donne aucune précision quant à la teneur de la différence de situation entre les deux mandataires de justice<sup>85</sup>. La loi du 25 janvier 1985 n'établissait d'ailleurs aucune différence de traitement entre les deux professions. Cette dérogation aux strictes incompatibilités d'exercice pour l'administrateur a été introduite par l'article 50 de la loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990 *portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques*. Cette réforme était « *animée uniquement en considération d'un amendement parlementaire qui déplorait le manque d'administrateurs judiciaires en province.* »<sup>86</sup> S'il a été envisagé de revenir sur la dérogation lors de l'examen de la loi n° 2003-7 du 3 janvier 2003 *modifiant le livre VIII du code de commerce*, elle a finalement été maintenue<sup>87</sup>.

Si l'exercice de la profession d'avocat par les administrateurs est une pratique marginale<sup>88</sup>, l'ouverture de cette faculté aux mandataires judiciaires aurait remis encore un peu plus en cause le principe d'une profession strictement dédiée au traitement des difficultés de l'entreprise. Du reste, au-delà de la justification de la différence de traitement entre les mandataires judiciaires et les administrateurs judiciaires, c'est le principe même du statut des mandataires de justice qui aurait pu également être contesté en ce qu'il repose sur une logique de restriction de concurrence entre professionnels<sup>89</sup>. La décision du Conseil constitutionnel montre ainsi l'actualité de la discussion portant sur le statut des mandataires de justice et, par conséquent, du débat portant sur l'avenir d'une profession reposant sur de strictes incompatibilités d'exercice. Pourtant, cette spécificité du modèle français le rend structurellement conforme aux exigences du droit européen qui accorde une place de plus en plus forte à la question du statut des praticiens de l'insolvabilité et de leur indépendance en particulier.

**19. La question du statut en droit de l'Union européenne.** Dans sa résolution du 15 novembre 2011, le Parlement européen a manifesté, pour la première une fois, l'intention d'œuvrer à l'adoption de règles de convergence entre les différents praticiens de l'insolvabilité au sein de l'Union européenne, ce qui a abouti quelques années plus tard à l'adoption des articles 26 et 27 de la directive 2019/1023 du 20 juin 2019 formalisant les premières règles en

---

<sup>84</sup> Cons. constit., 5 août 2022, QPC, n° 2022-1008, considérants 8 et 9 ; *Dalloz actualités* 14 sept. 2022, note G. Berthelot ; *LEDEN* sept. 2022, n° 201a2, p. 1, obs. F.-X. Lucas ; *Rev. sociétés* 2022, p. 518, obs. L.-C. Henry.

<sup>85</sup> F.-X. Lucas, obs. sous Cons. constit., 5 août 2022, QPC, n° 2022-1008, *LEDEN* sept. 2022, n° 201a2, p. 1.

<sup>86</sup> G. Berthelot, obs. sous Cons. constit., 5 août 2022, QPC, n° 2022-1008, *Dalloz actualités* 14 sept. 2022.

<sup>87</sup> L.-C. Henry, obs. sous Cons. constit., 5 août 2022, QPC, n° 2022-1008, *Rev. sociétés* 2022, p. 518.

<sup>88</sup> J. Baron, « La convergence des statuts des professionnels au sein de l'Union européenne : l'exemple français », *BJE* juill. 2022, n° 200r1, p. 49.

<sup>89</sup> F.-X. Lucas, obs. sous Cass. com., 9 juin 2022, QPC, n° 22-40.008, *LEDEN* juill. 2022, n° 200y5, p. 1.

la matière. L'article 26 impose aux États membres de veiller désormais à ce que ces praticiens reçoivent une formation appropriée et disposent de l'expertise nécessaire au regard, notamment, des spécificités des affaires traitées. Des exigences sont ensuite posées afin que l'accès à la profession et le processus de désignation suivent des règles claires, transparentes et équitables. L'article 27 prévoit, en outre, un contrôle des praticiens afin de garantir que leurs services sont fournis avec efficacité et compétence et, à l'égard des parties concernées, de façon impartiale et indépendante.

L'existence d'une profession spécifique, à l'accès sélectif et imposant une période de stage de trente mois, plaide en faveur du droit français qui semble répondre aux exigences européennes en matière de compétence. De même, l'absence de clientèle, qui résulte de la désignation judiciaire des mandataires de justice ainsi que des strictes incompatibilités d'exercice auxquelles ils sont soumis, donne, en théorie, une garantie des plus solides de l'indépendance des praticiens français.

**20. Le statut des praticiens de l'insolvabilité à l'étranger.** Avant même l'adoption de la directive du 20 juin 2019, une convergence au sein de l'espace européen semblait déjà être à l'œuvre s'agissant du statut des praticiens de l'insolvabilité. La majorité des États exige ainsi une formation théorique et pratique qui conditionne l'exercice de la profession à la justification d'un niveau d'études sanctionné par un diplôme d'études supérieures en droit, économie, gestion ou comptabilité, outre l'accomplissement d'un stage ou la justification d'une expérience professionnelle suffisante<sup>90</sup>. De plus, si les autres États ne prévoient pas formellement un monopole de principe au profit d'une profession spécifique comme en France, « *en pratique, on voit se dessiner de véritables monopoles de fait au profit d'avocats ou d'experts-comptables dont l'insolvabilité est devenue l'unique activité.* »<sup>91</sup> Par exemple, en Grande-Bretagne, seuls les *solicitors* et les comptables peuvent obtenir l'agrément pour devenir praticiens de l'insolvabilité. À cet égard, il a été souligné que « *Ces professionnels travaillent le plus souvent dans des cabinets d'audit dont les plus importants disposent, répartis sur l'ensemble du territoire britannique, de bureaux dédiés aux seules affaires de faillite.* », l'auteur ajoutant que « *Des tentatives ont été menées pour briser ce monopole de fait, sans succès jusqu'à présent.* »<sup>92</sup> De même, en Allemagne, un nombre limité d'avocats se sont spécialisés dans le domaine de la

---

<sup>90</sup> E. Inacio, « Bilan du rapprochement des professionnels de l'insolvabilité au sein de l'Union européenne », *Rev. proc. coll.* 2016, dossier 37, n° 12, p. 105. En 2016, les États concernés étaient les suivants : Bulgarie, Chypre, Croatie, Estonie, France, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Pologne, Portugal, République Tchèque, Roumanie, Royaume-Uni, Slovaquie et Slovénie.

<sup>91</sup> *Ibid.*, n° 14.

<sup>92</sup> D. Marks, « Les procédures d'insolvabilité en Grande-Bretagne », *LPA* 16 juin 2005, p. 7.

## Introduction

restructuration, ce qui limite de fait le nombre de professionnels<sup>93</sup>. En revanche, les conditions d'inscription sur les listes sont contestées car insuffisamment exigeantes quant à leur contenu<sup>94</sup>. La logique est encore la même aux États-Unis<sup>95</sup>, en Belgique<sup>96</sup> ou aux Pays-Bas<sup>97</sup> où sont presque toujours désignés des avocats spécialisés, à l'instar de l'Italie qui prévoit aussi la possibilité de désigner des experts-comptables ou des comptables agréés<sup>98</sup>. Le système espagnol est un peu plus original, un collège de professionnels étant désigné, collège composé d'un avocat, d'un expert-comptable et d'un économiste<sup>99</sup>.

Cette dynamique de spécialisation qui favorise l'émergence d'un monopole peut sembler naturelle lorsque les mandats sont distribués par des tribunaux. Les exemples européens montrent que ces derniers constituent spontanément, pour des raisons pratiques, des listes de professionnels ayant les compétences pour être désignés. L'investissement indispensable afin d'acquérir une crédibilité auprès des juridictions étant significatif et le volume d'affaires à traiter étant par essence relativement restreint, le nombre d'aspirants à cette profession est nécessairement réduit. Par conséquent, un noyau de praticiens spécialisés peut avoir de fait le monopole de l'exercice de cette profession. Du fait de cette spécialisation, en l'absence même d'incompatibilités d'exercice, ces praticiens sont amenés à exercer exclusivement cette profession. Par exemple, les praticiens de l'insolvabilité au Royaume-Uni sont le plus souvent des comptables mais qui exercent au sein d'entités qui ne traitent que des affaires d'insolvabilité<sup>100</sup>. Si cette dynamique limite dans une certaine mesure les risques de conflits d'intérêts, il demeure que l'absence de clientèle, qui caractérise le modèle français, apporte une garantie structurelle à l'indépendance de ces praticiens de l'insolvabilité<sup>101</sup>. À cet égard, alors que le souci de la Commission européenne de déréglementer les professions libérales a laissé penser un temps que les professions des administrateurs et des mandataires

---

<sup>93</sup> P. Ehret, « Les dernières évolutions du statut de syndic en droit allemand » : *Rev. proc. coll.* 2013, dossier 45, n° 11 ; E. Kurek, « Les procédures d'insolvabilité en Allemagne », *LPA* 23 mars 2005, p. 14.

<sup>94</sup> H. Vallender, « Le statut des administrateurs et mandataires judiciaires selon le droit professionnel en Allemagne », *BJE* juill. 2022, n° 200r0, p. 52.

<sup>95</sup> J. Hazard, « Les procédures d'insolvabilité aux États-Unis », *LPA* 16 juin 2005, p. 12.

<sup>96</sup> C. Legros, « Les procédures d'insolvabilité en Belgique », *LPA* 23 mars 2005, p. 10.

<sup>97</sup> H. J. Wind, « Les syndics de faillite aux Pays-Bas », *LPA* 27 nov. 2009, p. 26.

<sup>98</sup> G. Schiavon, « Les procédures d'insolvabilité en Italie », *LPA* 23 mars 2005, p. 5.

<sup>99</sup> J. Ferre, « L'exercice de la profession de syndic de faillite en Espagne », *LPA* 27 nov. 2009, p. 31.

<sup>100</sup> D. Marks, « Les procédures d'insolvabilité en Grande-Bretagne », *LPA* 16 juin 2005, p. 7.

<sup>101</sup> E. Inacio, « Les dernières évolutions du statut de "syndic" au sein de l'Union européenne », *Rev. proc. coll.* 2013, dossier 43, n° 6, p. 76.

judiciaires seraient remises en cause<sup>102</sup>, il est finalement apparu que le statut français des mandataires de justice a pu servir de modèle à la directive du 20 juin 2019<sup>103</sup>.

**21. Le possible approfondissement de l'harmonisation des statuts au sein de l'Union européenne.** La question de l'harmonisation des statuts des praticiens de l'insolvabilité pourrait se poser à nouveau dans un avenir proche en raison de la volonté des institutions européennes d'approfondir l'harmonisation des législations sur l'insolvabilité. En ce sens, la Banque Européenne pour la Reconstruction et le Développement a proposé, le 1<sup>er</sup> juillet 2021, des « Principes pour un cadre réglementaire professionnel efficace pour les titulaires d'un mandat de restructuration » (« *Principles for an Effective Professional and Regulatory Framework for Insolvency Office Holders* ») qui plaident dans le sens d'une harmonisation des statuts des praticiens de l'insolvabilité. Surtout, la Commission européenne, dans une communication du 25 novembre 2021, a annoncé qu'elle proposera d'ici au troisième trimestre 2022 une initiative visant à harmoniser certains aspects précis du cadre relatif à l'insolvabilité des entreprises et de ses procédures<sup>104</sup>. Or, comme cela a été souligné, « *Dès lors que les droits substantiels de l'insolvabilité s'harmoniseront à l'échelle de l'UE, les statuts des praticiens qui seront chargés d'appliquer ce droit européen harmonisé de l'insolvabilité devront également l'être.* »<sup>105</sup> C'est dans ce contexte que doit être discutée l'opportunité de revenir sur la réglementation du mandat de justice.

**22. Le statut des mandataires de justice appréhendé au prisme de la finalité des procédures collectives.** S'intéresser au statut ne conduit pas à s'interroger seulement sur les avantages et inconvénients du droit français en contemplation des exigences européennes. Assurer avec la plus grande intensité possible l'indépendance des mandataires de justice ne constitue pas une fin en soi. Il s'entend que le législateur puisse se donner comme objectif de favoriser l'émergence de structures à même de proposer un service juridique global qui répond

---

<sup>102</sup> D. Fasquelle, « Quelle réglementation pour l'activité des professionnels du traitement des entreprises en difficulté ? Le point de vue européen – Conclusion », *LPA* 19 oct. 2006, p. 44.

<sup>103</sup> E. Inacio, « Le sort des praticiens français de l'insolvabilité face à la directive européenne relative aux cadres de restructuration préventifs », *Rev. proc. coll.* 2019, étude 2, n° 7, p. 16 : « *Alors que le modèle original de la profession réglementée du mandataire de justice français semblait vouloir être sacrifié jusqu'à présent par l'Europe sur l'autel de la déréglementation, celui-ci est au contraire conforté par le texte de l'accord provisoire sur la directive même si celle-ci ne va pas au bout de sa logique.* » V. déjà : D. Fasquelle, « L'Europe : une opportunité pour les professions d'AJMJ et pour le mandat de justice ? », *Rev. proc. coll.* 2013, dossier 32, n° 27, p. 52, l'auteur souligne que la recommandation du Parlement européen du 15 novembre 2011 sur les procédures d'insolvabilité s'est inspirée du mandat de justice français afin de proposer une définition du syndic.

<sup>104</sup> Communication de la Commission au Parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions, *Union des marchés des capitaux : des résultats, un an après le plan d'action*, 25 nov. 2021, COM (2021) 720.

<sup>105</sup> E. Inacio, « Vers une nouvelle directive sur l'insolvabilité : quelle convergence au sujet des statuts des professionnels de l'insolvabilité peut être atteinte dans l'Union européenne ? », *BJE* juill. 2022, n° 200r7, p. 44.

## Introduction

à une aspiration à un service dit de guichet unique<sup>106</sup>. D'ailleurs, si aucune autre législation n'organise les praticiens de l'insolvabilité au sein d'une profession spécifique, des règles sont posées afin de limiter les risques de conflits d'intérêts. Comme souligné précédemment, le statut des mandataires de justice est aussi lié aux objectifs privilégiés par chaque législation. Or, en dépit d'une harmonisation croissante des droits de l'insolvabilité, des différences de cultures juridiques existent toujours entre les États membres, ce qui ne manquera d'ailleurs pas de poser des difficultés en cas de tentative d'harmonisation des statuts<sup>107</sup>.

Contrairement aux systèmes qui ont toujours placé le paiement des créanciers au centre des procédures d'insolvabilité, la loi du 25 janvier 1985 a hissé la sauvegarde de l'entreprise au sommet de la hiérarchie des objectifs des procédures collectives. L'opposition entre la sauvegarde de l'entreprise et le paiement des créanciers doit certes être nuancée, l'expérience montrant qu'une restructuration consentie par les créanciers présente plus de chances de succès et assure un meilleur recouvrement des créances<sup>108</sup>. De plus, l'adoption de la directive du 20 juin 2019 a permis une harmonisation des différentes législations européennes relatives à l'insolvabilité. Il demeure que, hormis les procédures avec constitution de classes de parties affectées, le tribunal conserve en droit français une marge de manœuvre significative afin d'imposer des plans de continuation qui n'existent pas dans les systèmes juridiques plus favorables aux droits des créanciers. L'étude du statut des mandataires de justice doit tenir compte de ce trait particulier du droit français des procédures collectives. En outre, les mandataires de justice semblent parfois jouer davantage un rôle d'auxiliaire au service de la justice que des intérêts en présence. Il en va ainsi lorsqu'ils sont amenés à solliciter des sanctions pénales ou professionnelles ou à veiller au bon déroulement de la procédure. La spécificité de cette mission, qui par certains aspects semble exercée avant tout au service de la

---

<sup>106</sup> H. Hovasse, « Les sociétés pluri-professionnelles d'exercice de professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé », *BJS* juin 2016, n° 115c2, p. 364 ; G. Parléani, « L'exercice en société des professions libérales – essentiellement juridiques – dans la loi Macron », *Rev. sociétés* 2015, p. 638.

<sup>107</sup> D. Fasquelle et M.-A. Fasquelle-Leonetti, « Le droit européen de l'insolvabilité : passé, présent et avenir », *BJE* juill. 2022, n° 200q9, p. 60 : « *La question du statut des professionnels : sujet annexe ou central ? Il s'agit, de notre point de vue, sans aucun doute d'une question centrale. En effet, toute tentative d'harmonisation des règles de fond risque d'être tenue en échec si leur mise en œuvre n'est pas également abordée, tant les différences peuvent être grandes entre les États membres. Le droit européen de l'insolvabilité doit marcher sur deux jambes également pour une application efficace du droit international privé européen de l'insolvabilité. Il ne faut pas oublier qu'il s'agit d'une question bien plus difficile qu'il n'y paraît car elle touche à l'organisation judiciaire, aux traditions et à la vision du traitement des difficultés des entreprises dans chaque État membre. Cela étant dit, il existe une véritable prise de conscience à ce sujet, que l'on s'intéresse à la convention CNUDCI, à la résolution du Parlement européen de 2011 ou encore au règlement (UE) n° 2015/848 et aux articles 26 et 27 de la directive de 2019.* » ; en ce sens ég. : J.-L. Vallens, « Quelles sont les zones de convergence possibles en matière de restructuration dans l'Europe de demain ? », *BJE* juill. 2022, n° 200r3, p. 43.

<sup>108</sup> R. Azevedo, *Le caractère collectif des procédures collectives*, avant-propos F. Pérochon, préf. F.-X. Lucas, LGDJ, 2021, n° 367, p. 240. Rappr. : A. Rizzi, *La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives*, avant-propos J. Amiel-Donat, préf. C. Champaud, LGDJ, 2007.



justice, doit être aussi prise en considération dans l'étude du statut de ces auxiliaires de justice singuliers.

L'examen du statut amène enfin à aborder la délicate question du coût des procédures collectives.

**23. La profession de mandataire de justice et la question du coût des procédures collectives.** Le Titre III de la directive du 20 juin 2019 consacré aux remises de dettes et déchéances impose aux États membres de prévoir une procédure libérant les débiteurs insolvable de leurs dettes. Il s'agit d'une consécration, au niveau européen, d'un droit au rebond du débiteur de bonne foi<sup>109</sup>. L'article 23, 2, e dispose néanmoins que les États membres peuvent refuser l'accès à ces procédures lorsque le débiteur ne peut pas supporter les frais de justice nécessaires au fonctionnement de la procédure. En France, l'ouverture d'une procédure collective n'est pas conditionnée à la faculté du débiteur d'en supporter le coût, ce qui explique que la procédure puisse être vue, dans certaines hypothèses, comme un bénéfice pour le débiteur<sup>110</sup>. Le cas échéant, l'accès à une procédure liquidative apparaît comme une faveur pour le débiteur qui bénéficie ainsi de la possibilité d'être libéré de ses dettes, la mesure étant censée « être bénéfique à l'économie en évitant que l'entrepreneur soit privé d'activité et en favorisant la création d'entreprises. »<sup>111</sup> Cette forme de droit à une procédure collective évite au débiteur d'être éternellement tenu par des dettes qu'il ne peut pas rembourser. Elle s'inscrit également dans la volonté de reconnaître à l'entrepreneur malheureux mais de bonne foi la possibilité de reprendre une activité suite à un échec. Cette opportunité n'existe pas dans toutes les législations sur l'insolvabilité. Par exemple, en droit allemand, l'ouverture de la procédure peut être refusée au débiteur dont l'actif n'apparaît pas suffisant pour payer les frais de procédure, le débiteur étant alors inscrit sur le registre des débiteurs insolvable<sup>112</sup>.

L'accès inconditionnel garanti par le droit français soulève, par conséquent, la question de la rémunération des mandataires de justice désignés dans ces procédures impécunieuses.

---

<sup>109</sup> Sur lequel, v. not. : M.-H. Monsérié-Bon, « L'effacement des dettes dans le droit des entreprises en difficulté », *Dr. & patr. mensuel* 2009, n° 184, p. 64 ; C. Saint-Alary-Houin, « Le rebond du débiteur en liquidation judiciaire : vrai ou faux départ ? », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot ; professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, éd. Dalloz-Litec, 2011, p. 579 ; B. Cambon, P. Goubard et V. Legrand, « Le traitement des difficultés, un outil de rebond du débiteur », *Rev. proc. coll.* 2017, dossier 8 ; C. Galokho, « Le rebond du débiteur de mauvaise foi », *RTD com.* 2017, p. 783 ; P. Roussel Galle, « Débiteur personne physique : du dessaisissement au rebond », *BJE* sept. 2018, n° 116g6, p. 389 ; J. Vallansan et F. Petit, « Droit au rebond : un pas de plus ! », *Rev. proc. coll.* 2021, dossier 11, p. 82.

<sup>110</sup> F. Pérochon, « Le "bénéfice" sélectif de la procédure collective », in *Mélanges Christian Mouly*, t. 2, Litec, 1998, p. 401.

<sup>111</sup> P. Le Cannu et D. Robine, *Droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2020, n° 5, p. 3.

<sup>112</sup> *Insolvenzordnung*, § 26.

## Introduction

L'article L. 663-3 du code de commerce prévoit qu'une somme est allouée au mandataire de justice, ces émoluments étant prélevés sur une quote-part des intérêts servis par la Caisse des dépôts et consignations sur les fonds déposés au cours de la procédure en application des articles L. 622-18, L. 626-25 et L. 641-8 du code de commerce<sup>113</sup>. Selon la difficulté du dossier ainsi attribué, cette rémunération peut sembler plus ou moins proportionnée aux diligences fournies par le professionnel. L'enjeu est loin d'être négligeable, le rapport rendu par M. Ricol, le 15 avril 2021, ayant avancé le chiffre de 50 % de dossiers impécunieux<sup>114</sup>. Cet accès inconditionnel a donc un coût et inscrit la question du statut des mandataires de justice dans un enjeu plus large tenant aux conditions de l'équilibre économique de l'exercice de cette profession. Le monopole de principe dont bénéficient les mandataires de justice et le nombre limité de professionnels inscrits sur les listes permettent, en l'état, de leur imposer la prise en charge de certains dossiers non rentables grâce à une forme de péréquation dans la distribution des mandats. Toutefois, si le modèle français venait à être remis en cause, il faudrait repenser cette question du financement des frais des mandataires de justice pour les débiteurs qui n'ont pas les moyens d'en supporter le coût.

Par ailleurs, le financement de la procédure collective renvoie à une autre question d'actualité tenant au conflit qui oppose l'Association pour la gestion du régime de Garantie des créances des Salariés (AGS), institution qui procède au règlement des créances salariales, et les mandataires de justice<sup>115</sup>. Contrairement à de nombreux systèmes juridiques qui privilégient le paiement des frais de justice sur toute autre créance<sup>116</sup>, le droit français ne permet pas toujours de déterminer clairement qui doit être payé en priorité entre l'AGS et les mandataires de justice lorsque les fonds ne suffisent pas à désintéresser les deux acteurs<sup>117</sup>. Si l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 *portant modification du livre VI du code de commerce* a modifié la rédaction des articles L. 641-13 et L. 643-8 du code de commerce intéressant l'ordre des paiements, toutes les difficultés qui existaient sous l'empire du droit antérieur n'ont pas été levées<sup>118</sup>. La question du statut invite ainsi à réfléchir au financement de l'intervention des mandataires de justice.

---

<sup>113</sup> Sur ce point, v. la circulaire CIV 2005-02 D du 7 février 2005 *relative aux nouvelles règles tarifaires applicables aux mandataires judiciaires au redressement et à la liquidation des entreprises*.

<sup>114</sup> R. Ricol, *Mission AGS/AJMJ*, Rapport au Premier Ministre, 15 avril 2021, p. 9.

<sup>115</sup> Ce qui a pu conduire à laisser impayés les salariés faisant d'eux les victimes collatérales de ce conflit. En ce sens, v. T. com. Paris, 11<sup>e</sup> ch., 27 oct. 2021, n° 2021043985, *LEDEN* nov. 2021, n° 200i8, p. 1, obs. F.-X. Lucas.

<sup>116</sup> M. Menjucq, « Frais de justice : quel traitement au-delà des frontières ? », *Rev. proc. coll.* 2021, repère 3.

<sup>117</sup> Pour une présentation des arguments de chacune des parties, v. R. Ricol, rapport préc.

<sup>118</sup> V. not. : N. Borge et J. Théron, « Ordonnance du 15 septembre 2021 réformant le droit des entreprises en difficulté, un tournant ? », *D.* 2021, p. 1773 ; P. Roussel Galle, « Brève présentation de l'ordonnance de 15 septembre 2021 à l'exception des classes de créanciers », *BJE* janv. 2022, n° 20014, p. 44 ; O. Buisine,

**24. Problématique et plan de la thèse.** Parce qu'il a érigé la sauvegarde de l'activité au sommet des objectifs de la procédure collective en 1985, le législateur a estimé devoir scinder les fonctions et les professions de mandataires de justice. Dans un contexte incertain quant à l'avenir du modèle français du mandat de justice, la présente étude a pour ambition, non pas de proposer une analyse exhaustive des règles régissant le mandat de justice, mais de discuter l'idée selon laquelle le bouleversement de la hiérarchie des objectifs de la procédure justifiait la scission des fonctions et des professions de mandataires de justice.

La loi du 25 janvier 1985 a amené à appréhender les mandataires de justice comme les représentants d'intérêts antagonistes. Pourtant, l'étude du droit positif montre les limites d'une telle approche des fonctions au prisme de la défense des intérêts en présence (Partie 1). L'objectif de sauvetage de l'activité ou la bonne administration de la procédure peuvent conduire les mandataires de justice à agir au détriment des intérêts dont ils ont prétendument la charge. Davantage que des représentants, les mandataires de justice peuvent ainsi apparaître comme des auxiliaires de justice au service de l'intérêt général (Partie 2). C'est au regard de cette finalité commune à la mission des deux mandataires de justice qu'il convient d'étudier la question de leur statut et de ses possibles évolutions (Partie 3).

---

« L'article L. 643-8 du Code de commerce, nouvelle pierre angulaire du droit des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll.* 2021, alerte 19, p. 3 ; C. Favre-Rochex, « Les répartitions en liquidation judiciaire après la réforme du livre VI du Code de commerce », *BJE* nov. 2021, n° 200h8, p. 49 ; P. Pétel, « Les sûretés dans l'ordonnance modifiant le livre VI du Code de commerce », *Rev. proc. coll.* 2021, dossier 10, p. 73 ; P. Cagnoli, « Regards sur les modifications du livre VI intéressant le droit des sûretés », *Rev. proc. coll.* 2022, dossier 7, p. 45.



## **PARTIE 1 : LES LIMITES DE LA SCISSION DES FONCTIONS DES MANDATAIRES DE JUSTICE**

**25. Plan de la partie.** La scission des fonctions de mandataire et d'administrateur judiciaire a été justifiée par l'idée selon laquelle, à la suite du changement de finalité des procédures collectives, « *il n'est plus possible qu'en une personne unique se concentrent et l'intérêt des créanciers et l'intérêt de l'entreprise.* »<sup>119</sup> S'il est vrai que le sauvetage de l'entreprise peut être obtenu en imposant des sacrifices aux créanciers, il n'est pas certain que les fonctions des deux mandataires de justice soient pour autant incompatibles. Une telle idée mérite d'être discutée. D'une part, la défense de l'intérêt collectif des créanciers par le mandataire judiciaire contribue peut-être au moins autant à la poursuite de l'activité qu'au paiement des créanciers (Titre 1). D'autre part, la mission confiée à l'administrateur judiciaire pourrait relever davantage d'une logique conservatoire que d'une mission exercée au profit de l'un des intérêts en présence au détriment d'un autre (Titre 2).

---

<sup>119</sup> Interv. R. Badinter, *JO déb. Ass. nat.* 5 avr. 1984, discussion générale, p. 1182.



## TITRE 1 : LA FONCTION DU MANDATAIRE JUDICIAIRE

**26. Plan du titre.** De prime abord, l'intérêt des créanciers consiste à recouvrer la plus grande part possible de leurs créances<sup>120</sup>. Ainsi compris, il peut s'opposer à l'intérêt de l'entreprise, notamment lorsque le sauvetage de cette dernière est obtenu au prix d'une réduction importante du passif ou d'une cession de l'entreprise pour une valeur inférieure à la somme des actifs qui la composent. Au regard de la justification donnée à la scission des fonctions des mandataires de justice, celle de mandataire judiciaire devrait donc logiquement tendre au paiement le plus complet possible des créanciers. Pourtant, l'analyse des actions du mandataire judiciaire révèle des ambiguïtés et montre que ces actions ne remplissent cet objectif que de manière limitée. Il en va ainsi en raison, notamment, du fait que le fruit des actions du mandataire judiciaire profite au moins autant à la poursuite de l'activité qu'au paiement des créanciers (Chapitre 1). Ce constat invite alors à appréhender sous un angle nouveau la finalité du monopole dont le mandataire judiciaire jouit dans la défense de l'intérêt collectif des créanciers. Le sauvetage de l'entreprise étant devenu la finalité première des procédures collectives, ce monopole tend peut-être moins à assurer la représentation efficace des créanciers qu'à priver ces derniers de toute possibilité de distraire des sommes utiles au sauvetage de l'entreprise (Chapitre 2).

---

<sup>120</sup> A. Brunet, *Masse des créanciers et créanciers de la masse*, th. Nancy, 1973, n° 100, p. 142. Rapp. : R. Azevedo, *Le caractère collectif des procédures collectives*, avant-propos F. Pérochon, préf. F.-X. Lucas, LGDJ, 2021, n° 411, p. 267 : « un tel intérêt collectif des créanciers nous semble pouvoir être défini en revenant à la substance du droit de créance. L'existence d'une créance est vouée à une unique fin : son paiement. C'est la finalité de toute créance, la raison même de sa naissance. En ce sens, l'intérêt collectif des créanciers consiste dans le recouvrement des créances qui constitue la substance même de la créance. » En ce sens ég. : J. Percerou, avec la collab. de M. Desserteaux, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, t. 1, Rousseau et Cie, 2<sup>e</sup> éd., 1935, n° 86 bis, p. 141.





## CHAPITRE 1 : L'AMBIGUÏTÉ DES ACTIONS DU MANDATAIRE JUDICIAIRE AU REGARD DE L'OBJECTIF DE PAIEMENT DES CRÉANCIERS

**27. Plan du chapitre.** Le mandataire judiciaire dispose de plusieurs types d'actions. L'article L. 622-20 du code de commerce l'habilite d'abord à engager toute action de droit commun qui sert l'intérêt collectif des créanciers. Il est ensuite habilité à exercer certaines actions spécifiques qui n'existent que dans le contexte particulier de la procédure collective. Il convient de se demander dans quelle mesure ces différentes actions sont conformes à l'objectif de paiement le plus complet possible des créanciers.

Lorsqu'il entend introduire une action de droit commun, le mandataire judiciaire doit montrer en quoi elle est utile à l'intérêt collectif des créanciers<sup>121</sup>. En d'autres termes, l'action doit permettre de reconstituer le gage commun des créanciers. De ce fait, elle devrait tendre autant que possible au paiement de ces derniers. Pourtant, il en va autrement dans la mesure où la définition de l'intérêt collectif des créanciers n'a pas toujours permis le paiement le plus complet des créanciers. Surtout, l'action intentée dans l'intérêt collectif des créanciers peut alimenter la trésorerie de l'entreprise. Autrement dit, la défense de l'intérêt collectif des créanciers par le mandataire judiciaire profiterait paradoxalement au moins autant à la poursuite de l'activité qu'au paiement des créanciers (Section 1).

Les actions spécifiques au droit des procédures collectives posent une autre difficulté. Le mandataire judiciaire étant spécialement habilité à exercer ces actions, il faut se demander s'il est également tenu de prouver qu'elles sont conformes à l'intérêt collectif des créanciers. Il est possible d'en douter car ces actions suivent parfois une logique étrangère à la reconstitution du gage commun des créanciers. Par exemple, l'extension de la procédure peut conduire à attirer un débiteur dont les difficultés financières seraient encore plus graves que celles du débiteur déjà soumis à la procédure collective. Dans ce cas, il est douteux que l'action serve l'intérêt collectif des créanciers du premier débiteur. Faut-il pour autant priver le mandataire judiciaire du droit d'agir lorsque l'extension est motivée par une confusion comptable qui rend illisible la situation réelle des débiteurs ? Par ailleurs, certaines nullités de la période suspecte ne tendent pas tant à combattre un appauvrissement du débiteur qu'à restaurer l'ordre de

---

<sup>121</sup> L'article L. 626-25 du code de commerce habilite également le commissaire à l'exécution du plan à exercer des actions dans l'intérêt collectif des créanciers, de même que le liquidateur judiciaire l'est par le renvoi opéré par l'article L. 641-4 du même code. Par conséquent, sauf mention contraire pour les besoins ponctuels de la démonstration, la référence au mandataire judiciaire désignera, par synecdoque, à la fois le mandataire judiciaire, le commissaire à l'exécution du plan et le liquidateur judiciaire amenés à exercer des actions dans l'intérêt collectif des créanciers.

collocation des créanciers en faisant échec à une situation de préférence illégitimement acquise. L'action du mandataire judiciaire est alors sans influence sur le volume total des ressources à distribuer entre les créanciers. Dans ces conditions, comment l'intérêt collectif des créanciers peut-il être caractérisé? Enfin, si le liquidateur judiciaire peut solliciter une condamnation du dirigeant pour insuffisance d'actif, peut-il ne pas demander la réparation de la totalité de l'insuffisance d'actif? Il serait logique qu'il en soit ainsi dans la mesure où la sanction est censée être proportionnée à la faute du dirigeant. Toutefois, il faudrait convenir que, dans cette hypothèse, le liquidateur judiciaire ne cherche plus la distribution du plus grand dividende possible aux créanciers. En somme, les actions spécifiques aux procédures collectives semblent parfois jouer une fonction ambiguë qui s'éloigne de la seule protection du gage commun des créanciers en vue de la distribution du plus grand dividende possible (Section 2).

#### SECTION 1 : LES ACTIONS INTENTÉES EN DÉFENSE DE L'INTÉRÊT COLLECTIF DES CRÉANCIERS

**28. Plan de la section.** La définition de l'intérêt collectif a évolué au cours du temps et peut apparaître, à cet égard, comme un outil manié par la Cour de cassation en vue de renforcer la collectivisation des poursuites et l'efficacité de l'action des mandataires de justice. Cependant, cette recherche d'efficacité a aussi pu conduire, un temps, à rendre certains préjudices des créanciers irréparables. Ces évolutions montrent que la notion d'intérêt collectif des créanciers a pu servir à privilégier l'efficacité de la procédure au détriment, le cas échéant, du paiement le plus complet possible des créanciers (§ 1).

Au regard de ce dernier objectif, l'habilitation à agir dans l'intérêt collectif des créanciers présente elle-même des limites. Par exemple, l'habilitation à agir du commissaire à l'exécution du plan peut s'avérer parfois inefficace. Surtout, l'article L. 622-20 du code de commerce dispose que le fruit des actions intentées en défense de l'intérêt collectif des créanciers intègre le patrimoine du débiteur. N'étant pas distribuées directement aux créanciers, ces sommes peuvent alimenter la trésorerie de l'entreprise et ainsi profiter au moins autant à la poursuite de l'activité qu'au paiement des créanciers (§ 2).

## § 1 : L'évolution de la définition de l'intérêt collectif des créanciers

**29. Plan du paragraphe.** L'évolution de la définition de l'action intentée dans l'intérêt collectif des créanciers témoigne d'une volonté de renforcer l'efficacité de l'action du syndic, devenu par la suite mandataire judiciaire. L'idée d'un intérêt collectif a ainsi émergé dans la jurisprudence de la Cour de cassation afin de permettre la poursuite de l'un des créanciers dans la masse par le syndic. Cette évolution a contribué à assurer un paiement plus efficace de l'ensemble des créanciers (I). Toutefois, cette recherche d'efficacité a parfois conduit à remettre en cause les droits des créanciers en limitant la réparation de leur préjudice personnel et distinct de celui subi collectivement. Si la Cour de cassation a probablement corrigé cet excès aujourd'hui, l'évolution de la définition de l'action intentée dans l'intérêt collectif des créanciers confirme que la recherche d'efficacité a pu se faire au détriment du paiement exhaustif des créanciers (II).

I. Le renforcement de l'efficacité de l'action du syndic par la collectivisation des poursuites

**30. Plan.** L'arrêt *Laroche* du 7 janvier 1976<sup>122</sup> a ouvert la voie à une série de décisions facilitant l'action du syndic en étendant le domaine de l'intérêt collectif des créanciers (A). Avant même cet arrêt, l'action contre la fraude paulienne illustre déjà le mécanisme de collectivisation des poursuites destiné à favoriser la reconstitution du gage commun des créanciers (B).

A. L'extension du domaine de l'intérêt collectif des créanciers

**31. La poursuite de l'un des créanciers dans la masse par l'ancien syndic.** Les procédures collectives doivent substituer au désordre que des poursuites individuelles peuvent provoquer, un désintéressement organisé des créanciers d'un débiteur en difficulté<sup>123</sup>. Cet objectif se traduit par l'interdiction et l'interruption de toute action en justice de la part des

<sup>122</sup> Cass. com., 7 janv. 1976, n° 72-14.029, *Bull. civ. ch. com.*, n° 6, p. 7 ; *D.* 1976, jur., p. 278, note F. Derrida et J.-P. Sortais ; *JCP* 1976, II, 18327, note C. Gavalda et J. Stoufflet ; *Gaz. Pal.* 17 juin 1976, 1, p. 412, note B. Boulloc ; *Rev. sociétés* 1976, p. 126, note A. Honorat ; *RTD com.* 1976, p. 171, obs. M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange.

<sup>123</sup> F.-X. Lucas, *Manuel de droit de la faillite : prévention, restructuration, liquidation*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2021, n° 263, p. 261.

créanciers tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent<sup>124</sup>. Or, ce traitement harmonieux des difficultés commande seulement une interdiction des poursuites contre le débiteur, les créanciers n'étant pas empêchés, en théorie, de poursuivre individuellement les tiers ayant contribué à la réalisation de leur dommage. La poursuite des tiers par un mandataire de justice, au nom des créanciers, n'est donc pas nécessaire, en soi, à l'établissement d'une procédure collective. Reconnaître à un mandataire de justice le droit d'agir contre un tiers dans l'intérêt collectif des créanciers contribue néanmoins à renforcer l'efficacité de son action qui tend au paiement des créanciers.

Historiquement, la Cour de cassation reconnaissait au syndic le droit d'agir, contre un tiers ayant contribué aux difficultés du débiteur, seulement lorsque le préjudice avait été subi par l'ensemble des créanciers<sup>125</sup>. L'action du syndic contre un tiers était donc fondée sur l'intérêt commun des créanciers entendu comme l'intérêt partagé par l'intégralité d'entre eux<sup>126</sup>. Lorsqu'il s'agissait d'engager la responsabilité du banquier, l'efficacité de l'action du syndic de faillite montrait ses limites. Le banquier ayant souvent la qualité de créancier dans la masse, le syndic perdait le droit d'agir car l'intérêt n'était plus unanimement partagé par les créanciers. Il a ainsi été longtemps regretté que le syndic ne puisse pas demander réparation à l'établissement de crédit dont le concours fautif avait contribué aux difficultés du débiteur<sup>127</sup>.

Dans l'affaire *Rouquette* de 1974<sup>128</sup>, la Cour a néanmoins atténué la rigueur de la règle en raison de la double fonction du syndic, ce dernier pouvant à la fois agir dans l'intérêt du débiteur et de ses créanciers. Elle a précisé que « *le syndic pouvait agir au nom et pour le compte de la société débitrice en vue de reconstituer le patrimoine de celle-ci, contre toute personne, fut-elle créancière dans la masse, coupable d'avoir contribué par des agissements fautifs à la diminution de l'actif ou à l'aggravation du passif* ». Toutefois, la chambre commerciale a immédiatement précisé qu'il n'appartenait pas au syndic d'introduire une action contre l'un des créanciers dans la masse « *au nom et pour le compte de l'ensemble des créanciers formant la masse une action en responsabilité dont l'exercice individuel n'était pas suspendu et que chacun desdits créanciers, dans la mesure où il était personnellement fondé à se plaindre, restait libre d'intenter en vue d'être entièrement indemnisé de son préjudice* ».

<sup>124</sup> C. com., art. L. 622-21.

<sup>125</sup> Cass. com., 2 mai 1972, n° 70-14.235, *Bull. civ. ch. com.*, n° 125, p. 127 ; *D.* 1972, jur., p. 618, note A. Pirovano ; *JCP* 1972, II, 17170, note J. A. ; *RTD com.* 1972, p. 974, obs M. Cabrillac et J.-L. Rives-Lange ; *Banque* 1972, p. 937, note L. Martin.

<sup>126</sup> O. Staes, *Procédures collectives et droit judiciaire privé*, th. Toulouse, 1995, n° 313, p. 301.

<sup>127</sup> *Ibid.*

<sup>128</sup> Cass. com., 19 mars 1974, n° 72-11.543, *Bull. civ. ch. com.*, n° 98, p. 79 ; *D.* 1975, jur., p. 125, note J.-P. Sortais.

*propre* ». Autrement dit, le syndic de faillite ne pouvait engager la responsabilité d'un créancier dans la masse, en particulier l'établissement de crédit, qu'à la condition que ce dernier ait causé un préjudice direct au débiteur en difficulté, ce qui n'est pas évident lorsque le débiteur rencontrait déjà de sérieuses difficultés avant l'octroi du crédit.

**32. Le revirement opéré par la décision *Laroche*.** La Cour de cassation a opéré un revirement spectaculaire par l'arrêt *Laroche* du 7 janvier 1976 en jugeant que « *le syndic trouve dans les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi qualité pour exercer une action en paiement de dommages-intérêts contre toute personne, fut-elle créancière dans la masse, coupable d'avoir contribué, par des agissements fautifs, à la diminution de l'actif ou à l'aggravation du passif* »<sup>129</sup>. La solution répondait à la recherche d'une plus grande efficacité de l'action du syndic et au souci d'améliorer le sort des créanciers<sup>130</sup>. Conférer au syndic la qualité pour agir apparaissait alors comme le meilleur remède à l'inaction de certains créanciers contre le tiers fautif, singulièrement le banquier<sup>131</sup>. Encore fallait-il justifier ce revirement, la haute juridiction ayant été peu disert sur la question<sup>132</sup>. La solution a été présentée comme la consécration d'un intérêt collectif des créanciers permettant de réparer le préjudice propre à la masse. Cet intérêt collectif serait un intérêt supérieur par opposition à l'intérêt commun qui ne résulterait que de la somme des intérêts individuels des créanciers<sup>133</sup>. M. Staes reconnaît néanmoins que l'intérêt supérieur n'est pas tout à fait autonome du préjudice commun dans la mesure où les créanciers souffrent tous à hauteur du montant non réglé de leur créance. Toutefois, il estime que l'intérêt collectif « *s'affranchit de son origine pour permettre au syndic d'agir contre un créancier dans la masse* »<sup>134</sup>.

Il n'est pas certain que le recours à la notion d'intérêt supérieur soit absolument nécessaire afin d'expliquer la solution. Tout en raisonnant sur la notion d'intérêt commun des créanciers, l'arrêt *Laroche* pouvait être approuvé en ce que la Cour de cassation aurait simplement procédé à une application plus juste de cette notion. En effet, l'obligation de réparation du créancier du préjudice qu'il a causé n'enlevait rien au fait qu'il puisse avoir aussi intérêt, par ailleurs, à voir le gage commun reconstitué. Autrement dit, que le banquier n'ait pas intérêt à payer des dommages et intérêts n'est pas incompatible avec son intérêt de créancier,

<sup>129</sup> Cass. com., 7 janv. 1976, n° 72-14.029, arrêt préc.

<sup>130</sup> O. Staes, *op. cit.*, n° 319, p. 306.

<sup>131</sup> M. Jéol, concl. sous Cass. ass. plén., 9 juill. 1993, n° 89-19.211, *D.* 1993, jur., p. 469.

<sup>132</sup> L. Martin, « Après l'arrêt du 7 janvier 1976 », *RJ com.* 1978, p. 151.

<sup>133</sup> O. Staes, *op. cit.*, n° 318, p. 305.

<sup>134</sup> *Ibid.*, n° 316, p. 304.

appréhendé *in abstracto*, à ce que le patrimoine du débiteur soit reconstitué<sup>135</sup>, les deux rapports au débiteur pouvant être appréciés de manière autonome<sup>136</sup>. Dans un même ordre d'idée, si une société est constituée dans l'intérêt commun de ses associés, rien n'interdit de demander, sur le fondement de cet intérêt commun, réparation du préjudice que l'un des associés aurait causé. En outre, il a été souligné que la solution était avant tout conforme à la logique de toute procédure de distribution, qui veut « *que chacun rapporte d'abord à la masse commune ce dont il peut être débiteur et ne récupère que ce qui lui revient selon le rang déterminé par les règles de la justice distributive* »<sup>137</sup>. Quelle que soit la lecture retenue, les explications convergent afin de montrer que l'élargissement de la mission du syndic a répondu au besoin pratique d'engager la responsabilité du banquier et valide l'idée selon laquelle la fonction de la masse était de chercher à « *obtenir le dividende le plus élevé possible en liquidant le patrimoine du débiteur et en mettant à contribution ceux qui sont responsables du passif* »<sup>138</sup>. Encore fallait-il, précisément, s'assurer de la pérennité de la solution à la suite de la disparition de la masse des créanciers après l'entrée en vigueur de la loi du 25 janvier 1985.

**33. La reprise de la solution après la loi du 25 janvier 1985.** La disparition de la masse, dotée d'un patrimoine adossé à sa personnalité morale, décidée par la loi du 25 janvier 1985, aurait pu priver le nouveau mandataire judiciaire de cet élargissement du droit d'agir dans l'intérêt des créanciers. Certains auteurs estimaient en effet que cette suppression de la masse commandait l'abandon de l'arrêt *Laroche*<sup>139</sup>. La Cour de cassation a pourtant reconduit la solution par un arrêt de la chambre commerciale en date du 16 novembre 1993<sup>140</sup>. La solution reprend la structure de l'arrêt *Laroche* en actualisant le vocabulaire, le syndic devenant ici liquidateur judiciaire et la référence à la masse étant abandonnée au profit de l'intérêt collectif des créanciers, sans prendre pour autant davantage le soin de justifier la solution retenue<sup>141</sup>.

<sup>135</sup> M. Sénéchal, *L'effet réel des procédures collectives, essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, préf. M.-H. Monsérié-Bon, Litec, 2002, n° 684, p. 740.

<sup>136</sup> F. Zénati, « Le produit de l'action en comblement de passif et la masse des créanciers », *D.* 1983, chron., n° 22, p. 217.

<sup>137</sup> M. Sénéchal, *op. cit.*, n° 684, p. 742.

<sup>138</sup> A. Brunet, *Masse des créanciers et créanciers de la masse*, th. Nancy, 1973, n° 100, p. 142.

<sup>139</sup> F. Derrida, P. Godé, J.-P. Sortais, avec la collab. d'A. Honorat, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 1991, n° 510, p. 380.

<sup>140</sup> Cass. com., 16 nov. 1993, n° 91-19.570, *Bull. civ.* IV, n° 408, p. 296 ; *D.* 1994, jur., p. 57, concl. R. de Gouttes ; *ibid.*, p. 58, rapp. M. Pasturel ; *ibid.*, p. 60, note F. Derrida et J.-P. Sortais ; *JCP E* 1994, I, 351, n° 16, obs. M. Cabrillac et P. Pétel ; *LPA* 2 févr. 1994, p. 24, note F. Derrida et J.-P. Sortais ; *RTD civ.* 1994, p. 623, note P. Jourdain ; *Rev. banque* 1994, p. 92, note J.-L. Guillot.

<sup>141</sup> F. Derrida et J.-P. Sortais, note sous Cass. com., 16 nov. 1993, n° 91-19.570, *D.* 1994, jur., p. 60. L'avocat général ne se cachant du reste pas dans ses conclusions de proposer une décision au « *caractère audacieux* » (R. de Gouttes, concl. sous Cass. com., 16 nov. 1993, n° 91-19.570, *D.* 1994, jur., p. 57).

La doctrine s'est divisée quant à la justification de la solution. D'aucuns ont estimé que la reconduction de la solution de l'arrêt *Laroche* attestait l'impossibilité de se passer de la masse car, selon eux, sans groupement des créanciers, le mandataire judiciaire ne peut agir contre l'un d'eux. Partant, l'intérêt collectif ne serait que le successeur inavoué de la masse<sup>142</sup>. D'autres ont soutenu au contraire que la solution pouvait parfaitement être maintenue en l'absence de personnalité morale du groupement des créanciers<sup>143</sup>. La solution retenue a ainsi été mise en perspective avec la règle de l'article 815-5 du code civil qui dispose qu'un indivisaire peut être autorisé par la justice à passer seul un acte pour lequel le consentement d'un coindivisaire serait nécessaire, si le refus de celui-ci met en péril l'intérêt commun. Si l'indivision est un groupement dépourvu de personnalité morale, il est bien possible de se référer à un intérêt commun qui se distingue alors de la somme des intérêts des indivisaires<sup>144</sup>.

En définitive, si le raisonnement lapidaire de la Cour de cassation a divisé la doctrine, l'opportunité de la décision n'a jamais été contestée. En ce sens, la notion d'intérêt collectif a permis de dépasser les difficultés tenant à la qualité de créancier dans la masse du banquier, en 1976, puis à la disparition de la masse personnifiée, en 1993. Cette évolution de la notion d'intérêt collectif des créanciers a renforcé l'efficacité de l'action du mandataire de justice judiciaire. L'utilisation opportuniste de l'intérêt collectif apparaît également à l'étude de l'action paulienne.

## B. La collectivisation ancienne des effets de l'action paulienne

**34. Une collectivisation ancienne.** Si l'engagement de la responsabilité d'un créancier a nécessité une décision de la Cour de cassation actant l'élargissement de la mission du syndic de faillite, la reconnaissance de l'effet collectif de l'action paulienne est bien plus ancienne. L'action paulienne est en principe une action qui ne produit d'effets qu'entre les parties à l'instance<sup>145</sup>. Pourtant, un arrêt ancien de la chambre civile de la Cour de cassation énonçait

<sup>142</sup> M. Cabrillac et P. Pétel, obs. sous Cass. com., 16 nov. 1993, n° 91-19.570, *JCP E* 1994, I, 351, n° 16 ; A. Martin-Serf, « L'intérêt collectif des créanciers ou l'impossible adieu à la masse », in *Procédures collectives et droit des affaires : morceaux choisis. Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 158 ; M. Cabrillac, « L'impertinente réapparition d'un condamné à mort ou la métépsychose de la masse des créanciers », in *Propos impertinents de droit des affaires : mélanges en l'honneur de Christian Gavalda*, Dalloz, 2001, n° 8, p. 72 ; L. Martin, « Le représentant des créanciers et l'article 46 de la loi du 25 janvier 1985 », *RD bancaire et bourse* 1990, p. 64.

<sup>143</sup> M. Pasturel, rapp. sous Cass. com., 16 nov. 1993, n° 91-19.570, *D.* 1994, jur., p. 58.

<sup>144</sup> P. Jourdain, obs. sous Cass. com., 16 nov. 1993, n° 91-19.570, *RTD civ.* 1994, p. 623 ; M. Sénéchal, *op. cit.*, n° 685, p. 743.

<sup>145</sup> En ce sens, v. : Cass. com., 22 mai 1978, n° 76-14.195, *Bull. civ. ch. com.*, n° 139, p. 119.

déjà en 1934 « *qu'à raison des règles d'ordre public sur l'organisation et l'administration de la faillite, l'annulation de l'acte frauduleux, quand elle intervient après la faillite de l'auteur de la fraude, perd son caractère normalement relatif, pour produire effet à l'égard et au profit de tous les créanciers y compris ceux dont le droit est né postérieurement à la fraude et qui, sans la survenance de la faillite n'auraient pu invoquer les dispositions de l'article 1167 du code civil, ni bénéficier de leur application* »<sup>146</sup>. La Cour de cassation a donc affirmé sans ambages la vocation de l'ensemble des créanciers à profiter de la réparation de la fraude subie par un créancier, justifiant ainsi le droit d'agir du syndic.

À cela, il faut néanmoins apporter une nuance. Cette collectivisation de la fraude paulienne produit ses effets uniquement lorsque la fraude porte sur le patrimoine du débiteur. En effet, lorsqu'elle ne vient que réparer une fraude à un droit spécial du créancier, comme le consentement à un bail à long terme ou une vente en fraude d'une promesse unilatérale de vente, le mandataire de justice chargé de l'intérêt des créanciers n'a plus le droit d'agir, le gage commun des créanciers n'étant pas atteint par la fraude<sup>147</sup>. Cette absence d'intérêt à agir est cohérente avec la lettre de l'article L. 622-21 du code de commerce dans la mesure où l'action contre la fraude à un droit individuel ne tend pas au paiement d'une somme d'argent<sup>148</sup>. En outre, lorsque l'action a pour conséquence une restitution par équivalent monétaire, il n'est pas dérogé à la règle de l'interdiction des paiements car c'est le tiers qui paie et non le débiteur<sup>149</sup>.

**35. La survivance de l'action après la loi du 25 janvier 1985.** Un doute est survenu s'agissant de la pérennité de l'effet collectif de l'action paulienne, en cas d'atteinte au gage commun, en raison d'un revirement de jurisprudence opéré en 1996. Dans cet arrêt, la chambre commerciale a jugé que le droit exclusif du représentant des créanciers d'agir au nom et dans l'intérêt de ceux-ci ne fait pas obstacle à ce qu'un créancier exerce l'action de l'ancien article 1167 du code civil contre tous les actes faits en fraude de ses droits par le débiteur. Elle en a ainsi déduit que l'inopposabilité n'avait d'effet que dans les rapports entre les seules parties en cause<sup>150</sup>. Si l'action individuelle du créancier a toujours été admise, en réserver les effets à ce seul créancier est apparu comme un important revirement limitant les prérogatives du mandataire judiciaire. D'aucuns ont alors craint que cette solution ne prive le mandataire

<sup>146</sup> Cass. civ., 11 juill. 1934, *DH*, I, p. 441, obs. anonyme. V. ég. dans le même sens : Cass. com., 7 juin 1967, *Bull. civ. IV*, n° 232 ; *RTD com.* 1968, p. 139, obs. R. Houin.

<sup>147</sup> L. Sautonie-Laguionie, *La fraude paulienne*, préf. G. Wicker, LGDJ, 2008, n° 782, p. 542.

<sup>148</sup> *Ibid.*, n° 781, p. 541.

<sup>149</sup> *Ibid.*, n° 784, p. 543.

<sup>150</sup> Cass. com., 8 oct. 1996, n° 93-14.068, *Bull. civ. IV*, n° 227, p. 198 ; *D.* 1997, jur., p. 87, note F. Derrida ; *ibid.*, somm., p. 78, obs. A. Honorat ; *JCP G* 1997, I, 4004, n° 10, obs. P. Pétel ; *JCP E* 1997, II, 914, note Y. Guyon ; *Rev. huissiers* 1997, p. 1047, note J.-L. Courtier.



judiciaire du droit d'agir hors des cas où la fraude a été subie par tous les créanciers<sup>151</sup>. La Cour de cassation a finalement dissipé le doute en réaffirmant que « *le droit conféré aux créanciers par l'article 1167 précité peut également être exercé, en leur nom et dans l'intérêt collectif des créanciers, par leur représentant et que la recevabilité de son action n'est pas subordonnée à la condition que plusieurs créanciers puissent exercer l'action paulienne* »<sup>152</sup>.

À l'instar de la discussion relative au maintien de la jurisprudence *Laroche* après la disparition de la masse, un débat similaire a existé s'agissant de la conservation du droit à agir reconnu au mandataire au regard de l'effet collectif de la fraude paulienne. La question de la disparition de la masse ne semble pas *a priori* insurmontable, ne serait-ce qu'en raison du fait que la reconnaissance de l'effet collectif de l'action paulienne a été antérieure à celle de la personnalité de la masse, consacrée seulement en 1956<sup>153</sup>. Toutefois, la disparition de la masse conduit à ce que le fruit de l'action intègre désormais le patrimoine du débiteur fraudeur, ce qui peut apparaître problématique<sup>154</sup>. À cela, il a été répondu que le débiteur ne profiterait pas réellement du fruit de l'action dans la mesure où l'article L. 622-20 du code de commerce dispose que « *les sommes recouvrées à l'issue des actions introduites par le mandataire judiciaire ou, à défaut, par le ou les créanciers nommés contrôleurs, entrent dans le patrimoine du débiteur et sont affectées en cas de continuation de l'entreprise selon les modalités prévues pour l'apurement du passif.* »<sup>155</sup> Pourtant, aucune règle n'oblige à distribuer directement les sommes récoltées aux créanciers<sup>156</sup>. Celles-ci peuvent ainsi alimenter la trésorerie de l'entreprise, ce qui, du reste, est conforme aux objectifs des procédures collectives depuis 1985. Cependant, il peut paraître étrange de faire supporter cette tâche au mandataire judiciaire censé agir dans l'intérêt des créanciers.

Plus généralement, la collectivisation des effets de l'action paulienne est un révélateur du mécanisme de globalisation des poursuites explicité par M. Sénéchal. L'auteur a montré que lorsque le mandataire judiciaire agit pour la collectivité des créanciers, son droit de poursuite

<sup>151</sup> F. Derrida, note sous Cass. com., 8 oct. 1996, n° 93-14.068, *D.* 1997, jur., n° 5, p. 87.

<sup>152</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 29 mai 2013, n° 12-16.541, Inédit ; *Procédures* 2013, comm. 252, p. 23, obs. B. Rolland ; *BJE* sept. 2013, n° 110j4, p. 298, note L. Sautonie-Laguionie. V. ég. en ce sens, Cass. com., 13 nov. 2001, n° 98-18.292, *Bull. civ.* IV, n° 178, p. 170 ; *D.* 2001, p. 3617, obs. A. Lienhard ; *JCP E*, 2002, n° 726, p. 765, note G. Blanc ; *LPA* 7 août 2002, p. 8, note M. Sénéchal ; *RD bancaire et fin.* 2002, comm. 62, obs. F.-X. Lucas ; *RTD civ.* 2002, p. 88, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RJ com.* 2003, p. 234, note J.-P. Sortais ; *RTD. com.* 2002, p. 151, obs. C. Saint-Alary-Houin ou Cass. 3<sup>e</sup> civ., 13 juill. 2004, n° 03-10.292, Inédit ; *LPA* 13 avr. 2005, p. 3, note H. Lécuyer et F.-X. Lucas.

<sup>153</sup> Cass. com., 17 janv. 1956 ; *D.* 1956, jur., p. 265, R. Houin ; *JCP* 1956, II, 9601, note R. Granger.

<sup>154</sup> F. Derrida, P. Godé, J.-P. Sortais, avec la collab. d'A. Honorat, *op. cit.*, n° 525, p. 393.

<sup>155</sup> L. Sautonie-Laguionie, *La fraude paulienne*, préf. G. Wicker, LGDJ, 2008, n° 799, p. 553 ; M. Sénéchal, *op. cit.*, n° 650, p. 698.

<sup>156</sup> V. *infra* n°s 47 et s.

« est aligné sur celui des créanciers qui ont le droit de poursuite le plus étendu, c'est-à-dire ceux qui ont subi un préjudice causé par le dirigeant ou le banquier »<sup>157</sup>. Cette globalisation des poursuites explique non seulement le fait que le mandataire judiciaire puisse agir contre l'un des créanciers mais également qu'il puisse agir alors que certains créanciers n'ont pas subi le dommage, dans la mesure où leur créance est née après la survenance de ce dernier.

Cette conception extensive de l'action du mandataire judiciaire répond au souci d'assurer un fonctionnement efficace de la procédure collective. À cet égard, la disparition de la masse n'a pas remis en cause l'efficacité de l'action du mandataire judiciaire. En revanche, l'efficacité a parfois été recherchée au prix d'un recul des intérêts individuels des créanciers.

## II. La remise en cause de l'indemnisation des créanciers

**36. Plan.** L'extension du domaine d'intervention du mandataire judiciaire par les décisions ultérieures à l'arrêt *Laroche* a conduit à un recul de l'indemnisation des créanciers (A). Néanmoins, la jurisprudence plus récente de la Cour de cassation marque probablement la fin de cette tendance (B).

### A. Le recul de l'indemnisation individuelle des créanciers

**37. Les conséquences de la décision *Laroche* sur le préjudice individuel des créanciers.** Si le syndic de faillite ne pouvait guère engager la responsabilité du banquier au nom de la collectivité des créanciers avant l'arrêt *Laroche*, l'action était bien ouverte aux créanciers qui pouvaient demander l'indemnisation individuelle du préjudice résultant de la faute du banquier. Ces créanciers échappaient ainsi à la discipline collective et obtenaient le paiement direct de leur créance, raison pour laquelle la solution de l'arrêt *Laroche* a été vivement critiquée. Par exemple, M<sup>me</sup> Martin-Serf a déploré le fait que « *jamais un arrêt [n'ait] été si contraire aux principes de la responsabilité, avec ce postulat du préjudice collectif* » en permettant au responsable de bénéficier des réparations<sup>158</sup>. L'arrêt *Laroche* a bien fait disparaître la position individuelle privilégiée des créanciers. En effet, dès lors que le syndic s'est vu reconnaître le droit de poursuivre un créancier appartenant à la masse dans l'intérêt de la collectivité des

<sup>157</sup> M. Sénéchal, *op. cit.*, n° 706, p. 767.

<sup>158</sup> A. Martin-Serf, « L'intérêt collectif des créanciers ou l'impossible adieu à la masse », in *Procédures collectives et droit des affaires : morceaux choisis. Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 145.

créanciers, les créanciers qui avaient subi individuellement le préjudice ont été exposés au concours des paiements. Autrement dit, un créancier qui aurait pu espérer être directement payé par le banquier fautif s'est vu désormais contraint d'abandonner cette faveur au profit de la collectivité des créanciers. Si le *quantum* du désintéressement global des créanciers n'est donc pas remis en jeu par cette règle, c'est l'ordre des paiements qui s'en trouve bouleversé au détriment de la victime directe de la faute du banquier, ce qui amène à s'intéresser aux préjudices dont les créanciers peuvent encore demander directement réparation dans la procédure.

**38. L'arrêt *Astre* ou la globalisation des poursuites au détriment de l'indemnisation des créanciers.** À la suite de l'arrêt *Laroche*, il a fallu s'interroger sur le sort du préjudice individuel des créanciers défini par la Cour de cassation comme « *un préjudice spécial et d'un intérêt distinct de celui des autres [créanciers]* »<sup>159</sup>. La question a été soulevée par l'affaire *Astre* mettant en cause la responsabilité d'un banquier et à l'occasion de laquelle la réparation de différents postes de préjudice des créanciers était sollicitée. Les préjudices dont les créanciers sollicitaient l'indemnisation relevaient de plusieurs ordres : le non-paiement du principal de leur créance, le préjudice résultant de l'immobilisation des créances, notamment la perte des intérêts ou la cessation de l'activité qui ont découlé du non-paiement, voire la mise en règlement judiciaire du créancier non payé.

La chambre commerciale a rejeté ces demandes par un arrêt en date du 25 novembre 1985 en jugeant que « *dès lors que le syndic d'un règlement judiciaire ou d'une liquidation des biens, représentant la masse des créanciers, exerce, en vertu des pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, l'action en réparation du préjudice résultant de la diminution de l'actif ou de l'aggravation du passif du débiteur causé par la faute d'un tiers, aucun créancier ayant produit n'est recevable à agir lui-même contre ce tiers à raison du préjudice constitué par l'insuffisance des répartitions ou des dividendes et la perte des intérêts consécutive à l'ouverture de la procédure collective* »<sup>160</sup>. La collectivisation de l'action opérée par l'arrêt *Laroche* a ainsi conduit à exclure non seulement la réparation du préjudice résultant de

<sup>159</sup> Cass. com., 31 mars 1978 ; *D* 1978, jur., p. 647, note F. Derrida et J.-P. Sortais ; *JCP* 1979, II, 19119, note A. Brunet ; *Gaz. Pal.* 28 oct. 1978, p. 506, note P. Fangain.

<sup>160</sup> Cass. com., 25 nov. 1986, n° 85-12.529, *Bull. civ.* IV, n° 220, p. 191 ; *D.* 1987, jur., p. 89, note F. Derrida ; *ibid.*, somm., p. 279, obs. M. Vasseur ; *RTD Com.* 1987, p. 230, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié. La chambre commerciale a réitéré sa position en confirmant quelques années plus tard que le préjudice résultant de l'immobilisation de la créance n'entrait pas dans la définition du préjudice individuel : Cass. com., 2 oct. 1990, n° 89-14.301, Inédit.

l'absence de paiement de la créance déclarée à la procédure mais également la réparation des autres préjudices qui en découlent.

Toutefois, la Cour d'appel de Toulouse, désignée sur renvoi, n'a pas totalement suivi le raisonnement de la chambre commerciale. Elle a logiquement rejeté l'action individuelle demandant l'indemnisation de la perte du principal de la créance mais elle a jugé que les préjudices liés à l'immobilisation de la créance étaient personnels, provoquant de ce fait la convocation de l'assemblée plénière<sup>161</sup>. Cette dernière a confirmé la position de la chambre commerciale en affirmant que « *dès lors que le syndic, représentant la masse des créanciers, exerce l'action en réparation du préjudice résultant de la diminution de l'actif ou de l'aggravation du passif du débiteur causé par la faute d'un tiers, auquel il est reproché d'avoir, par ses agissements, retardé l'ouverture de la procédure collective, aucun créancier ayant produit n'est recevable à agir lui-même contre ce tiers en réparation du préjudice constitué par l'immobilisation de sa créance, inhérente à la procédure collective à laquelle il est soumis, et, notamment, par la perte des intérêts* »<sup>162</sup>.

**39. Critique de la solution.** Cette solution a été diversement reçue par la doctrine. En effet, le rejet de la demande de réparation résultant de la perte de la créance principale est parfaitement conforme à l'arrêt *Laroche*. En revanche, il y a davantage matière à discussion s'agissant des différents préjudices résultant de l'immobilisation de la créance que sont la perte des intérêts ou ceux tenant à la détérioration de la situation du créancier.

S'agissant de la perte des intérêts, M. Derrida a critiqué l'approche du préjudice collectif retenue par l'assemblée plénière. Selon lui, ce préjudice collectif doit seulement correspondre à la part non payée de la créance déclarée. Or, la règle de l'arrêt du cours des intérêts à l'ouverture de la procédure prive les créanciers de l'espoir d'être indemnisés, par le débiteur, des frais engendrés par l'immobilisation de leur créance. Par conséquent, ces préjudices découlant de l'immobilisation ne devraient pas être qualifiés de collectifs, cette exclusion du domaine des répartitions justifiant selon cet auteur que ces préjudices soient indemnisés par le tiers fautif<sup>163</sup>. À cela, le rapporteur Dumas a répliqué que « *le raisonnement [devait] être, non pas de dire que tout ce qui n'est pas préjudice collectif donne lieu à action individuelle, mais*

<sup>161</sup> CA Toulouse, 26 juin 1989 et 18 déc. 1989 ; *D.* 1989, jur., p. 534, note F. Derrida ; *RTD com.* 1990, p. 71, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié.

<sup>162</sup> Cass. ass. plén., 9 juill. 1993, n° 89-19.211, *Bull. ass. plén.*, n° 13, p. 21 ; *D.* 1993, jur., p. 469, concl. M. Jéol ; *ibid.*, p. 471, rapp. J.-P. Dumas ; *ibid.*, p. 475, note F. Derrida ; *JCP* 1993, II, 22122, p. 365, note F. Pollaud-Dulian ; *Dr. sociétés* 1994, n° 26, obs. Y. Chaput.

<sup>163</sup> F. Derrida, note sous Cass. com., 25 nov. 1986, n° 85-12.529, *D.* 1987, jur., n° 4, p. 90.

*de se demander s'il existe un préjudice spécial, propre à chaque créancier dans la masse, différent de celui subi par les autres.* »<sup>164</sup> Autrement dit, ce qui caractériserait le préjudice collectif n'est pas le fait que le créancier ne soit pas indemnisé par le débiteur en raison de l'insuffisance d'actif mais que tous les créanciers aient subi le même préjudice. Outre le non-paiement de la créance principale, tous les créanciers subiraient, à proportion du montant de leur créance, les conséquences de l'immobilisation de la créance de sorte que la perte des intérêts ne devrait pas être considérée comme un préjudice propre à chaque créancier<sup>165</sup>.

Si les créanciers n'ont plus le droit de demander individuellement l'indemnisation des préjudices liés à l'immobilisation de la créance, il s'agit de se demander si le mandataire judiciaire le pourra en demandant réparation du préjudice collectif. Rien n'est moins sûr à la lecture de l'attendu de l'assemblée plénière qui se réfère toujours à l'exercice de « *l'action en réparation du préjudice résultant de la diminution de l'actif ou de l'aggravation du passif du débiteur causé par la faute d'un tiers* ». Comme cela a été souligné, la perte des intérêts ne relève pas de l'insuffisance d'actif puisque ce préjudice n'a pas vocation, en principe, à être réparé dans le cadre de la procédure collective. Partant, le préjudice tenant à l'immobilisation de la créance doit être distingué du préjudice résultant de la diminution de l'actif ou de l'aggravation du passif. Comme le souligne M. Derrida dans sa « duplique » au rapporteur Dumas, permettre au créancier fautif d'échapper à l'obligation de réparer le préjudice tenant à l'immobilisation des créances semble, par conséquent, illégitime<sup>166</sup>. En effet, la situation aboutit à ce que ni le créancier ni le mandataire judiciaire puisse demander réparation de ce préjudice. Le premier en raison de la nature inhérente à la procédure du préjudice tenant à l'immobilisation de la créance. Le second du fait de l'absence de lien entre ce préjudice et l'insuffisance d'actif. Autrement dit, ce préjudice devient un préjudice irréparable.

D'autres auteurs ont justifié la solution de l'arrêt *Astre* sur le terrain de la causalité<sup>167</sup>. Selon l'un d'entre eux, l'assemblée plénière a ajouté par cet arrêt une condition supplémentaire à l'action individuelle du créancier en exigeant que son préjudice résulte directement de la faute du responsable. À suivre ce raisonnement, les préjudices découlant de l'immobilisation de la créance sont en premier lieu la conséquence des règles de la procédure collective. Dès lors, ils ne seraient qu'indirectement liés à la faute du banquier, ce qui justifierait la solution de

<sup>164</sup> J.-P. Dumas, rapp. sous Cass. ass. plén., 9 juill. 1993, n° 89-19.211, *D.* 1993, jur., p. 473.

<sup>165</sup> *Ibid.*

<sup>166</sup> F. Derrida, note sous Cass. ass. plén., 9 juill. 1993, n° 89-19.211, *D.* 1993, jur., p. 475.

<sup>167</sup> F. Pollaud-Dulian, note sous Cass. ass. plén., 9 juill. 1993, n° 89-19.211, *JCP* 1993, II, 22122, p. 365 ; P. Martin, « La réparation du préjudice individuel des créanciers dans les procédures collectives », *LPA* 18 sept. 2001, p. 4.

l'assemblée plénière et la référence au préjudice inhérent à la procédure qui serait la cause première du préjudice<sup>168</sup>. Si la mobilisation de la théorie de la causalité semble pertinente pour justifier, au fond, un refus d'indemnisation du créancier<sup>169</sup>, l'explication ne correspond pas au raisonnement de l'arrêt de l'assemblée plénière qui rejette l'action des créanciers au stade de sa recevabilité. Si la volonté de la Cour de cassation était de limiter les recours individuels, elle aurait gagné en clarté en reconnaissant la recevabilité de l'action tout en l'écartant au fond en appliquant la théorie de la causalité adéquate<sup>170</sup>. Afin d'éviter la multiplication des recours, la Cour de cassation aurait pu profiter de sa réunion en la forme la plus solennelle pour faire connaître sa position aux créanciers individuels et préciser que si le recours individuel leur était théoriquement ouvert, l'application de la théorie de la causalité adéquate devait les dissuader d'agir.

Certains créanciers dans l'affaire *Astre* avaient également soutenu que la faute de la banque avait provoqué la cessation de leur activité ou leur mise en règlement judiciaire. Même en appliquant la théorie de l'équivalence des conditions, il n'est pas certain que le lien serait établi entre la cessation de leur activité et la faute de la banque. En revanche, l'inclusion de ces préjudices dans le préjudice collectif semble encore plus discutable que la question des intérêts tant il est certain que ce préjudice leur est propre et apparaît distinct de celui des autres créanciers. Il semble que nier ce préjudice spécifique revient à confondre le fait générateur et le préjudice. Si la faute du banquier est le fait générateur à l'origine de tous les préjudices, certains de ces préjudices peuvent être distincts et propres à certains créanciers. À cet égard, l'absence d'argumentation spécifique de la part des magistrats sur ce point est regrettable.

En définitive, la solution rendue par la Cour de cassation a assurément eu des vertus pratiques en facilitant l'identification du préjudice collectif et en désencombrant le rôle des juridictions du fond en limitant les actions individuelles<sup>171</sup>. Autrement dit, l'arrêt *Astre* a participé au « *rétrécissement progressif du domaine d'action des créanciers individuels* »<sup>172</sup> entamé afin de contenir le nombre d'instances<sup>173</sup>. Il confirme aussi l'utilisation opportuniste de la notion de préjudice collectif par la Cour de cassation. La décision *Laroche* a permis que la réparation d'une multitude de préjudices, nécessitant autrefois autant d'actions individuelles,

<sup>168</sup> P. Martin, « La réparation du préjudice individuel des créanciers dans les procédures collectives », *LPA* 18 sept. 2001, p. 4.

<sup>169</sup> M. Jéol, concl. sous Cass. ass. plén., 9 juill. 1993, n° 89-19.211, *D.* 1993, jur., p. 469.

<sup>170</sup> F. Pollaud-Dulian, note sous Cass. ass. plén., 9 juill. 1993, n° 89-19.211, *JCP* 1993, II, 22122, p. 368.

<sup>171</sup> F. Derrida, note sous Cass. ass. plén., 9 juill. 1993, n° 89-19.211, *D.* 1993, jur., p. 475.

<sup>172</sup> J.-P. Dumas, rapp. sous Cass. ass. plén., 9 juill. 1993, n° 89-19.211, *D.* 1993, jur., p. 471.

<sup>173</sup> M. Vasseur, note sous Cass. com., 25 nov. 1986, n° 85-12.529, *D.* 1987, somm., p. 297.

soit désormais obtenue grâce à une unique action exercée pour la collectivité des créanciers. Si l'ordre des paiements des créanciers a été incidemment modifié, le *quantum* total du dommage réparé restait le même. En revanche, l'arrêt *Astre* semble conduire, de manière bien plus discutable, à ne plus réparer certains préjudices, sous couvert du bon fonctionnement de la procédure ou de considérations pratiques. La globalisation des poursuites se fait ici au prix d'une réduction significative des droits des créanciers individuels<sup>174</sup>. Cependant, la jurisprudence plus récente de la Cour de cassation a probablement corrigé les excès de cette décision.

#### B. Le possible retour à une meilleure indemnisation individuelle des créanciers

**40. Les inflexions de la jurisprudence *Astre*.** Après l'arrêt *Astre*, les chambres de la Cour de cassation ont commencé à desserrer l'étau qui pesait sur les créanciers. La chambre criminelle a très vite adopté une vision assez souple du préjudice personnel qui laisse à penser qu'elle n'a jamais pleinement appliqué la sévérité que portait potentiellement la décision d'assemblée plénière<sup>175</sup>. Dès le 11 octobre 1993, elle a admis la réparation du préjudice distinct sollicité par le biais de l'action civile<sup>176</sup>. En l'espèce, des banquiers avaient été condamnés pour complicité de banqueroute. Leur intervention avait contribué à aggraver le passif. Alors que l'on aurait pu s'attendre à ce que la chambre criminelle juge que le préjudice résultant de la banqueroute soit qualifié de collectif dans la mesure où il était lié à l'aggravation du passif, les magistrats ont admis la constitution de partie civile des créanciers en raison d'un préjudice « *particulier distinct du montant de leur créance* ». La chambre criminelle a même reconnu le préjudice moral subi par un créancier causé par la poursuite lourdement déficitaire d'une activité<sup>177</sup>. La chambre sociale, ensuite, a également contribué à favoriser l'action individuelle des créanciers. Dans un arrêt en date du 14 novembre 2007<sup>178</sup>, elle a jugé que « *la recevabilité de l'action engagée par un créancier d'un débiteur en procédure collective contre un tiers dépend seulement du point de savoir s'il justifie d'un préjudice spécial et distinct de celui*

<sup>174</sup> M. Sénéchal, *op. cit.*, n° 705, p. 767. En ce sens ég., F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., 2014, n° 529, p. 245.

<sup>175</sup> P. Martin, « La réparation du préjudice individuel des créanciers dans les procédures collectives », *LPA* 18 sept. 2001, p. 4.

<sup>176</sup> Cass. crim., 11 oct. 1993, n° 92-81.260, *Bull. crim.*, n° 283, p. 713 ; *Rev. sociétés* 1994, p. 303, note B. Bouloc ; *Rev. proc. coll.* 1994, p. 282, obs. J. Devèze et C. Mascala.

<sup>177</sup> Cass. crim., 30 mai 1994, n° 93-83.933, Inédit ; *JCP E* 1995, I, 3841, p. 188, obs. P. Pétel ; *BJS* 1994, p. 1205, note J.-J. Daigre.

<sup>178</sup> Cass. soc., 14 nov. 2007, n° 05-21.239, *Bull. civ.* V, n° 188 ; *JCP* 2008, II, 10038, note F. Dumont ; *Gaz. Pal.* 25 juin 2008, p. 9, note A. Martin-Serf ; *RDT* 2008, p. 103, note Y. Chagny ; *RJ com.* 2008, p. 225, note J.-P. Sortais ; *BJS* mars 2008, p. 223, note B. Saintourens.

*évoqué par les autres créanciers* ». Dans cette affaire, des salariés licenciés ont cherché la responsabilité de la société mère de leur employeur du fait de la gestion de sa filiale. Selon eux, les fautes commises dans la gestion de la filiale ont provoqué leur licenciement et des préjudices moraux et financiers qui en découlaient. La cour d'appel avait pourtant jugé que de telles fautes, à les supposer établies, seraient à l'origine du préjudice de tous les créanciers et ne seraient donc pas des fautes particulières et distinctes à l'origine du préjudice des seuls salariés de nature à leur permettre une action en réparation individuelle. La chambre sociale a censuré la solution et confirmé le caractère personnel du préjudice subi par les salariés.

**41. L'arrêt du 2 juin 2015<sup>179</sup>.** Après les chambres criminelle et sociale, la chambre commerciale va non seulement dépasser l'arrêt *Astre* mais saisir l'occasion afin de définir l'intérêt collectif des créanciers et rendre, à cet égard, un arrêt qui peut être vu, « *pour la construction doctrinale du droit des entreprises en difficulté, comme le plus important de la décennie* »<sup>180</sup>. Il s'agissait, à nouveau, d'une action intentée par des salariés, qui prétendaient cette fois engager la responsabilité du banquier qui avait accordé un crédit ruineux au débiteur. Les salariés demandaient la réparation de leurs préjudices consécutifs à la perte de leur emploi, soit la perte pour l'avenir des rémunérations qu'ils auraient pu percevoir et l'atteinte à leur droit de voir leurs chances de retrouver un emploi optimisées, faute d'avoir pu bénéficier de formations qualifiantes. Alors que la cour d'appel avait jugé leur intervention irrecevable, la chambre commerciale juge que « *l'action en réparation des préjudices invoqués par les salariés licenciés, étrangère à la protection et à la reconstitution du gage commun des créanciers, ne relevait pas du monopole du commissaire à l'exécution du plan* ». Un peu plus d'un an avant de rendre cet arrêt du 2 juin 2015, la chambre commerciale avait d'ailleurs déjà jugé que le mandataire chargé de l'intérêt collectif des créanciers était seul habilité à agir en vue de reconstituer le patrimoine social et que le préjudice ainsi réparé s'entendait de « *celui*

<sup>179</sup> Cass. com., 2 juin 2015, n° 13-24.714, *Bull. civ. IV*, n° 94, p. 138 ; *D.* 2015, p. 2207, obs. S. Tréard ; *ibid.*, p. 1205, obs. A. Lienhard ; *ibid.*, p. 1974, obs. P.-M. Le Corre ; *JCP E* 2015, 888, note F. Dumont ; *ibid.* 2015, 1422, obs. P. Pétel ; *ibid.*, 1522, note S. Le Gac-Pech ; *JCP S* 2015, 1278, note G. Loiseau ; *Gaz. Pal.* 19-21 juill. 2015, p. 28, note C. Gailhbaud ; *ibid.* 22 sept. 2015, p. 163, note J. Théron ; *ibid.* 18-20 oct. 2015, p. 29, obs. I. Rohart-Messenger ; *Act. proc. coll.* 2015, n° 12, comm. 184, obs. F.-X. Lucas ; *Procédures* 2015, comm. 10, B. Rolland ; *Cah. soc.* oct. 2015, n° 117a9, p. 494, note J. Icard ; *Rev. sociétés* 2015, p. 548, obs. P. Roussel Galle ; *Rev. proc. coll.* 2015, comm. 73, p. 60, note D. Jacotot ; *BJE* sept. 2015, p. 313, note A. Donnette-Boissière. Sur l'analyse de cette décision, v. aussi J. Vallansan, « Le gage commun », in (dir.) P.-M. Le Corre, *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 2018, p. 26.

<sup>180</sup> P.-M. Le Corre, « La notion d'action tendant à la défense de l'intérêt collectif des créanciers », *BJE* sept. 2015, n° 112q1, p. 269.



*subi collectivement par tous les créanciers du fait de l'amoindrissement ou de la disparition de ce patrimoine lié l'action intentée dans l'intérêt collectif des créanciers* »<sup>181</sup>.

Au regard de la solution dégagée par l'arrêt *Astre*, la décision du 2 juin 2015 peut sembler surprenante. Si les créanciers de la société *Astre* n'avaient pu faire valoir leur préjudice tenant à la cessation de leur activité, il est difficile de comprendre pourquoi la chambre commerciale reconnaît ici la recevabilité de la demande de réparation des préjudices des salariés consécutifs à la perte de leur emploi. L'arrêt du 2 juin 2015 paraît donc tendre vers un élargissement de l'intérêt personnel des créanciers<sup>182</sup>. La Cour de cassation semble avoir renoncé à sa volonté délibérée, selon certains, de « *faire échec aux stratégies individuelles qui ne peuvent que compliquer le traitement des difficultés de l'entreprise placée sous procédure collective* »<sup>183</sup>. Ce choix est plus nettement assumé ici qu'en 2007. En effet, comme cela a été remarqué, l'arrêt de la chambre sociale de 2007 visait une hypothèse particulière qui permettait encore de concilier la solution avec la jurisprudence de l'assemblée plénière dans la mesure où les salariés, en 2007, ne reprochaient pas à la mère d'avoir provoqué la cessation des paiements du débiteur mais d'avoir cédé la branche d'activité à laquelle ils étaient affectés<sup>184</sup>.

Le 2 juin 2015, la Cour de cassation a ainsi abandonné sa distinction quelque peu artificielle entre préjudice collectif et préjudice personnel distinct au profit d'une distinction plus opératoire selon que se trouve en cause, ou non, la protection et la reconstitution du gage commun des créanciers<sup>185</sup>. Comme le résume M. Lucas, « *S'agissant des actions en responsabilité, ce critère aboutit à distinguer celles qui visent à faire supporter par un tiers fautif (banquier, dirigeant, cocontractant) l'insuffisance d'actif du débiteur et qui, à ce titre, ne peuvent être mises en mouvement que par le seul mandataire judiciaire (ou par le commissaire à l'exécution du plan ou le liquidateur, selon le stade de la procédure auquel on se trouve), et celles qui visent à faire réparer un préjudice autre que l'insuffisance d'actif et qui, échappant à la discipline collective, restent ouvertes à tout créancier.* »<sup>186</sup>

<sup>181</sup> Cass. com., 28 janv. 2014, n° 12-27.901, *Bull. civ. IV*, n° 22 ; *Act. proc. coll.* 2014, alerte 83, obs. C. Regnault-Moutier ; *LEDEN* avril 2014, p. 5, obs. P. Rubellin ; *LPA* 21 oct. 2014, p. 4, obs. Y. Gérard ; *ibid.* 4 mai 2015, p. 6, obs. C. Kleiner et J. Lasserre Capdeville ; *Procédures* 2014, comm. 116, obs. B. Rolland ; *RD bancaire et fin.* 2014, comm. 128, note F.-J. Crédot et T. Samin ; *Dr. sociétés* 2014, comm. 118, note J.-P. Legros ; *BJS* avril 2014, n° 111r9, p. 261, obs. I. Parachkevova ; *Rev. proc. coll.* 2015, comm. 44, note F. Reille.

<sup>182</sup> D. Jacotot, note sous Cass. com., 2 juin 2015, n° 13-24.714, *Rev. proc. coll.* 2015, comm. 73, p. 60.

<sup>183</sup> P. Pétel, note sous Cass. com., 2 juin 2015, n° 13-24.714, *JCP E* 2015, 1422, n° 14.

<sup>184</sup> *Ibid.* n° 15.

<sup>185</sup> J. Vallansan, « La notion d'intérêt collectif vue par la chambre commerciale de la Cour de cassation », *BJE* mai 2016, n° 113k9, p. 212.

<sup>186</sup> F.-X. Lucas, obs. sous Cass. com., 2 juin 2015, n° 13-24.714, *Act. proc. coll.* 2015, n° 12, comm. 184.

**42. Portée de l'arrêt du 2 juin 2015.** Si l'arrêt a été approuvé, en ce qu'il témoigne d'une juste application des règles de procédure civile, rien ne garantit qu'au fond les salariés obtiennent gain de cause notamment en raison de la difficulté persistante dans ce genre de situation à établir le lien de causalité<sup>187</sup> ou à engager la responsabilité d'un associé<sup>188</sup>. En revanche, la « brèche »<sup>189</sup> ouverte dans le monopole du mandataire judiciaire, par le retour du critère de l'insuffisance d'actif, conduit à se demander quels autres préjudices, dont la réparation avait été fermée par l'arrêt *Astre*, pourraient finalement être jugées recevables. L'arrêt du 2 juin 2015 invite d'abord à réfléchir à ce que deviendrait la solution de l'affaire *Astre* à l'aune de cette nouvelle définition de l'intérêt collectif des créanciers.

Le mandataire judiciaire agissant désormais afin de protéger et reconstituer le patrimoine, il n'est pas certain que l'action visant à réparer la perte des intérêts résultant de l'arrêt du cours des intérêts soit toujours fermée aux créanciers comme le décidait l'arrêt *Astre*. La pertinence de la critique de cet arrêt, en ce qu'il conduisait à qualifier de collectif un préjudice qui ne résultait pas de l'insuffisance d'actif, et qui à cet égard n'aurait jamais pu être indemnisé dans le cadre de la procédure, sort renforcée. En effet, comme cela a été souligné précédemment, l'arrêt d'assemblée plénière conduisait à fermer l'action aussi bien au créancier qu'au mandataire judiciaire. Or, l'existence d'un tel préjudice irréparable est suspecte.

Les règles des procédures collectives peuvent certes limiter la responsabilité pour faute en raison de motifs d'intérêt général. Le Conseil constitutionnel a, par exemple, validé l'article L. 650-1 du code de commerce limitant la responsabilité du fournisseur de crédit en jugeant que « le législateur [avait] cherché à clarifier le cadre juridique de la mise en jeu de cette responsabilité ; que cette clarification [était] de nature à lever un obstacle à l'octroi des apports financiers nécessaires à la pérennité des entreprises en difficulté ; [qu'elle satisfaisait] ainsi à un objectif d'intérêt général suffisant »<sup>190</sup>. Sur un autre registre, le Conseil a également validé l'encadrement de la responsabilité pour faute du dirigeant en jugeant que les « aménagements aux conditions dans lesquelles le dirigeant responsable d'une insuffisance d'actif peut voir sa responsabilité engagée répondent à l'objectif d'intérêt général de favoriser

<sup>187</sup> *Ibid.* ; G. Loiseau, note sous Cass. com., 2 juin 2015, n° 13-24.714, *JCP S* 2015, 1278.

M<sup>me</sup> Pérochon relève, du reste, la dimension politique du choix d'inclure ou non le préjudice des salariés dans le préjudice collectif (F. Pérochon, « L'intérêt collectif n'est pas l'intérêt de tous les créanciers sans exception », *BJE* mai 2016, n° 113k8, p. 218).

<sup>188</sup> G. Auzero, « L'intérêt personnel des salariés », *BJE* mai 2016, n° 113k1, p. 220.

<sup>189</sup> J. Icard, note sous Cass. com., 2 juin 2015, n° 13-24.714, *Cah. soc.* oct. 2015, n° 117a9, p. 494.

<sup>190</sup> Cons. constit. 22 juill. 2005, DC, n° 2005-522, *D.* 2006, p. 826, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino ; *JCP G* 2006, I 111, obs. P. Stoffel-Munck ; *JCP E* 2009, 1363, note D. Caramalli ; *LPA* 4 août 2005, p. 14, obs. J.-E. Schoettl ; *ibid.*, 9 mai 2006, p. 3, obs. L. Janicot, A.-L. Valembois et L. Baghestani-Perrey.

*la création et le développement des entreprises* »<sup>191</sup>. Toutefois, il est difficile de trouver le motif d'intérêt général qui justifierait d'exonérer le banquier de la réparation d'un préjudice qui n'est pas lié à l'insuffisance d'actif.

Ensuite, les décisions postérieures de la Cour de cassation confirment une tendance plus nette à reconnaître l'existence de préjudices distincts<sup>192</sup>. En ce sens, la chambre commerciale a jugé que si la perte des apports d'un associé n'est qu'une fraction du préjudice collectif subi par l'ensemble des créanciers, la perte pour l'avenir des rémunérations qu'aurait pu percevoir un dirigeant social est à l'origine d'un préjudice distinct et personnel au dirigeant<sup>193</sup>. De même, le préjudice résultant de l'impossibilité pour des cédants de se faire payer par le cessionnaire leur créance de solde du prix de cession ne constitue qu'une fraction du passif collectif dont l'apurement est assuré par le gage commun des créanciers. En revanche, la perte de chance pour les cédants de percevoir pour l'avenir un complément de prix est un préjudice dont la réparation est étrangère à la reconstitution du gage commun<sup>194</sup>. La Cour de cassation a toutefois jugé que la perte de chance de pouvoir vendre amiablement des parts à leur prix réel ne constitue pas un préjudice distinct pour l'associé<sup>195</sup>.

La question du caractère personnel du préjudice peut aussi se poser à propos du préjudice subi par des créanciers obligataires. Des juges du fond ont, par exemple, jugé que la faute du commissaire aux comptes qui a délivré des informations comptables s'étant révélées fausses pouvait être à l'origine de préjudices distincts<sup>196</sup>. L'information erronée avait retardé l'ouverture de la procédure collective et justifiait ainsi une action de la part du mandataire

<sup>191</sup> Conseil. constit., 26 sept. 2014, QPC, n° 2014-415, *D.* 2015, p. 124, obs. P. Brun ; *Rev. sociétés* 2014, p. 753, obs. P. Roussel Galle ; *Dr. sociétés* 2014, comm. 192, p. 29, note J.-P. Legros ; *BJS* nov. 2014, n° 112r4, p. 44, obs. I. Parachkevova ; *Rev. proc. coll.* 2014, comm. 172, p. 47, obs. A. Martin-Serf ; *BJE* nov. 2014, n° 111s1, p. 377, note T. Favario.

<sup>192</sup> Sur les risques d'une multiplication des préjudices individuels au détriment de la réparation du préjudice collectif, v. F. Sabrinni, « L'intérêt collectif des créanciers, un piège pour la Cour de cassation », *Rev. proc. coll.* 2022, étude 4, p. 18.

<sup>193</sup> Cass. com., 29 sept. 2015, n° 13-27.587, *Bull. civ.* IV, n° 221 ; *D.* 2015, p. 2005, obs. A. Lienhard ; *ibid.*, p. 2205, chron. S. Tréard, T. Gauthier et F. Arbellot ; *JCP G* 2015, I, 1304, n° 13, obs. Y.-M. Serinet ; *Gaz. Pal.* 22 déc. 2015, p. 17, note J. Théron ; *LEDC* nov. 2015, p. 6, n° 164, obs. M. Caffin-Moi ; *LEDEN* nov. 2015, p. 3, obs. E. Mouial-Bassilana ; *Act. proc. coll.* 2015/18, n° 287, obs. J.-C. Pagnucco ; *Dr. sociétés* 2016, comm. 66, p. 43, obs. J.-P. Legros ; *Rev. sociétés* 2016, p. 287, note E. Schlumberger ; *BJS* 2015, p. 661, note I. Parachkevova ; *Rev. proc. coll.* 2016, comm. 15, p. 36, note F. Reille ; *BJE* 2016, p. 38, note V. Perruchot-Triboulet.

<sup>194</sup> Cass. com., 14 juin 2017, n° 15-26.953, *Bull. civ.* IV, n° 83 ; *RTD com.* 2018, p. 134, obs. A. Lecourt ; *D.* 2017, p. 1941, obs. F.-X. Lucas ; *JCP E* 2017, 1581, p. 24, obs. C. Lebel ; *Gaz. Pal.* 31 oct. 2017, n° 305w9, p. 53, note J. Théron ; *Procédures* 2017, comm. 274, p. B. Rolland ; *BJS* déc. 2017, n° 117c8, p. 745, E. Schlumberger. Arrêt qui confirme par ailleurs que la perte des rémunérations que le dirigeant aurait pu recevoir est un préjudice distinct et indemnisable.

<sup>195</sup> Cass. com., 18 janv. 2017, n° 15-13.392, Inédit ; *Rev. sociétés* 2017 p. 728, note N. Morelli ; *Procédures* 2018, chron. 6, p. 5, obs. P. Casson ; *BJS* avril 2017, n° 116f3, p. 253, L. Camensuli-Feuillard.

<sup>196</sup> CA Paris 29 sept. 2016, RG n° 14/20448 ; *Rev. sociétés* 2017, p. 163, note A. Reygrobellet.

judiciaire. L'action des obligataires a également été jugée recevable afin de demander réparation du préjudice personnel découlant des informations erronées qui avaient déterminé leur consentement à la souscription de valeurs mobilières, les magistrats précisant que le préjudice ne résultait donc pas de l'insolvabilité de la société en liquidation judiciaire. La solution a été critiquée par un auteur soulignant le fait que le préjudice subi pouvait être étendu à l'ensemble des créanciers ayant traité avec le débiteur postérieurement à l'émission des rapports<sup>197</sup>. L'arrêt d'appel ne se prononce cependant que sur la recevabilité de l'action et renvoie aux juges de première instance le soin de trancher l'affaire au fond. La connaissance d'un élément de fond était en effet ici indispensable afin de se forger une opinion sur le caractère distinct du préjudice. Il s'agissait de savoir si les obligataires étaient destinataires du rapport spécial sur l'emprunt obligataire rédigé en vue de l'assemblée générale extraordinaire. Ce point était crucial car si les obligataires n'étaient pas destinataires du rapport, leur préjudice ne serait effectivement pas distinct de celui subi par tout créancier qui a contracté après la rédaction des rapports fallacieux. Partant, leur situation ne serait pas différente des créanciers qui ont contracté avec le débiteur après un concours fautif d'un banquier qui a contribué à aggraver le passif. En revanche, si les obligataires étaient spécialement destinataires de ce rapport, un préjudice spécial paraît bien envisageable.

Les décisions rendues après l'arrêt du 2 juin 2015 paraissent ainsi assez favorables aux créanciers, excepté pour les associés envers qui la Cour de cassation semble un peu moins encline à reconnaître un préjudice spécifique. Le préjudice distinct et personnel des créanciers semble souvent consister en une perte de chance de ne pas contracter avec le débiteur<sup>198</sup>. La faveur accordée serait alors à nuancer dans la mesure où le juge disposerait d'un moyen de moduler l'indemnisation avec l'évaluation de la perte de chance. La Cour de cassation serait par conséquent armée pour construire une politique jurisprudentielle équilibrée en la matière qui corrigerait les excès de l'arrêt *Astre* tout en régulant l'indemnisation des préjudices distincts.

En définitive, l'intérêt collectif apparaît comme un outil que la Cour de cassation a pu mobiliser afin de favoriser le bon fonctionnement de la procédure avant le paiement le plus complet possible des créanciers. Cette dynamique peut s'expliquer par le fait que les

---

<sup>197</sup> A. Reygrobelle, note sous CA Paris 29 sept. 2016, RG n° 14/20448, *Rev. sociétés* 2017, p. 163.

<sup>198</sup> Qui ne peut être que partielle, v. p. ex. Cass. 1<sup>o</sup> civ., 27 mars 1973 ; *JCP* 1974, II, 17643, note R. Savatier.

mandataires de justice habilités à agir dans l'intérêt collectif des créanciers contribuent au moins autant à la continuation de l'activité qu'au paiement des créanciers.

§ 2 : Les limites de l'habilitation à agir dans l'intérêt collectif des créanciers

**43. Plan du paragraphe.** Abstraction faite des difficultés tenant à la définition de l'intérêt collectif des créanciers, l'habilitation à agir dans cet intérêt devrait assurer le paiement le plus complet possible des créanciers. Il est pourtant possible d'en douter. D'une part, cette habilitation à agir apparaît parfois d'une portée limitée. Ainsi, si le commissaire à l'exécution du plan est bien habilité à agir à cette fin, les réticences de la Cour de cassation à juger recevables ses actions restreignent sa faculté de garantir le paiement des créanciers (I).

D'autre part, quel que le soit le mandataire de justice agissant sur ce fondement, le fruit de l'action intentée dans l'intérêt collectif des créanciers n'est pas directement distribué aux créanciers lorsque l'activité est poursuivie. De ce fait, ces sommes alimentent la trésorerie de l'entreprise, ce qui favorise la poursuite de l'activité. En ce sens, l'action du mandataire de justice chargé de défendre l'intérêt collectif des créanciers profite au moins autant à l'entreprise qu'aux créanciers, ce qui conduit à relativiser fortement l'idée selon laquelle le bouleversement de la hiérarchie des intérêts commandait la scission des fonctions des mandataires de justice (II).

I. La portée restreinte de l'habilitation du commissaire à l'exécution du plan à défendre l'intérêt collectif des créanciers

**44. Les enjeux de l'habilitation du commissaire à l'exécution du plan à agir dans l'intérêt collectif des créanciers.** L'article L. 626-25 du code de commerce habilite le commissaire à l'exécution du plan à agir dans l'intérêt collectif des créanciers. Lui reconnaître le droit d'exercer cette action n'est pas évident dans la mesure où son action peut entrer en conflit avec la liberté de gestion que le débiteur retrouve après l'adoption du plan.

Cependant, l'article L. 626-25, alinéa 1<sup>er</sup> du code de commerce précise que le commissaire à l'exécution du plan est chargé de veiller à l'exécution du plan arrêté par le tribunal. Lorsqu'il exerce une action dans l'intérêt collectif des créanciers, le commissaire à l'exécution du plan contribue donc à la bonne exécution de ce plan en appréhendant des ressources qui favorisent le respect des échéances du plan. La Cour de cassation accueille

pourtant avec réserve les actions intentées par le commissaire à l'exécution du plan en défense de l'intérêt collectif des créanciers.

Avant la réforme du 26 juillet 2005, elle avait jugé que le commissaire à l'exécution du plan, nommé à la suite d'une cession de l'entreprise, ne pouvait pas se substituer aux organes légaux de la société pour exiger d'un associé qu'il libère ses apports<sup>199</sup>. De même, elle refuse aujourd'hui au commissaire à l'exécution du plan le droit d'interjeter appel d'une décision statuant sur une demande de résiliation d'un bail commercial concédé au débiteur en vue du recouvrement d'une créance postérieure à son redressement judiciaire<sup>200</sup>. Elle lui conteste également le droit de demander réparation d'un préjudice subi par les créanciers découlant d'une rupture brutale des relations contractuelles entre le débiteur et un de ses cocontractants<sup>201</sup>. La chambre commerciale justifie ces solutions par le fait que le commissaire à l'exécution du plan n'a pas le pouvoir de représenter le débiteur. Par conséquent, le commissaire ne pourrait exercer, dans l'intérêt collectif des créanciers, que des actions qui ne reposent pas sur l'exercice d'un droit du débiteur<sup>202</sup>. Autrement dit, pour être recevable, l'action devrait être de nature délictuelle. De plus, en jugeant que l'intérêt collectif des créanciers est satisfait par l'adoption du plan de continuation<sup>203</sup>, la Cour de cassation a pu semer une forme de trouble. En effet, une telle position peut revenir à priver le commissaire à l'exécution du plan de toute possibilité d'agir. Ce n'est probablement pas l'intention de la Cour de cassation mais cette décision invite à s'interroger sur les limites à l'exercice de l'action du commissaire à l'exécution du plan.

<sup>199</sup> Cass. com., 12 oct. 2004, n° 02-16.762, *Bull. civ. IV*, n° 184, p. 211 ; *D.* 2005, p. 295, obs. P.-M. Le Corre et F.-X. Lucas ; *JCP E* 2005, p. 27, obs. M. Cabrillac et P. Pétel ; *Deffrénois* 2005, p. 987, obs. D. Gibirila ; *Rev. sociétés* 2005, p. 219, note D. Poracchia ; *Dr. sociétés* 2004, comm. 210, note F.-X. Lucas ; *BJS* 2005, p. 27, note A. Céрати-Gauthier ; *RJ com.* 2005, p. 31, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; *RTD com.* 2005, p. 592, obs. C. Saint-Alary-Houin ; *Rev. proc. coll.* 2005, p. 230, obs. M.-P. Dumont.

<sup>200</sup> Cass. com., 27 mars 2012, n° 10-28.125, *Bull. civ. IV*, n° 70 ; *D.* 2012, p. 942, obs. A. Lienhard ; *Gaz. Pal.* 4 août 2012, p. 24, note C. Lebel ; *Act. proc. coll.* 2012, n° 8, alerte 121, obs. L. Fin-Langer ; *Procédures* 2012, comm. 186, obs. B. Rolland ; *Rev. proc. coll.* 2012, comm. 80, note J.-J. Fraimout.

<sup>201</sup> Cass. com., 4 juin 2013, n° 12-16.366, *Bull. civ. IV*, n° 95 ; *D.* 2013, p. 1470, obs. A. Lienhard ; *ibid.*, p. 2363, obs. F.-X. Lucas ; *Gaz. Pal.* 1<sup>er</sup> oct. 2013, n° 148e9, p. 24 note C. Lebel ; *LEDEN* juill. 2013, p. 4, obs. L. Camensuli-Feuillard, *Act. proc. coll.* 2013, alerte 155, obs. J. Vallansan ; *Procédures* 2013, comm. 250, obs. B. Rolland.

<sup>202</sup> La Cour de cassation a d'ailleurs précisé que « le commissaire à l'exécution du plan n'a qualité pour poursuivre ni une action exercée par le débiteur avant l'ouverture de sa procédure collective ni une action exercée pendant la période d'observation, à laquelle le mandataire judiciaire n'avait pas à être appelé. » (Cass. com., 5 mai 2021, n° 20-13.227 ; *JCP E* 2021, 1433, note F.-X. Lucas ; *Gaz. Pal.* 13 juill. 2021, n° 42413, p. 56, obs. B. Ferrari ; *Act. proc. coll.* 2021, alerte 150, obs. P. Cagnoli ; *Procédures* 2021, comm. 199, obs. B. Rolland ; *Rev. sociétés* 2021, p. 407, obs. L.-C. Henry ; *RTD com.* 2022, p. 154, obs. H. Poujade ; *Rev. proc. coll.* 2022, comm. 1, note P. Cagnoli).

<sup>203</sup> Cass. com., 12 nov. 2020, n° 19-11.972 ; *Gaz. Pal.* 13 avril 2021, n° 401t1, obs. B. Ferrari ; *ibid.* 27 avril 2021, n° 420w3 ; *Act. proc. coll.* 2021, alerte 7, obs. J.-F. Pagnucco ; *LEDEN* déc. 2020, n° 113v3, p. 1, obs. F.-X. Lucas ; *Rev. sociétés* 2021, p. 322, note J.-J. Ansault ; *Dr. sociétés* 2021, comm. 65, note J.-P. Legros ; *RTD com.* 2021, p. 154, obs. A. Lecourt ; *BJS* janv. 2021, n° 121p4, p. 49, note I. Parachkevova-Racine ; *Rev. proc. coll.* 2021, comm. 3, note J. Vallansan et V. Leloup-Thomas ; *BJE* janv. 2021, n° 118k6, p. 17, obs. C. Houin-Bressand.

En somme, il faut se demander dans quelle mesure les conditions de recevabilité de l'action du commissaire à l'exécution du plan lui permettent de défendre efficacement l'intérêt collectif des créanciers.

**45. L'efficacité de l'action du commissaire à l'exécution du plan limitée par l'interdiction d'exercer les droits du débiteur.** Au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, il apparaît que le commissaire à l'exécution du plan n'est habilité qu'à exercer des actions de nature délictuelle<sup>204</sup>. Dans les décisions précitées, la Cour de cassation juge que le commissaire à l'exécution du plan ne peut pas interjeter appel à l'encontre d'une décision statuant sur une demande de résiliation d'un bail commercial ou demander réparation d'un préjudice subi en raison d'une rupture brutale des relations contractuelles. Ces actions étant de nature contractuelle, et la gestion de l'entreprise par le débiteur n'étant plus encadrée, il s'entend que la Cour de cassation juge l'action irrecevable dans la mesure où le commissaire à l'exécution du plan ne représente pas le débiteur soumis à un plan de continuation.

Il est néanmoins possible de souligner le caractère inopportun du droit positif en contemplation de l'objectif de paiement des créanciers. Comme cela a été souligné, la position de la Cour de cassation retient une conception limitée de l'intérêt collectif des créanciers car « *L'analyse économique peut aller à l'encontre de l'analyse purement juridique de la notion d'intérêt propre.* »<sup>205</sup> Dans les situations analysées, les créanciers ont davantage de chance d'être payés si les recours contre la rupture du bail commercial ou la demande de réparation du préjudice subi par la rupture brutale des relations contractuelles sont exercés. En ce sens, il est possible de soutenir que ces actions sont bien conformes à leur intérêt collectif.

Partant, il faut se demander ce qu'impliquerait le fait de reconnaître au commissaire à l'exécution du plan le droit d'exercer ces actions. Soit, le débiteur a lui-même l'intention d'agir et l'intervention du commissaire à l'exécution du plan ne changerait pas grand-chose. Soit, le débiteur n'agit pas et l'action du commissaire à l'exécution du plan, si elle s'avère victorieuse, profite au débiteur comme aux créanciers. Certes, il s'agirait d'une remise en cause du retour à la libre gestion du débiteur. Toutefois, deux éléments peuvent justifier cette atteinte. D'une part, sa portée limitée. Il ne s'agit pas, en effet, de remettre en cause toute la liberté de gestion du débiteur mais plutôt de permettre au commissaire à l'exécution du plan de pallier ce qui s'apparente à une carence du débiteur. Carence qui, dans les exemples traités dans la

<sup>204</sup> F.-X. Lucas, obs. sous Cass. com., 4 juin 2013, n° 12-16.366, *D.* 2013, p. 2363.

<sup>205</sup> L. Fin-Langer, obs. sous Cass. com., 27 mars 2012, n° 10-28.125, *Act. proc. coll.* 2012, n° 8, alerte 121.

jurisprudence de la Cour de cassation, renvoie davantage à des négligences de la part du débiteur qu'à des choix de gestion délibérés. D'autre part, et ce second argument renforce le premier, si le débiteur retrouve la gestion de son entreprise c'est parce qu'il a bénéficié du plan adopté par le tribunal. Outre le profit tiré de la suspension des poursuites, la procédure collective lui permet d'alléger son passif. Par conséquent, reconnaître au commissaire à l'exécution du plan le droit d'agir en cas de carence du débiteur ne serait pas excessif<sup>206</sup>.

Il demeure que, en l'état du droit positif, le commissaire à l'exécution du plan n'a pas le droit d'agir en ce sens. Fonder son action sur la défense de l'intérêt collectif des créanciers limite ainsi l'efficacité de son intervention. Une autre limite tient à la restriction temporelle dans laquelle s'inscrit l'action du commissaire à l'exécution du plan.

**46. L'incertitude existant sur les limites temporelles de l'action du commissaire à l'exécution du plan.** Dans un arrêt rendu le 12 novembre 2020, la Cour de cassation a jugé que l'action *ut singuli* échappe au monopole du commissaire à l'exécution du plan de sauvegarde. Ce dernier n'a qualité à agir qu'au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers, qui est satisfait par l'adoption de ce plan<sup>207</sup>. À s'en tenir à la lettre de cette décision, l'intérêt collectif des créanciers disparaîtrait dès l'adoption du plan. Une telle position revient à priver le commissaire à l'exécution du plan de toute possibilité d'agir dans l'intérêt collectif des créanciers. Au regard de ses conséquences excessives, une telle lecture semble devoir être écartée<sup>208</sup>. Du reste, la solution retenue dans cette décision est plus certainement justifiée par le fait que le débiteur avait retrouvé la libre gestion de l'entreprise. De ce fait, l'action sociale devait être exercée par le dirigeant et l'inaction de sa part ouvrait la voie à une action *ut singuli* aux associés<sup>209</sup>.

Il reste alors à se demander quand cesse le droit d'agir du commissaire à l'exécution du plan. Il a été soutenu que le commissaire à l'exécution du plan pouvait seulement introduire des

---

<sup>206</sup> Il serait même envisageable d'introduire un filtre à l'action du commissaire à l'exécution du plan reposant sur l'idée de carence afin de respecter le retour de principe à la liberté de gestion de l'entreprise (en ce sens, v. M. Dols-Magneville, « L'intérêt collectif des créanciers », in (dir.) F. Macorig-Venier, *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, n° 16, p. 296 qui se réfère elle-même à H. Poujade, *Le plan de restructuration en droit des entreprises en difficulté*, th. Toulouse, 2014, n° 145). Le commissaire à l'exécution du plan qui aurait l'intention d'exercer une action dans l'intérêt collectif des créanciers, qui empièterait sur les prérogatives contractuelles du débiteur, devrait préalablement interroger ce dernier. Ce ne serait qu'en l'absence de réponse de sa part qu'il pourrait exercer l'action.

<sup>207</sup> Cass. com., 12 nov. 2020 n° 19-11.972, arrêt préc.

<sup>208</sup> J.-J. Ansault, note sous Cass. com., 12 nov. 2020, n° 19-11.972, *Rev. sociétés* 2021, p. 322.

<sup>209</sup> Un doute était possible car, comme le souligne un auteur (*ibid.*), la cour d'appel comme l'auteur du pourvoi et la Cour de cassation raisonnent comme si, en l'espèce, les requérants demandaient réparation du préjudice subi par la société alors qu'ils avaient manifestement entendu demander réparation d'un préjudice distinct, ce qui excluait donc toute action *ut singuli* de leur part.



actions qui reposent sur des faits antérieurs à l'ouverture de la procédure. Le critère est justifié par le fait qu'il « *ne saurait exercer que des actions ouvertes dans le cadre de la procédure collective et qui ne pourraient pas être intentées en dehors.* »<sup>210</sup> Le mandataire judiciaire ne pouvant exercer d'action trouvant leur source dans la poursuite de l'activité, le commissaire ne devrait pas davantage pouvoir le faire<sup>211</sup>.

En vérité, même si cela semble très peu probable, il n'est pas impossible d'envisager l'exercice d'une action délictuelle reposant sur des faits postérieurs à l'ouverture de la procédure qui serait ouverte au mandataire judiciaire et donc au commissaire à l'exécution du plan. Il s'agirait, par exemple, d'une action intentée par le commissaire à l'exécution du plan contre un banquier qui aurait consenti, après l'ouverture de la procédure collective, un crédit ruineux au débiteur. Le cas est peu probable car l'objet d'une procédure non liquidative est la restructuration du débiteur afin d'éviter, précisément, d'aggraver son endettement<sup>212</sup>. Il demeure que, dans cette hypothèse, le commissaire à l'exécution du plan devrait exercer, dans l'intérêt collectif des créanciers, une action reposant sur des faits postérieurs à l'ouverture de la procédure<sup>213</sup>. Peut-il également exercer une action reposant sur des faits postérieurs à l'adoption du plan? L'arrêt du 12 novembre 2020 semble l'écarter<sup>214</sup>. Pourtant, une telle action favoriserait l'exécution du plan<sup>215</sup>. Il est vrai qu'il ne serait plus possible d'établir un lien de causalité entre le préjudice subi par les créanciers du fait de l'impossibilité pour le débiteur de payer l'intégralité de ses dettes et les faits postérieurs à l'arrêt du plan. En revanche, il n'est pas possible de suivre la Cour de cassation lorsqu'elle juge que l'adoption du plan satisfait l'intérêt collectif des créanciers en raison du fait, précisément, que les créanciers subissent *a minima* la suspension des poursuites le temps de la procédure et le plus souvent une perte au moins partielle de leur créance. Veiller à l'efficacité de l'action du commissaire à l'exécution du plan aurait ainsi pu conduire à lui reconnaître le droit d'agir même pour les faits postérieurs à l'adoption du plan afin de veiller à la bonne exécution du plan.

<sup>210</sup> J. Vallansan, obs. sous Cass. com., 4 juin 2013, n° 12-16.366, *Act. proc. coll.* 2013, alerte 155.

<sup>211</sup> *Ibid.*

<sup>212</sup> L'hypothèse serait vérifiée si, au cours d'une période d'observation, un crédit a été octroyé au débiteur, avec son accord ou celui de l'administrateur judiciaire. Il faudrait ensuite admettre qu'à la suite de l'adoption du plan par le tribunal, en dépit du caractère ruineux du crédit, le commissaire à l'exécution du plan agirait, dans l'intérêt collectif des créanciers, contre les conséquences néfastes du crédit. Si cette situation semble peu probable, l'hypothèse envisagée tend surtout à montrer que le critère de recevabilité de l'action du commissaire à l'exécution du plan semble bien tenir à la nature de l'action intentée plutôt qu'à la date du fait générateur.

<sup>213</sup> En ce sens : J. Théron, obs. sous Cass. com., 12 nov. 2020, n° 19-11.972, *Gaz. Pal.* 27 avril 2021, n° 420w3.

<sup>214</sup> F.-X. Lucas, obs. sous Cass. com., 12 nov. 2020, n° 19-11.972, *LEDEN* déc. 2020, n° 113v3, p. 1.

<sup>215</sup> *Ibid.*

L'examen de l'action du commissaire à l'exécution du plan montre l'efficacité limitée de l'habilitation à agir qui lui est reconnue et, par conséquent, de sa faculté d'assurer le paiement des créanciers. L'étude de l'affectation du fruit des actions intentées dans l'intérêt collectif des créanciers montre, plus fondamentalement encore, que l'action intentée dans l'intérêt collectif ne profite pas nécessairement aux créanciers.

## II. Le paradoxe de l'affectation du fruit de l'action intentée dans l'intérêt collectif des créanciers

**47. L'affectation avant la disparition de la masse des créanciers.** Avant l'entrée en vigueur de la loi du 25 janvier 1985, les créanciers étaient groupés dans une masse, dotée de la personnalité morale. Le syndic de faillite était habilité à agir au nom de cette masse, dont la notion d'intérêt collectif des créanciers a d'une certaine manière pris la suite. Sous l'ancienne législation, le fruit des actions intentées contre les tiers, qui ont contribué à l'insuffisance d'actif, entrait dans le patrimoine de la masse et servait au paiement des créanciers. La disparition de la masse ne justifiait pas, en soi, de revenir sur certaines solutions reconnaissant au mandataire judiciaire le droit d'agir<sup>216</sup>. En revanche, cette disparition a soulevé une redoutable question relative au changement d'affectation des fonds issus des actions intentées dans l'intérêt collectif des créanciers. La suppression du patrimoine de la masse oblige ainsi à s'interroger sur le véritable bénéficiaire du fruit de ces actions.

**48. L'affectation durant la période d'observation.** L'article L. 622-20, alinéa 4 du code de commerce, dispose que « *Les sommes recouvrées à la suite des actions du mandataire judiciaire entrent dans le patrimoine du débiteur et sont affectées en cas de continuation de l'entreprise selon les modalités prévues pour l'apurement du passif.* » Cette intégration au patrimoine du débiteur, tout en prétendant servir à l'apurement du passif, est étonnante. La disparition de la masse ne commandait pas nécessairement de faire entrer le fruit de l'action dans le patrimoine du débiteur. Il eût été possible de prévoir son versement aux mandataires de justice, en qualité de séquestre, qui auraient dû le distribuer aux créanciers, en le versant si nécessaire sur un compte spécial avant cette distribution.

Rien de tel n'a été décidé. Il faut donc s'interroger sur la signification de cette affectation. Dans le cas d'une liquidation judiciaire ou d'un redressement avec cession totale

---

<sup>216</sup> V. *supra* nos 33 et 35.

de l'entreprise, les sommes récoltées profitent bien aux créanciers. Aucune difficulté sérieuse n'existe car le fruit de l'action leur est nécessairement redistribué. En cas de continuation de l'entreprise, la solution soulève davantage de questions. Il faut déterminer si l'argent récupéré peut servir au financement de la période d'observation voire à l'exécution du plan. M<sup>me</sup> Martin-Serf a souligné le caractère équivoque de la situation dans laquelle se « *superposent deux mécanismes contradictoires : l'entrée dans le patrimoine du débiteur et une affectation qui est contraire à l'unité du patrimoine de ce dernier. De deux choses l'une en effet : ou bien l'entrée des sommes dans le patrimoine du débiteur les fonde dans l'actif global et les emploie indifféremment au paiement des créanciers et au redressement de l'entreprise ; ou bien il faut faire "comme si" la masse n'avait pas disparu et que le montant des sommes récupérées ne pouvait profiter qu'aux créanciers "dans la masse" comme l'expression en vient irrésistiblement à l'esprit, c'est-à-dire verser ces sommes-là à la Caisse des dépôts et consignations en attendant leur distribution et s'interdire de les utiliser pour le redressement de l'entreprise.* »<sup>217</sup> Aucune disposition n'impose de réserver ces sommes au paiement des créanciers. En revanche, l'article L. 622-18 du code de commerce dispose que toute somme perçue par l'administrateur ou le mandataire judiciaire qui n'est pas portée sur les comptes bancaires ou postaux du débiteur, pour les besoins de la poursuite d'activité, doit être versée immédiatement en compte de dépôt à la Caisse des dépôts et consignations. Comme le souligne un auteur, « *En somme, les mandataires de justice ont le pouvoir de déterminer, en cas de poursuite d'activité, les fonds nécessaires à celle-ci. Ces fonds peuvent être distraits de la vocation normale des fonds du débiteur à être distribués aux créanciers, donc ne pas être versés à la Caisse des dépôts ou en être retirés.* »<sup>218</sup>. Partant, bien que cela puisse paraître discutable, il faut convenir que le fruit de l'action intentée dans l'intérêt collectif des créanciers peut servir au financement de la période d'observation<sup>219</sup>. voire, dans l'hypothèse où les sommes seraient importantes, rien ne semble s'opposer à ce que l'administrateur ou le débiteur s'en prévalent afin de convaincre le tribunal de la possibilité sérieuse de redresser l'entreprise en raison du renflouement de la trésorerie qu'elles permettent. L'objectif de célérité de la procédure rend cependant l'hypothèse assez peu probable au regard de la chronologie de la procédure.

<sup>217</sup> A. Martin-Serf, « L'intérêt collectif des créanciers ou l'impossible adieu à la masse », in *Procédures collectives et droit des affaires : morceaux choisis. Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 154.

<sup>218</sup> P. Pétel, « Le régime des fonds versés à la Caisse des dépôts dans le cadre des procédures collectives », in *Mélanges offerts au Professeur Pascale Bloch*, Bruylant, 2015, n° 8, p. 191.

<sup>219</sup> M. Azevedo affirme ainsi que « *les actions qui tendent à défendre l'intérêt collectif des créanciers peuvent être taxées de servir le débiteur* » (R. Azevedo, *Le caractère collectif des procédures collectives*, avant-propos F. Pérochon, préf. F.-X. Lucas, LGDJ, 2021, n° 298, p. 199).

**49. L'affectation durant l'exécution du plan.** Si les sommes sont récupérées après l'adoption du plan, la question se pose dans les mêmes termes. M. Derrida a soutenu qu'elles ne devaient pas servir à financer la poursuite de l'activité, c'est-à-dire qu'elles devaient être distribuées immédiatement aux créanciers. Selon lui, le commissaire à l'exécution du plan doit y veiller, en sollicitant le cas échéant une modification du plan favorable aux créanciers. Cet auteur regrette également que le débiteur puisse se servir de ces sommes pour payer les échéances du plan, « *ce qui conduit à un financement indirect de la poursuite de l'activité à l'aide des sommes ainsi recouvrées.* »<sup>220</sup> Cette position sur le rôle du commissaire à l'exécution du plan a le mérite de donner une consistance à l'idée d'affectation à l'apurement du passif. Il n'est pourtant pas certain que le droit positif contraigne le commissaire à l'exécution du plan à agir de la sorte car sa position est elle-même ambiguë. Certes, l'article L. 626-26 du code de commerce dispose que « *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.* » Toutefois, il ne s'agit que d'une faculté du commissaire à l'exécution du plan. Récupérer une somme importante peut assurément justifier de raccourcir les délais de paiement imposés aux créanciers. Mais il faut aussi se demander si une action en ce sens du commissaire à l'exécution du plan ne pourrait pas lui être reprochée, si le débiteur connaît ultérieurement des difficultés entraînant la résolution du plan. En effet, raccourcir le calendrier des paiements entame la trésorerie d'un débiteur dont le traitement des difficultés n'est pas encore achevé. Dans cette optique, laisser la somme alimenter la trésorerie peut être aussi vu comme une manière de veiller au respect du plan initialement adopté. Il est probable qu'il soit surtout attendu du commissaire à l'exécution du plan de faire un choix raisonnable en tenant compte de l'état de la trésorerie. Si tel était le cas, il apparaîtrait ainsi que le commissaire à l'exécution du plan n'agit pas exclusivement dans l'intérêt des créanciers.

**50. Les limites de la défense de l'intérêt collectif des créanciers.** En l'absence de règles faisant directement bénéficier les créanciers des sommes récoltées, force est de constater l'efficacité limitée des actions introduites dans l'intérêt collectif des créanciers au regard des aspirations des créanciers à recouvrer la part la plus importante possible de leurs créances. La contradiction soulevée par M<sup>me</sup> Martin-Serf s'agissant du bénéfice de ces actions se résout au détriment des créanciers. L'explication aurait pu tenir à une rédaction maladroite du législateur qui n'aurait pas su s'assurer que les sommes récoltées profitent aux créanciers. En vérité, résoudre cette ambiguïté au profit de la trésorerie de l'entreprise apparaît parfaitement

---

<sup>220</sup> F. Derrida, « Intérêt collectif et intérêts individuels des créanciers dans les procédures de redressement ou de liquidations judiciaires », in *Études offertes à Barthélemy Mercadal*, Francis Lefebvre, 2002, n° 15, p. 156.

conforme à la hiérarchisation nouvelle des intérêts posée par la loi du 25 janvier 1985<sup>221</sup>. Il n'est donc pas certain qu'il faille y voir la moindre maladresse de plume, d'autant plus que le législateur avait parfaitement conscience de cet enjeu<sup>222</sup>. En somme, l'habilitation à agir dans l'intérêt collectif des créanciers contribue au moins autant à la poursuite de l'activité qu'au paiement des créanciers.

Cette analyse des conséquences de l'affectation du fruit de l'action intentée dans l'intérêt collectif des créanciers fait écho à l'étude menée par M. Azevedo sur le caractère collectif des procédures collectives<sup>223</sup>. L'auteur soutient que les objectifs de la procédure collective ne sont pas hiérarchisés dans la mesure où l'apurement du passif n'est pas un synonyme de paiement des créanciers mais une modalité de sauvetage de l'entreprise<sup>224</sup>. La sauvegarde de l'entreprise étant la finalité des procédures collectives, hors procédure liquidative, l'intérêt collectif, qui dépasse l'intérêt collectif des créanciers, apparaît comme un mécanisme qui permet d'imposer aux différents intérêts en présence la poursuite de cette finalité<sup>225</sup>. Par conséquent, la globalisation des poursuites et la discipline imposée aux créanciers servent le sauvetage de l'entreprise dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire. Le fait que l'action intentée dans l'intérêt collectif des créanciers profite davantage à la poursuite de l'activité qu'au paiement des créanciers s'inscrit parfaitement dans cette analyse. Au-delà, un tel constat remet en cause l'idée selon laquelle le changement de finalité du droit des procédures collectives commandait la scission des fonctions des mandataires de justice.

En définitive, depuis la loi du 25 janvier 1985, l'habilitation à défendre l'intérêt collectif des créanciers a été mise au service de la poursuite de l'activité. Les actions spécifiques aux procédures collectives que le mandataire judiciaire peut exercer soulèvent une difficulté supplémentaire dans la mesure où, dans certaines hypothèses, elles ne semblent contribuer ni à la poursuite de l'activité ni au paiement des créanciers.

---

<sup>221</sup> F. Derrida, P. Godé, J.-P. Sortais, avec la collab. d'A. Honorat, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 1991, n° 518, p. 386.

<sup>222</sup> Projet de loi n° 1578 *relatif au règlement judiciaire*, Exposé des motifs, p. 5 : « *Le fait que l'activité est poursuivie dans l'intérêt de l'entreprise et non plus des créanciers a également des incidences significatives sur les actions qui ont pour objet de reconstituer l'actif de l'entreprise ou d'en distraire des éléments. D'une part, le produit des actions remettant en cause les actes du débiteur particulièrement préjudiciables aux droits de l'ensemble de ses créanciers ne peut que rentrer dans le patrimoine du débiteur ou alimenter la trésorerie de l'entreprise.* »

<sup>223</sup> R. Azevedo, *Le caractère collectif des procédures collectives*, avant-propos F. Pérochon, préf. F.-X. Lucas, LGDJ, 2021.

<sup>224</sup> *Ibid.*, n° 360, p. 236.

<sup>225</sup> *Ibid.*, n° 270, p. 177.

## SECTION 2 : LES ACTIONS SPÉCIFIQUES AUX PROCÉDURES COLLECTIVES

**51. Plan de la section.** Le code de commerce désigne les personnes habilitées à exercer les actions spécifiques aux procédures collectives. La qualité à agir de ces personnes spécialement désignées est donc certaine. En revanche, il faut déterminer si elles doivent également démontrer un intérêt à agir. La question se pose car, lorsque le législateur désigne les personnes pouvant exercer certaines actions, l'objet même de ces dernières rend parfois inutile la démonstration d'un intérêt à agir<sup>226</sup>. Dans d'autres hypothèses, à l'inverse, le demandeur est tenu de démontrer un intérêt à agir en plus de sa qualité<sup>227</sup>.

S'agissant du mandataire judiciaire, il s'agit alors de savoir s'il doit démontrer que l'exercice de l'action spécifique, pour laquelle il a qualité à agir, est utile à l'intérêt collectif des créanciers. Si tel était le cas, pour être recevables, les actions spécifiques aux procédures collectives devraient contribuer à la reconstitution du patrimoine du débiteur. Or, toutes ces actions ne tendent pas nécessairement à accroître le gage commun des créanciers. Par exemple, certaines nullités de la période suspecte, comme l'annulation du paiement d'une dette échue ou d'un acte onéreux accompli après la cessation des paiements, n'améliorent pas le rapport entre l'actif et les dettes du débiteur. Par ailleurs, si la condamnation du dirigeant ayant contribué à l'insuffisance d'actif augmente l'actif à distribuer, il n'est pas certain que le liquidateur doive solliciter la réparation de la totalité de l'insuffisance d'actif. Une demande partielle irait pourtant à l'encontre du paiement le plus complet des créanciers. Enfin, si l'action en extension peut conduire à augmenter l'actif appréhendé par la procédure, elle peut également aboutir à attirer un débiteur dans une situation encore plus compromise que celle du débiteur déjà soumis à la procédure collective. À nouveau, il faut se demander si, dans de telles conditions, l'action du mandataire judiciaire est recevable.

L'étude des actions spécifiques aux procédures collectives amène ainsi à distinguer, d'une part, les nullités de la période suspecte dont la finalité s'avère ambivalente (§1) et, d'autre

---

<sup>226</sup> Il en va ainsi de l'action en recherche de paternité réservée à l'enfant (C. civ., art. 327) ou en contestation de paternité réservée à l'enfant, l'un de ses père et mère ou celui qui se prétend le parent véritable (C. civ., art. 333). Cela semble encore le cas de la contestation de la liste en matière d'élections prud'homales (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 6 mars 2003, n<sup>o</sup> 02-60.907, *Bull. civ.* II, n<sup>o</sup> 47, p. 41, au visa des anciens articles L. 513-3, R. 513-21-2 et R. 513-25 du code du travail) ou la demande de l'employeur à l'URSAAF de la révision des modalités de calcul des cotisations versées (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 17 déc. 2015, n<sup>o</sup> 14-29.125, *Bull. civ.* II, n<sup>o</sup> 286 ; *Gaz. Pal.* 17 mai 2016, n<sup>o</sup> 265b8, p. 57, note V. Orif : au visa des articles L. 243-1 et R. 243-6 du code de la sécurité sociale). Dans toutes ces hypothèses, la qualité à agir dispense donc de démontrer l'intérêt à agir.

<sup>227</sup> C'est le cas de l'action oblique, intentée sur le fondement de l'article 1341-1 du code civil, pour laquelle le créancier doit démontrer en quoi la carence de son débiteur met en péril ses propres intérêts (Cass. 1<sup>e</sup> civ., 11 mars 2003, n<sup>o</sup> 01-12.170, *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 65, p. 50).

part, les actions en extension ou en responsabilité pour insuffisance d'actif qui sont susceptibles d'aller à l'encontre de l'objectif de distribution du plus grand dividende possible aux créanciers (§2).

§ 1 : La finalité ambivalente des nullités des actes passés durant la période suspecte

**52. L'intérêt à agir en nullité des actes passés durant la période suspecte.** La position de la Cour de cassation relative à la vérification de l'intérêt à agir du mandataire judiciaire sollicitant la nullité d'un acte passé au cours de la période suspecte peut sembler paradoxale. D'un côté, elle juge que la recevabilité de l'action est conditionnée à la démonstration d'un intérêt à agir<sup>228</sup>. D'un autre côté, elle estime que la nullité n'est pas conditionnée, au fond, à la démonstration d'un préjudice subi par les créanciers ou le débiteur<sup>229</sup>. Partant, si le mandataire judiciaire devait nécessairement démontrer que son action est exercée dans l'intérêt collectif des créanciers, la combinaison de ces deux décisions signifierait que l'intérêt collectif des créanciers pourrait être caractérisé en l'absence même de préjudice collectif des créanciers<sup>230</sup>.

Ce paradoxe soulève la question du lien qu'entretiennent l'intérêt à agir et le droit subjectif. D'aucuns présentent l'intérêt et le droit subjectif comme deux facettes d'une même réalité<sup>231</sup>. C'est la lésion d'un droit subjectif qui justifierait l'intérêt à agir du plaideur. D'autres au contraire établissent une distinction entre les deux notions<sup>232</sup>. Si le droit subjectif est ce qui permet d'obtenir gain de cause sur le fond, l'intérêt à agir existe lorsque le plaideur peut démontrer l'avantage que lui procurerait l'action, indépendamment de savoir si cet avantage est justifié ou non sur le fond<sup>233</sup>. Les deux présentations ont en commun de maintenir une corrélation entre l'intérêt à agir et le droit subjectif. Toutefois, il est également possible d'identifier des situations dans lesquelles le plaideur présente un intérêt à agir sans avoir à

<sup>228</sup> Cass. com., 29 oct. 1991, n° 90-11.354, *Bull. civ.* IV, n° 320, p. 221 ; *D.* 1992, jur., p. 425, note J.-P. Sortais.

<sup>229</sup> Cass. com., 16 févr. 1993, n° 91-11.235, *Bull. civ.* IV, n° 62, p. 41 ; *JCP E* 1993, I, 273, n° 9, obs. M. Cabrillac et P. Pétel. Pour un exemple plus récent, v. Cass. com., 29 mai 2001, n° 98-16.142, Inédit ; *Dr. sociétés* 2001, comm. 161, note J.-P. Legros ; *RD bancaire et fin.* 2001, comm. 237, note F.-X. Lucas.

<sup>230</sup> Du reste, en dépit du fait qu'il ne soit plus expressément visé par l'article L. 632-4 du code de commerce, le liquidateur judiciaire tire aussi de l'article L. 641-4, alinéa 1, la possibilité d'exercer l'action (Cass. com., 1<sup>er</sup> avril 2014, n° 13-14.086, *Bull. civ.* IV, n° 65 ; *D.* 2014, p. 869, obs. A. Lienhard ; *JCP E* 2014, 1346, p. 26, note C. Lebel ; *Gaz. Pal.* 29 juin au 1<sup>er</sup> juill. 2014, p. 27, note D. Voinot ; *ibid.*, p. 31, note P. Roussel Galle ; *Dr. sociétés* 2014, comm. 132, p. 36, note J.-P. Legros ; *RTD com.* 2014, p. 695, note A. Martin-Serf ; *BJS* juin 2014, n° 112a3, p. 412, note O. Staes ; *Rev. proc. coll.* 2015, comm. 121, p. 62, note G. Blanc).

<sup>231</sup> Pour une présentation de cette position, v. C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Dalloz, 36<sup>e</sup> éd., 2022, n° 136, p. 127.

<sup>232</sup> *Ibid.*, n° 137, p. 128.

<sup>233</sup> *Ibid.*, n° 182, p. 164.

démontrer la lésion d'un droit subjectif<sup>234</sup>. Qu'en est-il s'agissant de l'action du mandataire judiciaire ?

Lorsque la chambre commerciale s'est prononcée sur le défaut d'intérêt à agir du mandataire de justice chargé de l'intérêt collectif des créanciers pour solliciter la nullité d'un acte passé durant la période suspecte, elle a jugé l'action irrecevable en raison de son inutilité absolue<sup>235</sup>. En l'espèce, un liquidateur avait exercé l'action alors que la liquidation judiciaire de la société avait été clôturée pour extinction du passif et qu'il avait été mis fin au redressement judiciaire du dirigeant auquel la procédure avait été étendue, l'intégralité des sommes destinées à couvrir le passif ayant été consignée entre les mains du mandataire chargé de l'intérêt collectif des créanciers avant la date de l'assignation en nullité. L'action n'avait donc ici aucun intérêt en soi car il n'existait plus de passif à régler. Le défaut d'intérêt constaté ici ne permet pas de savoir si, hormis le cas exceptionnel d'extinction du passif, le mandataire judiciaire doit montrer en quoi l'action est profitable aux créanciers.

**53. Plan du paragraphe.** Le mandataire judiciaire devrait être parfois dispensé de montrer en quoi l'action est utile à l'intérêt collectif des créanciers. En effet, si l'action en nullité de la période suspecte permet souvent de reconstituer le patrimoine du débiteur (I), dans d'autres cas, elle participe d'une logique étrangère à cet objectif (II).

#### I. Les nullités permettant d'augmenter le gage commun des créanciers

**54. Les nullités de la période suspecte tendant à la reconstitution du patrimoine du débiteur.** De prime abord, solliciter la nullité d'actes passés durant la période suspecte est conforme à une fonction de défense de l'intérêt collectif des créanciers. Dans le sillage de l'article L. 622-20 du code de commerce, l'article L. 632-4 du code de commerce dispose d'ailleurs que cette action a pour effet de reconstituer l'actif du débiteur. Partant, elle semble également augmenter les chances de désintéresser les créanciers. L'action du mandataire judiciaire permet ainsi de sanctionner un appauvrissement suspect survenu après la cessation

<sup>234</sup> *Ibid.*, n° 137, p. 128. C'est le cas du copropriétaire dont la Cour de cassation reconnaît le droit d'agir individuellement afin de faire respecter le règlement de copropriété, et ce, sans que le copropriétaire soit astreint à démontrer un préjudice personnel et spécial distinct de celui dont souffrait la collectivité des membres du syndicat : Cass. 3<sup>e</sup> civ., 22 mars 2000, n° 98-13.345, *Bull. civ.* III, n° 64, p. 44 ; D. 2001, p. 345, obs. J.-R. Bouyeure ; *ibid.*, obs. C. Atias ; *Defrénois* 2000, p. 780, obs. C. Atias ; *RDI* 2000, p. 248, obs. C. Giverdon. Pour une approche critique de la question, v. C. Brenner, « De l'intérêt et de la qualité à agir en justice dans la copropriété des immeubles bâtis », in *Apprendre à douter. Questions de droit, Questions sur le droit. Études offertes à Claude Lombois*, PU de Limoges, 2004, p. 179.

<sup>235</sup> Cass. com., 29 oct. 1991, n° 90-11.354, arrêt préc.



des paiements selon des modalités plus simples que celles régissant la fraude paulienne<sup>236</sup>. Lorsqu'il s'agit d'annuler un acte à titre gratuit ou déséquilibré, il n'est guère difficile de caractériser le préjudice collectif des créanciers en raison de l'atteinte à leur gage commun. Autrement dit, le préjudice collectif est intrinsèquement lié aux conditions d'existence de l'action, de sorte que le mandataire aurait nécessairement intérêt à agir.

Dans ces conditions, le paradoxe que révèle l'étude des actions de droit commun intentées dans l'intérêt collectif des créanciers ressurgit. En reconstituant le patrimoine du débiteur, l'action favorise au moins autant la poursuite de l'activité que le paiement des créanciers lorsqu'un plan de continuation est arrêté<sup>237</sup>. Toutefois, à la différence des actions intentées en application de l'article L. 622-20 du code de commerce, le mandataire judiciaire partage ici le droit d'agir avec l'administrateur judiciaire. À cet égard, le principe même de l'habilitation à agir du mandataire judiciaire pourrait être discuté. En ce sens, un auteur a vu dans les nullités de la période suspecte, une occasion manquée de consacrer une véritable distinction entre le pouvoir de l'administrateur et celui du mandataire judiciaire en conférant au premier un monopole pour exercer cette action<sup>238</sup>. Un tel monopole aurait immanquablement une part d'artifice car, si le fruit de l'action ne profite pas directement aux créanciers, l'argent ne leur étant pas immédiatement distribué, il n'en demeure pas moins qu'en reconstituant l'actif du débiteur, l'action sert par là même l'intérêt collectif des créanciers en préservant leur gage commun<sup>239</sup>.

En d'autres termes, cette action profite aussi bien à la poursuite de l'activité qu'aux créanciers et au maintien de l'activité économique. C'est pourquoi, lorsque c'est le commissaire à l'exécution du plan qui exerce l'action, il est possible de soutenir qu'il n'agit pas davantage dans l'intérêt collectif des créanciers qu'en vue de favoriser la survie de l'entreprise<sup>240</sup>. Toutefois, d'autres cas de nullités de la période suspecte s'éloignent du seul objectif de

---

<sup>236</sup> P. Rubellin, « Les nullités facultatives », in *Études offertes au doyen Simler*, Dalloz-Litec, 2006, n° 58, p. 722 ; C. Boillot, « Les perspectives renouvelées des rapports entre action paulienne et nullités de la période suspecte à travers l'avant-projet Catala et la réforme du 26 juillet 2005 », in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 123.

<sup>237</sup> F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., 2014, n° 1469, p. 673.

<sup>238</sup> V. F. Derrida, « Intérêt collectif et intérêts individuels des créanciers dans les procédures de redressement ou de liquidations judiciaires », in *Études offertes à Barthélemy Mercadal*, Francis Lefebvre, 2002, n° 13, p. 155 pour qui « la dissociation des fonctions aurait dû conduire à une attribution plus précise des actions fondées sur ses différentes qualités ».

<sup>239</sup> F. Pérochon, *op. cit.*, n° 1472, p. 6735.

<sup>240</sup> F. Vinckel, *La théorie des nullités à l'épreuve du droit des procédures collectives*, th. Paris 2, 1999, n° 443, p. 303.

reconstitution du gage commun des créanciers. Ils amènent alors à s'interroger sur la conformité de l'action à la fonction de défense de l'intérêt collectif des créanciers.

## II. Les nullités étrangères à l'augmentation du gage commun des créanciers

**55. Les nullités tendant à assurer l'égalité entre les créanciers.** En raison des restitutions réciproques qui suivent l'annulation, le préjudice collectif des créanciers est moins évident à caractériser lorsque la nullité sanctionne le paiement d'une dette non échue ou échue mais acquittée par un mode de paiement anormal, voire l'accomplissement d'un acte onéreux après la cessation des paiements ou le paiement d'une dette échue à un créancier qui avait connaissance de la cessation des paiements<sup>241</sup>. Certes, si le débiteur récupère directement sa part de l'échange, le cocontractant doit déclarer sa créance de restitution, qui sera soumise au régime des créances antérieures<sup>242</sup>. Par conséquent, ce créancier ne peut espérer être immédiatement payé. Soumis au concours des paiements, le créancier est exposé au risque de non-paiement de sa créance, ce qui explique que l'on puisse présenter plus généralement le régime de déclaration des créances comme un moyen de reconstituer le gage commun des créanciers<sup>243</sup>. La remarque est juste en ce qu'elle pointe la position défavorable du créancier soumis à la rigueur de la discipline collective. Néanmoins, à la suite de l'annulation d'un acte gratuit ou déséquilibré, l'actif augmente véritablement par rapport aux dettes du débiteur. En revanche, si l'annulation conduit à ce que le débiteur appréhende un actif et le créancier déclare sa créance ou récupère un bien d'une valeur équivalente, le rapport entre l'actif et le passif reste inchangé. Il est alors difficile d'inscrire l'action dans la stricte défense de l'intérêt collectif entendu comme l'augmentation de l'actif net de la procédure.

Cette difficulté se retrouve pour certains cas de nullités de la période suspecte qui ne tendent pas, ou du moins pas seulement, à rétablir le gage commun mais davantage à restaurer l'ordre des collocations en faisant échec à une situation de préférence illégitimement acquise<sup>244</sup>. C'est par exemple l'hypothèse, visée à l'article L. 632-1, I, 6° du code de commerce, qui prévoit la nullité de la sûreté réelle conventionnelle ou du droit de rétention conventionnel constitués

<sup>241</sup> Respectivement C. com., art. L. 632-1, I, 3° et 4° ainsi que L. 632-2.

<sup>242</sup> Cass. com., 20 janv. 2009, n° 08-11.098, *Bull. civ.* IV, n° 8 ; *D.* 2009, p. 425, obs. A. Lienhard, *JCP G* 2009, I, 136, n° 6, obs. M. Cabrillac ; *Act. proc. coll.* 2009, comm. 65, obs. J. Vallansan ; *Dr. sociétés* 2009, comm. 80, note J.-P. Legros ; *RTD com.* 2009, p. 616, obs. A. Martin-Serf ; *Rev. proc. coll.* 2009, comm. 87, obs. G. Blanc ; *ibid.*, comm. 116, obs. C. Saint-Alary-Houin.

<sup>243</sup> M. Sénéchal, *L'effet réel des procédures collectives, essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, préf. M.-H. Monsérié-Bon, Litec, 2002, n° 625, p. 670.

<sup>244</sup> *Ibid.*, n° 615, p. 659.

sur les biens ou droits du débiteur pour dettes antérieurement contractées. En sollicitant ce type de nullité, le mandataire judiciaire garantit une égalité de traitement entre les créanciers de la procédure<sup>245</sup>. Outre la discipline collective qui tend à ce que chaque créancier soit payé selon un ordre précis, il est ainsi assuré qu'aucun créancier ne profite d'une situation plus avantageuse que les autres créanciers en raison d'un acte passé après la cessation des paiements. Lorsqu'il sollicite la nullité d'un acte passé durant la période suspecte, le mandataire judiciaire ne contribue donc pas uniquement à reconstituer le gage commun mais veille aussi au traitement équitable des créanciers. C'est cette même idée d'égalité de traitement qui explique l'annulation d'actes onéreux grâce à cette action. Le fait que l'augmentation de l'actif ne soit pas toujours assurée dans ce cas peut expliquer pourquoi la Cour de cassation dispense le mandataire judiciaire de démontrer l'existence d'un préjudice subi collectivement par les créanciers. Ces aménagements révèlent le fait que le mandataire judiciaire n'agit pas toujours afin d'augmenter le gage commun des créanciers. Du reste, il faut souligner que la jurisprudence ne hiérarchise pas les deux objectifs que sont la reconstitution du patrimoine et le respect de l'égalité des créanciers<sup>246</sup>.

Si l'action du mandataire judiciaire ne se résume pas à la défense de l'intérêt collectif des créanciers, entendu comme l'augmentation du gage commun, c'est qu'il pourrait occuper d'autres fonctions dans la procédure<sup>247</sup>. Cette idée se confirme à l'étude d'autres actions spécifiques aux procédures collectives qui peuvent se marier encore plus difficilement avec l'objectif d'une distribution d'un dividende le plus important possible entre les créanciers.

§ 2 : Les actions potentiellement contraires à la distribution du plus grand dividende possible

**56. Plan du paragraphe.** En vertu des articles L. 651-1 et suivants du code de commerce, le liquidateur judiciaire peut être amené à exercer une action en responsabilité contre le dirigeant dont la faute a contribué à l'insuffisance d'actif. Le tribunal n'étant pas tenu de condamner le dirigeant à supporter la totalité de l'insuffisance d'actif, il faut se demander si le liquidateur judiciaire doit, pour sa part, solliciter la réparation intégrale de ladite insuffisance d'actif afin de contribuer à la distribution du plus grand dividende possible aux créanciers. À

<sup>245</sup> Objectif renforcé par la loi de sauvegarde des entreprises, v. G. Wicker, « La période suspecte après la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. proc. coll.* 2006, n° 2, p. 12.

<sup>246</sup> Cass. com., 26 mars 2013, QPC, n° 12-40.106 ; *RTD com.* 2013, p. 351, note A. Martin-Serf ; *JCP G* 2013, 623, p. 1076, obs. B. Mathieu ; *Rev. proc. coll.* 2015, comm. 130, p. 69, note G. Blanc : « le but poursuivi par l'article L. 632-2 du code de commerce est d'intérêt général comme tendant à reconstituer l'actif du débiteur en difficulté et à sanctionner un acte ayant rompu l'égalité entre les créanciers ».

<sup>247</sup> Sur une autre approche de la fonction du mandataire de justice qui exerce cette action, v. *infra* n°s 199 et s.

défaut, il faudrait conclure que la finalité de l'action du liquidateur judiciaire s'émanciperait ici de l'objectif de paiement intégral des créanciers (I). De même, en application de l'article L. 621-2 du code de commerce, la procédure collective d'un débiteur peut être étendue à un second débiteur en cas de fictivité d'une personne morale ou de confusion des patrimoines. Si le mandataire chargé de défendre l'intérêt collectif des créanciers pouvait tenter cette action, même lorsqu'elle conduit à attirer davantage de dettes que d'actifs, l'objectif de distribution du plus grand dividende possible serait remis en cause de manière encore plus significative (II).

## I. L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif

**57. La double finalité de la responsabilité pour insuffisance d'actif.** L'article L. 651-2 du code de commerce prévoit que, dans l'hypothèse d'une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. L'article L. 651-4 du même code reconnaît, notamment, au liquidateur judiciaire le droit d'exercer cette action. Les fonds ainsi récoltés par ce dernier profitent aux créanciers qui n'ont pas encore été payés et qui pourront espérer l'être, au moins en partie, grâce aux fruits de cette action. En ce sens, le liquidateur judiciaire qui sollicite une condamnation pour insuffisance d'actif semble bien agir dans l'intérêt collectif des créanciers.

L'analyse mérite néanmoins d'être nuancée en raison de la latitude reconnue au juge pour moduler la part de l'insuffisance d'actif à laquelle le dirigeant sera condamné. Cette faculté du juge amène à se demander si cette action est destinée à réparer le préjudice subi par les créanciers ou à prononcer une sanction proportionnée à la faute du dirigeant<sup>248</sup>. Il est vrai que la responsabilité civile joue à la fois une fonction de sanction et de réparation<sup>249</sup>. L'histoire de la responsabilité pour insuffisance d'actif montre que cette action oscille précisément entre ces deux fonctions.

<sup>248</sup> Des auteurs évoquent ainsi « une nature juridique ambivalente, et en tout cas exorbitante de la responsabilité civile de droit commun » (A. Jacquemont, N. Borga et T. Mastrullo, *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, 11<sup>e</sup> éd., 2019, n° 1065, p. 636).

<sup>249</sup> V. les ouvrages de référence parmi lesquels : B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, th. Paris, 1947 ; S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. Viney, LGDJ, 1995 ; C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle : l'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, préf. Y. Lequette, Dalloz, 2005. Sur la question de la prise en compte de la gravité de la faute en droit commun des sociétés, v. Ph. Didier, « Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *Rev. sociétés* 2003, p. 246.

L'action en comblement du passif social a été créée en réaction aux abus que des dirigeants de sociétés pouvaient commettre, en profitant de l'écran de la personnalité morale afin d'échapper aux conséquences de leurs actes<sup>250</sup>. En ce sens, l'action relève de la logique normative de la responsabilité civile qui tend à imposer une police des comportements. Toutefois, les conditions ayant présidé à l'avènement de l'action en comblement du passif social, ancêtre de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, montrent qu'elle ne relève pas d'une seule finalité sanctionnatrice. En effet, déjà en réaction aux abus de certains dirigeants, le décret-loi du 8 août 1935 avait codifié, à l'article 487 du code de commerce, la pratique par laquelle les tribunaux étendaient la procédure à titre de sanction, au dirigeant de la société<sup>251</sup>. L'action en comblement du passif social a été introduite ultérieurement par la loi du 16 novembre 1940 pour les sociétés anonymes, étendue aux sociétés à responsabilité limitée par le décret-loi du 9 août 1953. Si l'action en comblement de passif contribuait également à répondre aux abus de certains dirigeants, son régime restait cependant conforme à celui d'un régime de responsabilité civile dont la finalité indemnitaire était facilitée par l'existence d'une présomption de faute du dirigeant<sup>252</sup>.

Ce régime de responsabilité aménagée présentait deux avantages par rapport à l'action en extension. Cette dernière, en ce qu'elle conduisait à faire supporter au dirigeant l'intégralité du passif de la société, pouvait apparaître comme une arme trop sévère que les syndicats renonçaient à mobiliser<sup>253</sup>. À cet égard, l'action en comblement du passif social, en permettant de moduler la charge à laquelle le dirigeant était condamné, offrait la possibilité de prononcer ce qui s'apparente à une sanction plus équilibrée au regard de la faute du dirigeant. En ce sens, c'est encore une logique de police des comportements qui prévalait pour l'action en comblement du passif social. Toutefois, l'introduction de cette action a également répondu à un problème pratique qui tenait à la difficulté de rapporter la preuve des conditions d'engagement de la responsabilité du dirigeant en application du droit commun<sup>254</sup>. La

---

<sup>250</sup> M. Germain, « L'action en comblement du passif social, entre droit commun et droit spécial », in *Le code de commerce 1807-2007. Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 243 ; P. Bourel, « L'obligation au passif social des dirigeants de sociétés anonymes et à responsabilité limitée en cas d'insuffisance d'actif », *RTD. com.* 1960, n° 3, p. 786.

<sup>251</sup> M. Germain, art. préc., p. 243.

<sup>252</sup> P. Bourel, art. préc., n° 7, p. 788.

<sup>253</sup> M. Germain, art. préc., p. 244.

<sup>254</sup> P. Bourel, art. préc., n° 3, p. 786.

possibilité de moduler la condamnation du dirigeant faisait ainsi contrepoids à cet aménagement de la preuve de sa responsabilité<sup>255</sup>.

La loi du 25 janvier 1985 a rapproché l'action en comblement du passif du droit commun de la responsabilité en supprimant la présomption de responsabilité du dirigeant. La loi du 26 juillet 2005 a renommé l'action, désormais expressément qualifiée d'action en responsabilité. En somme, comme le souligne M. Germain, « *Que la loi se veuille sévère en 1935 ou 1967 ou qu'elle se veuille clémente en 1985 et en 2005, la situation originale des dirigeants sociaux conduit en effet à valoriser le rôle de la fonction normative de la responsabilité et à restreindre le rôle de sa fonction réparatrice* »<sup>256</sup>. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a par ailleurs restreint le domaine de cette action à la liquidation judiciaire et la loi du 9 décembre 2016 a précisé que la responsabilité pour insuffisance d'actif du dirigeant ne pouvait être engagée en cas de simple faute de négligence de sa part<sup>257</sup>. Dans ces conditions, il faut se demander quelle place joue la défense de l'intérêt collectif des créanciers lorsque le liquidateur judiciaire intente une action en responsabilité pour insuffisance d'actif.

**58. Les incertitudes portant sur l'action du liquidateur judiciaire.** L'action ne pouvant être intentée qu'au cours d'une liquidation judiciaire, le fruit est nécessairement distribué aux créanciers<sup>258</sup>. Si les sommes profitent aux créanciers, il reste à se demander si le liquidateur judiciaire est tenu de demander au tribunal la réparation de l'intégralité de l'insuffisance d'actif<sup>259</sup>. La logique voudrait qu'il en soit ainsi si le mandataire de justice chargé de l'intérêt

<sup>255</sup> J.-P. Sortais, « Les contours de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard. Le juge et le droit de l'économie*, LGDJ, 2002, p. 322 ; F. Derrida, « Procès de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 », *D.* 2001, n° 2, p. 1377.

<sup>256</sup> M. Germain, art. préc., p. 246.

<sup>257</sup> Sur les conséquences de ces deux réformes sur l'articulation avec le droit commun de la responsabilité, v. *infra* n°s 128 et s.

<sup>258</sup> Du reste, si l'action permet dans une certaine mesure de reconstituer le gage commun, les sommes obtenues ne sont pas réparties selon les causes légitimes de préférence prévues par l'article 2285 du code civil mais au marc le franc c'est-à-dire sans tenir compte des privilèges. C'est la seule hypothèse où le fruit de l'action en reconstitution du patrimoine n'est pas réparti selon les rangs établis dans la procédure.

Il en va ainsi depuis que la Cour de cassation a abandonné sa jurisprudence contestée par laquelle elle imposait également la répartition au marc le franc en cas de cession de l'entreprise ou de liquidation (Cass. com., 11 juin 2014, n° 13-12.658, *Bull. civ. IV*, n° 102 ; *D.* 2014, p. 1269, obs. A. Lienhard ; *ibid.*, p. 2196, obs. J. Lecaroz ; *Gaz. Pal.* 7 oct. 2014, n° 194n5, p. 37, obs. I. Rohart-Messenger ; *Act. proc. coll.* 2014, n° 12, alerte 226, note J. Vallansan ; *Rev. sociétés* 2014, p. 532, obs. P. Rousel Galle ; *RD bancaire et fin.* 2014, comm. 212, note C. Houin-Bressand ; *Rev. proc. coll.* 2015, comm. 71, note A. Martin-Serf).

La raison de cette règle dérogatoire est historique. À l'origine, la répartition au marc le franc ne concernait que les seuls créanciers chirographaires à une époque où les créanciers privilégiés n'étaient pas soumis à la discipline collective des poursuites. La répartition égalitaire se comprenait entre créanciers de même rang. Lorsque les créanciers privilégiés ont été intégrés à la procédure, la logique aurait voulu que la répartition du fruit de l'insuffisance d'actif suive les causes de préférence par souci de cohérence avec le régime des autres actions (M. Sénéchal, *op. cit.*, n° 671, p. 726).

<sup>259</sup> Sur l'action en responsabilité civile de droit commun exercée par le mandataire judiciaire ou le commissaire à l'exécution du plan contre les dirigeants sociaux d'une société hors liquidation, v. *infra* n° 131.

collectif des créanciers devait toujours favoriser la distribution du plus grand dividende possible aux créanciers. Pourtant, il semble difficile d'appréhender la mission du mandataire judiciaire de manière aussi univoque. Il a été souligné que la rigueur de l'action en extension comme sanction du dirigeant pouvait dissuader jadis le syndic d'agir<sup>260</sup>. En définitive apparaît l'idée selon laquelle le mandataire de justice chargé de l'intérêt collectif des créanciers ne doit pas chercher à augmenter à tout prix le gage commun des créanciers mais doit aussi faire preuve de mesure dans la mise en œuvre de ses prérogatives.

Le tribunal étant libre de déterminer la part de l'insuffisance d'actif que le dirigeant supportera, se demander si le liquidateur judiciaire est lui-même libre de demander une réparation inférieure à l'insuffisance d'actif peut sembler sans importance. En vérité, ce point peut avoir diverses conséquences sur l'appréhension de la mission du liquidateur judiciaire.

D'abord, si le liquidateur judiciaire était contraint de demander la réparation intégrale de l'insuffisance d'actif, cela signifierait qu'il pourrait engager sa responsabilité personnelle s'il s'abstenait de le faire.

Ensuite, l'éventuelle liberté du liquidateur dans la demande de réparation peut exercer une influence sur la saisine du tribunal. Le tribunal est libre de moduler à la baisse la part de l'insuffisance d'actif supportée par le dirigeant. Cependant, à s'en tenir aux principes de la procédure civile et, en particulier, aux articles 4 et 5 du code de procédure civile qui déterminent l'objet du litige, il ne devrait pas pouvoir condamner le dirigeant au-delà de ce qui est demandé par le liquidateur judiciaire, sous réserve évidemment d'une demande supérieure formulée par le ministère public. Cette idée semble d'autant plus s'imposer que l'auto-saisine du tribunal a été abrogée par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005.

Enfin, le liquidateur judiciaire, qui sollicite une condamnation inférieure au montant de l'insuffisance d'actif, devrait logiquement motiver ce qui justifie la clémence du tribunal. En ce sens, son avis peut éclairer le tribunal qui doit prononcer une condamnation proportionnée à la faute du dirigeant. Cet aspect n'est pas anodin dans la mesure où la Cour de cassation, visant expressément le principe de proportionnalité, juge que, « *si le montant de la condamnation prononcée relève de l'appréciation souveraine des juges du fond dès lors qu'il n'excède pas*

---

<sup>260</sup> M. Germain, art. préc., p. 244.

*l'insuffisance d'actif, il importe, lorsque plusieurs fautes de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, sont retenues, que chacune d'entre elles soit légalement justifiée »<sup>261</sup>.*

En raison de la finalité sanctionnatrice de l'action, la fonction du liquidateur judiciaire agissant en responsabilité pour insuffisance d'actif ne semble pas se limiter à la seule défense de l'intérêt des créanciers en présence d'un litige ordinaire. Dans une certaine mesure, le liquidateur judiciaire semble davantage participer à la recherche de la juste sanction du dirigeant, à l'image du rôle joué traditionnellement par le ministère public. D'ailleurs, la Cour de cassation a pu juger, dans un arrêt, certes inédit, « *que la limitation, prévue par l'article L. 651-3 du code de commerce, du droit d'agir en responsabilité pour insuffisance d'actif répond au but légitime de laisser au liquidateur, au ministère public, et, dans certains cas et à certaines conditions, aux contrôleurs, le soin de discerner, parmi les dirigeants de la société en liquidation judiciaire, si un ou plusieurs d'entre eux est susceptible d'avoir contribué, par ses fautes de gestion, à l'insuffisance d'actif au point de supporter les graves conséquences d'une décision de poursuite »<sup>262</sup>.*

Dans ces conditions, il semble que le liquidateur judiciaire n'est pas tenu de demander la réparation intégrale de l'insuffisance d'actif. La logique spécifique de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif tend à inciter le liquidateur judiciaire à ne pas demander systématiquement le comblement de la totalité de l'insuffisance d'actif mais plutôt à proposer au tribunal un montant proportionné à la faute commise par le dirigeant. Si tel devait être le cas, il faudrait constater que le mandataire chargé de l'intérêt collectif des créanciers n'agit plus nécessairement en vue de la distribution du plus grand dividende possible aux créanciers. Une autre difficulté apparaît à l'étude de l'action en extension de la procédure.

## II. L'action en extension de la procédure

**59. Les bénéficiaires incertains de l'action en extension sur la reconstitution du gage commun des créanciers.** Historiquement, l'extension de la procédure résultait d'une pratique

<sup>261</sup> Cass. com., 15 déc. 2009, n° 08-21.906, *Bull. civ.* IV, n° 166 ; *JCP E* 2010, 1164, obs. P. Delmotte et P. Roussel Galle ; *LPA* 18 févr. 2010, p. 8, obs. G. Teboul ; *Act. proc. coll.* 2010, alerte 31, obs. J. Vallansan ; *LEDEN* févr. 2010, p. 6, obs. I. Parachkevova ; *Rev. sociétés* 2010, p. 256, note N. Morelli ; *Dr. sociétés* 2010, comm. 55, note J.-P. Legros ; *BJS* avril 2010, p. 364, note L. Camensuli-Feuillard ; *Rev. proc. coll.* 2010, comm. 115, note A. Martin-Serf.

<sup>262</sup> Cass. com., 12 juin 2019, n° 17-23.176, Inédit ; *Gaz. Pal.* 15 oct. 2019, n° 360z8, p. 67, note T. Montéran ; *BJS* oct. 2019, n° 120c1, p. 25, note A. Cerati-Gauthier ; *BJE* sept. 2019, n° 117e4, p. 43, note T. Favario.



des tribunaux<sup>263</sup>, destinée à sanctionner le dirigeant profitant du patrimoine de la société à son profit tout en bénéficiant de l'immunité conférée par le voile de la personnalité morale de la société<sup>264</sup>. La pratique a été codifiée par l'article 1<sup>er</sup> du décret-loi du 8 août 1935 qui a étendu l'action à toute personne qui, « *sous couvert de [la] société masquant ses agissements, a fait son intérêt personnel des actes de commerce et disposé en fait des capitaux sociaux comme des siens* ». Si l'article 7 de la loi du 25 janvier 1985 a repris le principe de l'extension, l'article 15 de la loi du 26 juillet 2005 a explicité deux critères justifiant l'extension de la procédure à savoir la confusion des patrimoines et la fictivité de la personne morale.

Si en cas de confusion des patrimoines, les deux débiteurs conservent leur personnalité juridique, l'effet caractéristique de l'extension tient au traitement commun du passif des deux débiteurs et de leurs actifs réunis, ce qui « *profite souvent aux créanciers de la première procédure collective et a lieu, en général, au détriment des personnes et donc aussi des créanciers des personnes à qui la procédure est étendue* »<sup>265</sup>. Toutefois, la Cour de cassation juge que « *pour caractériser des relations financières anormales constitutives d'une confusion de patrimoines, les juges du fond n'ont pas à rechercher si celles-ci ont augmenté, au préjudice de ses créanciers, le passif du débiteur soumis à la procédure collective dont l'extension est demandée* »<sup>266</sup>. Ainsi, les conséquences de l'extension ne sont pas nécessairement bénéfiques au premier débiteur de sorte qu'il n'est pas possible de reconnaître une nature purement indemnitaire à l'action en extension<sup>267</sup>. Partant, il faut constater que le mandataire judiciaire est habilité à exercer une action qui peut avoir un effet contraire à l'intérêt collectif des créanciers du débiteur déjà soumis à la procédure collective.

Si l'on estime que le mandataire judiciaire ne peut agir qu'à la condition que l'action en extension profite aux créanciers, il faut s'assurer que l'extension conduise bien à augmenter l'actif du débiteur déjà soumis à la procédure collective. Or, une contrainte supplémentaire tient au fait que, au moment d'exercer l'action en extension, il n'est pas toujours possible de savoir

<sup>263</sup> J. Percerou, note sous Cass. req., 29 juin 1908, *D.* 1910, 1, p. 233. Sur ce point, v. not. les références citées par A. Bézert, *Les effets de l'extension de la procédure collective pour confusion des patrimoines*, préf. P. Pétel, LGDJ, 2021, n° 13, p. 7 et F. Reille, *La notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures collectives*, préf. P. Pétel, Litec, 2006, n° 11, p. 16.

<sup>264</sup> M. Germain, art. préc., p. 243.

<sup>265</sup> F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., 2014, n° 338, p. 169.

<sup>266</sup> Cass. com., 16 juin 2015, n° 14-10.187, *Bull. civ. IV*, n° 105 ; *Dalloz actualité*, 1<sup>er</sup> juill. 2015, obs. A. Lienhard ; *JCP E* 2015, 1422, note P. Pétel ; *Rev. sociétés* 2015, p. 545, note P. Roussel Galle ; *Dr. sociétés* 2015, comm. n° 155, note J.-P. Legros ; *BJS* sept. 2015, p. 458, note E. Mouial-Bassilana ; *BJE* sept. 2015, p. 282, note L. Le Mesle.

<sup>267</sup> F. Reille, *op. cit.*, n° 277, p. 233 ; A. Bézert, *op. cit.*, n° 535, p. 307.

si elle aura un effet bénéfique ou non pour la collectivité des créanciers du débiteur<sup>268</sup>. Dans certains cas, il est aisé de savoir *ab initio* si l'extension contribuera à augmenter ou diminuer le ratio entre l'actif et le passif à traiter dans la procédure. Dans d'autres hypothèses, c'est l'analyse approfondie du patrimoine du second débiteur qui permet de déterminer l'étendue exacte de son actif et de son passif, ce qui est d'ailleurs l'une des raisons d'être de la période d'observation. Dans ces conditions, le résultat de l'extension est incertain. Si l'on juge, au contraire, que le mandataire judiciaire doit pouvoir solliciter l'extension même si les effets seront négatifs pour les créanciers de la première procédure, il faudrait alors remarquer que le mandataire judiciaire peut être amené à agir contre l'intérêt collectif des créanciers<sup>269</sup>.

En définitive, l'étude des différentes actions spécifiques à la procédure collective montre que la mission du mandataire judiciaire s'émancipe parfois de la seule défense de l'intérêt collectif des créanciers.

---

<sup>268</sup> F. Reille, « L'attraction du patrimoine de l'associé par la confusion des patrimoines », in *Le patrimoine de la personne physique à l'épreuve des procédures collectives : quels nouveaux enjeux ?*, Actualité de droit de l'entreprise, LexisNexis, 2015, p. 117.

<sup>269</sup> Sur l'analyse plus approfondie de la fonction des mandataires de justice exerçant l'action en extension, v. *infra* n<sup>os</sup> 188 et s.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 1

**60. Le rôle paradoxal de l'intérêt collectif des créanciers dans les actions du mandataire judiciaire.** La scission des fonctions des mandataires de justice devrait aboutir à ce que le mandataire judiciaire contribue à la distribution du plus grand dividende possible aux créanciers. L'étude des habilitations à agir dont il dispose montre qu'il n'en va pas exactement ainsi. L'évolution de la définition de l'intérêt collectif a certes renforcé l'efficacité de son action. Cependant, depuis la loi du 25 janvier 1985, le fruit des actions intentées dans l'intérêt collectif des créanciers intègre le patrimoine du débiteur sans être nécessairement distribué aux créanciers. En l'absence de dispositions rendant indisponibles les sommes récoltées, l'action du mandataire judiciaire sert au moins autant à financer la poursuite de l'activité qu'à payer les créanciers. Ce constat est particulièrement surprenant au regard de l'affirmation selon laquelle la hiérarchisation des intérêts décidée en 1985 imposait une scission des fonctions du syndic puisque, en définitive, la défense de l'intérêt collectif des créanciers profite avant tout à l'entreprise.

L'étude des actions spécifiques aux procédures collectives montre, en outre, que la mission du mandataire judiciaire s'émancipe parfois de la défense de l'intérêt collectif des créanciers. Si ces actions contribuent souvent à cet objectif, elles suivent parfois une logique étrangère à la reconstitution du patrimoine du débiteur. Par exemple, certaines nullités de la période suspecte tendent moins à augmenter le gage commun des créanciers qu'à rétablir une égalité entre ces derniers. De plus, si le fruit de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif profite bien aux créanciers, le liquidateur ne doit pas chercher nécessairement la distribution du plus grand dividende possible aux créanciers lorsqu'il intente cette action. Enfin, en cas de confusion des patrimoines, il n'est pas impossible que le mandataire judiciaire soit amené à solliciter l'extension de la procédure à un débiteur dont la situation est encore plus compromise que celle du débiteur déjà soumis à la procédure collective. Une telle demande irait pourtant à l'encontre de l'intérêt collectif des créanciers qu'il doit défendre.

En somme, le mandataire judiciaire n'agit pas toujours en défense de l'intérêt collectif des créanciers. Lorsqu'il œuvre en ce sens, cette fonction contribue au moins autant à la poursuite de l'activité qu'au paiement des créanciers. L'intégration des sommes obtenues grâce à cette action dans le patrimoine du débiteur explique alors peut-être pourquoi le mandataire judiciaire bénéficie d'un monopole pour défendre l'intérêt collectif des créanciers bloquant toute initiative individuelle des créanciers.



## CHAPITRE 2 : LE MONOPOLE DE LA DÉFENSE DE L'INTÉRÊT COLLECTIF DES CRÉANCIERS AU SERVICE DE LA POURSUITE DE L'ACTIVITÉ

**61. Plan du chapitre.** En raison de la collectivisation des poursuites, les créanciers ne peuvent pas agir individuellement, seul le mandataire judiciaire pouvant demander réparation du préjudice collectif. L'article L. 622-20 du code de commerce dispose ainsi que ce dernier a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers. La Cour de cassation a jugé que ce monopole prive les créanciers du droit d'agir même en cas de carence du mandataire judiciaire<sup>270</sup>. Cependant, cela n'a pas toujours été le cas. Sous l'empire du droit antérieur à la loi du 25 janvier 1985, elle jugeait que la carence du syndic justifiait que les créanciers recouvrent le droit d'agir en réparation de leur part personnelle du préjudice collectif<sup>271</sup>. Autrement dit, les créanciers bénéficiaient alors d'une action dite *ut singuli*<sup>272</sup>. Comment expliquer cette évolution ? Le dessaisissement inhérent à la représentation judiciaire pourrait justifier la paralysie de l'action des créanciers. Pourtant, l'article 13 de la loi du 13 juillet 1967 disposait déjà que seul le syndic pouvait agir dans l'intérêt de la masse des créanciers, ce qui n'empêchait pas les créanciers de pouvoir exercer cette action dite *ut singuli* en cas de carence du syndic. La notion de représentation au sens du droit civil apparaît donc insuffisante à expliquer la portée du monopole reconnu au mandataire judiciaire (Section 1).

La masse des créanciers dotée de la personnalité morale ayant été supprimée par la loi du 25 janvier 1985, il est également difficile de qualifier le mandataire judiciaire de représentant au sens procédural de la notion. L'analyse de l'évolution de la nature procédurale de l'action du mandataire pourrait justement expliquer la disparition de l'action dite *ut singuli* des créanciers. D'ailleurs, la défense de l'intérêt collectif des créanciers contribuant au moins autant à la poursuite de l'activité qu'au paiement des créanciers, la suppression de l'action dite *ut singuli* paraît cohérente dans la mesure où son maintien aurait conduit à permettre aux créanciers de faire échapper des sommes utiles à la poursuite de l'activité. La reconnaissance d'une action en carence au créancier nommé contrôleur ne remet pas en cause cette idée car ses fruits intègrent également le patrimoine du débiteur (Section 2).

---

<sup>270</sup> Cass. com., 3 juin 1997, n° 95-15.681, *Bull.* IV, n° 163, p. 146 ; *D.* 1997, jur., p. 518, note F. Derrida ; *JCP E* 1997, II, 988, note M. Béhar-Touchais ; *LPA* 28 nov. 1997, p. 29, note F. Derrida ; *ibid.* 30 janv. 1998, p. 22, note G.-A. Likillimba ; *Rev. dr. banc.* 1997, p. 175, obs. M.-J. Campana et J.-M. Calendini.

<sup>271</sup> Cass. com., 25 mai 1981, n° 79-14.760, *Bull. civ.* IV, n° 42 ; *D.* 1981, jur., p. 644, note F. Derrida et J.-P. Sortais.

<sup>272</sup> L'action pouvait être dite *ut singuli* car certains traits la rapprochaient de l'action sociale *ut singuli* bien que leurs régimes demeuraient distincts.

SECTION 1 : L'EXPLICATION INSUFFISANTE DU MONOPOLE PAR LA NOTION DE REPRÉSENTATION

**62. L'hypothèse d'une représentation judiciaire des créanciers.** La notion de représentation judiciaire des créanciers pourrait expliquer l'interdiction faite aux créanciers d'agir, même en cas de carence du mandataire judiciaire. En effet, disposer que ce dernier agit « *au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers* » évoque le droit commun de la représentation institué par la réforme du droit des obligations du 10 février 2016<sup>273</sup>. L'article 1153 du code civil liste trois sources de la représentation : la loi, le juge ou la convention. Or, les effets de la représentation diffèrent selon le type de représentation. L'article 1159 du code civil distingue l'établissement d'une représentation légale ou judiciaire, qui dessaisit pendant sa durée le représenté des pouvoirs transférés au représentant, de la représentation conventionnelle, qui laisse au représenté l'exercice de ses droits.

Le dessaisissement n'est pas défini par le code civil. En revanche, le vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant le caractérise comme la « *perte – au moins pour un temps – de tout ou partie de ses pouvoirs de gestions sur ses biens personnels (administration, jouissance, libre disposition) qui résulte le plus souvent d'une décision de justice, à titre de sanction ou par mesure de protection.* »<sup>274</sup> Il est vrai que la distinction posée par l'article 1159 n'était pas consacrée légalement lors de l'adoption de la loi du 25 janvier 1985 mais le droit en vigueur à cette date présentait déjà ces caractéristiques<sup>275</sup>. L'interdiction des poursuites individuelles des créanciers et la désignation par le tribunal du mandataire judiciaire semblent donc *a priori* caractériser une représentation judiciaire, justifiant le strict monopole dont bénéficie ce dernier.

---

<sup>273</sup> Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, ratifiée par la L. n° 2018-287 du 20 avril 2018. Sur laquelle, v., par. ex., M. Mekki, « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.* 2016, p. 494 ; M. Mignot, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *LPA* 26 févr. 2016, p. 8.

Si le législateur n'a pas donné de définition de la représentation, le vocabulaire juridique élaboré par l'association Henri Capitant la définit comme l'« *action consistant pour une personne investie à cet effet d'un pouvoir légal, judiciaire ou conventionnel (le représentant), d'accomplir au nom et pour le compte d'une autre – incapable ou empêchée (le représenté) – un acte juridique dont les effets se produisent directement sur la tête du représenté* » (Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, (dir.) G. Cornu, PUF, 14<sup>e</sup> éd., 2022, v° « Représentation »).

<sup>274</sup> Association Henri Capitant, *op. cit.*, v° « Dessaisissement ».

<sup>275</sup> Par exemple, la représentation judiciaire par l'époux ou l'administration légale et la jouissance des biens de l'enfant par ses parents renvoyaient bien à l'idée de sanction ou de protection (respectivement C. civ., art. 1429 et 382 applicables en 1985).

À l'inverse, les dispositions sur le mandat de nature contractuelle ont toujours prévu que le mandant pouvait moduler l'objet du mandat, outre la possibilité de choisir et révoquer son mandataire (respectivement C. civ., art. 1987, 1984 et 2003).

Cette analyse doit être pourtant nuancée. Le mandataire judiciaire est certes désigné par le tribunal mais la spécificité de sa mission, comparée à celles d'autres mandats de justice qui emportent le dessaisissement du représenté, conduit à douter qu'elle relève de la seule logique d'une représentation judiciaire.

**63. La spécificité du mandat de justice pour agir dans l'intérêt collectif des créanciers au regard des autres mandats de justice.** M. Gil a proposé une typologie des mandats de justice en fonction des situations de crise auxquelles le mandat de justice répond<sup>276</sup>. Selon lui, la crise peut résulter de la vacance ou d'une défiance envers le pouvoir. Dans la première hypothèse<sup>277</sup>, l'administration judiciaire présente un « *visage bienveillant* » car elle permet de préserver des intérêts temporairement dépourvus de maîtres<sup>278</sup>. Au contraire, le mandat de justice répond à une logique de défiance lorsque la crise résulte d'une carence<sup>279</sup> ou de l'échec de celui qui devait gérer ses affaires, ce second cas visant notamment la mission des mandataires de justice dans le droit des procédures collectives<sup>280</sup>. Si l'auteur réserve de longs développements à la variété des mandats confiés afin de représenter le débiteur, il estime que la nomination du mandataire judiciaire « *n'appelle guère de commentaires. Jugés incapables de maintenir par eux-mêmes une discipline collective, soupçonnés de n'avoir comme seul objectif que la satisfaction de leurs intérêts égoïstes, les créanciers ont depuis longtemps perdu la confiance du législateur. Privés de leur droit de poursuite individuelle à l'égard du débiteur et parfois à l'égard des tiers, les créanciers sont désormais automatiquement dessaisis sans qu'il y ait lieu de jauger la confiance qu'ils pourraient éventuellement mériter* »<sup>281</sup>.

Cette présentation semble passer sous silence la spécificité de la situation des créanciers apparemment représentés en justice. Dans toutes les autres situations étudiées par l'auteur, le mandat de justice répond à l'impossibilité de désigner un représentant légitime sans le secours d'une décision de justice. Au contraire, les créanciers pourraient théoriquement désigner leur représentant dans la mesure où les difficultés du débiteur ne peuvent pas leur être

---

<sup>276</sup> G. Gil, *Le mandataire de justice*, préf. J. Mestre, PUAM, 2003.

<sup>277</sup> Il y a vacance lorsqu'un intérêt n'est pas gouverné ou devient ingouvernable. La première hypothèse renvoie aux situations des personnes physiques absentes ou incapables (*ibid.*, n<sup>os</sup> 24 et s., pp. 32 et s.) L'intérêt n'est également plus gouverné en cas de vacance des organes d'une société ou d'une copropriété (*ibid.*, n<sup>os</sup> 146 et s., pp. 77 et s.) L'intérêt est ingouvernable lorsque des groupements ne sont plus en mesure de prendre les décisions vitales au fonctionnement du groupement (*ibid.*, n<sup>os</sup> 304 et s., pp. 141 et s.)

<sup>278</sup> *Ibid.*, n<sup>o</sup> 393, p. 179.

<sup>279</sup> Il en va ainsi de l'administrateur des affaires d'autrui qui n'exécute pas sa mission avec les diligences attendues de même que le propriétaire qui est tenu d'administrer son bien également dans l'intérêt d'autrui (*ibid.*, n<sup>os</sup> 396 et s., pp. 181 et s.)

<sup>280</sup> M. Gil entend assez largement l'échec en intégrant les mandats donnés par le juge dans le cadre de la prévention des difficultés afin de trouver une solution en amont des procédures collectives (*ibid.*, n<sup>os</sup> 563 et s., p. 249 et s.)

<sup>281</sup> *Ibid.*, n<sup>o</sup> 585, p. 260.

collectivement imputées. D'ailleurs, l'article 480 du code de commerce de 1807 prévoyait que les créanciers proposaient une liste de syndics sur laquelle le tribunal désignait le syndic provisoire. L'article 527 du même code précisait surtout que les créanciers désignaient eux-mêmes le syndic définitif en cas d'union. Si les créanciers n'interviennent plus dans la désignation du syndic depuis la loi du 28 mai 1838, ils ont longtemps joui de prérogatives permettant d'intervenir dans la conduite de la procédure collective et de contrôler l'action de leur représentant, à rebours du régime applicable à la représentation judiciaire. Autrement dit, le maintien de certains droits des créanciers montrait que la mission du syndic relevait, au moins en partie, d'une logique de représentation contractuelle. En particulier, sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, en cas de carence du syndic, les créanciers conservaient le droit d'agir individuellement contre une personne, même membre de la masse, afin d'obtenir réparation de leur part personnelle du préjudice collectif<sup>282</sup>.

**64. Plan de la section.** Le maintien de certaines prérogatives de nature contractuelle peut s'expliquer par le fait que le groupement des créanciers était historiquement régi selon une logique consensuelle. Si les créanciers ont été progressivement privés de leurs prérogatives, cela n'a pu être que le fruit des interventions successives du législateur, qui a fini par les placer dans une situation similaire aux personnes faisant l'objet d'une représentation judiciaire (§ 1). Toutefois, la loi du 25 janvier 1985 ne les a pas expressément privés de leur action dite *ut singuli*. Le lien unissant le syndic aux créanciers dans la masse ayant toujours conservé les traces d'une logique de représentation conventionnelle, souligner la source judiciaire de la mission du mandataire judiciaire ne suffit pas à expliquer la portée du monopole dont il bénéficie pour défendre l'intérêt collectif des créanciers depuis la réforme du 25 janvier 1985 (§ 2).

§ 1 : Le dessaisissement progressif des créanciers de leurs prérogatives d'origine contractuelle

**65. Rapprochement entre le groupement des créanciers de la procédure collective et les associés d'une société.** La désignation judiciaire du mandataire judiciaire ne suffit pas à justifier la rigueur du monopole dont il bénéficie et l'impossibilité faite aux créanciers d'exercer une action dite *ut singuli* en cas de carence du mandataire judiciaire. L'étude historique du lien unissant le syndic aux créanciers montre, d'ailleurs, que leur relation a toujours revêtu une

---

<sup>282</sup> Cass. com., 25 mai 1981, n° 79-14.760, *Bull. civ.* IV, n° 42 ; *D.* 1981, jur., p. 644, note F. Derrida et J.-P. Sortais.



dimension contractuelle justifiant que ces derniers puissent exercer une forme de contrôle de leur représentant. Plus précisément, l'organisation des créanciers a longtemps emprunté des traits similaires à ceux de la collectivité des associés d'une société.

Une organisation collective des créanciers s'impose dans la mesure où l'ouverture de la procédure collective emporte pour eux l'interdiction d'agir individuellement. Cette organisation conduisait, jusqu'en 1985, à grouper les créanciers au sein d'une masse qui avait pour représentant le syndic de faillite<sup>283</sup>. Ce groupement ressemble par bien des aspects à une société. Le rapprochement entre ces deux groupements a même été suggéré lorsqu'il s'est agi de se positionner sur la question de l'existence du patrimoine et de la personnalité morale de la masse<sup>284</sup>. Les développements relatifs au monopole du mandataire judiciaire n'ont pas le même objet. Toutefois, les arguments avancés lors de ce débat peuvent contribuer à éclairer la nature du lien qui unissait le groupement des créanciers et le syndic avant la loi du 25 janvier 1985.

Une comparaison historique entre la société et le groupement des créanciers oblige à se rapporter à la rédaction de l'article 1832 du code civil en vigueur en 1804. En effet, c'est au regard des seuls éléments constants de la définition de la société que la comparaison entre celle-ci et le groupement des créanciers peut avoir un sens<sup>285</sup>. En 1804, l'article 1832 disposait que « *La société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans la vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter.* » L'article 1833, resté invariant en son alinéa 1<sup>er</sup>, a toujours disposé que « *Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés.* » Lorsque la société est constituée, les relations entre les associés et les dirigeants de la société suivent ensuite des règles prédéterminées selon les différents types de sociétés. L'organisation sociétaire régit ainsi la désignation des dirigeants et les hypothèses dans lesquelles les associés sont appelés à voter. La prise de décision selon un principe majoritaire est alors la spécificité de la société par rapport au contrat de mandat. Par bien des aspects, les créanciers disposaient historiquement de prérogatives similaires puisqu'ils participaient à la désignation du syndic et étaient appelés à voter sur les étapes essentielles de la procédure.

---

<sup>283</sup> L. n° 67-563 du 13 juillet 1967 *sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes*, art. 13.

<sup>284</sup> E. Gombeaux, « Les créanciers de la masse en faillite », *Ann. dr. com.* 1907, p. 417.

<sup>285</sup> En vérité, le raisonnement ne serait pas invalidé s'il était tenu avec les modifications de l'article issues des lois n° 78-9 du 4 janvier 1978 *modifiant le titre IX du livre III du code civil* et n° 85-697 du 11 juillet 1985 *relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée et à l'exploitation agricole à responsabilité limitée*. Toutefois, le propos pourrait alors souffrir d'une forme d'anachronisme.

**66. Plan du paragraphe.** Cette convergence montre que la dimension contractuelle présente dans le lien unissant les associés au dirigeant de la société se retrouvait dans celui qui liait la collectivité des créanciers au syndic (I). L'intervention du législateur a progressivement privé les créanciers de nombreuses prérogatives, au point de les placer dans une situation similaire à celle de personnes dessaisies de leurs droits en application de la logique de la représentation judiciaire. Toutefois, une mise en perspective historique montre que la désignation judiciaire du syndic a longtemps pu se concilier avec une intervention des créanciers dans la conduite de la procédure (II).

I. L'origine contractuelle du lien unissant le syndic aux créanciers dans la masse

**67. Les éléments constitutifs de la société.** Il résulte des éléments invariants des articles 1832 et 1833 du code civil que la société doit résulter d'un acte de volonté et être constituée dans l'intérêt commun de ses associés. Elle doit reposer sur des apports, mis en commun, en vue d'en tirer un bénéfice. C'est la présence de ces éléments qu'il faut chercher dans le groupement des créanciers. À l'instar de la société qui doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés, les créanciers partagent bien un but commun qui fonde la raison d'être du groupement, à savoir le recouvrement de leurs créances. À cette fin, il a pu être avancé que chaque créancier apporte la créance qu'il détient sur le débiteur dont le recouvrement est assuré par le syndic<sup>286</sup>. L'idée d'un intérêt commun ne masque pas les divergences concrètes d'intérêts qui peuvent exister entre les associés. Lorsqu'elles existent, elles sont en principe réglées par l'application de la loi de la majorité à l'occasion de votes, le recours au juge n'étant que l'exception<sup>287</sup>. En revanche, les associés ont un intérêt commun, à savoir la réalisation de l'objet de la société permettant le partage d'un bénéfice. De même, quelles que puissent être les divergences entre les créanciers dans la procédure, ils partagent l'intérêt commun de recouvrer leur créance justifiant leur groupement<sup>288</sup>. En ce sens, la somme

---

<sup>286</sup> J. Percerou, avec la collab. de M. Desserteaux, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, t. 1, Rousseau et C<sup>ie</sup>, 2<sup>e</sup> éd., 1935, n° 81 bis, p. 135.

<sup>287</sup> J. Mestre, « Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés », *RJ com.* 1985, p. 81 ; M. Jeantin, « Le rôle des juges en droit des sociétés », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, 1996, p. 149.

<sup>288</sup> *Contra* : E. Alfandari, *Droit des affaires*, Litec, 1993, n° 423, p. 308 pour qui la divergence concrète des intérêts des différents créanciers rendait la reconstitution de la masse inutile ; ce, d'autant plus que les créanciers ne peuvent pas agir directement.

des intérêts individuels des créanciers ne forme pas davantage l'intérêt collectif des créanciers que la somme des intérêts individuels des associés ne forme l'intérêt social.

Deux difficultés restent encore à résoudre afin de justifier l'assimilation de groupement des créanciers à une société. D'une part, si les créanciers partagent un intérêt commun, cela ne signifie pas pour autant que le groupement tende à la recherche d'un bénéfice. D'autre part, et surtout, à la différence de la société qui repose sur une adhésion volontaire de l'associé, le groupement des créanciers est obligatoire pour ces derniers. Sur ce point, le recours à l'Histoire est éclairant car il permet d'atténuer les objections qui peuvent être formulées à l'assimilation des deux groupements en raison du caractère obligatoire de celui des créanciers.

**68. Le caractère volontaire du contrat de direction avant l'entrée en vigueur du code de commerce de 1807.** La dimension obligatoire de l'organisation collective des créanciers résulte du code de commerce de 1807. À ce propos, il faut distinguer l'organisation collective des créanciers et le caractère collectif de la procédure. Le caractère collectif peut renvoyer au fait que l'actif du débiteur n'est pas distribué au prix de la course mais selon une règle de répartition entre les créanciers qui ont manifesté leur intention d'être payés. Il ne s'agit pas d'une spécificité du droit des procédures collectives. Les procédures civiles d'exécution peuvent aussi présenter dans une certaine mesure ce caractère collectif. Il en va ainsi en particulier de la saisie immobilière<sup>289</sup>. L'organisation collective des créanciers peut signifier, dans une autre perspective, que les poursuites contre le débiteur ou les tiers et la distribution des fonds sont assurées par un mandataire qui reçoit la mission d'agir pour tous les créanciers<sup>290</sup>. Avant l'entrée en vigueur du code de 1807, tous les créanciers pouvaient encore exercer individuellement leur droit de poursuite sur le débiteur défaillant et n'étaient pas nécessairement contraints de laisser un représentant conduire la procédure<sup>291</sup>. Autrement dit, si la procédure avait un caractère collectif, dans la mesure où la répartition ne se faisait pas au prix de la course, les créanciers n'étaient pas nécessairement organisés collectivement.

---

<sup>289</sup> La règle *prior tempore potior jure* ne s'applique pas de manière mécanique aux procédures civiles d'exécution. S'agissant, par exemple, des saisies immobilières, le prix est distribué au créancier poursuivant mais également aux créanciers inscrits ou qui sont intervenus dans la procédure (CPCE, art. L. 331-1). La distribution se fait alors selon les causes légitimes de préférence. L'article R. 321-9 du code des procédures civiles d'exécution prévoit par ailleurs les obligations que les créanciers poursuivants peuvent avoir les uns envers les autres. Sur l'ensemble de la question, v. L. Camensuli-Feuillard, *La dimension collective des procédures civiles d'exécution. Contribution à la notion de procédure collective*, préf. Y. Desdevises, Dalloz, 2008.

<sup>290</sup> Pour une analyse plus approfondie du caractère collectif des procédures collectives, Comp. R. Azevedo, *Le caractère collectif des procédures collectives*, avant-propos F. Pérochon, préf. F.-X. Lucas, LGDJ, 2021.

<sup>291</sup> J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, 1986, n° 199, p. 320.

Des considérations pratiques conduisaient toutefois les créanciers à s'unir afin d'obtenir le paiement de leurs créances. On trouve des traces de cette pratique avant même l'Ordonnance *sur le commerce de terre* de 1673<sup>292</sup>. Les créanciers passaient des contrats de direction, notamment en cas d'abandonnement de ses biens par le débiteur, afin de mieux se répartir les fonds provenant des biens abandonnés et réduire les frais de la liquidation<sup>293</sup>. Il s'agissait de conventions privées qui prévoyaient l'organisation d'assemblées durant lesquelles les créanciers électionnaient des directeurs, généralement parmi les créanciers les plus qualifiés afin d'agir dans leur intérêt commun. Afin de faciliter la prise de décision entre l'ouverture de la direction et le paiement, le contrat de direction envisageait ainsi une clause permettant de passer outre l'opposition des créanciers minoritaires<sup>294</sup>.

En somme, le principe d'une volonté collective des créanciers exprimée par une décision s'imposant aux créanciers, parties au contrat de direction, et reposant sur un processus non pas unanime mais majoritaire existait déjà avant l'ordonnance de 1673. Cette dernière a simplement acté l'existence de ces assemblées et prévu quelques règles en cas d'opposition de minoritaires au sein des créanciers parties au contrat de direction<sup>295</sup>. Les créanciers se regroupaient donc encore de manière volontaire après l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 1673, toujours dans le but de réduire les frais de liquidation. L'ordonnance de 1673 a néanmoins permis, lorsque des créanciers refusaient de s'unir par un contrat de direction, que l'un d'eux puisse demander l'autorisation en justice de liquider les biens du débiteur pour le compte de tous les créanciers<sup>296</sup>. Pour le reste, à la veille de l'adoption du code de commerce, un auteur insistait encore sur le caractère consensuel du contrat de direction, autrement appelé contrat d'union<sup>297</sup>. En résumé, avant l'entrée en vigueur du code de commerce de 1807, l'organisation des créanciers, qui servira de modèle aux assemblées du code napoléonien, remplissait les conditions caractérisant l'existence d'une société.

**69. Le caractère obligatoire du groupement des créanciers dans le code de commerce de 1807.** Il reste à démontrer que le caractère obligatoire du groupement des créanciers, après l'entrée en vigueur du code de commerce de 1807, ne constitue pas un obstacle rendant

---

<sup>292</sup> J.-F. Brégi, « Quelques aspects du droit de la faillite d'après les arrêts notables du Parlement au pays de Provence », in *Procédures collectives et droit des affaires : morceaux choisis. Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 41.

<sup>293</sup> C. Dupouy, *Le droit des faillites en France avant le code de commerce*, LGDJ, 1960, p. 29 ; J. Hilaire, *op. cit.*, n° 199, p. 320.

<sup>294</sup> C. Dupouy, *op. cit.*, p. 30.

<sup>295</sup> Titre XI de l'Ordonnance de mars 1673, art. 5 à 8.

<sup>296</sup> C. Dupouy, *op. cit.*, p. 169.

<sup>297</sup> J.-L. Laurens, *Traité des faillites et banqueroutes*, Paris, chez l'auteur, 1806, p. 172.

impossible l'assimilation des deux groupements. L'absence de consentement des créanciers est un argument qui a parfois été avancé afin de contester l'octroi de la personnalité morale à la masse des créanciers<sup>298</sup>. Toutefois, un auteur a justifié le caractère obligatoire du groupement par des motifs d'intérêt général en rapprochant les règles régissant la masse des créanciers de celles applicables en droit maritime avec la contribution obligatoire pour avaries communes<sup>299</sup> ou les groupements forcés pour les syndicats de propriétaires<sup>300</sup>. Pour cet auteur, il s'agit bien de sociétés mais dont la constitution est forcée. Recourir à la notion de société apparaît alors pour lui comme une fiction juridique nécessaire<sup>301</sup>. La mise en perspective historique semble encore opportune car elle permet de relativiser la portée de la contrainte créée par la loi napoléonienne. En effet, loin de l'image de l'organisation collective comme réponse à la seule anarchie des poursuites tenant à l'absence de discipline naturelle des créanciers<sup>302</sup>, l'histoire du contrat de direction montre aussi que cette organisation collective a pu d'abord résulter de la volonté des créanciers. Partant, en rendant obligatoire cette création des créanciers, le législateur n'a peut-être pas tant cherché à sanctionner une indiscipline générale qu'à contraindre une minorité réfractaire à ce qui apparaissait en pratique comme la volonté de la majorité des créanciers conforme au bon fonctionnement de la procédure<sup>303</sup>. En somme, le législateur a œuvré à la « *satisfaction d'un besoin impérieux d'utilité commune* »<sup>304</sup>.

Cette volonté des créanciers de gérer en commun le droit de poursuite de leur débiteur permet plus généralement de restituer le rôle historique joué par les créanciers dans la collectivisation des procédures de faillite. L'idée selon laquelle, le législateur aurait dépossédé les créanciers de leurs prérogatives en raison du manque de confiance qu'il leur portait mériterait ainsi d'être nuancée. Dans ses développements sur la procédure de cession des biens avant l'ordonnance de 1673, M. Guillon montre que, si cette procédure permettait d'abord au débiteur d'échapper à la contrainte par corps, elle a incidemment contribué à faire triompher le principe d'égalité entre les créanciers. En effet, une fois que le débiteur avait demandé au juge l'application de la cession des biens, les créanciers prenaient le contrôle de la procédure afin de

---

<sup>298</sup> J. Léo Meller, *De la notion de créancier de la masse dans la faillite*, Rousseau et C<sup>ie</sup>, 1935, p. 66.

<sup>299</sup> H. Carrié, *De la masse des créanciers dans la faillite et la liquidation judiciaire*, th. Montpellier, 1926, p. 48.

<sup>300</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>301</sup> *Ibid.* ; ég en ce sens qui reprend à son compte l'argument de M. Carrié : A. Brunet, *Masse des créanciers et créanciers de la masse*, th. Nancy, 1973, n° 16, p. 15.

<sup>302</sup> F. Derrida, P. Godé, J.-P. Sortais, avec la collab. d'A. Honorat, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 1991, n° 521, p. 388 ; G. Gil, *op. cit.*, n° 585, p. 260.

<sup>303</sup> H. Carrié, *op. cit.*, p. 53.

<sup>304</sup> J. Percerou, avec la collab. de M. Desserteaux, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, t. 1, Rousseau et C<sup>ie</sup>, 2<sup>e</sup> éd., 1935, n° 86, p. 140 : « *Lorsque la satisfaction d'un besoin impérieux d'utilité commune exige l'union des intéressés, on comprend que la loi l'ordonne par voie d'autorité. C'est simplement là une manifestation de l'idée de solidarité.* » Évoquant également une « *association légale sans but lucratif* » (A. Wahl, *Précis théorique et pratique de droit commercial*, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1922, n° 2349, p. 857).

réaliser ces biens. La nécessité d'assurer une certaine coordination dans les opérations de réalisation a permis de poser les fondements des procédures collectives contemporaines<sup>305</sup>.

Il faut encore se demander si l'absence de recherche de bénéfice n'empêchait pas d'appliquer à la masse des créanciers la qualification de société au regard de sa définition alors en vigueur.

**70. L'absence de recherche d'un bénéfice.** La recherche d'une réduction des coûts de la poursuite était la motivation à l'origine du contrat de direction<sup>306</sup>. Partant, l'enjeu se résume au point de savoir s'il était possible de rapprocher le groupement des créanciers d'une société à une époque où l'article 1832 du code civil n'évoquait que le bénéfice et non l'économie qui pouvait résulter de la mise en commun des apports<sup>307</sup>. La question a été débattue lorsqu'il s'agissait de se prononcer sur la personnalité de la masse. D'aucuns y ont vu une difficulté de nature à contester l'assimilation de la masse à une société<sup>308</sup>. Toutefois, la plupart des auteurs considéraient que cet argument, à lui seul, n'était pas un obstacle dirimant<sup>309</sup>.

Du reste, il faut rappeler que le problème de qualification du groupement constitué dans le seul but de réaliser une économie n'est apparu qu'avec la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 *relative au contrat d'association* définissant celui-ci comme la « *convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun leurs connaissances ou leur activité dans un but autre que de partager des bénéfices* »<sup>310</sup>. Autrement dit, la difficulté résulte d'une loi qui est postérieure à la naissance du groupement des créanciers d'un débiteur en faillite. Dès lors que l'on admet la recherche d'économies comme une forme de bénéfice, l'apport de la comparaison historique entre le contrat de direction et le contrat de société est manifeste. Elle montre que l'intention qui animait les créanciers à l'origine de la pratique du contrat de direction, ancêtre de la masse des créanciers, était précisément la même que celle partagée par les associés d'une société.

Toutes ces considérations expliquent pourquoi la masse des créanciers pouvait être assimilée à une société malgré le caractère obligatoire du premier de ces groupements. Le lien

---

<sup>305</sup> A. Guillon, *Essai historique sur la législation française des faillites et banqueroutes avant 1673*, Société nouvelle de librairie et d'édition, 1903, p. 60 et s.

<sup>306</sup> C. Dupouy, *op. cit.*, p. 30 ; J. Hilaire, *op. cit.*, n° 199, p. 320.

<sup>307</sup> Ce dernier terme sera introduit par la Loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 *modifiant le titre IX du livre III du code civil* à la suite de la jurisprudence *Caisse rurale de Manigod* (Cass. ch. réunies, 11 mars 1914 ; DP 1914, 1, p. 257, note L. S).

<sup>308</sup> J. Léo Meller, *De la notion de créancier de la masse dans la faillite*, Rousseau et Cie, 1935, p. 65.

<sup>309</sup> En ce sens, v. E. Thaller, « Créanciers de la masse en faillite », *Rev. crit.* 1881, p. 635 ; H. Carrié, *De la masse des créanciers dans la faillite et la liquidation judiciaire*, th. Montpellier, 1926, p. 30 ; A. Brunet, *Masse des créanciers et créanciers de la masse*, th. Nancy, 1973, n° 15, p. 14.

<sup>310</sup> L. du 1<sup>er</sup> juillet 1901 *relative au contrat d'association*, art. 1.

qui unissait les créanciers au syndic présentait une dimension contractuelle qui expliquait les prérogatives reconnues aux créanciers pour intervenir dans la conduite de la procédure collective. Cependant, ces derniers en ont été progressivement dépossédés au point d'apparaître désormais comme des personnes dessaisies de leur capacité d'exercer leurs droits en raison d'une représentation judiciaire.

## II. Les retraits successifs des prérogatives contractuelles des créanciers par le législateur

### **71. Les prérogatives communes à la société et au groupement des créanciers en 1807.**

Les créanciers ont longtemps disposé de prérogatives similaires à celles d'associés mais celles-ci leur ont été progressivement retirées. Retracer cette dynamique historique montre que la désignation judiciaire du syndic a pu longtemps se marier avec une intervention des créanciers dans la conduite de la procédure.

Lorsque la société est constituée, et une fois immatriculée, seul son représentant a le pouvoir de l'engager<sup>311</sup>. Des prérogatives sont toutefois reconnues aux associés afin d'équilibrer leur relation avec celui qu'ils ont désigné pour diriger la société. Les associés peuvent choisir, révoquer et contrôler leur représentant. Ils disposent, en outre, d'un droit à l'information sur la conduite de la société qui leur permet d'exercer leurs droits politiques en assemblée générale sur les décisions les plus importantes<sup>312</sup>. De même, le code de commerce de 1807 habilitait le syndic définitif à agir pour la masse en cas d'union des créanciers<sup>313</sup>, c'est-à-dire afin de liquider les biens du débiteur en cas d'échec d'une tentative d'adoption d'un concordat. Tout au long de la procédure, les créanciers disposaient également de prérogatives assimilables à celles qui permettent aux associés d'intervenir dans la vie du groupement. Ces prérogatives leur ont été progressivement retirées au point que les créanciers apparaissent désormais comme des représentés dessaisis de l'exercice de leurs droits davantage que des mandants conservant un rôle dans la conduite de la procédure.

**72. La privation du choix du syndic.** À l'instar des associés, les créanciers ne peuvent pas définir l'étendue des pouvoirs de leur représentant à l'égard des tiers, cette définition étant

---

<sup>311</sup> Sans passer en revue la totalité des formes sociales, cela est le cas pour la société civile (C. civ., art. 1846), la SNC (C. com., art. L. 221-5), la SARL (L. 223-18), la SA (L. 225-56 et L. 225-64), la SAS (L. 227-6).

<sup>312</sup> Sans davantage de prétention à l'exhaustivité, ces droits sont reconnus aux associés de la société civile (C. civ., art. 1852 et 1853), de la SNC (C. com., art. L. 221-6), de la SARL (C. com., art. L. 223-18), de la SA (C. com., art. L. 225-96 et s.) et de la SAS (L. 227-9).

<sup>313</sup> C. com., art. 528, en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 1808.

imposée par la loi. Cependant, tout comme les associés, sous l'empire de l'ordonnance de 1673, les créanciers choisissaient directement leur représentant. L'adoption du premier code de commerce a quelque peu changé la donne. Le groupement obligatoire des créanciers est l'une des innovations majeures résultant de cette nouvelle législation. À l'ouverture de la procédure, ces derniers ne choisissaient plus leur représentant et le tribunal nommait, dans un premier temps, un ou plusieurs agents<sup>314</sup> qui géraient la faillite jusqu'à la nomination des syndics provisoires<sup>315</sup>. Une fois le bilan établi, les agents convoquaient les créanciers réunis en assemblée<sup>316</sup> au cours de laquelle les créanciers présentaient au juge-commissaire une liste du triple du nombre de syndics provisoires qu'ils estimaient devoir être nommés au sein de laquelle le tribunal faisait son choix<sup>317</sup>. En cas d'échec du concordat, le code de commerce indiquait que les créanciers passaient un contrat d'union puis procédaient à la désignation d'un syndic définitif<sup>318</sup>. Si les créanciers ne pouvaient pas désigner directement les agents et les syndics provisoires, ces innovations du code de 1807 n'avaient pas pour objectif de contester la possibilité pour les créanciers de s'organiser collectivement mais répondaient au fait que nombre des personnes qui se faisaient nommer syndic exerçaient leurs prérogatives de gestion uniquement lorsque leur intérêt était concerné<sup>319</sup>. Surtout, les rédacteurs du code de 1807 ont tenté de mettre un terme à la pratique selon laquelle certains créanciers ou prétendus créanciers parvenaient à nommer les syndics dans leur seul intérêt<sup>320</sup>. C'est pour cette raison, par ailleurs, que le code de 1807 a également prévu de soumettre l'action des agents et syndics au contrôle du juge-commissaire<sup>321</sup>.

La loi du 28 mai 1838 a modifié les règles de désignation des personnes chargées de la procédure sans parvenir à régler ce problème. Les agents ont été supprimés et le tribunal s'est vu confier le soin de nommer des syndics provisoires<sup>322</sup>. Si les créanciers étaient consultés, c'est au tribunal qu'il incombait désormais de confirmer ou de remplacer le syndic provisoire qui devenait ainsi syndic définitif<sup>323</sup>. De même, en cas d'union des créanciers, le tribunal procédait seulement à une consultation des créanciers avant de confirmer ou remplacer le

---

<sup>314</sup> C. com., art. 454, en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 1808.

<sup>315</sup> C. com., art. 459, en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 1808.

<sup>316</sup> C. com., art. 476, en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 1808.

<sup>317</sup> C. com., art. 480, en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 1808.

<sup>318</sup> C. com., art. 527, en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 1808.

<sup>319</sup> A.-C. Renouard, *Traité des faillites et banqueroutes*, t. 1, Guillaumin, 3<sup>e</sup> éd., 1857, n° 3, p. 438.

<sup>320</sup> Exposé des motifs du code de commerce de 1807, présenté au corps législatif, Librairie de l'Imprimerie Impériale, p. 43.

<sup>321</sup> C. Dupouy, *op. cit.*, p. 180.

<sup>322</sup> C. com., art. 462 en vigueur après la loi du 28 mai 1838.

<sup>323</sup> *Ibid.*



syndic<sup>324</sup>. C'est donc à compter de l'entrée en vigueur de cette loi que les créanciers ont perdu tout droit de nommer leur représentant. Toutefois, il faut ici aussi souligner que la suppression de cette prérogative répondait davantage à un impératif de sauvegarde des intérêts des créanciers que la désignation par vote rendait, de fait, difficile à garantir. En effet, la sélection des syndics conduisait, en pratique, à des abus graves dans la mesure où quelques créanciers, profitant de l'absence des autres créanciers, parvenaient à imposer leurs vues, et ce, parfois même en faveur du débiteur<sup>325</sup>. Lorsque l'on évoque l'indiscipline des créanciers, il faut alors comprendre que l'objectif était principalement de combattre le comportement d'une minorité agissant contre l'intérêt commun des créanciers.

D'ailleurs, l'article 527 disposait, sous l'empire du code de commerce de 1807, qu'en l'absence de traité les créanciers devaient former un contrat d'union. En raison de cette référence à un groupement de nature contractuel, aucune solution n'existait en l'absence d'accord sur le concordat ou de formation d'un contrat d'union<sup>326</sup>. C'est pourquoi le législateur a modifié l'article 529 en précisant que les créanciers étaient désormais réunis « *de plein droit en état d'union* ». En somme, ces modifications témoignent d'une volonté de renforcer la défense d'un intérêt partagé par les créanciers mais que la seule organisation contractuelle ne suffisait pas à assurer.

Enfin, si les créanciers n'ont jamais eu la possibilité de révoquer directement le syndic sous l'empire du code de commerce de 1807, ils avaient et gardent aujourd'hui encore le droit de demander au juge-commissaire de saisir le tribunal aux fins de remplacer le mandataire judiciaire<sup>327</sup>. Cette seule prérogative qui leur reste, s'agissant de la désignation du mandataire judiciaire, n'est pas contraignante pour le juge. L'évolution du droit de vote dans les assemblées illustre aussi le rétrécissement progressif des prérogatives des créanciers.

**73. La suppression du droit de vote.** Les créanciers étaient jadis fréquemment appelés à se réunir en masse afin de voter sur la conduite de la procédure collective. Parmi les décisions à prendre, ils devaient accepter la proposition de concordat que le tribunal n'avait aucunement le droit de modifier. La doctrine pouvait, de ce fait, comparer la masse à une assemblée générale d'associés, à l'instar de M. Percerou qui affirmait que « *De même que la société anonyme a des*

---

<sup>324</sup> C. com., art. 529 en vigueur après la loi du 28 mai 1838.

<sup>325</sup> A.-C. Renouard, *Traité des faillites et banqueroutes*, t. 1, Guillaumin, 3<sup>e</sup> éd., 1857, n° 2, p. 446.

<sup>326</sup> A.-C. Renouard, *Traité des faillites et banqueroutes*, t. 2, Guillaumin, 3<sup>e</sup> éd., 1857, n° 1, p. 125.

<sup>327</sup> C. com., art. L. 621-7, al. 4, l'article 18 de l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 leur reconnaissant également le droit de solliciter le remplacement de l'administrateur judiciaire.

*assemblées d'actionnaires, la masse est pourvue d'assemblées de créanciers* »<sup>328</sup>. D'aucuns poursuivaient le rapprochement en percevant dans le conseil d'administration et le syndic des organes exécutifs et dans le commissaire aux comptes et le contrôleur des organes de surveillance<sup>329</sup>. Les consultations de la masse étaient la manifestation d'un droit général d'expression des créanciers, inscrite dans ce que MM. Argenson et Toujas nommaient « *la tradition démocratique de la procédure collective* »<sup>330</sup> et pour qui la masse rendait possible l'expression des créanciers<sup>331</sup>.

Selon ces auteurs, « *le décret du 8 août 1935 a marqué le commencement de la décadence des assemblées des créanciers. La législation actuelle (ndlr : celle de 1967) les a toutes supprimées à l'exception de l'assemblée qui autorise les poursuites en banqueroute et de l'assemblée concordataire en matière de règlement judiciaire. Dernier vestige du caractère démocratique des procédures de concours* »<sup>332</sup>. Dans le tableau qu'ils dressent de l'évolution historique de la consultation des créanciers, MM. Argenson et Toujas parviennent au constat selon lequel, à la veille de la législation de 1967, le droit d'expression des créanciers était totalement brimé durant la phase préparatoire pour n'être rouvert qu'afin de prendre les décisions sur le sort du débiteur<sup>333</sup>. La possibilité pour les créanciers de s'exprimer est ainsi marquée par une série de reculs successifs dépossédant au fur et à mesure les créanciers de la conduite de la procédure. En 1967, les créanciers bénéficiaient encore de prérogatives résiduelles comme l'autorisation de poursuivre des infractions de banqueroute et des délits assimilés, l'article 137 de la loi du 13 juillet 1967 disposant que « *le syndic ne peut agir au nom de la masse qu'après y avoir été autorisé par une délibération prise par les créanciers réunis en assemblée, à la majorité des créanciers présents* ». Cependant, le coup de grâce a été porté au droit de voter sur les décisions les plus importantes par la réforme du 25 janvier 1985 qui confie au tribunal la charge de décider de l'issue de la procédure.

En somme, si les créanciers avaient initialement un accès général à l'information sur le déroulement de la procédure dans le cadre des assemblées, ils n'en sont plus aujourd'hui destinataires par principe. Seul le créancier contrôleur peut prendre connaissance des

---

<sup>328</sup> J. Percerou, avec la collab. de M. Desserteaux, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, t. 2, Rousseau et Cie, 2<sup>e</sup> éd., 1937, n° 1148, p. 593.

<sup>329</sup> J. Léo Meller, *op. cit.*, p. 64.

<sup>330</sup> J. Argenson et G. Toujas, *Règlement judiciaire, liquidations de biens et faillite*, Librairies techniques, 4<sup>e</sup> éd., 1973, n° 316, p. 299.

<sup>331</sup> Cette idée évoque encore aujourd'hui les pouvoirs de l'assemblée générale des associés qui est le lieu qui permet à ces derniers d'exprimer leur point de vue. En ce sens, v. P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, Lextenso, 9<sup>e</sup> éd., 2022, n° 847, p. 618.

<sup>332</sup> J. Argenson et G. Toujas, *op.cit.*, n° 314, p. 297.

<sup>333</sup> *Ibid.*, n° 316, p. 302.

documents transmis aux mandataires de justice<sup>334</sup>. S'agissant du droit de vote et d'information des créanciers, le retrait de leurs prérogatives est donc étranger à toute idée de protection et rentrait dans une volonté d'écarter les créanciers de la conduite de la procédure dont les objectifs commençaient à changer. Dès lors que les créanciers ne peuvent plus choisir ni leur représentant ni voter pour les décisions importantes, leur situation tend immanquablement vers celle que l'on trouve parmi les autres exemples de représentation de source judiciaire.

Il restait toutefois une prérogative que la loi du 25 janvier 1985 n'avait pas expressément retirée aux créanciers, à savoir le droit d'exercer une action dite *ut singuli*. Il faut alors expliquer pourquoi elle a aussi disparu à la suite de cette réforme.

§ 2 : La disparition de l'action dite *ut singuli* à la suite de la réforme du 25 janvier 1985

**74. Plan du paragraphe.** Si la représentation judiciaire est une réponse à une crise de pouvoir, il semble difficile de reconnaître au représenté le pouvoir de contrôler son représentant. Au contraire, dans le cas d'une représentation contractuelle, le représenté peut remettre en cause les choix de son représentant en le révoquant<sup>335</sup> ou en lui demandant de répondre des fautes qu'il commet dans sa gestion<sup>336</sup>. Il faut ainsi souligner le fait que, pour la doctrine antérieure à la loi du 25 janvier 1985, si le syndic était un mandataire de nature particulière, dans la mesure où il tirait son mandat du tribunal, sa « *responsabilité [était] régie par les règles générales du mandat, et spécialement par l'article 1992 du Code civil. (...) Comme tout mandataire, le syndic [était] responsable de sa gestion vis-à-vis de ses mandants, c'est-à-dire vis-à-vis tant du failli lui-même, que vis-à-vis de la masse.* »<sup>337</sup>

L'étude historique de la constitution de la masse a montré l'origine contractuelle de ce groupement. Partant, il semble logique que les créanciers aient pu longtemps exercer une forme de contrôle sur le syndic. Pourtant, ils avaient été privés dès la loi du 28 mai 1838 de la possibilité de choisir leur syndic et n'ont jamais eu le droit de révoquer le syndic, contrairement à ce que le droit du mandat ou des sociétés permet. L'idée selon laquelle les créanciers pouvaient surveiller l'action du syndic demeure fondée s'il est admis que le contrôle du

---

<sup>334</sup> C. com., art. L. 621-11. Les créanciers peuvent toutefois demander au mandataire judiciaire d'être tenus informés par celui-ci des étapes essentielles de la procédure au fur et à mesure du déroulement de celle-ci (C. com., art. R. 621-19).

<sup>335</sup> C. civ., art. 2003.

<sup>336</sup> C. civ., art. 1992.

<sup>337</sup> J. Percerou, avec la collab. de M. Desserteaux, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, t. 2, Rousseau et C<sup>ie</sup>, 2<sup>e</sup> éd., 1937, n<sup>o</sup> 1100, p. 538.

représentant ne se limite pas nécessairement à la possibilité de le nommer et le révoquer<sup>338</sup>. L'exercice d'une action *ut singuli* par un membre d'une collectivité, en cas de carence de la personne chargée de défendre l'intérêt de ladite collectivité, peut jouer précisément cette fonction de contrôle. À cet égard, si les deux actions ne suivent pas exactement le même régime, l'action sociale *ut singuli* exercée par un associé à l'encontre du dirigeant peut être rapprochée de l'ancienne action dite *ut singuli* des créanciers en cas de carence du syndic. Les deux actions ne visent certes pas exactement les mêmes personnes. La première tend à engager la responsabilité civile du dirigeant<sup>339</sup>. La seconde permettait non pas d'engager la responsabilité du syndic, mais d'exercer les actions que ce dernier s'abstenait de mettre en œuvre afin de demander, en particulier, la réparation de la part personnelle du préjudice subi collectivement par les créanciers au tiers qui a contribué aux difficultés du débiteur.

En revanche, les deux actions ont en commun d'autoriser les membres du groupement à pallier l'inaction du représentant et constituent de ce fait un moyen de contrôler son action. L'existence d'un lien contractuel qui unit les membres d'un groupement à la personne chargée de défendre l'intérêt de ce dernier justifie ainsi l'ouverture d'une action *ut singuli* (I). Or, contrairement au retrait progressif des autres prérogatives des créanciers, la loi du 25 janvier 1985 n'a pas privé expressément les créanciers du droit d'exercer cette action dite *ut singuli*. L'idée de représentation judiciaire ne suffit donc pas à expliquer la solution retenue dans l'arrêt *Cousin Lafférière* et le strict monopole qui en découle pour le mandataire judiciaire (II).

I. Les traits communs à l'action sociale *ut singuli* et à l'ancienne action dite *ut singuli* des créanciers dans la masse

**75. L'action *ut singuli* en droit des sociétés.** Le rapprochement entre l'action sociale *ut singuli* et l'ancienne action dite *ut singuli* des créanciers dans la masse s'entend si l'on souscrit à l'idée selon laquelle l'action sociale *ut singuli* a toujours constitué un mécanisme de nature contractuelle. C'est le sens de la thèse de M. Pagnucco<sup>340</sup>. Afin de démontrer cette idée, l'auteur

---

<sup>338</sup> La loi du 28 mai 1838 avait néanmoins donné expressément le droit à chaque créancier de demander la révocation du syndic au juge-commissaire et, en l'absence de réponse de ce dernier dans les huit jours, au tribunal (C. com., art. 467 en vigueur après la loi du 28 mai 1838).

<sup>339</sup> La Cour de cassation a cependant jugé recevable l'action sociale *ut singuli* exercée contre le complice du dirigeant. V. Cass. crim., 28 janv. 2004, n° 02-87.585, *Bull. crim.*, n° 18, p. 62 ; *D.* 2004, p. 1447, note H. Matsopoulou ; *Rev. sociétés* 2004, p. 405, note B. Bouloc ; *Dr. sociétés* mai 2004, p. 33, R. Salomon ; *RTD civ.* 2004, p. 298, obs. P. Jourdain.

<sup>340</sup> J.-C. Pagnucco, *L'action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements*, préf. F. Deboissy, LGDJ, 2006.

commence par s'appuyer sur l'apport de la théorie de la réalité technique de la personne morale à la compréhension du fonctionnement sociétaire. Selon lui, cette théorie synthétise les apports des théories de la fiction<sup>341</sup> et de la réalité<sup>342</sup> : « À l'instar des partisans de la théorie de la fiction, cette thèse confirme que l'attribution de la personnalité morale reste en toute hypothèse de l'office du législateur ou de la démarche interprétative de la jurisprudence (...) Mais à l'instar des partisans des diverses conceptions réalistes, cette approche concourt à la mise en évidence de critères préalables à une possible personnification du groupement. »<sup>343</sup> Cette analyse moderne de la technique de la personnalité morale permettrait de saisir la portée réelle de la personnification du groupement, qui n'est qu'une « technique juridique dont la reconnaissance, au terme de l'accomplissement de mesures de publicité, ne garantit, à proprement parler, que l'opposabilité erga omnes des énonciations de son acte constitutif »<sup>344</sup>. C'est donc le contenu de l'acte constitutif de la société qui détermine selon lui les liens unissant les membres du groupement, et singulièrement les associés au dirigeant.

Appliquant l'analyse, développée notamment par M. Roujou de Boubée<sup>345</sup>, de l'acte constitutif du groupement comme des actes unilatéraux collectifs<sup>346</sup>, l'auteur estime que « Par la conclusion de cet acte fondateur, concrétisant en cette hypothèse l'union de volontés tendant vers la réalisation d'un même but, les membres du groupement conviennent d'affecter un certain nombre de moyens ou de déployer une certaine activité afin de permettre la réalisation de ce but commun. En contrepartie, chaque membre dispose de droits et d'obligations, qui le placent, à l'égard du groupement, dans une situation contractuelle ». Puis, s'appuyant sur la théorie des actes conjonctifs, développée notamment par M. Cabrillac<sup>347</sup>, M. Pagnucco en déduit que les relations entre les membres sont également de nature contractuelle<sup>348</sup>. Le fait que la conjonction d'actes unilatéraux tende au même but, à savoir la mise en commun de ressources

---

<sup>341</sup> Selon laquelle la personnalité ne peut résulter que de la volonté du législateur mais à laquelle il est reproché de ne pouvoir « qu'expliquer la manière par laquelle [la personnalité morale] est attribuée, sans mettre en lumière les raisons qui justifient cette faveur » : *ibid.*, n° 143, p. 87. Autrement dit, la théorie de la fiction aurait l'inconvénient manifeste de ne donner « aucune indication quant aux éléments devant servir de support à la personnalité morale » : G. Wicker, *Les fictions juridiques*, préf. J. Amiel-Donat, LGDJ, 1997, n° 210, p. 202.

<sup>342</sup> Selon laquelle il faut reconnaître la personnalité morale à tout groupement doté d'une volonté propre. Si l'idée a été démentie par le droit positif, cette théorie a le mérite de poser les critères permettant d'attribution de la personnalité morale (J. Pagnucco, *op. cit.*, n° 138, p. 89).

<sup>343</sup> J.-C. Pagnucco, *op. cit.*, n° 143, p. 91.

<sup>344</sup> *Ibid.*, n° 277, p. 156. En ce sens ég., G. Wicker, « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit », in *Études à la mémoire du professeur Oppetit*, LexisNexis, 2009, n° 22, p. 703.

<sup>345</sup> G. Roujou de Boubée, *Essai sur l'acte juridique collectif*, préf. G. Marty, LGDJ, 1961.

<sup>346</sup> Autrement dit, la société serait constituée par une pluralité d'actes unilatéraux ayant une finalité commune.

<sup>347</sup> C'est-à-dire un « acte juridique dans lequel plusieurs personnes sont réunies, lors de sa formation ou postérieurement, au sein d'une même partie, c'est-à-dire par un même intérêt, défini par rapport à l'objet de l'acte. » (R. Cabrillac, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, préf. P. Catala, LGDJ, 1990)

<sup>348</sup> J.-C. Pagnucco, *op. cit.*, n° 277, p. 156.

pour constituer une société, le conduit à affirmer qu'aucune altérité n'existe entre le groupement et la collectivité des membres le constituant. En découle, selon lui, une unicité nécessaire entre intérêt commun et intérêt social, cette unicité lui permettant alors de soutenir que les organes de la société mettent en œuvre les droits des membres du groupement. De tout cela, l'auteur parvient à la conclusion selon laquelle les organes de la société exercent un pouvoir de représentation de nature contractuelle<sup>349</sup>.

L'auteur lève à cette occasion une confusion portant sur l'expression « *représentation légale* » à propos de laquelle plusieurs situations doivent être distinguées selon lui. Lorsque la loi investit de façon impérative une personne chargée de veiller aux intérêts d'un incapable, par exemple le mineur représenté par ses parents<sup>350</sup>, la représentation légale désigne bien la source du pouvoir de représentation<sup>351</sup>. En revanche, dire d'un dirigeant social qu'il est représentant légal ne signifie pas qu'il reçoit ses prérogatives de la loi. En effet, si le législateur « *détermine précisément certains aspects de la mission du mandataire social, [il] n'interfère en rien dans le choix de ce dernier, qui revient en toute hypothèse à la collectivité des associés* », ce qui permet à l'auteur d'affirmer que le dirigeant est bien un mandataire au sens du droit contractuel<sup>352</sup>. La conclusion de cette démonstration réside dans l'affirmation selon laquelle l'action sociale exercée *ut singuli* doit être vue comme une action en responsabilité contractuelle exercée dans l'intérêt commun de tous les mandants<sup>353</sup>.

**76. L'action dite *ut singuli* en droit des procédures collectives.** Il semble possible de rapprocher ce raisonnement de la situation du syndic avant la loi du 25 janvier 1985. À la suite de l'arrêt *Laroche*, la question s'était posée de savoir si les créanciers conservaient leur action individuelle afin de demander au tiers qui avait contribué aux difficultés du débiteur la réparation du préjudice subi. Dans un arrêt du 25 mai 1981, la Chambre commerciale avait jugé que les créanciers étaient recevables à poursuivre individuellement le tiers « *dès lors que le syndic n'exerce pas l'action qu'il tient des pouvoirs que lui confère la loi pour réclamer audit tiers des dommages-intérêts à raison du préjudice subi par la masse et découlant de la diminution de l'actif ou de l'aggravation du passif* »<sup>354</sup>. Autrement dit, seule l'inaction du syndic autorisait désormais le créancier à agir individuellement, ce que la haute juridiction avait

---

<sup>349</sup> *Ibid.*

<sup>350</sup> C. civ., art. 388-1-1.

<sup>351</sup> J.-C. Pagnucco, *op. cit.*, n° 234, p. 133.

<sup>352</sup> *Ibid.*, n° 235, p. 134.

<sup>353</sup> *Ibid.*, n° 277, p. 156.

<sup>354</sup> Cass. com., 25 mai 1981, n° 79-14.760, *Bull. civ. IV*, n° 42 ; *D.* 1981, jur., p. 644, note F. Derrida et J.-P. Sortais.

confirmé en précisant que les créanciers, en cas d'intervention du syndic, pouvaient seulement maintenir leur action tendant à la réparation d'un préjudice distinct<sup>355</sup>. Surtout, lorsque le créancier agissait à titre individuel afin de demander réparation de sa part dans le préjudice de la masse, la Cour de cassation avait jugé qu'il n'y avait pas lieu de rechercher si la créance était antérieure ou postérieure à la faute de la banque<sup>356</sup>. Ainsi, l'action individuelle avait été ouverte à tous les créanciers de la masse, y compris ceux qui n'auraient pas eu le droit d'agir avant l'arrêt *Laroche*. En d'autres termes, la Cour de cassation avait reconnu, à tous les créanciers, le droit d'exercer une action dite *ut singuli* afin de pallier l'inaction du syndic<sup>357</sup>.

**77. Rapprochement entre les deux types d'action *ut singuli*.** L'action dite *ut singuli* des créanciers peut être appréhendée de manière similaire à la démarche de M. Pagnucco appliquée à l'action sociale *ut singuli*. Les créanciers, contraints de renoncer à une action individuelle contre le débiteur, partagent un intérêt commun consistant à obtenir le paiement de leurs créances. Afin de réaliser cet objectif, un représentant est nommé. À l'instar du dirigeant social, son pouvoir est précisément déterminé par la loi. Cette seule précision ne permet pas de trancher la nature de cette habilitation à agir. Avant le code de commerce de 1807, les créanciers désignaient directement le syndic définitif, ce qui permettait de suggérer la nature contractuelle de la représentation des créanciers. Toutefois, comme cela a été dit, cette prérogative leur a été définitivement retirée en 1838 et c'est au juge qu'il revint de choisir le représentant des créanciers. Cette réforme a marqué le début du passage d'une représentation de source contractuelle à une représentation de source judiciaire. Ce basculement a été renforcé par la perte des droits politiques à l'information des créanciers.

Néanmoins, il est particulièrement frappant que la possibilité d'une action *ut singuli* ait été reconnue à la suite de la collectivisation, tardive, du préjudice subi par la faute du tiers lui-

---

<sup>355</sup> Cass. com., 15 juin 1983, n° 81-16.275, *Bull. civ. IV*, n° 177 ; *D.* 1984, somm., p. 11, obs. F. Derrida ; *ibid.*, p. 56, obs. A. Honorat.

<sup>356</sup> Cass. com., 24 nov. 1983, n° 82-10.897, *Bull. civ. IV*, n° 324 ; *RTD com.* 1984, p. 499, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié.

<sup>357</sup> Une différence importante existait toutefois en comparaison avec l'action sociale *ut singuli* dans la mesure où les créanciers ne pouvaient obtenir que la fraction personnelle du préjudice collectif dont ils conservaient, en plus, le produit (Cass. com., 27 juin 1989, n° 87-17.272, *Bull. civ. IV*, n° 204, p. 135 ; *Rev. Huissiers* 1990, p. 454, obs. R. Martin). Néanmoins, le fait que le créancier ne puisse agir qu'en cas d'abstention du syndic et qu'il n'ait besoin que de prouver le lien entre le préjudice collectif et la faute permet de souligner la proximité des deux actions. Les conditions pour exercer l'action restent similaires en dépit de la différence d'affectation de leurs fruits.

Du reste, l'action sociale *ut singuli* suivait la même affectation individuelle avant la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 *sur les sociétés commerciales*, ce qui rappelle que cette action a pu aussi profiter directement aux membres de la collectivité.

Par ailleurs, l'ancien article 13 de la loi du 13 juillet 1967 disposait que seul le syndic agissait au nom de la masse, ce qui peut expliquer l'impossibilité d'affecter le produit de l'action à la masse. *Contra* : M. Staes considère qu'il s'agit bien d'une action individuelle mais dont le régime est hybride avec celui d'une action *ut singuli* (O. Staes, *Procédures collectives et droit judiciaire privé*, th. Toulouse, 1995, n° 348, p. 332).

même créancier dans la masse. Si toute dimension contractuelle de l'action du syndic avait disparu, il semble que la Cour de cassation n'aurait pas admis une telle action, alors même que les créanciers avaient déjà été privés de nombre de leurs prérogatives. Il ne s'agissait certes pas d'une action en responsabilité contractuelle comme l'action sociale *ut singuli* peut être interprétée mais le fait que les créanciers seuls pussent tout de même agir révélait le maintien résiduel d'une prérogative liée au lien de nature contractuelle unissant le syndic et les créanciers jusqu'à l'adoption de la loi du 25 janvier 1985. Si la survivance de l'action *ut singuli* a pu être discutée un temps, plus aucun doute ne peut exister depuis l'arrêt de la Cour de cassation en date du 3 juin 1997 affirmant le monopole du mandataire judiciaire pour agir dans l'intérêt collectif des créanciers<sup>358</sup>.

Pourtant, l'article 13 de la loi du 13 juillet 1967 disposait déjà que seul le syndic représentait et pouvait agir dans l'intérêt de la masse. La solution aurait donc pu être reconduite sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985 puisque celle-ci n'a pas retiré expressément aux créanciers l'exercice de cette prérogative. La notion de représentation judiciaire semble, de ce fait, insuffisante à expliquer la disparition de l'action dite *ut singuli* après la réforme.

## II. Les insuffisances des explications du monopole par la notion de représentation judiciaire

**78. Les limites de l'explication tenant à la suppression de la masse.** Contrairement à ce qu'elle jugeait sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, la Cour de cassation a affirmé dans l'affaire *Cousin Lafférière* que « *seul le représentant des créanciers, dont les attributions sont ensuite dévolues au liquidateur, a qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers ; qu'il en résulte qu'un associé ou un créancier ne sont pas recevables à agir au nom des créanciers* ». Si la portée de la décision a pu, un temps, paraître incertaine, la Cour de cassation a levé toute ambiguïté dans son rapport annuel en affirmant avoir consacré à cette occasion un monopole en faveur du mandataire judiciaire et fermé, de ce fait, l'exercice de l'action dite *ut singuli* aux créanciers<sup>359</sup>. Une partie de la doctrine a justifié la solution en raison de la disparition de la masse des créanciers décidée par la loi du 25 janvier 1985, l'absence de

---

<sup>358</sup> Cass. com., 3 juin 1997, n° 95-15.681, *Bull.* IV, n° 163, p. 146 ; *D.* 1997, jur., p. 518, note F. Derrida ; *JCP E* 1997, II, 988, note M. Béhar-Touchais ; *LPA* 28 nov. 1997, p. 29, note F. Derrida ; *ibid.* 30 janv. 1998, p. 22, note G.-A. Likillimba ; *RD bancaire et fin.* 1997, p. 175, obs. M.-J. Campana et J.-M. Calendini.

<sup>359</sup> *Rapport annuel de la Cour de cassation pour l'année 1997*, La documentation française, 1998, p. 231.



patrimoine propre pour recevoir l'action condamnant, selon certains auteurs, la possibilité d'exercer l'action<sup>360</sup>.

Cette explication n'est pas nécessairement convaincante. Ainsi, à l'instar de M. Cabrillac, on peut ne pas « adhérer au postulat d'un lien nécessaire entre la personnalité morale et l'action *ut singuli*. Dès lors, en effet, que l'on est en présence d'une action collective, même si elle n'est pas l'apanage d'une personne morale ouvertement reconnue, il est très concevable que cette action puisse être exercée *ut singuli*. »<sup>361</sup> Les développements précédents sur la nature contractuelle de l'action sociale plaident en ce sens. Au début de sa démonstration, M. Pagnucco insiste sur le fait que la personnalité morale est une technique qui ne garantit que l'opposabilité *erga omnes* des énonciations de l'acte constitutif du groupement. Par conséquent, c'est bien le contenu de cet acte constitutif qui détermine les liens unissant les membres du groupement. Si l'on adhère à ce raisonnement, la disparition de la personnalité morale de la masse ne pose en soi aucune difficulté. S'agissant des créanciers, on a vu qu'il n'existe pas d'acte constitutif car le groupement est un effet de l'ouverture de la procédure et la publicité de celle-ci assure déjà l'opposabilité de la mission du mandataire judiciaire aux tiers<sup>362</sup>.

La mise en perspective historique permet à nouveau de souligner le rapprochement entre le groupement des associés et celui des créanciers. Des auteurs qui réfléchissaient sur la nature de la masse soulignaient ainsi l'existence d'une communauté d'intérêts qui devait être régie par le syndic au nom des créanciers<sup>363</sup>. Par-delà la question de la personnalité morale, ils insistaient sur le fait que le patrimoine de la masse, comme celui de la société, était un patrimoine grevé « d'une destination spéciale et bien déterminée » ce qui implique que le syndic, représentant des créanciers, devait agir en ce sens<sup>364</sup>. Dans cette perspective historique, rien ne semble s'opposer à la reconnaissance d'une action *ut singuli* pour les créanciers et la suppression de la masse dotée de la personnalité morale ne paraît pas être un obstacle infranchissable.

---

<sup>360</sup> En ce sens, F. Derrida, note sous Cass. com., 3 juin 1997, n° 95-15.681, *D.* 1997, jur., n° 6, p. 519 ; G.-A. Likillimba, note sous décision préc., *LPA* 30 janv. 1998, n° 9, p. 24.

<sup>361</sup> M. Cabrillac, « L'impertinente réapparition d'un condamné à mort ou la métépsychose de la masse des créanciers », in *Propos impertinents de droit des affaires : mélanges en l'honneur de Christian Gavalda*, Dalloz, 2001, n° 10, p. 74.

<sup>362</sup> C. com., art. R. 621-8, al. 3 : « Un avis du jugement est adressé pour insertion au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales. Cette insertion (...) précise également le nom et l'adresse du mandataire judiciaire et de l'administrateur s'il en a été désigné avec, dans ce cas, l'indication des pouvoirs qui lui sont conférés. »

<sup>363</sup> J. Bédarride, *Traité des faillites et banqueroutes, ou Commentaire de la loi du 28 mai 1838*, t. 2, Durand, 1862, n° 753, p. 368.

<sup>364</sup> E. Gombeaux, « Les créanciers de la masse en faillite », *Ann. dr. com.* 1907, p. 421.

La disparition de la masse, personne morale, peut même apparaître comme un argument renforçant l'existence d'une action *ut singuli* des créanciers. En effet, antérieurement à la solution adoptée le 25 janvier 1981, la première chambre civile avait rejeté l'action *ut singuli* intentée par le membre d'une association, jugeant que « *sauf exception prévue par la loi, seules les personnes habilitées à représenter une personne morale peuvent intenter une action en justice au nom de celle-ci* »<sup>365</sup>, ou par un membre d'une société civile immobilière contre les héritiers du gérant<sup>366</sup>. En l'absence d'un fondement analogue à celui du droit des sociétés commerciales, l'arrêt du 25 janvier 1981, qui reconnaissait une action *ut singuli* aux créanciers, avait été perçu comme une position divergente injustifiée de la part de la chambre commerciale<sup>367</sup>. Toutefois, après la disparition de la masse, l'exigence d'une reconnaissance textuelle de l'action *ut singuli*, posée par la solution de la première chambre civile, n'a plus lieu de s'appliquer aux créanciers dans la mesure où il n'existe plus de personne morale.

Dès lors, la décision de la Cour de cassation peut surtout apparaître comme « *un choix de politique juridique* »<sup>368</sup>. Ce choix aurait été celui de freiner les initiatives individuelles des créanciers en les empêchant de concurrencer le mandataire judiciaire<sup>369</sup>. Le choix de la Cour de cassation se comprend dans la mesure où l'action dite *ut singuli* qui était reconnue aux créanciers leur permettait de récupérer la fraction individuelle du préjudice, ce qui pouvait paraître incompatible avec la nouvelle orientation des procédures collectives en faveur de l'entreprise telle qu'elle résultait de la loi du 25 janvier 1985<sup>370</sup>. En quelque sorte, la Cour de cassation était bloquée par sa propre décision précitée du 27 juin 1989 qui avait calqué l'action dite *ut singuli* des créanciers sur le régime de l'ancienne action sociale *ut singuli*, antérieure à la loi du 24 juillet 1966, au lieu d'affecter le résultat de l'action à la masse comme l'avaient suggéré certains auteurs<sup>371</sup>.

**79. Le rejet de l'explication du monopole fondée sur la notion de représentation judiciaire.** Il apparaît que la suppression de la masse n'est pas une explication technique suffisante pour justifier la disparition de l'action dite *ut singuli* des créanciers et l'avènement

<sup>365</sup> Cass. 1<sup>o</sup> civ., 13 févr. 1979, n<sup>o</sup> 77-15.851, *Bull. civ. I*, n<sup>o</sup> 57, p. 47 ; *D.* 1981, jur., p. 205, note P. Alaphilippe.

<sup>366</sup> Cass. 1<sup>o</sup> civ., 30 janv. 1980, n<sup>o</sup> 78-14.577, Inédit ; *RTD com.* 1981, p. 91, n<sup>o</sup> 3, obs. E. Alfandari et M. Jeantin.

<sup>367</sup> G. Potiron, *Les actions de masse dans les procédures d'exécution collective*, th. Grenoble, 1983, p. 167.

<sup>368</sup> M. Sénéchal, *L'effet réel des procédures collectives, essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, préf. M.-H. Monsérié-Bon, Litec, 2002, n<sup>o</sup> 696, p. 754.

<sup>369</sup> En ce sens, v. G.-A. Likillimba, note sous Cass. com., 3 juin 1997, n<sup>o</sup> 95-15.681, *LPA* 30 janv. 1998, n<sup>o</sup> 8, p. 24 ; M. Sénéchal, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 696, p. 754 ; M. Cabrillac, « L'impertinente réapparition d'un condamné à mort ou la métépsychose de la masse des créanciers », in *Propos impertinents de droit des affaires : mélanges en l'honneur de Christian Gavalda*, Dalloz, 2001, n<sup>o</sup> 10, p. 74.

<sup>370</sup> O. Staes, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 366, p. 246.

<sup>371</sup> F. Derrida et J.-P. Sortais, note sous Cass. com., 25 mai 1981, n<sup>o</sup> 79-14.760, *D.* 1981, jur., n<sup>o</sup> 13, p. 649.

du monopole du mandataire judiciaire. Autrement dit, la scission des fonctions de syndic donnant naissance au nouveau représentant des créanciers ne lève en rien l'ambiguïté portant sur la nature de la représentation des créanciers. Le mouvement de recul des droits des créanciers tend assurément à rapprocher leur représentation d'une représentation judiciaire classique. Toutefois, leur réunion au sein d'un groupement, personnifié ou non, laisse subsister en principe des prérogatives incompatibles avec l'idée de dessaisissement véhiculée par l'article 1159 du code civil. La distinction entre représentation judiciaire ou légale d'un côté et conventionnelle de l'autre s'applique donc difficilement au groupement des créanciers. En effet, comme cela a été souligné, l'instauration de la représentation légale de la société par la loi introduisant la SARL en droit français répondait au besoin qui s'est fait ressentir de clarifier et figer l'organisation de la direction de la société vis-à-vis des tiers<sup>372</sup>. Cela n'empêche aucunement les associés de choisir et révoquer les dirigeants de la société et le cas échéant d'engager leur responsabilité sur un fondement contractuel en cas de non-respect de leur mandat.

Il semble également difficile de faire abstraction de l'organisation originelle des créanciers et nier que la mission du mandataire judiciaire conserve aujourd'hui encore les traces historiques de la nature contractuelle du groupement des créanciers. Ainsi, le fait que le mandataire judiciaire soit désigné et révoqué par une décision de justice ne devrait pas empêcher en soi les créanciers d'exercer certaines prérogatives lorsque leur représentant est défaillant. Dans une société, comme dans le groupement des créanciers, les membres du groupement ne sont pas dessaisis de leurs prérogatives mais mettent en commun des moyens et reçoivent en contrepartie des droits. C'est cette contrepartie qui justifie la possibilité de contrôler la personne habilitée à agir au nom du groupement et le cas échéant de permettre aux membres du groupement d'agir au nom du groupement en cas de carence du représentant. Il s'agit ici d'un mécanisme qui répond fondamentalement à une logique contractuelle. Le fondement de cette prérogative de contrôle est donc difficilement soluble dans la logique de dessaisissement au sens de l'article 1159 du code civil<sup>373</sup>.

---

<sup>372</sup> P. Didier, « Les origines de la représentation légale de la société », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis, LGDJ, 2015, n° 18, p. 280. V. ég. : B. Fages, « La représentation en droit des groupements », in (dir.) G. Wicker, R. Schulze et D. Mazeau, *La représentation en droit privé. 6<sup>e</sup> journées franco-allemandes*, Société de législation comparée, 2016, p. 125.

<sup>373</sup> D'une certaine manière, il serait possible de rapprocher la situation des créanciers de celle des actionnaires détenteurs d'une action de préférence sans droit de vote, prévue à l'article L. 228-11 du code de commerce. En effet, cet actionnaire n'est pas empêché d'exercer l'action sociale *ut singuli*, en dépit de son absence de droit de vote dans les assemblées générales au cours desquelles le dirigeant peut être révoqué.

L'article L. 622-20 du code de commerce dispose certes que seul le mandataire judiciaire a qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers. Pourtant, l'article 13 de la loi du 13 juillet 1967 disposait déjà que seul le syndic représentait et pouvait agir dans l'intérêt de la masse. Sur ce point, la réforme du 25 janvier 1985 semble insuffisante à expliquer la décision *Cousin Lafférière*.

En définitive, au regard de la notion de représentation au sens du code civil, le mandataire judiciaire apparaît comme le successeur d'un ancien représentant contractuel des créanciers, devenu au gré des réformes un représentant judiciaire. Cette évolution ne suffit pas à justifier la disparition de l'action dite *ut singuli*, qui apparaissait comme un vestige du lien contractuel qui régissait à l'origine la relation entre le syndic et les créanciers. Un tel lien n'aurait pu être rompu qu'en vertu d'une disposition expresse de la loi. La désignation judiciaire du mandataire judiciaire comme la suppression de la masse décidée par la loi du 25 janvier 1985 ne permettent pas d'expliquer le retrait de cette prérogative. C'est en se tournant vers l'analyse des règles de procédure civile que la portée du monopole dont jouit le mandataire judiciaire peut être expliquée.

## SECTION 2 : LE MONOPOLE EXPLIQUÉ PAR LE CARACTÈRE ATTITRÉ DE L'ACTION DU MANDATAIRE JUDICIAIRE

**80. Plan de la section.** Si la notion de représentation au sens du code civil s'est avérée insuffisante à expliquer le strict monopole dont dispose le mandataire judiciaire, les notions de procédure civile pourraient apporter une réponse plus satisfaisante. La loi du 25 janvier 1985 n'a pas expressément retiré aux créanciers le droit d'exercer une action *ut singuli*. Toutefois, le passage d'une action en représentation à une action attitrée et dans un intérêt déterminé, au sens de l'article 31 *in fine* du code de procédure civile, pourrait expliquer techniquement la rigueur du monopole dont bénéficie le mandataire judiciaire. Cette évolution serait néanmoins paradoxale en ce qu'elle conduit à abandonner la technique de la représentation, alors même que la loi du 25 janvier 1985 prétendait habiliter le mandataire judiciaire à représenter les créanciers (§1).

En vérité, le paradoxe n'est qu'apparent. Retirer aux créanciers le droit d'exercer l'action dite *ut singuli* est parfaitement cohérent au regard de l'affectation du fruit de l'action intentée dans l'intérêt collectif des créanciers. Ces sommes profitant au moins autant à la poursuite de l'activité qu'au paiement des créanciers, il était logique de priver les créanciers

d'une action leur permettant de faire échapper des ressources potentiellement utiles à la poursuite de l'activité. L'action en carence ouverte au créancier contrôleur depuis la loi du 26 juillet 2005 restaure certes une forme de contrôle du mandataire judiciaire. Cependant, l'action du créancier contrôleur contribue, comme celle du mandataire judiciaire qu'il surveille, au moins autant à la poursuite de l'activité qu'au paiement des créanciers. La mission du créancier contrôleur relève ainsi davantage de celle d'un organe subsidiaire que du contrôle d'un représentant par son représenté (§ 2).

### § 1 : La justification paradoxale du monopole du mandataire judiciaire

**81. Plan du paragraphe.** Sur le plan technique, la solution de l'arrêt *Cousin Laffèrière* s'explique par la modification de la nature procédurale de l'action du mandataire judiciaire. Tandis que le syndic représentait la masse, le mandataire judiciaire exerce une action attitrée l'habilitant à agir dans l'intérêt collectif des créanciers (I). Cette évolution semble paradoxale car elle conduit à abandonner la technique de la représentation. Pourtant, le législateur de 1985 prétendait que les fonctions du syndic étaient devenues incompatibles dans la mesure où un seul mandataire de justice ne pouvait représenter deux intérêts contradictoires (II).

#### I. L'explication technique du monopole du mandataire judiciaire

**82. La notion de pouvoir chez M. Gaillard.** L'analyse de la nature procédurale de l'action du mandataire judiciaire explique le strict monopole dont bénéficie le mandataire judiciaire. Afin de comprendre ce changement de nature de l'action, il est utile de se référer à la notion de pouvoir et à sa réception en procédure civile. Selon M. Gaillard, le pouvoir est une notion polysémique qui renvoie à la fois à un type particulier de prérogative et à une aptitude à mettre en œuvre ce type de prérogative<sup>374</sup>. Comme prérogative particulière, le pouvoir s'oppose au droit subjectif. Alors que le titulaire d'un droit subjectif en a la jouissance dans son intérêt propre, le titulaire d'un pouvoir doit agir dans l'intérêt d'un tiers<sup>375</sup>. Comme aptitude, le pouvoir se distingue de la capacité. Celle-ci renvoie à la possibilité de défendre ses propres intérêts tandis que le pouvoir désigne l'aptitude à défendre « *un intérêt au moins partiellement distinct*

---

<sup>374</sup> M. Storck, *Essai sur le mécanisme de représentation dans les actes juridiques*, préf. Huet-Weiller, LGDJ, 1982, n° 172, p. 129 ; E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, *Economica*, 1985, n° 64, p. 48.

<sup>375</sup> E. Gaillard, *op. cit.*, n° 62, p. 47.

*du sien par l'émission d'actes juridiques unilatéraux contraignants pour autrui* »<sup>376</sup>. La notion de pouvoir rend bien compte de la situation du mandataire judiciaire dans la mesure où il n'agit pas dans son intérêt mais dans l'intérêt collectif des créanciers. Cette définition du pouvoir fait écho à la notion de représentation dans le code civil. La distinction entre la représentation judiciaire et la représentation contractuelle s'est néanmoins trouvée insuffisante à expliquer la mission du mandataire judiciaire. En mobilisant la notion de pouvoir, il est possible de mieux rendre compte des raisons justifiant le monopole du mandataire judiciaire.

**83. La traduction du pouvoir en procédure civile.** Les deux traductions du pouvoir proposées par M. Gaillard se retrouvent en procédure civile. Le pouvoir peut d'abord renvoyer à l'aptitude d'un représentant à passer des actes de procédure en vertu de l'article 117 du code de procédure civile. Le pouvoir peut ensuite être traduit par la notion de qualité au sens de l'article 31 *in fine* du code de procédure civile<sup>377</sup>. Il faut alors déterminer quelle doit être la traduction du pouvoir du mandataire judiciaire en procédure civile.

Au sens de l'article 31 *in fine*, le pouvoir correspond à une prérogative exercée dans un intérêt distinct de son titulaire. Autrement dit, il s'agit ici d'une habilitation à agir dans un intérêt distinct de celui du titulaire de l'action. Au sens de l'article 117, le pouvoir correspond à l'aptitude à exercer les droits d'autrui. Il s'agit donc d'une représentation *ad agendum*. Dans la première hypothèse, la personne qui agit est directement titulaire de l'action quoique cette action ne serve pas ses propres intérêts. Dans la seconde hypothèse, la personne qui agit ne fait que mettre en œuvre l'action dont dispose une autre personne. Afin de déterminer à quelle catégorie se rattache la mission du mandataire judiciaire, il faut comparer l'état du droit antérieur et postérieur à la disparition du syndic. En effet, cette mise en perspective permet de comprendre le changement de la nature de l'action opéré par la loi du 25 janvier 1985. Cette évolution explique l'avènement du monopole du mandataire judiciaire tel qu'il existe depuis la décision *Cousin Laffrière*.

**84. Le passage d'un pouvoir de représentation à une habilitation à agir dans un intérêt déterminé.** Certes la loi du 25 janvier 1985 a précisé, en son article 46, que le représentant des

---

<sup>376</sup> *Ibid.*, p. 232.

<sup>377</sup> Le terme de qualité recoupe elle-même deux situations qui doivent être distinguées : d'une part la qualité restreinte pour faire valoir un intérêt propre qui correspond à la notion d'action attitrée et, d'autre part, la qualité pour défendre un intérêt déterminé selon l'expression employée à l'article 31 *in fine*. Cette seconde qualité est une habilitation à défendre un intérêt déterminé qui, à défaut, ne trouverait pas d'expression en justice. Dans le premier cas, l'intérêt s'apprécie au regard de la personne qui exerce l'action. Dans le second cas, l'intérêt déterminé est distinct de celui du titulaire de l'action. C'est ce second sens qui doit être retenu pour qualifier éventuellement l'action du mandataire judiciaire exercée dans l'intérêt collectif des créanciers.

créanciers désigné par le tribunal a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt des créanciers. Toutefois, l'article 13 de la loi du 13 juillet 1967 énonçait déjà que le jugement d'ouverture de la procédure constituait les créanciers en une masse représentée par le syndic qui seul agissait en son nom et pouvait l'engager. D'aucuns ont ainsi considéré, au regard de la modestie de l'innovation, que la lettre de la loi nouvelle ne commandait aucunement la disparition de l'action *ut singuli* reconnue aux créanciers<sup>378</sup>. Pourtant, en prenant en compte les différentes traductions procédurales possibles du pouvoir, le changement de terminologie a sûrement une conséquence bien plus importante que ne l'envisageaient ces auteurs.

Avant la loi du 25 janvier 1985, il ressortait des textes que le syndic agissait au nom de la masse. Conformément à l'idée selon laquelle le syndic était un mandataire des créanciers, il agissait en vertu d'un pouvoir, entendu comme une aptitude, au sens de l'article de 117 du code de procédure civile, à exercer les droits de la masse et l'intérêt vérifié était donc celui de cette dernière<sup>379</sup>. En d'autres termes, lorsque l'article 13 de la loi du 13 juillet 1967 précisait que seul le syndic pouvait représenter la masse, il se contentait de désigner la seule personne pouvant engager un groupement doté de la personnalité morale. La logique à l'œuvre était la même que celle qui veut que, en droit des sociétés par exemple, seul le représentant légal de la société puisse en principe l'engager. Ce pouvoir du syndic n'interdisait toutefois pas l'exercice d'une action dite *ut singuli*.

En revanche, lorsque l'article 46 de la loi du 25 janvier 1985, devenu article L. 622-20 du code de commerce, dispose que le mandataire judiciaire a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt des créanciers. La règle se réfère ainsi à la fois à une « qualité » à agir et au vocabulaire de la représentation avec la référence « au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers ». L'action du mandataire judiciaire peut être alors appréhendée comme un pouvoir de représentation, au sens de l'article 117 du code de procédure civile, ou une habilitation à agir dans un intérêt déterminé, au sens de l'article 31 *in fine* du même code. En vérité, le mandataire judiciaire ne peut pas agir en vertu de l'article 117 du code de procédure civile. En effet, cet article dispose que constitue un vice de fond « *Le défaut de pouvoir d'une partie ou d'une personne figurant au procès comme représentant soit d'une personne morale, soit d'une personne atteinte d'une incapacité d'exercice* ». Le groupement des créanciers n'ayant plus de

---

<sup>378</sup> En ce sens, v. M. Cabrillac et P. Pétel, obs. sous Cass. com., 16 nov. 1993, n° 91-19.570, *JCP E* 1994, I, 351, n° 15 ; F. Derrida, note sous Cass. com., 16 mars 1993, n° 90-20.188, *Bull. civ.* IV, n° 106, p. 73 ; *D.* 1993, jur., n° 10, p. 586.

<sup>379</sup> O. Staes, *op. cit.*, n° 372, p. 351.

personnalité morale, le mandataire judiciaire ne peut pas en être le représentant<sup>380</sup>. La défense de l'intérêt collectif des créanciers ne correspondant pas à strictement parler à l'exercice des droits de chaque créancier<sup>381</sup>, le mandataire judiciaire ne peut pas davantage être perçu comme le représentant de chaque créancier, à supposer du reste que ces derniers soient atteints d'une incapacité d'exercice. Le constat du changement de nature procédurale de l'action du mandataire judiciaire ne suffit cependant pas à expliquer le strict monopole dont bénéficie le mandataire judiciaire et l'impossibilité pour les créanciers d'exercer l'action dite *ut singuli*. Comme cela a été souligné, l'exercice de ce type d'action peut être envisagé même pour un groupement dénué de la personnalité morale dès lors qu'elle permet de pallier la carence de la personne chargée de défendre l'intérêt collectif des membres du groupement<sup>382</sup>.

**85. L'explication du monopole par le caractère attitré de l'action du mandataire judiciaire.** Le législateur a précisé que seul le mandataire de justice peut agir. Ce faisant, il a réservé l'exercice de l'action dans l'intérêt collectif des créanciers au seul mandataire judiciaire. Autrement dit, ce dernier dispose d'une action attitrée au sens de l'article 31 du code de procédure civile, c'est-à-dire une action dont l'exercice est exclusivement réservé aux personnes désignées par le législateur<sup>383</sup>.

En somme, l'action du mandataire judiciaire est à la fois une action dans un intérêt déterminé et une action attitrée. Action dans un intérêt déterminé car il agit dans l'intérêt collectif des créanciers qui est distinct du sien. Action attitrée car il est le seul à pouvoir mettre en œuvre cette action. C'est le caractère attitré de l'action qui justifie la solution rendue par la Cour de cassation le 3 juin 1997. Le choix de restreindre la qualité pour agir dans l'intérêt des créanciers a de ce fait conduit à la paralysie de l'action *ut singuli*<sup>384</sup>. Les créanciers ont ainsi été privés de leur dernière prérogative de contrôle de la personne chargée de défendre leur intérêt collectif. En d'autres termes, la loi du 25 janvier 1985 a fait disparaître la dernière manifestation de l'origine contractuelle de la relation entre le mandataire judiciaire et les créanciers.

---

<sup>380</sup> P. Cagnoli, *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, dir. J. Héron, préf. T. Le Bars, LGDJ, 2002, n° 49, p. 33.

<sup>381</sup> V. *supra* nos 31 et s.

<sup>382</sup> M. Cabrillac, « L'impertinente réapparition d'un condamné à mort ou la métépsychose de la masse des créanciers », in *Propos impertinents de droit des affaires : mélanges en l'honneur de Christian Gavalda*, Dalloz, 2001, n° 10, p. 74.

<sup>383</sup> G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 1996, n° 77, p. 334.

<sup>384</sup> O. Staes, *Procédures collectives et droit judiciaire privé*, th. Toulouse, 1995, n° 373, p. 352.



**86. La dissipation du lien contractuel unissant les créanciers et le mandataire judiciaire.** La dissipation du lien contractuel est d'ailleurs implicitement reconnue dans les développements du rapport de la Cour de cassation sur l'arrêt du 3 juin 1997. Il y est précisé qu'à la suite de cette décision il reste aux créanciers l'exercice d'une action en responsabilité personnelle à l'encontre du mandataire judiciaire afin de pallier l'inaction de ce dernier<sup>385</sup>. Dépassant le simple rappel, cette remarque semble être une confirmation de cette dissipation du lien contractuel unissant le mandataire judiciaire aux créanciers. En effet, de jurisprudence constante, les actions en responsabilité formées à l'encontre du mandataire judiciaire par les créanciers sont fondées sur l'ancien article 1382, devenu 1240, du code civil, c'est-à-dire sur un fondement extracontractuel. Dans cette hypothèse, le mandataire judiciaire engage sa responsabilité seulement pour manquement professionnel<sup>386</sup>, c'est-à-dire en raison de l'exécution défailtante de sa mission confiée par le tribunal et définie par la loi. Il engage sa responsabilité dans les mêmes conditions, à l'égard de n'importe quelle personne, tiers ou non, dès lors que cette personne subit un dommage en lien avec cette mauvaise exécution. La mise en avant de la responsabilité délictuelle du mandataire judiciaire envers les créanciers confirme l'achèvement de la transition d'une représentation contractuelle à une représentation judiciaire.

En définitive, contrairement au syndic, le mandataire judiciaire n'est plus un représentant au sens de l'article 117 du code de procédure civile. Son action repose sur une habilitation à agir dans un intérêt déterminé, au sens de l'article 31 *in fine* du même code, et l'action lui est en outre attitrée. C'est-à-dire qu'il exerce une action dont la qualité est accordée de manière limitative en vertu toujours de l'article 31. Cette évolution apporte les justifications techniques du monopole reconnu au mandataire judiciaire. Toutefois ce changement de nature de l'action ne va pas sans révéler certains paradoxes.

## II. Les paradoxes de l'habilitation à agir dans un intérêt déterminé

**87. Plan.** L'action du mandataire résulte désormais d'une habilitation à agir dans un intérêt déterminé. Ce changement de nature de l'action du mandataire judiciaire interroge au regard des raisons ayant motivé le législateur à scinder les fonctions des mandataires de justice dans la loi du 25 janvier 1985. En effet, cette scission a été justifiée par l'idée selon laquelle la hiérarchisation des intérêts de la procédure excluait de confier à un même mandataire le soin

---

<sup>385</sup> *Rapport annuel de la Cour de cassation pour l'année 1997*, La documentation française, 1998, p. 231.

<sup>386</sup> M.-A. Rakotovahiny, « L'intérêt collectif des créanciers, obstacle au droit de créance individuel », *LPA* 27 déc. 1999, n° 257, p. 6.

de représenter à la fois les créanciers et l'entreprise. Partant, il est paradoxal d'abandonner la technique de la représentation, au sens de l'article 117, au profit d'une habilitation à agir dans un intérêt déterminé car cela signifie que les créanciers ne sont plus techniquement représentés par le mandataire judiciaire (A). Ce brouillage des catégories du droit de l'action en justice présente une part d'incohérence qui se retrouve à l'étude de la tierce opposition (B).

A. Le choix de ne pas conserver le pouvoir de représentation du mandataire judiciaire

**88. La distinction entre pouvoir de représentation et pouvoir sans représentation.** Le changement de nature de l'action résultant de la loi du 25 janvier 1985 explique le monopole dont dispose le mandataire judiciaire mais apparaît paradoxal en considération de la vocation du mandataire judiciaire à, si ce n'est représenter les créanciers, agir dans leur intérêt collectif. La distinction entre pouvoir de représentation et pouvoir sans représentation peut être mobilisée afin de comprendre ce paradoxe. Selon M. Gaillard, le premier correspond à la situation classique dans laquelle le représentant agit au nom et pour le compte du représenté. Il en va naturellement de la sorte lorsqu'il s'agit de représenter une personne physique. C'est également le cas des groupements personnifiés<sup>387</sup>. L'auteur rappelle toutefois que les premières études sur la personnalité morale insistaient sur la condition d'homogénéité des intérêts des membres d'un groupement afin de reconnaître la personnalité morale de ce dernier<sup>388</sup>. Ainsi, lorsque les intérêts sont trop hétérogènes, l'auteur exclut cette attribution, par exemple, pour l'entreprise ou la famille. En effet, conférer la personnalité à un groupement implique de lui reconnaître des droits subjectifs dont l'exercice, assuré en pratique par son représentant, n'est limité que par la volonté de nuire à autrui.

Au contraire, un pouvoir, prérogative exercée au moins partiellement dans l'intérêt d'autrui, doit être exercé conformément à sa finalité. L'exercice d'un pouvoir fait donc l'objet d'un contrôle plus approfondi que celui d'un droit subjectif. L'abus dans l'exercice du pouvoir sera, de ce fait, plus fréquemment caractérisé que l'abus de droit conditionné à une volonté de nuire à autrui. M. Gaillard montre que les intérêts catégoriels des supposés membres de l'entreprise (associés, dirigeants, salariés, cocontractants) ou de la famille (époux, enfants) étant parfois divergents, la personnification de ces groupements n'est pas souhaitable. Personnifier ces groupements n'est possible qu'à la condition d'établir un intérêt supérieur appréhendé

---

<sup>387</sup> E. Gaillard, *op. cit.*, n° 294, p. 193.

<sup>388</sup> M. Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, Sirey, 6<sup>e</sup> éd., 1950, p. 172 et L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, t. 1, LGDJ, 1906, n° 71 cités par E. Gaillard, *ibid.*

comme synthèse de ces intérêts catégoriels. Or, la démarche est dangereuse en raison de l'absence d'un intérêt commun suffisant du fait des antagonismes entre les membres du groupement. Cette synthèse risque de conduire, en pratique, à assimiler un des intérêts catégoriels à l'intérêt supérieur du groupement au détriment des autres intérêts<sup>389</sup>. Il serait préférable dans ce cas de ne pas reconnaître l'existence de ce groupement mais de permettre à chaque intérêt catégoriel d'être défendu par une personne différente. L'équilibre émane alors de la limite que chaque intérêt défendu impose à l'autre.

La solution ne doit pas choquer dans la mesure où, même en l'absence de pouvoir de représentation, le titulaire de certaines prérogatives, comme le chef d'entreprise, doit les exercer dans un intérêt au moins partiellement distinct du sien. C'est l'hypothèse d'un pouvoir sans représentation. Du reste, ce pouvoir est soumis à un contrôle plus important que l'exercice d'un droit subjectif<sup>390</sup>. La notion de pouvoir sans représentation rend ainsi bien compte des actions habilitant à agir dans un intérêt déterminé, au sens de l'article 31 *in fine* du code de procédure civile. Ces actions garantissent la défense d'intérêts qui ne sont pas partagés de manière homogène par un groupement de personnes. En définitive, le pouvoir de représentation est traduit par la notion de pouvoir au sens de l'article 117 quand la notion de pouvoir sans représentation correspond à l'action dans un intérêt déterminé au sens de l'article 31 *in fine*.

**89. L'application de la distinction au groupement des créanciers.** La difficulté tenant à l'homogénéité des intérêts ne se retrouve pas dans le cas du groupement des créanciers, contrairement à la notion d'entreprise. En effet, au-delà des divergences entre les différentes catégories de créanciers, le paiement de la créance constitue un intérêt commun prédominant qui justifie de confier un pouvoir de représentation au mandataire judiciaire. Cet intérêt passe par la reconstitution du gage commun et, en ce sens, est bien partagé par tous les créanciers. C'est d'ailleurs cet intérêt commun qui est au fondement de la solution de l'arrêt *Laroche* ou de l'arrêt du 2 juin 2015. Partant, il peut sembler paradoxal que la loi du 25 janvier 1985 ait construit le droit d'agir du mandataire judiciaire sur le fondement de l'article 31 *in fine* du code de procédure civile alors que l'homogénéité des intérêts des créanciers plaiderait pour le maintien du fondement ancien. Au regard de ces critères, il s'entend aisément que les auteurs qui s'intéressent à la personnalité morale plaident pour qu'elle soit reconnue au groupement des créanciers<sup>391</sup>. Le fait que les prérogatives du mandataire judiciaire trouvent leur source dans

---

<sup>389</sup> E. Gaillard, *op. cit.*, n° 290, p. 191.

<sup>390</sup> *Ibid.*, n° 332, p. 221.

<sup>391</sup> N. Baruchel, *La personnalité morale en droit privé. Éléments pour une théorie*, préf. B. Petit, LGDJ, 2004, n° 620, p. 340.

une décision de justice n'est pas non plus de nature à justifier le choix du législateur. Il n'y a, par exemple, aucun doute sur le fait que le tuteur d'un incapable puise son pouvoir dans une décision de justice. Pourtant il s'agit bien d'un pouvoir de représentation au sens de l'article 117 du code de procédure civile car le représentant ne fait qu'exercer les droits de l'incapable<sup>392</sup>.

#### **90. La réfutation de la qualification de représentant au sens procédural du terme.**

D'aucuns soutiennent d'ailleurs que, en dépit de la maladresse des textes, le mandataire judiciaire reste un représentant des créanciers au sens de l'article 117 du code de procédure civile<sup>393</sup>. Ces auteurs invoquent trois arguments au soutien de leur position. Ils relèvent d'abord le fait que ce n'est pas dans la personne du mandataire judiciaire que les conditions d'ouverture de l'action sont vérifiées mais dans le groupe inorganisé des créanciers<sup>394</sup>. Ils pensent déceler ici le propre du mécanisme de représentation par opposition à l'attribution d'une qualité à agir qui exige de vérifier que la personne qui agit réunit les conditions de l'action. L'argument pourrait s'entendre. Cependant, les mêmes auteurs expliquent, par ailleurs, que le ministre de l'Économie agit bien, en matière de réparation des pratiques concurrentielles, en vertu d'une qualité à agir alors même, relèvent-ils, que son intérêt à exercer l'action ne fait l'objet d'aucune vérification<sup>395</sup>. Le mandataire judiciaire se retrouvant ainsi dans la même situation que le ministre de l'Économie, l'argument ne paraît pas suffisant<sup>396</sup>.

Les auteurs expliquent ensuite que la disparition de la personnalité morale conférée à la masse des créanciers n'est pas un obstacle à la représentation des créanciers en justice. Il semble que, selon eux, seule l'hypothèse d'un groupe dont le contour est impossible à identifier justifie qu'une personne soit habilitée à agir dans cet intérêt déterminé, à l'image de la qualité à agir du président de l'Autorité des marchés financiers pour défendre l'intérêt des épargnants. Au soutien de cet argument, ils évoquent un arrêt de la CEDH *Église catholique de La Canée c/Grèce* du 16 décembre 1997<sup>397</sup>. Toutefois, dans cette affaire, la Cour européenne avait condamné la Grèce en raison du fait que l'Église en cause n'avait pas pu accéder à un tribunal

---

<sup>392</sup> En ce sens, C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Dalloz, 36<sup>e</sup> éd., 2022, n° 314, p. 261 ; L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 11<sup>e</sup> éd., 2020, n° 433, p. 401.

<sup>393</sup> C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *op. cit.*, n° 329, p. 271.

<sup>394</sup> *Ibid.* : « en défendant pour autrui l'intérêt collectif des créanciers, leur représentant n'a pas d'autre justification à apporter, en ce qui concerne sa personne, que celle de sa désignation régulière par le tribunal (anciens art. L. 621-8 et L. 621-135, précitées), désignation qui légitime son pouvoir d'agir par représentation ; ce n'est donc pas en sa personne qu'il fallait apprécier les conditions d'ouverture de l'action, mais dans le groupe inorganisé des créanciers (y avait-il bien intérêt collectif des créanciers de telle entreprise en difficulté ?) »

<sup>395</sup> *Ibid.*, n° 204, p. 181.

<sup>396</sup> Sur l'analyse commune des actions du ministre de l'Économie et des mandataires de justice comme actions en substitution, v. *infra* n°s 251 et s.

<sup>397</sup> CEDH 16 déc. 1997 ; *RTD civ.* 1998, p. 997, obs. J.-P. Marguénaud.

pour défendre ses intérêts. La question se pose en des termes bien différents s'agissant des créanciers. Que le mandataire judiciaire représente les créanciers ou qu'il ait une habilitation à agir dans leur intérêt collectif ne change rien au fait que cet intérêt est défendu en justice, ce qui devrait suffire à satisfaire les exigences de l'article 6.1 de la convention européenne.

Enfin, les auteurs soutiennent que, l'action du mandataire judiciaire transitant par le patrimoine du débiteur, le fruit de ladite action profite aux créanciers. Il a été montré combien en pratique cet argument est discutable pour la raison qu'aucune règle n'impose d'affecter cette somme au paiement effectif des créanciers<sup>398</sup>. Au contraire, ces sommes peuvent même profiter directement au débiteur<sup>399</sup>. Ce dernier argument semble devoir faire pencher définitivement en faveur d'une qualification d'habilitation à agir dans un intérêt déterminé plutôt qu'un pouvoir de représentation en justice<sup>400</sup>.

**91. Comparaison avec l'action de groupe.** L'introduction récente de l'action de groupe en droit français pourrait amener à reconsidérer le paradoxe tenant au fondement de l'action du mandataire judiciaire sur l'article 31 *in fine* du code de procédure civile. L'étude des dispositions du droit commun de l'action de groupe, issues de la loi du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle*, montre que l'association demanderesse introduit l'action de groupe sans recevoir le moindre mandat de la part des victimes potentielles. Par conséquent, son action s'analyse, dans la première phase de la procédure, comme une action dans un intérêt déterminé au sens de l'article 31 *in fine* du code de procédure civile. Cette action peut être analysée comme une action exercée en substitution des victimes<sup>401</sup>. Elle est bien exercée dans l'intérêt de ces dernières car elle tend à remédier au coût que l'action représente pour les victimes qui agissent individuellement. Une fois le jugement rendu, les victimes potentielles peuvent donner mandat à l'association aux fins d'indemnisation<sup>402</sup>. En cas de difficultés, l'association représentera désormais la victime à l'action. Il s'agit donc, dans ce second temps, d'une véritable action en représentation mais l'association reste partie à l'instance tant que toutes les victimes potentielles n'ont pas adhéré au groupe, ce qui signifie que l'action en substitution perdure alors que l'action en représentation a été introduite<sup>403</sup>. En l'absence de contestation de la qualité de victime, la situation des victimes ressemble à la

---

<sup>398</sup> V. *supra* nos 47 et s.

<sup>399</sup> J. Héron, T. Le Bars et K. Salhi, *Droit judiciaire privé*, LGDJ, 7<sup>e</sup> éd., 2019, n° 92, p. 91.

<sup>400</sup> En faveur également de la qualification d'action dans un intérêt déterminé, v. L. Cadiet et E. Jeuland, *op. cit.*, n° 365, p. 326.

<sup>401</sup> E. Jeuland, « Retour sur la qualification de l'action de groupe à la lumière de la loi de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle », *JCP G* 2017, doct. 354, n° 6, p. 625.

<sup>402</sup> CPC, art. 826-20.

<sup>403</sup> E. Jeuland, art. préc., n° 7, p. 625.

situation des créanciers dans la procédure collective. En effet, les victimes comme les créanciers ne deviennent pas parties à l'instance, seuls l'association et le mandataire judiciaire le sont. Les deux acteurs ont la charge de récolter l'indemnisation due et de distribuer les fonds ainsi procurés aux créanciers.

Si les victimes donnent mandat à l'association aux fins d'indemnisation, il ne s'agit pas d'un mandat aux fins d'exercer une action en justice. De ce fait, l'association ne peut pas être appréhendée comme un représentant des victimes au sens de l'article 117 du code de procédure civile<sup>404</sup>. Néanmoins, s'agissant de l'action de groupe, l'absence de représentation à l'action au sens strict n'empêche aucunement d'affirmer que l'association sert les intérêts des victimes. Le fait que l'association puisse conduire toute la procédure sur le seul fondement de l'article 31 *in fine* du code de procédure civile ne pose pas de difficultés car la victime peut mettre un terme au mandat à tout moment en vertu de l'article 826-20, alinéa 3 du code de procédure civile. Autrement dit, si l'association n'agit pas en vertu d'une action en représentation au sens strict, la victime a toujours la possibilité d'agir seule si elle n'est pas satisfaite des diligences de l'association. C'est une différence majeure avec l'interdiction des poursuites individuelles des créanciers qui montre pourquoi l'action dans un intérêt déterminé pose davantage de questions, s'agissant du lien unissant la personne qui agit et celle qui n'agit pas dans les procédures collectives, que dans l'action de groupe.

En définitive, il était loisible au législateur de 1985 de maintenir l'article 117 comme fondement de la mission du mandataire judiciaire afin que ce dernier continue à représenter les créanciers. Pourtant, il a préféré construire une action qui consiste à donner un pouvoir au mandataire judiciaire, pour agir dans un intérêt distinct du sien, mais qui n'est pas un pouvoir de représentation. La solution est paradoxale à double titre. D'abord, au regard de la justification donnée à la scission des fonctions de syndic. En effet, s'il s'agissait de lever le conflit qui conduisait à confier le soin à une seule personne de défendre des intérêts antagonistes, il est surprenant de l'avoir fait en renonçant à une technique de représentation au sens strict. Ensuite, il est généralement enseigné que l'action dans un intérêt déterminé est destinée ou bien à répondre à des situations dans lesquelles des intérêts ne peuvent pas, ou difficilement, s'exprimer par une voie classique, ou bien à permettre l'exercice d'actions en défense de l'intérêt général<sup>405</sup>. Or ces situations ne correspondent pas à celle des créanciers dans une procédure collective. Dès lors, il peut sembler regrettable, si l'on considère que le

---

<sup>404</sup> *Ibid.*, n° 16, p. 626.

<sup>405</sup> C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *op. cit.*, n° 198, p. 178 ; L. Cadiet et E. Jeuland, *op. cit.*, n° 352, p. 316.

mandataire judiciaire est bien le représentant des créanciers, de brouiller ainsi ces catégories qui régissent le droit de l'action. Les incohérences, ou à tout le moins les paradoxes, tenant au changement de nature de l'action du mandataire judiciaire, se confirment à l'étude du régime applicable à la tierce opposition.

B. Les conséquences du changement de nature de l'action du mandataire judiciaire sur l'exercice de la tierce opposition par les créanciers

**92. L'ouverture de la tierce opposition en cas d'action intentée sur le fondement de l'intérêt collectif des créanciers.** La tierce opposition est une voie de recours extraordinaire qui tend à faire rétracter ou réformer un jugement au profit du tiers qui l'attaque. L'article 583 du code de procédure civile précise qu'« *Est recevable à former tierce opposition toute personne qui y a intérêt, à la condition qu'elle n'ait été ni partie ni représentée au jugement qu'elle attaque. Les créanciers et autres ayants cause d'une partie peuvent toutefois former tierce opposition au jugement rendu en fraude de leurs droits ou s'ils invoquent des moyens qui leur sont propres.* » Au regard de l'évolution de la nature de l'action du mandataire judiciaire, il faut se demander ce qui justifie que les créanciers n'aient pas le droit de former de tierce opposition à l'encontre de décisions statuant sur une action intentée dans leur intérêt collectif.

**93. La notion de tiers représenté appliquée aux créanciers de la procédure.** L'article 583 du code de procédure civile laisse entendre que les créanciers sont représentés par le débiteur, ce qui pourrait expliquer pourquoi ils ne peuvent pas former de tierce opposition dans le cadre d'une procédure collective<sup>406</sup>. Cependant, lorsque le mandataire judiciaire agit dans l'intérêt collectif des créanciers, le débiteur n'est pas nécessairement partie à l'instance. La Cour de cassation a ainsi jugé que l'action en réparation du préjudice résultant de l'aggravation du passif intentée par la société en redressement judiciaire assistée de son administrateur contre un établissement de crédit pour soutien abusif était irrecevable<sup>407</sup>. Dans

---

<sup>406</sup> Cette rédaction de l'article 583 est, du reste, largement critiquée par la doctrine : L. Veyre, *La notion de partie en procédure civile*, préf. E. Jeuland, IRJS éditions, 2019 ; S. Hazoug, *De la représentation du tiers en matière de tierce-opposition*, th. Strasbourg, 2014 ; J. Théron, « De la "communauté d'intérêts" », *D.* 2009, p. 19 ; C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *op. cit.*, n° 1394, p. 1058 ; L. Cadiet et E. Jeuland, *op. cit.*, n° 864, p. 792. La critique est renouvelée dans les études portant spécifiquement sur les procédures collectives : M. Menjuq, « Réflexions critiques sur les arrêts du 29 novembre 2007 de la Cour d'appel de Paris dans l'affaire Eurotunnel », *Rev. proc. coll.* 2008, étude 1, p. 9 ; N. Fricero, « Tierce-opposition et procédures collectives », *LPA* 28 nov. 2008, p. 26.

<sup>407</sup> Cass. com., 5 févr. 1999, n° 96-20.621, *Bull. civ.* IV, n° 3, p. 3 ; *LPA* 26 janv. 1999, p. 10, note P. M. ; *RTD com.* 1999, p. 476, obs. M. Cabrillac. Sur les incohérences portant sur la fluctuation du droit d'agir des mandataires

cette hypothèse, les créanciers ne sont pas représentés à l'action par le débiteur. Il semble donc que seule la représentation des créanciers par le mandataire judiciaire puisse expliquer que la voie de la tierce opposition leur soit fermée.

**94. La difficulté de fermer la voie de la tierce opposition si l'action est exercée dans un intérêt déterminé.** Dès lors que le mandataire judiciaire agit sur le fondement d'une action dans un intérêt déterminé, au sens de l'article 31 *in fine* du code de procédure civile, cette fermeture de la tierce opposition ne va plus de soi. Les conséquences de l'habilitation à agir dans un intérêt déterminé sur l'exercice de la tierce opposition varient selon les situations. Il faut distinguer selon que le tiers a donné son consentement à cette action ou non. Lorsque le consentement a été donné à l'exercice de l'action dans un intérêt déterminé, la tierce opposition devrait être jugée irrecevable en raison de l'illégitimité de l'intérêt du demandeur<sup>408</sup>. Il existe aussi des situations dans lesquelles il est possible de se passer de l'accord de la personne concernée. C'est le cas de l'action du ministre de l'Économie prévue à l'article L. 442-4 du code de commerce. Les objectifs de protection de l'ordre public économique qui sous-tendent cette action peuvent expliquer que le consentement de la personne concernée ne soit pas nécessaire<sup>409</sup>.

S'agissant des créanciers de la procédure, la situation est différente car ils ne consentent nullement à l'exercice de l'action par le mandataire judiciaire. L'habilitation à agir dont ce dernier bénéficie jure ainsi avec les habilitations classiques qui reposent sur l'impossibilité ou la difficulté de mise en œuvre des droits. Rien de tel ne se retrouve s'agissant du groupement des créanciers qui pouvait parfaitement faire l'objet d'une représentation *ad agendum*. Partant, il devient plus laborieux de justifier la fermeture de la tierce opposition aux créanciers.

**95. La fermeture de la tierce opposition expliquée par le caractère attitré de l'action du mandataire judiciaire.** En vérité, si l'article 583 du code de procédure civile exige un intérêt à agir du tiers opposant, la jurisprudence précise que celui-ci ne peut pas former de recours s'il n'avait pas qualité pour agir au principal<sup>410</sup>. Or, en l'espèce, l'action du mandataire

---

de justice selon la variété d'actions intentées en matière de responsabilité des établissements de crédit, v. *infra* n<sup>os</sup> 114 et s.

<sup>408</sup> Il en va ainsi de l'action de substitution exercée par un syndicat ou dans les différentes hypothèses d'action des associations. Pour une présentation complète la question v. L. Veyre, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 496 et s., pp. 294 et s.

<sup>409</sup> Cette règle reste toutefois problématique au regard des principes du droit au procès équitable. Sur ce point, v. L. Veyre, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 515, p. 312. Sur l'analyse des prérogatives des mandataires de justice sous l'angle d'actions en substitution, v. *infra* n<sup>o</sup> 256.

<sup>410</sup> Cass. 1<sup>e</sup> civ., 7 juin 1995, n<sup>o</sup> 93-16.089, *Bull. civ.* I, n<sup>o</sup> 237, p. 167 ; *D.* 1996, jur., p. 306, note J. Massip ; *ibid.*, somm., p. 149, obs. F. Granet-Lambrechts ; *RTD civ.* 1995, p. 610, obs. J. Hauser. Pour d'autres exemples de décisions en ce sens, v. L. Cadiet et E. Jeuland, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 864, p. 792.



judiciaire lui étant restrictivement attribué, les créanciers ne peuvent pas exercer la tierce opposition pour cette seule raison, et ce, indépendamment du point de savoir si le mandataire judiciaire les représente. Revient encore le paradoxe tenant au choix d'une action dans un intérêt déterminé au sens de l'article 31 *in fine* du code de procédure civile. Alors que la représentation des créanciers permettait naturellement de faire échec à la tierce opposition des créanciers, l'habilitation à agir dans un intérêt déterminé impose d'attribuer l'action au mandataire judiciaire afin de parvenir à ce résultat.

En définitive, le caractère attribué de l'action dans l'intérêt collectif des créanciers, pour laquelle le mandataire judiciaire est habilité à agir, explique le monopole dont bénéficie ce dernier. Cette évolution de la nature procédurale de l'action du mandataire judiciaire semble pourtant paradoxale si l'intention du législateur était de donner aux créanciers un véritable représentant. En vérité, le paradoxe n'est qu'apparent car l'évolution de la nature de l'action répond parfaitement au fait que l'action exercée dans l'intérêt collectif des créanciers profite désormais au moins autant à la poursuite de l'activité qu'au paiement des créanciers.

§ 2 : La conformité du monopole à l'évolution de la finalité des procédures collectives

**96. Plan du paragraphe.** Si l'explication à la solution retenue dans l'arrêt *Cousin Lafférière* semble paradoxale sur un plan technique, elle s'avère parfaitement logique au regard de l'affectation des sommes récoltées grâce à l'action exercée dans l'intérêt collectif des créanciers (I). À cet égard, la mission du créancier contrôleur relève davantage de celle exercée par un organe subsidiaire que du contrôle d'un représentant par son représenté (II).

I. La cohérence du monopole au regard de l'objectif de poursuite de l'activité

**97. L'affectation des sommes récoltées grâce à l'action intentée dans l'intérêt collectif des créanciers et la nécessité du monopole.** Contrairement à ce que la loi du 24 juillet 1966 *sur les sociétés commerciales* a prévu pour l'action sociale *ut singuli* profitant directement à la société, le fruit de l'action dite *ut singuli* des créanciers dans la masse était directement appréhendé par ces derniers, qui récupéraient ainsi leur part du préjudice collectif. Dès lors que la finalité des procédures collectives a changé avec la loi du 25 janvier 1985, le maintien de cet effet de l'action dite *ut singuli* posait un redoutable problème. L'article L. 622-20 du code de commerce disposant que les sommes récoltées grâce aux actions intentées dans l'intérêt

collectif des créanciers intègrent le patrimoine du débiteur, l'habilitation à agir dans cet intérêt profite désormais au moins autant à la poursuite de l'activité qu'au paiement des créanciers.

Dans ces conditions, maintenir l'action dite *ut singuli* des créanciers aurait conduit à permettre à ces derniers de faire échapper des sommes pouvant servir à la poursuite de l'activité. La disparition de cette action est donc parfaitement conforme à l'évolution de la finalité des procédures collectives. Ce constat confirme le fait que la mission du mandataire judiciaire contribue au moins autant à la poursuite de l'activité qu'au paiement des créanciers. Du reste, le législateur aurait pu conserver l'action dite *ut singuli* s'il avait expressément prévu que ses fruits intégreraient désormais le patrimoine du débiteur comme elle en a décidé avec la loi du 24 juillet 1966<sup>411</sup>. Ne l'ayant pas fait, il a supprimé un mécanisme de contrôle utile à la bonne conduite de la procédure collective. En réponse, la loi du 26 juillet 2005 a habilité le créancier contrôleur à exercer une action en carence, ce qui interroge sur le rôle de cet acteur.

## II. Le rôle du créancier nommé contrôleur

**98. L'instauration d'une action en carence au profit les créanciers nommés contrôleurs.** L'abandon de l'action *ut singuli* a été contesté en ce qu'il privait les créanciers « d'une soupape de sûreté » face à l'inaction du mandataire judiciaire<sup>412</sup>. Augmenter les pouvoirs du créancier nommé contrôleur est apparu au législateur comme l'une des manières d'y parvenir grâce au « *toiletage d'une institution oubliée* »<sup>413</sup>. Avant la loi de 1985, son rôle était marginal car il ne faisait pas de doute pour la doctrine que la procédure était conçue en faveur des créanciers et que le syndic exerçait sa mission en ce sens<sup>414</sup>.

La loi du 10 juin 1994<sup>415</sup> a été une première occasion de revaloriser le rôle des contrôleurs en améliorant leur droit à l'information, en développant l'obligation de les consulter et en leur reconnaissant surtout le droit d'intervenir directement dans la procédure comme pour demander la cessation de l'activité du débiteur ou de mettre un terme à la période

---

<sup>411</sup> F. Derrida et J.-P. Sortais, note sous Cass. com., 25 mai 1981, n° 79-14.760, *D.* 1981, jur., n° 13, p. 649.

<sup>412</sup> M. Béhar-Touchais, note sous Cass. com., 3 juin 1997, n° 95-15.681, *JCP E* 1997, II, 988, n° 4, p. 191. En ce sens, v. ég. : F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., 2014, n° 529, p. 245.

<sup>413</sup> A. Sorensen, « Réforme des procédures collectives. Les contrôleurs : le toiletage d'une institution oubliée », *LPA* 25 août 1995, p. 5.

<sup>414</sup> F. Derrida, « Du rôle des contrôleurs dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires » in *Procédures collectives et droit des affaires : morceaux choisis. Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, éd. Frison-Roche, 2000, n° 2, p. 89.

<sup>415</sup> L. n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises.

d'observation<sup>416</sup>. Cette revalorisation n'a pas suffi et le contrôleur apparaissait comme un acteur pouvant « *surveiller sans punir* »<sup>417</sup>. Le contrôleur pouvait certes alerter le mandataire judiciaire qui, s'il ignorait sans raison le conseil du contrôleur, engageait sa responsabilité<sup>418</sup>. Toutefois, le contrôleur ne pouvait pas agir directement et la nécessité d'instaurer une action en carence a ainsi été évoquée afin de permettre une meilleure défense de l'intérêt collectif des créanciers<sup>419</sup>.

La loi du 26 juillet 2005 a fini par restaurer un mécanisme de contrôle du mandataire judiciaire en habilitant le créancier contrôleur à exercer une action en carence. Cette action n'est recevable qu'après une mise en demeure adressée au mandataire judiciaire par lettre recommandée avec demande d'avis de réception restée infructueuse pendant deux mois à compter de la réception de celle-ci<sup>420</sup>. Le mécanisme de l'action en carence diffère quelque peu de l'ancienne action dite *ut singuli*. En effet, le contrôleur n'est pas censé agir dans son intérêt personnel mais dans l'intérêt collectif des créanciers. Si le créancier demandait bien réparation d'une part du préjudice collectif, il agissait dans son intérêt personnel lorsqu'il engageait l'action dite *ut singuli* car il percevait directement sa part du préjudice collectif. Il en va autrement du créancier contrôleur dont le fruit de l'action intègre le patrimoine du débiteur. Cette évolution conduit alors à appréhender ce dernier comme un nouveau représentant des créanciers<sup>421</sup>. À cet égard, il faut convenir que la mission du créancier contrôleur est bien plus proche de celle d'un auxiliaire du mandataire judiciaire que de celle qu'exercerait un représenté sur son représentant.

L'innovation a été bien reçue par la doctrine qui y a vu, dans un premier temps, l'occasion pour le créancier contrôleur ne plus agir dans son seul intérêt égoïste<sup>422</sup>, l'augmentation des prérogatives du contrôleur permettant ainsi de favoriser la transparence de la procédure<sup>423</sup>, un retour du caractère collectif de la procédure<sup>424</sup> et la réhabilitation des droits

---

<sup>416</sup> J.-M. Calendini, « La revalorisation du rôle des contrôleurs », *LPA* 14 sept. 1994, p. 67.

<sup>417</sup> C. Leguevaques, « Les pouvoirs limités des contrôleurs : surveiller sans punir ? », *LPA* 6 juin 1997 p. 27.

<sup>418</sup> CA Paris, 3 févr. 1998, *Rev. proc. coll.* 2000, p. 83, obs. B. Soinne.

<sup>419</sup> M. Jockey, « Le nouveau personnage du contrôleur » in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, Dalloz, 1995, p. 131.

<sup>420</sup> C. com., art. L. 622-20 et R. 622-18.

<sup>421</sup> C'est d'ailleurs la raison avancée dans les travaux parlementaires afin d'expliquer la suppression du terme de « représentant des créanciers », le mandataire judiciaire n'étant plus le seul acteur pouvant agir dans l'intérêt collectif des créanciers : X. de Roux, *Rapport AN*, n° 2095, Commissions des lois, enregistré le 11 févr. 2005, p. 96.

<sup>422</sup> P.-M. Le Corre, « Les créanciers antérieurs dans le projet de sauvegarde des entreprises », *LPA* 10 juin 2004, n° 22, p. 25.

<sup>423</sup> F. Ganaye, « L'efficacité de l'institution des contrôleurs renforcée par la loi du 26 juillet 2005 », *RLDA* 2005/12, n° 88, p. 13.

<sup>424</sup> I. Riviere-Pavard, « La représentation des créanciers », *LPA* 20 mars 2007, p. 12.

des créanciers<sup>425</sup>. Avec le recul de quelques années, la pratique apparaît assez critique envers cette institution car la prévalence des nominations intéressées et égoïstes semble demeurer très majoritaire<sup>426</sup>. Il faut dire que le créancier contrôleur a toujours fait l'objet d'une certaine méfiance de la part du législateur, ce qui montre la limite de l'action en carence qui lui a été reconnue.

**99. La méfiance du législateur à l'encontre du créancier contrôleur.** Le contrôleur a toujours fait l'objet d'une certaine méfiance. En effet, loin d'agir conformément à l'intérêt de la collectivité des créanciers dans son ensemble, le contrôleur a été vu comme un représentant d'intérêts seulement catégoriels des créanciers<sup>427</sup>. Il aurait donc permis, au mieux, l'expression distincte dans la procédure des intérêts des créanciers privilégiés et des créanciers chirographaires<sup>428</sup>. Pire, une partie de la doctrine soulignait le fait que le créancier nommé contrôleur agissait surtout dans son seul intérêt, ce qui en faisait un acteur suspect<sup>429</sup>. Cela peut expliquer le fait que le « *contrôleur n'était pas au centre des préoccupations des professionnels* » qui souhaitaient plutôt reconnaître des droits spécifiques aux créanciers, ou groupes de créanciers, représentant au moins 15 % des créances à la date du jugement d'ouverture<sup>430</sup>.

À l'instar du syndic, si le contrôleur était jadis élu par ses pairs, il n'en va plus de la sorte depuis la loi de 1935<sup>431</sup>. Par ailleurs, depuis la réforme de 2005, seul le ministère public peut solliciter sa révocation<sup>432</sup>. La méfiance envers les contrôleurs peut toujours exister aujourd'hui et l'impétrant ne peut pas nécessairement contester l'avis du juge. Ainsi, lorsque le juge-commissaire estime que le candidat ne présente pas les garanties suffisantes pour assurer

---

<sup>425</sup> G.-A. Likillimba, « Le préjudice individuel et/ou collectif en droit des groupements », *RTD com.* 2009, p. 1.

<sup>426</sup> M. Menjucq, L. Spizzichino, H. Bourbouloux et S. Gorrias, « Les perspectives d'évolution du rôle des créanciers en droit des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll.* 2019, table ronde 2 ; C. Delattre, « Le créancier contrôleur est-il "un cheval de Troie" ? », *BJE* mars 2020, n° 117p2, p. 56.

<sup>427</sup> J.-M. Calendini, « La revalorisation du rôle des contrôleurs », *LPA* 14 sept. 1994, p. 67.

<sup>428</sup> A.-M. Frison-Roche, « Le contrôleur », *LPA* 14 juin 1995 n° sp., p. 8.

<sup>429</sup> En ce sens, J.-B. Carpentier et A. Charvériat, « Les contrôleurs », *Gaz. Pal.* 4 mars 1995, 1, doct., n° 26, p. 259 ; G. Teboul, « Les contrôleurs : constats et perspectives », *Gaz. Pal.* 5 juin 1999, 1, doct., p. 695. V. cependant J.-L. Vallens, « Le statut et le rôle du contrôleur dans les procédures de redressement judiciaire », *RTD com.* 1998, p. 952, pour qui la défense de l'intérêt personnel du créancier peut néanmoins parfois profiter à tous les créanciers.

<sup>430</sup> M. Jockey, « Le nouveau personnage du contrôleur » in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, Dalloz, 1995, p. 132. L'auteur précise que l'hypothèse a été écartée par le législateur en raison des difficultés pour calculer cette fraction de 15 %.

<sup>431</sup> *Ibid.*

<sup>432</sup> Car, selon un auteur, « Il devenait paradoxal de laisser au mandataire judiciaire la possibilité de demander la révocation d'un contrôleur qui précisément a pour mission de le surveiller et surtout d'agir en cas de carence de sa part, mais concernant le juge-commissaire, en écartant la possibilité de saisine de ce dernier en vue de révoquer le contrôleur, le législateur renforce indirectement sa mission d'assistance de ce juge, en lui ménageant une indépendance vis-à-vis de ce dernier. » : P. Roussel Galle, « Les contrôleurs, gardiens de l'intérêt collectif », *Gaz. Pal.* 10 sept. 2005, p. 3.

sa mission dans des conditions irréprochables, il n'est pas tenu de désigner le contrôleur qui pourra néanmoins exercer un recours contre cette décision en application de l'article R. 621-21 du code de commerce<sup>433</sup>. Du reste, le fait que le juge-commissaire refuse la nomination, alors que le nombre maximum de cinq contrôleurs n'est pas atteint, n'est pas de nature à lui ouvrir la voie de l'appel-nullité<sup>434</sup>. La méfiance vient également du législateur qui, afin d'éviter les abus, a prévu la nécessité de réunir une majorité de voix des créanciers afin d'enclencher l'action en carence s'agissant des actions du Titre V portant sur les responsabilités et sanctions<sup>435</sup>. Ce contrôle confié au juge et la nécessité d'agir dans l'intérêt collectif des créanciers montrent la proximité de la mission du contrôleur avec celles des mandataires de justice, un auteur jugeant qu'ils sont devenus des « *auxiliaires* » des organes de la procédure<sup>436</sup>. Cette idée paraît confirmée par le fait que, depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, les administrations financières, les institutions sociales et l'AGS, puissent être désignées contrôleuses de droit. Comme le souligne M<sup>me</sup> Pérochon, les objectifs de l'AGS « *coïncident directement et parfaitement avec ceux des procédures collectives : comme le législateur en la matière, l'AGS se soucie à titre principal du maintien de l'emploi, qui lui évite de supporter les coûts des licenciements ; mais elle se préoccupe aussi du désintéressement des créanciers puisque, à ce titre, elle récupère, bon an mal an, environ 36 % du montant de ses avances* »<sup>437</sup>. Du fait de leur statut particulier, ces créanciers institutionnels sont davantage susceptibles de respecter la logique désintéressée qui doit présider à l'exercice des prérogatives de contrôleur. En somme, l'action en carence reconnue au créancier contrôleur a permis de restaurer un mécanisme de surveillance du mandataire judiciaire mais selon des modalités qui ne contredisent pas l'objectif de sauvegarde de l'activité économique.

En définitive, l'analyse de la nature procédurale de l'action du mandataire judiciaire a permis d'expliquer le monopole dont il bénéficie et la disparition de l'action dite *ut singuli* après la loi du 25 janvier 1985. Si l'abandon de la technique de représentation paraît de prime abord paradoxal, il confirme surtout le fait que la mission du mandataire judiciaire profite au

---

<sup>433</sup> Cass. com., 21 févr. 2012, QPC, n° 11-40.100, *Bull. civ. IV*, n° 48 ; *D.* 2012, p. 550, obs. A. Lienhard ; *Gaz. Pal.* 28 avr. 2012, p. 12, obs. I. Rohart-Messenger ; *Procédures* 2012, comm. 183, note B. Rolland ; *Rev. proc. coll.* 2012, comm. 61, note P. Cagnoli.

<sup>434</sup> Cass. com., 29 sept. 2015, n° 14-15.619, *Bull. civ. IV*, n° 86 ; *JCP E* 2015, 1596, note T. Stefania ; *ibid.* 2016, 1, obs. P. Pétel ; *Procédures* 2015, comm. 12, obs. B. Rolland ; *Rev. proc. coll.* 2016, comm. 36, obs. P. Cagnoli.

<sup>435</sup> C. com., art. L. 651-3, L. 653-7 et L. 654-17. Il faut remarquer que ces actions n'intéressent pas directement l'intérêt collectif des créanciers, entendu comme la reconstitution du gage commun. Sur les raisons de ce paradoxe, v. *infra* n°s 180 et s.

<sup>436</sup> F. Derrida, « Du rôle des contrôleurs dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires » in *Procédures collectives et droit des affaires : morceaux choisis. Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, éd. Frison-Roche, 2000, n° 5, p. 91.

<sup>437</sup> F. Pérochon, « L'AGS contrôleur, l'AGS et la désignation des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires », *Rev. proc. coll.* 2019, dossier 4, n° 10, p. 58.

moins autant à la poursuite de l'activité qu'au paiement des créanciers. Par conséquent, la rigueur du monopole reconnu au mandataire judiciaire s'imposait car le maintien de l'action dite *ut singuli* aurait permis aux créanciers de faire échapper des sommes utiles à la poursuite de l'activité. Dans ces conditions, l'idée selon laquelle le changement de finalité des procédures collectives commandait la scission des fonctions du syndic est sérieusement remise en cause.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 2

**100. L'impossibilité d'expliquer la portée du monopole du mandataire judiciaire par la notion de représentation judiciaire des créanciers.** Le nouveau droit commun de la représentation distingue les différentes sources de représentation : légale, judiciaire et conventionnelle. Si le représenté est dessaisi dans les deux premiers cas, il ne l'est pas dans le troisième. À cet égard, l'interdiction des poursuites individuelles imposée aux créanciers et la désignation judiciaire du mandataire judiciaire semblent faire de la représentation des créanciers une représentation de nature judiciaire. Pourtant, à bien considérer les choses, cette qualification n'est guère convaincante. Le lien qui unissait le syndic aux créanciers a longtemps emprunté à la fois au régime de la représentation judiciaire et à celui de la représentation conventionnelle. En raison de l'origine contractuelle du groupement des créanciers, seules les interventions successives du législateur ont pu les dessaisir progressivement de toutes leurs prérogatives, au point de les placer dans une situation similaire aux personnes faisant l'objet d'une représentation judiciaire. Toutefois, la loi du 25 janvier 1985 n'a pas expressément retiré aux créanciers le droit d'exercer l'action dite *ut singuli*. Par conséquent, la désignation judiciaire du mandataire judiciaire comme la suspension des poursuites individuelles ne suffisent pas à expliquer la décision *Cousin Lafférière* qui a privé les créanciers de l'exercice de cette action dite *ut singuli*.

**101. La justification du monopole du mandataire judiciaire par la nature procédurale de l'action exercée dans l'intérêt collectif des créanciers.** L'analyse de la nature procédurale de l'action du mandataire judiciaire apporte l'explication technique au monopole du mandataire judiciaire et l'impossibilité pour les créanciers d'exercer dorénavant l'action dite *ut singuli*. Avant la réforme du 25 janvier 1985, le syndic exerçait une action en représentation au sens de l'article 117 du code de procédure civile. Depuis la suppression de la masse, l'action doit être analysée comme une action dans un intérêt déterminé et attitrée. L'intérêt déterminé est l'intérêt collectif des créanciers et le mandataire judiciaire est la seule personne habilitée à le défendre. C'est ce caractère attitré de l'action qui explique la rigueur du monopole dont bénéficie le mandataire judiciaire.

Sur le fond, retirer aux créanciers l'exercice de l'action dite *ut singuli* devenait une nécessité afin que ces derniers ne fassent pas échapper des sommes nécessaires à la poursuite de l'activité. Ce retrait s'est accompagné d'une disqualification de la mission du mandataire judiciaire qui ne consiste plus, sur un plan procédural, à représenter les créanciers. Cette

évolution a cependant supprimé un moyen de contrôle utile du mandataire judiciaire. La loi du 26 juillet 2005 a tenté de remédier à cette situation en permettant au créancier nommé contrôleur d'exercer une action en carence. La mission de ce dernier relève toutefois davantage de celle d'un organe subsidiaire que du contrôle d'un représenté sur son représentant.

En définitive, le monopole du mandataire judiciaire apparaît comme un outil garantissant l'affectation à l'entreprise des sommes récoltées grâce aux actions intentées dans l'intérêt collectif des créanciers. Ces sommes profitant au moins autant à la poursuite de l'activité qu'au paiement des créanciers, l'idée selon laquelle le changement de finalité des procédures collectives par la loi du 25 janvier 1985 justifiait une scission des fonctions des mandataires de justice semble bien remise en cause.



## CONCLUSION DU TITRE 1

**103. La fonction paradoxale du mandataire judiciaire.** La scission des fonctions du syndic a été motivée par l'idée selon laquelle il ne serait pas possible de confier à une même personne le soin de défendre l'intérêt des créanciers et celui de l'entreprise. À l'étude de la fonction du mandataire judiciaire, cette idée semble mise à mal. D'une part, certaines de ses actions relèvent d'une logique parfois étrangère à la protection du gage commun. Même lorsque ses actions suivent cet objectif, elles profitent au moins autant à l'entreprise qu'au paiement des créanciers.

D'autre part, le mandataire judiciaire dispose d'un strict monopole pour défendre l'intérêt collectif des créanciers. Ce monopole conduit à priver les créanciers de l'exercice de l'action dite *ut singuli*. Cette solution ne peut s'expliquer qu'en raison du changement de nature procédurale de l'action du mandataire judiciaire comparée à celle dont disposait le syndic. Par conséquent, au regard des catégories de la procédure civile, le mandataire judiciaire ne peut plus être qualifié de représentant des créanciers. La paralysie de l'action dite *ut singuli* s'imposait car maintenir cette action aurait permis aux créanciers de soustraire des sommes utiles à la poursuite de l'activité. Toutefois, la neutralisation de cette action a privé la procédure d'un contrôle du mandataire judiciaire. Une tentative de réponse a été apportée par l'instauration d'une action en carence ouverte au créancier contrôleur, agissant lui aussi dans l'intérêt collectif des créanciers, mais qui apparaît davantage comme un organe subsidiaire qu'un représenté contrôlant son représentant.

En somme, l'étude de la mission de défense de l'intérêt collectif des créanciers s'achève sur un sentiment d'étonnement. Tandis que la justification de la scission des fonctions des mandataires de justice aurait voulu que l'action du mandataire judiciaire profite aux créanciers, il apparaît que la défense de l'intérêt collectif des créanciers sert plutôt d'instrument de régulation de la procédure en vue de favoriser la poursuite de l'activité. Ce paradoxe invite alors à se demander si la spécificité de la mission d'administration judiciaire justifiait davantage la scission des fonctions des mandataires de justice.



## TITRE 2 : LA FONCTION DE L'ADMINISTRATEUR JUDICIAIRE

**104. Plan du titre.** La logique de la loi du 25 janvier 1985 reposait sur l'idée d'après laquelle « *Le droit des entreprises en difficulté [devait] être repensé en fonction de l'intérêt de l'entreprise elle-même, source d'activité économique et d'emplois* »<sup>438</sup>. Pourtant, aucune définition de cet intérêt n'a été donnée par cette loi. Surtout, si les fonctions de l'ancien syndic ont été scindées, l'intérêt de l'entreprise n'est pas le fondement juridique de la mission de l'administrateur judiciaire. Ce dernier peut être habilité à exercer les droits du débiteur, seul ou conjointement avec celui-ci. Une telle habilitation lui permet-elle d'œuvrer efficacement au sauvetage de l'entreprise ? Cet objectif peut être atteint grâce à l'adoption d'un plan de continuation ou par une cession de l'entreprise. Les deux solutions nécessitent une préservation du patrimoine du débiteur avant que le tribunal statue. En effet, si le patrimoine du débiteur n'était pas protégé durant la période d'observation, aucun projet de plan de continuation ne paraîtrait crédible aux yeux du tribunal. De même, afin que l'entreprise puisse être cédée, il faut conserver les actifs du débiteur avant que le tribunal choisisse le repreneur.

Autrement dit, l'administrateur ne pouvant agir au sens strict dans l'intérêt de l'entreprise, il faut apprécier dans quelle mesure il peut protéger le patrimoine du débiteur. La sauvegarde de l'entreprise étant l'objectif premier de la procédure collective, la logique voudrait que l'administrateur soit le plus à même d'effectuer cette tâche. Cependant, le mandataire judiciaire peut déjà agir en cas d'atteinte au gage commun des créanciers. Il en découle que les deux mandataires de justice semblent habilités à solliciter la réparation d'un même préjudice. En vérité, il en va autrement car la Cour de cassation refuse un tel partage de compétences et restreint l'action de l'administrateur à la réparation d'un préjudice du débiteur distinct de celui subi collectivement par les créanciers<sup>439</sup>. Par conséquent, l'efficacité des actions de l'administrateur apparaît plus limitée que celles du mandataire judiciaire pour protéger le patrimoine du débiteur. Le constat paraît surprenant au regard de l'idée selon laquelle le changement de finalité des procédures collectives imposait la scission des fonctions des mandataires de justice (Chapitre 1).

---

<sup>438</sup> Projet de loi n° 1578 *relatif au règlement judiciaire*, Exposé des motifs, p. 3.

<sup>439</sup> Cass. com., 13 mars 2007, n° 06-13.325, *Bull. civ. IV*, n° 86 ; *D.* 2007, p. 1020, obs. A. Lienhard ; *JCP E* 2008, 2101, p. 28, obs. Y. Paclot et P. Roussel Galle ; *Gaz. Pal.* 21 juill. 2007, p. 49, obs. R. Routier ; *Act. proc. coll.* 2007, n° 9, n° 107, obs. D. Legeais ; *BJS* juill. 2007, p. 839, note F.-X. Lucas ; *Rev. proc. coll.* 2007, p. 238, obs. A. Martin-Serf.

Ce paradoxe peut être résolu si la mission de l'administrateur judiciaire cesse d'être appréhendée comme une mission au service de l'un des intérêts en présence plutôt qu'un autre. En effet, l'administration de l'entreprise remplit surtout une fonction conservatoire. Or, une telle mesure sert davantage à cristalliser une situation qu'elle ne tend à la défense d'un intérêt particulier au détriment d'un autre. Que la procédure aboutisse à un plan de continuation, une cession de l'entreprise ou une liquidation des actifs, il faut que l'activité soit préservée le temps que le tribunal statue sur le sort du débiteur. L'administrateur apparaît donc comme une sorte de gardien de ce qui semble être un bien d'une nature particulière. Cette fonction le place dans une position de neutralité au regard des intérêts en présence. À cet égard, la nécessité de scinder les fonctions du syndic semble encore devoir être remise en cause (Chapitre 2).

## CHAPITRE 1 : L'EFFICACITÉ RELATIVE DES ACTIONS DE L'ADMINISTRATEUR JUDICIAIRE

**105. Plan du chapitre.** L'activité peut être sauvée grâce à l'adoption d'un plan de continuation ou d'une cession de l'entreprise. Quelle que soit la modalité retenue, le patrimoine du débiteur doit être préservé le temps que le tribunal statue sur le sort du débiteur. À défaut, les capacités du débiteur à exécuter un plan de continuation ne seraient pas jugées suffisamment sérieuses. De même, si le sauvetage de l'entreprise passe par la voie d'une cession, il faut préserver les actifs du débiteur afin que l'autonomie de l'activité soit maintenue avant ladite cession. Autrement dit, il semble logique que, pour remplir sa mission, l'administrateur soit à même de protéger le patrimoine du débiteur. Il convient alors d'apprécier dans quelle mesure l'administrateur est à même d'exécuter efficacement cette mission.

À l'instar du mandataire judiciaire, l'administrateur judiciaire dispose parfois d'habilitations spéciales à exercer des actions spécifiques aux procédures collectives. Si certaines actions contribuent plutôt efficacement à la préservation de l'entreprise, d'autres suivent une finalité ambivalente et peuvent avoir un effet étranger, voire contraire à l'objectif de sauvegarde de l'activité (Section 1). L'administrateur judiciaire peut être également chargé d'assurer l'administration de l'entreprise, seul ou de concert avec le débiteur. Il devrait donc pouvoir demander réparation de toute atteinte au patrimoine du débiteur. Pourtant, la Cour de cassation juge qu'une telle demande relève du monopole du mandataire judiciaire et restreint ainsi le droit d'agir de l'administrateur à la réparation d'un préjudice du débiteur distinct de celui subi collectivement par les créanciers<sup>440</sup>. De ce fait, la contribution de l'administrateur ne peut être que résiduelle lorsqu'il s'agit de demander réparation de l'atteinte au patrimoine du débiteur. La solution ne manque pas de surprendre car le fruit de l'action du mandataire judiciaire, comme celui de l'action de l'administrateur, entre dans le patrimoine du débiteur et profite en premier lieu à la poursuite de l'activité (Section 2).

### SECTION 1 : LA FINALITÉ AMBIVALENTE DES HABILITATIONS SPÉCIFIQUES AUX PROCÉDURES COLLECTIVES

**106. Plan de la section.** L'article L. 622-4 du code de commerce habilite l'administrateur à effectuer les actes « *nécessaires à la conservation des droits de l'entreprise* ». En dépit d'une incertitude sur la portée exacte de cette habilitation, elle permet à l'administrateur de préserver

---

<sup>440</sup> Cass. com., 13 mars 2007, arrêt préc.

plutôt efficacement le patrimoine du débiteur (§ 1). Les articles L. 632-1 et L. 621-2 habilent l'administrateur à demander respectivement la nullité des actes passés durant la période suspecte ou l'extension de la procédure à un second débiteur en cas de fictivité d'une personne morale ou de confusion des patrimoines. À l'instar de ce qui a été souligné lors de l'étude des prérogatives du mandataire judiciaire<sup>441</sup>, ces actions semblent parfois relever d'une logique étrangère, voire contraire à la sauvegarde de l'activité, ce qui montre l'ambivalence des habilitations spéciales à agir dont dispose l'administrateur judiciaire (§ 2).

### § 1 : L'habilitation à conserver les droits du débiteur

**107. La conservation des droits du débiteur.** L'article L. 622-4 du code de commerce dispose que « *dès son entrée en fonction, l'administrateur est tenu de requérir du débiteur ou, selon le cas, de faire lui-même tous actes nécessaires à la conservation des droits de l'entreprise contre les débiteurs de celle-ci et à la préservation des capacités de production* ». L'entreprise n'étant pas dotée de la personnalité, il faut nécessairement entendre ici l'expression « *droits de l'entreprise* » comme les droits du débiteur<sup>442</sup>. L'action lui étant attitrée, l'administrateur peut agir, quelle que soit la mission qui lui a été confiée<sup>443</sup>. Cette habilitation apparaît donc comme une garantie que les mesures conservatoires nécessaires sont prises même en l'absence de dessaisissement du débiteur. Sur ce point, les prérogatives confiées à l'administrateur permettent de s'assurer de l'efficacité de sa mission.

Toutefois, l'étendue exacte des actions que l'administrateur judiciaire peut exercer est sujette à discussion. Ainsi, la question de savoir si la conservation des droits comprend le droit pour l'administrateur de se constituer partie civile pour défendre les droits du débiteur n'est pas aisée à trancher. Par exemple, les associés peuvent exercer une action *ut singuli* contre le représentant légal de la société qui aurait causé un préjudice à cette dernière. L'ouverture d'une procédure collective implique-t-elle également que l'administrateur judiciaire puisse exercer cette action ? Lorsqu'une mission de représentation a été confiée à l'administrateur, aucun doute n'est permis car ce dernier peut exercer l'ensemble des droits du débiteur et le pouvoir de blocage des dirigeants est neutralisé. Pour les missions de surveillance et d'assistance, la réponse est moins évidente.

---

<sup>441</sup> V. *supra* nos 51 et s.

<sup>442</sup> P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., 2020, n° 462.131, p. 1286.

<sup>443</sup> *Ibid.*

La chambre criminelle de la Cour de cassation a eu l'occasion d'apporter, indirectement, des éléments de réponse par un arrêt rendu le 27 février 2002<sup>444</sup>. Dans cette affaire, les dirigeants d'une société placée en procédure collective étaient suspectés d'avoir commis un abus de biens sociaux. En première instance, l'administrateur judiciaire, qui ne s'était pas vu confier de mission de représentation du débiteur, et le mandataire judiciaire s'étaient constitués parties civiles. Leur demande avait été rejetée en raison de leur absence de droit d'agir. L'administrateur judiciaire a fait appel de la décision et, entre temps, le président du tribunal de commerce a nommé un mandataire *ad hoc* afin de représenter la société. La cour d'appel a jugé que le mandataire *ad hoc* avait qualité pour exercer l'action en appel et a condamné les dirigeants, auteurs de l'abus de biens sociaux, à indemniser la société. Ces derniers ont contesté devant la Cour de cassation la qualité de l'administrateur judiciaire pour faire appel de la décision. La chambre criminelle a rejeté l'objection en jugeant que l'administrateur avait bien qualité pour faire appel dans la mesure où ce recours relevait des « *actes nécessaires à la conservation des droits de l'entreprise contre les débiteurs de celle-ci* ». Une distinction entre introduction de l'action civile et appel de la décision semble ainsi devoir être opérée.

**108. Les limites de la position de la Cour de cassation.** La solution n'a pas emporté l'adhésion de l'ensemble de la doctrine. Pour un auteur, « *il n'était pas sûr que [l'administrateur] ait eu la capacité d'entretenir une action qu'il n'avait pas le pouvoir d'engager* »<sup>445</sup>. Un autre y voit au contraire une solution « *astucieuse* »<sup>446</sup> et nécessaire lorsque la mission confiée à l'administrateur n'inclut pas le pouvoir d'agir en justice. La saisine de la Cour de cassation ne portait pas sur le point de savoir si l'administrateur pouvait se constituer directement partie civile. Toutefois, à la lecture de la décision, il semble qu'elle rejette une telle constitution tout en lui reconnaissant néanmoins le droit de faire appel de la décision afin de conserver les droits de l'entreprise. La solution est assurément opportune en ce qu'elle permet de préserver les droits de la société contre ses dirigeants. Cependant, elle aboutit aussi à une situation paradoxale au point de se demander si elle ne serait pas par trop subtile. M. Lucas suggère de reconnaître à l'administrateur le droit de se constituer partie civile dès l'exercice initial de l'action civile lorsque l'écoulement du temps fait craindre une prescription et qu'il devient urgent d'exercer l'action<sup>447</sup>. La proposition est cohérente. S'il s'agit de préserver le potentiel de l'entreprise, l'administrateur judiciaire devrait pouvoir agir aussi bien en appel que

<sup>444</sup> Cass. crim., 27 févr. 2002, n° 01-82.594, *Bull. crim.*, n° 52, p. 155 ; *BJS*, sept. 2002, p. 777, note F.-X. Lucas ; *RTD com.* 2002, p. 557, obs. B. Boulloc.

<sup>445</sup> B. Boulloc, obs. sous Cass. crim., 27 févr. 2002, n° 01-82.594, *RTD com.* 2002, p. 557.

<sup>446</sup> F.-X. Lucas, obs. sous Cass. crim., 27 févr. 2002, n° 01-82.594, *BJS* sept. 2002, p. 777.

<sup>447</sup> *Ibid.*

pour introduire l'action civile car on voit mal ce qui justifie de contraindre l'administrateur à attendre de pouvoir exercer une voie de recours afin d'intervenir. Le critère de l'urgence ne semble en revanche pas le plus pertinent. Si l'on reprend la conception de l'acte conservatoire proposée par M. Brenner, dès lors que l'action civile a pour but de préserver les richesses du débiteur face au risque de disparition que constitue l'inaction du dirigeant, l'administrateur devrait pouvoir agir car la mesure conservatoire est davantage conditionnée par sa nécessité que son urgence<sup>448</sup>.

La décision de la Cour de cassation semble restreindre les cas dans lesquels l'administrateur peut exercer directement une action tendant à la conservation des droits du débiteur. En ce sens, elle pourrait constituer une entrave injustifiée à l'exercice de la mission de l'administrateur. L'étude des actions destinées à reconstituer le patrimoine du débiteur montre une autre difficulté tenant à la poursuite d'objectifs parfois étrangers à la préservation de l'entreprise.

## § 2 : La reconstitution du patrimoine du débiteur

**109. L'action de l'administrateur judiciaire sollicitant la nullité d'un acte passé durant la période suspecte.** L'action en nullité de la période suspecte permet d'obtenir l'annulation d'actes passés entre la cessation des paiements et l'ouverture de la procédure<sup>449</sup>. L'article L. 632-4 dispose qu'elle « *a pour effet de reconstituer l'actif du débiteur* » et précise que l'administrateur, le mandataire judiciaire et le commissaire à l'exécution du plan peuvent exercer l'action. Si l'administrateur judiciaire peut exercer cette action, il faut encore en préciser les conditions de recevabilité. Dans la mesure où l'administrateur est habilité à agir par un texte, aucun doute n'existe s'agissant de sa qualité à agir. En revanche, il faut savoir s'il doit, en outre, démontrer un intérêt à agir.

La loi exige parfois de caractériser l'intérêt à agir, en plus de la qualité, alors que dans d'autres hypothèses elle en dispense le demandeur<sup>450</sup>. Si l'administrateur devait prouver un intérêt à agir, il faudrait s'interroger sur l'intérêt en cause. Il ne peut pas montrer qu'il agit dans l'intérêt de l'entreprise, dans la mesure où cette notion n'est pas consacrée par le droit des procédures collectives comme le fondement de l'action de l'administrateur. Puisqu'il exerce

<sup>448</sup> C. Brenner, *L'acte conservatoire*, préf. P. Catala, LGDJ, 1999, n° 172, p. 94.

<sup>449</sup> C. com., art. L. 632-1 et s. Les développements suivants incluent l'action en rapport régie par l'article L. 632-3 du code de commerce.

<sup>450</sup> V. *supra*, n° 51.



une action qui lui est attitrée, il ne devrait pas davantage avoir à montrer en quoi elle est exercée dans l'intérêt du débiteur. Dans la mesure où, la jurisprudence n'exige ni du mandataire judiciaire ni de l'administrateur judiciaire la preuve d'un préjudice subi par les créanciers ou le débiteur afin de solliciter cette nullité<sup>451</sup>, l'incertitude est limitée et l'administrateur est sûrement dispensé de démontrer l'intérêt dans lequel il agit<sup>452</sup>. À l'instar de ce qui a été montré à propos du mandataire judiciaire, cette action montre que les mandataires de justice exercent parfois des actions patrimoniales sans qu'il soit expressément question de défendre l'un des intérêts en présence<sup>453</sup>. Se demander à qui profite l'action en nullité permet d'expliquer pourquoi il serait difficile d'exiger des mandataires de justice la preuve d'un intérêt à agir.

**110. Les incertitudes portant sur l'intérêt servi par l'action en nullité.** Lorsque l'action est exercée au cours de la période d'observation d'une procédure qui aboutit à un plan de redressement, elle permet la reconstitution du patrimoine du débiteur. L'action contribue ainsi à assurer la poursuite de l'activité par ce dernier et profite, indirectement, aux créanciers.

En revanche, l'hypothèse d'une cession totale de l'entreprise montre que l'intérêt de l'entreprise ne coïncide pas toujours avec celui des créanciers. La logique de sollicitude du législateur envers l'entreprise aurait pu le conduire à affecter le fruit de l'action au repreneur. Toutefois, l'article L. 632-4 du code de commerce mentionne expressément le fait que l'action permet la reconstitution de l'actif du débiteur, ce qui implique que, même en cas de cession, le résultat de l'action ne peut qu'intégrer le patrimoine du débiteur<sup>454</sup>. Le fruit de l'action en nullité profite donc aux créanciers lorsqu'elle est mise en œuvre après la cession de l'entreprise. La solution s'entend car, à ce stade, la préservation de l'entreprise est théoriquement acquise car l'activité continue grâce au repreneur.

En revanche, si l'action aboutit avant la cession de l'entreprise, l'action ne profite plus nécessairement aux créanciers. En effet, il faut distinguer selon les conséquences de l'annulation de l'acte. Si cette annulation conduit à récupérer une somme d'argent, l'action profite bien aux créanciers qui en percevront le fruit soit dans le cadre du plan de redressement arrêté à la suite de la cession lorsque cela est possible ou, à défaut, lors des opérations de

<sup>451</sup> Cass. com., 16 févr. 1993, n° 91-11.235, *Bull. civ.* IV, n° 62, p. 41 ; *JCP E* 1993, I, 273, n° 9, obs. M. Cabrillac et P. Pétel. Pour un exemple plus récent, v. Cass. com., 29 mai 2001, n° 98-16.142, Inédit ; *Dr. sociétés* 2001, comm. 161, note J.-P. Legros ; *RD bancaire et fin.* 2001, comm. 237, note F.-X. Lucas.

<sup>452</sup> V. *supra*, n° 109.

<sup>453</sup> V. *supra*, n° 52.

<sup>454</sup> C. Saint-Alary-Houin et M.-H. Monsérié-Bon, *JCl. Procédures collectives*, fasc. 2502, « Redressement et liquidation judiciaires – Nullités de droit et nullités facultatives – Notion. Actions voisines (action paulienne, abus de droit) – Exercice de l'action et conséquences », éd. 2020, n° 32 ; F. Vinckel, *La théorie des nullités à l'épreuve du droit des procédures collectives*, th. Paris 2, 1999, n° 444, p. 303.

liquidation. Si l'annulation permet de récupérer un bien, inclus dans le périmètre de la cession, la reconstitution du patrimoine ainsi réalisée devrait en principe conduire à valoriser le prix de cession de l'entreprise. Toutefois, dans la mesure où il n'existe aucune obligation de céder l'entreprise pour un prix égal à la valeur des actifs, les créanciers ne profitent pas nécessairement de la reconstitution issue de l'action en nullité. L'étude de l'hypothèse d'une cession de l'entreprise montre donc que, dans certains cas, la préservation de l'entreprise ne converge plus avec l'intérêt des créanciers.

De même en liquidation judiciaire, il faut à nouveau distinguer les situations. Soit, la liquidation est réalisée sans maintien de l'activité et l'action profite nécessairement aux créanciers. Soit, l'activité est maintenue afin de préparer une cession de l'entreprise. L'action profite alors également aux créanciers, sauf si elle conduit à nouveau à récupérer un bien inclus dans la cession de l'entreprise. Dans ces conditions, comment expliquer que tous les mandataires de justice sont habilités à exercer cette action ?

**111. La justification du concours d'habilitation à agir des différents mandataires de justice.** Il a été soutenu qu'en multipliant les qualités à agir, le législateur s'est assuré avant tout que toutes les actions envisageables soient mises en œuvre<sup>455</sup>. Selon M. Cagnoli, les différents mandataires de justice sont habilités à exercer certaines actions, parmi lesquelles les nullités de la période suspecte, car il n'est pas possible de déterminer à qui profitera *in fine* l'action lorsqu'elle est intentée au cours de la période d'observation. Il faut considérer qu'elle est exercée dans un intérêt commun précaire, celui de l'entreprise, avant que ne soit identifié l'intérêt définitif, qui peut être celui de l'entreprise ou des créanciers selon le sort de l'entreprise qui est réservée à l'entreprise par le tribunal<sup>456</sup>. C'est probablement ce qui explique que la Cour de cassation n'exige pas la démonstration d'un intérêt à agir pour exercer cette action.

De cette situation surgit néanmoins un paradoxe. Afin de déterminer à qui va profiter de l'action, il est indifférent de savoir quel mandataire de justice agit<sup>457</sup>. Seule la décision du tribunal statuant sur le sort de l'entreprise permet de le savoir. Dans ces conditions, il faut à nouveau relativiser l'idée selon laquelle le bouleversement de la hiérarchie des intérêts opérée par la loi du 25 janvier 1985 justifiait la scission des fonctions du syndic. Si l'habilitation à agir

---

<sup>455</sup> P. Cagnoli, *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, dir. J. Héron, préf. T. Le Bars, LGDJ, 2002, n° 102, p. 76.

<sup>456</sup> *Ibid.*, n° 113, p. 84.

<sup>457</sup> *Ibid.*, n° 109, p. 82.

de l'administrateur lui permet d'accomplir sa mission, il s'avère qu'il n'agit pas nécessairement dans l'intérêt de l'entreprise.

**112. L'action en extension de la procédure.** À l'instar de ce qui a été vu lors de l'étude des actions du mandataire judiciaire<sup>458</sup>, l'action en extension de la procédure permet le plus souvent d'attirer des actifs dans la procédure, ce qui contribue à améliorer les possibilités de poursuite de l'activité par le débiteur. Il demeure toutefois que, si la procédure est étendue à un débiteur dont la situation financière est plus mauvaise que celle du premier débiteur, l'action ne serait pas exercée dans l'intérêt de l'entreprise. Or, il faut rappeler que la Cour de cassation juge, par exemple, que « *pour caractériser des relations financières anormales constitutives d'une confusion de patrimoines, les juges du fond n'ont pas à rechercher si celles-ci ont augmenté, au préjudice de ses créanciers, le passif du débiteur soumis à la procédure collective dont l'extension est demandée* »<sup>459</sup>. Partant, il n'est pas impossible que l'administrateur, en sollicitant l'extension de la procédure, compromette le sauvetage de l'entreprise. Une telle démarche semblerait paradoxale. Faut-il en conclure que l'action de l'administrateur serait jugée irrecevable pour défaut d'intérêt à agir ? Il est possible d'en douter. D'une part, il n'est pas toujours possible de déterminer, au moment où l'action est intentée, si elle apportera davantage d'actifs ou de dettes une fois les patrimoines réunis. D'autre part, en cas de confusion des comptes des deux débiteurs, il semble difficile pour l'administrateur de préparer la restructuration de l'activité si les deux patrimoines ne sont pas réunis. Autrement dit, la mission des mandataires de justice semble devoir s'émanciper parfois de la seule défense des intérêts en présence<sup>460</sup>.

En dépit des incertitudes relatives à la conservation des droits du débiteur et la finalité ambivalente des habilitations spéciales à agir partagées avec le mandataire judiciaire, les actions attitrées de l'administrateur judiciaire lui permettent dans l'ensemble de préserver efficacement le patrimoine du débiteur. Il en va autrement lorsqu'il agit en exerçant les droits du débiteur et non plus en vertu d'une action pour laquelle il est spécialement habilité à agir.

<sup>458</sup> V. *supra* n° 59.

<sup>459</sup> Cass. com., 16 juin 2015, n° 14-10.187, *Bull. civ. IV*, n° 105 ; *Dalloz actualité*, 1<sup>er</sup> juill. 2015, obs. A. Lienhard ; *JCP E* 2015, 1422, note P. Pétel ; *Rev. sociétés* 2015, p. 545, note P. Roussel Galle ; *Dr. sociétés* 2015, comm. n° 155, note J.-P. Legros ; *BJS* sept. 2015, p. 458, note E. Mouial-Bassilana ; *BJE* sept. 2015, p. 282, note L. Le Mesle.

<sup>460</sup> Sur l'analyse plus approfondie de la fonction des mandataires de justice exerçant l'action en extension, v. *infra* n°s 194 et s.

## SECTION 2 : LES RESTRICTIONS À L'EXERCICE DES DROITS DU DÉBITEUR PAR L'ADMINISTRATEUR JUDICIAIRE

**113. Plan de la section.** Lorsqu'il est habilité à exercer les droits du débiteur, l'administrateur devrait pouvoir demander réparation du préjudice subi par ce dernier. Toutefois, la Cour de cassation juge que cette demande relève du monopole du mandataire judiciaire pour défendre l'intérêt collectif des créanciers de sorte que l'administrateur ne semble pouvoir solliciter que la réparation d'un préjudice distinct de celui subi collectivement par les créanciers<sup>461</sup>. L'action de l'administrateur judiciaire apparaît donc résiduelle comparée à celle du mandataire judiciaire. L'examen du régime des actions en responsabilité intentées contre les tiers permet de s'en convaincre (§ 1). L'étude des cas de responsabilité propres au droit des sociétés révèle une situation encore plus problématique. Dans l'ordre externe à la société, seule la démonstration d'une faute séparable permet d'engager la responsabilité du dirigeant ou de l'associé envers un tiers. Si cette règle était appliquée aux actions exercées lors d'une procédure collective, l'éclatement du droit d'agir entre les deux mandataires de justice rendrait encore plus difficile la réparation du préjudice résultant de l'atteinte au patrimoine du débiteur. Le paiement des créanciers comme l'objectif de sauvegarde de l'activité économique seraient ainsi entravés de manière parfaitement injustifiée (§ 2).

## § 1 : Les actions en responsabilité contre les tiers

**114. Plan du paragraphe.** Tout tiers qui a contribué aux difficultés du débiteur peut voir sa responsabilité engagée<sup>462</sup>. Le plus souvent, c'est le banquier dont la responsabilité est recherchée. Toutefois, la responsabilité du tiers dispensateur de crédit est devenue une chose rare et difficile à engager depuis l'adoption de la loi du 26 juillet 2005. L'article L. 650-1 du

<sup>461</sup> Cass. com., 13 mars 2007, n° 06-13.325, *Bull. civ. IV*, n° 86 ; *D.* 2007, p. 1020, obs. A. Lienhard ; *JCP E* 2008, 2101, p. 28, obs. Y. Paclot et P. Roussel Galle ; *Gaz. Pal.* 21 juill. 2007, p. 49, obs. R. Routier ; *Act. proc. coll.* 2007, n° 9, n° 107, obs. D. Legeais ; *BJS* juill. 2007, p. 839, note F.-X. Lucas ; *Rev. proc. coll.* 2007, p. 238, obs. A. Martin-Serf.

<sup>462</sup> Cass. com., 16 oct. 2012, n° 11-22.993, *Bull. civ. IV*, n° 186 ; *JCP G* 2012, 1428, n° 18, obs. P. Pétel ; *JCP E* 2012, 1735, note D. Legeais ; *Gaz. Pal.* 19 janv. 2013, n° 114f3, obs. R. Routier ; *Act. proc. coll.* 2012, alerte 293, obs. C. Regnaut-Moutier ; *LEDEN* déc. 2012, p. 4, obs. N. Borga ; *Rev. sociétés* 2012, p. 730, obs. P. Roussel Galle ; *RTD com.* 2012, p. 829, obs. D. Legeais ; *Rev. proc. coll.* 2013, comm. 93, note A. Martin-Serf ; *BJE* nov. 2012, p. 379, note L. Le Mesle. Cela peut être aussi le cas du fournisseur (Cass. com., 27 févr. 2007, n° 06-13.649, *Bull. civ. IV*, n° 72 ; *Gaz. Pal.* 20 juill. 2007, p. 41, obs. I. Rohart-Messenger ; *LPA* 16 nov. 2007, p. 8, note C. Coutant-Lapalus ; *RLDA* 2007/5, n° 16, p. 30, obs. A. Cerati-Gauthier, *BJS* juin 2007, p. 695, obs. P. Scholer), du franchiseur (Cass. com., 27 mars 2001, n° 99-11.752, Inédit ; *RJDA* 8-9/01, n° 879, p. 760) ou du concédant (Cass. com., 30 juin 2004, n° 01-13.512, Inédit) qui soutiennent le débiteur en dépit de sa situation irrémédiablement compromise.

code de commerce dispose, en effet, que « *lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci* ». Lorsqu'exceptionnellement l'immunité de ce tiers tombe, généralement celle du banquier, il est possible de le poursuivre en mettant en œuvre sa responsabilité en application du droit commun<sup>463</sup>. Encore faut-il étudier à quelles conditions l'administrateur judiciaire peut agir.

La Cour de cassation a expressément jugé que la réparation du préjudice relatif à la rupture abusive de crédit appartenait par principe au mandataire de justice chargé de l'intérêt collectif des créanciers<sup>464</sup>. Par conséquent, l'administrateur judiciaire ne peut œuvrer que marginalement à la reconstitution du patrimoine du débiteur en prouvant l'existence d'un préjudice subi par ce dernier et distinct de celui subi collectivement par les créanciers (I). À s'en tenir à cette distinction, l'administrateur judiciaire aurait tout autant de difficultés à demander réparation des préjudices causés par un concours fautif ou un défaut de mise en garde (II).

#### I. La réparation du préjudice découlant d'une rupture abusive de crédit

**115. La rupture abusive de crédit : distinction entre préjudice collectif des créanciers et préjudice propre du débiteur.** En application de l'article L. 313-12 du code monétaire et financier, l'établissement de crédit ne peut rompre un concours à durée indéterminée que sur

<sup>463</sup> Sur la question, v. V. Forray, « Commentaire complémentaire de l'article L. 650-1 du code de commerce », *RTD com.* 2008, p. 661 ; P. Hoang, « Risque d'entreprise et risque indemnitaire des partenaires externes de l'entreprise en difficulté », *LPA* 10 juill. 2013, p. 6.

Du reste, la Cour de cassation a rappelé que l'article L. 650-1 du code de commerce ne s'appliquait qu'en raison du crédit consenti et non des cas de retrait de crédit (Cass. com., 23 sept. 2020, n° 18-23.221 et n° 19-12.542 ; *D.* 2021, p. 1736, obs. F.-X. Lucas ; *JCP E* 2021, 1055, note M. Combout ; *Gaz. Pal.* 12 janv. 2021, n° 394k9, p. 57, note J. Lasserre Capdeville ; *ibid.* 2 févr. 2021, n° 395v0, p. 62, obs. A. Gouëzel ; *LPA* 19 janv. 2021, n° 158d9, p. 7, obs. G. Teboul ; *Rev. sociétés* 2020, p. 713, obs. F. Reille ; *LEDB* nov. 2020, n° 113p4, p. 7, obs. N. Mathey ; *RDC* mars 2021, n° 117k2, p. 30, note S. Pellet ; *RTD com.* 2020, p. 931, obs. D. Legeais ; *BJS* janv. 2021, n° 121k8, p. 58, obs. J.-C. Pagnucco ; *Rev. proc. coll.* 2020, comm. 166, note A. Martin-Serf ; *BJS* nov. 2020, n° 118f4, p. 39, obs. D. Robine) ou de défaut de mise en garde par le banquier (Cass. com., 20 juin 2018, n° 16-27.693, *Bull. civ.* IV, n° 72 ; *Gaz. Pal.* 9 oct. 2018, n° 332u3, p. 78, obs. J. Lasserre Capdeville ; *ibid.* 23 oct. 2018, n° 333p9, p. 67, obs. S. Moreil ; *LEDEN* oct. 2018, n° 111x6, p. 6, obs. L. Camensuli-Feuillard ; *LEDB* sept. 2018, n° 111p1, p. 2, obs. N. Mathey ; *BJS* sept. 2018, n° 118x4, p. 526, obs. J. Lasserre Capdeville ; *Rev. proc. coll.* 2018, comm. 213, note A. Martin-Serf ; *BJS* sept. 2018, n° 116f2, p. 359). Sur l'ensemble de la question, v. A. Gouëzel, « Le domaine d'application de l'article L. 650-1 du Code de commerce relatif au soutien abusif », *Gaz. Pal.* 11 juin 2019, n° 353x2, p. 48.

<sup>464</sup> Cass. com., 13 mars 2007, n° 06-13.325, arrêt préc.

notification écrite et à l'expiration d'un délai de préavis fixé lors de l'octroi du concours. Ce délai ne peut, sous peine de nullité de la rupture du concours, être inférieur à soixante jours. Lorsque le crédit est à durée déterminée, l'établissement doit en respecter le terme. Ces obligations cessent, que le crédit soit à durée indéterminée ou déterminée, en cas de comportement gravement répréhensible du bénéficiaire du crédit ou lorsque la situation de ce dernier s'avère irrémédiablement compromise. L'établissement qui ne respecte pas ces conditions rompt abusivement son crédit et peut voir sa responsabilité engagée.

Lorsque la réparation du préjudice est demandée au cours d'une procédure collective, la chambre commerciale juge que le débiteur dispose d'une action contractuelle contre l'établissement de crédit qui a rompu abusivement le crédit, tout en précisant que le débiteur qui « *ne justifie pas d'un préjudice distinct de celui des créanciers n'est pas recevable à agir* »<sup>465</sup>. Cette action appartient donc en principe au mandataire judiciaire agissant dans l'intérêt collectif des créanciers. L'administrateur judiciaire, ou le débiteur selon la mission confiée au premier, ne peuvent agir que de manière résiduelle lorsque la faute du banquier a causé un préjudice distinct et spécifique au débiteur. L'arrêt rapporté traitait une difficulté particulière tenant à l'identification de la personne habilitée à agir dans l'intérêt de la société, en cas de cession de l'entreprise, à une époque où la règle était incertaine. Toutefois, au regard de la motivation de la Cour de cassation, la solution semble généralisable et s'appliquer à l'action de l'administrateur judiciaire, à qui une mission d'assistance ou de représentation aurait été confiée. Elle entrerait de ce fait en concurrence avec l'action du mandataire judiciaire<sup>466</sup>. Reste alors à cerner le préjudice distinct que peut subir le débiteur.

Statuant toujours sur une demande d'indemnisation pour rupture abusive de crédit, la Cour de cassation a rappelé que le préjudice collectif des créanciers s'entendait « *du préjudice résultant de la diminution d'actif ou de l'aggravation du passif du débiteur causé par la faute d'un tiers* »<sup>467</sup>. Ainsi, elle a pu juger que la diminution des actifs disponibles résultant des manques à gagner engendrés par une première procédure de redressement judiciaire provoquée par la faute de la banque et l'insuffisance d'actif d'un second redressement judiciaire ouvert contre la même société relevaient exclusivement de l'intérêt collectif des créanciers<sup>468</sup>. De

<sup>465</sup> *Ibid.*

<sup>466</sup> D'ailleurs, dans l'affaire à l'origine de la décision du 13 mars 2007, l'administrateur judiciaire était intervenu en première instance avant de se désister (D. Legeais, obs. sous Cass. com., 13 mars 2007, n° 06-13.325, *Act. proc. coll.* 2007, n° 9, n° 107). Toutefois, il ne semble pas que la question du droit d'agir de l'administrateur judiciaire ait été discutée avant son désistement.

<sup>467</sup> Cass. com., 21 juin 2005, n° 02-17.721, Inédit ; *Gaz. Pal.* 5 nov. 2005, p. 48, obs. R. Routier.

<sup>468</sup> Cass. com., 27 févr. 2007, n° 05-21.255, Inédit.

même, elle a jugé que l'ouverture d'un redressement judiciaire ne constituait pas en soi un préjudice distinct de celui subi collectivement par les créanciers<sup>469</sup>.

Une décision du 5 juillet 1996 rendue par la Cour d'appel de Lyon offre, à l'inverse, un exemple de ce qui pourrait constituer un préjudice distinct subi par le débiteur<sup>470</sup>. Dans cet arrêt, une banque a été condamnée, à la suite d'une action en responsabilité intentée par le débiteur placé en redressement judiciaire, pour rupture abusive de crédit. La Cour d'appel de Lyon condamne la banque à réparer le préjudice du débiteur tenant à la privation d'une possibilité de redressement amiable de la situation du débiteur. La portée de cette décision, outre le fait qu'elle émane d'une juridiction du fond, reste sujette à caution. En effet, si l'action a bien été intentée au cours d'une procédure collective, la question du caractère distinct du préjudice et celle du droit d'agir du débiteur n'avaient pas été posées à la cour.

**116. Les limites de la distinction.** Le bien-fondé de la décision rendue le 13 mars 2007 ne semble pas critiqué, d'aucuns soulignant seulement la difficulté à établir le préjudice distinct<sup>471</sup>. D'autres estiment même que la solution « *paraît logique au regard de l'architecture du droit des procédures collectives* », les actions individuelles devant reposer sur un préjudice distinct<sup>472</sup>.

La distinction instituée entre préjudice propre du débiteur et préjudice collectivement subi par les créanciers est pourtant discutable dans la mesure où tout préjudice subi par le débiteur semble avoir nécessairement des conséquences sur le gage commun de ses créanciers. Ainsi, même la perte de chance d'obtenir un redressement amiable pour le débiteur représente autant de chance perdue pour les créanciers d'échapper à des sacrifices plus importants au cours d'une procédure collective. En effet, la réussite éventuelle d'une restructuration amiable favorise également la continuation de l'activité et un désintéressement plus acceptable pour les créanciers de sorte qu'il n'est pas certain que la qualification de préjudice distinct soit acquise dans cette circonstance.

Peut-être faut-il réserver l'hypothèse du préjudice subi par le débiteur résultant par exemple de la perte de son outil de travail à la suite de l'ouverture d'une liquidation

<sup>469</sup> Cass. com., 27 mai 2003, n° 99-18.472, Inédit.

<sup>470</sup> CA Lyon, 3<sup>e</sup> ch., 5 juill. 1996, *JurisData* n° 1996-047852.

<sup>471</sup> A. Lienhard, obs. sous Cass. com., 13 mars 2007, n° 06-13.325, *D.* 2007, p. 1020. Du reste, le lien de causalité entre la rupture de crédit et l'éventuel préjudice du débiteur peut être aussi assez délicat à caractériser (F.-J. Crédot, « La relation causale et le préjudice en cas de rupture brutale de concours bancaire », in *Mélanges en l'honneur de Michel Vasseur*, Revue Banque, 2000, p. 61).

<sup>472</sup> Y. Paclot et P. Roussel Galle, obs. sous Cass. com., 13 mars 2007, n° 06-13.325, *JCP E* 2008, 2101, p. 28.

judiciaire<sup>473</sup>. Ce préjudice serait véritablement distinct dans la mesure où il ne constituerait pas tant un préjudice lié à l'activité exercée que la possibilité même d'en exercer une dans le futur. Le préjudice propre s'éloignerait alors de la préservation de l'entreprise comme activité économique au centre de la procédure collective pour se rapprocher d'un préjudice subi spécifiquement par le débiteur personne physique. La différence est telle qu'il semble que la réparation d'un préjudice distinct du débiteur pourrait d'ailleurs relever de l'exercice d'un droit attaché à la personne du débiteur échappant à l'administrateur judiciaire. Si une telle qualification était retenue, l'initiative de l'action appartiendrait exclusivement au débiteur quoique cette compétence spécifique ne change rien à l'affectation du fruit de l'action. Distinguer l'action en réparation du préjudice collectif des créanciers et du préjudice distinct pourrait être justifié lorsque la seconde permet d'obtenir une somme insaisissable, ce qui est loin d'être acquis même en cas de perte de l'outil de travail du débiteur personne physique car les seules sommes insaisissables en vertu de l'article L. 112-1 du code des procédures civiles d'exécution sont celles à caractère alimentaire.

**117. Le monopole discutabile du mandataire judiciaire.** Abstraction faite de la critique portant sur la difficulté à caractériser un préjudice propre au débiteur, le monopole du mandataire judiciaire pour demander réparation de celui subi collectivement par les créanciers reste en soi discutabile. Il revient à privilégier, s'agissant d'une faute et d'un préjudice lié à une atteinte au patrimoine du débiteur, l'action du mandataire judiciaire se prévalant d'une action de nature extracontractuelle plutôt que celle de l'administrateur judiciaire agissant sur un fondement contractuel. Une telle solution peut paraître surprenante au regard de la règle de non-option en matière de responsabilité civile, selon laquelle le demandeur est obligé d'agir sur le fondement contractuel lorsque cela est possible<sup>474</sup>.

Le monopole du mandataire judiciaire s'entend en l'absence de qualité particulière de l'administrateur pour agir. Mais, quand ce dernier agit sur un fondement contractuel, la solution est étonnante. Elle l'est d'autant plus en raison de l'affectation du résultat de l'action. Lorsque l'action est engagée durant la période d'observation, qu'elle le soit par l'administrateur, le mandataire judiciaire ou le débiteur, les sommes récoltées entrent dans le patrimoine de ce dernier. La reconstitution du patrimoine favorise au moins autant les chances de redresser

<sup>473</sup> En ce sens : F.-X. Lucas, note sous Cass. com., 13 mars 2007, n° 06-13.325, *BJS* juill. 2007, p. 839.

<sup>474</sup> Sur lesquelles, v. G. Viney, *Introduction à la responsabilité civile*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2019, n°s 360 et s., pp. 588 et s. ; M. Bacache-Gibeli, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle. Droit commun et régimes spéciaux*, t. 5, Economica, 4<sup>e</sup> éd., 2021, n°s 112 et s., pp. 128 et s.



l'entreprise que le désintéressement des créanciers<sup>475</sup>. Le constat demeure le même lorsque la procédure aboutit à un plan de continuation. Quel que soit l'acteur qui met en œuvre l'action, le fruit entre également dans le patrimoine du débiteur augmentant les chances que le plan soit respecté.

En définitive, la situation a quelque chose de paradoxal au regard du raisonnement tenu par le législateur en 1985. Dès lors que la poursuite de l'activité est devenue l'objectif premier des procédures collectives, il a estimé que les fonctions du syndic devenaient incompatibles et devaient être scindées. Or, la préservation du patrimoine du débiteur est d'abord utile à la poursuite de l'activité. Par conséquent, il semble peu cohérent que le mandataire judiciaire soit davantage en mesure de réaliser cette tâche que l'administrateur judiciaire. La même difficulté se retrouve à l'étude des autres hypothèses dans lesquelles le banquier peut engager sa responsabilité.

## II. La réparation du préjudice découlant du concours fautif et du défaut de mise en garde du banquier

**118. Les deux hypothèses de soutien abusif : soutien artificiel et crédit ruineux.** L'étude de la responsabilité du banquier pour rupture abusive de crédit a montré que l'action de l'administrateur judiciaire était seulement résiduelle comparée à celle du mandataire judiciaire. Il semble en être de même pour d'autres hypothèses, comme le soutien abusif ou le défaut de mise en garde, dans lesquelles le banquier pourrait engager sa responsabilité. L'état du droit semble néanmoins plus incertain en la matière. Il convient donc de s'interroger, étant données les décisions rendues en la matière, sur les conditions dans lesquelles l'administrateur pourrait demander réparation du préjudice subi par le débiteur. Il faut rappeler au préalable que le soutien abusif peut être caractérisé dans deux hypothèses distinctes. Or, l'identification du préjudice subi par le débiteur, dont l'administrateur pourrait demander réparation, conduit à traiter des difficultés différentes dans les deux cas.

La chambre commerciale a jugé que le soutien abusif est établi lorsque l'établissement de crédit a « *ou bien pratiqué une politique de crédit ruineux pour l'entreprise devant nécessairement provoquer une croissance continue et insurmontable de ses charges financières, ou bien apporté un soutien artificiel à une entreprise dont elle connaissait ou aurait*

---

<sup>475</sup> V. *supra* nos 48 et s.

dû connaître, si elle s'était informée, la situation irrémédiablement compromise »<sup>476</sup>. Si les deux hypothèses participent à la déconfiture du débiteur, elles représentent deux fautes distinctes affectant différemment les intérêts en présence dans la procédure collective. Le soutien artificiel est fautif car il intervient à un moment où la situation irrémédiablement compromise du débiteur aurait dû le conduire à déposer le bilan. En revanche, avant de contracter un crédit ruineux, la situation du débiteur peut ne pas être irrémédiablement compromise. Ce sont les conditions de ce crédit qui rendent alors les difficultés insurmontables. Dans le premier cas, c'est le *principe* même de l'octroi d'un crédit qui est reproché à l'établissement de crédit tandis que, dans le second, ce sont les *conditions* du crédit qui posent problème. Cette distinction n'est peut-être pas sans conséquences sur les conditions dans lesquelles l'administrateur judiciaire peut agir. En cas de soutien artificiel, il n'est pas certain que l'administrateur puisse demander la réparation du moindre préjudice. En cas de crédit ruineux, au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, il se pourrait, au contraire, que l'administrateur puisse aller jusqu'à demander réparation du préjudice subi collectivement par les créanciers.

**119. Le soutien artificiel.** La situation irrémédiablement compromise du débiteur est une condition pour caractériser le soutien artificiel<sup>477</sup>. Le banquier commet une faute dans la mesure où, en l'absence de ce crédit, le débiteur aurait demandé plus tôt l'ouverture d'une procédure de restructuration. Le crédit consenti contribue ainsi à aggraver le passif du débiteur et les créanciers perdent autant de chances d'être payés au terme de la procédure, ce qui caractérise leur préjudice. Si le droit d'agir du mandataire judiciaire n'est pas discuté, la Cour de cassation a jugé que, dans cette circonstance, l'administrateur n'avait pas de qualité à agir<sup>478</sup>. Dans la décision en cause, il semble que la chambre commerciale sanctionne le fait que l'administrateur

<sup>476</sup> Cass. com., 22 mars 2005, n° 03-12.922, *Bull. civ.* IV, n° 67, p. 70 ; *D.* 2005, p. 1020, obs. A. Lienhard ; *Gaz. Pal.* 22 juin 2006, p. 15, obs. B. Moreau ; *ibid.* 7 juill. 2005, p. 32, obs. R. Routier ; *RTD com.* 2005, p. 578, note D. Legeais ; *Dr. & patr. mensuel* 2015, n° 143 p. 98, obs. J.-P. Mattout et A. Prüm ; *BJS* nov. 2005, p. 1213, obs. F.-X. Lucas.

<sup>477</sup> Elle ne fait pas l'objet d'une définition légale ou jurisprudentielle univoque. Toutefois, appréhendée négativement, la Cour de cassation la distingue de la cessation des paiements (Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 juin 2005, n° 04-12.439, *Bull. civ.* II, n° 161, p. 145 ; *JCP S* 2005, 1078, obs. X. Prétot).

La jurisprudence évoque parfois une « situation désespérée » (Cass. com., 25 mars 2003, n° 01-01.690, *Bull. civ.* IV, n° 50, p. 58 ; *JCP G* 2004, 10 164, note H. Croze, *Rev. sociétés* 2003, p. 859, note J.-J. Daigre ; *Dr. sociétés* 2003, comm. 186, note F.-G. Trébulle ; *RD bancaire et fin.* 2003, comm. 177, obs. F.-J. Crédot et Y. Gérard ; *BJS* juill. 2003, p. 765, note J.-P. Dom, *RTD com.* 2003, p. 557, obs. D. Legeais ; *ibid.*, p. 748, obs. C. Champaud et D. Danet).

<sup>478</sup> Cass. com., 5 janv. 1999, n° 96-20.621, *Bull. civ.* IV, n° 3, p. 3 ; *RLDA* 1993/05, n° 16, p. 22, obs. M.-L. Hillion-Lécuyer ; *RTD com.* 1999, p. 476, obs. M. Cabrillac : « Mais attendu que l'arrêt retient que M. Z..., qui n'a pas engagé en sa qualité de commissaire à l'exécution du plan, l'action en responsabilité à l'encontre de la banque et M. A... et qui n'a fait que poursuivre en cette qualité l'action introduite par l'administrateur qui n'avait pas qualité pour l'engager, n'est pas habilité à demander une condamnation sur le fondement de cette action ; qu'ainsi, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ».

avait entendu introduire une action en défense de l'intérêt collectif des créanciers. Or, cette action relève du monopole du mandataire judiciaire. Cela laisse entendre qu'une action de l'administrateur judiciaire pourrait être néanmoins possible si, par exemple, l'administrateur agissait en réparation d'un autre préjudice. D'ailleurs, la Cour de cassation souligne que la cour d'appel avait relevé le fait que, en l'espèce, seuls les créanciers avaient subi un préjudice<sup>479</sup>. *A contrario*, il ne semble donc pas exclu que l'administrateur retrouve le droit d'agir si le débiteur subit un préjudice distinct à l'instar de ce qui a été jugé en matière de rupture brutale de crédit.

Cependant, à supposer que l'administrateur puisse démontrer l'existence d'un tel préjudice distinct subi par le débiteur, l'action resterait peut-être irrecevable en raison du caractère illégitime de ce préjudice. En effet, la situation du débiteur étant irrémédiablement compromise, celui-ci avait sûrement l'obligation de prendre des mesures de restructuration avant d'envisager de s'endetter de nouveau. Le consentement du débiteur à une opération à laquelle il ne devait pas consentir pourrait ainsi le priver d'intérêt à agir en responsabilité pour soutien artificiel<sup>480</sup>.

Le soutien artificiel pourrait être la première manifestation d'un préjudice distinct dont le débiteur ne pourrait pas nécessairement demander réparation. La solution peut sembler insatisfaisante. L'administrateur étant censé œuvrer à la préservation de l'entreprise, son absence de droit d'agir serait regrettable. Si le préjudice du débiteur peut avoir un caractère illégitime, il n'en demeure pas moins que l'entreprise est pénalisée par la faute commise par la banque et le débiteur. En contribuant à retarder la restructuration de l'entreprise, la banque et le débiteur rendent plus difficile le sauvetage de l'activité car il est plus compliqué, dans ces conditions, de trouver des personnes acceptant de financer à un coût raisonnable une poursuite de l'activité.

---

<sup>479</sup> « que c'est donc à bon droit que l'arrêt, après avoir retenu que **le soutien prétendument abusif accordé par la banque à la société débitrice a porté préjudice aux seuls créanciers**, a déclaré irrecevable l'action engagée par la société en redressement judiciaire assistée de son administrateur en réparation du préjudice résultant de l'aggravation du passif ».

<sup>480</sup> Rapp. : R. Bonhomme et M. Roussille, *Instruments de crédit et de paiement. Introduction au droit bancaire*, LGDJ, 14<sup>e</sup> éd., 2021, n° 79, p. 98. Si le débiteur ne subit pas de préjudice en cas de soutien artificiel, Mmes Bonhomme et Roussille suggèrent néanmoins d'envisager la responsabilité de la banque sur le fondement de son obligation de mise en garde posant ainsi la question de l'articulation entre défaut de mise en garde et soutien artificiel. L'existence des deux responsabilités semble paradoxale. Au regard de la situation du débiteur, le banquier commet une faute envers les créanciers en accordant le crédit. Cette décision porte atteinte au patrimoine du débiteur. Mais s'il peut aussi engager sa responsabilité envers le débiteur en cas de manquement à son devoir de mise en garde, cela signifie *a contrario* qu'il peut légitimement accorder le crédit au débiteur s'il l'informedu risque d'endettement excessif. Autrement dit, le débiteur perdrait une chance de ne pas contracter un crédit qu'il a l'interdiction de contracter au regard de sa situation irrémédiablement compromise. Il semble plus simplement que la banque n'a pas d'obligation de mise en garde du débiteur car elle a en revanche l'obligation de refuser le crédit.

En définitive, l'absence de qualité à agir de l'administrateur ou le caractère illégitime du préjudice dont il entend demander réparation conduisent à limiter drastiquement l'efficacité de l'action de l'administrateur en cas de soutien artificiel. En somme, l'administrateur ne semble pouvoir demander ni réparation du préjudice subi collectivement ni du préjudice distinct du débiteur. À l'inverse, la réparation du préjudice subi par le débiteur en cas d'octroi d'un crédit ruineux pourrait aboutir à une solution fort différente.

**120. L'octroi d'un crédit ruineux.** Les créanciers n'ont aucun intérêt à ce que le débiteur contracte un crédit ruineux. Ils pâtissent de l'endettement causé par ce crédit diminuant leurs chances d'être payés. De ce fait, le droit d'agir du mandataire de justice chargé de la défense de leur intérêt collectif est logique. L'administrateur peut-il aussi solliciter la réparation de ce préjudice ? Contrairement au soutien artificiel, le débiteur pouvait souscrire un crédit. Ce sont les conditions de ce crédit qui peuvent être reprochées au banquier en ce qu'elles rendent inéluctable la faillite du débiteur<sup>481</sup>. Le consentement du débiteur ne s'opposant pas, en soi, à la possibilité de rechercher la responsabilité du banquier, il est possible de voir dans le caractère disproportionné du crédit un manquement au devoir de vigilance du banquier<sup>482</sup>. Le caractère légitime de l'intérêt à agir de l'administrateur judiciaire ne pose donc pas de difficulté ici. En revanche, il faut se demander de quel préjudice l'administrateur peut demander réparation.

La Cour de cassation tend à traiter ensemble le soutien artificiel et le crédit ruineux si bien que le régime qui leur est applicable semble identique<sup>483</sup>. D'ailleurs, si le crédit ruineux semble être une faute de nature contractuelle du banquier vis-à-vis de son client, la Cour de cassation vise l'ancien article 1382 du code civil dans ses décisions rendues en la matière. Il existerait ainsi une seule action en soutien abusif mais caractérisable dans deux hypothèses différentes. L'unité du régime voudrait que seul le mandataire judiciaire puisse demander réparation du préjudice subi collectivement par les créanciers. À s'en tenir aux règles dégagées en matière de rupture abusive de crédit, l'administrateur ne pourrait agir, en cas de crédit ruineux, qu'à la condition de prouver l'existence d'un préjudice du débiteur distinct de celui subi collectivement par les créanciers.

---

<sup>481</sup> En ce sens, A. Périn-Dureau, « La responsabilité civile du banquier et l'octroi d'un crédit à une entreprise en difficulté », in (dir.) J. Lasserre Capdeville, *La responsabilité civile du banquier aujourd'hui*, LexisNexis, 2022, n° 295, p. 142.

<sup>482</sup> P. Hoang, « De la suppression du dispositif prétorien de la responsabilité pour soutien abusif », *D.* 2006, n° 23, p. 1458.

<sup>483</sup> Cass. com., 22 mars 2005, n° 03-12.922, arrêt préc.

Un arrêt permet néanmoins de douter de l'unité de régime entre les deux hypothèses de soutien abusif<sup>484</sup>. Dans cette affaire, la chambre commerciale retient la responsabilité d'une banque dont les conditions d'octroi du crédit font « *peser sur l'entreprise une charge financière excessive* » et confirme la condamnation de cette banque à verser au commissaire à l'exécution du plan, initialement désigné administrateur de la procédure, une somme en réparation du dommage. L'ambiguïté tient au fait que l'action a été introduite en période d'observation par le mandataire judiciaire et l'administrateur judiciaire<sup>485</sup>. La question du droit d'agir de l'administrateur n'était pas soulevée et l'arrêt n'est pas publié. Il n'en demeure pas moins que l'action en réparation du préjudice collectif introduite par l'administrateur a bien été jugée recevable, ce qui, au regard du droit positif, est impensable s'agissant du soutien artificiel. La portée de la décision doit être interprétée avec prudence car l'arrêt est antérieur à ceux, publiés, qui limitent l'action de l'administrateur judiciaire à la réparation d'un préjudice distinct. Mentionner cette décision permet néanmoins de souligner les difficultés pratiques qu'a pu engendrer la scission des fonctions des mandataires de justice.

**121. L'incertitude portant sur l'obligation de mise en garde du banquier.** Enfin, l'obligation de mise en garde du banquier, distincte des obligations d'information, lui commande d'attirer l'attention du client sur le risque d'endettement encouru lors d'un emprunt. Depuis les arrêts de chambre mixte du 29 juin 2007<sup>486</sup>, en présence d'un emprunteur ou d'une caution non avertis, le banquier est tenu à un devoir de mise en garde, lors de la conclusion du contrat, à raison des capacités financières de l'emprunteur et des risques d'endettement trop lourd né de l'octroi des prêts. Destinée à compenser le déséquilibre contractuel lié à l'ignorance d'une partie<sup>487</sup>, l'obligation de mise en garde semble viser le crédit excessif qui comporte un risque de surendettement de l'emprunteur<sup>488</sup>. Le manquement du banquier à ce devoir se traduit par une perte de chance pour l'emprunteur de ne pas contracter<sup>489</sup>.

<sup>484</sup> Cass. com., 27 sept. 2005, n° 03-20.285, Inédit ; *Gaz. Pal. Rec.* 2006, doct., p. 38, obs. R. Routier ; *Rev. proc. coll.* 2007, n° 2, p. 99, obs. A. Martin-Serf.

<sup>485</sup> « *que, par jugement du 9 juin 1997, M. Y... a été déclaré en redressement judiciaire, M. Z... étant désigné administrateur et M. A... représentant des créanciers ; que le 12 décembre 1997 un plan de cession de l'entreprise de M. Y... a été arrêté ; qu'estimant que la BDPME avait inconsidérément financé l'entreprise de M. Y..., les mandataires de celui-ci ont assigné la banque le 25 novembre 1997 afin qu'elle soit déclarée responsable du soutien abusif* ».

<sup>486</sup> Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, n° 05-21.104 et n° 06-11.673, *Bull. civ. mixte*, n° 7 ; *D.* 2007, p. 2081, note S. Piedelièvre ; *JCP G* 2007, 36, note A. Gourio ; *JCP E* 2007, 38, p. 11, note D. Legeais ; *CCC* 2007, n° 10, p. 36, note G. Raymond ; *RTD civ.* 2007, p. 779, note P. Jourdain ; *RLDC* 2007/12, n° 2778, p. 25, note P. Delebecque.

<sup>487</sup> V. Lamanda, « La responsabilité du banquier dans la délivrance du crédit », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot ; professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, éd. Dalloz-Litec, 2011, n° 14, p. 27.

<sup>488</sup> D. Legeais, *Opérations de crédit*, Litec, 2<sup>e</sup> éd., 2018, n° 651, p. 374.

<sup>489</sup> Cass. com., 20 oct. 2009, n° 08-18.354, *Bull. civ.* IV, n° 21 ; *D.* 2010, p. 934, note J. Lasserre Capdeville ; *JCP G* 2010, 13, p. 655, note A. Gourio ; *JCP E* 2010, 7, p. 9, note D. Legeais ; *ibid.*, 21, p. 21, note L. Dumoulin ;

Lorsque le défaut de mise en garde par le banquier a provoqué un endettement excessif du débiteur, il faut se demander qui peut en demander réparation après l'ouverture d'une procédure collective. Il ne semble pas que la Cour de cassation ait déjà été saisie de cette question précise. Il est vrai que la violation de cette obligation est généralement invoquée par le débiteur lorsqu'il peine, en l'absence de procédure collective, à répondre à la demande de paiement d'une échéance par le dispensateur de crédit. Si la demande de réparation était formulée après l'ouverture d'une procédure collective, il ne serait pas aisé de savoir qui aurait le droit de demander réparation du préjudice subi. L'action appartient-elle au mandataire de justice chargé de la défense de l'intérêt collectif des créanciers ou au débiteur et à l'administrateur judiciaire, selon la mission confiée à ce dernier ? Le débiteur subit assurément un préjudice. Toutefois, il en va de même en cas de rupture abusive de crédit. Pourtant, dans cette hypothèse, la Cour de cassation juge que c'est le mandataire judiciaire qui a le droit d'agir, le débiteur ou l'administrateur pouvant seulement solliciter la réparation d'un préjudice propre et distinct<sup>490</sup>.

Si le régime de la réparation du préjudice résultant du défaut de mise en garde du banquier suivait celui de la rupture abusive de crédit, le même paradoxe tenant à l'affectation des sommes récoltées surgirait<sup>491</sup>. À l'inverse, si le mandataire judiciaire était privé du droit de solliciter ce préjudice, il pourrait être regretté que, durant la période d'observation, en l'absence d'administrateur judiciaire, aucun mandataire de justice ne soit en mesure de s'assurer que le débiteur exerce effectivement cette action pourtant utile au bon déroulement de la procédure.

## **122. Bilan de la responsabilité du banquier en cas de procédure collective du débiteur.**

La responsabilité du banquier, étudiée au prisme de la distinction des droits du débiteur et des créanciers, se révèle d'une complexité certaine. Identifier le mandataire de justice compétent ne relève guère de l'évidence bien que la qualité du mandataire de justice soit indifférente au résultat de l'action. En effet, les sommes récoltées intègrent nécessairement le patrimoine du débiteur. Ainsi, en cas de rupture abusive de crédit, l'administrateur judiciaire ou le débiteur peuvent seulement demander réparation d'un préjudice distinct de celui subi collectivement par

---

*Gaz. Pal.* 23 mars 2010, n° 82, p. 19, note S. Piedelièvre ; *Dr. & patr. mensuel* 2010, n° 195, p. 107, obs. J.-P. Mattout.

<sup>490</sup> Cass. com., 13 mars 2007, n° 06-13.325, arrêt préc.

<sup>491</sup> Du reste, la nature contractuelle ou extracontractuelle du devoir de mise en garde est discutée (en faveur d'une responsabilité délictuelle : J. François, « La responsabilité des établissements de crédit en raison de l'octroi d'un prêt excessif à un particulier », *D.* 2006, p. 1618 ; J.-J. Ansault, « La notion de perte de chance s'invite dans le régime du devoir de mise en garde », *RLDC* 2009/12, n° 66, p. 28 ; en faveur d'une responsabilité contractuelle, v. S. Pimont, « Peut-on réduire le droit en théories générales ? », *RTD civ.* 2009, p. 417). Si la nature contractuelle était retenue, reconnaître la primauté à l'action du mandataire judiciaire reviendrait à nouveau à privilégier l'action délictuelle sur l'action contractuelle.

les créanciers alors que le fruit de l'action intègre le patrimoine du débiteur. De même, s'il semble logique que seul le mandataire judiciaire puisse solliciter la réparation du préjudice subi en cas de soutien artificiel, le fruit de son action intègre malgré tout le patrimoine du débiteur. Le préjudice subi par le débiteur dans ces conditions n'étant peut-être pas légitime, l'administrateur ne semble pas pouvoir obtenir réparation du moindre préjudice. En revanche, en cas de crédit ruineux, l'administrateur judiciaire pourrait peut-être, à l'inverse, pouvoir demander réparation du préjudice collectif des créanciers. Tout cela explique que le droit d'agir des mandataires de justice en réparation du préjudice découlant du défaut de mise en garde du banquier soit difficile à prédire en l'absence de décision de la Cour de cassation sur ce point.

Le contentieux relatif à la responsabilité des établissements de crédit montre les difficultés causées par la scission des fonctions du syndic. Il confirme la prédiction formulée par M. Soinne lors de l'adoption de la loi du 25 janvier 1985<sup>492</sup>. Sous l'empire du droit antérieur à cette loi, les choses étaient assurément plus simples car un seul mandataire de justice intervenait, en agissant en représentation de la masse ou en exerçant les droits du débiteur. L'arrêt *Rouquette* du 19 mars 1974<sup>493</sup> avait ainsi rappelé que, outre l'action intentée dans l'intérêt des créanciers, le syndic pouvait agir contre le banquier en exerçant les droits du débiteur<sup>494</sup>, ce qui évitait la situation complexe qui vient d'être décrite en droit positif. Ces exemples montrent les limites de la distinction entre la protection de l'entreprise, assurée grâce à l'exercice des droits du débiteur, et la défense de l'intérêt collectif des créanciers prise en charge par le mandataire judiciaire. Des difficultés du même ordre se retrouvent lorsqu'il s'agit d'intenter une action en responsabilité intentée dans l'ordre interne à la société.

## § 2 : Les actions en responsabilité spécifiques au droit des sociétés

**123. Plan du paragraphe.** L'ouverture d'une procédure collective peut être l'occasion d'engager la responsabilité du dirigeant ou de l'associé dont les fautes ont contribué aux difficultés de la société. Comme pour le tiers qui a contribué aux difficultés du débiteur, il faut se demander à quelles conditions les mandataires de justice peuvent agir en responsabilité contre le dirigeant ou l'associé. À s'en tenir à la solution rendue à propos de la rupture abusive

<sup>492</sup> B. Soinne, « L'éclatement de la profession de syndic – administrateur judiciaire », *Gaz. Pal.* 13 oct. 1983, doct., p. 382 : « Il y aura évidemment des cas, immanquablement assez nombreux, où le législateur n'ayant rien prévu explicitement, personne ne saura exactement qui a qualité pour agir ».

<sup>493</sup> Cass. com., 19 mars 1974, n° 72-11.543, *Bull. civ. ch. com.*, n° 98, p. 79 ; *D.* 1975, jur., p. 125, note J.-P. Sortais.

<sup>494</sup> V. *supra* n° 31.

de crédit, le mandataire judiciaire agirait en réparation du préjudice subi collectivement par les créanciers tandis que l'administrateur ne pourrait demander que, de manière résiduelle, réparation du préjudice distinct du débiteur.

Une difficulté supplémentaire pourrait alors advenir. En effet, si, en droit des sociétés, toute faute du dirigeant peut le conduire à engager sa responsabilité envers la société, seule la faute intentionnelle d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales l'engage envers les tiers<sup>495</sup>. De même, si la faute de l'associé peut engager sa responsabilité envers la société, seule la faute incompatible avec l'exercice normal des prérogatives attachées à la qualité d'associé l'engage envers les tiers<sup>496</sup>. Quelles seraient les conséquences de l'application de cette distinction aux actions intentées par les mandataires de justice ? L'administrateur, lorsqu'il exerce les droits du débiteur, agit au nom de la société. En revanche, si le mandataire judiciaire ne représente pas *stricto sensu* les créanciers<sup>497</sup>, l'habilitation à agir dans l'intérêt collectif des créanciers semble le placer dans la situation d'un tiers à la société. Autrement dit, les conditions régissant l'engagement de la responsabilité dans l'ordre interne à la société s'appliqueraient à l'administrateur alors que celles relatives à l'ordre externe au mandataire judiciaire. Par conséquent, l'administrateur pourrait invoquer toute faute du dirigeant ou de l'associé mais devrait caractériser un préjudice distinct du débiteur. À l'inverse, le mandataire judiciaire pourrait demander réparation du préjudice collectif mais devrait prouver une faute détachable du dirigeant ou de l'associé. Si tel devait être l'état du droit, il faudrait en conclure que la scission des fonctions rend quasiment impossible l'engagement de la responsabilité du dirigeant (I) comme celle de l'associé (II).

<sup>495</sup> Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-17.092, *Bull. civ.* IV, n° 84, p. 94 ; *D.* 2003, p. 2623, obs. B. Dondero ; *ibid.*, p. 1502, obs. A. Lienhard ; *ibid.* 2004, p. 266, obs. J.-C. Hallouin ; *JCP G* 2003, II, 10178, note S. Reifegerste ; *JCP E* 2003, 1398, note S. Hadji-Artinian ; *Gaz. Pal.* 7 févr. 2004, p. 22, note J.-F. Clément ; *LPA* 7 nov. 2003, p. 13, note S. Messai ; *Defrénois* 15 sept. 2003, p. 1067, note M.-H. Maleville-Costedoat ; *Rev. sociétés* 2003, p. 479, note J.-F. Barbiéri ; *Dr. sociétés* 2003, comm. 148, note J. Monnet ; *RTD civ.* 2003, obs. P. Jourdain ; *RTD com.* 2003, p. 523, obs. J.-P. Chazal et Y. Reinhard ; *ibid.*, p. 741, obs. C. Champaud et D. Danet ; *BJS* juill. 2003, p. 786, note H. Le Nabasque.

<sup>496</sup> Cass. com., 18 févr. 2014, n° 12-29.752, *Bull. civ.* IV, n° 40 ; *D.* 2014, p. 764, note T. Favario ; *ibid.*, p. 2434, obs. J.-C. Hallouin ; *JCP E* 2014, 1160, note B. Dondero ; *Gaz. Pal.* 17 avril 2014, n° 174f1, obs. N. Blanc ; *LEDC* avril 2014, p. 7, obs. M. Caffin-Moi ; *RDC* sept. 2014, n° 110s4, p. 372, obs. G. Viney ; *ibid.* mars 2015, n° 111j6, p. 75, obs. C. Grimaldi ; *BJS* juin 2014, n° 111z5, p. 382, obs. B. Fages.

Sur les risques de cette consécration du principe de responsabilité de l'associé dans l'exercice de son droit de vote, v. M. Caffin-Moi, « La responsabilité pour faute de l'associé : une évolution à front renversé », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis, LGDJ, 2015, p. 201. Comp. : J.-F. Barbiéri, « Sur la faute ou la responsabilité civile pour les associés », in *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Jean-Patrice et Michel Storck*, Dalloz-Lextenso, 2021, p. 119.

<sup>497</sup> V. *supra* n°s 62 et s.



## I. Les actions en responsabilité intentées contre le dirigeant

**124. Les mandataires de justice habilités à engager la responsabilité du dirigeant.**

Déterminer dans quelles procédures l'administrateur peut engager la responsabilité du dirigeant n'est pas évident. Avant l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde, l'administrateur partageait avec le mandataire judiciaire le droit d'intenter une action en comblement du passif contre le dirigeant au cours d'un redressement comme d'une liquidation judiciaire<sup>498</sup>. Après la réforme du 26 juillet 2005, alors même que la responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actif pouvait être encore engagée en sauvegarde ou redressement judiciaire, l'administrateur a perdu sa qualité à agir au profit du seul mandataire judiciaire<sup>499</sup>. L'article 131 de l'ordonnance du 18 décembre 2008 *portant réforme du droit des entreprises en difficulté* ayant restreint le champ d'application de la responsabilité pour insuffisance d'actif à la liquidation judiciaire, le liquidateur judiciaire est désormais le seul mandataire de justice à pouvoir introduire cette action. Toutefois, la loi du 12 mars 2012 dite loi *Pétroplus* a introduit un nouvel article L. 631-10-1 dans le code de commerce qui dispose que, « À la demande de l'administrateur ou du mandataire judiciaire, le président du tribunal saisi peut ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens du dirigeant de droit ou de fait à l'encontre duquel 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. »<sup>500</sup> Autrement dit, l'administrateur judiciaire semble pouvoir agir, au cours d'un redressement judiciaire, contre le dirigeant qui a commis une faute ayant contribué à la cessation des paiements. Se pose donc la question de l'articulation de l'action des deux mandataires de justice.

**125. Les conditions spécifiques tenant au droit des sociétés.** Si le dirigeant qui commet une faute engage sa responsabilité envers la société, seule la faute intentionnelle d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales l'engage envers les tiers<sup>501</sup>. Quelles seraient les conséquences de l'application de cette distinction aux

<sup>498</sup> C. com., anc. art. L. 624-6 du code de commerce.

<sup>499</sup> C. com., art. L. 651-3. Sur l'analyse du droit d'agir du ministère public, v. *infra* n° 220.

<sup>500</sup> Une très grande part de la doctrine a par ailleurs fait part d'importantes réserves sur ce texte reprochant au législateur une loi de circonstance au maniement difficile. V. not. F. Pérochon, « De la mesure dite conservatoire à l'exécution sommaire anticipée... », *BJE* mars 2012, p. 73 ; P. Roussel Galle, « La loi du 12 mars 2012 : halte au pillage des entreprises en difficulté ! », *JCP E* 2012, act. 192, p. 9 ; M. Laugier, « L'indisponibilité et les mesures conservatoires de la loi Pétroplus du 12 mars 2012 », *Dr. & patr. mensuel* 2014, n° 232, p. 37 ; P. Cagnoli, « La loi Pétroplus a son décret d'application ! Phase 1 : l'obtention des mesures conservatoires », *Act. proc. coll.* 2012, n° 18, alerte 272.

Pour une position plus nuancée, v. P. Morvan, « La loi Petroplus, les procédures collectives et... les salariés », *JCP E* 2013, 1047, p. 16.

<sup>501</sup> Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-17.092, arrêt préc.

procédures collectives ? L'administrateur, exerçant les droits du débiteur, ne devrait pas être tenu de prouver la faute détachable du dirigeant. En revanche, le mandataire judiciaire, agissant dans l'intérêt collectif des créanciers, semble placé dans la position d'un tiers et devrait de ce fait prouver la faute détachable du dirigeant. À notre connaissance, la Cour de cassation ne s'est jamais prononcée sur ce point précis. En revanche, certaines décisions ont abordé ce problème à l'occasion d'actions introduites au cours d'une liquidation judiciaire. Étudier ces actions peut donc contribuer à l'identification des difficultés qui peuvent se poser en sauvegarde ou redressement judiciaire.

**126. Plan.** L'étude des conditions d'engagement de la responsabilité du dirigeant au cours d'une liquidation judiciaire (A) met ainsi en lumière les contraintes qui peuvent peser sur les mandataires de justice recherchant la responsabilité du dirigeant à l'occasion d'un redressement ou une sauvegarde (B).

#### A. La responsabilité du dirigeant recherchée au cours d'une liquidation judiciaire

**127. L'absence discutable du droit d'agir de l'administrateur judiciaire en liquidation judiciaire.** Parmi les mandataires de justice, seul le liquidateur judiciaire est aujourd'hui habilité à engager l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. Dans la mesure où, lors d'une liquidation judiciaire, l'entreprise ne peut pas être sauvée par une continuation de l'activité par le débiteur, la solution ne surprend guère. En effet, dans ces conditions, il ne paraît pas nécessaire de permettre à l'administrateur de reconstituer le patrimoine du débiteur. L'administrateur judiciaire ne pouvant préserver l'activité qu'en trouvant un repreneur, il n'y aurait pas grand sens *a priori* à lui permettre d'intenter ces actions<sup>502</sup>. Toutefois, l'administrateur judiciaire prend nécessairement connaissance de la gestion de l'entreprise au cours de sa mission. De ce fait, il est peut-être plus à même d'identifier la faute de gestion du dirigeant que le liquidateur judiciaire, qui aura concentré son travail sur la vérification des créances et la réalisation de l'actif. Par conséquent, même si le fruit de l'action profite nécessairement aux créanciers, le droit d'agir de l'administrateur judiciaire peut sembler souhaitable en pratique.

L'absence de droit d'agir de l'administrateur peut sembler d'autant plus discutable que la finalité de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif est ambivalente. Certes, son

---

<sup>502</sup> En ce sens, P. Le Cannu, « La responsabilité civile des dirigeants de personne morale après la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *Rev. sociétés* 2005, n° 9, p. 743.

régime la situe dans le champ des actions en responsabilité et assure donc une fonction indemnitaire. Cependant, son histoire l'inscrit dans une logique de sanction<sup>503</sup>. S'il s'agit de sanctionner un dirigeant, il peut être alors légitime de permettre à l'administrateur, qui par sa fonction est le plus à même d'analyser la gestion passée du débiteur, d'engager la responsabilité du dirigeant fautif<sup>504</sup>.

Il demeure que, en droit positif, le liquidateur judiciaire est le seul mandataire de justice à pouvoir agir au cours d'une liquidation judiciaire. Il est habilité à agir à la fois dans l'intérêt collectif des créanciers et à exercer les droits du débiteur, en vertu respectivement des articles L. 641-4 et L. 641-9 du code de commerce. Son droit d'agir correspond ainsi à celui du mandataire judiciaire et de l'administrateur. Par conséquent, étudier l'articulation du droit d'agir du liquidateur judiciaire avec le droit des sociétés est utile afin de cerner les conditions qui régissent les actions du mandataire judiciaire et de l'administrateur en sauvegarde ou redressement judiciaire. En effet, à notre connaissance, la Cour de cassation s'est seulement prononcée sur l'application des règles propres au droit des sociétés à l'occasion d'actions intentées au cours de liquidation judiciaire. Afin de cerner précisément l'état du droit, il faut d'ailleurs distinguer l'action du liquidateur selon qu'elle entre dans le champ d'application de la responsabilité pour insuffisance d'actif ou non.

**128. L'articulation de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif avec les conditions du droit de la responsabilité des dirigeants<sup>505</sup>.** En droit des sociétés, la Cour de cassation distingue selon que le dirigeant engage sa responsabilité dans l'ordre interne ou externe à la société. Alors que toute faute est de nature à engager la responsabilité du dirigeant dans l'ordre interne, le tiers doit prouver une faute détachable pour engager la responsabilité du dirigeant<sup>506</sup>. Partant, il faut se demander si cette distinction s'applique à l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif et, le cas échéant, si le liquidateur est soumis aux conditions applicables au tiers ou à la société.

<sup>503</sup> Sur la question de la nature de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, v. *supra* n° 57.

<sup>504</sup> Sur la participation des mandataires de justice à l'exercice d'une forme de police de la vie des affaires, v. *infra* n°s 199 et s.

<sup>505</sup> Sur la question de l'articulation entre droit commun et droit spécial, v. les études récentes : I. Parachkevova-Racine, « Retour sur les écueils de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif », *BJS* oct. 2018, n° 119a0, p. 600 et A. Danis-Fatôme, « Regards d'une civiliste sur l'articulation entre le droit spécial de la responsabilité pour insuffisance d'actif et le droit commun de la responsabilité civile », *RTD com.* 2018, p. 23 ainsi que la réponse à cette dernière : F. Rouvière, « Exemplarité ou subsidiarité du droit commun ? », *RTD civ.* 2018, p. 776. Plus généralement, sur les rapports entre responsabilité civile et droit des procédures collectives, v. T. Mastrullo, « Responsabilité civile et droit des procédures collectives », *Resp. civ. et assur.* 2017, dossier 9, p. 45.

<sup>506</sup> Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-17.092, arrêt préc.

De prime abord, une réponse négative semble pouvoir être apportée car la Cour de cassation impose une règle de non-cumul<sup>507</sup>. Selon cette règle, la faute de gestion doit être poursuivie sur le fondement de l'article L. 651-2 du code de commerce, excluant toute poursuite fondée sur le droit des sociétés ou de la responsabilité civile<sup>508</sup>. Or, il faut constater que, dans les décisions relatives à des actions en responsabilité pour insuffisance d'actif, la Cour de cassation ne vérifie pas l'existence d'une faute séparable des fonctions<sup>509</sup>. Toutefois, la haute juridiction n'a jamais pris expressément position, à notre connaissance, sur le point de savoir si la distinction entre les conditions d'engagement de la responsabilité du dirigeant dans l'ordre interne et externe s'appliquait au liquidateur judiciaire intentant l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif. En revanche, il est certain que le créancier qui poursuit le dirigeant en réparation d'un préjudice propre doit prouver la faute détachable du dirigeant<sup>510</sup>. Nombre d'auteurs soutiennent que le caractère spécial de l'action régie par l'article L. 651-2 du code de commerce conduit à exclure l'application des règles dégagées en droit commun des sociétés<sup>511</sup>. D'autres ont néanmoins pu estimer que la règle de droit commun devait continuer à s'appliquer<sup>512</sup>.

<sup>507</sup> Ou règle de non-option selon M. Azevedo (R. Azevedo, *Le caractère collectif des procédures collectives*, avant-propos F. Pérochon, préf. F.-X. Lucas, LGDJ, 2021, n<sup>os</sup> 543 et s., pp. 346 et s.)

<sup>508</sup> Cette règle est largement critiquée dans la mesure où elle place le dirigeant d'une société en difficulté dans une situation plus favorable que celui d'une société *in bonis*. En ce sens : F.-X. Lucas, « Responsabilité pour insuffisance d'actif, une étrange indulgence », *BJS* juin 2015, n<sup>o</sup> 113q5, p. 265 ; I. Parachkevova-Racine, « Retour sur les écueils de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif », *BJS* oct. 2018, n<sup>o</sup> 119a0, p. 600 ; F. Descorps Declère, « Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *RTD com.* 2003, p. 25. V. déjà : J.-P. Sortais, « Les contours de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard. Le juge et le droit de l'économie*, LGDJ, 2002, p. 322 ; F. Derrida, « Procès de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 », *D.* 2001, n<sup>o</sup> 2, p. 1377 ; B. Soinnie, « La responsabilité des dirigeants d'une personne morale en cas de redressement ou de liquidation judiciaire : une évolution jurisprudentielle préoccupante », *LPA* 2 août 1995, n<sup>o</sup> 5, p. 10.

*Contra* : J.-J. Daigre, « De l'inapplicabilité de la responsabilité civile de droit commun aux dirigeants d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire », *Rev. sociétés* 1988, p. 200.

<sup>509</sup> L. Camensuli-Feuillard, « L'irresponsabilité du dirigeant à l'égard de l'associé, du créancier et de la société débitrice en difficulté », *BJS* janv. 2008, p. 66. En ce sens ég. : M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 35<sup>e</sup> éd., 2022, n<sup>o</sup> 455, p. 187 ; O. Maraud, *Les associés dans le droit des entreprises en difficulté*, préf. L. Sautonie-Laguionie, LGDJ, 2021, n<sup>o</sup> 508, p. 539.

<sup>510</sup> Cass. com., 7 mars 2006, n<sup>o</sup> 04-16.536, *Bull. civ.* IV, n<sup>o</sup> 61, p. 61 ; *D.* 2006, p. 857, obs. A. Lienhard ; *Rev. sociétés* 2006, p. 644, note J.-F. Barbiéri ; *RD bancaire et fin.* 2006, 107, note D. Legeais ; *BJS* juill. 2006, p. 938, note F.-X. Lucas ; *RTD com.* 2006, p. 431, obs. P. Le Cannu.

<sup>511</sup> En ce sens : F.-X. Lucas, obs. sous Cass. com., 7 mars 2006, n<sup>o</sup> 04-16.536, *BJS* juill. 2006, p. 938 ; J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker, obs. sous arrêt préc., *JCP E* 2006, 2025, n<sup>o</sup> 2 ; F. Derrida, « Procès de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 », *D.* 2001, note 4 sous n<sup>o</sup> 3, p. 1377 ; J.-P. Legros, « Mesures conservatoires et responsabilité du dirigeant », *Dr. sociétés* 2012, comm. 87, p. 32.

<sup>512</sup> M. Barbiéri estime ainsi qu'il n'y a pas de raison de distinguer selon que la responsabilité du dirigeant est engagée lorsque la société est *in bonis* ou non. L'auteur approuve de ce fait une décision de juge du fond (CA Bourges, 1<sup>e</sup> ch. civ., 3 juin 1998, *JCP G* 1998, IV, 2471) ayant refusé de condamner un dirigeant de droit « *en l'absence de tout comportement frauduleux et de faute de gestion nettement caractérisée et suffisamment grave pour trancher avec le comportement habituel du commerçant malheureux de bonne foi.* » (J.-F. Barbiéri, « Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants ? La responsabilité personnelle à la

La logique dérogatoire du droit spécial peut justifier d'exclure l'application des conditions du droit commun des sociétés. Cependant, il n'est pas certain que cet argument suffise à s'assurer que la faute séparable ne s'applique pas aux procédures collectives. En effet, il faut se rappeler que la différence entre les conditions d'engagement de la responsabilité dans l'ordre interne et externe relève d'une construction jurisprudentielle qui applique une distinction là où la loi n'en établit aucune<sup>513</sup>. De ce fait, rien n'interdit à la Cour de cassation de réitérer cette distinction et de l'appliquer à la faute de gestion appréhendée lors d'une liquidation judiciaire.

À supposer que la faute détachable ne s'applique pas à la responsabilité pour insuffisance d'actif, une difficulté persiste s'agissant des actions en responsabilité intentées contre le dirigeant au cours d'une liquidation judiciaire mais qui se situent hors du domaine de l'article L. 651-2 du code de commerce.

**129. L'articulation des autres actions en responsabilité exercées au cours d'une liquidation judiciaire avec les conditions du droit de la responsabilité des dirigeants.** Le champ d'application de la responsabilité pour insuffisance d'actif connaît des limites et le droit des sociétés reprend alors son empire, même lorsque l'action est intentée au cours d'une liquidation judiciaire. Il en va ainsi dans un certain nombre d'hypothèses dans lesquelles la société peut avoir subi un préjudice dont la réparation ne dépend donc plus des conditions de l'article L. 651-2 du code de commerce. La faute de gestion postérieure à l'ouverture de la procédure<sup>514</sup> ou la réparation du préjudice découlant de l'exercice d'une action civile en sont deux exemples<sup>515</sup>.

C'est encore l'hypothèse, certes peu probable en pratique, d'une action exercée à l'occasion d'une liquidation qui ne révèle par ailleurs aucune insuffisance d'actif<sup>516</sup>. L'absence

---

dérive », in *Aspects actuels du droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, n° 15, p. 50)

En ce sens ég. : G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2013, n° 863, p. 1170.

<sup>513</sup> F. Descorps Declère, « Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *RTD com.* 2003, p. 25.

<sup>514</sup> Cass. com., 22 janv. 2020, n° 18-17.030 ; *D.* 2020, p. 1857, obs. F.-X. Lucas ; *JCP E* 2020, 1210, note A. Cerati-Gauthier ; *Gaz. Pal.* 17 mars 2020, n° 372h4, p. 19, note T. Besse ; *ibid.* 21 avril 2020, n° 377q9, p. 89, note T. Montéran ; *Act. proc. coll.* 2020, alerte 57, obs. L. Fin-Langer ; *LEDEN* févr. 2020, n° 113c2, p. 5, obs. P. Rubellin ; *Rev. sociétés* 2020, p. 195, obs. P. Roussel Galle ; *ibid.* 2021, p. 59, obs. M. Rakotovahiny ; *Dr. sociétés* 2020, comm. 69, note J.-P. Legros ; *BJS* avril 2020, n° 120s5, p. 38, obs. E. Mouial-Bassilana ; *Rev. proc. coll.* 2020, comm. 74, note A. Martin-Serf ; *BJE* mai 2020, n° 117r6, p. 51, obs. T. Favario.

<sup>515</sup> Cass. com., 29 févr. 2000, n° 96-15.827, *Bull. civ.* IV, n° 42, p. 36 ; *BJS* juin 2000, p. 597, note B. Saintourens. Sur les difficultés tenant à la dimension vindicative de l'action civile, v. *infra* n° 184.

<sup>516</sup> Cass. com., 28 mars 2000, n° 97-11.533, *Bull. civ.* IV n° 70, p. 58 ; *D.* 2000, AJ, p. 158, obs. A. Lienhard ; *RTD com.* 2001, p. 239, obs. C. Mascala ; *BJS* juin 2000, p. 597 ; *Rev. proc. coll.* 2000, p. 135, obs. A. Martin-Serf.

d'insuffisance d'actif signifie que les créanciers ne souffrent d'aucun préjudice collectif. En revanche, les associés peuvent se prévaloir, par exemple, de la perte d'un *boni* de liquidation si la faute du dirigeant a conduit à ce que l'intégralité de l'actif soit affectée au paiement des créanciers. Cependant, il s'agirait d'un préjudice des associés distinct de celui de la société. Cette dernière peut-elle subir un dommage ? Une réponse positive reste possible pour le cas fort théorique dans lequel le préjudice découlant de la faute serait tellement important que, en son absence, la société aurait pu bénéficier d'un plan de continuation au lieu d'une liquidation judiciaire.

Demeure enfin l'hypothèse de la réparation de l'insuffisance d'actif en cas de simple faute de négligence ayant contribué à l'insuffisance d'actif, à supposer que ce cas permette le retour au droit commun. Un débat existe en la matière. Cette faute a été exclue du champ de la responsabilité pour insuffisance d'actif par l'article 145 de la loi du 9 décembre 2016 *relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*. D'aucuns estiment que le dirigeant bénéficie alors d'une immunité<sup>517</sup>. D'autres soutiennent, au contraire, que l'exclusion du champ d'application de l'article L. 651-2 du code de commerce permet de revenir au droit des sociétés<sup>518</sup>.

Dans toutes ces hypothèses, si le droit des sociétés, en tant que droit commun, reprenait son empire, il faudrait déterminer si le liquidateur judiciaire est tenu ou non de prouver une faute détachable des fonctions.

**130. La portée incertaine de l'application de la jurisprudence *SATI* au liquidateur judiciaire agissant hors du domaine de l'article L. 651-2.** En cas d'action en responsabilité intentée en raison d'une faute commise postérieurement à l'ouverture de la liquidation judiciaire, le liquidateur judiciaire n'agit plus en vertu de l'article L. 651-2 mais en application du droit des sociétés. Dans cette hypothèse, il semble que la Cour de cassation soumet le

---

Solution réitérée lorsque l'action était encore possible en redressement judiciaire : Cass. com., 27 juin 2006, n° 05-14.271, *Bull. civ.* IV, n° 152, p. 164 ; *D.* 2006, p. 1891, obs. A. Lienhard ; *Gaz. Pal.* 7 oct. 2006, p. 40, obs. T. Montéran ; *Dr. sociétés* 2007, comm. 6, note J.-P. Legros.

<sup>517</sup> A. Jacquemont, N. Borga et T. Mastrullo, *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, 11<sup>e</sup> éd., 2019, n° 1085, p. 647.

<sup>518</sup> F.-X. Lucas, « Réforme de l'action en "comblement de passif" », *BJS* janv. 2017, n° 116a2, p. 1 ; M. Menjucq, « La négligence ne peut plus fonder l'action en "comblement de passif" », *Rev. proc. coll.* 2017, repère 1 ; I. Parachkevova-Racine, « Retour sur les écueils de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif », *BJS* oct. 2018, n° 119a0, p. 600 ; D. Poracchia, « Aspects de droit des sociétés de la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique du 9 décembre 2016 », *BJS* janv. 2017, n° 115z5, p. 65.

liquidateur judiciaire aux conditions de la jurisprudence *SATI*<sup>519</sup>. Certes, le liquidateur judiciaire peut agir dans l'intérêt collectif des créanciers, l'article L. 641-4 renvoyant à l'article L. 622-20 du code de commerce. Les créanciers étant des tiers, il semble cohérent d'appliquer au liquidateur les restrictions de la décision *SATI*. Cela signifie-t-il que le liquidateur judiciaire doit nécessairement prouver la faute détachable du dirigeant ? L'arrêt ne précise pas si le liquidateur judiciaire agissait dans l'intérêt collectif des créanciers ou exerçait les droits du débiteur. Par conséquent, la portée de la décision doit être interprétée avec prudence.

Si le liquidateur judiciaire se plaçait sur le terrain de l'article L. 641-9 du code de commerce, la solution pourrait être différente. Il pourrait être raisonnablement soutenu que le liquidateur judiciaire exerce avant tout une action *ut universi* au nom de la société. Dans cette hypothèse, il serait alors dispensé de prouver une faute détachable. En ce sens, il faut souligner le fait que la Cour de cassation a jugé que l'associé, qui demande réparation d'un préjudice distinct de celui de la société, à l'occasion d'une liquidation judiciaire, n'est pas tenu de démontrer une faute séparable du dirigeant<sup>520</sup>. Par cohérence, il semble que l'associé et le liquidateur qui exerce les droits de la société devraient être soumis au même régime sur ce point. En revanche, comme cela a été remarqué, il est difficile de distinguer le préjudice de la société et celui subi collectivement par les créanciers, ce qui semble conduire à devoir privilégier l'action fondée sur l'intérêt collectif des créanciers<sup>521</sup>. Autrement dit, la règle dégagée par la Cour de cassation, à propos de la rupture abusive de crédit, s'appliquerait également à la responsabilité du dirigeant recherchée en liquidation judiciaire. Ainsi, seule la réparation du préjudice du débiteur, distinct de celui subi collectivement par les créanciers, pourrait être sollicitée par le liquidateur exerçant les droits du débiteur. La prudence doit rester de mise car la Cour de cassation ne s'est jamais prononcée sur la question.

En définitive, la portée exacte de l'application des règles propres au droit des sociétés est incertaine en cas d'action en responsabilité exercée au cours d'une liquidation judiciaire. Il

<sup>519</sup> Cass. com., 27 mai 2014, n° 12-28.657, *Bull. civ. IV*, n° 92 ; *JCP E* 2014, 1397, note A. Cerati-Gauthier ; *Act. proc. coll.* 2014, alerte 212, obs. J.-F. Pagnucco ; *LEDEN* juill. 2014, p. 5, obs. I. Parachkevova ; *Rev. sociétés* 2014, p. 529, obs. P. Roussel Galle ; *Dr. sociétés* 2014, comm. 164, note M. Roussille ; *RD bancaire et fin.* 2014, comm. 180, note C. Houin-Bressand ; *RTD com.* 2014, p. 687, obs. A. Martin-Serf ; *BJS* juill. 2014, n° 112d4, p. 467 ; obs. E. Mouial-Bassilana ; *BJE* sept. 2014, n° 111p5, p. 317, obs. T. Favario.

<sup>520</sup> Cass. com., 9 mars 2010, n° 08-21.547, *Bull. civ. IV*, n° 48 ; *D.* 2010, p. 761, obs. A. Lienhard ; *ibid.*, p. 2797, obs. J.-C. Hallouin ; *JCP E* 2010, 1483, note S. Schiller ; *LEDC* mai 2010, p. 2, obs. A.-C. Muller ; *LEDEN* mai 2010, p. 6, obs. I. Parachkevova ; *LPA* 19 nov. 2010, p. 9, note A.-M. Romani ; *RSC* 2011, p. 113, obs. F. Stasiak ; *Rev. sociétés* 2010, p. 230, note H. Le Nabasque ; *Dr. sociétés* 2010, comm. 109, note M.-L. Coquelet ; *RTD civ.* 2010, p. 575, obs. P. Jourdain ; *RTD com.* 2010, p. 374, obs. P. Le Cannu et B. Dondero ; *ibid.*, p. 407, obs. N. Rontchevsky ; *BJB* juill. 2010, p. 316, note N. Rontchevsky ; *BJS* juin 2010, p. 537, note D. Schmidt.

<sup>521</sup> Rappr. : O. Maraud, *Les associés dans le droit des entreprises en difficulté*, préf. L. Sautonie-Laguionie, LGDJ, 2021, n° 187, p. 200.

demeure que, hors du champ d'application de l'article L. 651-2, la Cour de cassation semble imposer au liquidateur judiciaire qui agit en défense de l'intérêt collectif des créanciers de prouver la faute détachable du dirigeant. L'application de cette solution hors liquidation judiciaire entraverait sûrement l'efficacité de l'action de l'administrateur judiciaire.

## B. La responsabilité du dirigeant recherchée hors liquidation judiciaire

**131. L'immunité incertaine du dirigeant en sauvegarde et redressement.** Sous l'empire du droit antérieur à la loi de sauvegarde, tous les mandataires de justice pouvaient solliciter les actions ou sanctions patrimoniales concernant le dirigeant. En revanche, depuis cette réforme, l'administrateur judiciaire n'est plus habilité à agir en responsabilité pour insuffisance d'actif. Or, le champ d'application de cette action a été cantonné à la liquidation judiciaire par l'ordonnance du 18 décembre 2008. Faut-il en déduire que le dirigeant bénéficie d'une immunité hors liquidation judiciaire ?

Une réponse absolument positive doit être exclue. En effet, l'article L. 631-10-1 du code de commerce, introduit par la loi dite *Pétropolis* du 12 mars 2012, laisse entendre que l'administrateur ou le mandataire judiciaire peuvent introduire une action en responsabilité fondée sur une faute ayant contribué à la cessation des paiements du débiteur. Il semble donc que, à tout le moins, en cas de redressement judiciaire, l'administrateur peut rechercher la responsabilité du dirigeant dont la faute a contribué à la cessation des paiements<sup>522</sup>. Peut-il faire plus ? D'aucuns soutiennent que le dirigeant bénéficie en principe d'une immunité en sauvegarde et en redressement judiciaire<sup>523</sup>. L'article L. 631-10-1 constituerait alors une exception à l'immunité du dirigeant dont la portée resterait limitée.

Cette lecture est cependant contestée en raison, notamment, de l'absence de fondement textuel à une telle immunité du dirigeant<sup>524</sup>. À suivre cette seconde analyse, l'action de l'administrateur judiciaire ne serait pas limitée à la seule faute du dirigeant ayant contribué à la cessation des paiements. En toute hypothèse, que le dirigeant puisse engager sa responsabilité dans tous les cas ou seulement en cas de faute ayant contribué à la cessation des paiements, deux éléments doivent être éclaircis. Il faut, d'une part, envisager les conséquences pour

<sup>522</sup> A. Jacquemont, N. Borga et T. Mastrullo, *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, 11<sup>e</sup> éd., 2019, n° 1059, p. 633.

<sup>523</sup> M.-L. Coquelet, *Entreprises en difficulté. Instruments de paiement et de crédit*, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2022, n° 664, p. 443.

<sup>524</sup> O. Maraud, *op. cit.*, n° 531, p. 567. En ce sens ég. : I. Arnaud-Grossi, « Financement forcé de l'entreprise en difficulté : responsabilité et droit des sociétés », *J. sociétés* 2016, n° 137, p. 36.



l'administrateur judiciaire d'une qualification de l'article L. 631-10-1 d'action spéciale. Il convient, d'autre part, d'identifier le préjudice précis dont l'administrateur peut demander réparation.

**132. Les conséquences d'une qualification d'action spéciale de l'article L. 631-10-1.** La qualification d'action spéciale ou d'action relevant classiquement du droit des sociétés est discutée s'agissant de l'article L. 631-10-1 du code de commerce<sup>525</sup>. Si cette action était une action spéciale distincte de celle exercée sur le fondement du droit commun des sociétés, il serait tentant de l'analyser comme une habilitation spéciale à agir. Par conséquent, son exercice serait simplifié en cas de mission d'assistance confiée à l'administrateur, voire de surveillance, car il pourrait alors agir de manière autonome du débiteur.

De plus, la caractérisation du lien de causalité entre la faute ayant contribué à la cessation des paiements et le préjudice pourrait être simplifiée si l'action était qualifiée de spéciale. En effet, il est parfois soutenu que la mention d'une « *contribution* » à la cessation des paiements renverrait à une notion plus souple que le lien de causalité qui s'applique habituellement dans le droit de la responsabilité civile<sup>526</sup>.

En toute hypothèse, et en particulier si le champ d'application de l'action mentionnée s'avère limité, il reste à déterminer de quel préjudice l'administrateur peut demander réparation.

---

<sup>525</sup> En faveur d'une qualification d'action spéciale : P. Roussel Galle, « La loi Pétroplus : quelques réflexions... avec un peu de recul », *Rev. proc. coll.* 2012, étude 16, n° 16, p. 11 ; M.-P. Dumont-Lefranc et C. Lisanti, « Le législateur des cas particuliers... », *Act. proc. coll.* 2012, n° 7, repère 96 ; C. Saint-Alary-Houin, « 2011-2012 : la période des “grands procès” ! », *Dr. & patr. mensuel* 2012, n° 217, p. 104.

En faveur d'une appartenance au droit commun : A. Lienhard, « Mesures conservatoires : irruption d'une loi applicable à l'affaire *Petroplus* », *Dalloz actualité*, 2 mars 2012, p. 605 ; P. Morvan, « La loi Pétroplus, les procédures collectives et... les salariés », *JCP E* 2013, 1047, n° 9, p. 16 ; P. Rossi, « Le décret d'application de la loi Pétroplus : un texte prudent », *BJE* mars 2013, p. 104 ; F. Reille, « Des mesures conservatoires pour sauver le monde ou n'est pas Robin des bois qui veut... », *Dr. et pr.* 2012, n° 5, suppl. entreprises en difficulté, n° 1, p. 2 ; J. Vallansan, « Les sanctions influencées par la crise économique ? », *BJE* sept. 2012, p. 319 ; A. Danis-Fatôme, « Regards d'une civiliste sur l'articulation entre le droit spécial de la responsabilité pour insuffisance d'actif et le droit commun de la responsabilité civile », *RTD com.* 2018, p. 23 ; S. Jambort, « Que reste-t-il du non-cumul de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif et des actions en responsabilité du droit des sociétés ? », *LPA* 31 juill. 2018, n° 135e2, p. 45.

<sup>526</sup> P.-M. Le Corre, « “Pétroplus” : commentaire de la loi et du décret », *LXB Hebdo*, n° 308, 13 sept. 2012 ; G. Teboul, « La nouvelle loi sur les mesures conservatoires en matière de procédures collectives : une loi de circonstance ou une sanction préventive ? », *LPA* 2 mars 2012, p. 5 ; O. Maraud, *op. cit.*, n° 534, p. 572.

L'idée selon laquelle la caractérisation du lien de causalité serait facilitée est aussi soutenue par certains auteurs s'agissant de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif (V. not. J.-P. Sortais, « Les contours de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif », in *Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard. Le juge et le droit de l'économie*, LGDJ, 2002, p. 322) mais a été réfutée par une étude récente s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière (A. Danis-Fatôme, « Regards d'une civiliste sur l'articulation entre le droit spécial de la responsabilité pour insuffisance d'actif et le droit commun de la responsabilité civile », *RTD com.* 2018, p. 23).

**133. Le préjudice dont l'administrateur peut demander réparation.** En admettant que le dirigeant ne dispose pas d'une immunité hors liquidation judiciaire<sup>527</sup>, l'application du droit des sociétés à la recherche de responsabilité du dirigeant au cours d'une procédure collective conduirait à ce que le mandataire judiciaire, agissant dans l'intérêt collectif des créanciers, doive probablement prouver la faute détachable du dirigeant<sup>528</sup>, à l'instar de la règle appliquée à l'action intentée en liquidation judiciaire qui est hors du champ d'application de la responsabilité pour insuffisance d'actif. Pour sa part, l'administrateur judiciaire exerçant les droits du débiteur, c'est-à-dire de la société, ne devrait pas avoir à démontrer de faute détachable. En revanche, à s'en tenir à la position de la Cour de cassation relative à la rupture abusive en matière bancaire<sup>529</sup>, l'administrateur devrait démontrer l'existence d'un préjudice subi par le débiteur distinct de celui subi par la collectivité des créanciers. Or, au regard de la jurisprudence rendue en matière de responsabilité du banquier, un tel préjudice apparaît assez difficile à démontrer.

Autrement dit, le mandataire judiciaire pourrait caractériser assez aisément le préjudice mais son action risquerait de buter sur la preuve d'une faute détachable. À l'inverse, l'administrateur judiciaire ne serait pas soumis à l'exigence d'une faute détachable mais son action buterait sur la démonstration d'un préjudice distinct<sup>530</sup>. Cette hypothèse montre à nouveau les redoutables difficultés provoquées par la scission des fonctions de l'ancien syndic. Tandis qu'un dirigeant aurait par sa faute appauvri la société, la combinaison des subtilités liées à la fois au droit d'agir des mandataires de justice et au droit des sociétés conduirait à rendre ce préjudice très difficilement réparable. Une telle situation semble d'autant moins justifiée que le produit de l'action, qu'elle soit intentée par l'administrateur ou le mandataire judiciaire, intègre nécessairement le patrimoine du débiteur<sup>531</sup>. Comme cela a été souligné, seule la solution rendue par le tribunal statuant sur le sort du débiteur permet de déterminer à qui l'action profite

<sup>527</sup> V. *supra* n° 131.

<sup>528</sup> O. Maraud, *op. cit.*, n° 532, p. 569.

<sup>529</sup> Cass. com., 13 mars 2007, n° 06-13.325, arrêt préc.

<sup>530</sup> En ce sens : I. Arnaud-Grossi, art. préc.

<sup>531</sup> Contrairement à l'action individuelle du créancier ou de l'associé qui se prévaut d'un préjudice distinct, sur laquelle, v. not. : M.-A. Rakotovahiny, « L'intérêt collectif des créanciers, obstacle au droit de créance individuel », *LPA* 27 déc. 1999, n° 257, p. 6 ; F. Derrida, « Intérêt collectif et intérêts individuels des créanciers dans les procédures de redressement ou de liquidations judiciaires », in *Études offertes à Barthélemy Mercadal*, Francis Lefebvre, 2002, p. 147 ; G.-A. Likillimba, « Le préjudice individuel et/ou collectif en droit des groupements », *RTD com.* 2009, p. 1.

*in fine*<sup>532</sup>. Indéniablement, la multiplication des régimes de responsabilité aboutit alors à un « *trop plein juridique* »<sup>533</sup>.

Les mêmes difficultés se retrouvent s'agissant de la responsabilité de l'associé.

## II. Les actions en responsabilité intentées contre l'associé

**134. La sollicitation de l'associé en cas d'ouverture d'une procédure collective.** Le temps où l'associé d'une société en difficulté pouvait se sentir intouchable en raison de la protection apportée par le voile de la personnalité morale est assurément révolu<sup>534</sup>. Ainsi, l'extension de la procédure à l'associé peut être prononcée en cas de fictivité de la personne morale ou de confusion des patrimoines<sup>535</sup>. De plus, en application de la théorie du coemploi, une société faisant partie d'un groupe peut être considérée comme un coemployeur à l'égard du personnel employé par une autre, s'il existe entre elles, au-delà de la nécessaire coordination des actions économiques entre les sociétés appartenant à un même groupe et de l'état de domination économique que cette appartenance peut engendrer, une confusion d'intérêts, d'activités et de direction se manifestant par une immixtion dans la gestion économique et sociale de la société employeur, conduisant à la perte totale d'autonomie d'action de cette dernière<sup>536</sup>.

Surtout, l'associé n'est plus exempté des efforts nécessaires à la restructuration d'une société<sup>537</sup>. Depuis la création par l'ordonnance du 12 mars 2014 de l'article L. 624-20 du code

<sup>532</sup> P. Cagnoli, *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, dir. J. Héron, préf. T. Le Bars, LGDJ, 2002, n° 113, p. 84.

<sup>533</sup> A. Martin-Serf, « La responsabilité civile des dirigeants sociaux : un nuancier de plus en plus subtil », in *Mélanges Jean-Pierre Sortais*, Bruylant, 2002, p. 401.

<sup>534</sup> R. Dumont, *Les devoirs de l'actionnaire*, th. Paris 1, 2021, n° 11, p. 6 ; O. Maraud, *Les associés dans le droit des entreprises en difficulté*, préf. L. Sautonie-Laguionie, LGDJ, 2021, n° 313, p. 326 ; F.-X. Lucas, « Les devoirs de l'actionnaire d'une société en difficulté », *Gaz. Pal.* 6 juin 2016, n° 266t9, p. 50 ; v. ég. : N. Pelletier, *La responsabilité au sein des groupes de sociétés en cas de procédure collective*, préf. F.-X. Lucas, LGDJ, 2013.

<sup>535</sup> V. *infra* n°s 189 et s.

<sup>536</sup> Cass. soc., 25 nov. 2020, n° 18-13.769 ; *D.* 2021, p. 1152, obs. S. Vernac ; *JCP G* 2020, 1422, obs. G. Dedessus-Le-Moustier ; *JCP S* 2021, 1019, note Y. Pagnerre ; *Dr. soc.* 2021, p. 367, obs. D. Baugard ; *LEDICO* janv. 2021, n° 113q6, p. 6, obs. L. Gamet ; *LEDEN* janv. 2021, n° 113y0, p. 6, obs. H. de Frémont ; *Rev. trav.* 2020, p. 749, note M. Kocher et S. Vernac ; *BJT* janv. 2021, n° 114r7, p. 21, obs. G. Duchange ; *BJS* janv. 2021, n° 121q2, p. 25, obs. J.-F. Barbièri ; *Rev. proc. coll.* 2021, comm. 14, note D. Jacotot ; *BJE* mars 2021, n° 118m6, p. 57, obs. C. Gailhbaud.

V. antérieurement : Cass. soc., 2 juill. 2014, n° 13-15.208 *et alii*, *Bull. civ.* V, n° 159 ; *D.* 2014, p. 2147, obs. F.-X. Lucas ; *ibid.* 2015, p. 829, obs. P. Lokiec ; *JCP G* 2014, 848, obs. G. Dedessus-Le-Moustier ; *JCP S* 2014, 1311, note G. Loiseau ; *Rev. sociétés* 2014, p. 709, note A. Couret et M.-P. Schramm ; *Rev. trav.* 2014, p. 625, obs. M. Kocher ; *Cah. soc.* sept. 2014, n° 114f1, p. 511, obs. J. Icard ; *Rev. crit. DIP* 2015, p. 594, note F. Jault-Seske ; *BJS* oct. 2014, n° 112m9, p. 394, obs. N. Pelletier ; *Rev. proc. coll.* 2014, comm. 170, note D. Jacotot.

<sup>537</sup> F.-X. Lucas, « Les devoirs de l'actionnaire d'une société en difficulté », *Gaz. Pal.* 6 juin 2016, n° 266t9, p. 50. Sur l'état du droit antérieur à la loi de sauvegarde, v. A. Cerati-Gauthier, *La société en procédure collective et son associé : entre indépendance et influence*, préf. J. Mestre, PUAM, 2002.

de commerce, l'ouverture de la procédure rend immédiatement exigible le montant non libéré du capital social. De plus, dans leurs domaines d'application respectifs, les articles L. 631-9-1 et L. 631-19-2 du code de commerce permettent d'imposer aux associés récalcitrants l'augmentation du capital social nécessaire à l'adoption d'un plan de redressement. D'aucuns identifient ici un devoir de ne pas s'opposer à la restructuration de la société en difficulté<sup>538</sup>. Enfin, l'ordonnance du 15 septembre 2021 a introduit la possibilité d'imposer aux associés un plan de continuation grâce à une application forcée interclasse. Ce mécanisme, prévu à l'article L. 626-32 du code de commerce, permet, à certaines conditions, de surmonter le refus de détenteurs de capital d'adopter un plan lorsque des classes de parties affectées sont réunies<sup>539</sup>.

Toutefois, ces différentes hypothèses ne reposent pas sur la mise en œuvre d'actions en responsabilité, sauf pour la réparation du préjudice propre des salariés qui découle de l'immixtion fautive de l'associé dans la gestion de la filiale qui repose sur une action en responsabilité<sup>540</sup>. Or, des questions relatives au droit d'agir des mandataires de justice, et de l'administrateur en particulier, se posent lorsqu'il s'agit de sanctionner la faute d'un associé. Afin de le comprendre, il faut rappeler les conditions dans lesquelles l'associé peut engager sa responsabilité.

**135. Les conséquences pour l'associé d'une société soumise à une procédure collective de l'extension de la théorie de la faute séparable.** Dans la lignée de l'arrêt *SATI* relatif à la faute du dirigeant, la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt *Macris* du 18 février 2014, que seule la faute intentionnelle d'une particulière gravité, incompatible avec l'exercice normal des prérogatives attachées à la qualité d'associé était de nature à engager la responsabilité personnelle d'un associé envers un tiers à la société<sup>541</sup>. Ainsi, les mêmes difficultés que celles identifiées lors de l'étude de la responsabilité du dirigeant resurgissent.

<sup>538</sup> R. Dumont, *op. cit.*, n° 262, p. 141 ; O. Maraud, *Les associés dans le droit des entreprises en difficulté*, préf. L. Sautonie-Laguionie, LGDJ, 2021, n° 313, p. 326.

<sup>539</sup> Sur ce point, v. *infra* n° 332.

<sup>540</sup> Si la Cour de cassation a mis un coup d'arrêt à l'expansion de l'application de la théorie du coemploi, elle reconnaît le caractère distinct du préjudice des salariés consécutif à la perte de leur emploi, soit la perte pour l'avenir des rémunérations qu'ils auraient pu percevoir et l'atteinte à leur droit de voir leurs chances de retrouver un emploi optimisées, faute d'avoir pu bénéficier de formations qualifiantes (Cass. com., 2 juin 2015, 13-24.714, arrêt préc.)

Sur la question, v. G. Auzero, « L'intérêt personnel des salariés », *BJE* mai 2016, n° 113k1, p. 220.

<sup>541</sup> Cass. com., 18 févr. 2014, n° 12-29.752, *Bull. civ.* IV, n° 40 ; *D.* 2014, p. 764, note T. Favario ; *ibid.*, p. 2434, obs. J.-C. Hallouin ; *JCP E* 2014, 1160, note B. Dondero ; *Gaz. Pal.* 17 avril 2014, n° 174f1, obs. N. Blanc ; *LEDC* avril 2014, p. 7, obs. M. Caffin-Moi ; *RDC* sept. 2014, n° 110s4, p. 372, obs. G. Viney ; *ibid.* mars 2015, n° 111j6, p. 75, obs. C. Grimaldi ; *BJS* juin 2014, n° 111z5, p. 382, obs. B. Fages.

Sur les risques de cette consécration du principe de responsabilité de l'associé dans l'exercice de son droit de vote, v. M. Caffin-Moi, « La responsabilité pour faute de l'associé : une évolution à front renversé », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis, LGDJ, 2015, p. 201. Comp. : J.-F. Barbiéri, « Sur la faute

En liquidation judiciaire, seul le liquidateur peut demander réparation du préjudice subi par la société ou celui subi collectivement par les créanciers en raison d'une faute du dirigeant<sup>542</sup>. Le liquidateur est-il également tenu de démontrer une faute détachable de l'associé ? S'il ne semble pas l'être en matière d'action en responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actif, il faut rappeler que l'action introduite contre un associé n'est pas exercée sur le fondement de l'article L. 651-2 du code de commerce<sup>543</sup>. Les incertitudes relatives aux conditions applicables aux actions intentées contre le dirigeant au cours d'une liquidation judiciaire sur un fondement étranger à la responsabilité pour insuffisance d'actif se retrouvent en cas d'action contre l'associé. Le malaise au sein de la doctrine qui a abordé le sujet en témoigne. D'aucuns estiment que le retour au droit commun implique que le liquidateur judiciaire doit prouver une faute détachable de l'associé<sup>544</sup>, d'autres émettant toutefois le souhait qu'il en soit autrement<sup>545</sup>.

Par ailleurs, hors liquidation judiciaire, le mandataire judiciaire comme l'administrateur devraient pouvoir agir contre l'associé. Le premier afin de protéger le gage commun des créanciers, le second afin de demander réparation de l'atteinte au patrimoine du débiteur. Les mêmes difficultés que celles soulevées à propos de l'action contre un établissement de crédit ou le dirigeant risquent de ressurgir. Par exemple, un abus de minorité ou une demande brutale de remboursement du compte courant d'associé causent assurément un préjudice à la société en ce qu'ils peuvent aller jusqu'à remettre en cause sa survie. Pourtant, à s'en tenir à la jurisprudence rendue en cas de rupture abusive de crédit, s'il agit contre l'associé, l'administrateur judiciaire devrait démontrer que le préjudice subi par le débiteur est distinct de celui subi collectivement par les créanciers contrairement au mandataire judiciaire. Un tel préjudice paraît aussi difficile à caractériser en cas de faute de l'associé que du dirigeant. En revanche, l'administrateur ne devrait pas être tenu de prouver une faute détachable. Au contraire, le mandataire judiciaire agissant en réparation du préjudice collectif devrait démontrer la faute détachable de l'associé<sup>546</sup>.

En définitive, la combinaison des subtilités du droit des sociétés et de la distinction des préjudices réparables selon les mandataires de justice risque de rendre la responsabilité du

---

source de responsabilité civile pour les associés », in *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Jean-Patrice et Michel Storck*, Dalloz-Lextenso, 2021, p. 119.

<sup>542</sup> V. *supra* nos 127 et s.

<sup>543</sup> Cass. com., 12 janv. 2016, nos 14-23.359 *et al*, Inédit ; *BJS* 2016, p. 227, note B. Brignon ; *Rev. proc. coll.* 2016, comm. 198, note A. Martin-Serf ; *BJE* 2016, p. 186, note T. Favario.

<sup>544</sup> T. Favario, note sous Cass. com., 18 févr. 2014, n° 12-29.752, *D.* 2014, p. 764.

<sup>545</sup> D. Poracchia, note sous Cass. com., 16 décembre 2014, n° 13-25.028, *Rev. soc.* 2015, p. 391.

<sup>546</sup> En ce sens, R. Dumont, *op. cit.*, n° 780, p. 397.

dirigeant comme celle de l'associé fort difficiles à engager au cours d'une sauvegarde ou d'un redressement judiciaire.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 1

**136. Les limites de la préservation du patrimoine du débiteur par l'administrateur judiciaire.** Lorsque l'entreprise peut être encore sauvée grâce à un plan de continuation ou une cession, le patrimoine du débiteur doit être préservé avant que le tribunal statue sur le sort de ce dernier. Si le changement de finalité des procédures collectives imposait la scission des fonctions des mandataires de justice, la logique voudrait que l'administrateur, chargé d'œuvrer à la sauvegarde de l'activité, soit le plus à même de préserver le patrimoine du débiteur. L'étude des actions de l'administrateur montre qu'il en va autrement.

Les habilitations spéciales de l'administrateur pour mettre en œuvre les actions spécifiques aux procédures collectives, souvent partagées avec le mandataire judiciaire, lui permettent dans l'ensemble d'accomplir cette tâche. Toutefois, à l'instar de ce qui a été vu à propos du mandataire judiciaire, certaines de ces actions semblent relever d'une logique étrangère à la seule préservation du patrimoine du débiteur<sup>547</sup>. Il en va ainsi des nullités de la période suspecte qui ne profitent pas nécessairement à la poursuite de l'activité ou de l'action en extension de la procédure qui peut même occasionnellement desservir cet objectif. La mission des mandataires de justice ne semble donc pas s'épuiser dans la défense des intérêts en présence.

Surtout, l'administrateur judiciaire peut être habilité à exercer les droits du débiteur, en particulier lorsqu'une mission de représentation lui a été confiée. D'importantes limites apparaissent alors s'agissant de sa capacité à préserver le patrimoine du débiteur. En effet, la Cour de cassation juge, en matière de rupture abusive de crédit, que l'administrateur peut demander la réparation du préjudice subi par le débiteur seulement s'il prouve l'existence d'un préjudice distinct de celui subi collectivement par les créanciers<sup>548</sup>. Par conséquent, si cette règle devait s'appliquer aux autres hypothèses dans lesquelles l'administrateur judiciaire exerce les droits du débiteur, son action ne serait que résiduelle. Autrement dit, l'administrateur judiciaire ne peut contribuer à la préservation du patrimoine que dans les rares cas dans lesquels le débiteur a subi un préjudice distinct de celui subi collectivement par les créanciers.

Cette difficulté devient encore plus grande lorsque la responsabilité du dirigeant ou de l'associé est recherchée. L'application du droit des sociétés conduit à distinguer les conditions

---

<sup>547</sup> V. *supra* nos 51 et s.

<sup>548</sup> Cass. com., 13 mars 2007, n° 06-13.325, arrêt préc.

de réparation du préjudice subi par le débiteur, en l'occurrence une société, et celui subi par les créanciers qui est conditionné à la preuve d'une faute détachable du dirigeant ou de l'associé. Il résulte de ces conditions spécifiques au droit des sociétés que l'administrateur n'a pas besoin de démontrer l'existence d'une faute détachable mais que son action est cantonnée à la réparation d'un préjudice distinct de celui subi collectivement par les créanciers. À l'inverse, le mandataire judiciaire peut demander réparation du préjudice tenant à l'atteinte au patrimoine du débiteur mais doit vraisemblablement démontrer l'existence d'une faute séparable. La combinaison des subtilités tenant au droit d'agir des mandataires de justice et au droit des sociétés rend ainsi ce préjudice quasiment irréparable. Une telle solution ne manque pas d'étonner dans la mesure où, quel que soit le mandataire qui agit, le fruit de l'action intègre le patrimoine du débiteur.

Exception faite des actions relatives au droit des sociétés, les limites au droit d'agir de l'administrateur posent un problème qui semble essentiellement théorique car le mandataire judiciaire reste en mesure d'agir et peut assurer la préservation du patrimoine du débiteur. Il n'en demeure pas moins que l'idée selon laquelle les fonctions des mandataires de justice seraient incompatibles apparaît remise en cause. Par conséquent, il convient peut-être de cesser d'appréhender la mission de l'administrateur judiciaire comme une mission exercée au profit de l'un des intérêts en présence au détriment des autres.



## CHAPITRE 2 : LA FINALITÉ CONSERVATOIRE DE LA MISSION DE L'ADMINISTRATEUR JUDICIAIRE

**137. Plan du chapitre.** Le sauvetage de l'activité, objectif premier du droit des entreprises en difficulté, peut être assuré par un plan de continuation ou une cession de l'entreprise à un repreneur. Avant de statuer, le tribunal doit analyser la situation du débiteur et les éventuelles offres de reprises. Or, afin qu'il reste une entreprise à sauver, il faut que l'activité soit préservée le temps de la prise de décision, ce qui soulève la question de la gestion de l'entreprise durant cette période.

Une large palette de solutions s'offre au tribunal qui peut confier à un administrateur judiciaire, s'il en désigne un, une mission de surveillance ou d'assistance du débiteur, voire le soin d'administrer seul l'entreprise. Dans ce dernier cas, l'article L. 631-14 du code de commerce mentionne une mission de représentation. Cette référence à la représentation ne semble pourtant pas toujours appropriée pour caractériser la mission de l'administrateur. En effet, lorsqu'il administre l'entreprise au cours d'un redressement, la seule manière de sauver l'activité consiste parfois à céder l'entreprise. À cette fin, l'administrateur pourrait être amené à exercer les droits du débiteur afin de récupérer des liquidités et financer, par exemple, une expertise nécessaire à l'évaluation de l'entreprise. Dans ces conditions, agirait-il vraiment dans l'intérêt du débiteur qu'il est censé représenter ? Le débiteur n'aurait-il pas plutôt intérêt à s'abstenir d'exercer ses droits afin de se réserver la jouissance de ces ressources une fois la procédure clôturée ? Appréhender l'administrateur comme un représentant semble donc ici contestable. Puisque l'activité doit être préservée le temps que le tribunal statue, l'intervention de l'administrateur ne sert-elle pas avant tout à prévenir toute dégradation de la situation ? Sous cet angle, l'administrateur ne semble pas agir en faveur d'un intérêt en particulier au détriment des autres.

Partant, la mission d'administrateur judiciaire peut être analysée comme une mesure conservatoire davantage que comme une forme de représentation (Section 1). Cette approche explique ainsi le principe de prudence qui s'impose dans la gestion de l'entreprise en difficulté, à rebours de la gestion ordinaire d'une entreprise qui réserve une place plus importante à la prise de risques (Section 2).

## SECTION 1 : LA NATURE CONSERVATOIRE DE LA MISSION DE L'ADMINISTRATEUR JUDICIAIRE

**138. Plan de la section.** Le législateur ayant habilité l'administrateur à exercer les droits du débiteur, il peut sembler naturel de voir dans le premier un représentant du second. S'il est vrai que la mission de l'administrateur profite le plus souvent au débiteur, demeurent des situations dans lesquelles les besoins de la procédure peuvent amener l'administrateur à exercer les droits du débiteur au détriment de ce dernier. Une telle configuration montre les limites de l'appréhension de la mission d'administration de l'entreprise au spectre de la représentation (§1).

Cette mission doit être alors analysée autrement. Si les objectifs de la loi du 25 janvier 1985 ont émancipé les procédures collectives du droit des saisies, les mécanismes qui régissent ce droit s'appliquent toujours aux procédures collectives. En particulier, la période d'observation conserve les traits d'une saisie conservatoire. À cet égard, la mission de l'administrateur judiciaire peut être rapprochée de celle que remplit le gardien d'un bien saisi à titre conservatoire. Or, un tel gardien est dans une position de neutralité au regard des intérêts en présence. Il n'en va pas autrement de la mission de l'administrateur judiciaire (§2).

§ 1 : La référence inappropriée à la notion de représentation

**139. Situation dans laquelle l'administrateur agirait au détriment du débiteur.** De nombreuses solutions s'offrent au tribunal pour assurer la gestion de l'entreprise. D'abord, il peut choisir de ne pas désigner d'administrateur. Lorsqu'il en nomme un, ce dernier peut exercer une mission de surveillance, d'assistance voire d'administration de l'entreprise<sup>549</sup>, l'article L. 631-14 qualifiant cette dernière de mission de représentation. En liquidation judiciaire, il est aussi courant de lire que le liquidateur judiciaire représente le débiteur<sup>550</sup>. Autrement dit, la représentation du débiteur s'imposerait pour les situations dans lesquelles la

<sup>549</sup> C. com., art. L. 622-1 et L. 631-12.

<sup>550</sup> M.-H. Monsérié-Bon, « Le dessaisissement et l'avènement des droits propres », RLDA 2005/03, suppl. n° 80, p. 53 ; J. Vallansan, « Le dessaisissement de la personne physique en liquidation judiciaire », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot ; professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Dalloz-Litec, 2011, n° 8, p. 602 ; S. Le Normand, « Le dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire à l'épreuve des évolutions récentes », *JCP E* 2012, 1337, n° 1, p. 14 ; F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., 2014, n° 1153, p. 509. La Cour de cassation a également pu juger que « le liquidateur est investi d'un mandat légal de représentation du débiteur dessaisi pour l'exercice des droits et actions de ce dernier concernant son patrimoine » (Cass. com., 23 oct. 2019, n° 18-15.280 ; *Gaz. Pal.* 14 janv. 2020, n° 368f5, p. 72, obs. B. Ferrari ; *LEDEN* déc. 2019, n° 112y9, p. 6, obs. P. Rubellin ; *Deffrénois* 6 févr. 2020, n° 156p5, p. 25, obs. F. Vauvillé ; *ibid.* 27 août 2020, n° 162q2, p. 41, obs. J.-F. Sagaut ; *Rev. proc. coll.* 2020, comm. 85, note C. Lisanti ; *BJE* janv. 2020, n° 117n4, p. 37, obs. S. Cabrillac).

poursuite de l'activité semble la plus compromise<sup>551</sup>. En revanche, les missions de surveillance ou d'assistance, voire l'absence de désignation d'un administrateur, répondraient aux cas dans lesquels la confiance accordée au débiteur reste suffisante pour ne pas lui imposer de représentant<sup>552</sup>. Se référer ainsi à la notion de représentation est pourtant discutable. Cette qualification fait écho à l'idée selon laquelle le syndic représentait à la fois le débiteur et ses créanciers, situation à laquelle le législateur a entendu mettre un terme en raison des conflits d'intérêts qu'elle générerait<sup>553</sup>. Or, la logique de représentation veut que le représentant agisse dans l'intérêt du représenté. À tout le moins ne doit-il pas détourner son pouvoir au détriment du représenté, comme le commande l'article 1157 du code civil<sup>554</sup>. Pourtant, afin de répondre aux objectifs et aux besoins de la procédure, il se peut que l'administrateur judiciaire exerce les droits du débiteur au détriment de ce dernier.

De prime abord, cette configuration semble impossible. En effet, en exécutant sa mission, l'administrateur préserve le patrimoine du débiteur, ce qui contribue à favoriser l'adoption d'un plan de continuation et doit donc profiter au débiteur. Toutefois, la cession de l'entreprise est parfois la seule réponse possible afin de sauver l'activité. Dans ces conditions, la préservation du patrimoine du débiteur ne profite plus nécessairement à ce dernier car les actifs risquent de servir exclusivement au paiement des créanciers<sup>555</sup>. Il est vrai que l'article L. 631-22 du code de commerce dispose que l'adoption d'un plan de continuation doit être privilégiée sur la cession. Cependant, lorsqu'un administrateur est désigné en application de l'article L. 631-21-1 afin précisément de préparer une cession, le doute sur l'issue de la procédure n'existe plus. Le débiteur aurait alors intérêt à s'abstenir d'exercer ses droits aussi longtemps que le tribunal n'a pas arrêté de plan de redressement ou que la liquidation judiciaire, prononcée à la suite de la cession de l'entreprise, n'a pas été clôturée.

Quoi qu'inspire une stratégie consistant à éviter de payer ses dettes, il faut convenir que l'intérêt pécuniaire d'un tel débiteur serait de ne pas exercer ses droits afin de s'en réserver les fruits après la clôture de la procédure. Pourtant, l'exercice immédiat des droits du débiteur par l'administrateur judiciaire peut s'avérer utile lorsque la trésorerie du débiteur est asséchée.

---

<sup>551</sup> L.-C. Henry et C.-H. Carboni, « La place du dirigeant : de la liberté de gestion au dessaisissement », *Rev. proc. coll.* 2016, dossier 24, n° 4, p. 55.

<sup>552</sup> *Ibid.*

<sup>553</sup> Projet de loi n° 1578 *relatif au règlement judiciaire*, Exposé des motifs, p. 5.

<sup>554</sup> Cet article se situe dans le chapitre consacré à la formation du contrat. Toutefois, il faut rappeler que l'article 1100-1, al. 2 du code civil dispose que les actes juridiques « obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats ». Partant, il semble que ce droit commun de la représentation trouve à s'appliquer au mandat de justice.

<sup>555</sup> En ce sens : P. Roussel Galle, « Quelques exemples de conflits d'intérêts dans le droit des entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.* 8 déc. 2011, p. 17.

Outre les frais de procédure et de la poursuite de l'activité, la préparation de la cession peut nécessiter, par exemple, que l'administrateur finance une expertise afin de déterminer la valeur de l'entreprise. Par conséquent, si la mission de représentation de l'administrateur lui permet d'exercer les droits du débiteur, la logique voudrait qu'il saisisse ici l'occasion de renflouer la trésorerie du débiteur. Si l'administrateur judiciaire exerçait les droits en question, il agirait au détriment du débiteur qu'il représente. Commettrait-il pour autant un détournement de pouvoir ? Rien n'est moins sûr car la mission de l'administrateur tend moins à satisfaire les intérêts du débiteur qu'à préserver l'activité.

Partant, l'exercice par l'administrateur de n'importe quel droit du débiteur, lorsque la cession de l'entreprise va certainement advenir, semble aller à l'encontre des intérêts du débiteur. Toutefois, afin qu'un tel raisonnement n'apparaisse pas excessivement théorique, il faut s'assurer que l'administrateur puisse effectivement exercer des droits du débiteur lui assurant une récupération rapide de liquidités. À défaut, il est peu probable que l'administrateur agisse avant que l'entreprise soit cédée et la difficulté s'estomperait. L'étude des limites au dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire offre des exemples de droits permettant l'appréhension rapide de liquidités.

**140. Exemples de droits permettant une appréhension rapide de liquidités.** Le rachat d'une assurance-vie, la levée d'une clause d'inaliénabilité portant sur un bien qui peut être rapidement vendu ou l'exercice de certains droits attachés à la qualité d'associé, en particulier celui de voter la distribution d'un dividende, permettent une appréhension rapide de liquidités. Cependant, dans toutes ces hypothèses, la Cour de cassation juge que le caractère personnel de l'action empêche le liquidateur judiciaire d'agir<sup>556</sup>. Tout en réaffirmant que l'action liée à la qualité d'associé concernant le patrimoine de la personne morale ne peut être exercée par le

<sup>556</sup> S'agissant du rachat d'une assurance-vie : Cass. com., 11 déc. 2012, n° 11-27.437, *Bull. civ. IV*, n° 225 ; *Gaz. Pal.* 4 mai 2013, p. 22, note D. Voinot ; *Act. proc. coll.* 2013, n° 3, comm. 30, note N. Borga ; *JCP E* 2013, chron. 1216, n° 4, obs. P. Pétel ; *LEDEN* janv. 2013, p. 4, obs. P. Rubellin ; *Rev. proc. coll.* 2013, comm. 95, note M.-P. Dumont-Lefrand, p. 43 ; *Dr. & patr. mensuel* 2013, n° 228 p. 54, obs. C. Saint-Alary-Houin.

S'agissant de la levée d'une clause d'inaliénabilité relative à une libéralité : Cass. com., 9 nov. 2004, n° 02-18.617, *Bull. civ. IV*, n° 191, p. 219 ; *JCP N* 2005, n° 12, p. 646, note F. Vauvillé ; *Act. proc. coll.* 2004, n° 10, comm. 244, obs. C. Regnault-Moutier ; *LPA* 13 avr. 2005, n° 73, p. 3, note F.-X. Lucas ; *Dr. & patr. mensuel* 2005, n° 136, p. 112, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; *RLDC* 2005/1, n° 12, p. 44, note F. Leandri et Cass. 1<sup>o</sup> civ, 4 juill. 2006, n° 04-12.825, *Bull. civ. IV*, n° 345 p. 297 ; *Rev. proc. coll.* 2006, n° 4, p. 356, obs. C. Lebel.

S'agissant de l'interdiction pour le liquidateur exercer les actions liées à sa qualité d'associé ou de gérant concernant le patrimoine de la personne morale : Cass. com., 18 oct. 2011, n° 10-19.647, *Bull. civ. IV*, n° 163 ; *D.* 2011, p. 593, obs. A. Lienhard ; *ibid.* 2012, p. 593, obs. B. Dondero ; *JCP N* 2012, n° 13, 1161, note J.-P. Garçon ; *JCP E* 2012, 1018, p. 15, note C. Lebel ; *Act. proc. coll.* 2011, n° 18, alerte 277, note J. Vallansan ; *Procédures* 2011, comm. 375, note B. Rolland ; *Dr. sociétés* 2011, comm. 213, note H. Hovasse ; *Rev. sociétés* 2012, p. 249, note B. Saintourens et P. Duprat ; *BJE* mars 2012, p. 82, note M.-L. Coquelet ; *BJS* déc. 2011, p. 994, note F.-X. Lucas.

liquidateur, la première chambre civile a néanmoins précisé que le droit qui « *tend au recouvrement de la créance dont dispose l'associé au titre de ses droits sociaux, de la reprise de ses apports, de ses droits aux dividendes et au boni de liquidation* » doit être exercé par le liquidateur<sup>557</sup>. De même, la chambre commerciale a jugé que « *l'action en paiement du solde d'un compte courant d'associé n'est pas une action liée à la qualité d'associé concernant le patrimoine de la personne morale mais tend au recouvrement de la créance dont dispose l'associé contre la personne morale et doit, dès lors, être exercée par son liquidateur* »<sup>558</sup>. La doctrine a tenté de synthétiser ces solutions en estimant que le liquidateur retrouvait le droit d'agir lorsque la qualité de créancier du débiteur l'emportait sur celle d'associé<sup>559</sup>.

Autrement dit, la jurisprudence rendue en matière de dessaisissement tend à permettre au débiteur de préserver son patrimoine en s'abstenant d'exercer immédiatement ses droits personnels. Néanmoins, elle montre aussi que, dans certains cas, le liquidateur peut exercer les droits du débiteur au détriment de ce dernier. Appliqué au liquidateur, ce constat ne pose aucune difficulté car, s'il est habilité à exercer les droits du débiteur, le liquidateur agit avant tout dans l'intérêt des créanciers<sup>560</sup>. En revanche, il faut se demander dans quelle mesure ces solutions peuvent s'appliquer au redressement judiciaire au cours duquel l'administrateur serait censé représenter le débiteur.

**141. La transposition incertaine des solutions au redressement judiciaire.** Dans l'ensemble, la mission d'administration se rapproche de celle du liquidateur judiciaire à la suite du dessaisissement du débiteur<sup>561</sup>. Toutefois, l'article L. 641-9 du code de commerce ne s'applique pas au redressement judiciaire. Les solutions exposées ne sont donc pas immédiatement transposables à l'administrateur judiciaire. En effet, si le débiteur conserve l'exercice des actions personnelles lors d'une liquidation, c'est en raison de l'article L. 641-9

<sup>557</sup> Cass. 1<sup>o</sup> civ., 6 sept. 2017, n<sup>o</sup> 16-10.711, Inédit ; *LEDEN* nov. 2017, n<sup>o</sup> 111c2, p. 1, obs. F.-X. Lucas ; *Dr. sociétés* 2017, comm. 195, note J.-P. Legros ; *BJS* nov. 2017, n<sup>o</sup> 117a5, p. 700, obs. N. Borga ; *Rev. proc. coll.* 2017, comm. 103, obs. G. Berthelot.

<sup>558</sup> Cass. com., 23 sept. 2014, n<sup>o</sup> 12-29.262, *Bull. civ.* IV, n<sup>o</sup> 135 ; *JCP G* 2015, 182, note B. Dondero ; *JCP E* 2014, 1605, note C. Lebel ; *Act. proc. coll.* 2014, alerte 319, obs. J.-F. Pagnucco ; *LEDEN* nov. 2014, p. 2, obs. I. Parachkevova ; *Rev. sociétés* 2014, p. 754, obs. L.-C. Henry ; *ibid.* 2015, p. 124, note B. Saintourens ; *Dr. sociétés* 2015, comm. 35, note J.-P. Legros ; *Procédures* 2015, comm. 20, note B. Rolland ; *RTD com.* 2015, p. 125, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; *BJS* déc. 2014, n<sup>o</sup> 112v0, p. 712, obs. E. Mouial-Bassilana ; *Rev. proc. coll.* 2015, comm. 43, note. F. Reille.

<sup>559</sup> Pour une présentation des différentes positions soutenant ce critère ainsi qu'une critique sur les limites du critère, v. B. Ferrari, *Le dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire. Contribution à l'étude de la situation du débiteur sous procédure collective*, préf. P.-M. Le Corre, LGDJ, 2021, n<sup>os</sup> 538 et s., pp. 316 et s.

<sup>560</sup> C. Lebel, « Le dessaisissement du débiteur soumis à une procédure collective », in *Droit, histoire et société. Mélanges en l'honneur de Christian Dugas de la Boissonny*, PU de Nancy, 2008, p. 142 ; J. Théron, « Les contours du dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire », *Rev. proc. coll.* 2013, dossier 3, n<sup>o</sup> 8, p. 59.

<sup>561</sup> P. Roussel Galle, « Débiteur personne physique : du dessaisissement au rebond », *BJE* 2018, n<sup>o</sup> 116g6, p. 389.

qui, lorsqu'il définit les prérogatives du liquidateur, ne vise que les droits et actions sur le patrimoine du débiteur. Cet article précise que le débiteur accomplit les actes et exerce les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission du liquidateur ou de l'administrateur lorsqu'il en a été désigné. S'agissant du redressement judiciaire, l'article L. 631-12 du code de commerce dispose que l'administrateur peut être chargé d'assurer seul l'administration de l'entreprise. Or, l'entreprise n'est pas définie dans le livre VI du code de commerce. Du reste, l'article L. 631-14 rend applicable l'article L. 622-3 du code de commerce qui dispose que le débiteur continue à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration, de même que les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur. Dès l'adoption de la loi du 25 janvier 1985, il a été relevé que la portée de l'article 32, aujourd'hui devenu L. 622-3, était difficile à cerner<sup>562</sup>.

L'incertitude sur la transposition tient ainsi à l'appréhension différenciée de l'exercice des droits patrimoniaux par le mandataire de justice. L'article L. 641-9 du code de commerce pose la règle selon laquelle le liquidateur judiciaire exerce en principe tous les droits patrimoniaux du débiteur. En revanche, la combinaison des articles L. 622-3 et L. 631-12 du code de commerce peut laisser entendre que, en dépit de la mission de représentation, l'administrateur ne pourrait pas exercer les droits patrimoniaux du débiteur qui ne sont pas destinés à l'administration de l'entreprise. Par conséquent, selon l'interprétation retenue, l'administrateur pourrait, par exemple, solliciter ou non le remboursement du compte courant d'associé dont l'exercice ne semble pas relever de l'administration de l'entreprise en difficulté.

**142. Restriction des hypothèses après l'entrée en vigueur de la loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante.** L'entrée en vigueur de la loi du 14 février 2022 devrait vider en grande partie cette question de sa substance. En effet, en application du nouvel article L. 681-2, II du code de commerce, les dispositions relatives à la procédure collective ne s'appliquent désormais plus qu'aux seuls éléments du patrimoine professionnel du débiteur, c'est-à-dire, selon l'article L. 526-22 du même code, les biens, droits, obligations et sûretés dont il est titulaire et qui sont utiles à son activité professionnelle indépendante. À cet égard, il ne semble plus faire le moindre doute que les droits qui ne sont pas utiles à l'activité du débiteur, et donc à l'entreprise en difficulté, comme celui de demander

---

<sup>562</sup> C. Saint-Alary-Houin, « La gestion de l'entreprise », *RTD com.* 1986, n° sp., t. 1, n° 22, p. 44.

le remboursement d'un compte courant d'associé, ne peuvent être exercés par l'administrateur<sup>563</sup>.

Cependant, la réunion des patrimoines du débiteur reste possible en cas de confusion de ces patrimoines ou de fraude à l'égard d'un créancier titulaire d'un droit de gage général sur le patrimoine visé par la procédure en vertu de l'article L. 621-2 du code de commerce. Autrement dit, en cas de réunion des patrimoines, les questions relatives à la délimitation des droits reconnus au débiteur au regard de l'article L. 622-3 peuvent continuer à se poser. Il est certain que les situations ici envisagées sont résiduelles. Leur étude permet néanmoins de montrer les limites de la référence à la notion de représentation.

**143. Plan du paragraphe.** L'hypothèse d'une transposition au redressement des solutions retenues en liquidation judiciaire aboutirait à reconnaître à l'administrateur la possibilité d'agir au détriment du débiteur, ce qui semble contredire la logique de la représentation (I). Une autre lecture des dispositions du code de commerce conduit à penser que l'administrateur ne peut pas, en toute hypothèse, exercer les droits du débiteur portant sur les biens non affectés à son activité. À s'en tenir à cette lecture, les situations dans lesquelles l'administrateur peut être amené à agir à l'encontre du débiteur seraient quasiment inexistantes. La logique de la représentation paraît alors indemne. Toutefois, une telle conclusion n'est possible qu'en raison du fait que, et c'est ici que réside le paradoxe, l'administrateur se trouverait empêché d'exercer des droits du débiteur qui seraient pourtant utiles à l'accomplissement de sa mission. En somme, quelle que soit l'hypothèse retenue, l'analyse de la mission de l'administrateur semble se marier fort mal avec la logique de représentation du débiteur (II).

#### I. La transposition des solutions rendues en liquidation judiciaire

**144. L'hypothèse d'une transposition totale des prérogatives.** Première hypothèse, en l'absence de définition de l'entreprise, il faudrait assimiler l'administration de l'entreprise à l'exercice des droits du débiteur sur son patrimoine. Le principe de l'unicité du patrimoine, qui s'applique toujours en cas de confusion des patrimoines de l'entrepreneur, irait dans le sens de cette assimilation. D'ailleurs, dans un arrêt en date du 27 novembre 1991, la Cour de cassation

---

<sup>563</sup> En vérité, la référence au critère d'utilité peut conduire à soutenir que tous les biens du patrimoine personnel du débiteur sont utiles à son activité professionnelle pour la simple raison qu'ils constituent des actifs et que tout actif est en soi utile au développement d'une activité. Cependant, dans la logique de la protection du patrimoine personnel de l'entrepreneur, il convient probablement de comprendre que les biens utiles sont les biens affectés à l'activité du débiteur. M. Revet estime ainsi que l'utilité doit être rapprochée, dans ce contexte, de l'utilisation effective du bien (T. Revet, « La désobjectivation du patrimoine », *D.* 2022, n° 13, p. 469).

a approuvé, en se référant expressément à la théorie de l'unité du patrimoine, une cour d'appel qui a réfuté l'idée selon laquelle l'origine extérieure à l'activité d'une créance justifiait de déroger à l'interdiction des poursuites individuelles<sup>564</sup>. D'aucuns en ont déduit qu'en cas de mission de représentation de l'administrateur, le débiteur ne pourrait plus exercer aucun droit sur son patrimoine, sous réserve de ses droits personnels ou droits propres<sup>565</sup>. Une telle lecture conduit à soutenir que les limites au dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire sont parfaitement transposables au redressement judiciaire<sup>566</sup>. Dans ce cas, comme cela a été montré à propos du liquidateur judiciaire, l'administrateur pourrait agir au détriment des intérêts patrimoniaux du débiteur lorsqu'il sollicite par exemple le paiement du solde d'un compte courant d'associé. Ce paradoxe doit être alors analysé au regard de la notion de représentation dans le contexte d'un redressement judiciaire.

**145. Contradiction avec la notion de représentation.** L'hypothèse évoquée soulève le problème des situations de divergence de vues entre le représenté et le représentant. M. Didier a proposé une distinction entre les cas de représentation selon que les décisions doivent être prises dans des situations dites ouvertes ou fermées. Selon l'auteur, dans la première hypothèse, il n'est pas possible de déterminer à l'avance quelle est la bonne décision à prendre<sup>567</sup>. En revanche, dans les situations fermées, il existerait une bonne décision à prendre et qui relèverait de considérations objectivement vérifiables<sup>568</sup>. Selon l'auteur, les situations ouvertes obligent le représenté à faire confiance au représentant en lui laissant une marge de manœuvre dans son action. Toutefois, cette confiance n'est possible qu'en raison du fait que « *le représentant a conscience d'un contrôle qui pèse sur lui et cela garantit au représenté que les effets juridiques que lui impute le représentant ne sont pas fautivement dommageables* »<sup>569</sup>. Parmi les modalités de ce contrôle, M. Didier soutient que le représenté doit pouvoir révoquer son représentant s'il juge sa gestion inopportune, quand bien même cette gestion ne serait pas fautive<sup>570</sup>. Autrement

<sup>564</sup> Cass. com., 27 nov. 1991, n° 90-11.122, *Bull. civ.* IV, n° 360, p. 248 ; *D.* 1992, jur., p. 81, note F. Derrida ; *RTD com.* 1992, p. 684, note A. Martin-Serf.

<sup>565</sup> P. Pétel, *Procédures collectives*, Dalloz, 2021, n° 161, p. 87 ; C. Saint-Alary-Houin, avec le concours de M.-H. Monsérié-Bon et C. Houin-Bressand, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, 12<sup>e</sup> éd., 2020, n° 590, p. 371 ; B. Soinne, « L'«entreprise» et les lois de 1984 et 1985 », *Rev. proc. coll.* 2002, n° 2, p. 20 ; M.-H. Monsérié-Bon, v° « Entreprise en difficulté : période d'observation », *Rép. com. Dalloz*, 2021, n° 76 ; I. Perruchot et M. B. Salgado, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires. – Organes. – Administrateur judiciaire : fonctions », *JCI Procédures collectives*, fasc. 2226, éd. 2020, n° 126.

<sup>566</sup> P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, 11<sup>e</sup> éd., 2020, n° 421.271, p. 981.

<sup>567</sup> P. Didier, *De la représentation en droit privé*, préf. Y. Lequette, LGDJ, 2000, n° 210, p. 160.

<sup>568</sup> *Ibid.*, n° 216, p. 165.

<sup>569</sup> *Ibid.*, n° 219, p. 169.

<sup>570</sup> *Ibid.*, n° 257, p. 196.



dit, la divergence d'appréciation sur la gestion d'un représentant peut être réglée par la voie de la révocation qui est ouverte par le droit commun du mandat<sup>571</sup> comme le droit des sociétés<sup>572</sup>.

Si la distinction proposée par M. Didier n'est pas consacrée en droit positif, elle offre une grille d'analyse intéressante de la situation de l'administrateur judiciaire. S'il est acquis qu'aucun plan de redressement ne peut être arrêté, la situation semble fermée dans le sens où le débiteur n'a aucun intérêt à exercer ses droits avant la clôture de la procédure. Accepter que l'administrateur exerce les droits du débiteur afin de financer la procédure reviendrait alors à admettre que l'administrateur ne représente pas le débiteur. À supposer que l'issue de la procédure soit incertaine et que la situation soit considérée comme ouverte, il demeure que la révocation de l'administrateur par le débiteur est impossible. Le pouvoir de représenter le débiteur est prévu par une disposition légale et c'est le tribunal qui désigne l'administrateur. Certes, un représentant qui tient son pouvoir du juge peut également être révoqué. Toutefois, comme il a été précédemment souligné, les cas envisagés en liquidation judiciaire sont signifiants car ils correspondent, précisément, à des hypothèses dans lesquelles les mandataires de justice ne commettent aucune faute en réalisant les biens du débiteur. Dans ces situations, quoiqu'agissant au détriment du débiteur, ils ne font qu'accomplir leur mission. Dès lors, le tribunal ne peut trouver matière à révoquer l'administrateur. En reprenant la présentation de M. Didier, on parvient à une situation dans laquelle le représentant n'aurait pas commis de faute et où le représenté ne pourrait pas sanctionner une gestion inopportune en le révoquant. Ce paradoxe montre les limites de la référence à la notion de représentation en la matière.

La mission de représentation confiée par un juge peut être présentée comme une réponse judiciaire à une crise de pouvoir<sup>573</sup>. Plus précisément, il peut s'agir d'une mesure de défiance à l'égard d'une personne dont la gestion a échoué<sup>574</sup>. Si la mesure est nécessaire, il est difficile de soutenir qu'il s'agit d'une mesure de représentation s'agissant du débiteur en redressement judiciaire. En effet, contrairement aux autres cas de nomination judiciaire d'un représentant, le débiteur est parfaitement capable d'exprimer son intérêt. Pourtant, les divergences entre les intérêts patrimoniaux du débiteur et l'action de l'administrateur montrent qu'il est envisageable que l'administrateur exerce les droits du débiteur au détriment de ce dernier. S'il s'agissait

<sup>571</sup> C. civ., art. 2003.

<sup>572</sup> C. com., art. L. 221-12 (SNC), art. L. 223-25 (SARL), art. L. 225-18 (administrateur d'une SA), art. L. 225-61 (directeur général ou membre du directoire d'une SA), art. L. 226-2 (SCA), art. L. 227-5 (SAS), C. civ., art. 1851 (SC). La seule exception étant l'impossibilité de révoquer le dirigeant d'une société en commandite simple en raison des règles d'organisation particulières propre à cette forme sociale.

<sup>573</sup> G. Gil, *Le mandataire de justice*, préf. J. Mestre, PUAM, 2003, n° 19, p. 25.

<sup>574</sup> *Ibid.*, n° 581, p. 259.

d'une véritable représentation, l'administrateur engagerait ici sa responsabilité. La désignation d'une personne afin d'exercer les droits du débiteur relève donc d'une autre logique.

Par conséquent, dans l'hypothèse où les solutions retenues en liquidation judiciaire seraient parfaitement transposables au redressement, il serait difficile de soutenir que l'administrateur représente le débiteur au sens du droit commun de la représentation prévu par le code civil. Il reste à étudier l'hypothèse dans laquelle les solutions retenues en cas de liquidation ne seraient pas transposées au redressement.

## II. L'hypothèse d'une absence de transposition des solutions retenues en liquidation judiciaire

**146. L'exercice des droits et actions par le débiteur.** L'argument de l'unité du patrimoine semble conférer une portée maximale à la mission de représentation de l'administrateur. Toutefois, une autre lecture des dispositions du code de commerce reste possible. En effet, l'arrêt précité du 27 novembre 1991 faisait référence à l'unité du patrimoine afin de déterminer si un créancier pouvait échapper à la discipline collective s'agissant des poursuites. Autrement dit, invoquer cette unité du patrimoine permet de rappeler que tout le patrimoine du débiteur est en principe touché par l'effet de saisie de la procédure. De ce fait, les créanciers ne peuvent pas prétendre entamer des poursuites sur une partie du patrimoine qui ne serait pas affectée à l'activité du débiteur.

Cependant, il semble que la question de la portée de la mission de représentation ne se pose pas dans les mêmes termes. En liquidation, les limites au dessaisissement du débiteur ne remettent pas en cause le fait que tout le patrimoine du débiteur est, en principe, touché par l'effet réel de la procédure. De même, affirmer que le débiteur pourrait continuer à exercer, sur son patrimoine, les droits et actions étrangers à son activité poserait certes un problème d'identification de ces droits et actions mais ne remettrait pas en cause l'unité du patrimoine. Ainsi, affirmer que tout le patrimoine est touché par l'effet de saisie n'empêche pas, en soi, de laisser le débiteur continuer à administrer certains biens<sup>575</sup>.

---

<sup>575</sup> Rapp. : J. Vallansan, « Liquidation judiciaire. – Conséquences de l'ouverture de la procédure. – Régime. Administration de l'entreprise. Liquidation judiciaire simplifiée », *JCl Procédures collectives*, fasc. 2702, éd. 2021, n° 49 ; P. Delebecque, N. Binctin et L. Andreu, *Effets de commerce et entreprises en difficulté, Traité de droit des affaires*, t. 4, 18<sup>e</sup> éd., 2018, n° 661, p. 530.

Une autre lecture des articles L. 622-3 et L. 631-12 du code de commerce conduit alors à exclure une transposition automatique des solutions retenues en liquidation judiciaire<sup>576</sup>. Si l'entreprise n'est pas assimilée au patrimoine du débiteur, cela signifie que le débiteur conserve la possibilité d'exercer les droits et actions sur son patrimoine étrangers à l'administration de l'entreprise. La Cour de cassation n'ayant jamais défini l'entreprise, une intense activité doctrinale a été déployée afin de trouver une définition de cette notion<sup>577</sup>. D'aucuns ont cherché à vérifier dans quelle mesure la notion d'universalité permettait de la définir<sup>578</sup>. D'autres ont privilégié une approche institutionnelle de l'entreprise, y voyant un groupement lié par un but commun<sup>579</sup>. Une autre approche a encore consisté à l'assimiler à l'activité de l'entrepreneur<sup>580</sup>. À l'aune de ces différentes approches, et à s'en tenir à l'idée selon laquelle il serait possible d'isoler l'entreprise au sein du patrimoine du débiteur, celle-ci peut être appréhendée approximativement comme l'ensemble des droits, biens ou actions affectés à l'activité du débiteur<sup>581</sup>. Du reste, cette définition se rapproche de celle retenue par le nouvel article L. 526-22 du code de commerce qui caractérise l'activité professionnelle indépendante de l'entrepreneur.

À suivre cette approche, le remboursement d'un compte courant d'associé, par exemple, n'apparaît pas comme un droit affecté à l'activité du débiteur. Par conséquent, l'administrateur, même si une mission de représentation lui a été confiée, ne pourrait pas l'exercer.

**147. L'écart avec la logique de représentation.** Le fait que l'administrateur ne soit pas en mesure d'exercer ces droits amène à un constat paradoxal. Cette restriction posée par cette lecture des articles L. 622-3 et L. 631-12 permet d'éviter des situations dans lesquelles l'administrateur agirait au détriment du débiteur. À cet égard, la logique de représentation

<sup>576</sup> En ce sens, le garde des Sceaux affirmait, lors des débats parlementaires, que « L'administrateur, par définition, n'assume de pouvoir qu'à l'égard de l'entreprise qu'il administre et non à l'égard du patrimoine personnel du chef d'entreprise. » (Interv. R. Badinter, *JO déb. Sénat* 6 juin 1984, 1<sup>e</sup> lect., sous art. 32, p. 1333.)

<sup>577</sup> Sur les différentes approches possibles de la notion, v. not. J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2<sup>e</sup> éd., 2013, n<sup>os</sup> 15 et s., pp. 100 et s.

<sup>578</sup> R. Gary, *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit*, préf. J. Bonnet, Recueil Sirey, 1932.

<sup>579</sup> Sur cette approche de l'entreprise, v., not. P. Durand, « La notion juridique d'entreprise », *Travaux de l'association H. Capitant*, 1947, t. 3, p. 45 ; P. Didier, « Esquisse de la notion d'entreprise », in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, LGDJ, 1966, p. 209 ; M. Despax, *L'entreprise et le droit*, LGDJ, 1957 ; J. Paillusseau, *La société anonyme technique d'organisation de l'entreprise*, préf. Y. Loussouarn, Sirey, 1967, p. 102 ; R. Contin, *Le contrôle de la gestion*, préf. R. Percerou, Librairies techniques, 1975, n<sup>o</sup> 471, p. 326. Pour différentes critiques de cette approche, v. E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n<sup>o</sup> 290, p. 191 ; G. Lyon-Caen et A. Lyon-Caen, « La "doctrine" de l'entreprise », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies techniques, 1978, p. 618 ; D. Schmidt, « La société et l'entreprise », *D.* 2017, p. 2380.

<sup>580</sup> J. Vallansan, *La cession d'entreprise*, th. Caen, 1986 ; P. Cagnoli, *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, dir. J. Héron, préf. T. Le Bars, LGDJ, 2002, n<sup>o</sup> 131, p. 99.

<sup>581</sup> Pour une définition en des termes assez proches, B. Soinne, « L'"entreprise" et les lois de 1984 et 1985 », *Rev. proc. coll.* 2002, n<sup>o</sup> 3, p. 20, qui évoque « un ensemble de moyens quelconques réunis afin de réaliser un objectif économique déterminé ».

semble préservée. Toutefois, et le paradoxe surgit ici, la conformité de la mission d'administration de l'entreprise en redressement judiciaire à la logique de représentation du débiteur ne peut être maintenue qu'à la condition de priver l'administrateur d'une prérogative qui lui serait pourtant utile en vue de sauver l'entreprise. En effet, si le débiteur peut préférer préserver ses biens davantage que son entreprise, l'administrateur judiciaire, s'il agit en vue de préserver l'activité économique, n'aurait pas de telles hésitations. Dans ces conditions, la logique de la représentation ne semble pas appropriée pour qualifier la situation. La seule manière d'assurer que le prétendu représentant n'agisse pas au détriment du représenté est de l'empêcher d'exercer certains des droits de ce dernier, ce qui est pourtant l'objet de la mission de représentation. Certes, des situations exigent parfois que le représentant s'abstienne d'agir. Il en va ainsi, notamment, lorsqu'il existe une situation de conflit d'intérêts. Dans cette hypothèse, le représentant peut être conduit à s'abstenir d'agir afin de ne pas délégitimer sa mission en détournant ses prérogatives au profit d'un intérêt qui n'est pas celui du représenté<sup>582</sup>. Or, au regard de la mission de l'administrateur, il serait en soi légitime qu'il exerce les droits du débiteur afin de financer la procédure, ce qui exclurait tout détournement de son pouvoir. Par conséquent, cela montre bien que, l'administrateur n'exerçant pas nécessairement les droits du débiteur dans l'intérêt de ce dernier, la qualification de représentant présente de sérieuses limites.

En somme, si la mission d'administration de l'entreprise habilitait l'administrateur à exercer tous les droits du débiteur, le premier pourrait être conduit à agir au détriment du second, en contradiction avec la logique de représentation. Dans le cas contraire, l'administrateur judiciaire pourrait être éventuellement qualifié de représentant mais seulement en raison de son absence de pouvoirs dans toutes les situations dans lesquelles il pourrait, dans l'exercice normal de sa mission, agir au détriment du débiteur. Une telle situation serait pour le moins paradoxale. C'est pourquoi il faut envisager d'étudier la mission de l'administrateur au prisme d'une autre logique que celle de la représentation.

§ 2 : La participation de l'administrateur judiciaire à une mesure d'ordre conservatoire

**148. Plan du paragraphe.** Les études spécifiques portant sur les cas où l'administrateur a reçu une mission de représentation sont peu nombreuses. Il est vrai que l'hypothèse est assez

---

<sup>582</sup> T. Douville, *Les conflits d'intérêts en droit privé*, préf. C. Alleaume, LGDJ, 2014, n° 528, p. 608 ; J. Valiergue, *Les conflits d'intérêts en droit privé. Contribution à la théorie juridique du pouvoir*, préf. G. Wicker, LGDJ, 2019, n° 1862, p. 741.

rare en pratique<sup>583</sup>. Il est également souligné que, contrairement à la représentation en redressement judiciaire, le dessaisissement en liquidation judiciaire présente un caractère automatique<sup>584</sup>. Il est surtout soutenu que les deux missions auraient une finalité différente dans la mesure où l'administrateur serait chargé de la gestion de l'entreprise à sauver tandis que le liquidateur judiciaire agirait seulement dans l'intérêt collectif des créanciers. Or, c'est seulement dans cette dernière hypothèse que le dessaisissement servirait à prévenir une éventuelle dilapidation des biens par le débiteur<sup>585</sup>. Certes, contrairement au dessaisissement qu'il subit en liquidation, le débiteur conserve en principe la gestion de l'entreprise en sauvegarde ou en redressement judiciaire. Il n'en demeure pas moins que la présence d'un administrateur l'entrave au moins en partie dans sa gestion.

À cet égard, M<sup>me</sup> Thullier a proposé une nouvelle approche du dessaisissement du débiteur en construisant une notion qui s'applique à toutes les procédures collectives<sup>586</sup>. En tenant compte des contraintes imposées au débiteur, qui existent même dans les procédures dans lesquelles ce dernier continue à gérer l'entreprise, elle propose de redéfinir le dessaisissement comme « *la restriction à l'exercice de ses droits par le débiteur, en suite d'une procédure de traitement de la défaillance et au service du traitement de la défaillance.* »<sup>587</sup> Cette restriction à la libre gestion du débiteur peut en effet s'expliquer par l'incertaine réussite de la procédure de sauvegarde ou de redressement. En témoigne le fait qu'une conversion en liquidation judiciaire reste possible en cas de dégradation de la situation du débiteur. Du reste, le redressement judiciaire peut aboutir à une cession privant le débiteur de son entreprise. De ce fait, la période d'observation peut apparaître comme une forme de saisie collective conservatoire nécessaire le temps que le tribunal statue sur le sort du débiteur<sup>588</sup>. La finalité de l'action de l'administrateur judiciaire, quelle que soit la mission qui lui a été confiée, s'inscrirait alors justement dans la logique d'une mesure conservatoire dont l'intensité varierait selon les besoins.

Afin de comprendre pourquoi la mission de l'administrateur judiciaire peut être appréhendée comme une mesure conservatoire, il faut rappeler que, en dépit de l'évolution de la finalité des procédures collectives, ces dernières restent en partie régies par les mécanismes

<sup>583</sup> L.-C. Henry et P. Roussel Galle, « Le dessaisissement », in (dir.) P.-M. Le Corre, *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 2018, n° 10, p. 36.

<sup>584</sup> B. Ferrari, *Le dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire. Contribution à l'étude de la situation du débiteur sous procédure collective*, préf. P.-M. Le Corre, LGDJ, 2021, n° 6, p. 5.

<sup>585</sup> *Ibid.*, n° 7, p. 6.

<sup>586</sup> B. Thullier, « Que reste-t-il du dessaisissement ? », *Rev. proc. coll.* 2012, dossier 14, p. 80.

<sup>587</sup> *Ibid.*, n° 7.

<sup>588</sup> D. Sahel, *Les biens qui échappent à la procédure collective*, préf. F.-X. Lucas, LGDJ, 2022, n° 9, p. 9.

du droit des saisies (I). En particulier, la saisie conservatoire d'un bien nécessite parfois la désignation d'une personne chargée de sa préservation le temps de la procédure. Dans la mesure où cette saisie n'aboutit pas nécessairement au transfert de propriété du bien, le gardien désigné pour exécuter cette tâche agit moins dans l'intérêt de l'une des parties en présence qu'en vue de la seule conservation du bien. Il n'en va pas autrement s'agissant de la mission de l'administrateur judiciaire (II).

#### I. L'inscription des procédures collectives dans le champ du droit de l'exécution

**149. Analyse des prérogatives du syndic avant la loi du 25 janvier 1985.** Le dessaisissement du débiteur a été introduit par le code de commerce de 1807 en réponse au fait que, en l'absence d'une telle règle, certains débiteurs dilapidaient leur patrimoine après l'ouverture de la procédure<sup>589</sup>. L'administration des biens confiée au syndic résultait ainsi d'une méfiance envers le débiteur. Partant de cette idée, certains auteurs appréhendaient le dessaisissement comme une indisponibilité au profit de la masse fondée sur une présomption de fraude par analogie avec l'action paulienne<sup>590</sup>. Cette analyse a été discutée dans la mesure où retenir le fondement de la fraude conduisait à une protection insuffisante des droits de la masse des créanciers<sup>591</sup>. D'aucuns préféraient analyser le dessaisissement comme « *une sorte de mainmise ou de saisie générale de tous les biens du débiteur* » au profit de la masse qui profiterait d'un droit réel, le droit de gage général des créanciers, qui atteint chaque bien du débiteur<sup>592</sup>. Les deux approches ont en commun d'appréhender la procédure collective au regard d'un effet de la saisie qu'est l'indisponibilité des biens objets de la mesure. C'est en ce sens que l'on peut comprendre que ces mêmes auteurs pouvaient affirmer que le droit de la faillite n'est qu'un « *morceau détaché de l'histoire générale de la procédure d'exécution* »<sup>593</sup>. Il n'était donc pas question de représenter le débiteur mais de s'assurer qu'il ne distrairait pas ses biens saisis en raison de l'ouverture de la procédure.

<sup>589</sup> A.-C. Renouard, *Traité des faillites et banqueroutes*, t. 1, Guillaumin, 3<sup>e</sup> éd., 1857, n° 2, p. 291.

<sup>590</sup> C. Lyon-Caen et L. Renault, avec la collab. d'A. Amiaud, *Manuel de droit commercial*, LGDJ, 15<sup>e</sup> éd., 1928, n° 1062, p. 1031.

<sup>591</sup> J. Percerou, avec la collab. de M. Desserteaux, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, t. 1, Rousseau et C<sup>ie</sup>, 2<sup>e</sup> éd., 1935, n° 96 bis, p. 157. Du reste, la nature du dessaisissement était souvent appréhendée au regard du fondement de l'action de la masse. En ce sens, v. J. Argenson et G. Toujas, *Règlement judiciaire, liquidation des biens, faillite*, Librairies techniques, 4<sup>e</sup> éd., 1973, n° 356, p. 342 pour qui la masse agit en qualité d'ayant cause du débiteur dont elle exerce les droits.

<sup>592</sup> J. Percerou, *op. cit.*, n° 97, p. 162.

<sup>593</sup> *Ibid.*, n° 3, p. 2.

De même, sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, le jugement d'ouverture d'un règlement judiciaire emportait de plein droit, à partir de sa date, l'assistance obligatoire du débiteur par le syndic pour tous les actes concernant l'administration et la disposition de ses biens<sup>594</sup>. Ainsi, alors même que la sauvegarde de l'activité était encore envisageable, par précaution, le débiteur se voyait retirer la possibilité d'administrer seul son patrimoine. Plus significativement encore, la procédure de suspension provisoire, régie par l'ordonnance du 23 septembre 1967, prévoyait également la possibilité de confier au curateur une mission d'administration provisoire<sup>595</sup>. Dans ces conditions, le fait de priver le débiteur de l'administration de son patrimoine au profit du curateur devait encore s'analyser comme une mesure tendant à la conservation du patrimoine du débiteur. Du reste, à la veille de l'adoption de la loi du 25 janvier 1985, il pouvait encore être soutenu que l'examen de la législation des procédures collectives devait « être guidé par l'idée que chaque phase des procédures d'exécution collective ressemble par quelque trait à une phase correspondante des saisies individuelles du Code de procédure civile »<sup>596</sup>.

**150. Le changement de perception induit par la loi du 25 janvier 1985.** Le lien historique entre le droit des procédures collectives et les voies d'exécution est souvent rappelé<sup>597</sup>. Toutefois, l'ordonnance du 23 septembre 1967 et la loi du 25 janvier 1985 ont contribué à faire émerger l'idée selon laquelle l'avènement d'un droit des entreprises en difficulté ayant comme premier objectif le sauvetage de l'entreprise avait émancipé la matière du droit de l'exécution<sup>598</sup>. Depuis que le paiement des créanciers n'est plus le premier objectif des procédures collectives, ces dernières se sont émancipées des procédures civiles d'exécution. C'est peut-être cette raison qui a conduit le législateur à penser l'exercice des droits du débiteur par l'administrateur en termes de représentation, c'est-à-dire selon une logique étrangère à celle

<sup>594</sup> L. n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes, art. 14.

<sup>595</sup> Ord. n° 67-820 du 23 septembre 1967 tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises, art. 13. Sur la mission du curateur dans cette procédure, v. A.-M. Baudron, *La suspension provisoire des poursuites et l'apurement collectif du passif selon l'ordonnance du 23 septembre 1967*, préf. C. Gavalda, LGDJ, 1972, n° 196, p. 158.

<sup>596</sup> G. Potiron, *Les actions de masse dans les procédures d'exécution collectives*, th. Nantes, 1983, p. 14.

<sup>597</sup> C. Gavalda, J. Patin, J. Stofflet, « Le projet de loi sur le règlement judiciaire des entreprises en difficulté », *D.* 1984, chron., p. 13, n° 2 ; F. Derrida, P. Godé, J.-P. Sortais, avec la collab. d'A. Honorat, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 1991, n° 1, p. 1 ; F. Terré, « Droit de la faillite ou faillite du droit », *RJ com.* 1991, p. 6.

<sup>598</sup> R. Houin, « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », in *Liber amicorum Baron Louis Frédéricq, Faculteit der rechtsgeleerdheid te Gent*, 1965, p. 609 ; A. Brunet, « De la distinction de l'homme et de l'entreprise », in *Aspects actuels du droit commercial français. Études dédiées à René Roblot*, LGDJ, 1984, p. 471 ; J. Paillusseau, « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté », in *Études offertes à Roger Houin : problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz, 1985, p. 109 ; P.-M. Le Corre, « 1807 - 2007 : 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise », *Gaz. Pal.* 21 juill. 2007, p. 3.

des voies d'exécution. Il est vrai que la finalité de la mission de l'administrateur diffère de celle du liquidateur<sup>599</sup>. Pourtant, il n'est pas certain que cette divergence signifie que le droit des procédures collectives ne soit plus soumis aux mécanismes régissant les voies d'exécution.

**151. Le renouvellement de la réflexion au regard de la consécration de l'effet réel.** En démontrant la permanence de l'effet de saisie à l'œuvre dans les procédures collectives après la réforme du 25 janvier 1985, M. Sénéchal a rappelé l'inscription des procédures collectives dans le droit de l'exécution<sup>600</sup>. La notion d'effet réel a été consacrée par la Cour de cassation qui s'y est référée afin de déterminer quel juge peut autoriser la vente de biens d'époux mariés sous le régime de la communauté légale qui ont été, par des décisions successives, mis, chacun, en liquidation judiciaire<sup>601</sup>. À la suite des travaux de M. Sénéchal, il a fallu affiner l'appréhension des limites du gage commun des créanciers, ce dernier ayant évolué au gré des réformes ayant introduit la déclaration notariée d'insaisissabilité<sup>602</sup>, l'insaisissabilité légale de plein droit<sup>603</sup> ou le patrimoine professionnel de l'entrepreneur<sup>604</sup>. Ces réformes ont conduit à une forme « *réification* » du droit des entreprises en difficulté tant l'appréhension de l'étendue du gage commun est devenue une question essentielle<sup>605</sup>. La notion d'effet réel a ainsi permis de renouveler la réflexion portant sur la détermination des biens qui échappent à la procédure<sup>606</sup> ou sur le dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire<sup>607</sup>.

Surtout, la Cour de cassation a récemment jugé que l'ouverture de toute procédure collective, y compris une sauvegarde, réunit les créanciers en une collectivité et emporte, dès

---

<sup>599</sup> M<sup>me</sup> Vallansan remarque ainsi que, « *Le pouvoir de représentation du liquidateur est un pouvoir issu de la saisie collective et a une vocation patrimoniale, alors que celui de l'administrateur s'exerce sur l'entreprise. C'est un pouvoir de gestion limité d'un côté par les actes de gestion courante et de l'autre par les actes nécessitant une autorisation du juge-commissaire.* » (J. Vallansan, « Liquidation judiciaire. – Conséquences de l'ouverture de la procédure. – Régime. Administration de l'entreprise. Liquidation judiciaire simplifiée », *JCI Procédures collectives*, fasc. 2702, éd. 2021, n° 49).

<sup>600</sup> M. Sénéchal, *L'effet réel des procédures collectives, essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, préf. M.-H. Monsérié-Bon, Litec, 2002.

<sup>601</sup> Cass. com., 16 mars 2010, n° 08-13.147, *Bull. civ. IV*, n° 55 ; *D.* 2010, p. 1110, obs. M.-L. Bélaival ; *ibid.*, p. 1820, obs. P.-M. Le Corre ; *JCP N* 2010, 1313, note J.-P. Garçon ; *Act. proc. coll.* 2010, alerte 122, note J. Vallansan ; *LEDEN* mai 2010, p. 1, obs. F.-X. Lucas ; *Deffrénois* 15 juill. 2010, p. 1484, obs. D. Gibirila ; *Procédures* 2010, comm. 191, obs. B. Rolland ; *RTD com.* 2010, p. 794, obs. J.-L. Vallens ; *Rev. proc. coll.* 2010, comm. 248, note G. Berthelot ; *ibid.* 2011, comm. 71, note M.-P. Dumont-Lefrand.

<sup>602</sup> L. n° 2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2003 pour l'initiative économique, art. 8.

<sup>603</sup> L. n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, art. 206.

<sup>604</sup> L. n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>605</sup> L.-C. Henry, « L'effet réel et l'effet personnel d'une procédure collective : changement de paradigme ? », *BJE* mars 2020, n° 117q6, p. 1. Comp. : P. Roussel Galle, « Effet réel et effet personnel des procédures judiciaires », *Dr. & patr. hebdo* 2017, n° 223, p. 60, qui souligne les perturbations provoquées occasionnellement par l'effet personnel de la procédure.

<sup>606</sup> D. Sahel, *Les biens qui échappent à la procédure collective*, LGDJ, 2022.

<sup>607</sup> B. Ferrari, *Le dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire. Contribution à l'étude de la situation du débiteur sous procédure collective*, préf. P.-M. Le Corre, LGDJ, 2021.



ce moment, l'appréhension de l'immeuble dans leur gage commun<sup>608</sup>. En dépit de ce que certains auteurs ont pu soutenir<sup>609</sup>, toutes les procédures collectives produisent donc un effet de saisie sur le patrimoine du débiteur. À cet égard, M. Sénéchal a souligné que « *La période d'observation peut être analysée en une phase conservatoire de la saisie collective qui peut déboucher sur une phase d'exécution, plan de cession ou liquidation judiciaire, mais aussi aboutir à la fin de la saisie par le prononcé d'un plan de continuation en faveur du débiteur.* »<sup>610</sup> Autrement dit, durant la période d'observation, qui se rapproche d'une phase conservatoire, le patrimoine du débiteur doit être préservé. C'est précisément l'objet de la mission de l'administrateur qui s'inscrit pour cette raison davantage dans une logique conservatoire que de représentation de l'un des intérêts en présence.

En définitive, si toute procédure collective produit un effet de saisie sur le patrimoine du débiteur et si la période d'observation peut s'apparenter à une phase de saisie conservatoire, il faut se demander si la mission de l'administrateur judiciaire ne devrait pas être assimilée à celle que remplit le gardien d'un bien lors d'une procédure de saisie.

## II. La mission de conservation commune au droit des saisies et aux procédures collectives

**152. La nécessité de conserver les biens faisant l'objet d'une saisie.** Le droit des saisies comme le droit des procédures collectives imposent de prévoir les modalités de conservation des biens objet des procédures. Parmi les dispositions générales portant les opérations d'exécution, l'article L. 141-2 du code des procédures civiles d'exécution dispose que « *L'acte de saisie rend indisponibles les biens qui en sont l'objet.* » La saisie du bien nécessite donc parfois de désigner une personne chargée de sa conservation le temps que la saisie aboutisse.

Ainsi, le second alinéa de l'article L. 141-2 précité précise que « *Si la saisie porte sur des biens corporels, le débiteur saisi ou le tiers détenteur entre les mains de qui la saisie a été effectuée est réputé gardien des objets saisis sous les sanctions prévues par l'article 314-6 du*

<sup>608</sup> Cass. com., 10 mars 2021, n° 19-21.971 ; *D.* 2021, p. 1736, obs. P. Cagnoli ; *JCP E* 2021, 1540, note C. Lebel ; *Gaz. Pal.* 13 juill. 2021, n° 424f9, p. 58, obs. B. Ferrari ; *LEDEN* avril 2021, n° 114d0, p. 1, obs. F.-X. Lucas ; *Act. proc. coll.* 2021, alerte 82, note L. Fin-Langer ; *DEF* 13 janv. 2022, n° 205h4, p. 21, obs. F. Vauvillé ; *RD bancaire et fin.* 2021, comm. 67, note F. Piédelièvre ; *Rev. proc. coll.* 2021, comm. 131, note F. Macorig-Venier ; *ibid.* 2022, comm. 5, note F. Reille ; *BJE* mai 2021, n° 200b3, p. 32, obs. C. Lisanti.

<sup>609</sup> J.-L. Vallens, « La sauvegarde n'a pas d'effet réel », *RTD com.* 2010, p. 794.

<sup>610</sup> M. Sénéchal, *op. cit.*, n° 149, p. 162 ; v. ég. D. Sahel, *Les biens qui échappent à la procédure collective*, LGDJ, 2022, n° 9, p. 9.

*code pénal.* » L'article R. 221-19 du code des procédures civiles d'exécution ajoute que « *Le débiteur conserve l'usage des biens rendus indisponibles par la saisie à moins qu'il ne s'agisse de biens consommables. Toutefois, le juge de l'exécution peut ordonner sur requête, à tout moment et même avant le début des opérations de saisie, la remise d'un ou plusieurs objets à un séquestre qu'il désigne.* » L'article 1962 du code civil dispose, enfin, au sujet du séquestre judiciaire, que « *L'établissement d'un gardien judiciaire produit, entre le saisissant et le gardien, des obligations réciproques. Le gardien doit apporter, pour la conservation des effets saisis, les soins raisonnables.* »

La nécessité de conserver le bien objet de la saisie se pose également lorsque ledit bien est incorporel. Si l'on voit mal la nécessité de nommer un séquestre, il peut être en revanche nécessaire d'exercer les droits du débiteur lorsque ce dernier négligerait de le faire. Le renouvellement d'une marque en est un exemple. L'article L. 712-1 du code de la propriété intellectuelle dispose que « *La propriété de la marque s'acquiert par l'enregistrement. La marque peut être acquise en copropriété. L'enregistrement produit ses effets à compter de la date de dépôt de la demande pour une période de dix ans indéfiniment renouvelable.* » S'agissant des saisies de droits incorporels, l'article L. 231-1 du code des procédures civiles d'exécution dispose que « *Tout créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible peut faire procéder à la saisie et à la vente des droits incorporels, autres que les créances de sommes d'argent, dont son débiteur est titulaire* » et l'article R. 231-1 du même code que « *Sauf dispositions contraires, la saisie des droits incorporels est régie par le présent titre dans la mesure où leur spécificité n'y met pas obstacle.* » Par conséquent, la marque peut faire l'objet d'une saisie, même s'il existe un débat sur le point de savoir quelle procédure doit être mise en œuvre<sup>611</sup>. S'il s'avère que la procédure de saisie de la marque se déroule alors que la fin de la protection est imminente, il semble que, à défaut de séquestre, le créancier saisissant devrait pouvoir solliciter le renouvellement de l'enregistrement de la marque. De même, l'article L. 613-21 du code de la propriété intellectuelle prévoit expressément les modalités de saisie du brevet. Dans une telle hypothèse, le créancier saisissant devrait pouvoir payer les annuités, imposées par l'article L. 612-19 du code de la propriété intellectuelle, afin de prévenir une déchéance du brevet.

---

<sup>611</sup> Une juridiction du fond a jugé que la marque ne peut pas être saisie seulement selon les modalités de la saisie-vente de meubles corporels, v. TGI Paris, 20 sept. 1994, *Rev. huiss.* 1995, p. 234. Un auteur a critiqué cette décision en rappelant que l'article R. 714-4 du code des procédures civiles d'exécution prévoit une procédure qui permet la saisie isolée de la marque, ce qui devrait justifier selon lui d'écarter les dispositions du code des procédures civiles d'exécution, (J.-P. Faget, « La saisie des marques », *Rev. huiss.* 1998, p. 70).

Enfin, le fonds de commerce, dont la nature se rapproche de l'objet de la saisie d'une procédure collective, peut également faire l'objet d'une voie d'exécution. S'il y a lieu, l'article L. 143-4 prévoit alors la possibilité de désigner un administrateur provisoire du fonds par le tribunal de commerce lorsque cela s'avère nécessaire. La mission de conservation du fonds le temps de la saisie aura nécessairement de nombreux traits communs avec celle qui incombe à l'administrateur judiciaire lors d'une procédure collective.

**153. La conservation du patrimoine du débiteur par l'administrateur judiciaire.** La logique n'est pas différente en droit des procédures collectives. Le débiteur soumis à une procédure collective subit aussi une forme d'indisponibilité de ses biens du fait de la restriction de ses pouvoirs<sup>612</sup>. Lorsque la défiance est trop importante envers le débiteur, ce dernier est même dessaisi de la gestion de ses biens. Cette mesure ne prend pas la forme d'une dépossession matérielle mais d'une restriction des droits du débiteur et, le cas échéant, par la désignation d'un administrateur. Autrement dit, ce dernier joue le même rôle que le gardien qui est désigné au cours d'une procédure de saisie d'un bien. À cet égard, la gradation du dessaisissement du débiteur dépend de la confiance qu'il inspire. L'administration de l'entreprise est exclusivement confiée à l'administrateur, lorsque la défiance envers le débiteur est la plus importante. Ce choix n'est pas anodin car, dans cette configuration, la cession totale de l'entreprise et la liquidation du débiteur consécutive deviennent envisageables. Contrairement au droit des incapacités, l'intensité du dessaisissement ne correspond donc pas à une volonté de protéger les intérêts du débiteur. Ce sont les garanties nécessaires à la préservation du patrimoine, objet de l'effet de saisie, qui motivent le dessaisissement du débiteur de la gestion de ses biens.

**154. La sanction du non-respect du dessaisissement.** L'inscription de la mission de l'administrateur dans la logique du droit des saisies se vérifie également au regard de la sanction des actes passés au mépris des règles de dessaisissement du débiteur. En droit des procédures collectives, ces actes sont sanctionnés par une inopposabilité<sup>613</sup>. Cette sanction diffère de celle en droit des incapacités, où la sanction de l'acte encourue est la nullité<sup>614</sup>. La nullité sert à

<sup>612</sup> C. Lebel, « Les indisponibilités du droit des procédures collectives », *RLDA* 2013/10, n° 86, p. 68.

<sup>613</sup> Pour un exemple d'application à la liquidation judiciaire, v. Cass. com., 23 mai 1995, n° 93-16.930, *Bull. civ.* IV, n° 150, p. 141 ; *D.* 1995, jur., p. 413, obs. F. Derrida, *JCP E* 1995, 513, n° 7, obs. M. Cabrillac ; *LPA* 19 juill. 1995, note F. Derrida ; *Dr. sociétés* 1995, comm. 165, obs. Y. Chaput ; *Rev. proc. coll.* 1995, p. 345, obs. B. Dureauil.

Pour un exemple d'application à une sauvegarde, v. Cass. soc., 28 juin 2001, n° 00-40.986, Inédit ; *Rev. proc. coll.* 2002, comm. 59, obs. F. Taquet. Sur les difficultés suscitées par la notion d'inopposabilité à la procédure, v. C. Saint-Alary-Houin, « L'inopposabilité à la procédure collective », in (dir.) P.-M. Le Corre, *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 2018, p. 47 ; B. Ferrari, *op. cit.*, n°s 298 et s., pp. 179 et s.

<sup>614</sup> C. civ., art. 1147 : « L'incapacité de contracter est une cause de nullité relative. »

protéger la personne vulnérable en empêchant que l'acte produise le moindre effet. Le représentant ayant pour fonction ici de protéger la personne vulnérable, il est logique que l'acte passé au mépris de sa mission soit totalement inefficace. En ce sens, la qualification de représentant judiciaire semble adéquate. Au contraire, en droit des procédures collectives, l'acte n'est qu'inopposable de sorte que le cocontractant pourra, sous réserve des règles régissant l'exécution du plan et l'interdiction de reprise des poursuites, en obtenir l'exécution à la clôture de la procédure. Si l'article L. 141-2 du code des procédures civiles d'exécution renvoie à l'article 314-6 du code pénal pour sanctionner le détournement de l'objet saisi, rien n'est précisé s'agissant de la sanction civile de l'acte passé au mépris de l'indisponibilité. La Cour de cassation a néanmoins jugé que « *le nantissement opéré sur un bien rendu indisponible par l'effet d'une saisie conservatoire antérieure, était inopposable au créancier saisissant* »<sup>615</sup>. Partant, il semble que la sanction du non-respect de l'indisponibilité du bien soit également l'inopposabilité de l'acte, acte qui resterait donc valable en cas de mainlevée ultérieure de la saisie<sup>616</sup>. Cette sanction serait cohérente dans la mesure où l'indisponibilité du bien n'a pour fonction que de protéger le créancier saisissant. La comparaison des sanctions illustre, à nouveau, la proximité du régime des procédures collectives et des procédures civiles d'exécution quant au respect du dessaisissement.

En définitive, la mission d'administration du patrimoine du débiteur répond davantage à la logique de conservation des biens appliquée en droit des saisies que d'une logique de représentation au sens du droit civil. Ce constat invite alors à vérifier si le régime appliqué à la gestion de l'entreprise présente bien les caractéristiques d'une mesure conservatoire.

## SECTION 2 : LE PRINCIPE DE PRUDENCE DANS LA GESTION DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ

**155. Plan de la section.** Selon M. Brenner, la conjonction de deux aspects permet de cerner la notion de conservation : « *conserver, c'est protéger contre un péril qui menace, c'est préserver, sauvegarder ; c'est aussi, vu du côté de l'objet des soins, maintenir en état, ne pas altérer ou modifier* »<sup>617</sup>. Ces éléments caractérisent également la gestion d'une entreprise en difficulté. Celle-ci tend à préserver l'activité du débiteur le temps que le tribunal statue sur son sort. La gestion de l'entreprise doit ainsi permettre de prévenir toute dégradation de l'activité.

<sup>615</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 30 mai 2002, n° 99-21.597, Inédit ; *Procédures* 2002, comm. 160, note R. Perrot ; *RD bancaire et fin.* 2002, comm. 199, p. 269, obs. J.-M. Delleci.

<sup>616</sup> S. Guinchard et T. Moussa, *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2022, n° 0714.62, p. 786.

<sup>617</sup> C. Brenner, *L'acte conservatoire*, préf. P. Catala, LGDJ, 1999, n° 46, p. 38.

En revanche, si le plan arrêté par le tribunal peut conduire à une restructuration significative de l'activité, la personne chargée de la gestion de l'entreprise n'a pas vocation à transformer celle-ci. C'est pourquoi, loin de la gestion ordinaire d'une entreprise qui réserve naturellement une place à la prise de risques, les actes de gestion pris au cours de la procédure sont soumis à un principe de prudence. Cette prudence s'inscrit dans la logique conservatoire qui caractérise plus généralement la mission d'administration provisoire et dont les différentes missions de l'administrateur judiciaire constituent des déclinaisons particulières<sup>618</sup>.

L'administration provisoire répond à une crise de pouvoir lorsque la prise de décision s'avère impossible en raison d'une vacance du pouvoir ou d'une défiance à son encontre<sup>619</sup>. L'intervention de l'administrateur doit permettre de résoudre la crise afin que la société reprenne son fonctionnement ordinaire<sup>620</sup>. Il s'agit de préserver le potentiel de la société le temps que le pouvoir soit rétabli ou que le conflit à l'origine de la défiance soit résolu<sup>621</sup>. L'administrateur n'a donc pas vocation à intervenir durablement dans la gestion de la société mais simplement à permettre un retour à la possibilité d'une gestion ordinaire de la société<sup>622</sup>. La mission de l'administrateur provisoire ainsi définie explique qu'il ne soit pas habilité à prendre des décisions qui dépassent les actes de gestion ordinaire de la société<sup>623</sup>. Lorsqu'il est

<sup>618</sup> En l'absence de texte offrant un fondement général à la nomination d'un administrateur provisoire, les tribunaux se sont d'abord appuyés sur l'article 1961 du code civil, qui prévoit les cas dans lesquels la justice peut ordonner la nomination d'un séquestre judiciaire, en jugeant que cette liste n'était pas limitative. Si le choix de ce fondement a été critiqué (V. G. Gil, *Le mandataire de justice*, préf. J. Mestre, PUAM, 2003, n° 11, p. 16), il faut souligner qu'en vertu de l'article 1962 du code civil, le séquestre a un rôle de gardien qui doit conserver la chose qui lui est remise. Le premier fondement de l'administration judiciaire renvoie donc bien à la notion de conservation.

Après la référence au séquestre judiciaire, les tribunaux ont tenté de justifier leur intervention au regard de la nature même de leurs fonctions les investissant d'un pouvoir tutélaire leur permettant de « *pourvoir, par un mandataire de justice, aux intérêts dont la garde n'est confiée à personne* » (*ibid.*, n° 12, p. 17). À nouveau, il faut constater que la désignation de l'administrateur provisoire a été justifiée par le besoin d'assurer la conservation des biens au centre de la mesure.

Enfin, dans le domaine particulier du droit des sociétés, les tribunaux s'appuient désormais sur les dispositions du code de procédure civile relatives aux référés afin de fonder la désignation des administrateurs provisoires. Les articles 835 et 873 prévoient expressément la possibilité de prendre des mesures conservatoires. Comme cela a été souligné « *La nomination par le juge d'un administrateur étant considérée par la jurisprudence comme une mesure essentiellement provisoire et conservatoire, elle s'intègre parfaitement à ces exigences.* » (G. Gil, v° « Administrateur provisoire », *Études Joly Sociétés*, n° S\_EA080, 2021, n° 112) De même, lorsqu'il est désigné sur le fondement des articles 834 ou 872, l'idée d'urgence découlant de la condition de péril imminent inscrit également la désignation de l'administrateur provisoire dans l'objectif de préserver l'existence remise en cause de la société et, partant, dans une logique conservatoire. Ces mesures sont ainsi apparues comme un outil utile pour « *répondre au besoin de droit des justiciables* » (J. Cavallini, « Le juge des référés et les mandataires de justice dans les sociétés *in bonis* », *Rev. soc.* 1998, p. 247).

<sup>619</sup> G. Gil, *Le mandataire de justice*, préf. J. Mestre, PUAM, 2003, n° 20, p. 25.

<sup>620</sup> À cet égard, il a été souligné que lorsque le juge recourt à un administrateur, il procède de la sorte moins par respect pour un principe de non-immixtion que par pragmatisme, l'administrateur par sa présence dans la société étant mieux à même de prendre la décision opportune, v. J. Mestre, « Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés », *RJ com.* 1985, p. 86.

<sup>621</sup> M. Azencot, *L'intervention du juge dans la gestion des sociétés commerciales*, th. Paris 2, 1979, p. 333.

<sup>622</sup> A. Chassignon, *L'administrateur provisoire de sociétés commises par justice*, th. Paris, 1954, p. 101.

<sup>623</sup> B. Lecourt, « Questions autour de l'administrateur provisoire », *JCP E* 2016, 1384, n° 30, p. 24.

désigné dans une situation conflictuelle au sein de la société, l'administrateur provisoire apparaît comme un tiers étranger au conflit qui n'a pour fonction que de préserver la survie de la société le temps de la résolution du litige.

La mission de l'administrateur judiciaire relève de la même logique. Il intervient essentiellement durant la période d'observation ou celle de recherche d'un repreneur en cas de liquidation avec maintien de l'activité économique. Autrement dit, il exerce sa mission avant que le tribunal statue sur le sort du débiteur. La logique conservatoire de cette mission explique alors la prudence qui caractérise la gestion de l'entreprise en difficulté.

Que le débiteur conserve le droit de gérer son entreprise durant la procédure ou qu'il soit dessaisi, la présence de l'administrateur est destinée à prévenir toute dégradation de la situation de l'entreprise (§ 1). Le principe de prudence conduit également à contrôler l'accomplissement des actes de gestion qui paraissent en soi risqués. Ces actes sont de ce fait soumis à un régime particulier afin d'assurer la préservation de l'entreprise (§ 2).

#### § 1 : La surveillance du débiteur

**156. Plan du paragraphe.** Si la préservation du gage commun des créanciers a longtemps justifié de dessaisir le débiteur de l'administration de l'entreprise, il a progressivement été accepté que le débiteur continue à jouer un rôle dans la gestion de l'entreprise en difficulté<sup>624</sup>. Selon M<sup>me</sup> Thullier, cette évolution montre l'émergence d'une conception moderne du dessaisissement. Elle repose sur une diversification des mesures de contrôle de la gestion débiteur afin de prévenir la réalisation d'actes anormaux ou risqués<sup>625</sup>. Cette approche permet de restituer une unité à toutes les missions d'administration de la plus légère, la simple surveillance, aux plus lourdes que sont l'administration de l'entreprise exclusivement confiée à l'administrateur judiciaire ou le dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire<sup>626</sup>. Ainsi, même lorsque le débiteur n'est pas dessaisi de la gestion de l'entreprise mais simplement contrôlé, l'administrateur judiciaire dispose de prérogatives destinées à assurer la préservation de l'activité (I). Il en va de même, à plus forte raison, lorsque le débiteur est totalement dessaisi de la gestion (II).

<sup>624</sup> B. Thullier, « Que reste-t-il du dessaisissement ? », *Rev. proc. coll.* 2012, dossier 14, n° 5, p. 80. Sur la question, v. ég. P. Rossi, *Du contrôle exercé par les mandataires de justice dans les procédures collectives*, Septentrion, 1999.

<sup>625</sup> B. Thullier, art. préc., n° 7.

<sup>626</sup> *Ibid.*, n° 8.

## I. Le contrôle du débiteur

**157. L'utilité des missions de surveillance et d'assistance.** L'ouverture d'une procédure collective ne conduit pas nécessairement à un dessaisissement du débiteur. Le juge peut être aussi amené à confier à l'administrateur des missions de surveillance ou d'assistance dont il détermine l'étendue. Si ces mesures sont plus légères qu'un dessaisissement total, la mission de l'administrateur tend bien à assurer la préservation de l'entreprise.

Lorsque l'administrateur exerce une mission de surveillance, le débiteur reste le seul gestionnaire. Toutefois, si l'administrateur constate des défaillances dans la gestion du débiteur, il peut saisir le tribunal afin d'accroître ses pouvoirs<sup>627</sup>. La fonction de surveillance permet donc de prévenir une éventuelle dégradation de la situation causée par la mauvaise gestion du débiteur. La mission d'assistance, dans la mesure où elle impose une cogestion par l'administrateur et le débiteur, suit la même logique mais le contrôle du débiteur est alors plus important car s'applique un régime de cogestion<sup>628</sup>.

**158. L'intervention de l'administrateur judiciaire malgré l'absence de dessaisissement du débiteur.** En cas d'ouverture d'une procédure collective, même si le débiteur n'est pas dessaisi, l'administrateur judiciaire peut toujours prendre certaines mesures conservatoires. En particulier, de l'article L. 622-4 du code de commerce qui l'habilite à « *faire lui-même tous actes nécessaires à la conservation des droits de l'entreprise contre les débiteurs de celle-ci et à la préservation des capacités de production* ». Sans remettre en cause le fait que le débiteur conserve la gestion de l'entreprise, cette habilitation à agir de l'administrateur lui permet de concurrencer le débiteur. Cette prérogative est elle aussi justifiée par la nécessité de préserver l'entreprise<sup>629</sup>. Elle s'inscrit dans la notion moderne de dessaisissement proposée par M<sup>me</sup> Thullier qui souligne que le dessaisissement peut s'opérer sans altération des droits du débiteur<sup>630</sup>. L'habilitation à agir de l'administrateur constitue ainsi un garde-fou en cas de carence du débiteur.

En revanche, il faut souligner le fait que cette mesure de protection disparaît dans les procédures sans désignation d'administrateur judiciaire. En effet, si l'administrateur et le mandataire judiciaire partagent la titularité de la plupart des actions spécifiques aux procédures

<sup>627</sup> C. com., art. L. 622-1, IV.

<sup>628</sup> F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., 2014, n° 686, p. 310.

<sup>629</sup> C. Saint-Alary-Houin, avec le concours de M.-H. Monsérié-Bon et C. Houin-Bressand, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, 12<sup>e</sup> éd., 2020, n° 583, p. 365.

<sup>630</sup> B. Thullier, art. préc., n° 6.

collectives, il en va autrement s'agissant de la conservation des droits du débiteur. La situation peut s'entendre dans la procédure de sauvegarde dont il faut rappeler qu'elle a été pensée comme la moins contraignante pour le débiteur en l'absence de cessation des paiements. À plus forte raison, l'absence de nomination d'un administrateur peut être vue comme une marque de confiance justifiant que l'on puisse espérer que le débiteur prenne le soin d'exercer ces actions. La solution est plus discutable en cas de redressement judiciaire. Dans une procédure, qui présuppose une cessation des paiements, l'absence de nomination d'un administrateur conduit à ce que le débiteur soit la seule personne habilitée à exercer les actes nécessaires à la conservation du patrimoine. Or, si l'absence d'administrateur judiciaire peut être justifiée par la confiance accordée au débiteur, il faut également rappeler que ce choix peut être aussi déterminé par le coût de cette désignation. Si l'activité économique a encore une chance d'être sauvegardée, il est préférable de s'assurer que les mesures adéquates sont prises. Le résultat est d'autant plus critiquable lorsqu'il est mis en perspective avec la situation en liquidation judiciaire. Dans cette procédure, l'article L. 641-10, alinéa 7 du code de commerce dispose que, en l'absence d'administrateur, le liquidateur exerce les fonctions conférées à ce dernier par l'article L. 622-4 du code de commerce. Autrement dit, la conservation du patrimoine est mieux garantie en liquidation judiciaire qu'en sauvegarde ou redressement. Cette conclusion est pour le moins paradoxale au regard de l'objectif de maintien de l'activité revendiqué par le législateur de 1985. En toute hypothèse, l'article L. 622-4 du code de commerce confirme la finalité conservatoire de la mission de l'administrateur judiciaire.

En somme, l'absence de dessaisissement n'empêche pas l'administrateur judiciaire, lorsqu'il en a été désigné un, d'exercer une mission de nature conservatoire. Il en va de même, à plus forte raison, en cas de dessaisissement du débiteur.

## II. Le dessaisissement du débiteur

**159. Les limites au dessaisissement du débiteur.** Lorsque la méfiance se fait trop forte à l'encontre du dirigeant, une mesure de dessaisissement s'impose. Dans cette circonstance, la préservation de l'activité est garantie par le fait que l'administrateur gère seul l'entreprise. Toutefois, ce dessaisissement est limité par les droits propres du débiteur. Cette notion s'est développée afin de faire respecter notamment les droits de la défense du débiteur<sup>631</sup>.

---

<sup>631</sup> M. Germain et R. Vatinet, « Administrateur provisoire », *JCl. Sociétés Traité*, fasc. 43-10, éd. 2018, n° 69.



Les mêmes considérations se retrouvent au-delà des procédures collectives. Par exemple, un administrateur provisoire peut être désigné afin d'assurer la gestion d'une société *in bonis*. Ce n'est plus le débiteur mais le dirigeant qui est alors dessaisi<sup>632</sup>. Il existe aussi une limite au dessaisissement qui tient à la possibilité de faire appel de la décision de dessaisissement des organes légaux. Ce droit est aussi bien reconnu s'agissant au dirigeant d'une société faisant l'objet d'une administration provisoire<sup>633</sup> qu'au débiteur soumis à une procédure collective<sup>634</sup>. Ces recours étant également justifiés par le respect des droits de la défense et plus précisément des droits propres du débiteur.

Pour le reste, le dessaisissement du débiteur conduit à mettre un certain nombre d'obligations à la charge de l'administrateur afin de garantir la continuité de l'activité.

**160. Les obligations relatives à la continuité de l'activité.** Lorsque la méfiance se fait trop forte à l'encontre du dirigeant, une mesure de dessaisissement s'impose. En redressement judiciaire, elle revient à confier au seul administrateur judiciaire l'administration de l'entreprise comme le prévoit l'article L. 631-12 du code de commerce. Dans la mesure où le débiteur est empêché d'agir, l'administrateur judiciaire est tenu de remplir les obligations légales ou contractuelles qui incombent au débiteur. Il doit veiller ainsi au respect des obligations vis-à-vis des représentants du personnel<sup>635</sup>, et en matière de sécurité<sup>636</sup>, ou des obligations sociales, fiscales et comptables du chef d'entreprise<sup>637</sup>. Ces obligations sont justifiées par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité aussi longtemps que le débiteur reste dessaisi. Elles participent de ce fait à la finalité conservatoire de la mission d'administration de l'entreprise.

En définitive, des mesures de dessaisissement plus ou moins fortes s'imposent afin de préserver l'entreprise. Qu'il y ait dessaisissement ou non du débiteur, la nature conservatoire de la mission d'administration rejaillit surtout au regard du principe de prudence qui s'impose à certains actes de gestion.

<sup>632</sup> G. Bolard, « Administration provisoire et mandat *ad hoc* : du fait au droit », *JCP E* 1995, n° 15, p. 442.

<sup>633</sup> Cass. com., 7 janv. 2004, n° 01-10.034, Inédit ; *RJDA* 2004, n° 559, p. 507.

<sup>634</sup> C. com., L. 661-1.

<sup>635</sup> Cass. crim., 30 janv. 1996, n° 94-83.505, *Bull. civ.* IV, n° 53, p. 131 ; *Dr. sociétés* 1996, comm. 130, obs. Y. Chaput ; *Rev. proc. coll.* 1996, p. 260, obs. B. Soinne.

<sup>636</sup> Cass. crim., 3 mars 1998, n° 95-85.808, *Bull. crim.* 1998, n° 82, p. 225 ; *RSC* 1998, p. 764, obs. B. Bouloc ; *RTD com.* 1998, p. 959, obs. B. Bouloc ; *Rev. proc. coll.* 2000, p. 69, obs. B. Soinne.

<sup>637</sup> C. com., L. 622-1.

## § 2 : Le contrôle des actes de gestion

**161. Plan du paragraphe.** Alors que la gestion ordinaire d'une entreprise accorde une place naturelle à la prise de risque, la gestion de l'entreprise en difficulté est soumise à un principe de prudence. En effet, cette gestion doit assurer la continuité de l'activité, le temps que le tribunal statue sur le sort du débiteur. Par conséquent, les actes effectués durant la procédure devraient en principe se limiter, à l'instar de la mission d'administration provisoire, à une gestion courante, c'est-à-dire à des décisions n'ayant pas une influence cruciale sur la vie de l'entreprise<sup>638</sup>. Cette restriction de la gestion serait justifiée par la nature conservatoire de la mission. Toutefois, le bon déroulement de la procédure collective impose parfois d'effectuer certains actes qui dépassent la gestion courante et qui peuvent présenter un danger pour la poursuite de l'activité. Ces actes sont en soi risqués, ce qui explique qu'ils soient soumis à un contrôle particulier. Il en va ainsi des actes soumis à autorisation du juge (I) et des règles relatives à la poursuite des contrats (II).

## I. Les actes soumis à autorisation du juge

**162. La fonction de l'autorisation.** M<sup>me</sup> Thullier a défini l'autorisation comme « *un acte juridique unilatéral par lequel un agent, l'autorisant, accorde au titulaire d'une prérogative la possibilité de l'exercer, après avoir vérifié que l'activité projetée respectait la protection de certains intérêts, recherchée par la norme qui exige un contrôle préalable.* »<sup>639</sup> Cette définition décrit parfaitement les hypothèses dans lesquelles un acte de gestion doit être autorisé par un juge lors d'une procédure collective. L'autorisation permet un contrôle rigoureux avant l'accomplissement d'un acte présentant un risque pour la poursuite de l'activité<sup>640</sup>. Ce contrôle est justifié par la nécessité de préserver l'entreprise. Autrement dit, le juge garantit l'opportunité et l'utilité de ces actes<sup>641</sup>. Plusieurs exemples illustrent cette idée.

**163. La vente des meubles garnissant les locaux loués.** L'article L. 622-16 du code de commerce dispose que « *Le juge-commissaire peut autoriser le débiteur ou l'administrateur, selon le cas, à vendre des meubles garnissant les lieux loués soumis à déperissement prochain, à dépréciation imminente ou dispendieux à conserver, ou dont la réalisation ne met pas en*

<sup>638</sup> F. Pérochon, *op. cit.*, n° 663, p. 301.

<sup>639</sup> B. Thullier, *L'autorisation. Étude de droit privé*, préf. A. Bénabent, LGDJ, 1996, n° 385, p. 281.

<sup>640</sup> B. Thullier, « Que reste-t-il du dessaisissement ? », *Rev. proc. coll.* 2012, dossier 14, n° 13, p. 80.

<sup>641</sup> P. Fossé, *Des fonctions et des pouvoirs du syndic de faillite*, th. Paris, 1888, p. 21.

*cause, soit l'existence du fonds, soit le maintien de garanties suffisantes pour le bailleur* ». La vente de meubles garnissant un local est un acte de disposition qui affecte le patrimoine du débiteur. La vente des meubles qui garnissent les lieux loués peut remettre la continuité de l'activité. L'acte présente donc un risque et explique qu'il soit soumis à une autorisation du juge. Les hypothèses visées par l'article s'inscrivent bien dans la logique de préservation de l'activité du débiteur.

**164. Le paiement des créances antérieures.** C'est également en ce sens qu'il faut comprendre la règle énoncée à l'article L. 622-7, II, alinéa 2 prévoyant la possibilité pour le juge-commissaire d'autoriser le débiteur à *« exercer le droit prévu à l'article 1699 du code civil. Il peut aussi l'autoriser à payer des créances antérieures au jugement, pour retirer le gage ou une chose légitimement retenue ou encore pour obtenir le retour de biens et droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire, lorsque ce retrait ou ce retour est justifié par la poursuite de l'activité. »*<sup>642</sup> L'interdiction de payer les créances antérieures au jugement d'ouverture est une règle spécifique aux procédures collectives. Dans ce contexte, le paiement d'une créance antérieure n'est pas un acte banal car il rompt l'égalité entre les créanciers et affecte la trésorerie du débiteur en difficulté. Il est cependant justifié par la poursuite de l'activité. En soumettant le paiement des créances antérieures à une autorisation du juge, le législateur soumet l'acte à un contrôle approfondi afin de préserver l'entreprise.

L'interdiction des paiements s'intègre ainsi dans la logique conservatoire de la période d'observation. Cette règle n'entre pas en contradiction avec la fonction conservatoire de la période d'observation ou de maintien de l'activité. Dans l'attente d'une décision optant potentiellement pour un plan de continuation ou de cession, il est nécessaire de préserver cette activité. De ce fait, l'emploi du bien doit apporter une utilité à l'entreprise au moins équivalente au prix à payer. Dans ces conditions, si le paiement d'une créance antérieure est motivé par la poursuite de l'activité, l'acte ne favorise aucun des intérêts en présence que sont la préservation de l'activité et l'intérêt des créanciers. En revanche, le régime de l'acte est assurément soumis à un principe de prudence.

---

<sup>642</sup> La disposition vise ici le débiteur. Il ne s'agit donc pas à strictement parler de la mission de l'administrateur judiciaire. Toutefois, d'une part, la règle s'applique bien à l'administrateur judiciaire en cas de redressement judiciaire (C. com., art. L. 631-14) et au liquidateur ou l'administrateur en cas de liquidation judiciaire (C. com., art. L. 641-3). D'autre part, même lorsque le débiteur est visé, il s'agit bien d'une disposition qui régit l'administration qu'il est attendu de sa part. En ce sens, il semble possible de rattacher cette disposition à la notion d'administration judiciaire.

**165. L'autorisation d'effectuer des actes étrangers à la gestion courante.** L'alinéa premier de cet article L. 622-7, II<sup>643</sup> pose une difficulté supplémentaire. En effet, il dispose que le juge-commissaire peut autoriser « *à faire un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise, à consentir une sûreté réelle conventionnelle en garantie d'une créance postérieure à l'ouverture de la procédure, à payer le transporteur exerçant une action au titre de l'article L. 132-8 du code de commerce ou à compromettre ou transiger.* » Outre l'acte étranger à la gestion courante, la disposition vise donc des situations qui engagent le futur de la société<sup>644</sup>. Par conséquent, ces actes graves ne seront réalisés qu'après une autorisation de la part du juge. L'article ne précise cependant pas ce qui peut justifier cette autorisation, tout juste est-il prévu que « *si cet acte est susceptible d'avoir une incidence déterminante sur l'issue de la procédure, le juge-commissaire ne peut statuer qu'après avoir recueilli l'avis du ministère public.* » À notre connaissance, aucune décision n'est venue expliciter la portée de cette règle. Cependant, comme cela a été souligné si l'interdiction de principe d'effectuer des actes étrangers à la gestion courante est justifiée par la nature conservatoire de la période d'observation<sup>645</sup>, la prohibition doit être levée lorsque l'acte est opportun et compatible avec la sauvegarde du débiteur<sup>646</sup>. Cette approche correspond à la logique de préservation de l'activité du débiteur<sup>647</sup>. Autrement dit, à la fois une interprétation téléologique de la disposition et une interprétation *a pari* avec le reste du paragraphe conduisent à penser que le juge ne devrait pouvoir autoriser à faire ses actes graves qu'à la condition qu'ils soient justifiés par la poursuite de l'activité. Partant, l'autorisation du juge viendrait à nouveau renforcer la fonction conservatoire des actes passés dans le cadre de l'administration judiciaire.

En somme, les actes soumis à autorisation permettent de contrôler les décisions de l'administrateur judiciaire qui présentent un risque sur la poursuite de l'activité. Toutes les décisions stratégiques ne sont pas soumises à une autorisation du juge. Ce n'est pas le cas, par exemple, de la poursuite des contrats en cours décidée par l'administrateur. Les règles applicables tendent néanmoins à s'assurer que l'option sera bien exercée avec prudence.

---

<sup>643</sup> La même remarque tenant au fait que la disposition vise le débiteur s'applique. La règle s'applique également à la liquidation judiciaire en vertu de l'article L. 641-3 du code de commerce.

<sup>644</sup> Idée que l'on retrouve à l'article L. 642-24 du code de commerce qui habilite le juge-commissaire à autoriser le liquidateur à compromettre et transiger sur toutes les contestations qui intéressent collectivement les créanciers même sur celles qui sont relatives à des droits et actions immobiliers.

<sup>645</sup> F. Pérochon, *op. cit.*, n° 673, p. 305.

<sup>646</sup> *Ibid.*, n° 676, p. 306.

<sup>647</sup> C'est en ce sens que doit être compris le récent ajout à la liste de la possibilité de payer le transporteur exerçant une action au titre de l'article L. 132-8 du code de commerce, cette mesure étant destinée à éviter d'exercer une action contre un client important du débiteur soumis à la procédure collective (P. Pétel, « Les sûretés dans l'ordonnance modifiant le livre VI du Code de commerce », *Rev. proc. coll.* 2021, dossier 11, n° 41, p. 73).

## II. Le choix portant sur la poursuite des contrats en cours

**166. Les enjeux stratégiques tenant à la poursuite des contrats en cours.** Il n'est pas dans la logique de la mission de l'administrateur provisoire de s'immiscer dans les choix stratégiques de la société<sup>648</sup>. En revanche, en matière de procédures collectives, la valeur économique du contrat en fait un « *instrument privilégié du redressement et de la sauvegarde* » de l'entreprise<sup>649</sup>. C'est la raison pour laquelle le sort des contrats fait l'objet d'un régime particulier en cas d'ouverture d'une procédure collective. Dans ce contexte, la poursuite des contrats est un choix stratégique confié à l'administrateur judiciaire. M<sup>me</sup> Monsérié-Bon a insisté sur les deux faces que le contrat présente dans les procédures collectives. Positivement, il est appréhendé comme « *un bien au service du redressement de l'entreprise* »<sup>650</sup> et qui, pour cette raison, « *fait l'objet d'une préservation efficace et durable* »<sup>651</sup> pendant la procédure. Au contraire, le contrat peut être aussi vu comme « *une charge pour l'entreprise, voire un obstacle potentiel pour le redressement* »<sup>652</sup>. Le patrimoine du débiteur doit alors être délesté de ce contrat qui diminue les chances de redresser l'entreprise. Cette approche met en lumière combien le choix de poursuivre ou non un contrat s'intègre dans la nécessité de préserver le patrimoine du débiteur soumis à une procédure collective. Au regard de cet objectif, confier à l'administrateur judiciaire le soin de se prononcer sur ces contrats ne semble pas déroger à la finalité conservatoire de sa mission.

**167. La rupture sollicitée par l'administrateur judiciaire.** L'administrateur judiciaire peut mettre un terme aux contrats qui ne sont pas utiles à l'entreprise et, ce, dans des conditions dérogatoires au droit commun<sup>653</sup>. Le contrat ayant une valeur en soi, l'administrateur est fautif lorsqu'il ne s'assure pas, à l'inverse, de la continuation d'un contrat utile. Un administrateur a ainsi vu sa responsabilité engagée en ayant « *laissé s'éteindre les effets du contrat conclu avec la société Attal qui revêtait pour l'entreprise une importance primordiale, puisqu'elle lui*

<sup>648</sup> M. Germain et R. Vatinet, « Administrateur provisoire », *JCl. Sociétés Traité*, fasc. 43-10, éd. 2018, n° 63.

<sup>649</sup> M.-H. Monsérié-Bon, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, préf. C. Saint-Alary-Houin, Litec, 1994, n° 424, p. 389. V. ég. D. Mélédo-Briand, *Nature du droit des entreprises en difficulté et systèmes de droit*, th. Rennes, 1992, n° 157, p. 102 et Y. Guyon, « Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, LGDJ, 2001, n° 6, p. 408 ; N. Borgia, « L'influence du droit des entreprises en difficulté sur le droit des obligations : Droit dérogatoire puis droit précurseur », in (dir.) F. Macorig-Venier, *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, n° 12, p. 205. Sur la question particulière des contrats bancaires : S. Sabathier, « Contrats bancaires et droit des entreprises en difficulté », in (dir.) F. Macorig-Venier, *op. cit.*, p. 303.

<sup>650</sup> M.-H. Monsérié-Bon, *op. cit.*, n° 17, p. 24.

<sup>651</sup> *Ibid.*

<sup>652</sup> *Ibid.*

<sup>653</sup> C. com., art. L. 622-13, IV, art. L. 631-14 et art. L. 641-11-1, IV.

*permettait de vendre en exclusivité un produit recherché* »<sup>654</sup>. La référence à l'importance primordiale sanctionne un manque de discernement grave de la part de l'administrateur. Le choix de continuer les contrats n'est donc pas discrétionnaire<sup>655</sup>. Il montre la prudence dont l'administrateur doit faire preuve dans l'exercice de l'option. L'administrateur doit être en mesure d'identifier les contrats qui sont au cœur de l'activité de l'entreprise et commet une faute en les laissant s'éteindre. Il ne faut cependant pas en déduire que le choix de rompre un contrat se fait dans le seul intérêt de l'entreprise. En effet, maintenir un contrat essentiel à l'activité permet également de préserver la valorisation du patrimoine du débiteur et par conséquent du gage commun de ses créanciers.

Lorsque l'administrateur judiciaire rompt un contrat qui n'est pas utile, il contribue à la préservation du patrimoine du débiteur en l'allégeant d'une charge. Dans la mesure où l'administrateur fait ce choix avant que le tribunal ne se prononce sur le sort du débiteur, cette économie profite potentiellement autant à l'entreprise qu'aux créanciers. À cet égard, cette prérogative de l'administrateur ne semble pas modifier la finalité conservatoire de sa mission. Au contraire, il s'agit d'adapter les modalités de conservation au contexte particulier d'une procédure collective.

**168. La poursuite exigée par l'administrateur judiciaire.** L'administrateur judiciaire peut exiger la poursuite des contrats en cours. Le fait de devoir se prononcer sur la continuation des contrats est une question propre au droit des procédures collectives. Lorsque l'administrateur prend la décision de poursuivre un contrat, il fait un choix stratégique indispensable au maintien de l'activité économique.

Toutefois, ce choix aura des conséquences importantes pour les créanciers car la poursuite des contrats diminuera les ressources disponibles du débiteur et donc les possibilités de payer les créanciers en cas d'issue liquidative de la procédure. C'est pourquoi des dispositions viennent encadrer les modalités de poursuite des contrats. En sauvegarde, l'administrateur judiciaire doit s'assurer, au moment où il demande l'exécution du contrat, qu'il disposera des fonds nécessaires pour assurer le paiement en résultant<sup>656</sup>. En redressement judiciaire et en liquidation judiciaire, il ne pourra exiger la poursuite des contrats qu'à la

<sup>654</sup> Cass. com., 9 juin 1998, n° 95-12.338, *Bull. civ. IV*, n° 185, p. 153 ; *D.* 1998, somm., p. 329, obs. A. Honorat ; *RTD com* 1999, p. 190, obs. A. Laude ; *Rev. proc. coll.* 2000, p. 78, obs. B. Soinne.

<sup>655</sup> C. Saint-Alary-Houin, « Les professions d'administrateurs et de mandataires judiciaires : des professions à haut risque », in *Procédures collectives et droit des affaires : morceaux choisis. Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, éd. Frison-Roche, 2002, n° 25, p. 202.

<sup>656</sup> C. com., art. L. 622-13, II.

condition de disposer des fonds nécessaires au paiement comptant du créancier<sup>657</sup>. Ces mesures de prudence contribuent d'une certaine mesure à la préservation du patrimoine du débiteur. En effet, en empêchant l'administrateur de poursuivre un contrat, s'il n'est pas en mesure de payer la contre-prestation immédiatement, ou à son terme en sauvegarde, le législateur s'assure que le passif de la procédure ne s'accroît pas excessivement en compromettant par là même les chances de redressement.

Cette mesure protège aussi les créanciers. En encadrant l'utilisation des ressources disponibles du débiteur, le législateur préserve principalement le gage commun des créanciers qui sera potentiellement liquidé. Ainsi, l'utilisation des ressources du débiteur, dans ces conditions, n'est possible que pour préserver un actif stratégique de l'entreprise. Autrement dit, l'utilité du contrat doit être au moins équivalente au coût de sa poursuite. À cet égard, la mission de l'administrateur ne semble pas le conduire à privilégier un des intérêts en présence plus que les autres. De plus, l'encadrement de la poursuite des contrats montre que les choix de l'administrateur s'inscrivent toujours dans la logique conservatoire de sa mission.

En définitive, la surveillance dont la gestion du débiteur fait l'objet durant la procédure collective comme le contrôle particulier qui s'applique aux actes de gestion risqués témoignent de la prudence qui caractérise la gestion de l'entreprise en difficulté. En ce sens, le régime de cette mission est conforme à sa nature conservatoire.

---

<sup>657</sup> C. com., art. L. 631-14, al. 4 et art. L. 641-11-1, II.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 2

**169. La finalité conservatoire de la mission de l'administrateur.** En dépit de la référence de l'article L. 631-14 du code de commerce à une mission de représentation, l'étude des prérogatives de l'administrateur montre que sa mission relève d'une logique différente de la représentation. En effet, l'administrateur ne peut pas être considéré comme un représentant du débiteur car il peut être amené à agir au détriment de ce dernier. Une telle situation est justifiée par le fait que l'administrateur ne contribue pas à la survie du débiteur mais au sauvetage de son activité. Or, ce sauvetage est parfois assuré par une cession de l'entreprise avec pour conséquence une liquidation du débiteur. Davantage qu'un représentant du débiteur, l'administrateur est donc placé dans la position d'un gardien qui est chargé de conserver le patrimoine du débiteur avant que le juge statue sur le sort de ce dernier. Cette analyse montre que, malgré l'évolution de la finalité des procédures collectives, les mécanismes à l'œuvre dans ce droit restent inscrits dans la logique du droit des saisies. La période d'observation pouvant s'apparenter à la phase conservatoire d'une saisie, l'administrateur œuvre à la préservation du patrimoine du débiteur, objet de l'effet réel de la procédure.

Cette approche explique également la prudence qui s'impose dans la gestion de l'entreprise en difficulté, à rebours de la gestion ordinaire d'une entreprise qui laisse naturellement plus de place à la prise de risque. La prudence conduit d'abord à surveiller voire écarter le débiteur de la gestion de l'entreprise en difficulté, en désignant le cas échéant un administrateur judiciaire. La prudence caractérise aussi la gestion de l'entreprise en difficulté en raison du contrôle des décisions qui sont prises durant la procédure collective. Ainsi, un certain nombre d'actes qui comportent un risque pour la poursuite de l'activité sont soumis à l'autorisation du juge. D'autres décisions, comme celles relatives à la poursuite des contrats en cours, sont décidées sans autorisation du juge mais les conditions qui encadrent l'exercice de l'option confirment que la gestion de l'entreprise en difficulté est soumise à un principe de prudence.



## CONCLUSION DU TITRE 2

**170. La neutralité de l'administrateur judiciaire.** Le sauvetage de l'entreprise nécessite que le patrimoine du débiteur soit préservé le temps que le tribunal statue sur son sort. Pourtant, les actions dont dispose l'administrateur judiciaire semblent d'une efficacité limitée pour effectuer cette mission. Quelques habilitations spécifiques à agir lui permettent d'agir en ce sens mais, pour le reste, l'administrateur ne peut agir qu'en exerçant les droits du débiteur. Or, le mandataire judiciaire est déjà habilité à agir dans l'intérêt collectif des créanciers. De ce fait, la Cour de cassation juge que l'administrateur judiciaire ne peut demander réparation que du préjudice du débiteur distinct de celui subi collectivement par les créanciers. L'action de l'administrateur est donc résiduelle comparée à celle du mandataire judiciaire. Ce constat est surprenant. Si la primauté donnée au sauvetage de l'entreprise justifiait une scission des fonctions du syndic, il aurait été logique que l'administrateur, chargé de sauver l'activité, soit le plus à même de préserver le patrimoine du débiteur.

Ce paradoxe invite à réfléchir à la finalité de la fonction de l'administrateur judiciaire. Si l'article L. 631-14 du code de commerce se réfère à la représentation, la mission de l'administrateur participe, en vérité, d'une logique conservatoire. Appréhender ainsi la fonction de l'administrateur rappelle que, en dépit de l'évolution de la finalité des procédures collectives, ces dernières restent régies par les mécanismes du droit des saisies. À cet égard, en protégeant le patrimoine, l'administrateur joue un rôle similaire à celui d'un gardien d'un bien faisant l'objet d'une saisie conservatoire. Autrement dit, l'administrateur est dans une position de neutralité vis-à-vis des intérêts en présence. La finalité conservatoire de sa fonction explique alors la prudence qui s'impose dans la gestion de l'entreprise en difficulté, qu'il s'agisse de l'encadrement de la gestion du débiteur ou du contrôle des actes qui présentent un risque sur la poursuite de l'activité.

## CONCLUSION DE LA PARTIE 1

**172. Les limites de la scission des fonctions des mandataires de justice.** Par la loi du 25 janvier 1985, le législateur a bouleversé les objectifs assignés aux procédures collectives en érigeant le sauvetage de l'entreprise au sommet de la hiérarchie des intérêts. D'après le garde des sceaux, ce changement commandait la scission des fonctions du syndic de faillite. Il n'était pas envisageable, selon lui, qu'une même personne soit chargée à la fois de l'intérêt de l'entreprise et de l'intérêt des créanciers<sup>658</sup>. Cette réforme a donné naissance au mandataire judiciaire, défendant l'intérêt collectif des créanciers, et à l'administrateur judiciaire, administrant seul ou de concert l'entreprise.

À la vérité, l'idée selon laquelle le changement de finalité des procédures collectives nécessitait de confier ces fonctions à deux mandataires de justice distincts s'avère contestable. D'un côté, le fruit des actions du mandataire judiciaire intègre le patrimoine du débiteur et n'est frappé d'aucune indisponibilité. Par conséquent, l'action du mandataire judiciaire profite au moins autant à la poursuite de l'activité qu'au paiement des créanciers. Le monopole dont il bénéficie pour défendre l'intérêt collectif des créanciers apparaît ainsi davantage comme un outil destiné à empêcher les créanciers de faire échapper des ressources utiles à la procédure qu'une manifestation d'une véritable mission de représentation. De l'autre côté, l'administrateur judiciaire peut être habilité à exercer les droits du débiteur. Or, le mandataire judiciaire est déjà habilité à défendre l'intérêt collectif des créanciers. La Cour de cassation en déduit que, en cas d'atteinte au patrimoine du débiteur, l'administrateur peut seulement agir en réparation du préjudice du débiteur distinct de celui subi collectivement par les créanciers<sup>659</sup>. La portée de l'action de l'administrateur apparaît donc résiduelle comparée à celle du mandataire judiciaire.

L'inscription des procédures collectives dans le droit des saisies peut expliquer les paradoxes liés à la scission des fonctions des mandataires de justice. En effet, en dépit de l'évolution de la finalité des procédures collectives, ce droit reste régi par les mécanismes du droit des saisies. En particulier, la période d'observation s'apparente à une phase de saisie conservatoire durant laquelle le tribunal étudie la situation de l'entreprise avant de statuer sur la solution à retenir. Durant cette période, il est nécessaire de conserver, voire de reconstituer, le patrimoine du débiteur et, ce, que la procédure aboutisse à un plan de continuation, une

---

<sup>658</sup> Interv. R. Badinter, *JO déb. Ass. nat.* 5 avr. 1984, discussion générale, p. 1182.

<sup>659</sup> Cass. com., 13 mars 2007, n° 06-13.325, arrêt préc.

cession de l'entreprise ou une liquidation des actifs. Autrement dit, l'intervention des mandataires de justice durant la période d'observation ne profite à aucun des intérêts en présence plus qu'un autre<sup>660</sup>.

En somme, le changement de finalité des procédures collectives ne commandait pas la scission des fonctions des mandataires de justice. En revanche, le passage d'une législation assurant un paiement organisé des créanciers à un droit destiné à sauver l'entreprise a assurément modifié la fonction de mandataire de justice. Les procédures collectives n'ont plus pour objet le paiement des créanciers mais la sauvegarde de l'activité, pensée par le législateur comme un objectif d'intérêt général. Pour cette raison, les mandataires de justice devraient peut-être être désormais appréhendés davantage comme des auxiliaires au service de la justice que des défenseurs des intérêts du débiteur ou des créanciers.

---

<sup>660</sup> P. Cagnoli, *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, dir. J. Héron, préf. T. Le Bars, LGDJ, 2002, n° 113, p. 84.



## **PARTIE 2 : LES FONCTIONS DES MANDATAIRES DE JUSTICE APPRÉHENDÉES AU SPECTRE DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL**

**173. Plan de la partie.** L'appréhension des fonctions des mandataires de justice comme celles de représentants respectifs des intérêts des créanciers ou du débiteur a montré ses limites. Une autre approche peut être proposée, celle d'une fonction participant à la défense de l'intérêt général.

En ce sens, solliciter des sanctions pénales et professionnelles ne participe-t-il pas avant tout d'une forme de police de la vie des affaires ? De même, l'extension de la procédure à un second débiteur, dans une situation encore plus compromise que celle du débiteur initial, n'est-elle pas une mesure qui s'impose afin d'assurer, en premier lieu, une bonne administration de la procédure ? Dans ces hypothèses, les mandataires de justice agiraient peut-être davantage en défense d'une forme d'intérêt général que des intérêts en présence. Cette idée offre une perspective nouvelle afin d'analyser les habilitations des mandataires de justice à exercer les droits des créanciers ou du débiteur. Depuis la loi du 25 janvier 1985, la sauvegarde de l'activité économique a été placée au sommet des objectifs du droit des procédures collectives. L'habilitation à exercer les droits des créanciers ou du débiteur serait destinée à poursuivre cet objectif de sauvetage de l'activité pensé par le législateur comme utile à l'économie, fût-ce au détriment des intérêts des créanciers ou du débiteur. Autrement dit, l'ensemble des actions en justice que les mandataires de justice exercent contribuerait à la défense de l'intérêt général (Titre 1).

Outre ces actions, s'inscrivant dans un schéma contentieux classique, les mandataires de justice sont aussi amenés à exercer des prérogatives qui participent à l'élaboration et la mise en œuvre de la réponse apportée par le tribunal aux difficultés du débiteur. Il en va ainsi lorsqu'ils proposent un projet de plan et consultent les créanciers, surveillent l'exécution du plan ou procèdent à la répartition des actifs. Ces prérogatives sont exercées dans le contexte singulier des procédures collectives, à savoir des procédures finalisées dont l'objet ne consiste pas nécessairement à trancher un litige. À cet égard, les mandataires de justice peuvent apparaître comme des organes qui apportent une assistance au tribunal afin d'assurer le bon déroulement de la procédure et la réalisation des objectifs de celle-ci. Cette mission participe tout autant à la défense de l'intérêt général (Titre 2).



## **TITRE 1 : LA DÉFENSE DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL DANS LES ACTIONS EN JUSTICE DES MANDATAIRES DE JUSTICE**

**174. Plan du titre.** Les mandataires de justice exercent certaines actions qui sont propres au droit des entreprises en difficulté, comme l'action en extension de la procédure ou la demande de sanctions pénales ou professionnelles. Ces actions spéciales ne permettent pas nécessairement de reconstituer le patrimoine du débiteur. La mission des mandataires de justice ne se résumerait donc pas toujours à cet objectif. Les sanctions et l'action en extension participent peut-être davantage d'une logique de police de la vie des affaires. À cet égard, si la reconnaissance explicite de la qualité à agir peut suffire à caractériser le droit d'agir de son titulaire, il n'est pas certain que ces actions soient nécessairement exercées dans l'un des intérêts en présence. La finalité de ces actions expliquerait que les mandataires soient même amenés à agir dans un intérêt contraire à ceux dont ils ont prétendument la charge. Le fait qu'ils partagent avec le ministère public l'exercice restrictif de nombre de ces actions spécifiques aux procédures collectives corroborerait l'hypothèse de l'exercice d'une mission de police de la vie des affaires (Chapitre 1).

Les habilitations à agir dans l'intérêt collectif des créanciers ou à exercer les droits du débiteur semblent aussi participer d'une mission d'intérêt général consistant à favoriser la sauvegarde de l'activité. En effet, s'ils n'agissent pas en représentation des créanciers ou du débiteur, les mandataires de justice exercent bien les droits de ces derniers. Cette situation évoque l'action en substitution. Or, cette technique permet de reconnaître à certaines personnes le droit d'exercer les droits d'autrui et, ce, afin de contribuer à la défense d'une forme d'intérêt général, ce qui pourrait être aussi le cas pour les mandataires de justice dont les actions favorisent la poursuite de l'activité (Chapitre 2).





## CHAPITRE 1 : L'HABILITATION À EXERCER UNE MISSION DE POLICE DE LA VIE DES AFFAIRES

**175. Plan du chapitre.** Lorsque les mandataires de justice sollicitent des sanctions ou l'extension de la procédure, il n'est pas certain qu'ils agissent dans l'intérêt collectif des créanciers ou du débiteur. Si l'action civile a une fonction indemnitaire, la dimension vindicative des sanctions, professionnelles notamment, semble par exemple étrangère à l'objectif de reconstitution du patrimoine du débiteur. De plus, si l'action en extension peut présenter un intérêt pour les créanciers du débiteur déjà soumis à une procédure, les mandataires de justice sont-ils privés du droit d'agir en l'absence de préjudice subi par le débiteur déjà soumis à la procédure ? Une réponse positive semble difficile à admettre dans la mesure où l'extension de la procédure semble parfois indispensable à la bonne administration de la procédure en raison de la confusion des patrimoines des débiteurs. La reconstitution du gage commun des créanciers n'est peut-être donc pas la seule finalité de l'action.

Les mandataires de justice seraient habilités à mettre en œuvre des actions qui participent plutôt de l'exercice d'une mission au service de l'intérêt général que de la défense des intérêts en présence. Cette mission tient à la nécessité d'exclure de la vie des affaires les débiteurs malhonnêtes ou incompetents<sup>661</sup>. La réponse à une situation de désordre patrimonial apportée par l'action en extension contribue aussi à assurer une bonne administration de la procédure collective. Il faut alors remarquer que les mandataires de justice partagent la titularité de l'action avec le ministère public. Le régime particulier des actions spécifiques aux procédures collectives peut laisser penser que la mission des mandataires de justice se rapprocherait, dans ces circonstances, de celle du ministère public.

Autrement dit, la finalité des sanctions et de l'extension ne se concilie pas toujours avec la défense des intérêts des créanciers ou du débiteur, ce qui amène à interroger la cohérence d'une analyse de ces actions au regard des intérêts en présence (Section 1). Au contraire, appréhender la mission des mandataires de justice comme une contribution à la police de la vie des affaires semble plus pertinent (Section 2).

---

<sup>661</sup> W. Jeandidier, « Droit criminel et droit de la faillite », in *Aspects actuels du droit commercial français, Études dédiées à René Roblot*, 1984, LGDJ, p. 497.

## SECTION 1 : LES LIMITES DE L'ÉTUDE DES PRÉROGATIVES DES MANDATAIRES DE JUSTICE APPRÉHENDÉES AU REGARD DES INTÉRÊTS EN PRÉSENCE

**176. Plan de la section.** L'ouverture d'une procédure collective peut être l'occasion de sanctionner la commission de certaines infractions propres à cette matière. Ces sanctions pénales peuvent également être accompagnées du prononcé d'une mesure de faillite personnelle ou d'autres mesures d'interdictions professionnelles. Pourtant, si tous les mandataires de justice peuvent se constituer partie civile en matière d'infractions pénales<sup>662</sup>, seuls le mandataire judiciaire et le liquidateur peuvent solliciter des sanctions professionnelles<sup>663</sup>. Il faut se demander si la différence de traitement selon le type de sanctions est parfaitement justifiée. En particulier, pourquoi l'administrateur judiciaire peut-il se constituer partie civile alors qu'il n'a pas le droit de solliciter des sanctions professionnelles ? Par ailleurs, en application de l'article 2 du code de procédure pénale, l'action civile est ouverte à toutes les personnes qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction. Le droit des mandataires de justice de se constituer partie civile amène donc à réfléchir, à nouveau, aux intérêts pour lesquels ces derniers sont habilités à agir. Un raisonnement reposant sur le préjudice subi conduirait à limiter les situations dans lesquelles l'administrateur judiciaire pourrait se constituer partie civile. Pourtant, l'administrateur, en ce qu'il est amené à connaître précisément la situation financière du débiteur, est peut-être la personne la plus à même de constater la commission de certaines infractions. Se pose ici aussi la question de l'identification de l'intérêt dans lequel les mandataires de justice sont habilités à solliciter les sanctions.

L'action en extension de la procédure en cas de confusion des patrimoines ou de fictivité de la personne morale est également ouverte au mandataire judiciaire, à l'administrateur judiciaire ainsi qu'au ministère public et, depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, au débiteur. Si l'action en extension de la procédure n'est pas en tant que telle une sanction, elle tend cependant à combattre une situation anormale qui résulte soit de la fictivité d'une personne morale, soit du désordre patrimonial qui découle de l'imbrication comptable des patrimoines ou de relations financières anormales entre deux personnes. À cet égard, il n'est pas davantage assuré que les mandataires de justice qui sollicitent une telle mesure agissent dans l'un des intérêts en présence. En effet, hormis l'hypothèse de fictivité, si l'extension ne remet pas en cause l'existence des deux patrimoines distincts, la solution adoptée par le tribunal repose cependant

---

<sup>662</sup> C. com., art. L. 654-17.

<sup>663</sup> C. com., art. L. 653-7.

sur la situation financière globale des deux débiteurs. Dès lors, un mandataire de justice pourrait-il ne pas solliciter l'extension d'une procédure si le résultat devait conduire à amoindrir les chances de redressement du premier débiteur ? Une telle solution serait inopportune en ce que l'anormalité de la situation justifie sûrement une réponse qui ne saurait être conditionnée à la défense des intérêts en présence.

Les limites de l'analyse de l'habilitation à solliciter des sanctions, lorsqu'est justifiée par la défense des intérêts en présence (§ 1), se retrouvent lors de l'étude de l'habilitation à solliciter l'extension de la procédure (§ 2).

### § 1 : Les sanctions

**177. La proximité des sanctions pénales et professionnelles.** Si le juge civil ou commercial ne peut prononcer que des sanctions personnelles, ces dernières subissent néanmoins « l'attraction de la matière pénale »<sup>664</sup>, dans la mesure où leur sont appliquées certaines garanties propres au droit pénal. Ainsi, alors que la Cour de cassation qualifiait le prononcé d'une sanction professionnelle de « *mesure d'intérêt public* » justifiant de ne pas appliquer les garanties pénales<sup>665</sup>, le Conseil constitutionnel a jugé que les sanctions professionnelles devaient « être regardées comme des sanctions ayant le caractère de punition. »<sup>666</sup> Outre la proximité du régime, ces sanctions s'appliquent à des faits très similaires.

Afin d'éviter une revue de tous les faits susceptibles de sanctions pénales ou personnelles, ce qui ne constitue pas le cœur de la présente étude, il semble possible de regrouper ces faits en grandes catégories. En effet, la plupart du temps, les mêmes faits peuvent faire l'objet de sanctions à la fois pénales et personnelles. La première catégorie, la plus fournie, réunit ainsi les faits ayant contribué à diminuer les ressources du débiteur, réduisant d'autant les chances de désintéresser les créanciers, que ces faits se soient déroulés avant ou après l'ouverture de la procédure. C'est le cas des trois premières hypothèses de banqueroute<sup>667</sup> et de certains autres délits prévus par le livre VI du code de commerce qui s'apparentent à une forme

<sup>664</sup> A. Cerf-Hollender et T. Favario, « L'attraction de la matière pénale sur la faillite personnelle et l'interdiction de gérer », *Act. proc. coll.* 2018, comm. 150.

<sup>665</sup> Cass. com., 16 oct. 2007, n° 06-10.805, *Bull. civ.* IV, n° 219 ; *D.* 2007, p. 2666, obs. A. Lienhard ; *JCP G* 2007, II, 10 212, note J.-P. Legros ; *JCP E* 2007, 2471, p. 26, note D. Cholet ; *Rev. sociétés* 2008, p. 174, note P. Roussel Galle ; *Rev. proc. coll.* 2008, étude 8, note C. Delattre.

<sup>666</sup> Conseil const., 29 sept. 2016, QPC, n° 2016-573, *Gaz. Pal.* 10 janv. 2017, n° 283k2, p. 80, note C. Robaczewski ; *BJS* déc. 2016, n° 115u0, p. 738, B. Saintourens.

<sup>667</sup> C. com., art. L. 654-2, 1° à 3°.

de complicité de banqueroute<sup>668</sup>. Le pendant de ces infractions se trouve dans la liste des faits justifiant le prononcé d'une sanction personnelle<sup>669</sup>. Constitutive d'une autre catégorie, l'absence d'une comptabilité correctement tenue est aussi susceptible de caractériser une banqueroute et d'engendrer des sanctions personnelles<sup>670</sup>. Est également sanctionné le non-respect des règles propres au déroulement de la procédure collective comme l'interdiction des paiements, l'ordre retenu de paiement des créanciers ou les interdictions de céder ou acquérir certains biens ainsi que le délit de malversation commis par un mandataire de justice<sup>671</sup>. De plus, est sanctionné pénalement le fait de ne pas avoir respecté le prononcé d'une mesure d'interdiction professionnelle<sup>672</sup> et peut faire l'objet d'une sanction personnelle la personne qui n'a pas respecté une interdiction professionnelle prévue par la loi<sup>673</sup>. Enfin, l'absence de coopération avec les organes de la procédure fait encourir le prononcé de sanctions professionnelles<sup>674</sup>.

En résumé, peuvent entrer dans la catégorie d'atteinte au gage commun des créanciers, les trois premiers cas de banqueroute et les délits qui s'apparentent à une complicité ainsi que la violation de l'interdiction des paiements ou le non-respect des échéances du plan qui diminuent le gage du reste des créanciers et le délit de malversation commis par un mandataire de justice. Les autres infractions, dont il ne résulte pas nécessairement une atteinte au gage commun, montrent que les sanctions prévues par le livre VI poursuivent parfois une autre finalité. Distinguer les sanctions, entre celles qui sanctionnent une atteinte au patrimoine du débiteur et les autres, peut s'avérer utile lorsqu'il est question d'apprécier l'intérêt dans lequel les mandataires de justice intentent ces actions.

**178. Plan du paragraphe.** Les mandataires de justice ne souffrant pas personnellement des comportements incriminés, il faut déterminer l'intérêt qui justifie qu'ils puissent se constituer partie civile ou solliciter des sanctions professionnelles. Si les mandataires de justice ne pouvaient agir que dans l'intérêt collectif des créanciers, ou afin d'exercer les droits du débiteur, cela signifierait qu'ils ne pourraient se constituer partie civile qu'à la condition de démontrer un possible préjudice subi collectivement par les créanciers ou le débiteur. Une telle approche

<sup>668</sup> C. com., art. L. 654-9 ; L. 654-10 ; L. 654-12, I ; L. 654-13 et L. 654-14.

<sup>669</sup> C. com., art. L. 653-3 ; L. 653-4 ; 653-5, 2°, 3° et 7°.

<sup>670</sup> C. com., art. L. 654-2, 4° et 5° ; L. 653-5, 6°.

<sup>671</sup> C. com., art. L. 654-8 ; L. 654-12 ; L. 653-5, 4°.

<sup>672</sup> C. com., art. L. 654-15.

<sup>673</sup> C. com., art. L. 653-5, 1°.

<sup>674</sup> C. com., art. L. 653-5, 5°.

limiterait de manière contestable la faculté des mandataires de justice chargés de l'intérêt collectif des créanciers (I) comme de l'administrateur judiciaire de solliciter des sanctions (II).

I. Les sanctions sollicitées par les mandataires de justice chargés de l'intérêt collectif des créanciers

**179. Plan.** L'article 2 du code de procédure pénale ouvre l'action civile à la victime qui a personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction. Il est certain que les mandataires de justice n'ont pas souffert personnellement du dommage. Toutefois, ils sont habilités à se constituer partie civile dans un intérêt déterminé. Admettre que les mandataires de justice chargés de l'intérêt collectif des créanciers agissent sur ce fondement pose certaines questions au regard de l'ambivalence de cet intérêt collectif (A). Surtout, l'action civile suppose un préjudice qui, sur le principe, est la conséquence directe de l'infraction. Or, plusieurs faits susceptibles d'être réprimés selon les infractions prévues par le livre VI du code de commerce peuvent difficilement causer un préjudice direct aux créanciers. Dans ces situations, les mandataires de justice chargés de l'intérêt collectif des créanciers n'auraient donc pas le droit de se constituer partie civile. Une telle hypothèse mérite discussion (B).

A. Les difficultés tenant à la notion d'intérêt collectif des créanciers

**180. L'affectation du fruit de l'action civile.** La première difficulté à admettre le droit du mandataire judiciaire de solliciter des sanctions sur le fondement de l'intérêt collectif des créanciers tient à la question, déjà abordée, de l'affectation du fruit de l'action. En effet, l'action civile, même intentée devant une juridiction pénale, a une fonction indemnitaire. Avant la loi du 25 janvier 1985, le syndic pouvait se constituer partie civile mais l'article 137 de la loi du 13 juillet 1967 précisait qu'il ne pouvait agir au nom de la masse qu'après y avoir été autorisé par une délibération prise par les créanciers réunis en assemblée, à la majorité des créanciers présents. Les banqueroutes et les délits associés conduisant à une situation dans laquelle les créanciers ne seront pas payés, il est logique de reconnaître à ces derniers, qui sont les victimes de l'infraction, le droit de poursuivre le responsable. Conformément à la logique de représentation caractérisant la mission du syndic avant la loi du 25 janvier 1985, en déclenchant les poursuites, ce dernier agissait bien dans l'intérêt des créanciers. Autrement dit, sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, la répression des infractions suivait le schéma pénal ordinaire au

terme duquel la juridiction répressive peut être saisie par le ministère public et la victime ou, s'agissant du syndic de faillite, par son représentant.

Dans la mesure où le mandataire judiciaire, le commissaire à l'exécution du plan et le liquidateur judiciaire agissent aujourd'hui dans l'intérêt collectif des créanciers<sup>675</sup>, il peut sembler logique qu'ils soient toujours habilités à se constituer partie civile. Toutefois, à la suite des réflexions développées en première partie, il faut rappeler le paradoxe tenant au fait que le fruit de leur action entre dans le patrimoine du débiteur sans profiter nécessairement aux créanciers<sup>676</sup>. D'aucuns ont même dénoncé une absurdité, cette situation conduisant, en matière pénale, à permettre à l'auteur ou à son complice de profiter de la réparation de l'infraction<sup>677</sup>. Le résultat de l'action intentée dans l'intérêt collectif des créanciers contribue donc à nouveau, hors procédure liquidative, à favoriser la poursuite de l'activité économique<sup>678</sup>. Cette difficulté reste identique à celle identifiée plus généralement lors de l'étude de la notion d'intérêt collectif des créanciers.

**181. L'action en carence des créanciers nommés contrôleurs fondée sur l'intérêt collectif des créanciers.** Si l'article L. 654-17 du code de commerce vise le mandataire judiciaire, le commissaire à l'exécution du plan et le liquidateur judiciaire, il ne précise toutefois pas explicitement qu'ils agissent dans l'intérêt collectif des créanciers. En revanche, si ces mandataires s'abstiennent d'agir, la majorité des créanciers contrôleurs peut se constituer partie civile en exerçant une action en carence, précisément dans l'intérêt collectif des créanciers selon le texte. Abstraction faite du problème de l'affectation du fruit de l'action, que les créanciers nommés contrôleurs puissent se constituer partie civile en vertu d'une action en carence se comprend au regard de la nature indemnitaire de l'action civile. Il demeure, encore une fois, que cette majorité de créanciers nommés contrôleurs ne servira véritablement l'intérêt des créanciers qu'en exerçant cette action dans une procédure liquidative car, dans les autres situations, rien ne garantit que les créanciers en bénéficient vraiment.

S'agissant des sanctions personnelles, l'article L. 653-7 du code de commerce vise seulement le mandataire judiciaire et le liquidateur, sans se référer davantage à l'intérêt collectif des créanciers mais l'ouvre également, sur ce fondement de l'intérêt collectif, aux créanciers nommés contrôleurs en cas de carence. Cette répartition des habilitations à agir semble ici plus

<sup>675</sup> En vertu, respectivement, des articles C. com., L. 622-20 ; C. com., L. 626-25 ; C. com., L. 641-9.

<sup>676</sup> V. *supra* n° 48.

<sup>677</sup> F. Derrida, P. Godé, J.-P. Sortais, avec la collab. d'A. Honorat, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 1991, n° 628, p. 473.

<sup>678</sup> C. Souweine, « Action civile et procédures collectives après la loi du 26 juillet 2005 », *D.* 2006, n° 19, p. 501.

contestable. En effet, la Cour de cassation a défini l'action en défense de l'intérêt collectif des créanciers comme celle tendant à la protection et la reconstitution du gage commun des créanciers<sup>679</sup>. Or, les sanctions professionnelles n'ont aucune influence sur la reconstitution du gage commun des créanciers. À cet égard, le droit de demander des sanctions apparaît comme une action purement vindicative qui ne semble pas en phase avec la définition proposée de l'intérêt collectif des créanciers. Certes, la définition de la Cour de cassation a été posée postérieurement à la loi du 26 juillet 2005, qui a habilité les créanciers contrôleurs à agir en carence. De plus, il n'est pas certain que la Cour de cassation ait songé à cette éventuelle contradiction lorsqu'elle a statué en 2015 et rien ne lui interdirait d'ajuster sa définition sur cet aspect.

Il n'en demeure pas moins que cette action des créanciers contrôleurs peut surprendre si l'on songe au fait que le commissaire à l'exécution du plan ne peut pas solliciter de telles sanctions professionnelles en dépit du fait qu'il est, en principe, habilité à agir dans l'intérêt collectif des créanciers en vertu de l'article L. 626-25 du code de commerce. Pourtant, le commissaire à l'exécution du plan peut se constituer partie civile et solliciter à cette occasion des peines complémentaires équivalentes aux sanctions professionnelles, ce qui ne manque pas d'interroger au regard de la jurisprudence constitutionnelle selon laquelle les deux sanctions ont un caractère punitif<sup>680</sup>. Par ailleurs, l'argument temporel, selon lequel le commissaire à l'exécution du plan ne prend ses fonctions, par hypothèse, qu'une fois le plan adopté, ne serait guère convaincant en considération du fait que la majorité des créanciers contrôleurs peut agir « à toute époque de la procédure ».

Au-delà des limites que présente le fait de fonder le droit de solliciter des sanctions sur l'intérêt collectif des créanciers, de redoutables difficultés peuvent surgir s'agissant de l'identification du préjudice à réparer.

## B. Les difficultés tenant à l'identification du préjudice subi

**182. L'absence de préjudice causé directement aux créanciers en raison de la commission de l'infraction.** Afin de se constituer partie civile, la victime doit montrer son intérêt à agir, à savoir le principe d'un préjudice causé directement par l'infraction. S'agissant des mandataires de justice chargés de l'intérêt collectif des créanciers, il s'agirait donc de

<sup>679</sup> Cass. com., 2 juin 2015, n° 13-24.714, arrêt préc.

<sup>680</sup> Conseil const., 29 sept. 2016, QPC, n° 2016-573, décision préc.

montrer en quoi l'infraction peut causer un préjudice collectif aux créanciers. En ce qui concerne la catégorie qui regroupe les cas de banqueroute ou autres délits du livre VI sanctionnant une atteinte illicite au patrimoine du débiteur, le lien de causalité entre le préjudice subi par les créanciers et l'infraction n'est pas difficile à établir<sup>681</sup>. Le délit a contribué au défaut de paiement des créances. Toutefois, toutes les infractions prévues par le livre VI ne correspondent pas à une atteinte au gage commun des créanciers. Parmi les cas de banqueroute, il n'est pas certain que la tenue d'une comptabilité fictive, manifestement incomplète ou irrégulière puisse en soi causer un préjudice aux créanciers.

En la matière, la chambre criminelle a pu confirmer un arrêt d'une cour d'appel qui, après avoir jugé que la tenue d'une comptabilité irrégulière et incomplète a retardé durablement le constat de la cessation des paiements et aggravé le montant du passif social, a condamné la dirigeante d'une société à verser au liquidateur judiciaire une somme correspondant à cette aggravation correspondant aux dettes accumulées depuis que la comptabilité n'était plus correctement tenue<sup>682</sup>. Si cette décision est discutable s'agissant du lien de causalité entre la faute et le préjudice retenu équivalent à la totalité de l'aggravation du passif<sup>683</sup>, elle ne permet pas, en outre, de savoir si le préjudice réparé est celui subi par la société ou par les créanciers. En effet, il n'est pas précisé si le liquidateur judiciaire agissait dans l'intérêt collectif des créanciers, en vertu de l'article L. 641-4 du code de commerce, ou exerçait les droits du débiteur, en application de l'article L. 641-9 du même commerce. Il reste, par conséquent, à déterminer si la Cour de cassation jugerait que ce préjudice peut être subi directement par les créanciers, si la question lui était posée en tant que telle. En cas de réponse négative, cela pourrait signifier, par exemple, que le mandataire judiciaire ne peut pas agir dans une procédure de redressement judiciaire dans une telle hypothèse. Autrement dit, il n'est pas certain que les créanciers subissent directement un préjudice découlant de l'infraction de banqueroute caractérisée par une comptabilité fictive ou irrégulière.

De même, ne pas respecter l'inaliénabilité d'un bien ordonnée par le tribunal lors de l'adoption du plan de continuation fait également courir le risque de sanctions pénales. Si cette règle est destinée à assurer la bonne exécution du plan, et donc le paiement des créanciers, en ce qui concerne la causalité, il n'est pas certain que les créanciers subissent un dommage qui

---

<sup>681</sup> Il s'agit des trois premières hypothèses de banqueroute et des délits s'apparentant à une complicité ainsi que le non-respect de l'interdiction des paiements ou le non-respect des échéances du plan et le délit de malversation commis par un mandataire de justice.

<sup>682</sup> Cass. crim., 8 juill. 2015, n° 14-84.075, Inédit ; *Gaz. Pal.* 19 janv. 2016, n° 254p7, p. 78, obs. C. Robaczewski ; *Dr. sociétés* 2015, comm. 223, p. 37, note R. Salomon ; *BJS* oct. 2015, n° 114b5, p. 509, note E. Mouial-Bassilana.

<sup>683</sup> C. Robaczewski, obs. sous Cass. crim., 8 juill. 2015, n° 14-84.075, *Gaz. Pal.* 19 janv. 2016, n° 254p7, p. 78.



découle directement de l'infraction. Pareillement, il est difficile de soutenir que la violation d'une interdiction d'exercice, qu'elle tienne d'une sanction judiciaire ou de la loi, cause directement un préjudice aux créanciers. Le lien de causalité entre l'absence de coopération avec les organes de procédure et un éventuel préjudice des créanciers est tout aussi difficile à établir.

Enfin, s'agissant des hypothèses restantes, il est cette fois manifeste que l'infraction ne cause aucun dommage direct aux créanciers. Il en va ainsi de la violation par le repreneur de l'inaliénabilité d'un bien ordonnée par un plan de cession ou de la violation de l'interdiction de se rendre acquéreur d'un bien du débiteur. En d'autres termes, pour un certain nombre d'infractions, les mandataires de justice ayant la charge de l'intérêt collectif des créanciers n'auraient jamais intérêt à se constituer partie civile.

Par ailleurs, la question du préjudice réparable montre également l'appréhension complexe de l'intérêt à agir des mandataires de justice chargés de l'intérêt collectif des créanciers lorsqu'une infraction extérieure au livre VI est en jeu, en particulier en présence d'un abus de biens sociaux.

**183. L'articulation du droit de se constituer partie civile en cas de banqueroute et d'abus de biens sociaux.** L'abus de biens sociaux se rapproche de la banqueroute par détournement d'actifs même si, « *Au plan de l'incrimination, c'est-à-dire de l'élément légal, indispensable à la constitution de toute infraction, des différences se perçoivent nettement.* »<sup>684</sup> Ainsi, l'infraction de banqueroute est destinée à sanctionner l'atteinte aux droits des créanciers alors que la Cour de cassation a jugé que seule la société est victime en cas d'abus de biens sociaux, ce qui ferme en principe la voie à une constitution de partie civile de la part des créanciers<sup>685</sup>. Toutefois, les deux infractions conduisent concrètement à sanctionner une atteinte au gage commun des créanciers et, après l'ouverture de la procédure, les fruits des deux actions

<sup>684</sup> M.-C. Sordino, « Banqueroute par détournement d'actif et abus de biens sociaux : un conflit de qualifications... des solutions en "clair-obscur" », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz-Lexis, 1999, n° 3, p. 698. En effet, l'infraction de banqueroute présuppose l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation. De plus, s'agissant des éléments matériels, l'abus de biens sociaux est caractérisé par un usage des biens ou du crédit de la société contraire à l'intérêt de celle-ci (C. com., art. L. 241-3, 4° ; L. 242-6, 3° ; L. 243-1 et L. 244-1) alors que la banqueroute par détournement d'actifs vise le détournement ou la dissimulation de l'actif du débiteur (C. com., art. L. 654-2, 2°). Du reste, tandis que la Cour de cassation exige un acte positif afin de caractériser le détournement ou la dissimulation (Cass. crim., 5 juin 1989, n° 87-91.278, *Bull. crim.*, n° 233, p. 588), elle semble se satisfaire d'une omission pour l'abus de biens sociaux (Cass. crim., 19 déc. 1973, n° 73-90.224, *Bull. crim.*, n° 480, p. 120 ; *Rev. sociétés* 1974, p. 363, note B. Bouloc), ce qui conduit l'auteure à souligner que l'élément matériel du délit de banqueroute est plus difficile à démontrer que celui de l'abus de biens sociaux : M.-C. Sordino, art. préc., n° 11, p. 703.

<sup>685</sup> Cass. crim., 27 juin 1995, n° 94-84.648, *Bull. crim.*, n° 236, p. 664 ; *Rev. sociétés* 1995, p. 746, note B. Bouloc ; *BJS* 1995, p. 1047, note P. Le Cannu.

entrent dans le patrimoine du débiteur<sup>686</sup>. Au regard de cette convergence, il faut s'interroger sur le droit des mandataires de justice chargés de défendre l'intérêt collectif des créanciers de se constituer partie civile.

S'agissant de la banqueroute, tous les mandataires de justice ont en principe le droit d'agir. En raison des créances impayées, l'intérêt des mandataires chargés de l'intérêt collectif des créanciers pour se constituer partie civile ne pose pas de difficulté particulière. En revanche, la poursuite de l'infraction d'abus de biens sociaux leur est en principe fermée dans la mesure où seule la société est censée avoir subi le préjudice. Appliquer cette solution au mandataire judiciaire ne serait pas nécessairement convaincante car le préjudice subi par les créanciers semble difficilement contestable en cas d'ouverture de la procédure. De même, si l'abus de biens sociaux a provoqué une situation de cessation des paiements, le lien de causalité ne semble pas davantage devoir être discuté.

La jurisprudence de la chambre criminelle semble d'ailleurs difficile à appréhender sur la question et laisse parfois planer le doute quant au point de savoir si les mandataires chargés de l'intérêt collectif des créanciers ne pourraient pas, malgré tout, se constituer partie civile en cas d'abus de biens sociaux. Par exemple, par un arrêt du 19 novembre 2008, certes inédit, la chambre criminelle confirme la décision d'une cour d'appel qui, après avoir constaté l'appauvrissement de la société découlant de l'infraction, reconnaît au commissaire à l'exécution du plan le droit d'« invoquer un tel préjudice au nom de la société en l'absence de clôture de la procédure collective »<sup>687</sup>. Le code de commerce ne reconnaissant pas au commissaire à l'exécution du plan le droit d'agir au nom de la société, la solution paraît des plus surprenantes. Cette solution s'oppose du reste à la jurisprudence de la chambre commerciale sur les prérogatives du commissaire à l'exécution du plan<sup>688</sup>.

Par ailleurs, si, à notre connaissance, la chambre criminelle ne s'est pas prononcée directement sur le droit d'agir du mandataire judiciaire, il est possible de relever plusieurs

---

<sup>686</sup> Les deux actions ne sont toutefois pas cumulables, l'abus de biens sociaux s'appliquant aux faits antérieurs à la cessation des paiements et la banqueroute aux faits postérieurs (Cass. crim., 30 juin 2004, n° 03-87.427, Inédit ; *Dr. pén.* 2004, comm. 147, note J.-H. Robert ; *Dr. sociétés* 2005, comm. 18, note R. Salomon ; *RSC* 2004, p. 895, obs. D. Rebut), quoique la haute juridiction ait pu juger que « le délit de banqueroute est constitué, que les faits constatés soient antérieurs ou postérieurs à la date de la cessation des paiements, dès lors que, comme en l'espèce, procédant d'une même intention et tendant au même but, ils ont pour objet ou pour effet soit d'éviter ou de retarder la constatation de cet état, soit d'affecter la consistance de l'actif disponible dans des conditions de nature à placer l'intéressé dans l'impossibilité de faire face au passif exigible » (Cass. crim., 21 sept. 1994, n° 93-85.544, Inédit ; *JCP E* 1995, II, 690, note A. Dekeuwer).

<sup>687</sup> Cass. crim., 19 nov. 2008, n° 08-82.013, Inédit ; *Gaz. Pal.* 28 avr. 2009, p. 51, note. C. Robaczewski ; *Dr. sociétés* 2009, comm. 40, p. 40, note R. Salomon.

<sup>688</sup> V. *supra* n°s 44 et s.

espèces dans lesquelles elle valide la continuation des poursuites pas le commissaire à l'exécution du plan à la suite d'une constitution de partie civile originelle par le mandataire judiciaire et l'administrateur judiciaire<sup>689</sup>. Au regard de l'objet de la saisine de la Cour de cassation dans ces litiges, il est toutefois difficile de tirer des conclusions définitives à partir de ces arrêts.

Finalement, c'est à propos du droit d'agir du liquidateur judiciaire que la jurisprudence de la chambre criminelle semble la plus claire mais également la plus discutable. Elle juge, dans des arrêts, cependant non publiés, que le liquidateur judiciaire peut se constituer partie civile en cas d'abus de biens sociaux mais seulement en vertu de l'habilitation à exercer les droits du débiteur qui découle de l'article L. 641-9 du code de commerce car « *le liquidateur d'une société déclarée en liquidation judiciaire représente la société et non les créanciers* »<sup>690</sup>. La solution est parfaitement conforme aux décisions rendues en matière d'abus de biens sociaux, d'après lesquelles seule la société est victime de l'infraction<sup>691</sup>. Toutefois, elle conduit la haute juridiction à affirmer explicitement que le liquidateur représente la société et non les créanciers, afin de reconnaître son droit de se constituer partie civile, alors même qu'en liquidation judiciaire le fruit de l'action civile profitera aux seuls créanciers. Autrement dit, le préjudice est non seulement subi par les créanciers mais, surtout, la constitution de partie civile en liquidation judiciaire est une des seules situations dans lesquelles le préjudice des créanciers est effectivement réparé. Il faut néanmoins rappeler que cette situation décrit le droit applicable en cas d'infraction extérieure au livre VI. Au-delà de l'identification du préjudice, c'est parfois l'absence même de tout préjudice à réparer qui peut poser la question des limites de l'habilitation des mandataires de justice à se constituer partie civile.

**184. Le problème soulevé par la nature vindicative de l'action civile.** L'action civile répond à la fois à une logique indemnitaire mais aussi vindicative. La victime qui se constitue partie civile dispose ainsi de prérogatives afin de participer au procès comme véritable partie poursuivante mais également durant l'instruction en dépit du fait que cette phase n'est qu'un préalable à la réparation du préjudice<sup>692</sup>. La dimension vindicative de l'action civile se manifeste tout particulièrement à l'article 418, alinéa 3 du code de procédure pénale qui dispose

<sup>689</sup> Cass. crim., 27 févr. 2002, n° 01-82.594, *Bull. crim.*, n° 52, p. 155 ; *BJS*, sept. 2002, p. 777, note F.-X. Lucas ; *RTD com.* 2002, p. 557, obs. B. Bouloc.

<sup>690</sup> Cass. crim., 8 mars 2006, n° 05-82.865, Inédit ; *BJS* août 2006, p. 1048, note P. Scholer ; Cass. crim., 12 juin 2012, n° 11-87.799, Inédit ; *Dr. sociétés* 2012, comm. 217, p. 35, note R. Salomon ; *Dr. pénal* 2013, comm. 60, p. 41, note J.-H. Robert ; *RTD com.* 2013, p. 601, obs. B. Bouloc.

<sup>691</sup> Ce qui laisse ainsi penser que la Cour de cassation refuserait au mandataire judiciaire le droit de se constituer partie civile en cas d'abus de biens sociaux poursuivi au cours d'une sauvegarde ou d'un redressement judiciaire.

<sup>692</sup> F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, 4<sup>e</sup> éd., 2015, n° 1339, p. 913.

que « *La partie civile peut, à l'appui de sa constitution, demander des dommages-intérêts correspondant au préjudice qui lui a été causé.* », la chambre criminelle en ayant déduit que la demande de dommages-intérêts est « *une simple faculté dont la partie civile est libre de ne pas user* »<sup>693</sup>. Autrement dit, l'action civile peut avoir pour seule fin, selon l'expression consacrée, que de corroborer l'action publique sans que la partie civile demande réparation du préjudice subi.

Une autre question, plus importante encore s'agissant de l'étude des prérogatives des mandataires de justice, est de savoir si la victime a le droit de se constituer partie civile alors même que son préjudice a déjà été réparé<sup>694</sup>. Il faut d'abord rappeler que l'article 5 du code de procédure pénale dispose que « *La partie qui a exercé son action devant la juridiction civile compétente ne peut la porter devant la juridiction répressive. Il n'en est autrement que si celle-ci a été saisie par le ministère public avant qu'un jugement sur le fond ait été rendu par la juridiction civile* », traduction de l'adage *electa una via, non datur recursus ad alteram*. Toutefois, la chambre criminelle retient une conception assez restrictive de cette règle<sup>695</sup>. Surtout, l'énoncé de cette règle ne tranche pas la question de la recevabilité de l'action civile, dans sa dimension purement vindicative, lorsque le préjudice a déjà été réparé<sup>696</sup>. La jurisprudence de la chambre criminelle n'est pas très abondante en la matière et peut sembler contradictoire. Elle a pu juger successivement, par deux arrêts non publiés, que « *la partie civile n'est recevable à agir devant la juridiction répressive qu'autant que son préjudice n'est pas déjà indemnisé* »<sup>697</sup> puis, au contraire, que « *pour qu'une constitution de partie civile soit recevable devant la juridiction d'instruction, il suffit que les circonstances sur lesquelles elle s'appuie permettent au juge d'admettre comme possibles l'existence du préjudice allégué et la relation directe de celui-ci avec une infraction à la loi pénale (...) à le supposer établi, le fait que ce préjudice ait été intégralement réparé ne faisait pas obstacle à la recevabilité de la constitution de partie civile, laquelle pouvait n'être motivée que par la volonté de corroborer l'action publique* »<sup>698</sup>. Elle a aussi jugé, plus récemment et par un arrêt publié, à l'occasion d'une instance aux fins de réexamen d'une affaire ayant donné lieu à une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>699</sup>, que « *si la partie civile qui s'est vue*

<sup>693</sup> Cass. crim., 10 oct. 1968, n° 67-92.262, *Bull. crim.*, n° 248.

<sup>694</sup> Sur cette question, v. R. Merle, « La distinction entre le droit de se constituer partie civile et le droit d'obtenir réparation du dommage causé par l'infraction (consolidation, mise au point, ou fluctuations ?) », in *Droit pénal contemporain : mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Éditions Cujas, 1989, n° 11, p. 401.

<sup>695</sup> F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *op. cit.*, n°s 1328 à 1335., pp. 906-911.

<sup>696</sup> *Ibid.*, n° 1346, p. 921.

<sup>697</sup> Cass. crim., 17 juin 1998, n° 96-81.099, Inédit.

<sup>698</sup> Cass. crim., 30 oct. 2001, n° 01-81.530, Inédit.

<sup>699</sup> CPP, art. 626-1 à 626-7.

*accorder l'indemnisation de son préjudice par une précédente décision devenue définitive ne peut former à ce titre une nouvelle demande devant la cour d'assises appelée à réexaminer l'affaire, elle est, néanmoins, recevable à intervenir devant cette juridiction au soutien de l'action publique et peut, à cette occasion, demander la condamnation de l'auteur des faits à lui payer les frais exposés par elle dans cette nouvelle instance »<sup>700</sup>.*

Cette dernière décision semble valider la possibilité de se constituer partie civile malgré la réparation acquise du préjudice subi. Toutefois, il est toujours possible de discuter la portée de la solution dans la mesure où il ne s'agissait ici que de statuer sur le droit pour la victime d'intervenir lors d'une nouvelle instance à la suite du réexamen d'une décision. La question de l'intervention diffère en effet de la constitution de partie civile à titre principal qui, elle, a pour effet de provoquer la mise en mouvement de l'action publique. Sur la question de l'intervention d'une partie civile non-appelante, l'article 380-6 alinéa 2 du code de procédure pénale ouvre ce droit en matière criminelle mais, en l'absence de disposition légale équivalente, la Cour de cassation ferme l'intervention en matière correctionnelle ou de police pour la partie non-appelante<sup>701</sup>. S'agissant de l'action civile intentée par voie principale, il faut s'en tenir aux deux arrêts non publiés qui laissent planer une incertitude en la matière au regard de la faible publicité que leur a accordée la Cour de cassation. Il faut alors tirer les conséquences de cette incertitude s'agissant de l'action des mandataires de justice.

**185. Conséquence sur l'articulation entre l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif et l'action civile des mandataires de justice ayant la charge de l'intérêt collectif des créanciers.** Si la victime n'a pas le droit de se constituer partie civile lorsque son dommage est déjà réparé, cela pourrait constituer une limite à l'action des mandataires de justice chargés de l'intérêt collectif des créanciers. En effet, de jurisprudence constante, la Cour de cassation juge que l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif et l'action civile sont cumulables dans la mesure où leurs objets diffèrent<sup>702</sup>. Se pose, par conséquent, la question de savoir si les

<sup>700</sup> Cass. crim., 7 déc. 2005, n° 05-80.988, *Bull. crim.*, n° 329, p. 1132 ; *AJ pénal* 2006, p. 87, obs. C. Girault.

<sup>701</sup> Cass. crim., 19 janv. 2005, n° 04-81.903, *Bull. crim.*, n° 26, p. 69.

<sup>702</sup> Est donc possible le cumul entre l'ancienne action en comblement de passif, devenue action en responsabilité pour insuffisance d'actif, et l'action civile intentée en cas d'abus de biens sociaux (Cass. crim., 29 oct. 1996, n° 95-84.354, Inédit ; *Rev. sociétés* 1997, p. 377, obs. B. Bouloc) et le cumul entre l'action en comblement de passif et l'action civile intentée en cas de banqueroute (Cass. crim., 10 oct. 2001, n° 01-80.896, Inédit).

Toutefois, elle semble confirmer que, s'il est encore possible d'engager une action en comblement de passif après que le juge pénal a statué sur l'action civile, les juges du fond doivent déduire du montant à combler celui auquel le dirigeant a été condamné en raison de l'action civile (Cass. com., 29 févr. 2000, n° 96-15.827, *Bull. civ.* IV, n° 42, p. 36 ; *BJS* juin 2000, p. 597, note B. Saintourens), ce qui laisse à penser qu'en dépit d'un objet différent, les deux actions tendent malgré tout à réparer le même préjudice (Pour une étude approfondie de la question, v. F. Rouvière, « Le concours de l'action en comblement de passif et de l'action civile exercée devant la juridiction répressive », *RTD com.* 2006, p. 529).

mandataires de justice chargés de l'intérêt collectif des créanciers pourraient se constituer partie civile, afin de provoquer la mise en mouvement de l'action publique, dans l'hypothèse, certes peu courante, où le débiteur aurait déjà été condamné à payer l'intégralité de l'insuffisance d'actif.

Si l'action civile était fermée en cas de réparation intégrale du préjudice, cela conduirait à empêcher les mandataires de justice de provoquer le procès pénal en dépit du fait qu'ils sont parfois plus à même que le ministère public de déceler les infractions commises. Il semble que les mandataires de justice, en ce qu'ils participent au service public de la justice, devraient être en mesure de provoquer l'action publique lorsqu'ils constatent les éléments constitutifs d'une infraction pénale, et en particulier celles régies par le livre VI du code de commerce. Si la constitution de partie civile du mandataire judiciaire, du commissaire à l'exécution du plan et du liquidateur judiciaire devait être systématiquement conditionnée à l'existence d'un préjudice subi par les créanciers, cela constituerait un frein important à l'exercice de l'action civile alors même que le caractère dérogatoire au droit commun, comme la finalité d'intérêt général des procédures collectives, devrait amener à leur conférer une large possibilité d'agir.

L'étude des prérogatives des mandataires de justice chargés de l'intérêt collectif des créanciers montre ainsi un potentiel décalage entre l'habilitation de principe à se constituer partie civile pour toutes les infractions prévues par le livre VI et les restrictions importantes qui découleraient d'une limitation de leur action aux seuls faits pour lesquels le préjudice des créanciers pourrait être établi. L'étude de la situation de l'administrateur judiciaire renforce l'idée selon laquelle il est difficile de limiter l'action des mandataires de justice aux situations dans lesquelles le débiteur ou les créanciers auraient subi un préjudice.

## II. Les sanctions sollicitées par l'administrateur judiciaire

**186. Les limites à l'action de l'administrateur judiciaire.** La logique des précédents développements a montré les difficultés qui apparaissent lorsque la constitution de partie civile est fondée sur la défense de l'un des intérêts en présence. Ces difficultés se retrouvent évidemment lorsqu'elles sont appréhendées au prisme de la mission de l'administrateur judiciaire. À l'instar du commissaire à l'exécution du plan qui peut se constituer partie civile mais n'a pas le droit de solliciter des sanctions professionnelles, il est difficile de comprendre pourquoi l'administrateur judiciaire est également soumis à ce traitement. Surtout, à appliquer

cette logique, toutes les infractions qui ne portent pas atteinte au patrimoine du débiteur ne devraient pas davantage pouvoir être poursuivies par l'administrateur judiciaire.

De plus, il a été relevé qu'en cas d'abus de biens sociaux, le mandataire chargé de l'intérêt collectif des créanciers ne semble pas pouvoir poursuivre cette infraction. Cela signifie qu'en cas de redressement judiciaire, en l'absence de désignation d'un administrateur judiciaire avec une mission de représentation, aucun mandataire de justice ne pourrait se constituer partie civile afin de déclencher l'action publique contre cette infraction extérieure au livre VI du code de commerce. Plus généralement, si l'administrateur, lorsqu'il représente une société soumise à une procédure de redressement, peut se constituer partie civile afin de poursuivre le dirigeant dans l'intérêt de la société, il faut relever que le champ d'intervention de l'administrateur est bien plus restreint lorsqu'il représente un débiteur personne physique. En effet, un débiteur personne physique peut parfaitement commettre des actes constitutifs d'un délit de banqueroute en ayant cherché par exemple à retarder l'ouverture de la procédure ou dissimuler son passif. Pourtant, à s'en tenir à une approche reposant sur la représentation, pour un même fait constitutif d'une infraction pénale, l'administrateur judiciaire ne pourrait agir qu'en présence d'un débiteur personne morale grâce à la dissociation entre la société et son dirigeant, ce qui n'est en revanche guère possible en présence d'un débiteur personne physique qui a lui-même porté atteinte à son patrimoine. La solution aurait ceci d'inopportun qu'elle priverait du droit d'agir un mandataire de justice qui a pourtant un accès privilégié aux comptes de l'entreprise et, de ce fait, semble le plus à même d'identifier d'éventuels délits. La même remarque s'impose s'agissant de l'absence du droit de l'administrateur de solliciter des sanctions professionnelles.

### **187. La question du fondement des habilitations à se constituer partie civile.**

Contrairement aux mandataires de justice chargés de l'intérêt collectif des créanciers, la mission de l'administrateur judiciaire peut varier selon qu'il a reçu un mandat de surveillance, d'assistance, de représentation ou qu'il a été désigné dans une procédure de liquidation judiciaire afin de préparer un plan de cession. Si l'habilitation à se constituer partie civile de l'administrateur judiciaire repose sur l'exercice des droits du débiteur, cela pourrait signifier qu'il ne peut agir qu'en cas de mission de représentation, ou avec l'accord du débiteur lorsqu'il a une mission d'assistance. En ce sens, une décision de la chambre criminelle montre qu'à défaut d'un pouvoir de représentation, l'administrateur judiciaire peut trouver dans la désignation d'un mandataire *ad hoc* un expédient à son absence de droit d'agir<sup>703</sup>. Toutefois,

---

<sup>703</sup> Cass. crim., 27 févr. 2002, n° 01-82.594, *Bull. crim.*, n° 52, p. 155 ; *BJS* sept. 2002, p. 777, note F.-X. Lucas ; *RTD com.* 2002, p. 557, obs. B. Bouloc.

dans cette affaire, il était question d'une infraction de droit commun et non d'une infraction propre au livre VI du code de commerce. Il n'est ainsi pas certain que la solution serait la même s'agissant d'une infraction régie par le livre VI pour laquelle l'administrateur judiciaire a expressément le droit d'agir. En effet, il faut souligner que l'article L. 654-17 du code de commerce reconnaît à l'administrateur judiciaire le droit d'agir sans distinguer les différentes missions qui peuvent lui être confiées. D'ailleurs, il faut également remarquer que l'article L. 654-17 n'exclut pas en soi l'action de l'administrateur judiciaire en cas de liquidation judiciaire. Or, dans cette hypothèse, il est certain que l'administrateur n'est pas habilité à exercer les droits du débiteur. Il est donc envisageable de dissocier les actions pour lesquelles l'administrateur est habilité à exercer les droits du débiteur et celles pour lesquelles il agit en vertu d'un pouvoir propre, à l'image de ce qu'il a le pouvoir de faire afin de préserver les capacités de production<sup>704</sup>.

Si la constitution de partie civile est un pouvoir propre de l'administrateur judiciaire, il peut agir en cas de faits constitutifs d'une infraction régie par le livre VI, même en l'absence d'une mission de représentation. Se pose alors la question de savoir dans quel intérêt il serait habilité à agir. En effet, s'il agit en vertu d'un pouvoir propre, il n'est pas certain que son action soit limitée aux cas dans lesquels le débiteur aurait subi un préjudice. Concrètement, cela revient à se demander si un administrateur judiciaire, désigné par exemple dans une procédure de redressement judiciaire avec une mission d'assistance, pourrait se constituer partie civile, et ce, même en l'absence d'un préjudice subi par le débiteur ou en cas d'opposition de ce dernier. Une réponse positive conduirait à dissocier totalement la constitution de partie civile par l'administrateur du préjudice subi par le débiteur. Une auteure soutient précisément que le caractère attitré de l'action prévue à l'article L. 654-17 du code de commerce présume l'intérêt à agir des personnes désignées et notamment l'administrateur, quelle que soit sa mission<sup>705</sup>. L'absence, à notre connaissance, de jurisprudence statuant sur cette question pourrait confirmer cette position. Toutefois, le caractère attitré ne permet pas toujours de dispenser la partie de prouver son intérêt à agir<sup>706</sup>. S'il était établi que l'administrateur agit bien en vertu d'un pouvoir propre, cela conduirait, par conséquent, à se demander, s'agissant des infractions propres au livre VI, si le droit de se constituer partie civile des autres mandataires de justice devrait également être limité aux situations dans lesquelles existe un préjudice collectivement subi par les créanciers.

---

<sup>704</sup> C. com., art. L. 622-4.

<sup>705</sup> C. Souweine, « Action civile et procédures collectives après la loi du 26 juillet 2005 », *D.* 2006, n° 8, p. 501.

<sup>706</sup> V. *infra*, n° 200.



Restreindre l'habilitation des mandataires de justice à demander des sanctions au cas dans lesquels l'action servirait l'un des intérêts en présence suscite ainsi d'importantes réserves. La même conclusion peut être tirée de l'étude de l'habilitation à solliciter l'extension de la procédure.

## § 2 : L'extension de la procédure

**188. Plan du paragraphe.** Dans la mesure où l'extension de la procédure permet d'attirer le patrimoine d'un tiers, cette action semble participer à la logique de reconstitution du patrimoine du débiteur. Toutefois, les critères permettant la mise en œuvre de cette action peuvent faire apparaître une finalité parfois différente. En effet, l'extension est possible en présence d'une société fictive ou d'une confusion des patrimoines, ce qui ne signifie pas nécessairement que l'extension de la procédure aboutit à augmenter les ressources du débiteur déjà soumis à une procédure collective. Au regard des critères justifiant sa mise en œuvre, l'action en extension apparaît, en premier lieu, comme une réponse objective à une situation patrimoniale anormale (I). En contemplation de cette finalité de l'extension, il n'est pas certain que les mandataires de justice qui sollicitent une telle mesure agissent nécessairement en défense de l'un des intérêts en présence (II).

### I. La finalité de l'extension de la procédure

**189. Une construction jurisprudentielle.** La possibilité d'étendre une procédure à une autre personne résulte d'une construction prétorienne qui visait initialement le dirigeant qui abusait du voile de la personne morale<sup>707</sup>. Elle a été étendue, par l'article 1<sup>er</sup> du décret-loi du 8 août 1935, à toute personne qui, « *sous couvert de [la] société masquant ses agissements, a fait son intérêt personnel des actes de commerce et disposé en fait des capitaux sociaux comme des siens* »<sup>708</sup>. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde, l'article L. 621-5 du code de commerce disposait seulement que, dans l'hypothèse où la procédure ouverte devait être étendue à une ou plusieurs autres personnes, le tribunal initialement saisi restait compétent. La jurisprudence a dû élaborer progressivement les critères permettant d'envisager cette extension

<sup>707</sup> J. Percerou, note sous Cass. req., 29 juin 1908, *D.* 1910, 1, p. 233. Sur ce point, v. not. les références citées par A. Bézert, *Les effets de l'extension de la procédure collective pour confusion des patrimoines*, préf. P. Pétel, LGDJ, 2021, n° 13, p. 7 et F. Reille, *La notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures collectives*, préf. P. Pétel, Litec, 2006, n° 11, p. 16.

<sup>708</sup> V. *supra* n° 59.

et abouti à deux hypothèses justifiant l'extension de la procédure : la confusion des patrimoines et la fictivité de la personne morale<sup>709</sup>. L'extension répond ainsi respectivement à « *l'abus de relations interpatrimoniales, pour l'un, l'abus de facilités offertes par la personnalisation juridique, pour l'autre* »<sup>710</sup>. La caractérisation d'une situation de confusion des patrimoines ou de fictivité suffit à étendre la procédure. Il n'est alors pas nécessaire que le débiteur attrait à la procédure rencontre lui-même des difficultés économiques<sup>711</sup>. C'est dire que l'élaboration de ces critères ne doit pas être prise à la légère. Si la Cour de cassation a laissé dans un premier temps au pouvoir souverain des juges du fond le soin d'apprécier ces conditions d'extension de la procédure, elle a par la suite fait le choix « *d'exercer un contrôle de motivation sur les décisions des juges du fond qui admettent ou écartent la confusion des patrimoines* »<sup>712</sup>. Ce contrôle opéré par la haute juridiction a permis de préciser les conditions de ces deux hypothèses d'extension, ce qui favorise la réflexion sur la finalité de cette action.

**190. La confusion des patrimoines.** La confusion des patrimoines comprend elle-même deux critères alternatifs : la confusion des comptes et les relations financières anormales.

La confusion des comptes correspond à une « *imbrication des éléments d'actifs et de passif composant les patrimoines* »<sup>713</sup> rendant inenvisageable « *l'attribution de ces éléments à l'un des patrimoines en cause* »<sup>714</sup>. L'imbrication répond à un critère matériel classique qui repose sur une logique purement comptable<sup>715</sup>. L'imbrication est caractérisée dès lors que la séparation comptable de l'activité de deux personnes est à ce point indéterminable qu'il en devient impossible d'établir la consistance patrimoniale des deux débiteurs<sup>716</sup>. Ce critère n'est cependant plus central dans la jurisprudence qui se réfère davantage aux relations financières anormales.

<sup>709</sup> Pour un panorama complet des décisions rendues avant la loi de sauvegarde, v. P. Delmotte, « Les critères de la confusion des patrimoines dans la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation », *RJDA* 6/06, n° 6, p. 539.

<sup>710</sup> J.-F. Barbiéri, « Confusion des patrimoines et fictivités des sociétés », *LPA* 25 oct. 1996, p. 9.

<sup>711</sup> Cass. com., 16 juin 2015, n° 14-10.187, *Bull. civ. IV*, n° 105 ; *Dalloz actualité*, 1<sup>er</sup> juill. 2015, obs. A. Lienhard ; *JCP E* 2015, 1422, note P. Pétel ; *Rev. sociétés* 2015, p. 545, note P. Roussel Galle ; *Dr. sociétés* 2015, comm. n° 155, note J.-P. Legros ; *BJS* sept. 2015, p. 458, note E. Mouial-Bassilana ; *BJE* sept. 2015, p. 282, note L. Le Mesle.

<sup>712</sup> D. Tricot, « La confusion de patrimoines et les procédures collectives », *Rapport de la Cour de cassation* 1997, La Documentation Française, 1998, p. 165.

<sup>713</sup> Cass. com., 19 févr. 2013, n° 12-20.935, Inédit ; *Rev. proc. coll.* 2013, comm. 118, note B. Saintourens.

<sup>714</sup> F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., 2014, n° 336, p. 167.

<sup>715</sup> F. Reille, *La notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures collectives*, préf. P. Pétel, Litec, 2006, n° 88, p. 83.

<sup>716</sup> *Ibid.*

La notion de relations financières anormales s'est en revanche autonomisée du critère de l'indéterminabilité de la consistance patrimoniale<sup>717</sup>. Il ne s'agit plus seulement de tirer les conséquences de l'impossibilité d'établir la consistance du patrimoine saisi par la procédure. Désormais, la procédure peut être étendue, en dépit du fait qu'il est toujours possible d'identifier les patrimoines de manière distincte, dès lors qu'existent des relations anormales entre ces patrimoines<sup>718</sup>. Les relations entre une société commerciale d'exploitation et une SCI où les loyers versés sont dérisoires ou démesurés constituent des exemples topiques de relations anormales. Cependant ce « *couple sulfureux, couple infernal, couple maudit* »<sup>719</sup> ne doit pas être systématiquement condamné dès lors que les parties prennent la précaution de présenter un montage raisonnable<sup>720</sup>.

**191. Le critère de l'indéterminabilité des patrimoines.** L'idée selon laquelle les relations financières peuvent servir de critère autonome n'est pas exempte de reproches. M<sup>me</sup> Reille explique que l'utilisation qui a été faite des relations financières anormales les a transformées en un critère trop souple au point de conduire à une confusion des actions du droit des procédures collectives. Ainsi, il ne serait plus possible de distinguer la véritable extension des mécanismes visant à reconstituer le patrimoine du débiteur<sup>721</sup> ou à sanctionner le dirigeant fautif<sup>722</sup>. Partant de ce constat de désordre parmi les critères des différentes actions de la procédure<sup>723</sup>, M<sup>me</sup> Reille part à la recherche d'un fondement plus cohérent à la notion de confusion des patrimoines. À cet effet, elle confronte la confusion des patrimoines aux mécanismes déjà existants en droit positif pour les écarter tous<sup>724</sup>.

En écartant tous ces fondements permet à M<sup>me</sup> Reille de dégager un critère uniforme de caractérisation de la confusion des patrimoines : l'indéterminabilité du patrimoine. Ce critère favorise la restauration d'un régime cohérent qui n'empiète plus sur les autres mécanismes généraux ou spécifiques au droit des entreprises en difficulté. Le critère des relations financières anormales est alors repensé non plus comme un critère alternatif à la confusion des comptes mais seulement comme indice du mélange inextricable des patrimoines qui devient le seul

<sup>717</sup> *Ibid.*, n° 186, p. 157.

<sup>718</sup> *Ibid.*

<sup>719</sup> J.-C. Pagnucco, « Le couple SCI/société d'exploitation », *Rev. proc. coll.* 2013, dossier 14, p. 54.

<sup>720</sup> *Ibid.*

<sup>721</sup> F. Reille, *op. cit.*, n° 201, p. 172.

<sup>722</sup> *Ibid.*, n° 205, p. 174.

<sup>723</sup> *Ibid.*, n° 240, p. 201.

<sup>724</sup> Abus de droit (*ibid.*, n° 307, p. 266), abus de personnalité morale (*ibid.*, n° 350, p. 301), théorie de l'apparence (*ibid.*, n° 373, p. 322), fraude (*ibid.*, n° 398, p. 342), fictivité (*ibid.*, n° 470, p. 410) voire le besoin de permettre un traitement unitaire de l'ensemble de l'activité économique en jeu (*ibid.*, n° 587, p. 515).

critère de la confusion des patrimoines<sup>725</sup>. Ce retour à la conception initiale de la confusion des patrimoines redonne à cette notion une assise patrimoniale, où les relations financières anormales jouent seulement un rôle d'indice<sup>726</sup>.

**192. Jurisprudence postérieure à la thèse de M<sup>me</sup> Reille.** La Cour de cassation n'a pas repris à son compte la notion d'indéterminabilité des patrimoines et continue à se référer aux notions de confusion comptable ou de relations financières anormales<sup>727</sup>. Les derniers arrêts de la Cour de cassation n'invalident pas pour autant l'intuition de M<sup>me</sup> Reille selon laquelle les deux critères constitueraient des indices de l'indéterminabilité des patrimoines. La chambre commerciale a ainsi jugé que « *l'établissement d'une comptabilité certifiée et approuvée ne permet pas d'établir l'absence de confusion des patrimoines entre le bailleur et son locataire, dès lors qu'elle révèle l'existence de relations financières incompatibles avec des obligations contractuelles réciproques normales* »<sup>728</sup>. L'arrêt cité permet de préciser l'acception que retient la Cour de la notion d'anormalité et confirme surtout qu'une comptabilité, même certifiée et approuvée, n'empêche pas de révéler une confusion des patrimoines<sup>729</sup>. L'anormalité des relations financières engendre bien l'extension de la procédure dès lors qu'elle empêche de cerner la consistance « *juridico-économique* » des patrimoines<sup>730</sup>, les simples fautes dans la tenue de la comptabilité ne pouvant justifier l'extension<sup>731</sup>.

En définitive, cette impossibilité de cerner la consistance des patrimoines rend difficile la conduite de la procédure et justifie la mise en œuvre de l'action<sup>732</sup>. Il reste alors à analyser ce qui justifie l'extension en cas de fictivité de la personne morale.

<sup>725</sup> *Ibid.*, n° 607, p. 532.

<sup>726</sup> *Ibid.*, n° 670, p. 591. V. ég. M. Sénéchal, *L'effet réel de la procédure collective : essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, préf. M.-H. Monsérié-Bon, Litec, 2002, n° 724, p. 789, qui rejette totalement le critère des relations financières anormales pour ne retenir que le critère de « *l'imbrication comptable et totale* » des patrimoines.

<sup>727</sup> La chambre commerciale juge ainsi que « *la confusion des patrimoines de plusieurs sociétés peut se caractériser par la seule existence de relations financières anormales entre elles, sans qu'il soit nécessaire de constater que les actifs et passifs des différentes sociétés en cause sont imbriqués de manière inextricable et permanente* », Cass. com., 16 janv. 2019, n° 17-20.725, Inédit ; *JCP E* 2020, 1000, n° 11, p. 27, obs. A. Cerati-Gauthier ; *Gaz. Pal.* 16 avril 2019, n° 350w9, p. 61, note F. Reille ; *Dr. sociétés* 2019, comm. 92, note J.-P. Legros ; *BJS* mars 2019, n° 119q9, p. 43, note K. Luciano ; *Rev. proc. coll.* 2019, comm. 93, p. 53, note C. Lisanti ; *BJE* mai 2019, n° 116x8, p. 15, note A. Bézert.

<sup>728</sup> Cass. com. 27 sept. 2016, n° 14-29.278 ; *Bull. civ.* IV, n° 123 ; *Act. proc. coll.* 2016, n° 213, obs. L. Fin-Langer ; *LEDEN* nov. 2016, n° 110d0, p. 2, obs. E. Mouial-Bassalina ; *BJS* déc. 2016, n° 115u4, p. 745, note J. Moulin ; *Gaz. Pal.* 10 janv. 2017, n° 283j0, p. 57, obs. F. Reille ; *Rev. sociétés* 2017, p. 106, note N. Morelli.

<sup>729</sup> Solution renouvelée ultérieurement, v. p. ex. Cass. com., 2 nov. 2016, n° 15-13.006, Inédit ; *Rev. sociétés* 2017, p. 49, obs. P. Pisoni ; *BJS* févr. 2017, n° 116a9, p. 143 ; obs. E. Mouial-Bassalina.

<sup>730</sup> F. Reille, obs. sous Cass. com. 27 sept. 2016, n° 14-29.278, *Gaz. Pal.* 10 janv. 2017, n° 283j0, p. 57.

<sup>731</sup> Cass. com., 18 mai 2016, n° 13-27.606, Inédit ; *BJE* nov. 2016, n° 114a0, p. 400, note T. Favario.

<sup>732</sup> A. Bézert, *Les effets de l'extension de la procédure collective pour confusion des patrimoines*, préf. P. Pétel, LGDJ, 2021, n° 587, p. 330.

**193. La fictivité de la personne morale.** La fictivité de la personne morale présuppose l'absence de volonté de constituer une personne morale avec une véritable activité et une existence propre, la société créée n'étant qu'un « *trompe-l'œil* »<sup>733</sup>. La personne fictive n'agit que pour exécuter les directives du maître d'affaires et apparaît comme la « *marionnette* »<sup>734</sup> de ce dernier. La société est considérée comme fictive dès lors qu'il manque un des éléments constitutifs de la personnalité morale, le plus souvent l'*affectio societatis*<sup>735</sup>. La notion de fictivité de la personne morale est parfois considérée comme « *assez floue* »<sup>736</sup> au point que d'aucuns considèrent que la confusion des patrimoines absorbant la fictivité, l'hypothèse pourrait être abandonnée<sup>737</sup>. Il faudrait le cas échéant prêter attention à ce que le maître d'affaires ne s'assure pas de laisser une apparente distinction des patrimoines pour contrer le risque de l'extension. La suggestion permet néanmoins de montrer que, dans les deux hypothèses, l'action en extension tend surtout à permettre une meilleure administration de la procédure.

C'est au regard de cette finalité de l'action, qui tend en premier lieu à assurer une bonne administration de la procédure, que doit être apprécié le droit d'agir des mandataires de justice.

## II. L'exercice de l'action en extension par les mandataires de justice

**194. L'évolution des titularités de l'action.** L'article L. 621-2 reconnaît aujourd'hui le droit d'agir à l'administrateur judiciaire, au mandataire judiciaire, au débiteur et au ministère public. Il n'en a pas toujours été ainsi. La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 a, en effet, consacré l'action en extension sans désigner les titulaires de l'action. Du reste, le maintien de l'extension en sauvegarde judiciaire a été jugé « *inattendu car (il) conduit à adopter une logique sanctionnatrice dans une procédure que l'on a voulue dédramatisée et attrayante* »,<sup>738</sup> voire « *disproportionnée* » en l'absence de cessation des paiements<sup>739</sup>. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a précisé que la demande pouvait être formulée par le mandataire judiciaire,

<sup>733</sup> F. Pérochon, *op. cit.*, n° 337, p. 168.

<sup>734</sup> F.-X. Lucas, « Les filiales en difficulté », *LPA* 4 mai 2001, p. 66.

<sup>735</sup> F. Derrida, « À propos de l'extension des procédures de redressement ou liquidation judiciaires », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 687 ; F. Reille, *op. cit.*, n° 415, p. 359.

<sup>736</sup> F. Pérochon, *op. cit.*, n° 337, p. 168.

<sup>737</sup> J. Vallansan, « L'évolution des personnes assujetties à la procédure collective : 1985-2005 », *RLDA* 2005/03, suppl. n° 80, p. 12.

<sup>738</sup> F.-X. Lucas, « Le sort du débiteur », *LPA* 14 juin 2007, p. 60.

<sup>739</sup> M.-H. Monsérié-Bon et C. Thévenot, « Comment améliorer la procédure de sauvegarde », *Rev. proc. coll.* 2008, dossier 6, p. 100.

l'administrateur judiciaire, le ministère public ou sur saisine d'office du tribunal. Le droit d'agir des différents mandataires doit être apprécié en contemplation de la finalité de cette action.

**195. Le droit d'agir de l'administrateur judiciaire.** Avant d'être expressément reconnu par la loi, le droit d'agir de l'administrateur avait été admis en jurisprudence sans que le fondement de cette action de l'administrateur soit très clairement expliqué, ce qui n'a pas manqué de susciter des débats. Cette controverse passée demeure instructive afin de réfléchir à l'articulation entre la finalité de l'extension et le droit d'agir de l'administrateur judiciaire en droit positif. En effet, hors habilitation expresse à agir, l'administrateur judiciaire ne peut agir qu'en exerçant les droits du débiteur. Or, il semble difficile d'admettre que le débiteur a un intérêt légitime à exercer une action destinée à tirer les conséquences de sa fictivité ou de la confusion de son patrimoine avec une autre personne. Par voie de conséquence, le droit d'agir de l'administrateur semblait tout aussi difficile à justifier avant l'ordonnance de 2008. C'est peut-être ce qui explique que, lorsqu'elle avait reconnu expressément la qualité à agir de l'administrateur judiciaire, la Cour de cassation ne donnait pas le fondement de cette habilitation à agir<sup>740</sup>.

La simple application par anticipation de l'ordonnance ne semble pas suffisante à justifier la solution. Selon un auteur, en l'absence d'action spécifiquement reconnue à l'administrateur, ce dernier n'avait pas le droit d'agir dans la mesure où l'action en extension n'entre pas dans ses attributions, résultant de l'article L. 811-1 du code de commerce, que sont la participation à la gestion de l'entreprise au cours de la période d'observation et la mise en œuvre du plan de redressement ou de la cession de l'entreprise<sup>741</sup>. S'il est possible de partager les critiques quant à l'absence qualité spécifique, l'opportunité de se placer sur les dispositions du Livre VIII pour déterminer la qualité à agir de l'administrateur judiciaire suscite plus de réserves. En effet, à suivre cette méthode, aucun mandataire de justice ne devrait pouvoir exercer d'actions qui n'entrent pas, *stricto sensu*, dans la définition des missions du Livre VIII. Surtout, s'agissant du droit d'agir, il semble plus prudent de s'en tenir aux dispositions du Livre VI et du droit commun dans la mesure où il pourrait être aisé de solliciter les dispositions du Livre VIII au-delà de la portée réelle de ce titre qui porte avant tout sur l'organisation de ces professions réglementées.

<sup>740</sup> Cass. com., 15 déc. 2009, n° 08-20.934, *Bull. civ.* IV, n° 170 ; *D.* 2010, p. 86, obs. A. Lienhard ; *Gaz. Pal.* 16-17 avr. 2010, p. 20, obs. F. Reille ; *LPA* 29 juin 2010, p. 8, obs. A. Algadi ; *Dr. sociétés* 2010, n° 56, note J.-P. Legros ; *Procédures* 2010, n° 41, obs. B. Rolland ; *Dr. & patr.* 2010, p. 88, obs. C. Saint-Alary-Houin et M.-H. Monsérié-Bon ; *Rev. proc. coll* 2010, p. 55, obs. P. Cagnoli.

<sup>741</sup> A. Algadi, obs. sous Cass. com., 15 déc. 2009, n° 08-20.934, *LPA* 29 juin 2010, p. 18.

La solution de la Cour de cassation a également été approuvée, cette fois au regard des dispositions du Livre VI, dans la mesure où la hiérarchisation des intérêts empêcherait de soutenir que l'extension de la procédure ne peut servir que l'intérêt des créanciers<sup>742</sup>. Selon M<sup>me</sup> Reille, « *puisque l'une des finalités de l'extension est de rendre possible l'évaluation de la situation patrimoniale de l'entreprise afin d'envisager les perspectives de redressement, il est parfaitement logique d'ouvrir l'action à l'administrateur dont la mission consiste précisément à dresser un bilan et à établir un projet de plan.* »<sup>743</sup> S'il semble en effet utile de reconnaître à l'administrateur la possibilité de solliciter l'extension de la procédure afin de préparer le plan, cette dernière mission dont il a la charge ne lui confère pas, en soi, le droit d'exercer les actions du livre VI. Autrement dit, sans reconnaissance légale de la qualité à agir de l'administrateur judiciaire, cette solution restait difficile à justifier. Le problème ne se pose plus depuis que l'ordonnance du 18 décembre 2008 a expressément désigné l'administrateur judiciaire parmi les titulaires de l'action.

Toutefois, si l'administrateur a désormais qualité pour solliciter l'extension de la procédure, une ambiguïté demeure s'agissant de la légitimité de son intérêt à agir. Si l'exercice de l'action en extension restait corrélé à l'exercice des droits du débiteur, l'action de l'administrateur poserait toujours problème. Si tel n'est pas le cas, l'idée selon laquelle l'action des mandataires de justice ne se résume pas à la défense des intérêts en présence semble s'imposer à nouveau, même lorsque l'action produit des effets sur le patrimoine du débiteur.

**196. Le droit d'agir du mandataire judiciaire.** Avant même sa reconnaissance légale, le droit d'agir du mandataire judiciaire semblait, en revanche, aller déjà de soi en raison de sa vocation à défendre l'intérêt collectif des créanciers. Lorsqu'elle a dû se prononcer sur la qualité à agir d'un créancier individuel, la chambre commerciale a ainsi validé le raisonnement soutenant que le préjudice découlant de la confusion des patrimoines était subi par l'ensemble des créanciers. Par conséquent, elle a confirmé que seul le mandataire judiciaire pouvait agir « *au nom et dans l'intérêt de l'ensemble des créanciers* »<sup>744</sup>. La solution a été approuvée dans la mesure où elle s'inscrit dans la défense du gage commun des créanciers qui relève du

<sup>742</sup> F. Reille, obs. sous Cass. com., 15 déc. 2009, n° 08-20.934, *Gaz. Pal.* 16-17 avr. 2010, p. 20.

<sup>743</sup> F. Reille, *op. cit.*, n° 643, p. 559.

<sup>744</sup> Cass. com., 16 mars 1999, n° 96-19.537, *Bull. civ. IV*, n° 67, p. 55 ; *D.* 1999, somm., p. 349, obs. A. Honorat ; *D. Affaires* 1999, p. 635, obs. A. Lienhard ; *JCP E* 1999, n° 39, p. 1529, obs. M. Cabrillac et P. Pétel. V. ég. Cass. com., 15 mai 2001, n° 98-14.560, *Bull. civ. IV*, n° 91, p. 86 ; *D.* 2001, p. 3425, obs. A. Honorat ; *ibid.*, p. 1949, obs. A. Lienhard ; *Dr. sociétés* 2001, n° 129, note J.-P. Legros ; *BJS* 2001, p. 979, note P. Pétel où la chambre commerciale juge que « *l'action tendant à l'extension de la procédure collective d'une personne à une autre sur le fondement de la confusion des patrimoines ou de la fictivité d'une personne morale n'est pas ouverte aux créanciers* ».

monopole du mandataire judiciaire<sup>745</sup>. C'est la même logique qui a conduit la Cour de cassation à estimer, dans un avis rendu le 3 juin 2013, que le créancier nommé contrôleur avait également le droit de demander l'extension de la procédure en cas de carence du mandataire judiciaire<sup>746</sup>. La logique de ces solutions repose sur l'un des effets de l'extension, à savoir la mise en commun des deux patrimoines afin de répondre aux passifs des deux débiteurs. L'extension de la procédure à un second débiteur plus solvable servirait ainsi l'intérêt collectif des créanciers du premier débiteur.

Cette idée a justifié, un temps, l'utilisation de l'action en extension pour faire contribuer la société mère au financement de sa filiale en difficulté. Les juges du fond avaient pris l'habitude de recourir à cet expédient avant que la Cour de cassation ne marque un coup d'arrêt à cette tendance à l'occasion de l'affaire *Metaleurop*. La haute juridiction a réaffirmé que dans un groupe de sociétés, les conventions de gestion de trésorerie et de change, les échanges de personnel et les avances de fonds par la société mère ne constituent pas en soi des relations financières anormales justifiant l'extension de la procédure vers la mère<sup>747</sup>. Ce faisant, la chambre commerciale rappelle la raison d'être de l'action en extension, à savoir une réponse apportée à des désordres comptables et aux relations financières anormales<sup>748</sup>. À l'instar des réserves émises par M. Derrida quant aux limites d'une utilisation de l'extension comme outil de restructuration, un auteur avait soulevé assez tôt les insuffisances de l'action en extension comme outil de responsabilisation de la société mère<sup>749</sup>. La critique a été reprise par M. Pelletier qui a montré dans quelle mesure la responsabilité civile de droit commun serait un outil mieux adapté qu'une instrumentalisation de l'action en extension<sup>750</sup>. Utiliser l'action en extension à

<sup>745</sup> F. Reille, *op. cit.*, n° 644, p. 560.

<sup>746</sup> Cass., avis, 3 juin 2013, n° 13-70.003 ; *BICC* n° 788, 1<sup>er</sup> oct. 2013, p. 9, rapp. A.-S. Texier ; *Rev. proc. coll.* 2013, étude 18, concl. R. Bonhomme ; *D.* 2013, p. 2366, obs. F.-X. Lucas ; *Gaz. Pal.* 29 sept.-1<sup>er</sup> oct. 2013, p. 7, note F. Reille ; *Act. proc. coll.* 2013, n° 167, obs. P. Cagnoli ; *Rev. sociétés* 2013, p. 520, obs. L.-C. Henry ; *Dr. sociétés* 2013, n° 166, note J.-P. Legros ; *RD bancaire et fin.* 2013, n° 168, obs. C. Houin-Bressand ; *BJS* 2013, p. 578, note I. Parachkevova ; *Rev. proc. coll.* 2013, comm. 117, obs. B. Saintourens.

<sup>747</sup> Cass. com., 19 avril 2005, n° 05-10.094, *Bull. civ.* IV, n° 92, p. 95 ; *D.* 2005, p. 1225, obs. A. Lienhard ; *ibid.*, p. 2013, obs. F.-X. Lucas ; *Act. proc. coll.* 2005, n° 106, obs. J. Vallansan et M. Thiberge ; *JCP G* 2005, II, 10 088, note O. Bouru et M. Menjuq ; *JCP E* 2005, 271, note B. Rolland ; *Gaz. Pal.* 4-5 nov. 2005, p. 3, note C. Lebel ; *ibid.* 21-22 juin 2006, p. 39, obs. D. Robine ; *Deffrénois* 2005, p. 1932, obs. D. Gibirila ; *Banque et Droit* mai-juin 2005, p. 56, obs. Q. Urban ; *Dr. sociétés* 2005, n° 133, note J.-P. Legros ; *BJS* 2005, p. 690, note C. Saint-Alary-Houin ; *Rev. proc. coll.* 2005, p. 239, obs. M.-P. Dumont ; *RTD com.* 2005, p. 541, obs. C. Champaud et D. Danet ; B. Grimonprez, « Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », *Rev. sociétés* 2009, p. 715 ; B. Grelon et C. Dessus-Larrivé, « La confusion des patrimoines au sein d'un groupe », *Rev. sociétés* 2006, p. 281 ; *ibid.* 2005, p. 897, note D. Robine et J. Marotte.

<sup>748</sup> P. Pétel, « La vie après la confusion des patrimoines », art. préc., n° 1, p. 577. Sur la nécessité de s'en tenir à stricte interprétation de la notion de relations financières anormales, v., par. ex., R. Dammann, « Faut-il encadrer davantage le recours à l'action en extension de procédure ? », *BJE* mai 2017, n° 114s3, p. 175.

<sup>749</sup> P. Delebecque, « Groupe de sociétés et procédures collectives : confusion de patrimoines et responsabilité des membres du groupe », *Rev. proc. coll.* 1998, p. 129.

<sup>750</sup> N. Pelletier, *La responsabilité au sein des groupes de sociétés en cas de procédure collective*, préf. F.-X. Lucas, LGDJ, 2013, n° 598, p. 383.



une fin étrangère à sa nature est un expédient insatisfaisant. Il serait préférable de réfléchir aux conditions précises dans lesquelles imposer à une société mère de secourir sa filiale en difficulté serait justifié. Cela amène à se demander si l'action en extension est nécessairement liée à la reconstitution du gage commun.

**197. L'articulation entre l'action en extension et la reconstitution du gage commun des créanciers.** L'action en extension ne doit-elle être admise qu'à la condition qu'elle serve l'intérêt collectif des créanciers<sup>751</sup> ? Une décision de la Cour de cassation semble aller en ce sens. À l'occasion d'une réponse à une question prioritaire de constitutionnalité, la chambre commerciale a en effet jugé que l'action en extension « *a pour but de rétablir le gage des créanciers compromis par la confusion de patrimoine ou la fictivité de la personne morale* »<sup>752</sup>. Autrement dit, la Cour de cassation semble avoir jugé que l'action doit être réalisée dans l'intérêt des créanciers du débiteur déjà soumis à une procédure collective.

M<sup>me</sup> Reille a critiqué la formulation de la chambre commerciale en soutenant que la finalité de l'action en extension ne pouvait se résumer au rétablissement du gage au seul profit des créanciers. Elle souligne que si l'intérêt de l'entreprise ne devait pas être pris en compte, l'administrateur judiciaire ne devrait pas avoir le droit d'agir<sup>753</sup>. Or, l'extension de la procédure peut effectivement profiter à l'entreprise<sup>754</sup>. L'objection n'est pas insurmontable dans la mesure où, comme il a été montré, l'action en reconstitution du gage commun profite, hors procédure liquidative, davantage au débiteur qu'aux créanciers<sup>755</sup>. Dès lors, afin de dépasser la difficulté, il suffirait de soutenir que tout mandataire de justice qui sollicite l'extension doit simplement démontrer en quoi elle permet une augmentation du patrimoine du débiteur, qui est à la fois le gage commun des créanciers et le support juridique l'activité économique.

**198. Rejet du lien entre reconstitution du patrimoine et action en extension.** L'approche centrée sur la reconstitution du patrimoine doit être également écartée. À suivre cette logique, selon laquelle le droit d'agir repose sur la défense de l'un des intérêts en présence, un mandataire judiciaire ou un administrateur judiciaire n'aurait pas nécessairement le droit de solliciter l'extension d'une procédure, malgré sa connaissance de l'indéterminabilité des deux

<sup>751</sup> V. F. Derrida, « À propos de l'extension des procédures de redressement ou liquidation judiciaires », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, n° 9, p. 695, qui s'interroge sur les évolutions possibles de la finalité de l'action en extension.

<sup>752</sup> Cass. com., 8 oct. 2012, QPC, n° 12-40.058 ; *Dr. sociétés* 2013, comm. 53, note J.-P. Legros ; *BJS* déc. 2012, p. 866, note F. Reille ; *Rev. sociétés* 2012, p. 728, obs. P. Roussel Galle.

<sup>753</sup> F. Reille, obs. sous Cass. com., 8 oct. 2012, QPC, n° 12-40.058, *BJS* déc. 2012, p. 866.

<sup>754</sup> V. *supra* n° 195.

<sup>755</sup> V. *supra* nos 48 et s.

patrimoines ou de la fictivité d'une société. Qu'il s'agisse de l'intérêt des créanciers, du débiteur, ou même de l'entreprise, le mandataire de justice ne devrait donc pouvoir agir qu'à la condition que l'extension de la procédure apporte davantage d'actifs que de passifs.

Si la Cour de cassation n'a jamais expressément pris position sur le point de savoir si l'extension devait avoir un effet patrimonial favorable à la procédure, il faut constater que la haute juridiction n'a jamais saisi les diverses occasions qui se sont présentées à elle pour poser une telle condition<sup>756</sup>. Du reste, le résultat de l'extension ne peut jamais être certain car il dépend de l'appréhension des ressources du second débiteur mais aussi de la nature du passif de ce dernier. L'extension de la procédure à un second débiteur, riche mais obligé envers des créanciers bénéficiant de privilèges généraux, ne fera pas nécessairement les affaires du premier débiteur<sup>757</sup>. Il serait, certes, envisageable de mener une instruction afin de statuer sur l'utilité de l'extension mais cette solution alourdirait sensiblement le mécanisme pour un résultat toujours incertain. Surtout, si l'extension était jugée non profitable au premier débiteur, cela conduirait à laisser vaquer un débiteur dont la consistance de son patrimoine est indéterminable, voire laisser perdurer une société fictive, ce qui peut sembler assez inopportun et engendrer des difficultés importantes pour conduire la procédure collective. Or, l'ouverture d'une telle procédure semble être un moment propice à la correction de cette situation anormale et, ce, quand bien même l'extension compromettrait le redressement du débiteur en difficulté.

À cet égard, M. Bézert a proposé de consacrer la vocation correctrice de ce mécanisme en insistant sur sa finalité qui tend à assurer une conduite efficace de la procédure<sup>758</sup>. L'auteur parvient à cette conclusion après avoir rappelé les difficultés à caractériser une finalité répressive en l'absence, d'une part, de l'exigence d'une véritable faute et, d'autre part, en raison du fait que l'extension puisse profiter au débiteur déjà soumis à la procédure collective<sup>759</sup>. De même, il soutient que la seule finalité réparatrice ne peut davantage caractériser l'action en extension dans la mesure où elle peut conduire à attirer davantage de passif que d'actif<sup>760</sup>.

---

<sup>756</sup> F. Reille, « L'attraction du patrimoine de l'associé par la confusion des patrimoines », in *Le patrimoine de la personne physique à l'épreuve des procédures collectives : quels nouveaux enjeux ?*, Actualité de droit de l'entreprise, LexisNexis, 2015, p. 123. L'auteur estime toutefois que, par l'arrêt du 16 juin 2015 (références *infra* note 760), la chambre commerciale confirme clairement que le résultat de l'extension est indifférent à la mise en œuvre de l'action. Pour notre part, il ne nous semble pas que cet arrêt prenne aussi clairement position sur ce point.

<sup>757</sup> *Ibid.*, p. 124.

<sup>758</sup> A. Bézert, *Les effets de l'extension de la procédure collective pour confusion des patrimoines*, préf. P. Pétel, LGDJ, 2021, n° 588, p. 331. Comp. : J.-L. Vallens, « Les finalités incertaines de l'extension d'une procédure collective », *D.* 2020, p. 2416, l'auteur suggère au contraire de recentrer l'action sur sa finalité patrimoniale.

<sup>759</sup> A. Bézert, *op. cit.*, n° 531, p. 305.

<sup>760</sup> *Ibid.*, n° 536, p. 308.

La finalité de l'action en extension semble donc se concilier assez difficilement avec un exercice de l'action restreint à la défense des intérêts en présence. En d'autres termes, l'action en extension, attitrée au mandataire judiciaire et à l'administrateur judiciaire, semble pouvoir être intentée sans qu'il ne soit nécessaire de prouver qu'elle serve l'intérêt collectif des créanciers ou l'intérêt du débiteur voire de l'entreprise. Un auteur l'avait pressenti, quand il affirmait, à propos de l'extension, que les mandataires de justice n'ont pas besoin de « démontrer plus précisément que la solution qu'il[s] entend[ent] soutenir est conforme à cet intérêt [celui des créanciers ou de l'entreprise] globalement considéré. L'un comme l'autre des mandataires n'ont pas à justifier que la solution qu'ils préconisent est dans l'intérêt de l'entreprise ou des créanciers. Dans la plupart des cas, aucune difficulté ne se présente à ce sujet »<sup>761</sup>. À supposer qu'il puisse y avoir une difficulté à identifier ces intérêts, la règle devrait rester la même. Les mandataires de justice doivent solliciter l'extension de la procédure abstraction faite de toute considération d'opportunité car cette action sert avant tout à corriger une situation patrimoniale anormale<sup>762</sup>.

---

Une autre question est de savoir si l'extension peut être prononcée lorsque les relations financières anormales n'ont pas causé de préjudice au débiteur déjà soumis à la procédure collective. Autrement dit, il faut distinguer la question de savoir si l'extension doit produire un effet patrimonial bénéfique pour la procédure et celle de savoir si les relations financières ont porté préjudice au débiteur déjà soumis à la procédure collective. Sur cette seconde question, la Cour de cassation juge que l'absence de préjudice ne fait pas obstacle à l'extension (Cass. com., 16 juin 2015, n° 14-10.187, *Bull. civ.* IV, n° 105 ; *Dalloz actualité*, 1<sup>er</sup> juill. 2015, obs. A. Lienhard ; *JCP E* 2015, 1422, note P. Pétel ; *Gaz. Pal.* 20 oct. 2015, n° 243y5, p. 27, obs. F. Reille ; *Rev. sociétés* 2015, p. 545, note P. Roussel Galle ; *Dr. sociétés* 2015, comm. n° 155, note J.-P. Legros ; *BJS* sept. 2015, p. 458, note E. Mouial-Bassilana ; *BJE* sept. 2015, p. 282, note L. Le Mesle). La solution est particulièrement sévère pour la personne victime des relations financières anormales entraînée dans la chute du débiteur soumis à la procédure collective (A. Bézert, *op. cit.*, n° 537, p. 308. En ce sens, v. ég., F.-X. Lucas, obs. sous Cass. com. 7 janv. 2003, n° 00-13.192, *BJS* avr. 2003, p. 407 ; D. Robine, « L'extension de la procédure de redressement ou liquidation judiciaire », in *Mélanges AEDBF-France IV*, Revue banque, n° 16, p. 336). Surtout, elle ne semble pas conforme à la logique de l'extension. Si cette action ne doit pas nécessairement profiter au débiteur déjà soumis à la procédure, l'extension est justifiée seulement lorsqu'elle contribue à la bonne administration de la procédure. Il en va ainsi en cas de confusion comptable car, à défaut, il serait matériellement impossible de restructurer l'activité. S'il est théoriquement possible de procéder à une restructuration en dépit du caractère fictif de la personne morale ou de l'existence de relations financières anormales, l'extension reste néanmoins indispensable afin que soit rétablie la réalité économique de l'entreprise. Sans extension, les mesures de sauvetages ne peuvent être arrêtées conformément à l'activité réelle de l'entreprise et les créanciers ne peuvent accéder au véritable patrimoine de leur débiteur. En revanche, au regard de ces objectifs, étendre la procédure collective à une personne victime des relations financières anormales ne semble pas justifié. En effet, si ce dernier a bénéficié des relations financières anormales, ni la restructuration de son activité ni la reconstitution du gage de ses créanciers ne nécessitent l'extension. L'affirmer ne remet pas en cause le fait que cette extension doit être ordonnée si le débiteur victime des relations financières anormales est lui-même soumis à une procédure collective.

<sup>761</sup> B. Soinne, « Identité ou diversité des notions de fictivité ou de confusion des patrimoines », *LPA* 6 déc. 1995, n° 2, p. 12.

<sup>762</sup> M. Maraud soutient que l'action relève toujours d'une finalité sanctionnatrice, en dépit de son dévoiement, lorsqu'elle employée afin de financer la procédure. Cela justifie pour l'auteur d'encadrer strictement sa mise en œuvre (O. Maraud, *Les associés dans le droit des entreprises en difficulté*, préf. L. Sautonie-Laguionie, LGDJ, 2021, n°s 548 et s., pp. 583 et s.) Si telle était la seule véritable finalité de l'action, cela ne ferait que corroborer ce qui a été dit à propos des sanctions et la finalité de l'action des mandataires de justice (V. *supra* n°s 177 et s.)

En définitive, l'étude de l'habilitation des mandataires de justice à demander des sanctions ou solliciter l'extension de la procédure montre les limites à l'appréhension de ces prérogatives au spectre des intérêts en présence. Une autre approche doit être alors proposée.

## SECTION 2 : LA PARTICIPATION DES MANDATAIRES DE JUSTICE À LA POLICE DE LA VIE DES AFFAIRES

**199. Distinction entre les actions des mandataires de justice spécifiques aux procédures collectives et celles exercées dans un intérêt déterminé.** L'étude de l'action civile a montré que seule l'existence d'un pouvoir propre de l'administrateur judiciaire pouvait justifier, juridiquement, son droit d'agir. Sur le plan technique, cela signifie que l'administrateur judiciaire dispose d'une habilitation à agir distincte de l'exercice des droits du débiteur. De même, au regard de la finalité de l'action en extension, il faudrait analyser l'action des mandataires de justice qui peuvent solliciter une telle mesure plutôt comme une action propre qu'une action exercée en défense des intérêts en présence.

Décorrélér ainsi ces actions de la défense des intérêts en présence amène à établir une nette distinction entre les deux types d'actions que peuvent exercer les mandataires de justice. D'une part, une action qui découle de l'habilitation à défendre l'intérêt collectif ou à exercer les droits du débiteur et, d'autre part, les actions qui leur sont attitrées, celles qui sont spécifiques aux procédures collectives, et qui ne sont pas réductibles à ces intérêts<sup>763</sup>. Autrement dit, l'appréhension du droit d'agir devrait être envisagée de manière radicalement différente selon que les mandataires de justice agissent en vertu d'une action en défense de l'un des intérêts en présence ou d'une action spécifique à la procédure collective dont la finalité est différente. Selon M. Lucas, la vérification de la conformité de l'action à l'intérêt collectif des créanciers ou aux droits du débiteur s'impose uniquement aux premières actions, ce qui exclut notamment l'action en extension<sup>764</sup>. De même, si les mandataires de justice sont habilités à se constituer partie civile par l'article L. 654-17 du code de commerce, et dispose pour cela d'une action attitrée, d'aucuns estiment que le caractère attitré de l'action suffirait à établir leur droit à agir sans autre forme de vérification<sup>765</sup>.

<sup>763</sup> F.-X. Lucas, « La qualité à agir du contrôleur nommé à l'occasion d'une procédure collective. Contribution à la définition des actions attitrées », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, LGDJ, 2015, p. 437.

<sup>764</sup> *Ibid.*

<sup>765</sup> C. Souweine, « Action civile et procédures collectives après la loi du 26 juillet 2005 », *D.* 2006, n° 8, p. 501.

**200. Démonstration de l'intérêt à agir en présence d'une action attitrée.** Le lien entre l'intérêt et la qualité à agir est source d'une littérature abondante<sup>766</sup>. Lorsque l'action est dite banale, le seul intérêt à agir suffit à caractériser le droit d'agir. En revanche, lorsque l'action est attitrée, seules les personnes ayant une certaine qualité peuvent agir. Reste, s'agissant de ces actions attitrées, à savoir si le demandeur doit toujours démontrer son intérêt à agir. Dans certaines hypothèses, le demandeur doit montrer à la fois son intérêt et sa qualité à agir comme pour l'action oblique engagée sur le fondement de l'article 1341-1 du code civil. La seule qualité de créancier est alors insuffisante, il faut, en outre, que le demandeur prouve l'utilité que lui apporterait l'exercice de l'action de son débiteur<sup>767</sup>. Dans d'autres hypothèses, la qualité suffit à démontrer le droit d'agir. La dispense faite à la personne, qui a qualité à agir, de démontrer son intérêt à agir semble parfois découler de l'objet même de l'action. C'est le cas, par exemple, de l'action en recherche de paternité réservée à l'enfant<sup>768</sup> ou en contestation de paternité réservée à l'enfant, l'un de ses père et mère ou celui qui se prétend le parent véritable<sup>769</sup>. C'est encore le cas pour l'action visant à solliciter de l'URSSAF une révision des modalités de calcul des cotisations versées par l'employeur, qui est réservée à ce dernier<sup>770</sup>. L'intérêt semble ici présumé<sup>771</sup>. C'est enfin l'hypothèse du ministère public partie principale agissant d'office dans les cas spécifiés par la loi, dont l'intérêt à agir en défense de l'intérêt général est présumé.

Au regard de la logique de la distinction entre les actions des mandataires de justice spécifiques aux procédures collectives et celles qu'ils exercent en défense de l'un des intérêts en présence, il semble que la seule qualité qui leur est reconnue pour exercer l'action civile ou l'action en extension suffise à montrer leur droit d'agir. Plus précisément, à l'instar de ce qui a été montré précédemment, les mandataires de justice ne devraient pas avoir à démontrer en quoi l'action serait utile à l'intérêt collectif des créanciers ou au débiteur<sup>772</sup>. Ainsi, sur le plan

<sup>766</sup> V. not., G. Bolard, « Qualité ou intérêt pour agir ? », in *Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 597 ; F. Kernaleguen, « Intérêt, qualité, pouvoir : le ménage à trois de la théorie de l'action ? », *op. cit.*, p. 771.

<sup>767</sup> Cass. 1<sup>e</sup> civ., 11 mars 2003, n° 01-12.170, *Bull. civ. I*, n° 65, p. 50.

<sup>768</sup> C. civ., art. 327.

<sup>769</sup> C. civ., art. 333.

<sup>770</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 17 déc. 2015, n° 14-29.125, *Bull. civ. II*, n° 286 ; *Gaz. Pal.* 17 mai 2016, n° 265b8, p. 57, note V. Orif.

<sup>771</sup> C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Dalloz, 36<sup>e</sup> éd., 2022, n° 196, p. 177.

<sup>772</sup> En effet, dans certains cas, il faut néanmoins montrer qu'exercer l'action présente une utilité au moins théorique au regard des objectifs de la procédure. Ainsi, la Cour de cassation a jugé irrecevable l'action en nullité de la période suspecte intentée, après l'adoption d'un plan, dans une procédure où l'intégralité des sommes destinées à couvrir le passif avait été consignée (Cass. com., 29 oct. 1991, n° 90-11.354, *Bull. civ. IV*, n° 320, p. 221 ; *D.* 1992, jur., p. 425, note J.-P. Sortais). Il est certain que, dans cette hypothèse, l'action n'a aucune utilité en soi car sans influence sur le paiement des dettes comme le sauvetage de l'entreprise.

technique, il ne semble pas nécessaire de caractériser l'intérêt en présence dans lequel agissent les mandataires de justice. Toutefois, il reste important de comprendre, sur le plan théorique, la finalité de leur action. Autrement dit, s'il n'est pas indispensable de montrer un intérêt à agir, au sens procédural du terme, il reste nécessaire d'identifier intellectuellement l'intérêt dans lequel les mandataires agissent. À cet égard, M. Lucas souligne le fait que, « *Lorsqu'une action attitrée est ouverte à des organes que la loi habilite spécialement, qu'il s'agisse de l'administrateur judiciaire, du ministère public ou du tribunal qui se saisit d'office, on voit que la qualité à agir n'est pas reconnue en vue de défendre l'intérêt collectif des créanciers mais qu'elle est conférée au nom d'intérêts qui dépassent cet objectif. C'est particulièrement net lorsque le ministère public peut agir ou lorsque le tribunal peut se saisir d'office : ça l'est dans une moindre mesure lorsque c'est l'administrateur judiciaire qui est investi du pouvoir d'exercer une action.* »<sup>773</sup> L'exercice partagé de l'action avec le ministère public laisse à penser que les mandataires de justice exercent donc une forme de police de la vie des affaires.

**201. L'hypothèse de la mission de police de la vie des affaires.** L'étude des sanctions et de l'action en extension permettent de dégager les premiers traits de la mission de police de la vie des affaires. Dans un sens générique, la notion de police renvoie à un « *ordre, assainissement, contrôle pour la sauvegarde de l'intérêt général* »<sup>774</sup>. En droit des entreprises en difficulté, cette mission de police tend, d'abord, à réprimer la commission d'infractions, à l'instar du droit pénal classique. Dans le prolongement de cette fonction répressive, les peines complémentaires et les sanctions personnelles permettent d'assainir le marché en y expulsant les débiteurs notoirement incompetents ou malveillants<sup>775</sup>. La nécessité d'exercer une certaine police de la vie des affaires conduit également à apporter une réponse aux situations patrimoniales anormales qui entravent le bon déroulement de la procédure. C'est le sens de l'action en extension de la procédure qui relève d'un constat objectif davantage que d'une sanction<sup>776</sup>. M. Bézert voit ainsi dans l'action en extension la consécration d'un mécanisme à vocation correctrice<sup>777</sup>. Cette approche reste conforme à l'idée de police dans le sens d'un assainissement d'une situation entravant le bon

<sup>773</sup> F.-X. Lucas, art. préc., p. 437.

<sup>774</sup> Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, (dir.) G. Cornu, PUF, 14<sup>e</sup> éd., 2022, v<sup>o</sup> « Police (I) ».

<sup>775</sup> F. Pérochon, *op cit.*, n<sup>o</sup> 1722, p. 793.

<sup>776</sup> P. Le Cannu et D. Robine, *Droit des entreprises en difficulté*, 2020, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., n<sup>o</sup> 328, p. 231. *Contra* : O. Maraud, *Les associés dans le droit des entreprises en difficulté*, préf. L. Sautonie-Laguionie, LGDJ, 2021, n<sup>os</sup> 548 et s., pp. 583 et s., pour qui la finalité de l'action en extension reste la sanction. Si l'approche de cet auteur devait être suivie, la finalité homogène des sanctions et des actions en extension permettrait de caractériser encore plus simplement la fonction de police de la vie des affaires jouée par les mandataires de justice.

<sup>777</sup> A. Bézert, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 587, p. 330 : « *Confronté à une situation de fait ne permettant pas la bonne conduite de la procédure collective, le juge écarte l'application des règles imposant l'ouverture d'une unique procédure collective à l'égard d'une unique personne pour réunir les deux débiteurs aux patrimoines confondus au sein d'une procédure étendue.* »

déroulement de la procédure collective. Il reste alors à se demander si les autres actions des mandataires de justice spécifiques aux procédures collectives participent également à cette mission de police de la vie des affaires comme le suggère M. Lucas<sup>778</sup>.

**202. Plan de la section.** Si l'action en extension et la constitution de partie civile permettent d'exercer une police de la vie des affaires, le droit d'agir du ministère public est parfaitement logique. Toutefois, les moyens limités du parquet de même que la connaissance de la situation du débiteur par les mandataires de justice peuvent aussi justifier de conférer à ces derniers des prérogatives analogues au ministère public afin de participer à cette mission de police (§ 1). Cette nouvelle approche de la mission des mandataires de justice semble pouvoir s'appliquer au-delà des actions civiles ou de l'extension de la procédure. Il faut ainsi vérifier que les autres actions spécifiques aux procédures collectives participent aussi à l'exercice d'une certaine police de la vie des affaires (§ 2).

§ 1 : Les manifestations d'une mission de police confiée aux mandataires de justice

**203. Plan du paragraphe.** Si les mandataires de justice sont des auxiliaires de justice, leur confier une mission s'apparentant à celle d'auxiliaire du ministère public peut sembler, de prime abord, un peu surprenant. Il ne s'agit toutefois pas de la seule hypothèse dans laquelle une telle mission est confiée à des acteurs non étatiques. Les syndicats et les associations sont également amenés à jouer, parfois, un rôle similaire. Une telle habilitation est généralement justifiée par leur connaissance du domaine dans lequel ils sont conduits à jouer ce rôle d'auxiliaire du ministère public (I). L'étude de cette mission ponctuellement reconnue aux syndicats et aux associations permet ainsi d'éclairer les fonctions analogues que peuvent jouer les mandataires de justice dans le domaine du droit des entreprises en difficulté (II).

I. L'habilitation à agir des syndicats et des associations dans un intérêt collectif

**204. Les différents types d'intérêts collectifs.** La notion d'intérêt collectif a été présentée comme une notion fonctionnelle qui se laisse difficilement définir, ce qui en ferait en dernier ressort « *un concept bien pratique mais qui n'a pas vraiment de contenu* »<sup>779</sup>. La notion d'intérêt collectif désigne généralement une catégorie de personnes. Et, comme cela a pu ainsi être

<sup>778</sup> F.-X. Lucas, art. préc., p. 441.

<sup>779</sup> J. Héron, H. Le Bars et K. Salhi, *Droit judiciaire privé*, LGDJ, 7<sup>e</sup> éd., 2019, n° 78, p. 79.

souligné, « *c'est là que se situe la difficulté : une catégorie se caractérise par son caractère abstrait. Ce n'est pas forcément un groupe de personnes physiques ou morales déterminées ou déterminables. C'est une pure abstraction, dont les membres n'ont pas toujours de visage ni de consistance.* »<sup>780</sup> Le caractère abstrait de l'intérêt collectif et la dimension fonctionnelle de la notion ont contribué à faire de l'action dans un intérêt collectif, une action qui recoupe parfois la poursuite de l'intérêt général, ce dernier entendu comme l'intérêt de la société dans son ensemble. Ce n'est toutefois pas systématiquement le cas. Il existe des intérêts collectifs qui restent clairement distincts de l'intérêt général comme l'intérêt collectif des membres d'une ligue de défense. Ces groupements existent pour défendre les intérêts individuels de leurs membres, par exemple une association de locataires. Pourtant, il est ici question d'intérêt collectif dans la mesure où l'intérêt défendu par le groupement peut s'opposer à l'intérêt ponctuel de l'un de ses membres<sup>781</sup>. Cet intérêt collectif ne se confond pas avec l'intérêt général. D'autres intérêts collectifs sont, au contraire, intéressants précisément en ce qu'ils tendent à empiéter sur le domaine de l'intérêt général.

**205. Plan.** Les syndicats constituent historiquement le premier exemple de personnes privées habilitées à se constituer partie civile sur le fondement d'un intérêt collectif. La préservation de l'intérêt collectif de la profession semble les conduire à prendre parfois part à la défense de l'intérêt général (A). Ce glissement de la défense d'un intérêt collectif vers la défense de l'intérêt général se retrouve également s'agissant de l'action des associations (B).

A. L'habilitation des syndicats à agir dans l'intérêt collectif de la profession

**206. Naissance de l'action des syndicats dans l'intérêt collectif de la profession.** La loi *Le Chapelier* du 14 juin 1791 est connue pour son ambition de briser toutes les coalitions d'intérêts. Inspirée par une philosophie libérale réfutant l'existence de tout intérêt intermédiaire entre l'intérêt général et les intérêts individuels, cette loi interdisait la constitution de tout groupement de défense d'intérêts communs, et celle de syndicats en particulier<sup>782</sup>. La prohibition ainsi posée a freiné la reconnaissance des syndicats, et plus largement des groupements constitués en vue de défendre un intérêt professionnel, au cours du XIX<sup>e</sup> siècle.

<sup>780</sup> *Ibid.*

<sup>781</sup> *Ibid.*, n° 80, p. 81.

<sup>782</sup> E. Jeuland, *Droit processuel*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2018, n° 319, p. 437.



À la suite de la loi *Ollivier* du 25 mai 1864 abolissant le délit de coalition, la loi *Waldeck-Rousseau* du 21 mars 1884, relative à la création des syndicats professionnels, mit un terme à cette interdiction de constituer de tels groupements. L'article 6 de la loi reconnaissait expressément le droit d'ester en justice des syndicats. Dans un système qui ne connaissait que l'action intentée en défense d'un intérêt personnel ou l'action du ministère public dans l'intérêt général, les modalités d'intervention judiciaire des syndicats pouvaient poser question. Toutefois, par un arrêt du 5 avril 1913, les chambres réunies de la Cour de cassation ont reconnu le droit des syndicats « *de se porter partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent* »<sup>783</sup>. Cette formulation a ensuite été consacrée par la loi du 12 mars 1920, aujourd'hui inscrite à l'article L. 2132-3 du code du travail.

Le caractère personnel du préjudice est ainsi apprécié au regard des intérêts de la profession qu'incarne le syndicat. Il ne s'agit pas, pour le syndicat, de défendre ici son intérêt personnel comme sujet de droit, ce qu'il pouvait faire sans l'ombre d'un doute depuis la loi de 1884, mais de défendre la profession dont il a la charge. Cette habilitation à agir est l'hypothèse par excellence prévue à l'article 31 *in fine* du code de procédure civile selon laquelle la loi attribue le droit d'agir à une personne pour défendre un intérêt déterminé. Le syndicat n'a pas à démontrer un intérêt personnel à agir mais doit prouver en quoi, d'une part, la profession est concernée par l'action envisagée et, d'autre part, dans quelle mesure cette action permet la défense d'un intérêt collectif<sup>784</sup>. Il est parfois dit que l'intérêt collectif de la profession doit être défendu dès lors que se produit « *un trouble susceptible d'être ressenti par chacun des membres du syndicat et de nuire à la profession tout entière* »<sup>785</sup>. Plus abstraitement, les intérêts de la profession seraient encore « *ceux de la collectivité que le syndicat a vocation à représenter* »<sup>786</sup>. D'aucuns voient même dans la profession une « *entité juridique* »<sup>787</sup> qui semble rapprocher la profession d'une personne morale. L'idée se comprend mais il faut rappeler que l'habilitation à agir permet précisément d'assurer la défense d'intérêts qui ne sont pas personnifiés. Si la

<sup>783</sup> Cass. ch. réunies, 5 avril 1913 ; *D.* 1914, 1, p. 65, rapp. Falcimaigne ; *ibid.*, note L. S. ; *ibid.*, p. 71, concl. Sarrut ; *S.* 1920, 1, p. 49, note A. Mestre.

<sup>784</sup> C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *op. cit.*, n° 209, p. 187.

<sup>785</sup> J. Héron, H. Le Bars et K. Salhi, *op. cit.*, n° 78, p. 79, les auteurs précisent ne pas avoir retrouvé la source écrite de cette définition habituelle de l'intérêt collectif : « *attribuée au traité de Droit du travail de MM. Brun et Galland, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1978, t. II, n° 808 ; mais, malgré une lecture attentive du texte, il nous a été impossible d'y trouver cette définition* ».

<sup>786</sup> L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 11<sup>e</sup> éd., 2020, n° 363, p. 324.

<sup>787</sup> C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *op. cit.*, n° 208, p. 186.

profession était une personne morale, le syndicat aurait alors une véritable fonction de représentation au sens de l'article 117 du code de procédure civile.

**207. Contribution à la défense de l'ordre public.** À l'instar de l'intérêt général qui ne se conçoit pas comme la somme d'intérêts particuliers, l'intérêt collectif n'est pas davantage la somme des intérêts des membres de la profession. De cette proximité découle un débat sur l'empiètement de l'action des syndicats sur celle du ministère public. La chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi fait preuve, dans un premier temps, d'une certaine réticence à admettre la recevabilité de l'action d'un syndicat lorsque le fait incriminé constituait une infraction pénale, notamment à la législation économique, dont la répression rentrait dans les attributions du ministère public<sup>788</sup>. La chambre criminelle appliquait alors la théorie dite des « *infractions à une législation d'intérêt général* » qui réserve la poursuite de ces infractions au seul ministère public<sup>789</sup>. En raison des difficultés à cerner ces infractions à la législation d'intérêt général, la chambre criminelle semble abandonner cette référence aux infractions à une législation d'intérêt général en jugeant que si un délit « *porte atteinte à l'intérêt général, il peut également causer à des particuliers un préjudice personnel de nature à servir de fondement à une action civile devant la juridiction répressive* »<sup>790</sup>. En revanche, la Cour de cassation a toujours admis facilement l'action des syndicats devant les juridictions civiles lorsqu'aucune action pénale n'était mise en œuvre, ce qui leur a assuré une large possibilité d'intervention dans ce domaine<sup>791</sup>.

**208. Rapport entre les syndicats et le ministère public.** Partant de la défense des intérêts collectifs d'une profession, les syndicats se sont donc aussi vus confier un rôle à jouer dans la défense de l'ordre public. Dans la mesure où l'action des syndicats reste conditionnée à la démonstration d'une atteinte à l'intérêt collectif de la profession qu'ils défendent, il est certain que cela n'implique pas que les syndicats puissent agir dans l'intérêt général de la même manière que le fait le ministère public. Les syndicats ne peuvent pas agir contre n'importe quel trouble à l'ordre public. Toutefois, lorsqu'ils peuvent agir, il faut convenir que l'intérêt collectif et l'intérêt général ont tendance à se recouper. En favorisant l'action dans l'intérêt collectif de la profession, la Cour de cassation a ainsi conféré aux syndicats un statut proche de celui d'un

<sup>788</sup> V. p. ex. à propos des ordonnances du 30 juin 1945 relatives respectivement *aux prix* et *à la constatation, la poursuite et la répression des infractions à la législation économique*, Cass. crim., 19 nov. 1959 ; *JCP* 1960, II, 11448, note P. Chambon ; *D.* 1960, jur., p. 463, note G. Durry ; *RTD com.* 1960, p. 377, obs. J. Hémar.

<sup>789</sup> F. Desportes et L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, 4<sup>e</sup> éd., 2015, n° 1375, p. 944.

<sup>790</sup> Cass. crim., 12 juill. 1994, n° 93-84.668, *Bull. crim.*, n° 275, p. 683.

<sup>791</sup> V. p. ex., à propos de l'inexécution d'une convention ou d'un accord collectif de travail, Cass. soc., 3 mai 2007, n° 05-12.340, *Bull. civ.* V, n° 68 ; *Rev. trav.* 2007, p. 536, note G. Borenfreund ; *Dr. soc.* 2008, p. 571, note O. Levannier-Gouël.

auxiliaire du ministère public<sup>792</sup>. Leur habilitation est légitimée par la connaissance qu'ils ont du champ que constitue leur profession. De ce fait, ils sont plus à même de connaître les atteintes à l'ordre public qui peuvent s'y produire, ce qui justifie de leur confier des « *prérogatives analogues à celles du ministère public, afin de remplir une mission de surveillance, de contrôle, de défense de tout un secteur économique ou professionnel.* »<sup>793</sup>

L'habilitation à agir des syndicats peut donc conduire ces derniers à agir en défense d'un intérêt qui tend à se confondre avec l'intérêt général. L'habilitation des associations confirme ce phénomène.

## B. L'habilitation des associations

**209. Habilitation des associations.** Alors que le droit d'agir des syndicats est acquis depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle, pourvu qu'ils agissent dans l'intérêt collectif de leur profession, celui des associations a été âprement discuté. Certes, la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 avait reconnu aux associations le droit d'agir en justice mais il ne pouvait s'agir que du droit de défendre ses propres intérêts. En effet, la Cour de cassation a jugé qu'« *une association ne saurait exercer une action en justice pour la défense d'un intérêt collectif qu'à la condition qu'une habilitation légale l'y autorise spécialement* »<sup>794</sup>. Le législateur a ainsi accordé ponctuellement de telles habilitations à défendre certains intérêts collectifs. Elles sont aujourd'hui nombreuses et éparses, contrairement à la règle qui habilite tout syndicat à agir en défense de l'intérêt collectif de la profession qu'il incarne.

S'agissant de l'action civile, une liste d'habilitation est dressée aux articles 2-1 à 2-24 du code de procédure pénale mais d'autres se trouvent, par exemple, dans le code du travail<sup>795</sup> ou le code de l'environnement<sup>796</sup>. Si la Cour de cassation a laissé entendre un temps que les associations pouvaient exercer l'action civile en l'absence d'habilitation légale lorsque

<sup>792</sup> F. Petit, « Actualité de l'action syndicale en matière prud'homale », *JCP S* 2016, 1291, n° 5 ; C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *op. cit.*, n° 207, p. 184.

<sup>793</sup> C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *op. cit.*, n° 208, p. 186.

<sup>794</sup> Cass. ch. réun., 15 juin 1923 ; *D.* 1924, 1, p. 153, note L. Rolland ; *ibid.*, p. 155, concl. Merillon ; *S.* 1924, 1, p. 49, note E. Chavegrin.

<sup>795</sup> P. ex., C. trav., art. L. 5212-16, L. 5213-21, L. 5214-4.

<sup>796</sup> P. ex., C. envir., art. L. 142-2.

l'infraction entre dans l'objet de la lutte que mène l'association<sup>797</sup>, elle semble aujourd'hui être revenue sur la possibilité même d'habilitations prétoriennes en la matière<sup>798</sup>.

**210. Contestation de l'habilitation des associations.** L'habilitation des associations a toujours été discutée en raison du risque de concurrence illégitime qu'elle ferait subir à l'action du ministère public. En effet, le principe de l'habilitation des syndicats a été plutôt bien reçu dans la mesure où les syndicats jouissent d'une certaine reconnaissance institutionnelle afin d'exprimer les intérêts de la profession. En revanche, les associations sont constituées pour défendre des causes qui, pour être légitimes, ne font pas l'objet de la même reconnaissance institutionnelle qu'une profession. À cet égard, leur action est perçue comme une entrave potentielle à celle du ministère public en raison de la facilité avec laquelle une association peut être constituée<sup>799</sup>. Reconnaître le droit d'action de ces associations revient à consacrer le droit de défendre en justice des causes dont elles se font les porte-paroles. D'aucuns voient alors dans l'habilitation des associations à exercer l'action civile la trace « *d'un véritable démembrement de la notion d'intérêt général, sous couvert d'un intérêt collectif, transformant lesdites associations, ainsi habilitées, en véritables auxiliaires du Parquet, en sentinelles avancées de celui-ci.* »<sup>800</sup>

Cette crainte explique pourquoi les associations ne peuvent mettre en œuvre l'action civile qu'à la condition d'être agréées depuis un certain temps, dont la durée varie selon les domaines<sup>801</sup>. Pour autant, à l'instar des syndicats, les associations tirent aussi une légitimité du temps et de l'énergie qu'elles consacrent à la mise en œuvre de leur objet statutaire, qui remplit lui-même une fonction sociale le plus souvent utile à la société<sup>802</sup>. Surtout, en consacrant leur droit d'agir, le législateur a sûrement entendu s'appuyer sur l'énergie qu'elles sont en mesure

<sup>797</sup> Cass. crim., 9 nov. 2010, n° 09-88.272, Inédit ; *D.* 2010, p. 2641, édito F. Rome ; *ibid.*, p. 2760, obs. G. Roujou de Boubée ; *ibid.* 2011, p. 112, obs. M. Perdriel-Vaissière ; *JCP E* 2010, 1174, note C. Cutajar ; *Gaz. Pal.* 23 déc. 2010, p. 12, note D. Roets ; *RSC* 2011, p. 858, obs. X. Salvat et Cass. crim., 12 sept. 2006, n° 05-86.958, *Bull. crim.*, n° 217, p. 762 ; *LPA* 19 janv. 2007, p. 13, note H. Gaba ; *RDI* 2006, p. 492, obs. G. Roujou de Boubée ; *RSC* 2007, p. 303, note J.-H. Robert.

<sup>798</sup> Cass. crim., 31 janv. 2018, n° 17-80.659, *Bull. crim.*, n° 26 ; *JCP G* 2018, 316, note B. Bouloc ; *Dr. pénal* 2018, comm. 54, A. Maron et M. Haas ; *Procédures* 2018, comm. 125, obs. A.-S. Chavent-Leclère ; *Rev. sociétés* 2018, p. 402, note H. Matsopoulou ; *RSC* 2018, p. 136, obs. R. Parizot ; *RTD com.* 2018, p. 404, obs. D. Hiez.

<sup>799</sup> Sur l'évolution de la jurisprudence de la chambre criminelle en la matière passant du refoulement de l'action civile des associations à son admission, v. S. Guinchard, « Grandeur et décadence de la notion d'intérêt général : la nouvelle recevabilité des actions civiles en cas d'infraction à la législation économique », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, p. 137.

<sup>800</sup> C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *op. cit.*, n° 212, p. 189.

<sup>801</sup> Pour une critique de la diversité des durées, v. L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, préf. G. Viney, LGDJ, 1997, n° 97, p. 80.

<sup>802</sup> L. Boré, *op. cit.*, spéc., n° 132, p. 116 et n° 206, p. 195.

de consacrer à identifier certaines infractions que le parquet n'a pas nécessairement le temps de poursuivre<sup>803</sup>.

En reconnaissant aux syndicats et aux associations le droit de se constituer partie civile ou d'agir devant les juridictions civiles sur le fondement d'un intérêt collectif, le législateur et la Cour de cassation ont ainsi laissé émerger des concurrents à l'action du ministère public. Cette concurrence, discutée, est néanmoins justifiée par l'idée selon laquelle, en pratique, les syndicats et les associations sont plus à même de connaître les atteintes à l'ordre public qui relève de leur domaine d'intervention. Ce même constat amène à se demander si l'habilitation des mandataires de justice à se constituer partie civile, en cas d'infraction prévue par le livre VI du code de commerce, ou de solliciter l'extension de la procédure ne devrait pas également être expliquée par la nature particulière de leur mission qui peut les conduire à agir comme des auxiliaires du ministère public.

## II. L'habilitation à agir des mandataires de justice

**211. Plan.** À l'instar des syndicats ou des associations, les mandataires de justice semblent habilités à agir dans un intérêt voisin de l'intérêt général qui découle d'une mission de police de la vie des affaires. C'est ce qui justifie qu'ils puissent solliciter des sanctions ou l'extension de la procédure sans pour autant agir dans l'intérêt collectif des créanciers ou du débiteur (A). Il reste alors à s'interroger sur les raisons pour lesquelles les mandataires de justice partagent une partie de ces prérogatives avec le créancier nommé contrôleur voire avec le débiteur, dont les interventions semblent pourtant assez peu compatibles avec l'exercice d'une mission de police de la vie des affaires (B).

### A. L'exercice d'une mission de police de la vie des affaires par les mandataires de justice

**212. L'habilitation à agir dans un intérêt abstrait.** À l'image des syndicats et des associations, les mandataires de justice semblent également habilités à agir en vertu d'un intérêt abstrait, qui est plus proche de l'intérêt général que d'un intérêt particulier. À cet égard, il faut préciser que l'intérêt collectif dont les syndicats et les associations ont la charge ne s'apparente pas à l'intérêt collectif des créanciers tel qu'il est appréhendé en droit des procédures

---

<sup>803</sup> S. Guinhard, « Grandeur et décadence de la notion d'intérêt général : la nouvelle recevabilité des actions civiles en cas d'infraction à la législation économique », art. préc., n° 25, p. 152.

collectives. Ce dernier s'approche bien davantage de l'intérêt collectif qui unit, par exemple, les membres d'une ligue de défense. Il se singularise ainsi par le fait qu'il est pensé en contemplation du préjudice subi concrètement par les créanciers du débiteur en difficulté et non au regard d'une catégorie aussi abstraite que la profession. L'intérêt collectif des créanciers ou l'exercice des droits du débiteur ne justifient pas l'habilitation des mandataires de justice à se constituer parties civiles car ces derniers agissent en vertu d'une action attitrée.

Si le caractère attitré de leur action semble suffire à établir leur droit d'agir, leur position d'auxiliaire de justice explique pourquoi, dans le contexte spécifique du droit des procédures collectives, ils peuvent se constituer partie civile. Certes, le code de commerce dispose déjà que tout mandataire de justice qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs<sup>804</sup>. À cet égard, la communication au parquet des faits susceptibles de constituer une infraction pénale pourrait suffire à leur permettre de remplir leur mission d'auxiliaire de justice. Toutefois, si la tendance est au renforcement de la place du ministère public dans le droit des procédures collectives<sup>805</sup>, ce dernier en retrait dans ce contentieux dont la finalité première n'est assurément plus la répression pénale depuis au moins la loi du 13 juillet 1967<sup>806</sup>. En outre, parce qu'il n'est pas conduit à prendre une part active au traitement des difficultés, le ministère public a moins l'occasion de constater les infractions éventuellement commises. À cela s'ajoute la question de la rareté des moyens dont disposent les parquets, ce qui les conduit assurément à laisser les parties civiles exercer l'action pénale et ne s'y intéresser qu'au moment de conduire l'action publique<sup>807</sup>. Le pouvoir propre des mandataires de justice afin de se constituer partie civile semble ainsi se marier parfaitement avec l'idée selon laquelle leur intervention dans la restructuration des entreprises justifierait de faire d'eux des auxiliaires du ministère public, ce qui les amène, le cas échéant, à enclencher les poursuites contre les infractions qu'ils auraient constatées<sup>808</sup>. De plus, contrairement aux syndicats et aux associations, l'affectation du fruit de leur action ne pose pas de difficultés particulières<sup>809</sup>. En effet, la réparation du préjudice

<sup>804</sup> C. com., art. L. 814-12.

<sup>805</sup> C. Delattre, « Le rôle croissant du ministère public », *CDE* 2016, dossier 32, p. 32.

<sup>806</sup> R. Houin, « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », in *Liber amicorum Baron Louis Frédéricq, Faculteit der rechtsgeleerdheid te Gent*, 1965, p. 609 ; A. Brunet, « De la distinction de l'homme et de l'entreprise », in *Études dédiées à R. Roblot*, LGDJ, 1984, p. 471.

<sup>807</sup> À propos des limites, pour des considérations matérielles, de l'action des parquets en matière de banqueroute, v. M.-C. Sordino, *Le délit de banqueroute : contribution à un droit pénal des procédures collectives*, préf. M. Cabrillac, Litec, 1996, n° 603, p. 508.

<sup>808</sup> P. Le Cannu et D. Robine, *Droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2020, n° 1398, p. 828.

<sup>809</sup> MM. Le Cannu et Robine maintiennent néanmoins un lien entre l'intérêt collectif des créanciers et l'action des mandataires judiciaires en soutenant que ces derniers n'ont le droit que de se constituer partie civile mais sans

accordée aux syndicats ou aux associations soulève le problème de l'enrichissement de ces personnes privées agissant en défense d'un intérêt collectif abstrait<sup>810</sup>. La difficulté disparaît s'agissant des mandataires de justice car le fruit de leur action entre dans le patrimoine du débiteur.

Par ailleurs, les sanctions professionnelles « *tendent à exclure certaines personnes physiques du monde des affaires, parce qu'en raison de leur incompétence ou de leur indélicatesse, révélées à l'occasion d'une procédure collective, ces personnes représentent un danger pour le milieu intéressé* »<sup>811</sup>. Au regard de cette finalité de protection du monde des affaires, lorsqu'ils sollicitent des sanctions professionnelles, les mandataires de justice exercent aussi une fonction proche du ministère public. C'est pourquoi la suppression de la qualité à agir de l'administrateur judiciaire peut sembler particulièrement discutable.

De même, l'action en extension est une réponse à un désordre patrimonial qui peut entraver le bon déroulement de la procédure. À l'instar de ce que les syndicats ou certaines associations peuvent faire afin de défendre l'ordre public économique, les mandataires de justice, en exerçant l'action en extension, contribuent à assurer une certaine police de la vie des affaires.

Si le droit de se constituer partie civile est attribué à tous les mandataires de justice en vertu de l'article L. 654-17 du code de commerce, il reste à alors se demander si le liquidateur judiciaire et le commissaire à l'exécution du plan ont le droit de solliciter l'extension de la procédure.

**213. Le droit d'agir du liquidateur judiciaire.** Si le liquidateur judiciaire n'est pas expressément visé à l'article L. 621-2 du code de commerce, l'habilitation à agir dont il dispose en vertu de l'article L. 641-4 devrait suffire à dépasser la difficulté. En effet, l'alinéa premier dispose notamment que le liquidateur judiciaire peut introduire les actions qui relèvent de la compétence du mandataire judiciaire. M. Lucas estime que cette disposition renvoie aux seules actions attitrées du mandataire judiciaire et non à celles exercées par ce dernier dans l'intérêt collectif des créanciers, le liquidateur judiciaire étant également habilité à les exercer mais en vertu du quatrième alinéa du même article qui renvoie expressément à l'article L. 622-20<sup>812</sup>. Ce

---

demander de dommages-intérêts lorsqu'aucun préjudice n'est subi par les créanciers (*ibid.*). L'idée d'un auxiliaire de justice décorrélé des intérêts en présence semble conduire à penser que tous les mandataires de justice doivent pouvoir agir quels que soient les préjudices subis.

<sup>810</sup> S'agissant de l'action du ministre de l'Économie, v. *infra* n° 255.

<sup>811</sup> F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., 2014, n° 1722, p. 793.

<sup>812</sup> F.-X. Lucas, art. préc., p. 439.

renvoi permet de surmonter facilement les difficultés tenant à la distinction entre action attitrée et action dans l'intérêt collectif des créanciers. En revanche, le droit d'agir du commissaire à l'exécution du plan est moins aisé à cerner.

**214. Le droit d'agir du commissaire à l'exécution du plan.** L'article L. 626-25 du code de commerce qui définit les prérogatives du commissaire à l'exécution du plan n'est pas le décalque de l'article L. 641-4. Ainsi, si l'article L. 626-25, alinéa 4 prévoit bien la possibilité d'agir dans l'intérêt collectif des créanciers, l'alinéa 3 de l'article ne donne au commissaire à l'exécution que le droit de poursuivre les actions intentées par l'administrateur judiciaire ou le mandataire judiciaire, sans lui reconnaître le droit d'intenter lui-même une action qui serait, selon la terminologie de l'article L. 641-4, alinéa premier, de la compétence du mandataire judiciaire. Au regard, de la distinction entre action attitrée et action dans l'intérêt collectif des créanciers, le commissaire à l'exécution du plan ne semble donc pas avoir le droit de solliciter l'extension de la procédure hormis les cas dans lesquels, il ne fait que continuer de conduire une action intentée par l'administrateur judiciaire ou le mandataire judiciaire.

Avant la loi du 26 juillet 2005, la jurisprudence était incertaine s'agissant du droit d'agir du commissaire à l'exécution du plan. Un arrêt de la Cour d'appel de Paris<sup>813</sup> avait déjà rejeté l'action introduite par un commissaire en jugeant que, les attributions du commissaire à l'exécution du plan étant déterminées par l'ancien article 67 de la loi du 25 janvier 1985, en l'absence d'une qualité expressément reconnue au commissaire afin de solliciter l'extension, il ne devait pas avoir la possibilité d'agir. M. Derrida avait regretté la solution dans la mesure où l'extension pouvait permettre d'accroître les moyens de sauver l'entreprise<sup>814</sup>. Un arrêt de la Cour d'appel de Rouen<sup>815</sup> avait jugé au contraire que l'action du commissaire était recevable, ce dernier trouvant dans l'article 67 de la loi du 25 janvier 1985 la qualité pour engager au nom des créanciers les actions dans leur intérêt collectif parmi lesquelles l'action en extension trouve sa place. La Cour de cassation a tranché la question en jugeant qu'une procédure de redressement judiciaire ne pouvait être étendue à une autre personne, sur le fondement de la confusion des patrimoines, après l'arrêt, dans cette procédure, d'un plan de redressement soit

<sup>813</sup> CA Paris, 3<sup>e</sup> ch. B, 5 nov. 1993 ; *D.* 1994, somm., p. 41, obs. F. Derrida.

<sup>814</sup> F. Derrida, obs. sous Paris, 3<sup>e</sup> ch. B, 5 nov. 1993, *D.* 1994, somm., p. 41.

<sup>815</sup> CA Rouen, 2<sup>e</sup> ch. civ., 25 janv. 1996 ; *RJDA* 1996, n<sup>o</sup> 699.



par voie de cession, soit par voie de continuation<sup>816</sup>, solution qu'elle a réitérée après l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde<sup>817</sup>.

Autrement dit, il importe peu que le commissaire à l'exécution du plan agisse en vertu d'une action attitrée ou dans l'intérêt collectif des créanciers. En effet, le critère retenu par la Cour de cassation, empêchant le commissaire à l'exécution du plan d'introduire l'action, est d'ordre chronologique. Partant, il ne peut agir qu'en continuation d'une action en extension intentée initialement par l'administrateur judiciaire ou le mandataire judiciaire. D'aucuns approuvent la solution de la Cour de cassation en raison de l'autorité de la chose jugée attachée à la décision adoptant un plan de continuation ou une cession de l'entreprise<sup>818</sup>. Se référer à l'autorité de la chose jugée pour justifier cette solution semble justifié lorsqu'un plan de continuation a été arrêté car étendre la procédure à un autre patrimoine conduirait à remettre en cause l'exécution de ce plan. En revanche, la solution semble moins convaincante en présence d'un plan de cession. En effet, lorsqu'une cession de l'entreprise est décidée, la procédure se poursuit. Dans la mesure du possible, un plan de continuation peut encore être adopté et, à défaut, le reste du patrimoine est liquidé. Il semble qu'avant l'adoption d'un plan de continuation, qui peut du reste se limiter à un apurement du passif, ou avant la clôture des opérations de liquidation, il devrait être encore possible de procéder à une extension<sup>819</sup>. L'autorité de chose jugée jouerait bien dans la mesure où il est certain que l'extension ne remettrait pas en cause la décision ordonnant la cession de l'entreprise. En revanche, on ne voit pas en quoi elle empêcherait l'extension de la procédure, à laquelle le débiteur en difficulté reste soumis, à un autre débiteur. En effet, comme cela a été remarqué, une telle extension « *n'affecte pas la cession elle-même mais risque seulement de modifier les modalités de répartition du prix, ce qui ne constitue pas une objection suffisante à son prononcé* »<sup>820</sup>. Certes,

<sup>816</sup> Cass. com., 28 nov. 2000, n° 97-12.265, Inédit ; *RJDA* 2001, n° 339.

<sup>817</sup> Cass. com. 5 avr. 2016, n° 14-19.869, *Bull. civ. IV*, n° 59 ; *JCP E* 2016, 1465, n° 1, obs. P. Pétel ; *Gaz. Pal.* 28 juin 2016, n° 269p8, p. 45, obs. F. Reille ; *Act. proc. coll.* 2016, repère 114, obs. D. Robine ; *LEDEN* juin 2016, p. 3, obs. E. Mouial-Bassilana ; *Dr. sociétés* 2016, comm. 169, note J.-P. Legros ; *BJS* 2016, n° 115d5, p. 417, note F. Mélin ; *BJE* 2016, n° 113u7, p. 310, note A. Bézert ; *Rev. proc. coll.* 2016, comm. 136, obs. B. Saintourens et Cass. com. 29 sept. 2017, n° 16-16.670, *Bull. civ. IV*, n° 129 ; *D.* 2017, p. 1909, obs. A. Lienhard ; *Rev. sociétés* 2017, p. 735, obs. L.-C. Henry. La Cour de cassation a confirmé la solution en cas d'adoption d'une cession partielle, dans le cadre d'un redressement judiciaire, accompagnée d'une conversion en liquidation judiciaire (Cass. com., 5 déc. 2018, n° 17-25.664 ; *D.* 2018, p. 2358, obs. A. Lienhard ; *ibid.* 2019, p. 1903, obs. F.-X. Lucas ; *JCP G* 2018, 1342, obs. A. Cerati-Gauthier ; *JCP E* 2019, 1120, obs. G. Berthelot ; *Gaz. Pal.* 16 avril 2019, n° 350w6, p. 60, obs. F. Reille ; *LEDEN* janv. 2019, n° 112d7, p. 3, obs. P. Rubellin ; *Dr. sociétés* 2019, comm. 54, note J.-P. Legros ; *BJS* févr. 2019, n° 119k8, p. 40, obs. L. Fin-Langer ; *Rev. proc. coll.* 2019, comm. 1, note P. Cagnoli ; *ibid.*, comm. 28, note B. Saintourens.

<sup>818</sup> F. Reille, obs. préc. ; P. Pétel, obs. préc. ; J.-P. Legros, obs. préc., dans leurs annotations respectives de l'arrêt du 5 avril 2016 préc.

<sup>819</sup> Comp. : B. Saintourens, note sous Cass. com., 5 avr. 2016, n° 14-19.869, *Rev. proc. coll.* 2016, comm. 136 qui semblait soutenir cette solution dans les seuls cas de cession partielle.

<sup>820</sup> F.-X. Lucas, obs. sous Cass. com., 5 déc. 2018, n° 17-25.664, *D.* 2019, p. 1903.

afin de choisir la meilleure solution, qu'il s'agisse d'une continuation ou d'une cession, il est préférable que l'extension soit actée avant la cession de l'entreprise. Toutefois, si tel n'est pas le cas, il semble que l'anormalité de la situation justifie toujours que l'extension soit ordonnée si les conditions sont réunies<sup>821</sup>. Le droit positif devrait être ainsi aménagé sur deux aspects. D'une part, il semble que la jurisprudence de la Cour de cassation devrait être corrigée s'agissant du droit d'agir en extension après l'adoption d'un plan de cession. D'autre part, et c'est la conséquence logique, le commissaire à l'exécution du plan devrait disposer d'une action attitrée afin d'exercer l'action.

Les mandataires de justice et le ministère public ne sont pas les seules personnes habilitées à solliciter l'extension de la procédure ou à demander des sanctions, ce qui amène à se demander ce qui justifie que le créancier contrôleur ou le débiteur puissent aussi exercer ces actions.

#### B. L'exercice concurrent de l'action en extension et des sanctions par le créancier nommé contrôleur et le débiteur

**215. Plan.** Si les mandataires de justice peuvent solliciter des sanctions ou l'extension de la procédure en vertu d'une action attitrée qui révèle leur contribution à l'exercice d'une certaine police de la vie des affaires, il faut se demander ce qui justifie que le créancier nommé contrôleur puisse aussi exercer l'action en extension ou l'action civile en cas de carence du mandataire judiciaire (1). De même, il faut se prononcer sur l'habilitation, par l'ordonnance du 12 mars 2014, du débiteur à solliciter l'extension de la procédure (2).

##### 1. L'action en carence du créancier nommé contrôleur

**216. L'action des créanciers nommés contrôleurs.** La distinction entre action attitrée et action dans l'intérêt collectif des créanciers a été soulignée par M. Lucas en vue d'apporter un regard critique sur un avis, en date du 3 juin 2013, dans lequel la Cour de cassation a estimé que le créancier nommé contrôleur avait le droit de solliciter l'extension de la procédure en cas de carence du mandataire judiciaire<sup>822</sup>. L'avis a été pourtant globalement bien accueilli en

<sup>821</sup> En particulier, lorsqu'à la suite de la cession partielle de l'entreprise, la procédure a été convertie en liquidation judiciaire.

<sup>822</sup> Cass., avis, 3 juin 2013, n° 13-70.003 ; *BICC* n° 788, 1<sup>er</sup> oct. 2013, p. 9, rapp. A.-S. Texier ; *Rev. proc. coll.* 2013, étude 18, concl. R. Bonhomme ; *D.* 2013, p. 2366, obs. F.-X. Lucas ; *Gaz. Pal.* 29 sept.-1<sup>er</sup> oct. 2013, p. 7,

doctrine. Dans ses conclusions, M<sup>me</sup> Bonhomme semble encourager « l'adoption d'une conception large de la défense de l'intérêt collectif des créanciers qui ne se limite pas à leur désintéressement, qui va donc au-delà des actions en justice pour le recouvrement d'actifs et qui peut passer par les comportements utiles au maintien de l'activité de l'entreprise »<sup>823</sup>. D'aucuns ont par ailleurs souligné que la solution s'imposait dans la mesure où la loi ne distinguait pas les actions attitrées et les actions dans l'intérêt collectif des créanciers<sup>824</sup>. Tout l'objet de la distinction opérée par M. Lucas tend à répondre à cet argument en soutenant que, au contraire, la loi distingue bien les actions du mandataire judiciaire intentées dans l'intérêt collectif des créanciers de celles des actions attitrées pour lesquelles il est spécialement habilité à agir et qui dépassent la seule défense de cet intérêt collectif<sup>825</sup>. Par conséquent, les créanciers nommés contrôleurs ne devraient pas avoir le droit d'agir en carence lorsque le mandataire judiciaire agit en vertu d'une action attitrée, sauf à ce que le créancier contrôleur dispose lui-même d'une action qui lui est expressément attitrée. Au soutien de cette position, l'auteur rappelle que si les créanciers contrôleurs peuvent exercer les actions du Titre V portant sur les responsabilités et les sanctions, c'est grâce au fait que ces actions leur sont expressément attitrées et entourées de garanties supplémentaires<sup>826</sup>. Un argument de cohérence conduit ainsi à soutenir que le législateur aurait dû prendre des précautions similaires s'il avait véritablement entendu ouvrir l'action en extension au créancier contrôleur. En effet, l'action en extension n'est pas moins dangereuse que l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif<sup>827</sup>. La position de la chambre commerciale semble donc résulter d'une lecture discutable des textes.

Du reste, si le créancier nommé contrôler peut exercer cette action en cas de carence du mandataire, il aurait été logique que sa recevabilité soit conditionnée à la vérification de l'utilité de l'action au regard de l'intérêt collectif des créanciers, en montrant dans quelle mesure elle contribue à augmenter le gage commun des créanciers du débiteur déjà soumis à la procédure collective<sup>828</sup>. En effet, il semble difficilement envisageable de confier au créancier contrôleur une mission de police de la vie des affaires, ce qui justifie alors de conditionner, en toute hypothèse, son action en extension à la défense de l'intérêt collectif des créanciers. De même, si les textes attribuent expressément la qualité à la majorité des créanciers contrôleurs pour

---

note F. Reille ; *Act. proc. coll.* 2013, n° 167, obs. P. Cagnoli ; *Rev. sociétés* 2013, p. 520, obs. L.-C. Henry ; *Dr. sociétés* 2013, n° 166, note J.-P. Legros ; *RD bancaire et fin.* 2013, n° 168, obs. C. Houin-Bressand ; *BJS* 2013, p. 578, note I. Parachkevova ; *Rev. proc. coll.* 2013, comm. 117, obs. B. Saintourens.

<sup>823</sup> R. Bonhomme, concl. sous Cass., avis, 3 juin 2013, n° 13-70.003, *Rev. proc. coll.* 2013, étude 18, n° 40.

<sup>824</sup> F. Pérochon, *op cit.*, n° 511, p. 236.

<sup>825</sup> F.-X. Lucas, art. préc., p. 436.

<sup>826</sup> *Ibid.*, p. 443.

<sup>827</sup> *Ibid.*

<sup>828</sup> P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., 2020, n° 213.323, p. 478.

intenter une action civile, la recevabilité de cette action doit dépendre de la démonstration d'un préjudice potentiellement subi par la collectivité des créanciers. En revanche, comme cela a été souligné précédemment, s'agissant des sanctions professionnelles, la règle selon laquelle la majorité des créanciers nommés contrôleurs peut agir en carence, sur le fondement de l'intérêt collectif des créanciers, semble illogique. S'il fallait admettre que les créanciers contrôleurs puissent contribuer à l'exercice de la police de la vie des affaires, la référence à l'intérêt collectif des créanciers, à l'article L. 653-7 du code de commerce, devrait être supprimée.

## 2. Le droit reconnu au débiteur de solliciter l'extension de la procédure

**217. Le droit d'agir du débiteur.** La finalité de police de la vie des affaires assurée par l'action en extension semble difficilement compatible avec le droit d'agir reconnu au débiteur qui est pourtant responsable de la confusion. Dans le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 12 mars 2014, il est précisé que « *L'appréhension de la réalité économique de l'entreprise est une première nécessité. C'est pour y répondre que l'ordonnance reconnaît au débiteur la qualité pour demander l'extension d'une procédure ouverte à son égard à une autre personne juridique et reprend une jurisprudence de la Cour de cassation affirmant la compétence d'une seule juridiction (art. 16). Le principe selon lequel nul ne peut invoquer sa propre fraude s'appliquera à ces demandes.* » Comme cela a été souligné, il est peu probable que cette disposition favorise réellement la restauration de la réalité économique dans les petites structures où le dirigeant censé solliciter la mesure aura souvent également la qualité d'associé envers qui la procédure devrait être étendue<sup>829</sup>. L'intention louable risque alors de se limiter au mieux à un vœu pieux.

La qualité à agir reconnue au débiteur n'est cependant pas le seul apport de cet aspect de l'ordonnance qui intéresse également les groupes de sociétés. Il n'est pas anodin en effet que le paragraphe portant sur la réalité économique de l'entreprise, dans le rapport au Président de la République, contienne à la fois la justification de la reconnaissance du droit du débiteur de solliciter l'extension de la procédure mais également les (maigres<sup>830</sup>) mesures portant sur

<sup>829</sup> F. Reille, « L'attraction du patrimoine de l'associé par la confusion des patrimoines », art. préc., p. 130. M<sup>me</sup> Reille relève même un effet inverse à craindre à savoir la sollicitation par le dirigeant de l'extension à son endroit afin de se voir appliquer les règles protectrices de la caution. Si le Rapport au Président de la République réserve le cas de la fraude, il ne sera guère aisé de refuser l'extension si les critères objectifs de confusion des patrimoines sont réunis.

<sup>830</sup> F.-X. Lucas, « L'ordonnance du 12 mars 2014 et le droit des sociétés », *BJS* juin 2014, n° 112b3, p. 403. V. ég. P. Roussel Galle, « Les groupes de sociétés enfin appréhendés par le droit des entreprises en difficulté en France et en Europe ! », *Dr. sociétés* 2015, alerte 17.

l'organisation judiciaire des procédures intéressant des groupes de sociétés par un système de coordination des procédures. La loi du 6 août 2015 a remanié le dispositif en y substituant un principe d'unité de compétence au profit d'un tribunal de référence<sup>831</sup>. Toutes les difficultés ne sont pas réglées et, surtout, après cette rationalisation procédurale, la règle « *du chacun pour soi demeure* »<sup>832</sup>.

Autrement dit, chaque société du groupe voit sa situation appréciée individuellement<sup>833</sup>. Si le droit des sociétés offre certaines solutions avec la technique de la fusion qui peut être envisagée dans le plan, l'élaboration de règles spécifiques à la restructuration des groupes semble toujours nécessaire<sup>834</sup>, à l'instar de règles rationalisant le sort du conjoint dans la procédure qui pose toujours des difficultés<sup>835</sup>. En l'absence de telles règles, l'action en extension reste un outil utile au regard des effets que produit cette action. Rappelons, en effet, que l'extension de la procédure n'emporte pas la disparition des personnalités morales, trait particulièrement original de l'action<sup>836</sup>. La procédure fait, en outre, l'objet d'un plan unique<sup>837</sup>, c'est-à-dire que le tribunal « *prend une décision globale pour [le] patrimoine reconstitué* »<sup>838</sup> à la suite de l'extension. Rappelons également que le jugement prononçant l'extension de la procédure ne rétroagit pas pour autant au jour du jugement initial d'ouverture de la procédure,

<sup>831</sup> C. com., art. L. 662-8.

<sup>832</sup> J. Vallansan, « Le groupe de sociétés en droit des entreprises en difficulté », *Dr. sociétés* 2017, dossier 14, p. 60. V. par ailleurs, l'ordonnance n° 2017-1519 du 2 novembre 2017 portant adaptation du droit français au règlement (UE) n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures collectives. Pour une présentation de l'ordonnance, v. R. Dammann et M. Guernonprez, « Le nouvel équilibre entre procédure principale et secondaire : adaptation du code de commerce au règlement UE 2015/848 du 20 mai 2015 », *D.* 2017, p. 2435 ; P. Roussel Galle et A. Tabeling, « Adaptation du droit français des entreprises en difficulté au règlement insolvabilité du 20 mai 2015 », *JCP G* 2017, 1217, p. 9.

<sup>833</sup> Toutefois, la Cour de cassation a précisé que « *si le principe de l'autonomie de la personne morale impose d'apprécier séparément les conditions d'ouverture d'une procédure collective à l'égard de chacune des sociétés d'un groupe, rien n'interdit au tribunal, lors de l'examen de la solution proposée pour chacune d'elles, de tenir compte, par une approche globale, de la cohérence du projet au regard des solutions envisagées pour les autres sociétés du groupe* », Cass. com., 19 déc. 2018, n° 17-27.947 ; *D.* 2019, p. 1903, obs. F.-X. Lucas ; *JCP E* 2019, 1131, note A. Cerati-Gauthier ; *Gaz. Pal.* 29 janv. 2019, n° 340v9, p. 23, note S. Farhi ; *Rev. sociétés* 2019, p. 222, obs. L.-C. Henry ; *Dr. sociétés* 2019, comm. 55, note J.-P. Legros ; *RTD com.* 2019, p. 492, obs. H. Poujade ; *BJS* févr. 2019, n° 119n0, p. 38, note E. Mouial-Basilana ; *BJE* mars 2019, n° 116s7, p. 23, avis L.-C. Henry ; *ibid.*, n° 116u8, p. 27, note B. Saintourens ; *Rev. proc. coll.* 2019, comm. 71, note M.-H. Monsérié-Bon ; *ibid.*, comm. 92, note M.-P. Dumont.

<sup>834</sup> G. Couturier, *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, préf. J.-P. Haehl, LGDJ, 2013, n° 787, p. 455.

<sup>835</sup> P. Rubellin, « Retour sur le statut du conjoint du débiteur commun en biens », *BJE* janv. 2014, n° 110t9, p. 62 ; C. Saint-Alary-Houin, « Ne tirez plus sur le conjoint ! Pour une abrogation de l'article L. 624-8 du Code de commerce... voire plus ! », *BJE* sept. 2012, p. 269.

<sup>836</sup> C. Saint-Alary-Houin, « L'action en extension d'une procédure collective dans les groupes de sociétés, une action à parfaire ! », in *Liber amicorum : mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, n° 5, p. 639.

<sup>837</sup> P. Pétel, « La vie après la confusion des patrimoines », in *Liber amicorum : mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, n° 4, p. 579.

<sup>838</sup> C. Saint-Alary-Houin, « Les effets de la confusion des patrimoines et de la fictivité des sociétés en redressement judiciaire. Unité ou dualisme ? », *Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, n° 14, p. 460.

la Cour de cassation faisant ainsi preuve d'un pragmatisme nécessaire s'agissant des effets de l'unité procédurale<sup>839</sup>.

**218. Le groupe de sociétés en difficulté.** Il est parfois soutenu que l'extension de la procédure ne peut parfaitement servir d'outil de restructuration du groupe, d'aucuns affirmant que si l'extension demeure possible en sauvegarde c'est qu'elle n'est plus « *a priori, une sanction, mais une arme à la disposition du groupe pour mettre en place un sauvetage globalement coordonné* »<sup>840</sup>. Pareillement, un auteur y voit un outil efficace pour rétablir la réalité économique en présence de plusieurs sociétés artificiellement distinguées<sup>841</sup>. Certains voient même dans la modification de l'article L. 621-2 une « *neutralisation* » de l'action en extension<sup>842</sup> qui s'acclimate avec l'idée d'en faire un outil de gestion de la restructuration. Dans la même veine, un auteur propose une relecture complète des utilités de l'action en extension dès lors qu'elle reste possible en sauvegarde<sup>843</sup>. Au lieu d'en condamner l'existence, il suggère de maintenir la notion de confusion des patrimoines telle qu'elle existe en droit positif mais de lui reconnaître deux fonctions distinctes : une application coercitive classique lorsqu'elle sanctionne la création d'une situation anormale au préjudice des créanciers et une utilisation nouvelle comme un outil au service des restructurations volontaires de groupes de sociétés, à la faveur de la procédure de sauvegarde. L'auteur en tire les conséquences et suggère dans cette dernière circonstance de justifier l'extension par la notion d'unité de l'entreprise décriée dans le passé<sup>844</sup>.

Les effets de l'extension de la procédure pour confusion des patrimoines ont fait l'objet d'une étude approfondie par M. Bézert qui reprend l'ensemble de ces questions<sup>845</sup>. Après avoir

<sup>839</sup> F.-X. Lucas note sous Cass. com., 28 sept. 2004, n° 02-12.552, *BJS* janv. 2005, p. 34.

<sup>840</sup> Y. Chaput, « Une nouvelle architecture du droit français des procédures dites collectives », *JCP G* 2005, doct. 184, n° 31, p. 2097.

<sup>841</sup> J.-M. Deleneuve, « Critères de la confusion des patrimoines entre sociétés commerciales et personnes physiques », *Rev. proc. coll.* 2002, p. 157.

<sup>842</sup> T. Favario, note sous Cass. com., 11 févr. 2014, n° 13-12.270, *BJE* mai 2014, n° 111d9, p. 147.

<sup>843</sup> N. Morelli, « Propos iconoclastes sur la confusion des patrimoines », *Rev. sociétés* 2015, p. 433.

<sup>844</sup> F. Derrida, « L'unité d'entreprise est-elle une cause autonome d'extension de la procédure de redressement judiciaire ? Étude de jurisprudence », in *Les activités et les biens de l'entreprise : mélanges offerts à Jean Derruppé*, GLN-Joly éd. Litec, 1991, n° 6, p. 31.

<sup>845</sup> A. Bézert, *Les effets de l'extension de la procédure collective pour confusion des patrimoines*, préf. P. Pétel, LGDJ, 2021. L'auteur commence son étude en soulignant la complémentarité harmonieuse des effets de l'extension. Le maintien de la personnalité juridique des débiteurs aux patrimoines confondus constitue un gage de sécurité juridique dans la mise en œuvre de l'extension (*ibid.*, n°s 38 et s., pp. 29 et s.) et la réunion de ces débiteurs au sein d'une procédure unique assure l'efficacité du mécanisme (*ibid.*, n°s 173 et s., pp. 115 et s.) À la suite de ce constat, M. Bézert insiste cependant sur la nécessité de clarifier l'exercice concurrent des prérogatives par les différents débiteurs (*ibid.*, n°s 359 et s., pp. 217 et s.) ainsi que sur le besoin d'adapter les règles régissant les comités de créanciers et l'adoption du plan en présence d'une pluralité de débiteurs (*ibid.*, n°s 425 et s., pp. 251 et s.)

montré le renouvellement des finalités de l'action en extension<sup>846</sup>, l'auteur propose de consacrer la distinction entre l'extension forcée et l'extension voulue. La première conserverait la vocation correctrice de l'action en répondant au critère du mélange inextricable d'éléments patrimoniaux et sa mise en œuvre resterait le fait des mandataires de justice ou du ministère public<sup>847</sup>. L'extension volontaire permettrait, pour sa part, d'assurer au débiteur la possibilité d'obtenir un traitement unitaire des couples et des sociétés groupées<sup>848</sup>.

La proposition de distinction des deux cas d'extension formulée par M. Bézert permettrait ainsi de consacrer la différence de finalité selon que l'extension sert de correctif à une situation patrimoniale anormale ou d'outil de restructuration du groupe. Pour ce dernier cas, le droit du débiteur de demander l'extension de la procédure semble parfaitement légitime pourvu que des garde-fous soient posés<sup>849</sup>. Au regard de la distinction établie entre l'extension volontaire ou forcée, l'extension mise en œuvre par le débiteur n'entrerait donc pas en concurrence avec la mission de police de la vie des affaires exercée par les mandataires de justice.

En définitive, outre le ministère public, seuls les mandataires de justice devraient être habilités à demander des sanctions ou l'extension forcée de la procédure si l'on considère que ces derniers exercent effectivement une mission d'auxiliaire du ministère public. L'hypothèse de l'existence d'une mission de police de la vie des affaires doit être confirmée en vérifiant si elle s'applique aux autres actions spécifiques aux procédures collectives, au-delà de l'action civile ou de l'action en extension.

§ 2 : La généralisation de la mission de police de la vie des affaires aux actions spécifiques aux procédures collectives

**219. Plan du paragraphe.** Après avoir montré en quoi la distinction entre les actions spécifiques aux procédures collectives et les actions dans l'intérêt collectif des créanciers devait conduire à nier le droit pour le créancier contrôleur de demander l'extension de la procédure, M. Lucas estime que les autres actions attitrées des mandataires de justice devraient également être analysées comme des actions exclusivement réservées aux mandataires de justice désignés

<sup>846</sup> A. Bézert, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 523 et s., pp. 301 et s.

<sup>847</sup> *Ibid.*, n<sup>os</sup> 606 et s., pp. 342 et s.

<sup>848</sup> *Ibid.*, n<sup>os</sup> 646 et s., pp. 359 et s. En ce sens ég., P. Roussel Galle, « Entreprise et groupe de sociétés », in (dir.) F. Macorig-Venier, *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, n<sup>o</sup> 7, p. 67.

<sup>849</sup> A. Bézert, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 706 et s., pp. 384 et s.

par la loi<sup>850</sup>. Afin d'entériner cette analyse, et celle que nous proposons en termes de contribution à la police de la vie des affaires, il semble nécessaire de vérifier si les autres actions des mandataires de justice spécifiques aux procédures collectives entrent dans la définition de la mission de police de la vie des affaires. Certaines actions s'inscrivent dans la même logique que celle à l'œuvre dans l'action en extension ou pour les sanctions (I). D'autres actions participent également à la police de la vie des affaires mais dans une perspective un peu différente qui tient à l'application d'une forme de discipline entre les créanciers (II).

### I. Les autres actions contribuant à une police de la vie des affaires

#### **220. L'opportunité d'exercer l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif.**

L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, régie à l'article L. 651-2 du code de commerce, prévoit que le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. La particularité de cette action en responsabilité tient au fait que le tribunal a la faculté de moduler l'ampleur de la réparation à laquelle le responsable sera condamné. Que le tribunal ait cette faculté de moduler la condamnation amène également à se demander si les titulaires de l'action, à savoir le ministère public, le liquidateur judiciaire et la majorité des créanciers nommés contrôleurs en cas de carence de ce dernier, bénéficient également d'une marge de manœuvre dans l'exercice de cette action. Le ministère public peut assurément le faire si l'on décline sur le plan civil son droit d'apprécier l'opportunité des poursuites dont il dispose en matière pénale lorsque les circonstances particulières liées à la commission des faits le justifient<sup>851</sup>. S'agissant du liquidateur judiciaire, la chose semble moins certaine. Chargé de l'intérêt collectif des créanciers, il pourrait sembler étrange que le liquidateur choisisse de ne pas intenter l'action<sup>852</sup>. Surtout, l'insuffisance d'actif signifiant que les créanciers ne seront pas tous payés, il pourrait sembler contestable que le liquidateur judiciaire ne demande pas la réparation intégrale du préjudice subi. La logique voudrait qu'il engage même sa responsabilité personnelle s'il agissait autrement.

<sup>850</sup> F.-X. Lucas, art. préc., p. 441.

<sup>851</sup> CPP, art. 40-1.

<sup>852</sup> Il ne s'agit pas ici de discuter l'appréciation de l'opportunité d'intenter une action lorsqu'il existe un doute sérieux sur ses chances de réussite. Dans cette hypothèse, la rareté des ressources du débiteur peut, au contraire, légitimement conduire le liquidateur à s'abstenir d'agir. Le propos concerne les situations dans lesquelles la mise en œuvre de l'action présenterait des chances raisonnables d'obtenir une somme à répartir entre les créanciers.



Pourtant, par un arrêt de la chambre commerciale du 12 juin 2019<sup>853</sup>, la Cour de cassation a jugé « *que la limitation, prévue par l'article L. 651-3 du code de commerce, du droit d'agir en responsabilité pour insuffisance d'actif répond au but légitime de laisser au liquidateur, au ministère public, et, dans certains cas et à certaines conditions, aux contrôleurs, le soin de discerner, parmi les dirigeants de la société en liquidation judiciaire, si un ou plusieurs d'entre eux est susceptible d'avoir contribué, par ses fautes de gestion, à l'insuffisance d'actif au point de supporter les graves conséquences d'une décision de poursuite* ». Cet arrêt n'étant pas publié, sa portée reste sujette à caution. De plus, il s'agissait ici de répondre au pourvoi d'un dirigeant poursuivi pour insuffisance d'actif à qui la cour d'appel avait refusé la demande d'intervention forcée tendant à faire condamner le dirigeant l'ayant précédé à la direction de la société. La question posée n'était donc pas directement celle de savoir si le liquidateur judiciaire disposait d'une marge de manœuvre dans la demande de réparation du préjudice subi.

Il demeure que, dans sa réponse, la chambre commerciale confie au liquidateur judiciaire le soin de discerner les dirigeants qui doivent être poursuivis. La Cour vise également les contrôleurs, ce qui peut paraître assez surprenant. En d'autres termes, la Cour semble ici reconnaître à tous les titulaires de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif la possibilité d'apprécier l'opportunité des poursuites. La logique ici à l'œuvre est assurément celle qui s'applique d'ordinaire au seul ministère public. Si la Cour de cassation entendait donner une véritable portée à cette règle, cela aurait des conséquences importantes sur le régime de responsabilité des mandataires de justice. Cette appréciation de la conduite de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif s'accorde avec les développements précédents à propos des sanctions qui tendent à montrer que, en la matière, la mission des mandataires de justice se rapproche davantage de celle du ministère public que d'un représentant. Une autre décision de la Cour de cassation prend alors une signification particulière. Dans un arrêt, également inédit, du 7 février 2018, la chambre commerciale a jugé que le liquidateur judiciaire qui exerce l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif n'agissait pas en tant que représentant légal de la société mais en qualité d'organe de la procédure, ce qui l'obligeait à se conformer aux dispositions de l'article 960 du code de procédure civile<sup>854</sup>. Autrement dit, dans la notification d'un acte entre parties, c'est le liquidateur qui devait apparaître en nom personnel comme partie

<sup>853</sup> Cass. com., 12 juin 2019, n° 17-23.176, Inédit ; *Gaz. Pal.* 15 oct. 2019, n° 360z8, p. 67, note T. Montéran ; *BJS* oct. 2019, n° 120c1, p. 25, note A. Cerati-Gauthier ; *BJE* sept. 2019, n° 117e4, p. 43, note T. Favario.

<sup>854</sup> Cass. com., 7 févr. 2018, n° 17-21.822, Inédit ; *Gaz. Pal.* 17 avril 2018, n° 321p2, p. 85, obs. T. Montéran ; *Rev. proc. coll.* 2018, comm. 94, note J. Vallansan ; *ibid.*, comm. 201, note A. Martin-Serf ; *BJE* mars 2018, n° 115t3, p. 125, obs. T. Favario.

et non la société en liquidation judiciaire. Cette distinction entre la qualité de représentant de la société et la qualité d'organe et ses conséquences sur le plan procédural corrobore l'idée d'une fonction autonome du mandataire de justice, en l'espèce exerçant une forme de police de la vie des affaires.

La marge de manœuvre potentiellement reconnue au liquidateur judiciaire s'agissant de la réparation du préjudice confirme alors la prépondérance de la dimension punitive de cette action. À cet égard, comme cela a été souligné, si les créanciers contrôleurs peuvent agir, c'est seulement parce que la loi prévoit expressément leur qualité, qu'elle encadre du reste de précautions particulières<sup>855</sup>. Le rapprochement entre la mission du liquidateur judiciaire et celle du ministère public peut aussi s'observer à propos de l'action en responsabilité environnementale pour insuffisance d'actif.

**221. La titularité de l'action en responsabilité environnementale pour insuffisance d'actif.** Cette action introduite par la loi du 12 juillet 2010 à l'article L. 512-17 du code de l'environnement prévoit que, en cas de liquidation judiciaire d'une société, peut être mis à la charge de la société mère, qui a contribué à l'insuffisance d'actif de la filiale, tout ou partie du financement des mesures de remise en état du ou des sites en fin d'activité. La règle peut également s'appliquer à la société grand-mère voire arrière-grand-mère. Le ministère public, le liquidateur et le représentant de l'État dans le département peuvent exercer cette action. Que le ministère public et le représentant de l'État dans le département aient le droit d'agir est parfaitement conforme à la finalité d'intérêt général que poursuit cette action. Le droit d'agir du liquidateur judiciaire paraît plus surprenant. Afin de se prononcer sur la cohérence de cette disposition, il faut commencer par souligner que l'article dispose seulement que la société mère a la charge du financement des travaux de dépollution mais ne précise pas à qui cette somme doit être remise.

Dès lors, deux hypothèses doivent être envisagées. Soit cette somme doit être remise au liquidateur judiciaire, qui la distribuera entre les créanciers au marc le franc selon la règle de l'article L. 651-2 du code de commerce, soit elle doit être versée à la personne qui effectue les travaux de dépollution. Cela revient à déterminer si cette créance de dépollution est soumise ou non aux règles ordinaires du droit des procédures collectives<sup>856</sup>. Si cette créance intégrait bien

<sup>855</sup> F.-X. Lucas, « La qualité à agir du contrôleur nommé à l'occasion d'une procédure collective. Contribution à la définition des actions attitrées », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, LGDJ, 2015, p. 443.

<sup>856</sup> Si cette créance restait soumise aux règles des procédures collectives, elle serait ainsi répartie au marc le franc sauf à considérer l'hypothèse, peu probable, selon laquelle le juge analyserait cette action en responsabilité environnementale comme une action en responsabilité de droit commun pour laquelle tout créancier contrôleur

le patrimoine du débiteur, le droit d'agir du liquidateur judiciaire ne serait finalement pas surprenant.

En revanche, si le paiement par la société mère de cette créance devait être directement effectué auprès de la personne ayant la charge de dépolluer le site, le droit d'agir du liquidateur judiciaire mériterait discussion. Une difficulté pourrait, par ailleurs, tenir au fait que le préjudice écologique lié à la décontamination présente la singularité d'exister sans remplir les exigences d'un préjudice personnel, certain et direct<sup>857</sup>. Toutefois, au regard de la logique des procédures collectives, cette singularité ne pose en soi aucune difficulté dès lors qu'une personne est désignée afin de réaliser les travaux de décontamination, ce qui permet en dernier ressort de rattacher l'obligation de la société mère à un créancier au sens classique du terme. En effet, il faut rappeler que, en vertu de l'article L. 541-3, V du code de l'environnement, si le débiteur est insolvable, l'État peut, avec le concours financier éventuel des collectivités territoriales, confier la gestion des déchets et la remise en état du site pollué par ces déchets à l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (l'ADEME). L'articulation des articles L. 512-17 et L. 541-3 peut alors amener à soutenir qu'« *il semble logique qu'en cas de condamnation pécuniaire d'une société mère les sommes perçues reviennent à l'ADEME qui devra effectivement prendre en charge la remise en état* »<sup>858</sup>. Il faut convenir que la finalité des dispositions du code de l'environnement voudrait que le fruit de l'action soit attribué à l'ADEME ou toute autre personne ayant réalisé les travaux et la doctrine semble aller dans le sens de cette interprétation<sup>859</sup>.

L'action en responsabilité environnementale ne servirait donc pas à défendre l'intérêt collectif des créanciers du débiteur<sup>860</sup>. Pour un auteur, « *La conclusion est simple : si le*

---

pourrait agir en carence sur le fondement de l'article L. 622-20 du code de commerce. Une telle analyse semble néanmoins devoir être écartée car, en dépit de l'absence de précision sur l'affectation des sommes, la lettre de l'article L. 512-17 du code de l'environnement laisse peu de doutes quant au fait qu'il s'agit *a minima* d'une variante de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, bien que la disposition du droit de l'environnement ne vise pas le dirigeant de la société.

Toutefois, si cette action devait être jugée comme relevant de l'action en responsabilité de droit commun, il resterait alors à déterminer si le fait générateur est antérieur au jugement, le dommage environnemental préexistant à la procédure, ou postérieur, la charge des travaux ayant été confiée après l'ouverture de la procédure et, le cas échéant, si la créance peut être considérée comme nécessaire aux besoins de la procédure.

Un problème similaire se pose s'agissant du sort, en cas d'ouverture d'une procédure collective, de la somme consignée, à la suite d'une sanction administrative prise en vertu de l'article L. 171-8, II, 1° du code de l'environnement. Sur cette question, v. D. Voinot, « La dépollution des sites : nouvel objectif du droit des entreprises en difficulté ? », *Rev. proc. coll.* 2017, dossier 9, n° 13, p. 54.

<sup>857</sup> D. Gueye, *Le préjudice écologique pur*, Connaissances et savoirs, 2016.

<sup>858</sup> T. Montéran, « Liquidation judiciaire et sites pollués : une action en recherche de maternité », *D.* 2010, p. 2859.

<sup>859</sup> *Ibid.* V. ég., F.-G. Trébulle, « Gouvernance et responsabilité, que change la loi "Grenelle 2"... pour les sociétés ? », *Environnement* 2011, étude 3, n° 26, p. 13 ; D. Voinot, art. préc., n° 18, p. 54.

<sup>860</sup> Au regard du particularisme de l'action, la tarification des honoraires du liquidateur est donc difficile à établir : T. Montéran, art. préc. Sur la question de la rémunération du liquidateur judiciaire, v. not. *infra* n° 453.

*liquidateur a qualité pour exercer [l'action], il n'a pas d'intérêt à agir.* »<sup>861</sup> Il est vrai qu'à suivre cette lecture de l'article L. 517-12 du code de l'environnement, l'ADEME, ou toute autre personne chargée de la dépollution du site, apparaît comme un créancier ayant subi un préjudice spécial. À cet égard, les titulaires de cette action en responsabilité environnementale agiraient, le cas échéant par avance, pour le compte de ce créancier particulier en demandant réparation du préjudice à un tiers, à savoir la société mère. En effet, ainsi qu'il a été observé, rien dans les textes n'exclut un cumul des actions en responsabilité pour insuffisance d'actif sur le fondement des articles L. 651-2 du code de commerce et L. 517-12 du code de l'environnement<sup>862</sup>. Partant, cette dernière disposition ne ferait que consacrer le caractère spécial du préjudice subi par la personne chargée des travaux de dépollution. Le fait que le code de l'environnement ne prévoit pas la qualité à agir de la majorité des créanciers contrôleurs en cas de carence du liquidateur, contrairement à ce qui est prévu pour l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif du code de commerce, renforcerait l'idée selon laquelle cette action serait destinée à sanctionner un préjudice spécial et distinct de l'intérêt collectif des créanciers. Le fait que l'ADEME soit un établissement public justifierait, en outre, l'action du représentant de l'État dans le département ou du ministère public.

Le droit d'agir du liquidateur judiciaire reste pourtant justifié si l'on admet que certaines prérogatives des mandataires de justice concourent à la poursuite de l'intérêt général. Cette action attitrée ne serait certes pas exercée dans l'intérêt des créanciers mais résulterait d'un pouvoir propre du liquidateur<sup>863</sup>. Les prérogatives de ce dernier faisant de lui la personne la plus à même de comprendre les comptes du débiteur et les relations entretenues avec la société mère, il peut, en effet, être utile de conférer au liquidateur le droit de mettre en œuvre cette action d'intérêt général. Cette analyse des prérogatives du liquidateur judiciaire aurait alors le mérite de donner un sens à la qualité à agir du liquidateur judiciaire reconnue à l'article L. 512-17 du code de l'environnement.

**222. Les mesures conservatoires issues de la loi *Pétroplus*.** La loi du 12 mars 2012 dite loi *Pétroplus* a habilité l'administrateur judiciaire et le mandataire judiciaire à solliciter des mesures conservatoires contre le débiteur qui fait l'objet d'une action en extension<sup>864</sup> ou le

<sup>861</sup> P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., 2020, n° 925.321, p. 3151.

<sup>862</sup> T. Montérant, art. préc.

<sup>863</sup> Cette action particulière s'articulerait alors avec les obligations spécifiques des mandataires de justice en matière de préservation de l'environnement dont la logique s'écarte déjà de leur mission habituelle. Sur ce point, v. D. Voinot, « Le droit de l'entreprise en difficulté : un droit inféodé au droit de l'environnement ? », in (dir.) F. Macorig-Venier, *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 239.

<sup>864</sup> C. com., art. L. 621-2, alinéa 4.

dirigeant faisant l'objet d'une action en responsabilité en raison d'une faute ayant contribué à la cessation des paiements du débiteur<sup>865</sup>. L'administrateur et le mandataire étant spécialement désignés par la loi, ces actions semblent également devoir suivre le régime des actions attitrées, ce qui priverait toute autre personne du droit d'agir. S'agissant des mesures prises en cas d'extension, cela semble cohérent dans la mesure où cette action ne tend qu'à assurer l'efficacité de l'action en extension. S'agissant des mesures conservatoires prises en cas de responsabilité du dirigeant ayant contribué à la cessation des paiements, la proximité intellectuelle de cette action avec celle en responsabilité pour insuffisance d'actif semble également justifier de la classer dans la catégorie des prérogatives faisant des mandataires de justice des auxiliaires du ministère public. À cet égard, il est possible de s'étonner du fait que le ministère public n'est pas habilité à exercer cette action<sup>866</sup>.

Du reste, l'article L. 651-4 du code de commerce prévoit expressément la transition entre une mesure conservatoire prise sur le fondement de l'article L. 631-10-1 et la conversion en liquidation judiciaire en disposant que la mesure conservatoire prise en redressement judiciaire peut être maintenue en cas de liquidation judiciaire. Autrement dit, ces deux actions semblent être également des actions attitrées destinées à assurer une mission de police de la vie des affaires et qui ne devraient pas pouvoir être exercées par d'autres personnes.

L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, sa variante en matière environnementale et les mesures conservatoires issues de la loi *Pétropolis* s'inscrivent parfaitement dans la logique de police de la vie des affaires. Dans d'autres hypothèses, la finalité de l'action mérite davantage discussion.

## II. Les actions assurant une forme de discipline entre les créanciers

**223. L'action en nullité de la période suspecte.** Si l'article L. 632-4 du code de commerce dispose que l'action en nullité de la période suspecte a pour effet de reconstituer l'actif du débiteur, la première partie de l'étude a été l'occasion de montrer que certains cas de nullité tendent moins à augmenter le gage commun des créanciers qu'à rétablir l'égalité entre les créanciers<sup>867</sup>. En effet, certaines hypothèses servent à restaurer l'ordre des collocations en

<sup>865</sup> C. com., art. L. 631-10-1.

<sup>866</sup> V. Perruchot-Triboulet, « Responsabilité des dirigeants pour contribution à la cessation des paiements du débiteur en redressement judiciaire », *Rev. proc. coll.* 2020, dossier 4, n° 11, p. 53.

<sup>867</sup> V. *supra* n° 55.

faisant échec à une situation de préférence illégitimement acquise<sup>868</sup>. Les limites soulignées s'agissant de l'appréhension de ces cas de nullité au regard de l'objectif de reconstitution du gage commun trouvent ainsi une explication nouvelle. À l'instar de l'action en extension, l'action en nullité de la période suspecte serait, au moins dans certains cas, avant tout destinée à assurer une certaine police de la vie des affaires, en dépit de ses bénéfices éventuels sur le patrimoine du débiteur. Moins qu'une remise en cause d'un appauvrissement injustifié du débiteur, l'action tendrait à faire respecter l'ordre des paiements dans une situation de pénurie de crédit. Il s'agirait ici d'un autre aspect de la mission de police de la vie des affaires, spécifique au droit des entreprises en difficulté, qui tend à assurer une forme d'égalité entre les créanciers face à l'insuffisance d'actif disponible du débiteur. À cet égard, le droit d'agir reconnu au ministère public pour exercer cette action semble un indice supplémentaire du fait que l'action en nullité de la période suspecte ne se résume pas à la préservation du patrimoine du débiteur. Par conséquent, si à notre connaissance la Cour de cassation n'a pas encore pris position sur la question, il semble que le créancier nommé contrôleur ne devrait pas avoir le droit d'exercer cette action en cas de carence du mandataire judiciaire<sup>869</sup>. À tout le moins, si la Cour de cassation jugeait le contraire, il devrait pouvoir agir ainsi uniquement pour les cas destinés à combattre un appauvrissement injustifié du débiteur.

**224. La libération du capital social.** L'article L. 622-20, alinéa 2 du code de commerce dispose que le mandataire judiciaire a qualité pour mettre en demeure un associé ou un actionnaire de verser les sommes restant dues sur le montant des parts et actions souscrites par lui. Il est difficile de déterminer si cette action doit être classée dans la catégorie des actions attitrées du mandataire judiciaire afin d'assurer la police de la vie des affaires ou non. Il est vrai que seul le mandataire judiciaire est désigné par cet alinéa, ce qui laisserait entendre que lui seul peut agir. Toutefois, il n'est pas certain que le débiteur, et le cas échéant l'administrateur, n'aient pas le droit d'exercer cette action<sup>870</sup>. En effet, l'incise dans l'article L. 622-20 a peut-être comme fonction, non pas de conférer une exclusivité au mandataire judiciaire au détriment de l'administrateur judiciaire ou du débiteur, mais simplement d'affirmer la qualité du mandataire judiciaire sans préjuger celle d'autres personnes. Mettre en demeure un associé de libérer son apport relève, hors procédure collective, de la compétence du dirigeant. Rien ne

<sup>868</sup> M. Sénéchal, *L'effet réel de la procédure collective : essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, préf. M.-H. Monsérié-Bon, Litec, 2002, n° 615, p. 659.

<sup>869</sup> F. Vinckel, « Le droit d'action des créanciers chirographaires dans la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 », *Rev. proc. coll.* 2007, n° 23, p. 6.

<sup>870</sup> M.-H. Monsérié-Bon, « La situation des associés après l'ordonnance du 12 mars 2014 », *BJE* mai 2014, n° 111d3, p. 178.

semble donc justifier de retirer ce droit au débiteur ou à l'administrateur judiciaire en cas de procédure collective<sup>871</sup>.

À s'en tenir à l'approche en termes d'actions attitrées, le commissaire à l'exécution du plan et le créancier nommé contrôleur ne devraient pas avoir le droit d'agir. Cependant, une telle solution paraîtrait ici moins justifiée. Certes, la libération anticipée de l'apport contribue à faire participer les associés à une juste mesure au financement de la procédure. Toutefois, elle a nécessairement pour effet d'augmenter les ressources du débiteur, ce qui n'est pas le cas des autres actions attitrées telles que l'extension ou la nullité de la période suspecte. De plus, située juste après l'alinéa posant le principe de l'habilitation à agir du mandataire judiciaire dans l'intérêt collectif des créanciers, cette disposition peut être aussi lue comme une simple précaution du législateur. Ce dernier aurait ainsi entendu confirmer que le mandataire judiciaire a bien le droit de mettre en œuvre l'action découlant des effets de l'article L. 624-20 du code de commerce qui dispose que le jugement d'ouverture rend immédiatement exigible le montant non libéré du capital social. C'est pourquoi, il semble que le commissaire à l'exécution du plan, en vertu de l'article L. 626-25 du code de commerce, et le créancier nommé contrôleur, en vertu de l'action en carence prévue à l'article L. 622-20 du code de commerce, devraient également avoir le droit de solliciter la libération des apports.

L'action en libération des apports participe aussi d'une forme de police de la vie des affaires dans la mesure où, à l'instar de l'action en nullité de la période suspecte, elle permet d'assurer une forme de discipline dans le paiement des créanciers. En effet, en contraignant les associés à libérer leur apport, l'action assure que leur rang de créancier résiduel soit appliqué. Autrement dit, il est possible de rapprocher la logique de cette action de celle en nullité de la période suspecte dans la mesure où les deux contribuent au respect d'un certain ordre de paiement entre les créanciers.

En définitive, semble se vérifier l'idée selon laquelle les actions spécifiques aux procédures collectives, dont la qualité est réservée aux mandataires de justice qui la partagent parfois avec le ministère public, participent d'une logique de police de la vie des affaires.

---

<sup>871</sup> R. Dumont, *Les devoirs de l'actionnaire*, th. Paris 1, 2021, n° 58, p. 38. Pour une position qui semble en sens contraire, v. M.-H. Monsérié-Bon, « Les associés », in (dir.) F. Macorig-Venier, *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 109.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 1

**225. Les limites de l'appréhension de certaines prérogatives des mandataires de justice au regard des intérêts en présence.** Si la dimension indemnitaire de l'action civile semble se concilier avec la défense de l'intérêt collectif des créanciers dont le mandataire judiciaire a la charge, le fait que l'administrateur judiciaire ait également qualité à exercer l'action civile ne peut pas correspondre à la défense des intérêts du débiteur lorsque c'est ce dernier qui est poursuivi. De même, lorsque les infractions sanctionnent un comportement qui ne porte pas atteinte au gage commun des créanciers, l'action du mandataire judiciaire ne semble pas davantage ressortir de la défense de l'intérêt collectif des créanciers. Par ailleurs, la dimension vindicative des sanctions professionnelles ou peines complémentaires sollicitées par les mandataires de justice se concilie difficilement avec l'exercice des droits du débiteur ou la défense de l'intérêt collectif des créanciers. Le même constat semble s'imposer à l'étude de l'action en extension de la procédure. Si cette action peut contribuer à augmenter les ressources nécessaires au redressement du débiteur et au paiement de ses créanciers, les conditions de sa mise en œuvre révèlent qu'elle est destinée, en premier lieu, à apporter une correction à une situation patrimoniale anormale qui entrave la bonne administration de la procédure.

**226. La participation des mandataires de justice à la police de la vie des affaires.** La finalité des sanctions ou de l'action en extension explique son inadéquation avec la défense des intérêts en présence. En effet, ces actions contribuent à assurer une forme de police de la vie des affaires. Elles permettent à la fois d'éliminer les débiteurs notoirement incompetents ou malhonnêtes et de corriger des situations patrimoniales anormales qui peuvent entraver le bon déroulement de la procédure et fausser la nécessaire transparence des échanges économiques. Lorsque les mandataires de justice remplissent cette mission de police de la vie des affaires, ils exercent des actions spécifiques aux procédures collectives. Leur qualité à agir étant expressément reconnue, ils semblent dispensés de prouver un intérêt à agir. Toutefois, si cet intérêt à agir devait être caractérisé, il relèverait probablement d'une forme de défense de l'intérêt général. Outre les sanctions et l'extension de la procédure, cette logique de police de la vie des affaires s'applique également aux autres actions spécifiques aux procédures collectives. Il en va ainsi de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif et sa variante en cas de préjudice environnemental pour lesquelles la fonction punitive de la responsabilité ressort fortement, à l'instar des mesures conservatoires introduites par la loi *Pétropolis*. L'action en nullité de la période suspecte, lorsqu'elle ne tend pas à combattre un appauvrissement



injustifié du débiteur, entre aussi pleinement dans la fonction de police de la vie des affaires qui impose une certaine égalité entre les créanciers face à un débiteur en difficulté.

Les mandataires de justice partagent souvent ces actions avec le ministère public, ce qui renforce l'idée selon laquelle ces actions ont une finalité distincte de la défense des intérêts en présence. Si l'habilitation à agir des mandataires de justice peut sembler surprenante, elle s'explique par le fait qu'ils sont les acteurs les plus à même d'identifier les faits de nature à engager les différentes responsabilités, rétablir la réalité économique du patrimoine du débiteur ou assurer l'égalité entre les créanciers du débiteur en difficulté.

Il faut convenir que cette lecture des prérogatives des mandataires de justice peut sembler audacieuse. D'aucuns posent d'ailleurs la question : « *le ministère public a-t-il réellement besoin de tels auxiliaires ?* »<sup>872</sup> Cette lecture des fonctions des mandataires de justice permet néanmoins de restituer une cohérence au droit positif s'agissant d'un certain nombre d'actions qui se marient mal avec l'idée selon laquelle ils ne seraient habilités qu'à défendre les intérêts en présence. Les mandataires de justice concourent ainsi à l'exercice d'une police de la vie des affaires, ce qui les amène, en d'autres termes, à participer à la défense de l'intérêt général. Cette approche des fonctions des mandataires de justice peut également contribuer à expliquer le paradoxe, soulevé dans la première partie de l'étude, selon lequel le mandataire judiciaire et l'administrateur judiciaire exercent respectivement les droits des créanciers et du débiteur sans les représenter.

---

<sup>872</sup> F. Derrida, P. Godé, J.-P. Sortais, avec la collab. d'A. Honorat, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 1991, n° 628, p. 473.



## CHAPITRE 2 : L'HABILITATION À SE SUBSTITUER DANS L'INTÉRÊT DE L'ENTREPRISE

**227. Plan du chapitre.** La première partie de cette étude a permis de montrer que le mandataire judiciaire comme l'administrateur judiciaire ne pouvaient être appréhendés comme les représentants respectifs des créanciers et du débiteur, même lorsqu'ils exercent les droits de ces derniers. Sur le plan technique, ils sont habilités à agir dans un intérêt déterminé, au sens de l'article 31 *in fine* du code de procédure civile, qui ne correspond pas nécessairement à l'intérêt concret des créanciers ou du débiteur. Cette analyse technique permet d'expliquer pourquoi les mandataires de justice ne sont pas des représentants mais elle ne permet pas de comprendre pourquoi ils peuvent exercer les droits d'autrui sans agir nécessairement dans l'intérêt de cet autrui.

Il existe d'autres exemples de personnes habilitées à exercer les droits d'autrui sans représenter autrui. Il en va ainsi du ministre de l'Économie qui met en œuvre l'action de la victime d'une pratique restrictive de concurrence ou des syndicats qui exercent les droits d'un salarié. Ces habilitations à exercer des actions en substitution sont justifiées par des motifs d'intérêt général tenant notamment au respect de l'ordre public concurrentiel ou social. Cette logique de défense de l'intérêt général pourrait aussi caractériser l'habilitation des mandataires de justice à exercer les droits d'autrui.

En effet, le législateur a justifié le fait de hisser le maintien de l'activité au sommet de la hiérarchie des finalités de la procédure collective en invoquant des motifs d'intérêt général économique. À cet égard, les habilitations à exercer les droits des créanciers ou du débiteur peuvent être ainsi appréhendées comme une simple variété des prérogatives destinées en premier lieu à préserver l'activité économique (Section 1). Cette approche permet alors d'établir la cohérence du régime des habilitations des mandataires de justice à exercer les droits des créanciers et du débiteur. Ces habilitations peuvent s'analyser comme des actions en substitution, technique parfois destinée à assurer la prise en compte d'intérêts supérieurs aux parties en présence (Section 2).

## SECTION 1 : LA FINALITÉ DES PRÉROGATIVES DES MANDATAIRES DE JUSTICE

**228. Plan de la section.** L'évolution d'un droit de l'exécution collective vers un droit des entreprises en difficulté est une analyse communément partagée<sup>873</sup>. La plupart des prérogatives des mandataires de justice correspondent en effet à cette lecture selon laquelle tout le droit des entreprises en difficulté est orienté vers la sauvegarde de l'activité économique, conformément à l'objectif du législateur de 1985 (§ 1). À cet égard, l'habilitation des mandataires de justice à exercer les droits des créanciers ou du débiteur apparaît comme une prérogative particulière qui s'inscrit dans la même finalité (§ 2).

§ 1 : La place de la sauvegarde de l'activité économique dans l'ensemble des prérogatives des mandataires de justice

**229. Le lien entre l'intérêt de l'entreprise et l'intérêt général dans la loi du 25 janvier 1985.** Dans son analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté, M. Cagnoli affirme que le législateur a assimilé la sauvegarde de l'activité économique à l'intérêt général<sup>874</sup>. Pourtant, de prime abord, distinguer l'intérêt général de celui de l'entreprise est aisé. Alors que le premier concerne la société dans son ensemble, le second est circonscrit à l'activité du débiteur en difficulté. Même à considérer que la préservation de l'entreprise intéresse le débiteur, ses salariés, ses créanciers et ses cocontractants, il n'en demeure pas moins que l'intérêt de l'entreprise, quelle que soit l'approche retenue, est plus limité que l'intérêt de la société dans son ensemble. Toutefois, M. Truchet a déjà montré que le nombre de personnes concernées n'est pas un critère pertinent lorsqu'il s'agit de définir l'intérêt général<sup>875</sup>. À cet égard, la logique du législateur de 1985 consiste à soutenir que la préservation de l'activité de toute entreprise viable est bénéfique à la société dans son ensemble, ce qui rattache cet objectif à la poursuite de l'intérêt général.

<sup>873</sup> R. Houin, « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », in *Liber amicorum Baron Louis Frédéricq, Faculteit der rechtsgeleerdheid te Gent*, 1965, p. 609 ; A. Brunet, « De la distinction de l'homme et de l'entreprise », in *Aspects actuels du droit commercial français, Études dédiées à René Roblot*, LGDJ, 1984, p. 471 ; J. Paillusseau, « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté », in *Études offertes à Roger Houin : problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz, 1985, p. 109 ; P.-M. Le Corre, « 1807 - 2007 : 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise », *Gaz. Pal.* 21 juill. 2007, p. 3.

<sup>874</sup> P. Cagnoli, *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, dir. J. Héron, préf. T. Le Bars, LGDJ, 2002, n° 157, p. 118.

<sup>875</sup> D. Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, préf. J. Boulouis, LGDJ, 1977, p. 286.

Affirmer que la sauvegarde de l'activité profite à la société dans son ensemble traduit une certaine conception de l'intérêt général. L'appréciation du bien-fondé de cette approche dépend de la vision retenue de l'intérêt général mais il ne fait pas de doute que le législateur entendait, sur le principe, œuvrer pour le bien commun<sup>876</sup>. Selon le législateur de 1985, l'intérêt général justifie ainsi une intervention de l'État dans les relations économiques privées, ce qui résulte manifestement de l'exposé des motifs de la loi du 25 janvier 1985. Le législateur y assume l'idée selon laquelle les pouvoirs publics doivent intervenir afin de lutter contre les difficultés auxquelles les entreprises sont confrontées car, au-delà de l'entreprise elle-même, l'interdépendance des relations commerciales amène à ce que ces difficultés « *se propagent désormais à leur environnement économique et social.* »<sup>877</sup> Ce constat a convaincu le législateur que « *Les difficultés des entreprises ne peuvent plus être traitées aujourd'hui comme hier. Le droit des entreprises en difficulté doit être repensé en fonction de l'intérêt de l'entreprise elle-même, source d'activité économique et d'emplois.* »<sup>878</sup>

Déjà, l'ordonnance du 23 septembre 1967 avait institué une procédure de suspension provisoire des poursuites destinée à sauver les entreprises « *dont la disparition serait de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale et pourrait être évitée dans des conditions compatibles avec l'intérêt des créanciers* »<sup>879</sup>. Cette procédure de suspension provisoire des poursuites témoignait pour la première fois du fait que le législateur était prêt à soumettre l'intérêt des créanciers au sauvetage des entreprises<sup>880</sup>. Ainsi que l'indique M. Le Bris « *L'instrument par lequel l'État intervient dans l'économie peut être général, par l'adoption multipliée de lois d'ordre public. Cette publicisation de l'économie par la législation a été la marque de l'évolution du droit des défaillances d'entreprise, dont l'apogée furent les lois du 25 janvier 1985. L'intérêt général était l'obsession, du législateur qui entendait assumer le sacrifice des créanciers pour servir un intérêt supérieur au leur : le redressement de l'entreprise.* »<sup>881</sup> Si l'exposé des motifs réfute explicitement l'idée selon laquelle l'intérêt des créanciers pourrait être sacrifié<sup>882</sup>, il confirme combien le législateur se sentait l'obligation

<sup>876</sup> Pour une approche politiste de l'intérêt général, v. F. Rangeon, *L'idéologie de l'intérêt général*, préf. G. Vedel, Economica, 1986.

<sup>877</sup> Exposé des motifs du projet de loi n° 1578 *relatif au règlement judiciaire*, p. 2.

<sup>878</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>879</sup> Ord. n° 67-820 du 23 septembre 1967 *tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises*, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>880</sup> L. Boy, *L'intérêt collectif en Droit français : réflexions sur la collectivisation du Droit*, th. Nice, 1979, n° 349, p. 247.

<sup>881</sup> R.-F. Le Bris, « Théorie de l'entreprise et théorie du service public », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX<sup>e</sup> siècle. Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, 1997, p. 398.

<sup>882</sup> « *la nouvelle procédure aura pour objectif essentiel de rechercher et mettre en œuvre les moyens propres à assurer, par voie de continuation ou de cession l'entreprise, la sauvegarde d'un potentiel industriel et des emplois*

d'intervenir face à la multiplication des faillites d'entreprises<sup>883</sup>. Du reste, comme le souligne M. Cagnoli, « *Le choix posé par le législateur de redresser les entreprises en difficulté a été précédé de nombreux travaux doctrinaux affirmant le “destin public des entreprises” ou encore la “mission de service public économique” de celle-ci. La voie était tracée par Paul Durand, depuis son célèbre article intitulé : “Les fonctions publiques de l'entreprise privée”* »<sup>884</sup>. En résumé, « *il est permis d'avancer que le législateur a fait un choix politique précis, en faisant de la sauvegarde de l'entreprise une mission d'intérêt général : le maintien de l'entreprise, objectif premier de la loi de 1985, est présumé correspondre à l'intérêt général de la société* »<sup>885</sup>.

**230. Plan du paragraphe.** Sans s'aventurer vers la quête, maintes fois menée, d'une définition juridique de l'entreprise, il est possible de relever que les auteurs qui se confrontent à cette question retiennent souvent l'existence d'une activité économique et d'une unité organisationnelle<sup>886</sup>. Les prérogatives des mandataires de justice contribuent effectivement à sauvegarder l'activité économique en protégeant les capacités de production de l'entreprise (I). La protection de l'entreprise assurée par les mandataires de justice passe aussi par une préservation spécifique des ressources financières du débiteur (II).

#### I. La protection des capacités de production de l'entreprise

**231. L'entreprise appréhendée comme une unité de production.** La doctrine qui s'est intéressée à la notion d'entreprise a insisté sur le fait que l'activité est un élément d'identification de l'entreprise<sup>887</sup>. M<sup>me</sup> Vallansan a systématisé cette appréhension de l'entreprise au prisme de l'activité en s'appuyant sur la notion de fonds. L'auteure conteste l'intérêt d'une appréhension patrimoniale de l'entreprise, en raison de la suffisance de la notion de fonds, et écarte l'approche institutionnelle. Elle définit alors l'entreprise au regard de

---

*qui y sont attachés sans pour autant sacrifier les créanciers.* », Exposé des motifs du projet de loi n° 1578 relatif au règlement judiciaire, p. 3.

<sup>883</sup> Exposé des motifs du projet de loi n° 1578 relatif au règlement judiciaire, p. 2.

<sup>884</sup> P. Cagnoli, *op. cit.*, n° 157, p. 118 qui cite respectivement, s'agissant du « *destin public des entreprises* », F. Bloch-Lainé, *Pour une réforme de l'entreprise*, éd. du Seuil, 1963, p. 140, s'agissant de la « *mission de service public économique* », R. Le Moal, *Contribution à l'étude d'un droit de la concurrence (nature du droit sur les valeurs concurrentielles)*, th. Rennes, 1972, p. 30 et, s'agissant des « *fonctions publiques de l'entreprise privée* », P. Durand, « Les fonctions publiques de l'entreprise privée », *Dr. soc.* 1945, p. 245.

<sup>885</sup> P. Cagnoli, *op. cit.*, n° 157, p. 118.

<sup>886</sup> V. not. les études les plus récentes sur la question : C. Borelly, *La notion juridique d'entreprise en droit des procédures collectives*, th. Montpellier, 2004 ; M. Thiberge, *L'entreprise saisie par le droit des entreprises en difficulté*, th. Caen, 2010 ; L. Firley, *Entreprise et patrimoine*, th. Bourgogne Franche-Comté, 2016.

<sup>887</sup> B. Mercadal, « La notion d'entreprise », *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts Jean Derruppé*, Litec, 1991, p. 12.

l'activité économique de l'entrepreneur<sup>888</sup>. Pour M<sup>me</sup> Vallansan le fonds d'entreprise peut se définir comme l'ensemble des moyens nécessaires à l'exploitation<sup>889</sup>. D'autres études postérieures reprennent cette conception de l'entreprise comme une activité appréhendée juridiquement par la notion de fonds<sup>890</sup>. Cette approche se justifie par l'existence de règles favorisant le maintien de l'unité de l'activité économique par-delà l'existence de l'entrepreneur, ce que les règles permettant la cession des fonds illustrent<sup>891</sup>. Autrement dit, c'est au moment de céder l'entreprise que son existence propre se confirme en raison des règles assurant la conservation de son unité.

M. Cagnoli a poursuivi l'analyse de M<sup>me</sup> Vallansan en montrant que cette approche de l'entreprise convient parfaitement au droit des entreprises en difficulté. Cette logique, appréhendant l'entreprise comme l'activité de l'entrepreneur, s'applique en la matière lorsqu'il est question d'ordonner la cession de l'entreprise<sup>892</sup>. L'article L. 642-1 du code de commerce dispose en effet que « *La cession de l'entreprise a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif* ». La référence aux activités susceptibles d'exploitation autonome montre l'objectif de sauvegarde de l'unité économique de l'activité que constitue l'entreprise. Cette approche est confirmée par l'alinéa suivant qui précise que lorsque la cession d'entreprise est partielle, elle « *porte sur un ensemble d'éléments d'exploitation qui forment une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activités.* » C'est donc bien le maintien de l'unité de l'activité davantage que les structures qui est recherché en droit des entreprises en difficulté<sup>893</sup>. Sous l'empire du droit antérieur à la *loi de sauvegarde des entreprises* du 26 juillet 2005, la cession d'unités de production composées de tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier était possible<sup>894</sup>, ce qui d'après M. Cagnoli ne remettait pas en cause la notion d'entreprise, conçue comme l'activité de l'entrepreneur<sup>895</sup>. L'idée ne fait plus l'ombre d'un doute depuis que la loi du 26 juillet 2005 a supprimé les dispositions sur la cession d'unités de production en appliquant le régime de la cession, le cas échéant partiel, de l'entreprise aussi bien aux procédures de sauvegarde et de redressement qu'à la liquidation judiciaire.

<sup>888</sup> J. Vallansan, *La cession d'entreprise*, th. Caen, 1986, n<sup>os</sup> 38 et s., pp. 43 et s.

<sup>889</sup> *Ibid.*, n<sup>o</sup> 125, p. 120.

<sup>890</sup> L. Chatain-Autajon, *La notion de fonds en droit privé*, préf. P. Mousseron, Litec, 2006, n<sup>o</sup> 329, p. 193.

<sup>891</sup> J. Vallansan, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 138 et s., pp. 131 et s.

<sup>892</sup> P. Cagnoli, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 131, p. 99.

<sup>893</sup> E. Alfandari, *Droit des affaires*, Litec, 1993, n<sup>o</sup> 245.

<sup>894</sup> C. com., anc. art. L. 622-17.

<sup>895</sup> P. Cagnoli, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 131, p. 101.

**232. Les règles destinées à la sauvegarde des capacités de production.** Fort de cette confirmation que l'entreprise peut être appréhendée par le prisme de l'activité de l'entrepreneur, M. Cagnoli propose alors de définir l'intérêt de l'entreprise en difficulté comme « *la sauvegarde de son activité* »<sup>896</sup>. L'auteur évoque à ce sujet un intérêt juridiquement protégé en précisant qu'il ne s'agit pas là de consacrer l'existence d'un droit subjectif<sup>897</sup>. En effet, la démarche consiste moins à caractériser un droit d'agir qu'à décrire l'évolution de la matière<sup>898</sup>. M. Cagnoli passe ainsi en revue les règles du droit des entreprises en difficulté qui montrent combien la protection de l'activité est au centre des préoccupations du législateur en 1985<sup>899</sup>. Il s'agit ici de conserver le potentiel économique de l'entreprise en préservant ses capacités de production. La plupart de ces règles sont mises en œuvre par les mandataires de justice qui disposent de prérogatives en ce sens. C'est, par exemple, le cas du choix de poursuivre ou rompre les contrats<sup>900</sup>, des mesures conservatoires destinées à maintenir les capacités de production<sup>901</sup> ou du paiement d'une créance antérieure au jugement d'ouverture justifié par la poursuite de l'activité<sup>902</sup>. D'autres règles de fond concourent au même résultat comme la possibilité conférée au tribunal d'imposer l'inaliénabilité des biens indispensables à la continuation de l'entreprise<sup>903</sup> ou le transfert des contrats nécessaires au maintien de l'activité en cas de cession de l'entreprise également<sup>904</sup>. Si ces obligations sont imposées par le tribunal, les mandataires de justice sont évidemment amenés à en faire la proposition lors de l'élaboration du plan.

Outre la protection des capacités de production, la sauvegarde de l'activité passe par la préservation des capacités financières de l'entreprise.

## II. La préservation des capacités financières de l'entreprise

**233. Les règles destinées à la préservation des capacités financières de l'entreprise.** D'autres règles assurent la préservation des capacités financières de l'entreprise. Il en va ainsi de celle qui impose l'arrêt des poursuites individuelles et l'interdiction du paiement des

<sup>896</sup> *Ibid.*, n° 142, p. 106.

<sup>897</sup> *Ibid.*, n° 124, p. 93.

<sup>898</sup> En ce sens, v. ég. D. Mélédo-Briand, *Nature du droit des entreprises en difficulté et systèmes de droit*, th. Rennes, 1992, n° 4, p. 9.

<sup>899</sup> P. Cagnoli, *op. cit.*, nos 145 et s., pp. 108 et s.

<sup>900</sup> C. com., art. L. 622-13.

<sup>901</sup> C. com., art. L. 622-4.

<sup>902</sup> C. com., art. L. 622-7.

<sup>903</sup> C. com., art. L. 626-14 pour le plan de continuation et C. com., art. L. 642-10 en cas de cession de l'entreprise.

<sup>904</sup> C. com., art. L. 642-7.



créances antérieures au jugement d'ouverture<sup>905</sup>. Ce sont des conditions nécessaires à l'établissement d'une période d'observation ou de maintien de l'activité après l'ouverture d'une liquidation judiciaire qui permettent d'élaborer un plan de sauvetage de l'activité économique par la voie d'un plan de continuation ou d'une cession de l'entreprise.

Si les règles régissant la poursuite des contrats en cours permettent de maintenir les contrats essentiels à la production, elles autorisent également à mettre un terme à ceux qui grèvent inutilement les ressources du débiteur. En ce sens, ces règles participent aussi à la conservation des capacités financières de l'entreprise. C'est en raison d'une logique similaire que l'administrateur peut demander au juge-commissaire l'autorisation de procéder à des licenciements pour motif économique présentant un caractère urgent, inévitable et indispensable pendant la période d'observation d'un redressement judiciaire<sup>906</sup>. Par ailleurs, le paiement privilégié des créances postérieures peut aussi être justifié par les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation qui peuvent consister en un financement de ladite période d'observation. Ces règles intègrent, dans cette hypothèse, l'objectif de financement de l'entreprise en difficulté. Elles font aussi écho aux privilèges dits de *new money* et de *post money*. Le premier récompense les personnes qui ont consenti, dans le cadre d'une procédure de conciliation ayant donné lieu à un accord homologué, un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et sa pérennité, sont payées, pour le montant de cet apport, par privilège avant toutes les autres créances<sup>907</sup>. Le second récompense selon des modalités similaires les personnes qui ont procédé ainsi au cours de la période d'observation, pour l'exécution du plan de continuation ou à l'occasion d'une modification du plan<sup>908</sup>. Ces créances ne peuvent faire l'objet de remises ou délais imposés<sup>909</sup>. Afin de préserver les capacités financières de l'entreprise, le législateur encourage ainsi le crédit en favorisant les créanciers qui ont accepté de prêter de l'argent lors de la conciliation<sup>910</sup>. Enfin, le mandataire comme l'administrateur judiciaire peuvent solliciter l'annulation de certains actes passés durant la période suspecte, notamment les actes passés à titre gratuit ou déséquilibrés<sup>911</sup>. Il s'agit à nouveau de préserver les capacités financières du débiteur et reconstituant son patrimoine à la suite d'un appauvrissement contestable.

<sup>905</sup> C. com., art. L. 622-7 et L. 622-17.

<sup>906</sup> C. com., art. L. 631-17.

<sup>907</sup> C. com., art. L. 611-11.

<sup>908</sup> Respectivement C. com., art. L. 622-17, L. 626-10 et L. 626-26.

<sup>909</sup> C. com., art. L. 626-20.

<sup>910</sup> Sur l'articulation et la comparaison de ces différents privilèges, v. L. Sautonie-Laguionie, « Les privilèges des apporteurs de trésorerie », *Rev. proc. coll.* 2022, dossier 35.

<sup>911</sup> C. com., art. L. 632-1 et s.

**234. Le sacrifice de certains intérêts imposé par le législateur afin de préserver les capacités financières.** La volonté du législateur d'assurer à l'entreprise la possibilité de se redresser passe aussi par des mesures remettant en cause plus frontalement les droits des créanciers ou des associés. C'est le cas de la mesure emblématique de la loi du 25 janvier 1985 permettant au tribunal d'imposer des délais de paiement uniforme aux créanciers<sup>912</sup>. On retrouve dans cette disposition l'idée selon laquelle, l'activité doit être sauvée en raison de considérations d'intérêt général qui amènent à sacrifier l'intérêt des créanciers sur l'autel du redressement de l'entreprise. Dans le même esprit, l'administrateur judiciaire peut, depuis la loi du 6 août 2015, demander la cession forcée des parts ou actions détenues par des associés ou actionnaires ayant refusé la modification de capital<sup>913</sup>. Il s'agit, ici aussi, d'adopter un plan qui assure que l'entreprise aura les capacités financières de se redresser. Autrement dit, le législateur a créé un cas d'expropriation des associés afin de favoriser le redressement de l'entreprise.

Cette finalité de sauvegarde de l'activité économique se retrouve sous une forme singulière s'agissant de l'habilitation des mandataires de justice à exercer les droits des créanciers ou du débiteur.

§ 2 : L'habilitation à exercer les droits des créanciers ou du débiteur afin de sauvegarder l'activité économique

**235. Plan du paragraphe.** L'étude des différentes prérogatives des mandataires de justice montre que la sauvegarde de l'activité économique passe, notamment, par la préservation des capacités financières de l'entreprise. Toutefois, n'étant pas un sujet de droit, l'entreprise n'a pas de patrimoine propre de sorte que la préservation de ses capacités financières consiste surtout à protéger le patrimoine du débiteur. Le mandataire judiciaire, en agissant dans l'intérêt collectif des créanciers, et l'administrateur, lorsqu'il exerce les droits du débiteur, assurent cette protection du patrimoine du débiteur. Au-delà du droit des entreprises en difficulté, les débats autour de la notion d'intérêt social révèlent aussi l'importance que donne la Cour de cassation à la protection du patrimoine de la société *in bonis* afin d'en préserver l'activité. En effet, la jurisprudence montre que, en contrepartie de la responsabilité limitée aux apports, les décisions des différents organes sociaux doivent tenir compte de la nécessité de protéger le patrimoine de

---

<sup>912</sup> C. com., art. L. 626-18.

<sup>913</sup> C. com., art. L. 631-19-2.

la société *in bonis*. L'analyse de la jurisprudence est intéressante car elle montre que la préservation de l'activité économique ne passe pas nécessairement par la consécration juridique de l'entreprise (I). Cet enseignement du droit des sociétés *in bonis* peut servir d'inspiration à l'analyse de la finalité de l'habilitation des mandataires de justice à exercer les droits des créanciers ou du débiteur (II).

### I. La préservation du patrimoine de la société *in bonis*

**236. Intérêt de l'entreprise et intérêt social.** La dissociation entre l'intérêt de l'entreprise et celui de l'entrepreneur, personne physique ou morale, justifiait selon M. Despax que la personnalité morale de l'entreprise soit consacrée<sup>914</sup>. Plusieurs critères ont été dégagés par la doctrine pour reconnaître à un groupement la personnalité morale. Michoud posait la condition d'un intérêt distinct et permanent du groupement et la présence d'une organisation permettant d'exprimer la volonté de ce groupement<sup>915</sup>. Ce sont les critères que la Cour de cassation a repris dans ses célèbres arrêts du 28 janvier 1954<sup>916</sup> et 17 janvier 1956<sup>917</sup> reconnaissant la personnalité morale respectivement aux comités d'établissement et à la masse des créanciers. Waline ajoutait une troisième condition : une homogénéité des intérêts incarnés par la personne morale<sup>918</sup>. Un auteur a souligné que la condition d'homogénéité des intérêts ne posait pas de véritables difficultés dans ces affaires, ce qui peut expliquer qu'il n'y soit pas fait référence<sup>919</sup>. D'ailleurs, il est parfois soutenu qu'il est possible d'identifier un intérêt de l'entreprise qui dépasserait les intérêts catégoriels<sup>920</sup>. Une telle position a très tôt été dénoncée comme une mystification dangereuse<sup>921</sup> et il a été souligné que reconnaître un intérêt de l'entreprise, transcendant les intérêts catégoriels en présence, signifierait en définitive que l'un de ces intérêts catégoriels est parvenu à se faire percevoir comme l'intérêt de tous<sup>922</sup>.

<sup>914</sup> M. Despax, *L'entreprise et le droit*, avant-propos H. Solus, préf. G. Marty, LGDJ, 1957.

<sup>915</sup> L. Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, LGDJ, 1<sup>e</sup> éd., 1906-1909, n° 53.

<sup>916</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 28 janv. 1954, n° 54-07.081 ; *D.* 1954, jur., p. 217, note G. Lévassieur ; *JCP* 1954, II, 7978, concl. Lemoine ; *Dr. soc.* 1954, p. 161, note P. Durand.

<sup>917</sup> Cass. com., 17 janv. 1956 ; *D.* 1956, jur., p. 265, R. Houin ; *JCP* 1956, II, 9601, note R. Granger.

<sup>918</sup> M. Waline, *Traité élémentaire de droit administratif*, Sirey, 6<sup>e</sup> éd., 1950, p. 172.

<sup>919</sup> P. Cagnoli, *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, dir. J. Héron, préf. T. Le Bars, LGDJ, 2002, n° 29, p. 98. Sur la question de l'intérêt de la masse, v. *supra* n° 84.

<sup>920</sup> R. Contin, *Le contrôle de la gestion*, préf. R. Percerou, Librairies techniques, 1975, n° 471, p. 326.

<sup>921</sup> G. Lyon-Caen, *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale*, LGDJ, 1955, n° 291, p. 223.

<sup>922</sup> E. Gaillard, « La représentation et ses idéologies en droit privé français », *Droits* 1987, p. 96. En ce sens, v. ég. G. Lyon-Caen et A. Lyon-Caen, « La "doctrine" de l'entreprise », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies techniques, 1978, p. 618 ; L. Boy, *L'intérêt collectif en Droit français : réflexions sur la collectivisation du Droit*, th. Nice, 1979, n° 517, p. 351. Sur l'hostilité à reconnaître la personnalité morale de l'entreprise, v. ég. N. Mathey, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, th. Paris 2, 2001, n° 245, p. 89 et n° 367, p. 156 ; N. Baruchel,

À la suite des travaux de M. Despax, plutôt que de voir dans l'entreprise une entité juridique distincte, il a été soutenu que la société serait une technique permettant l'organisation de cette entreprise<sup>923</sup>. Selon la doctrine de l'entreprise, il serait effectivement possible d'identifier un intérêt de l'entreprise, supérieur à tous les intérêts en présence (associés, dirigeants, salariés, cocontractants, clients, voire État), qui se confondrait avec l'intérêt de la société, personne morale. L'intérêt social serait ainsi l'expression de l'intérêt de l'entreprise transcendant les intérêts en présence<sup>924</sup>. Une autre partie de la doctrine juge au contraire que l'article 1833 du code civil, qui dispose que « *Toute société doit avoir un objet licite et être constituée dans l'intérêt commun des associés* » ne laisse aucun doute quant au fait que l'intérêt de la société n'est rien d'autre que celui de ses associés<sup>925</sup>. Enfin, une dernière tendance doctrinale, parfois appelée institutionnelle, sans adhérer à l'idée d'un intérêt transcendant au sein de l'entreprise, reconnaît un intérêt autonome de la personne morale qui peut constituer une limite aux choix des associés<sup>926</sup>.

**237. Actualité juridique.** La nouvelle rédaction de l'article 1833 du code civil, issue de la loi *Pacte*, montre la persistance de ce débat tenant à l'articulation des intérêts au sein de l'entreprise. Un second alinéa dispose désormais que « *La société est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité.* »<sup>927</sup> Comme cela a été souligné, le choix d'introduire une référence à l'intérêt social peut paraître assez modeste au regard des propositions de réforme de l'article qui ont été envisagées<sup>928</sup>. Dans une version préparatoire de la loi du 6 août 2015, il était envisagé de préciser que la société « *doit être gérée au mieux de son intérêt supérieur, dans le respect de l'intérêt général économique, social et environnemental* »<sup>929</sup>. Dans la presse, une tribune, parue en 2016, proposait même d'inclure explicitement l'intérêt des tiers dans la gestion de l'entreprise<sup>930</sup>. Le

---

*La personnalité morale en droit privé. Éléments pour une théorie*, préf. B. Petit, LGDJ, 2004, n° 649, p. 353 ; B. Dondero, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé. Contribution à la théorie de la personnalité morale*, préf. H. Le Nabasque, PUAM, 2006, n° 449, p. 271.

<sup>923</sup> J. Paillusseau, *La société anonyme technique d'organisation de l'entreprise*, préf. Y. Loussouarn, Sirey, 1967, p. 102.

<sup>924</sup> Affirmation encore récemment renouvelée, v. J. Paillusseau, « Entreprise et société. Quels rapports ? Quelle réforme ? », *D.* 2018, n° 23, p. 1399.

<sup>925</sup> D. Schmidt, « La société et l'entreprise », *D.* 2017, p. 2380.

<sup>926</sup> M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 35<sup>e</sup> éd., 2022, n° 652, p. 266.

<sup>927</sup> De même, si l'article L. 225-35 du code de commerce dispose que « *Le conseil d'administration détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre* », viendrait s'insérer la précision que ces orientations de l'activité de la société doivent être déterminées « *conformément à son intérêt social et en prenant en considération ses enjeux sociaux et environnementaux* », et pareillement à l'article L. 225-64 pour le conseil de surveillance dans les sociétés à directoire.

<sup>928</sup> J. Heinich, « Intérêt propre, intérêt supérieur, intérêt social », *Rev. sociétés* 2018, n° 6, p. 570.

<sup>929</sup> *Ibid.*

<sup>930</sup> « Pour une économie de marché responsable », *Le Monde*, 17 nov. 2016, où les auteurs proposent une nouvelle rédaction de l'article 1833 comme suit « *Toute société doit avoir un projet d'entreprise licite et être gérée dans*

rapport rendu par Nicole Notat et Jean-Dominique Sénard faisait référence pour sa part à un intérêt propre de la société dans sa proposition de rédaction du nouvel article 1833 : « *La société doit être gérée dans son intérêt propre, en considérant les enjeux sociaux et environnementaux de son activité* ». Le code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées élaboré par l'AFEP et le MEDEF se réfère, lui, à l'entreprise quand il s'intéresse à « *l'intérêt social de l'entreprise* »<sup>931</sup>. Entre intérêt social et intérêt de l'entreprise, la distinction n'est donc pas toujours très claire. L'étude de la jurisprudence montre toutefois une nette tendance à sanctionner les atteintes illégitimes au patrimoine de la société, ce qui peut être lu comme une volonté de préserver l'activité économique.

**238. L'intérêt social comme garantie de l'égalité entre les associés.** Si la grande diversité des acceptions que peut revêtir l'intérêt social a été soulignée<sup>932</sup>, il faut étudier quelles fonctions les décisions de jurisprudence permettent d'assigner à l'intérêt social. Depuis le célèbre arrêt *Schuman/Picard*, on sait que la Cour de cassation définit l'abus de majorité comme la décision prise contre l'intérêt de la société dans l'unique dessein de favoriser les intérêts des majoritaires<sup>933</sup>. De même, l'abus de minorité est sanctionné lorsque, par son vote, l'associé minoritaire prend une décision contraire à l'intérêt de la société en empêchant la réalisation d'une opération essentielle pour celle-ci et dans l'unique dessein de favoriser ses propres intérêts au détriment de l'ensemble des autres associés<sup>934</sup>. Les hypothèses d'abus dans l'exercice du droit de vote renvoient à un conflit entre associés. En effet, la société est, d'après l'article 1832 du code civil, instituée en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter et doit, d'après l'article 1833 du code civil, être constituée dans l'intérêt commun des associés. Ainsi, les abus de majorité constituent souvent une rupture d'égalité entre les associés, en privant les minoritaires de leur droit au dividende en raison d'une mise en réserve abusive. Les abus de minorité, s'ils mettent de plus en péril la société, sanctionnent aussi un comportement égoïste incompatible avec l'engagement commun des associés. Cette logique se retrouve dans certaines décisions rendues en cas d'abus de biens sociaux<sup>935</sup>, lorsque les associés majoritaires

---

*l'intérêt commun des associés et des tiers prenant part, en qualité de salariés, de collaborateurs, de donneurs de crédit, de fournisseurs, de clients ou autrement, au développement de l'entreprise qui doit être réalisé dans des conditions compatibles avec l'accroissement ou la préservation des biens communs.* »

<sup>931</sup> Code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées Afep-Medef, révisé en janvier 2020.

<sup>932</sup> A. Couret, « L'intérêt social », *CDE* 1996, suppl. n° 4, p. 1.

<sup>933</sup> Cass. com., 18 avr. 1961, n° 59-11.394, *Bull. civ.* IV, n° 175 ; *JCP* 1961, II, 12164, note D. B.

<sup>934</sup> Cass. com., 15 juillet 1992, n° 90-17.216, *Bull. civ.* IV, n° 279, p. 194 ; *D.* 1993, jur., p. 279, note H. Le Diascorn ; *JCP G* 1992, II, 21944, note J.-F. Barbiéri ; *JCP E* 1992, II, 375, p. 285, note Y. Guyon ; *Rev. sociétés* 1993, p. 400, note P. Merle ; *RTD com.* 1993, p. 112, obs. Y. Reinhard.

<sup>935</sup> C. com., art. L. 241-3, 4° : « *Est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 375 000 euros : Le fait, pour les gérants, de faire, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'ils savent contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement* ».

s'octroient en qualité de dirigeants des avantages excessifs<sup>936</sup>. Dans ces conditions, l'intérêt social vient simplement garantir le respect d'une égalité de traitement des associés, ce qui est peu utile afin de définir en soi l'intérêt de la société voire un éventuel intérêt de l'entreprise. Dans de nombreuses autres hypothèses, l'intérêt social protège moins l'intérêt des associés que le patrimoine de la société.

**239. L'intérêt social, outil de protection du patrimoine de la société.** La contrariété à l'intérêt social est, en effet, parfois sanctionnée par les juges alors même que les décisions ont été prises à l'unanimité des associés, ce qui laisse davantage place à une confrontation entre l'intérêt de la société et celui des associés. Si les abus de majorité semblent avant tout garantir l'égalité des associés, les nouveaux dirigeants d'une société sont recevables à agir en nullité de l'acte abusif, en dépit du fait qu'aucun minoritaire n'a agi auparavant<sup>937</sup>. S'agissant toujours de l'abus de biens sociaux, la chambre criminelle a refusé de prendre en compte une décision unanime des associés destinée à couvrir l'abus commis par un dirigeant<sup>938</sup>. Il en va de même lorsque la Cour de cassation juge qu'une sûreté consentie par une SCI doit être annulée pour contrariété à l'intérêt social, quand bien même elle résulterait du consentement unanime des associés<sup>939</sup>. En la matière, une synthèse de la jurisprudence montre que sont « *contraires à l'intérêt social les sûretés dont l'exécution fait courir un risque de disparition de la société, lorsqu'elles n'ont pas de contrepartie et parfois lorsqu'elles sont disproportionnées au regard des avantages obtenus.* »<sup>940</sup> Il faudrait ici comprendre que la contrariété à l'intérêt social résulterait de l'exposition du patrimoine de la société à un risque excessif<sup>941</sup>.

La logique semble encore la même lorsqu'un acte anormal de gestion est sanctionné en droit fiscal. Sur le fondement des articles 38 et 209 du code général des impôts, le Conseil d'État refuse de déduire du bénéfice imposable les opérations « *qui, en raison de leur objet ou*

<sup>936</sup> Cass. crim., 15 oct. 1998, n° 97-80.757, Inédit ; *Rev. sociétés* 1999, p. 184, note B. Bouloc.

<sup>937</sup> Cass. com., 21 janv. 1997, n° 94-18.883, *Bull. civ. IV*, n° 26, p. 24 ; *JCP E* 1997, jurispr. 965, note J.-J. Daigre ; *Dr & patr.* avr. 1997, p. 76, obs. J.-P. Bertrel ; *BJS* 1997, p. 312, note P. Le Cannu ; *Rev. sociétés* 1997, p. 527, note B. Saintourens.

<sup>938</sup> Cass. crim., 30 sept. 1991, n° 90-83.965, Inédit ; *Rev. sociétés* 1992, p. 356, note B. Bouloc ; *Bull. Joly* 1992, p. 153, note D. Baraderie.

<sup>939</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 sept. 2012, n° 11-17.948, *Bull. civ. III*, n° 121 ; *D.* 2012, p. 2166, obs. A. Lienhard ; *ibid.* 2013, p. 1706, obs. P. Crocq ; *ibid.*, p. 2729, obs. E. Lamazerolles ; *Rev. sociétés* 2013, p. 16, note A. Viandier ; *Dr. sociétés* 2012, comm. 178, p. 14, note R. Mortier ; *RTD civ.* 2012, p. 754, obs. P. Crocq ; *BJS* 2012, p. 831, note D. Poracchia.

<sup>940</sup> R. Dalmau, « La nullité des sûretés consenties par les sociétés civiles en garantie des dettes d'autrui : un ouvrage encore sur le métier. À propos de décisions récentes de la Cour de cassation », *Rev. sociétés* 2018, n° 17, p. 491.

<sup>941</sup> M. Germain, « Sur une jurisprudence de l'intérêt social », in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique. Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu*, Dalloz-Lextenso-IRJS-Transactive, 2014, n° 22, p. 297.

*de leurs modalités, sont étrangères à une gestion commerciale normale* »<sup>942</sup>. Dans sa jurisprudence, le Conseil applique parfois cette théorie de l'acte de gestion anormal à des décisions émanant de l'assemblée générale des associés. L'administration fiscale contrôle, par exemple, des opérations dans lesquelles un emprunt est décidé par l'assemblée générale afin de racheter les parts d'un associé qui sort du capital de la société. Le Conseil d'État a jugé qu'une telle déduction peut « être remise en cause par l'administration si l'opération de rachat financée par ces emprunts n'a pas été réalisée dans l'intérêt de la société »<sup>943</sup>. L'intérêt de la société vient à nouveau restreindre la liberté des associés lorsque ces derniers remettent en cause l'intégrité du patrimoine de la société. En effet, la déduction de ces charges prive l'État d'une part du prélèvement sur le bénéfice imposable mais expose aussi la société qui perd des ressources en raison de l'opération. S'il paraît légitime de diminuer cette charge du bénéfice imposable lorsqu'elle résulte d'opérations utiles à l'activité économique, cette diminution l'est moins lorsque l'opération n'a été envisagée que dans le profit des associés<sup>944</sup>. Toutefois, le Conseil d'État est venu préciser que l'administration ne devait pas « se prononcer sur l'opportunité des choix de gestion opérés par l'entreprise et notamment pas sur l'ampleur des risques pris par elle pour améliorer ses résultats »<sup>945</sup>.

**240. La justification de la fonction de protection du patrimoine de la société.** La jurisprudence sur l'intérêt social semble ainsi démontrer que les associés ne peuvent guère adopter de décisions qui entrent frontalement en contradiction avec l'objectif de prospérité de la société<sup>946</sup>. Cette limite à la volonté des associés peut s'expliquer par l'obligation qui leur est faite de respecter l'affectation de leur apport. Affecter signifie soumettre un bien à un usage déterminé et explique pourquoi le propriétaire du bien ne peut plus en user librement après cette affectation<sup>947</sup>. Les titres sociaux étant reçus en contrepartie des apports, les droits auxquels ils donnent accès doivent être exercés conformément à l'affectation de ces apports, à savoir la constitution de la société en vue de partager le bénéfice qui pourra en résulter. Ce bénéfice découle de l'existence de la société, ce qui explique que les associés ne peuvent pas, par

<sup>942</sup> CE, 30 juin 2008, n° 291710, *Sté civile du groupe Comte*, *Dr. fisc.* 2008, n° 42, comm. 541, concl. E. Glaser, note A. Bonnet.

<sup>943</sup> CE, 15 févr. 2016, n° 376739, *SNC Pharmacie Saint-Gaudinoise*, *Dr. fisc.* 2017, n° 5-6, chron. C. Acard ; *Dr. fisc.* 2017, n° 10, concl. F. Aladjidi.

<sup>944</sup> V. D. Gutmann, *Droit fiscal des affaires*, Montchrestien, 12<sup>e</sup> éd., 2021, n° 623, p. 399 ; C. Prieto, *La société contractante*, préf. J. Mestre, PUAM, 1994, n° 73, p. 61.

<sup>945</sup> CE, sect., 13 juill. 2016, n° 375801, *Dr. sociétés* 2016, p. 39, obs. J.-L. Pierre ; *RD fisc* 2016, p. 69, note O. Fouquet. V. ég. O. Fouquet, « L'immixtion de l'administration fiscale dans la gestion des entreprises : halte au feu ! », *Rev. adm.* 2014, p. 485 ; J.-L. Médus, « Acte anormal de gestion et théorie du risque excessif en fiscalité », *JCP E* 2016, 1551, p. 55 ; sur l'application de cette idée selon laquelle l'intérêt social ne doit pas amener le juge à se prononcer sur l'opportunité de la décision, v. J. Bissara, « L'intérêt social », *Rev. sociétés* 1999, p. 16.

<sup>946</sup> D. Poracchia et D. Martin, « Regard sur l'intérêt social », *Rev. sociétés* 2012, n° 9, p. 478.

<sup>947</sup> S. Guinchard, *L'affectation des biens en droit privé français*, préf. R. Nerson, LGDJ, 1976.

l'exercice de leurs droits, aller jusqu'à remettre en cause son existence, ou faire supporter par l'ensemble des contribuables le coût d'une opération qui n'est pas nécessaire à l'activité. Il existerait donc un intérêt propre à la personne morale qui consisterait à préserver son patrimoine afin de ne pas compromettre sa survie. La chambre commerciale a, par exemple, reconnu la responsabilité d'un dirigeant qui avait contribué à l'insuffisance d'actif d'une société cible en incitant à procéder à une distribution exceptionnelle de dividendes excessive au regard de l'état financier de la société cible<sup>948</sup>.

S'agissant des cautionnements octroyés par des SCI familiales, la distinction entre l'intérêt des associés et l'intérêt propre de la personne morale peut toutefois sembler mince. À l'occasion d'une affaire portant sur la contrariété de ces cautionnements à l'intérêt social, la Cour de cassation a jugé que la nullité encourue était absolue<sup>949</sup>. Le nouvel article 1179 du code civil dispose que « *La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général. Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé.* » De plus, l'article 1180 du même code précise que la demande de nullité absolue est ouverte à toute personne justifiant d'un intérêt. Si l'intérêt social correspond bien à l'intérêt propre de la société, c'est-à-dire à un intérêt privé, la solution de la Cour de cassation a de quoi surprendre<sup>950</sup>. À cela, il a été répondu que la solution pourrait s'expliquer par le fait que le risque patrimonial a des conséquences pour les créanciers de la société. En remettant en cause le droit de gage général des créanciers, le cautionnement porterait ainsi atteinte à l'intérêt général<sup>951</sup>.

S'agissant d'une société civile, la remise en cause de la prospérité de la société est atténuée par le fait que les associés répondent, certes à proportion de leur part dans le capital social, indéfiniment des dettes sociales. Dans ces conditions, le gage commun des créanciers d'une SCI ne se limite pas au patrimoine de la société. Toutefois, s'agissant de sociétés à risque limité, l'argument serait bien plus décisif. En effet, dans la mesure où la constitution d'une société à responsabilité limitée permet de protéger le patrimoine des associés, il paraît légitime de restreindre les droits de ces derniers en leur interdisant d'exposer la société à un risque excessif. Cette logique se retrouve s'agissant de l'acte anormal de gestion. La déduction des

<sup>948</sup> Cass. com., 25 octobre 2011, n° 10-23.671, Inédit ; *BJS* 2012, p. 243, note D. Poracchia ; *BJE* 2012, p. 98, note T. Favario ; *Rev. proc. coll.* 2013, comm. 82, p. 34, note A. Martin Serf.

<sup>949</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 18 oct. 2017, n° 16-17.184, *Bull. civ.* I, n° 223 ; *AJ Contrat* 2017, p. 546, obs. G. Piette ; *JCP G* 2017, Chron. 1269, obs. Y.-M. Sérinet ; *RD bancaire et fin.* 2017, n° 6, comm. 243, note D. Legeais ; *Banque et Droit*, nov.-déc. 2017, p. 62, note N. Rontchevsky ; *BJS* févr. 2018, n° 117h7, p. 76, obs. E. Schlumberger.

<sup>950</sup> D. Legeais, note sous Cass. 1<sup>er</sup> civ., 18 oct. 2017, 16-17.184, *RD bancaire et fin.* 2017, n° 6, comm. 243.

<sup>951</sup> E. Schlumberger, obs. sous Cass. 1<sup>er</sup> civ., 18 oct. 2017, 16-17.184, *BJS* févr. 2018, n° 17h7, n° 13, p. 79.



charges du bénéficiaire imposable signifie que les associés peuvent recevoir un dividende plus important. Cette aspiration est légitime à la condition que la charge déduite résulte de l'activité de la société car, dans l'hypothèse inverse, les associés auraient supporté directement le coût de l'opération.

**241. Exclusion de l'intérêt des tiers.** L'idée de la protection du patrimoine de la société mérite une précision s'agissant des personnes pouvant agir à cette fin. Si la protection de l'intérêt social relève d'une nullité absolue, c'est-à-dire de la protection de l'intérêt général, il n'est pas certain que cela doive conduire à inclure l'intérêt des créanciers de la société dans l'intérêt social. Certes, la Cour de cassation a précisé « *qu'est ouverte à toute personne justifiant d'un intérêt légitime l'action tendant à faire déclarer la nullité d'un acte ou d'une délibération d'une société commerciale affecté d'un vice de portée générale* »<sup>952</sup>. Toutefois, il est douteux que cette solution permette aux créanciers de la société de se prévaloir de l'atteinte à leurs intérêts, pour demander la nullité du cautionnement, en raison du caractère indirect du préjudice. Une telle action devrait plutôt remplir les conditions de droit commun, c'est-à-dire l'action paulienne qui nécessite la démonstration d'une fraude<sup>953</sup>. L'exclusion de l'intérêt à agir des tiers est certaine s'agissant de l'abus de biens sociaux. La chambre criminelle juge, en effet, que « *le délit d'abus des biens ou du crédit d'une société ne cause de préjudice direct qu'à la société elle-même et à ses actionnaires et que les créanciers de la société ou les tiers ne peuvent invoquer devant le juge pénal un préjudice qui, à le supposer établi, ne serait qu'indirect* »<sup>954</sup>. De même, les salariés ne peuvent solliciter la sanction d'un abus de majorité ou de minorité<sup>955</sup>. Dès lors, il faut constater avec un auteur que « *Si la notion d'intérêt social intégrait véritablement, même en les transcendant, les différents intérêts catégoriels présents au sein de l'entreprise, les solutions contraires se seraient sans doute imposées.* »<sup>956</sup>

En définitive, l'intérêt social est une notion qui permet de veiller à l'égalité entre les associés et surtout à la protection du patrimoine qui résulte de leur apport. La modification issue de la loi *PACTE* semble simplement confirmer le droit positif<sup>957</sup>. Les limites à l'exercice des

<sup>952</sup> Cass. com., 17 janv. 1989, n° 86-18.966, *Bull. civ.* IV, n° 29, p. 18 ; *BJS* 1989, p. 247, note P. Le Cannu.

<sup>953</sup> C. civ., art. 1341-2.

<sup>954</sup> Cass. crim., 27 juin 1995, n° 94-84.648, *Bull. crim.*, n° 236, p. 664 ; *Rev. sociétés* 1995, p. 746, note B. Bouloc ; *BJS* 1995, p. 1047, note P. Le Cannu.

<sup>955</sup> Cass. crim., 27 nov. 1991, n° 89-86.983, *Bull. crim.*, n° 439, p. 1121 ; *BJS* 1992, p. 405, note Y. Streiff. Sur la question, v. ég. A. Dekeuwer, « Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux », *JCP E* 1995, 500.

<sup>956</sup> A. Constantin, « L'intérêt social : quel intérêt ? », in *Études offertes à Barthélemy Mercadal*, Éditions Francis Lefebvre, 2002, n° 27, p. 317 ; en ce sens, v. ég. A. Pirovano, « La fonction sociale des droits : réflexions sur le destin des théories de Josserand », *D.* 1972, chron., p. 67.

<sup>957</sup> Il n'est même pas certain qu'il s'agisse d'une consécration de toute la jurisprudence sur la question dans la mesure où l'intérêt social sert à contrôler plus largement que les seuls actes de gestion au sens strict : v. J. Heinich, « Intérêt propre, intérêt supérieur, intérêt social », *Rev. sociétés* 2018, n° 16, p. 572.

droits des associés ou des dirigeants peuvent s'expliquer par les avantages que procure la création d'une personne morale. En contrepartie de la limitation de leur responsabilité aux apports, ou à la déductibilité des charges afférentes à l'activité, les associés doivent respecter l'affectation de leur apport à savoir l'exercice d'une activité économique. Autrement dit, les associés doivent exercer leurs droits sociaux sans porter une atteinte injustifiée au patrimoine de la personne morale qu'ils ont créée. En ce sens, ils ne sont pas libres de faire tout ce qu'ils veulent de la société.

Toutefois, l'intérêt social ne protège que le patrimoine de la société et n'intègre pas directement la prise en charge de l'intérêt de tiers. Il n'est donc pas possible d'y voir une consécration d'un intérêt transcendantal de l'entreprise. Ces développements montrent ainsi que, s'il est possible de caractériser un intérêt de l'entreprise à partir de la notion d'intérêt social, il faut seulement l'entendre comme la préservation du patrimoine de la société afin de ne pas compromettre l'activité de la société.

Le lien établi entre la préservation de l'activité économique et la protection du patrimoine se retrouve à l'étude de l'habilitation des mandataires de justice à exercer les droits des créanciers ou du débiteur.

## II. La préservation du patrimoine du débiteur en difficulté

### **242. L'intérêt de l'entreprise entendu comme la protection du patrimoine du débiteur.**

La logique des développements sur la protection du patrimoine de la société *in bonis* s'applique aux habilitations des mandataires de justice à agir dans l'intérêt collectif des créanciers ou à exercer les droits du débiteur. En préservant le patrimoine du débiteur, le mandataire judiciaire comme l'administrateur judiciaire conservent les chances de redresser l'entreprise. À cet égard,

---

Il n'est pas plus assuré que l'introduction de « *la prise en considération des enjeux sociaux et environnementaux* » dans la gestion de la société change véritablement la donne. Comme cela a été souligné, la notion de prise en considération semble vouée à n'avoir qu'une portée fort limitée en pratique. Soit « *la considération est seulement la vision panoramique du monde extérieur par les organes décisionnaires de la société, qui ont accepté en pleine conscience les conséquences de leur choix.* » (M. Germain, « Les propositions du Club des juristes », *Rev. sociétés* 2018, n° 9, p. 566.) En somme, le dirigeant remplirait son obligation dès lors qu'il est en mesure de prouver qu'il s'est interrogé sur les conséquences de ses choix, ce qui est fort peu contraignant.

Soit il faut comprendre que le juge peut désormais opérer un véritable contrôle de la gestion de la société au regard de considérations sociales ou environnementales. Cette approche conduit alors à soumettre l'organe de gestion d'une société à des injonctions potentiellement contradictoires. Or, face au conflit d'intérêts, il sera difficile de reprocher au dirigeant de privilégier l'intérêt des associés dans la mesure où l'article 1833 alinéa 1 demeure applicable. Plutôt que de demander une improbable conciliation des intérêts au dirigeant, en modifiant la notion d'intérêt social, il incombe surtout au législateur de définir des obligations concrètes à la charge des sociétés en matière de droit social ou de l'environnement (P.-H. Conac, « La société et l'intérêt collectif : la France seule au monde ? », *Rev. sociétés* 2018, n° 8, p. 560).

il faut souligner la proximité entre le rôle joué par la préservation du patrimoine dans la jurisprudence portant sur la gestion des sociétés et l'action intentée l'intérêt collectif des créanciers, définie par l'arrêt de la Cour de cassation du 2 juin 2015 comme l'action qui tend à la protection et à la reconstitution du gage commun des créanciers. Dans les deux hypothèses, la préservation de l'activité économique passe par la protection du patrimoine. Si l'administrateur judiciaire et, le cas échéant, le liquidateur judiciaire exercent simplement les droits du débiteur, leur action conduit exactement au même résultat qu'est la préservation du patrimoine. Le lien alors établi entre le patrimoine du débiteur et la sauvegarde de l'activité économique explique pourquoi un auteur a pu qualifier le patrimoine de « *socle du droit des procédures collectives* » tout en soulignant les limites d'une approche centrée sur la notion d'entreprise<sup>958</sup>.

La première partie de l'étude a montré les limites de la distinction entre la fonction d'administration de l'entreprise et de défense des créanciers. En effet, l'action intentée dans l'intérêt collectif des créanciers comme l'exercice des droits du débiteur reviennent tous les deux à reconstituer le patrimoine du débiteur. Cela n'a rien de surprenant dans la mesure où le patrimoine du débiteur, que l'administrateur peut être amené à préserver lorsqu'il exerce les droits du débiteur, constitue également le gage commun des créanciers défendu par le mandataire judiciaire. À cet égard, les habilitations à agir, prévues par les articles L. 622-20 et L. 631-14 du code de commerce contribuent toutes les deux à la sauvegarde de l'entreprise, ce qui correspond bien à la logique qui irrigue le droit des entreprises en difficulté depuis la loi du 25 janvier 1985. Encore faut-il expliquer pourquoi, sur le plan technique, les mandataires de justice peuvent exercer les droits de personnes qu'ils ne représentent pas sans qu'il ne soit nécessaire d'obtenir leur consentement.

## SECTION 2 : L'HABILITATION À EXERCER DES ACTIONS EN SUBSTITUTION DANS L'INTÉRÊT DE L'ENTREPRISE

**243. Plan de la section.** Les mandataires de justice sont habilités à exercer les droits du débiteur et des créanciers sans les représenter. Techniquement, ils sont donc habilités à exercer des actions en substitution<sup>959</sup>. Le ministre de l'Économie ou les syndicats peuvent également

<sup>958</sup> B. Soinne, « L'«entreprise» et les lois de 1984 et 1985 », *Rev. proc. coll.* 2002, n° 2, p. 20.

<sup>959</sup> M. Ferrari a également proposé d'analyser les prérogatives du liquidateur judiciaire sous l'angle d'une action en substitution du débiteur dans l'intérêt collectif des créanciers (B. Ferrari, *Le dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire. Contribution à l'étude de la situation du débiteur sous procédure collective*, préf. P.-M. Le Corre, LGDJ, 2021, n°s 235 et s., pp. 144 et s). La présente étude partage l'analyse technique de l'auteur lorsqu'il

être habilités à se substituer aux victimes de pratiques restrictives de concurrence ou aux salariés. Si ces actions permettent de réparer les préjudices subis par les victimes, elles sont aussi destinées à faire respecter l'ordre public social ou concurrentiel. En ce sens, les actions en substitution en droit du travail ou de la concurrence contribuent à la défense de l'intérêt général (§ 1). Cette logique s'applique aux prérogatives des mandataires de justice. Lorsqu'ils agissent dans l'intérêt collectif des créanciers ou en exercent les droits du débiteur, les mandataires de justice reconstituent le patrimoine de ce dernier. Or, la reconstitution du patrimoine contribue à la préservation de l'activité économique, ce qui correspond à l'objectif d'intérêt général qui a motivé la loi du 25 janvier 1985. En ce sens, ces actions en substitution des mandataires de justice participent également à la poursuite de l'intérêt général (§ 2).

§ 1 : L'action en substitution en droit du travail et des pratiques restrictives de concurrence

**244. Plan du paragraphe.** Le droit du travail comme le droit de la concurrence permettent d'appréhender l'enjeu lié à la finalité de l'habilitation à agir lorsqu'il est question d'actions en substitution. Le ministre de l'Économie est habilité, en vertu de l'article L. 442-4 du code de commerce, à intenter les actions en responsabilité et en nullité prévues en cas de pratiques restrictives de concurrence. La Cour de cassation a jugé qu'il pouvait agir malgré l'opposition de la victime de la pratique<sup>960</sup>. En revanche, en droit du travail, le substitut ne peut agir lorsque le salarié s'y oppose<sup>961</sup>. Cette différence de régime peut s'expliquer par la finalité de l'habilitation à exercer l'action d'autrui. Le syndicat est habilité à agir afin de protéger le salarié dont la situation de faiblesse par rapport à l'employeur pourrait le dissuader d'agir. Si les syndicats sont par ailleurs habilités à agir en défense de l'intérêt collectif de la profession, leurs actions en substitution restent destinées avant tout à protéger le salarié, qui demeure libre de s'opposer à l'action du syndicat. Pour sa part, le ministre de l'Économie agit davantage afin de faire respecter l'ordre public concurrentiel que pour défendre la victime des pratiques restrictives de concurrence. Partant, cette dernière ne peut s'opposer à l'action du ministre de

---

identifie le mécanisme de substitution. Toutefois, le champ d'analyse retenu par M. Ferrari, se limitant à la liquidation judiciaire, paraît empêcher de tirer toutes les conséquences que l'analyse en termes de substitution offre. En effet, il semble que la substitution à l'œuvre dans le droit des procédures collectives ne tend pas seulement, ni nécessairement, à la défense de l'intérêt collectif des créanciers mais révèle davantage la participation des mandataires de justice, depuis la loi du 25 janvier 1985, à une mission d'intérêt général, ce que le prochain développement tentera de démontrer.

<sup>960</sup> Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-16.761, *Bull. civ.* IV, n° 143 ; *D.* 2008, p. 2067, note E. Chevrier ; *ibid.*, p. 3046, note M. Bandrac ; *ibid.*, p. 2749, note M.-L. Béval et R. Salomon ; *JCP E* 2008, 2143, note A. Ballot-Léna ; *Contrats, conc. consom.* 2008, comm. 237, p. 27, note M. Malaurie-Vignal.

<sup>961</sup> Cons. constit., 25 juill. 1989, DC, n° 89-257, *Dr. soc.* 1989, p. 701, note X. Prétot ; *AJDA* 1989, p. 796, note F. Benoît-Röhmer.

l'Économie et, à cet égard, l'habilitation à agir du ministre peut apparaître comme une instrumentalisation des droits de la victime afin d'assurer le bon fonctionnement du marché. Autrement dit, par effet de contraste, l'action en substitution du syndicat (I) met en relief la spécificité de celle du ministre de l'Économie intentée dans une finalité d'intérêt général (II).

### I. L'habilitation des syndicats à exercer les droits des salariés

**245. Les conditions de l'action en substitution des syndicats.** Le code du travail prévoit plusieurs actions en substitution des syndicats pour lesquelles ils sont habilités à exercer les droits d'un salarié. Les domaines dans lesquels les syndicats peuvent agir sont divers<sup>962</sup>. Le code du travail précise les conditions pour exercer les actions en substitution et, notamment, une condition de représentativité du syndicat que l'on trouve pour la plupart de ces actions en substitution<sup>963</sup>. De plus, les syndicats ont l'obligation d'informer le salarié avant d'agir bien qu'ils n'aient pas besoin d'un mandat de celui-ci, sauf pour l'action intentée en cas de harcèlement où le salarié doit donner un accord écrit afin que le syndicat exerce cette action<sup>964</sup>. En revanche, les textes sont muets s'agissant de l'intérêt dans lequel les syndicats agissent lorsqu'ils mettent en œuvre ces actions en substitution. S'interroger sur la finalité de cet intérêt à agir semble pourtant d'autant plus nécessaire que les syndicats peuvent exercer l'action d'un salarié sans que ce dernier y consente explicitement, ce qui peut sembler remettre en cause la liberté personnelle de ce salarié.

**246. La liberté d'action du salarié.** D'aucuns ont critiqué l'existence de cette action en substitution exercée sans consentement du débiteur, désapprouvant ainsi une privation de la liberté individuelle du salarié et l'organisation d'une « *tutelle syndicale* »<sup>965</sup>. D'autres, au contraire, ont déploré un « *cadeau empoisonné* » qui confère une couleur injustement bureaucratique et déconnectée à l'action des syndicats, qui accompagnent pourtant le plus

<sup>962</sup> Discrimination à l'embauche (C. trav., art. L. 1134-2), discrimination fondée sur le sexe, la situation de famille ou la grossesse (C. trav., art. L. 1144-2), harcèlement (C. trav., art. L. 1154-2), respect des règles du licenciement pour motif économique (C. trav., art. L. 1235-8), du contrat à durée déterminée (C. trav., art. L. 1247-1), du contrat de travail conclu avec une entreprise de travail temporaire (C. trav., art. L. 1251-59), du contrat conclu avec un groupement d'employeurs (C. trav., art. L. 1253-16), en application des conventions et accords collectifs (C. trav., art. L. 2262-9), des règles régissant le travail à domicile (C. trav., art. L. 7423-2) ou en faveur des salariés étrangers (C. trav., art. L. 8255-1).

<sup>963</sup> Sauf pour l'application des conventions et accords collectifs (C. trav., art. L. 2262-9) et le respect des règles régissant le travail à domicile (C. trav., art. L. 7423-2).

<sup>964</sup> C. trav., art. L. 1154-2.

<sup>965</sup> V. Cottureau, « Une innovation : la tutelle syndicale instituée par le nouvel article L.321-15 du Code du travail », *SSL* 1989, n° 476, p. 560.

souvent les salariés dans leurs actions en justice sans aspirer à agir à leur place<sup>966</sup>. Une autre partie de la doctrine approuve enfin cette action en substitution des syndicats y voyant « *un instrument de l'effectivité des droits reconnus à des salariés particulièrement vulnérables* »<sup>967</sup>.

La constitutionnalité de loi habilitant les syndicats à agir afin de faire respecter les règles du licenciement économique a été contestée par les contempteurs du mécanisme qui critiquaient le fait que les syndicats soient dispensés d'obtenir le consentement exprès du salarié. Les auteurs de la saisine soutenaient que cette action violait le Préambule de la Constitution de 1946 disposant que « *tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix* », le Préambule liant, selon eux, « *la défense des droits individuels d'un travailleur par un syndicat à son adhésion à ce syndicat* »<sup>968</sup>. De plus, toujours selon les requérants, cette disposition violait l'article premier de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, aux termes de laquelle « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* », dans la mesure où elle placerait « *les organisations syndicales au-dessus des individus ; qu'il est ainsi porté atteinte à la liberté des salariés et notamment à leur liberté de conscience* »<sup>969</sup>. Toutefois, le Conseil constitutionnel, après avoir précisé que « *les modalités de mise en œuvre des prérogatives reconnues aux organisations syndicales doivent respecter la liberté personnelle du salarié* », a jugé que le législateur pouvait introduire une telle action « *à la condition que l'intéressé ait été mis à même de donner son assentiment en pleine connaissance de cause et qu'il puisse conserver la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts et de mettre un terme à cette action* ». S'agissant de la loi déférée, le Conseil constitutionnel a jugé que ces conditions étaient remplies. Il a néanmoins émis une réserve d'interprétation selon laquelle la disposition contestée implique que la lettre adressée au salarié comporte toutes les précisions utiles sur la nature et l'objet de l'action exercée, sur la portée de son acceptation et sur le droit à lui reconnu de mettre un terme à tout moment à cette action et que le syndicat justifie, lors de l'introduction de l'action, que le salarié a eu personnellement connaissance de la lettre comportant les mentions requises. Par cette décision, le Conseil constitutionnel valide donc le principe de l'action en substitution pourvu que le salarié soit informé en temps utile de l'action mais ne précise pas pour autant l'intérêt dans lequel les

<sup>966</sup> M. Cohen, « Le droit de substitution, cadeau empoisonné aux syndicats », *Dr. soc.* 1990, p. 791.

<sup>967</sup> A. Supiot, « La protection du droit d'agir », *Dr. soc.* 1985, p. 774.

<sup>968</sup> Cons. constit., 25 juill. 1989, DC, n° 89-257, § 21.

<sup>969</sup> *Ibid.*

syndicats agissent. Étudier la nature juridique de cette action permet en revanche de se prononcer sur la finalité dans laquelle elle est exercée.

**247. Le caractère autonome de l'action du syndicat.** Une discussion existait quant au point de savoir si l'action en substitution des syndicats devait être qualifiée d'action en représentation du salarié. La Cour de cassation a explicitement rejeté une telle qualification en préférant celle d'action en substitution. L'enjeu n'était pas théorique car c'est l'absence de représentation qui justifie pour la Cour de cassation que le syndicat n'est pas tenu d'identifier les salariés en cas de pourvoi en cassation<sup>970</sup>. C'est également parce qu'il ne s'agit pas d'une action en représentation que le défaut d'information du salarié est sanctionné par une fin de non-recevoir, au sens de l'article 122 du code de procédure civile, et non par un défaut de pouvoir au sens de l'article 117. La chambre sociale juge ainsi que le défaut d'information du salarié, au jour où l'action était introduite, était une cause d'irrecevabilité qui pouvait être régularisée, conformément à l'article 126 du code de procédure civile. Partant, si le conseil de prud'hommes statue après le délai imparti pour informer le salarié, la cause d'irrecevabilité a disparu et l'action doit être jugée recevable<sup>971</sup>.

En vérité, la qualification d'action en substitution s'imposait dans la mesure où elle seule explique techniquement que le salarié puisse intervenir à l'instance à côté du syndicat. En effet, si l'action du syndicat habilitait ce dernier à représenter le salarié à l'instance, cela signifierait que le représenté interviendrait dans une instance à laquelle son représentant est déjà partie<sup>972</sup>. En d'autres termes, bien que liée à l'action du salarié, l'action du syndicat est une action autonome. C'est ce caractère autonome qui permet de cerner plus finement le mécanisme de l'action en substitution et la finalité de l'intérêt à agir du syndicat.

**248. L'intérêt à agir du syndicat.** Qu'elle soit jugée opportune ou non, l'action en substitution repose sur la volonté de protéger un salarié qui ne serait pas en mesure d'exercer ses droits. Ce dernier peut toujours agir individuellement et doit alors montrer, selon les règles ordinaires de procédure, en quoi il a intérêt à agir. Si la loi donne qualité à agir au syndicat, il reste à se demander s'il doit également démontrer son intérêt à agir. En effet, le fait que l'action soit une action en substitution ne dispense pas nécessairement le substitut de la démonstration

<sup>970</sup> Cass. soc., 1<sup>er</sup> févr. 2000, n° 98-46.201, *Bull. civ.* V, n° 53, p. 44 ; *JCP G* 2001, II, 10451, p. 33, note E. Jeuland.

<sup>971</sup> *Ibid.*

<sup>972</sup> E. Jeuland, note sous Cass. soc., 1<sup>er</sup> févr. 2000, n° 98-46.201, *JCP G* 2001, II, 10 451, p. 33.

de son intérêt à agir. Par exemple, en matière d'action oblique, le créancier doit démontrer son intérêt personnel à exercer l'action de son débiteur<sup>973</sup>.

La jurisprudence comme la doctrine sont peu disertes sur la question. Une première approche peut consister à considérer que le syndicat peut agir dès lors que le salarié y a lui-même intérêt. Cela signifierait que le syndicat n'aurait pas besoin de démontrer d'intérêt personnel à agir. Un auteur estime au contraire que le syndicat doit bien démontrer un intérêt à agir qui peut se confondre, à l'image de l'action oblique et la carence du débiteur, « *avec l'inaction du salarié : le syndicat aura intérêt à agir si le salarié n'engage pas l'action* »<sup>974</sup>. L'inertie du salarié conférerait ainsi un intérêt à agir au syndicat<sup>975</sup>. À raisonner par analogie avec l'action oblique, il faut surtout rappeler que le créancier doit démontrer l'utilité de l'action oblique afin de justifier de son intérêt à agir<sup>976</sup>. S'agissant du syndicat, son intérêt n'est assurément pas matériel. Il ne semble pas pour autant que le syndicat n'ait aucun intérêt à exercer l'action ou que son intérêt se confonde avec celui du salarié. L'étude des finalités de la mission du syndicat permet de s'en convaincre.

**249. Finalité de l'action des syndicats.** En l'absence de décision statuant spécifiquement sur la question de l'intérêt à agir, il est difficile de se prononcer avec certitude. Toutefois, il semble que l'intérêt à agir du syndicat, lorsqu'il exerce une action en substitution, est présumé lorsque les autres conditions de recevabilité de l'action sont réunies. Autrement dit, il s'agirait d'une nouvelle hypothèse dans laquelle la qualité à agir suffit à établir le droit d'agir.

Cette solution peut s'expliquer par la finalité de l'action des syndicats. Il faut rappeler que ces derniers, outre la défense de leurs intérêts propres en tant que personne morale, peuvent exercer deux types d'actions en justice. D'une part, l'action en substitution dont il vient d'être question et, d'autre part, l'action en défense de l'intérêt collectif de la profession qui résulte de leur habilitation, par l'article L. 2131-3 du code du travail, à « *exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent.* » Dans cette dernière hypothèse, les syndicats sont parfois qualifiés d'auxiliaires du ministère public<sup>977</sup>. En effet, leur habilitation à agir est légitimée par

<sup>973</sup> Cass. 1<sup>e</sup> civ., 11 mars 2003, n° 01-12.170, *Bull. civ. I*, n° 65, p. 50.

<sup>974</sup> E. Jeuland, note préc.

<sup>975</sup> Toutefois, l'auteur remarque que l'inaction du salarié peut également s'analyser comme une condition de fond de l'action et de préciser qu'une telle qualification serait juridiquement plus rigoureuse bien qu'elle « *complique, semble-t-il, inutilement la matière en obligeant le juge à s'intéresser au bien-fondé avant la recevabilité de l'action* », *ibid.*, note n° 20, p. 33.

<sup>976</sup> Cass. 1<sup>e</sup> civ., 11 mars 2003, n° 01-12.170, arrêt préc.

<sup>977</sup> F. Petit, « Actualité de l'action syndicale en matière prud'homale », *JCP S* 2016, 1291, n° 5, p. 47 ; J.-M. Verdier, *Syndicats et droit syndical*, t. 5, 1<sup>er</sup> vol., 2<sup>e</sup> éd., in (dir.) G.-H. Camerlynck, *Traité de droit du*



la connaissance qu'ils ont du champ que constitue leur profession. De ce fait, ils sont plus à même de connaître les atteintes à l'ordre public qui peuvent s'y produire, ce qui justifie de leur confier des « *prérogatives analogues à celles du ministère public, afin de remplir une mission de surveillance, de contrôle, de défense de tout un secteur économique ou professionnel.* »<sup>978</sup>

Cette action leur permet ainsi de veiller, notamment, au respect de l'ordre public social.

Lorsque les syndicats exercent une action en substitution, leur rôle reste sûrement le même. Comme cela a pu être souligné, « *en agissant à la place du salarié directement concerné par la violation de ses droits, le syndicat veille au respect de la légalité.* »<sup>979</sup> Certes, l'action en substitution sert les intérêts du salarié mais, au-delà, elle assure que la loi est respectée, ce qui profite aussi au reste de la collectivité des salariés. Un auteur relève qu'« *il s'agit ici d'éviter que les règles de droit ne restent lettre morte ; il en va de l'intérêt immédiat du salarié qui, dans l'inaction, ne pourra obtenir réparation de son préjudice ; il en va également des intérêts de la collectivité professionnelle ; il en va surtout de l'intérêt général, car l'État ne peut se satisfaire de l'abandon par les salariés de leurs droits pour des raisons contingentes tenant à leur isolement, à leur qualité de travailleur subordonné ou à leur infériorité économique, sociale et culturelle face à l'employeur.* »<sup>980</sup> Sans aller jusqu'à évoquer la défense de l'intérêt général, il est effectivement possible de souligner que « *cette action, qui repose sur une dissociation de l'intérêt à agir de celui protégé par l'action, rend compte de la "fonction sociale" attribuée au syndicat, lequel a pu être comparé à un "agent public".* »<sup>981</sup> Cette idée de « *fonction sociale* » montre que le syndicat n'agit pas seulement dans l'intérêt du salarié substitué.

**250. L'ambivalence de la substitution.** Cette approche montre ainsi l'ambivalence de la finalité de l'action en substitution du syndicat. Du reste, la jurisprudence confirme une certaine proximité entre les deux fondements de l'action syndicale. La Cour de cassation a jugé que le syndicat, qui s'est désisté de son action en substitution, gardait le droit d'intervenir, lorsque le salarié intentait ultérieurement l'action, non plus sur le fondement de l'action en substitution,

---

travail, Dalloz, 1987, n° 195, p. 597 ; C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Dalloz, 36<sup>e</sup> éd., 2022, n° 207, p. 184.

<sup>978</sup> C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *op. cit.*, n° 208, p. 186, les auteurs justifiant cette fonction par la reconnaissance institutionnelle dont jouissent les syndicats amenant certains auteurs à voir dans la profession légalement reconnue « *une entité juridique* ».

<sup>979</sup> S. Rozez, S. Pietrini et G. Busseuil, « Les acteurs spécialement habilités à agir pour la défense d'un intérêt collectif », in (dir.) I. Omarjee et L. Sinopoli, *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel*, Dalloz, 2014, p. 150.

<sup>980</sup> F. Petit, « L'action de substitution, un cadeau promis à un avenir meilleur », *Dr. soc.* 2004, p. 262.

<sup>981</sup> S. Rozez, S. Pietrini et G. Busseuil, art. préc., p. 151.

mais dans l'intérêt collectif de la profession<sup>982</sup>. Il peut donc arriver que, dans une même affaire, le syndicat puisse exercer successivement une action en substitution puis une action dans l'intérêt collectif de la profession. En somme, les deux actions syndicales permettent aux syndicats, selon des modalités différentes, de faire respecter l'ordre public social. Si le syndicat peut agir directement en cas d'atteinte à l'intérêt collectif de la profession, il doit en revanche avertir le salarié lorsqu'il exerce une action en substitution et ce dernier garde le droit de mettre un terme au procès<sup>983</sup>. Dans les deux hypothèses, le syndicat agit dans le même intérêt. Simplement, alors que cet intérêt est discuté lorsque le syndicat agit en défense de la profession, il est admis sans autre forme de vérification lorsqu'il exerce une action en substitution. Autrement dit, l'intérêt à agir semble présumé dans l'action en substitution du syndicat.

En définitive, l'action en substitution, en droit du travail, ne tend pas seulement à protéger le salarié et, techniquement, le syndicat et le salarié ne justifient pas du même intérêt à agir. Toutefois, la volonté du salarié reste primordiale de sorte que le syndicat, bien qu'agissant également dans un intérêt dépassant celui du salarié, ne peut exercer l'action si celui-ci s'y oppose. Ce n'est pas le cas du ministre de l'Économie lorsqu'il agit à la suite d'une pratique restrictive de concurrence, ce qui montre que l'intérêt dans lequel le substitut agit peut parfois s'imposer au substitué.

## II. L'habilitation du ministre de l'Économie à exercer les droits des victimes de pratiques restrictives de concurrence

**251. L'affaire *Le Galec*.** L'étude de l'action du ministre de l'Économie afin de lutter contre les pratiques restrictives de concurrence permet d'approfondir l'analyse du rapport qu'entretiennent la finalité de l'action du substitut et la volonté du substitué. La question de la place du consentement de la victime en cas d'action du ministre s'est posée à l'occasion de l'affaire *Le Galec*. En l'espèce, un groupement d'achats s'est estimé lésé par vingt-trois fournisseurs qui lui ont consenti des contrats de coopération moins favorable qu'à l'un de ses concurrents. Le groupement a passé avec les fournisseurs des accords transactionnels réparant cette atteinte alléguée à la concurrence. Le ministre de l'Économie a assigné le groupement en constatation de la nullité des accords transactionnels, en restitution des sommes perçues et en

<sup>982</sup> Cass. soc., 12 févr. 2008, n° 06-45.397, *Bull. civ.* 2008, V, n° 36 ; *RDT* 2008, p. 321, obs. H. Tissandier ; *ibid.*, p. 404, obs. M. Keller ; *JCP S* 2008, 1445, obs. F. Bousez.

<sup>983</sup> Cass. soc., 1<sup>er</sup> févr. 2000, n° 98-41.624, *Bull. civ.* V, n° 52, p. 41 ; *JCP G* 2001, II, 10 451, p. 33, note E. Jeuland.

paiement d'une amende civile. Le Tribunal de commerce de Nanterre a déclaré le ministre recevable en ses prétentions. La Cour d'appel de Versailles, par un arrêt du 3 mai 2007<sup>984</sup>, a infirmé la décision de première instance en jugeant que le ministre ne pouvait exercer son action qu'à la condition d'obtenir le consentement de la victime des pratiques anticoncurrentielles. Afin de parvenir à cette conclusion, la cour d'appel a analysé l'évolution législative des prérogatives du ministre. Elle constate que la loi du 15 mai 2001 avait élargi les pouvoirs du ministre, en l'habilitant à solliciter la constatation de la nullité des clauses et contrats illicites, la répétition de l'indu et la réparation du préjudice subi par la victime, car les victimes, en position de faiblesse, renonçaient à intenter de telles actions. La cour d'appel précise également que le ministre, en intentant cette action, a recherché le rétablissement des fournisseurs dans leurs droits patrimoniaux individuels afin de défendre et de restaurer l'ordre public économique prétendument troublé par les transactions litigieuses.

Apparaît ici l'ambivalence de l'action du ministre qui tend à la fois à rétablir les droits de la victime mais également à combattre l'atteinte aux règles de la concurrence. Autrement dit, l'enjeu de cette affaire revenait à déterminer si la finalité de défense de l'ordre public économique en tant que tel prévalait sur la défense de l'intérêt personnel des victimes. Une réponse affirmative aurait emporté une dispense pour le ministre de l'obligation d'associer la victime et inversement en cas de réponse négative. La cour d'appel a opté pour la prévalence de la défense des intérêts de la victime. Dès lors, en application de l'article 6.1 de la convention européenne des droits de l'homme consacrant l'accès à la justice non seulement comme un droit mais également une liberté fondamentale, l'action ne pouvait être introduite, selon les juges d'appel, sans informer les fournisseurs titulaires des droits ni les associer à la procédure. La chambre commerciale a censuré cette décision en jugeant, au contraire, que l'action du ministre est « *une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence qui n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs* »<sup>985</sup>.

**252. La nécessité d'informer la victime.** Le fait que l'action du ministre ait pour objectif principal la défense de l'ordre public économique et que ce dernier puisse être ainsi dispensé d'informer la victime de l'action introduite a été vivement critiqué<sup>986</sup>. Cet aspect de la solution a été dénoncé en ce qu'il découlait d'une lecture contestable de l'article 6.1 de la convention

<sup>984</sup> CA Versailles, 3 mai 2007, RG n° 05/9223, D. 2007, p. 2433, obs. E. Chevrier ; *ibid.*, p. 2433, obs. M. Bandrac ; *Contrats, conc. consom.* 2007, comm. 206, note M. Malaurie-Vignal.

<sup>985</sup> Cass. com., 8 juill. 2008, n° 07-16.761, *Bull. civ.* IV, n° 143 ; D. 2008, p. 2067, note E. Chevrier ; *ibid.*, p. 3046, note M. Bandrac ; *ibid.*, p. 2749, note M.-L. Bélaival et R. Salomon ; *JCP E* 2008, 2143, note A. Ballot-Léna ; *Contrats, conc. consom.* 2008, comm. 237, p. 27, note M. Malaurie-Vignal.

<sup>986</sup> L. Veyre, *La notion de partie en procédure civile*, préf. E. Jeuland, IRJS éditions, 2019, n° 520, p. 315.

européenne des droits de l'homme et particulièrement de la liberté d'agir. En effet, que le ministre puisse agir sans autorisation de la victime n'enlève rien au fait que la situation juridique de cette dernière est modifiée lorsque le ministre obtient gain de cause. Partant, il semble nécessaire de laisser le choix à la victime d'intervenir ou non à l'instance<sup>987</sup>. L'évolution sur ce point est intervenue ultérieurement en raison, non pas de la conformité de la solution à la convention européenne des droits de l'homme, mais à la Constitution française. En effet, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a jugé que l'action du ministre de l'Économie n'était pas contraire à l'article 16 de la Constitution, et notamment le droit à un recours effectif qui lui est attaché, sous réserve que les parties soient informées de l'introduction de cette action<sup>988</sup>. Cette exigence a été codifiée à l'article L. 442-4 nouveau du code de commerce issu de l'ordonnance du 24 avril 2019. Toutefois, préciser que la victime doit être informée ne permet pas toujours pas de déterminer précisément la finalité dans laquelle le ministre agit lorsqu'il exerce une telle action.

**253. Le droit d'agir malgré l'opposition de la victime.** La raison pour laquelle le ministre peut agir malgré l'opposition de la victime tient à ce qu'il agit dans l'intérêt général. C'est ce qui ressort explicitement de la décision du Conseil constitutionnel lorsque ce dernier a été amené à se prononcer sur la constitutionnalité de l'action. Il a considéré « *qu'il est loisible au législateur de reconnaître à une autorité publique le pouvoir d'introduire, pour la défense d'un intérêt général, une action en justice visant à faire cesser une pratique contractuelle contraire à l'ordre public ; que ni la liberté contractuelle ni le droit à un recours juridictionnel effectif ne s'opposent à ce que, dans l'exercice de ce pouvoir, cette autorité publique poursuive la nullité des conventions illicites, la restitution des sommes indument perçues et la réparation des préjudices que ces pratiques ont causés, dès lors que les parties au contrat ont été informées de l'introduction d'une telle action* »<sup>989</sup>. Invitée à se prononcer, la Cour européenne des droits de l'Homme a jugé pour sa part que « *le ministre agit avant tout en défense de l'ordre public économique qui n'est pas limité aux intérêts immédiats des fournisseurs* ». D'aucuns ont estimé que l'autonomie de l'action du ministre excluait la qualification d'action en substitution. En s'appuyant notamment sur la jurisprudence constitutionnelle rendue à propos de l'action des syndicats, une auteure souligne que seuls les cas dans lesquels la victime peut mettre un terme

<sup>987</sup> C. Rougeau-Mauger, « Réflexion sur la nature juridique de l'action en justice du ministre de l'Économie en matière de pratiques restrictives de concurrence », *RTD com.* 2010, p. 653.

<sup>988</sup> Cons. constit., 13 mai 2011, QPC, n° 2011-126, considérant n° 9, *JCP G* 2011, 717, p. 1199, note A.-M. Luciani ; *D.* 2011, p. 1340, obs. E. Chevrier ; *ibid.*, p. 1833, obs. C. Rougeau-Mauger.

<sup>989</sup> *Ibid.*

à l'action méritent la qualification d'action en substitution<sup>990</sup>. L'argument n'est pas nécessairement convaincant. Toutes les actions en substitution ne sont pas soumises à cette condition. Ce n'est pas, par exemple, le cas de l'action sociale *ut singuli* qui est pourtant bien exercée en faveur de la société substituée. Ainsi, le caractère autonome de l'action ne remettrait pas en cause la qualification d'action en substitution<sup>991</sup>. Partant, il s'agirait de distinguer deux types d'actions en substitution. D'une part, celles qui sont essentiellement destinées à préserver les intérêts du substitué et qui ne peuvent être mises en œuvre en cas d'opposition de ce dernier, comme les actions en droit du travail. D'autre part, les actions qui servent principalement un autre intérêt et qui peuvent être mises en œuvre malgré l'opposition du substitué. S'agissant de l'action du ministre, il faut s'interroger sur l'intérêt protégé, qui dépasse celui de la victime et justifie de passer outre son opposition.

**254. Une action exercée dans l'intérêt général.** Reconnaître au ministre la possibilité d'agir ici en défense de l'intérêt général a été vertement critiqué en ce que cela méconnaîtrait le caractère individuel de l'action, d'autant que, s'agissant des relations commerciales, les victimes ne sont pas nécessairement en état de faiblesse<sup>992</sup>. Les contempteurs de la solution ont pu déplorer le fait qu'« *Au plus beau temps du dirigisme d'après-guerre on n'avait pas fait mieux* »<sup>993</sup>. Il est vrai que, d'une certaine manière, la protection de l'intérêt général est alors assurée par la défense d'intérêts individuels, ce qui a pu être critiqué comme relevant d'une confusion entre les deux intérêts<sup>994</sup>.

Les auteurs plus favorables à cette solution ont, au contraire, montré qu'elle résultait d'une évolution des techniques destinées à assurer le respect de l'ordre public concurrentiel<sup>995</sup>. Certes, de prime abord, cette fonction de protection de l'intérêt général semble relever davantage des attributions du ministère public que du ministre de l'Économie. Toutefois, habilité ce dernier serait un choix du législateur en vue d'obtenir « *une garantie optimale de l'effectivité des règles dont ces sujets sont aptes à réclamer la réalisation concrète et ce, pour*

<sup>990</sup> A. Ballot-Léna, note sous Cass. com. 8 juill. 2008, n° 07-16.761, *JCP E* 2008, 2143, n° 5, p. 33.

<sup>991</sup> E. Jeuland, « Quelques questions sur l'action de substitution à la française », in *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 752.

<sup>992</sup> D. de Béchillon et C. Jamin, « La Convention européenne des droits de l'homme au supermarché », *D.* 2007, p. 2313.

<sup>993</sup> M. Bandrac, « À propos de l'action exercée par le ministre de l'Économie (art. L. 442-6, III, c. com.). Quelques observations de l'ordre de la tératologie juridique », *D.* 2008, n° 4, p. 3046.

<sup>994</sup> *Ibid.*, n° 3, p. 3046.

<sup>995</sup> L. Veyre, *op. cit.*, n° 515, p. 312.

*la protection d'une partie de l'intérêt général d'ordre économique.* »<sup>996</sup> M<sup>me</sup> Ballot-Léna se demande « *si la Cour de cassation n'a pas également voulu consacrer l'autonomie de l'action du ministre de l'Économie par rapport à celle du ministère public, cherchant ainsi à lui octroyer une légitimité supplémentaire. En ne visant pas l'ordre public en général, mais une composante de l'ordre public économique, le bon fonctionnement du marché et de la concurrence, la Cour de cassation a implicitement consacré le rôle particulier du ministre de l'Économie en la matière.* »<sup>997</sup> D'aucuns ont d'ailleurs vu dans cette habilitation à agir dans l'intérêt général des autorités de marché, avec le président de l'Autorité de la concurrence, un « *démembrement des attributs du parquet* »<sup>998</sup> mais qui serait justifié par « *sa connaissance du milieu économique dans lequel évoluent les entreprises* »<sup>999</sup>. Comme le remarquent ces auteurs, « *Il est significatif, du reste, que le texte précité [article L. 442-6 du code de commerce] passe des personnes "justifiant d'un intérêt" à ces deux personnes pour lesquelles cette exigence n'est pas requise.* »<sup>1000</sup> Non pas que le ministre de l'Économie n'ait pas d'intérêt à agir mais, agissant par principe en défense de l'intérêt général, cette dimension du droit d'agir n'a pas besoin d'être formellement vérifiée. À nouveau, on constate que s'agissant d'une action en substitution exercée dans un intérêt dépassant celui de l'individu substitué, l'intérêt à agir est présumé.

Dans cette optique, l'action du ministre témoigne d'une évolution des techniques destinées à garantir l'ordre public concurrentiel. Alors que dans la seconde partie du XX<sup>e</sup> siècle marque le passage d'un ordre public de direction à un ordre public de protection, l'action du ministre de l'Économie montrerait que l'ordre public de protection pourrait également servir à donner une direction à l'économie<sup>1001</sup>. Comme le soulignent MM. Lucas de Leyssac et Parléani, « *l'ordre public de concurrence vise, dans un intérêt général, à protéger ce mode de fonctionnement des marchés. Pour cette raison, il présente les caractères d'un ordre public de direction. Mais comme la direction indiquée est celle de la liberté des opérateurs, il passe par la protection des libertés économiques fondamentales, qui découlent de ce choix.* »<sup>1002</sup> C'est

<sup>996</sup> C. Rougeau-Mauger, « Réflexion sur la nature juridique de l'action en justice du ministre de l'Économie en matière de pratiques restrictives de concurrence », *RTD com.* 2010, p. 653 ; A. Ballot-Léna, note sous Cass. com. 8 juill. 2008, n° 07-16.761, *JCP E* 2008, 2143, n° 5, p. 33.

<sup>997</sup> A. Ballot-Léna, note préc., n° 6, p. 33.

<sup>998</sup> C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *op. cit.*, n° 204, p. 181.

<sup>999</sup> J. Gallot, « L'intervention du ministre devant le juge civil en matière de relations commerciales », *Rev. conc. consom.* 2000, n° 115, p. 35.

<sup>1000</sup> C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *op. cit.*, n° 204, p. 181.

<sup>1001</sup> J. Mestre, « L'ordre public dans les relations économiques », in (dir.) T. Revet, *L'ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Dalloz, 1996, p. 33.

<sup>1002</sup> C. Lucas de Leyssac et G. Parléani, « L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, LGDJ, 2001, p. 602. M. Farjat en avait déjà eu l'intuition dans sa thèse publiée en 1963, v. G. Farjat, *L'ordre public économique*, préf. B. Goldman, LGDJ, 1963,

pourquoi, « Destinée à protéger le marché dans l'intérêt général, mais par le moyen de la protection des droits individuels que les opérateurs trouvent dans le respect des règles économiques naturelles du marché, la mise en œuvre de la nullité présente des particularités qui sont liées à cette symbiose originale mais rassurante, entre l'intérêt général et les intérêts particuliers. »<sup>1003</sup> C'est d'une autre manière ce que souligne M. Jeuland lorsqu'il constate que « l'action de substitution traduit une évolution des rapports entre l'individuel et le collectif. Il n'existe plus, dans ce cas, une nette séparation entre l'action individuelle et l'action dans l'intérêt collectif, une action individuelle est exercée par une autre personne dans l'intérêt éventuel d'autres personnes que le substitué »<sup>1004</sup>. Il demeure que cette prérogative du ministre peut être perçue comme une « Vertigineuse instrumentalisation des droits individuels au profit de l'intérêt général » relevant même d'une logique de confiscation de l'action de la victime<sup>1005</sup> qui ne manque pas de soulever des difficultés concrètes.

**255. Les difficultés tenant à l'instrumentalisation des droits de la victime.** Permettre au ministre d'agir malgré l'opposition de la victime ne pose pas de difficulté lorsque le ministre sollicite la fin des pratiques anticoncurrentielles ou la nullité des conventions, pourvu que l'on accepte que la nullité ici encourue soit une nullité absolue au sens de l'article 1179 du code civil. En revanche, sur le plan des conséquences patrimoniales, les choses se compliquent. Si le prononcé d'une amende civile ne pose pas davantage de difficultés, le fait que le ministre puisse demander la restitution des avantages indument obtenus soulève de redoutables problèmes lorsque la victime n'est pas prévenue ou ne souhaite pas participer à l'instance. En effet, dans cette configuration, le sort des sommes ainsi restituées est difficile à déterminer. Si la victime n'est pas partie à l'instance, il faut se demander à qui les sommes doivent être restituées. Si le Trésor public peut jouer éventuellement le rôle d'un séquestre au sens de l'article 1961 du code civil, le problème demeure entier si les victimes ne sollicitent pas le versement de cette somme<sup>1006</sup>. La question se posait également en cas de demande de dommages-intérêts du préjudice subi par la victime formulée par le ministre. Toutefois, il semble qu'en pratique le ministre n'ait jamais demandé de dommages-intérêts pour les victimes. Cette dernière question

---

n° 566, p. 455. Sur l'hybridation de l'ordre public économique de protection et de direction, v. ég. M. Mohamed Salah, « Les transformations de l'ordre public économique vers un ordre public régulateur », in *Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 261.

<sup>1003</sup> C. Lucas de Leyssac et G. Parléani, art. préc., p. 606.

<sup>1004</sup> E. Jeuland, « Quelques questions sur l'action de substitution à la française », in *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 753.

<sup>1005</sup> M. Bandrac, « À propos de l'action exercée par le ministre de l'Économie (art. L. 442-6, III, c. com.). Quelques observations de l'ordre de la tétatologie juridique », *D.* 2008, n° 4, p. 3046.

<sup>1006</sup> *Ibid.*, n° 7, p. 3046.

est aujourd'hui réglée car le nouveau texte exclut que le ministre de l'Économie formule une telle prétention. Autrement dit, les difficultés d'ordre patrimonial ont été réglées en s'appuyant sur l'amende civile, ce qui, par certains aspects, renforce l'idée selon laquelle l'action du ministre s'approcherait de celle du ministère public. Du reste, comme cela a été souligné, « *historiquement, en droit pénal, la victime était la seule à pouvoir accuser l'auteur d'une infraction. Le ministère public représentant le roi dans les procès, avait pris l'habitude de se substituer aux victimes, notamment dans les hypothèses où celles-ci ne souhaitaient pas poursuivre l'action. L'action du ministère public est ainsi une forme d'action de substitution et non une action en représentation puisque le ministère public agit sans mandat de la victime et sans lui demander son autorisation.* »<sup>1007</sup> L'action du ministre de l'Économie a été construite d'une certaine manière en suivant le même mouvement.

Bien que l'amende civile soit aujourd'hui davantage sollicitée par le ministre de l'Économie que la demande de restitution des sommes indues, il n'en demeure pas moins que l'action du ministre reste construite à partir des droits de la victime. Dès lors, même si le ministre ne demande plus *stricto sensu* réparation des atteintes aux intérêts de la victime, il demeure que son action est une forme d'instrumentalisation des droits de cette dernière aux fins de protection du marché. Cette parenté avec l'action du ministère public explique, en définitive, le fait qu'il puisse agir malgré l'opposition de la victime. Cette logique se retrouve à l'étude de l'action en substitution des mandataires de justice.

## § 2 : L'action en substitution des mandataires de justice

**256. Plan du paragraphe.** Lorsqu'ils agissent sur le fondement des articles L. 631-14 et L. 622-20 du code de commerce, l'administrateur et le mandataire judiciaire mettent en œuvre des actions en substitution. Ils exercent ainsi les droits du débiteur et des créanciers sans même que ces derniers puissent s'y opposer. Identifier la finalité de leur action est nécessaire afin d'expliquer cette situation. En effet, l'étude des actions en substitution en droit du travail et des pratiques restrictives de concurrence a montré que le substitut peut exercer l'action du substitué, malgré l'opposition de ce dernier, seulement lorsqu'il agit, avant tout, dans ce qui s'apparente à l'intérêt général. Les développements sur la place de l'intérêt de l'entreprise dans la mission

---

<sup>1007</sup> E. Jeuland, « Quelques questions sur l'action de substitution à la française », in *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 754 qui se réfère sur ce point à J. Krynen, *L'idéologie de la magistrature ancienne*, Gallimard, 2009, p. 64.



des mandataires de justice peuvent alors s'avérer utiles afin d'analyser le régime des habilitations de ces derniers à exercer les droits des créanciers et du débiteur.

Dans la mesure où l'intérêt à agir de l'administrateur judiciaire n'est pas formellement vérifié lorsqu'il exerce les droits du débiteur, il peut sembler superfétatoire de soutenir qu'il agit dans l'intérêt de l'entreprise. Pourtant, cette approche explique bien le fait que le débiteur ne puisse pas s'opposer à l'action de l'administrateur (I). Pour sa part, le mandataire judiciaire est censé agir dans l'intérêt collectif des créanciers. Or, le caractère inapproprié de cette expression est manifeste si l'on songe au fait que les créanciers ne sont pas nécessairement bénéficiaires du fruit de cette action<sup>1008</sup>. En reconstituant le patrimoine du débiteur, le mandataire judiciaire semble davantage agir dans l'intérêt de l'entreprise. Cette finalité de la mission des mandataires de justice explique, ici aussi, que les créanciers ne puissent pas s'opposer à l'action du mandataire judiciaire, en dépit du fait que ce dernier ne les représente pas. À cet égard, l'habilitation à agir du mandataire judiciaire apparaît comme une véritable instrumentalisation des droits des créanciers au profit de la poursuite de l'activité économique (II).

#### I. L'habilitation de l'administrateur judiciaire à exercer les droits du débiteur

**257. La mission de l'administrateur judiciaire et la logique de l'action oblique.** L'administrateur qui exerce les droits du débiteur n'a pas besoin de montrer son intérêt personnel à agir. Il est habilité à agir dans un intérêt déterminé, certes innommé, mais qui suffit à justifier son droit d'agir. De plus, le débiteur ne peut pas s'opposer à ce que l'administrateur exerce cette action. Afin d'expliquer cette situation, il faut s'interroger sur la finalité de l'action de l'administrateur. À cet égard, la première partie de l'étude a montré que la mission de représentation de l'administrateur répondait à la logique du dessaisissement d'un débiteur dans une procédure de saisie<sup>1009</sup>. Sur le plan procédural, cette logique du dessaisissement se rapproche de celle qui justifie l'exercice de l'action oblique par un créancier. En effet, dans les deux cas, le créancier peut être amené à exercer les droits du débiteur dans un intérêt distinct de ce dernier<sup>1010</sup>. Si l'action de l'administrateur judiciaire n'est pas une action oblique, les deux

<sup>1008</sup> V. *supra* n° 48.

<sup>1009</sup> V. *supra* n°s 148 et s.

<sup>1010</sup> Du reste, cette proximité se manifeste également lorsqu'il est question de la nature de l'action oblique, qui peut avoir les traits d'une mesure conservatoire ou d'exécution forcée. Sur cette question, v. J. François, *Les obligations. Régime général*, Economica, 5<sup>e</sup> éd., 2020, n° 392, p. 404 pour qui le fait que la créance doive être certaine, liquide et exigible « place l'action oblique à mi-chemin entre les mesures d'exécution et les mesures

actions présentent néanmoins des traits communs qui expliquent qu'il soit possible de se passer du consentement du débiteur.

**258. La méfiance à l'encontre du débiteur, logique commune à l'action oblique et la mission de l'administrateur judiciaire.** L'action oblique est destinée à pallier l'inertie d'un débiteur. L'article 1341-1 du code civil dispose ainsi que « *Lorsque la carence du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions à caractère patrimonial compromet les droits de son créancier, celui-ci peut les exercer pour le compte de son débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement rattachés à sa personne.* » La nature de l'action oblique est âprement discutée en doctrine. D'aucuns considèrent qu'il s'agit d'une action en représentation légale et forcée<sup>1011</sup> ou objective<sup>1012</sup> lorsque d'autres réfutent de telles analyses<sup>1013</sup>. À l'instar de l'action de l'administrateur, la qualification de représentation ne peut être appliquée à l'action oblique car elle est juridiquement incompatible avec la possibilité reconnue au créancier de mettre en cause le débiteur<sup>1014</sup>. De plus, elle est singulièrement inopportune en ce qu'elle conduirait à condamner le débiteur si l'action du créancier devait être jugée abusive, solution qui ne manquerait pas de choquer<sup>1015</sup>. L'action oblique répond donc bien à la logique de la substitution<sup>1016</sup>. De même, l'administrateur judiciaire ne représente pas le débiteur mais exerce ses droits par substitution.

Le créancier peut exercer l'action du débiteur à condition d'établir la carence de ce dernier et de montrer un intérêt personnel à ce que l'action soit exercée<sup>1017</sup>. En revanche, aucune carence du débiteur en difficulté n'est à caractériser et l'administrateur judiciaire n'a pas besoin de démontrer un intérêt propre à agir. Autrement dit, les conditions de l'action oblique ne sont pas identiques à celles de l'administrateur judiciaire. Toutefois, les deux actions relèvent d'une logique commune. L'ouverture d'une action oblique comme la mission de représentation confiée à l'administrateur reposent sur l'idée selon laquelle il n'est pas possible de faire

---

*conservatoires* ». Pour une critique de cette approche, v. V. Tellier, « La nature juridique de l'action oblique », *RJJ* 2002/4, n° 9, p. 1838.

<sup>1011</sup> G. Marty, P. Jestaz et P. Raynaud, *Droit civil, Les obligations, t. 2, Le régime*, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 1989, n° 148, p. 130 ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Les obligations, t. 3, Régime général*, Litec, 4<sup>e</sup> éd., 1992, n° 523, p. 298.

<sup>1012</sup> P. Didier, *De la représentation en droit privé*, préf. Y. Lequette, LGDJ, 2000, n° 463, p. 330 dont le raisonnement repose sur la notion de représentation objective.

<sup>1013</sup> E. Jeuland, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, préf. L. Cadiet, LGDJ, 1999, n° 71, p. 63.

<sup>1014</sup> F. Gréau, *Rép. civ. Dalloz*, v° « Action oblique », 2019, n° 81 ; L. Veyre, *La notion de partie en procédure civile*, préf. E. Jeuland, IRJS éditions, 2019, n° 513, p. 309.

<sup>1015</sup> J. Héron, H. Le Bars et K. Salhi, *Droit judiciaire privé*, LGDJ, 7<sup>e</sup> éd., 2019, n° 93, p. 92.

<sup>1016</sup> E. Jeuland, *op. cit.*, n° 380, p. 307.

<sup>1017</sup> Cass. 1<sup>e</sup> civ., 11 mars 2003, n° 01-12.170, arrêt préc.

confiance au débiteur afin qu'il exerce les actions dont il est titulaire<sup>1018</sup>. Cette méfiance envers le débiteur explique l'habilitation à agir du créancier ou de l'administrateur judiciaire. Elle justifie également le fait que le débiteur ne puisse pas s'opposer à la mise en œuvre de l'action. Dans le cas de l'action oblique, la méfiance tient à la crainte que l'abstention du débiteur nuise à ses créanciers. En revanche, l'administrateur n'agissant pas davantage dans l'intérêt des créanciers, il faut s'interroger sur les raisons de cette méfiance et la finalité de son action.

**259. Une habilitation à agir dans l'intérêt de l'entreprise.** Avant la loi du 25 janvier 1985, le syndic de faillite était le représentant de la masse des créanciers. Il exerçait donc l'action du débiteur au profit des créanciers. À cet égard, la proximité entre l'action du syndic et l'action oblique du droit commun des obligations était évidente. D'aucuns expliquent d'ailleurs que l'action oblique a répondu historiquement à l'absence de procédures collectives de paiement dans l'ancien droit<sup>1019</sup>. Dans la mesure où le paiement des créanciers n'est plus l'objectif premier du droit des entreprises en difficulté, il est certain que l'administrateur judiciaire n'est pas habilité à agir dans l'intérêt des créanciers. L'absence de représentation du débiteur a également montré qu'il n'agit pas davantage dans l'intérêt de ce dernier puisque l'action de l'administrateur judiciaire peut se faire au détriment du débiteur qui aurait intérêt à s'abstenir<sup>1020</sup>. Cette dernière situation explique que, malgré l'évolution de la finalité des procédures collectives, il reste des situations dans lesquelles il est possible de se méfier du débiteur.

Les développements sur l'intérêt de l'entreprise dans les prérogatives ponctuelles de l'administrateur montrent ainsi que la finalité de son habilitation à exercer les droits du débiteur est de favoriser la poursuite de l'activité économique. Alors que le syndic agissait dans l'intérêt des créanciers, la loi du 25 janvier 1985 a habilité l'administrateur à exercer les droits du débiteur dans l'intérêt de l'entreprise. L'action qui était à l'origine destinée à assurer le paiement des créanciers a donc évolué vers le maintien de l'activité. Tandis que le syndic exerçait une action en substitution dans l'intérêt de la masse des créanciers, l'administrateur a intérêt à agir en défense de l'intérêt de l'entreprise. Son intérêt à agir est toutefois présumé et il n'est pas formellement vérifié lorsqu'il agit. L'habilitation à agir de l'administrateur n'est pas destinée à préserver les intérêts du débiteur, ce qui explique qu'il puisse agir malgré une éventuelle opposition du débiteur. En ce sens, son action révèle une certaine instrumentalisation

<sup>1018</sup> G. Gil, *Le mandataire de justice*, préf. J. Mestre, PUAM, 2003, n° 581, p. 259.

<sup>1019</sup> V. Tellier, « La nature juridique de l'action oblique », *RJJ* 2002/4, n° 2, p. 1836 ; F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénéché, *Les obligations*, Dalloz, 13<sup>e</sup> éd., 2022, n° 1559, p. 1711.

<sup>1020</sup> V. *supra* n° 139.

des droits du débiteur au soutien d'un objectif d'intérêt général, à l'instar de ce qui a été vu à propos de l'action du ministre de l'Économie. En effet, s'agissant des actions en substitution étudiées précédemment, le substitué conservait le droit d'agir, ce qui n'est pas le cas lorsque l'administrateur dispose d'une mission de « représentation » du débiteur. L'instrumentalisation des droits du substitué franchit ainsi un pas supplémentaire. Toutefois, la règle n'était pas différente avant la loi du 25 janvier 1985 et s'explique par l'effet de saisie de la procédure et le dessaisissement corrélatif du débiteur. En revanche, se rappeler que cette action découle de l'ancienne action du syndic, exercée dans l'intérêt de la masse, permet de souligner que cette instrumentalisation des droits du débiteur participe également d'une certaine forme d'instrumentalisation des droits des créanciers.

Une telle instrumentalisation des droits des créanciers est encore plus ostensible s'agissant de l'habilitation à agir du mandataire judiciaire.

## II. L'habilitation du mandataire judiciaire à exercer les droits des créanciers

**260. L'action en substitution du mandataire judiciaire.** La première partie de cette étude a permis de montrer le décalage entre la notion abstraite d'intérêt collectif des créanciers et l'intérêt concret de ces derniers puis d'en tirer comme conséquence que le mandataire judiciaire ne pouvait être qualifié de représentant des créanciers. Sur le plan technique, il a été également expliqué que le mandataire judiciaire dispose d'une action attitrée dans un intérêt déterminé et que c'est le caractère attitré de l'action qui permet d'expliquer l'existence d'un monopole<sup>1021</sup>. Ces éléments n'enlèvent rien au fait que l'action intentée dans le prétendu intérêt collectif des créanciers ne peut exister qu'en raison du préjudice réellement subi par les créanciers. Il en résulte que l'article L. 622-20 du code de commerce habilite le mandataire judiciaire à exercer les droits des créanciers mais dans un intérêt potentiellement distinct de celui de ces derniers. À l'instar de l'administrateur, le mandataire judiciaire exerce une action en substitution. Toutefois, si la méfiance justifiait le dessaisissement du débiteur, il n'en va pas de même s'agissant des créanciers, ce qui amène, à nouveau, à s'interroger sur la finalité de l'action en substitution du mandataire judiciaire.

---

<sup>1021</sup> O. Staes, *Procédures collectives et droit judiciaire privé*, th. Toulouse, 1995, n° 368, p. 348. À cet égard, M. Staes avait perçu, avant même que ne soit rendu l'arrêt Cousin *Lafférière*, les difficultés qui se posaient à conserver l'action dite *ut singuli* des créanciers. En effet, cette action permettait à ces derniers de conserver le produit de leur initiative, ce qui empêchait l'entreprise de bénéficier de ces sommes. Sur la question, v. *supra* n° 76.

**261. L'absence de consentement des créanciers.** En raison de l'organisation collective de la procédure, il est acquis depuis fort longtemps que le mandataire judiciaire exerce l'action des créanciers sans que ceux-ci y consentent expressément et individuellement<sup>1022</sup>. Toutefois, il faut rappeler que le syndic agissait en vertu d'une action en représentation de la masse et dans l'intérêt des créanciers de sorte que leur absence de consentement ne posait pas de difficulté particulière. Ce consentement pouvait être considéré comme présumé car l'action était intentée concrètement dans leur intérêt. En revanche, après la loi du 25 janvier 1985, la question se pose en des termes différents. Le mandataire judiciaire continue à exercer les droits des créanciers mais dans un intérêt qui n'est pas nécessairement le leur. Dans ces conditions, il n'est pas certain que les créanciers souhaiteraient véritablement que leur action soit exercée par le mandataire judiciaire.

Ainsi que cela a été souligné, l'action intentée par le mandataire judiciaire peut contribuer à financer la poursuite de l'activité économique et favoriser le sauvetage de l'entreprise par l'adoption d'un plan de continuation<sup>1023</sup>. Si les créanciers étaient invités à donner leur consentement, il est possible que certains d'entre eux préfèrent s'abstenir dans l'espoir que l'action soit mise en œuvre ultérieurement dans le cadre, par exemple, d'une procédure de liquidation qui leur assurerait de profiter pleinement du fruit de l'action. Autrement dit, la faculté de différer dans le temps l'exercice d'un droit a déjà servi à montrer les limites de l'appréhension de la mission de l'administrateur au prisme de la représentation<sup>1024</sup>. Elle conduit également à rejeter l'idée selon laquelle le consentement des créanciers à l'action du mandataire judiciaire pourrait être présumé. À cet égard, l'action en substitution du mandataire judiciaire apparaît comme une véritable instrumentalisation des droits des créanciers. À l'instar de ce qui a été avancé à propos de l'action du ministre de l'Économie, l'instrumentalisation des droits des créanciers et la possibilité d'agir sans leur consentement sont justifiées par l'intérêt supérieur dans lequel l'action est intentée, à savoir le sauvetage de l'activité économique. Dans la situation particulière du droit des entreprises en difficulté, cette instrumentalisation prend un tour particulier car, non seulement le mandataire judiciaire peut exercer les droits des créanciers sans solliciter leur consentement, mais, de plus, ces derniers ne peuvent même pas agir eux-mêmes, sous la seule réserve tenant à l'action en carence exercée par le créancier nommé contrôleur.

---

<sup>1022</sup> S'agissant toutefois de la mise en commun des actions des créanciers avant l'adoption du code de commerce, v. *supra* n° 68.

<sup>1023</sup> V. *supra* n° 48.

<sup>1024</sup> V. *supra* n°s 140 et s.

**262. L'instrumentalisation originale des droits des substitués.** Cette situation particulière amène à réfléchir à l'utilisation originale de la responsabilité civile faite en droit des entreprises en difficulté. La responsabilité civile répond à plusieurs objectifs : à la double fonction de garantie et de peine privée décrite par Starck<sup>1025</sup>, la doctrine ajoute parfois une fonction de cessation de l'illicite<sup>1026</sup> voire une fonction de prévention propre au droit des affaires<sup>1027</sup>. Parmi ces fonctions, celle de sanction, cardinale lors de l'adoption du code civil, a reculé au cours du XIX<sup>e</sup> et du XX<sup>e</sup> siècle au profit d'une logique indemnitaire. Cependant, la fonction de sanction a depuis retrouvé de son intérêt<sup>1028</sup> ; ce qui se manifeste notamment en droit des affaires<sup>1029</sup>. Lorsque le ministre de l'Économie se substitue à la victime de la pratique restrictive de concurrence, il exploite en effet la fonction de sanction de la responsabilité civile. Ainsi, lorsqu'il demande le prononcé d'une amende civile, le ministre de l'Économie contourne certes les difficultés tenant à l'éventuelle opposition de la victime mais il trouve surtout une voie efficace afin de sanctionner l'auteur de la pratique prohibée. S'agissant de l'intervention du ministre de l'Économie, les droits de la victime sont instrumentalisés afin de faire respecter l'ordre public concurrentiel. Du reste, l'amende civile sollicitée par le ministre de l'Économie conduit à un certain paradoxe. Alors que cette technique est apparue comme une peine privée, elle est finalement sollicitée par une personne publique dans le contentieux des pratiques restrictives de concurrence. De ce fait, est confirmée l'intuition formulée par M<sup>me</sup> Carval, avant même l'adoption de la loi *NRE*, selon laquelle l'action du ministre de l'Économie prouve que « *la défense de l'intérêt général ne passe pas obligatoirement par la mise en œuvre du droit pénal et qu'une action de nature civile, correctement aménagée, peut parfaitement concilier la protection des intérêts privés et celle de l'ordre public économique* »<sup>1030</sup>.

Par effet de contraste, si l'action en responsabilité engagée par le mandataire judiciaire permet aussi de sanctionner une faute qui a contribué aux difficultés du débiteur, elle a pour effet principal de reconstituer le patrimoine de ce dernier et de participer ainsi au sauvetage de l'activité économique<sup>1031</sup>. À cet égard, il ne s'agit plus ici d'une instrumentalisation des droits des créanciers à des fins de sanction mais d'exploiter la fonction indemnitaire de la

<sup>1025</sup> B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, th. Paris, 1947.

<sup>1026</sup> C. Bloch, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, avant-propos P. Le Tourneau, préf. R. Bout, Dalloz, 2008.

<sup>1027</sup> A. Ballot-Léna, *La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun*, préf. P. Dubois, LGDJ, 2008, n<sup>os</sup> 360 et s., pp. 343 et s.

<sup>1028</sup> S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. Viney, LGDJ, 1995.

<sup>1029</sup> A. Ballot-Léna, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 343 et s., pp. 334 et s.

<sup>1030</sup> S. Carval, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 139, p. 150.

<sup>1031</sup> La remarque doit être nuancée s'agissant de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, sur laquelle, v. *supra* n<sup>os</sup> 57 et s.

responsabilité civile au soutien de la poursuite de l'activité économique. Par ailleurs, en sortant du strict domaine de la responsabilité civile extracontractuelle, il faut également constater que le ministre de l'Économie, lorsqu'il sollicite la nullité d'un contrat, ou de l'une de ses clauses, puise dans l'application du droit des contrats les moyens de sanctionner des comportements illicites. De manière symétrique, lorsque les mandataires de justice sollicitent la nullité d'un acte passé durant la période suspecte qui aurait appauvri le débiteur, ils peuvent s'immiscer également dans le domaine contractuel. Cette immixtion tend parfois à restaurer l'ordre des paiements entre les créanciers mais elle peut aussi au financement de la sauvegarde de l'activité lorsque l'action porte sur un acte ayant appauvri le débiteur.

En définitive, l'article L. 622-20 du code de commerce habilite le mandataire judiciaire à se substituer aux créanciers, dans l'intérêt de l'entreprise, en sollicitant la réparation du préjudice qu'ils ont subi. Au regard de la proximité entre l'intérêt de l'entreprise et l'intérêt général dans l'esprit du législateur de 1985, les fonctions du mandataire judiciaire participent donc bien à la poursuite de l'intérêt général.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 2

### **263. L'intérêt de l'entreprise, finalité commune des actions des mandataires de justice.**

Si les mandataires de justice n'agissent pas nécessairement dans l'intérêt du débiteur ou des créanciers, il apparaît, en revanche, qu'ils exercent assurément leur mission dans l'intérêt de l'entreprise. Cet intérêt, qui n'est pas un intérêt à agir au sens procédural du terme, peut être défini comme la préservation des capacités de production de l'entreprise ainsi que de ses capacités financières. S'agissant de ces capacités financières, défendre l'intérêt de l'entreprise revient à protéger le patrimoine du débiteur en difficulté. Cet objectif a conduit le législateur de 1985 à adopter des règles dérogatoires au droit commun afin de favoriser la survie de l'entreprise au détriment du paiement des créanciers. Cette évolution du droit des procédures collectives tient à la vision que le législateur se faisait de l'intérêt général, qui tend à se confondre avec l'intérêt de l'entreprise, et des moyens de le faire triompher.

Sur le plan technique, les articles L. 622-20 et L. 631-14 du code de commerce habilitent les mandataires de justice à se substituer aux créanciers et au débiteur sans que ces derniers puissent s'y opposer. Hors du droit des entreprises en difficulté, une telle faculté n'existe que dans les cas où le substitut poursuit, en premier lieu, ce qui s'apparente à une mission d'intérêt général. À cet égard, l'appréhension de la mission des mandataires de justice au prisme de l'intérêt de l'entreprise explique le régime de leur habilitation à exercer les droits des créanciers et du débiteur. La situation paradoxale analysée en première partie de l'étude trouve ainsi une explication technique et logique. Si les mandataires de justice ne représentent ni le débiteur ni les créanciers, c'est avant tout parce qu'ils agissent dans l'intérêt de l'entreprise qui s'inscrit dans une logique cousine de l'intérêt général et distincte des intérêts du débiteur ou des créanciers.



## CONCLUSION DU TITRE 1

**264. L’habilitation à exercer une mission de police de la vie des affaires.** L’analyse technique des actions spécifiques au droit des entreprises en difficulté a montré que les mandataires de justice exercent, grâce aux actions qui leur sont attitrées, une mission qui tend à la défense de l’intérêt général. Il en va ainsi, d’abord, lorsque leur action permet de sanctionner des comportements pénalement réprimés et d’exclure les débiteurs malhonnêtes ou notoirement incompetents de la vie des affaires par des interdictions d’exercer. Les actions en responsabilité spécifiques au droit des entreprises en difficulté comme la responsabilité pour insuffisance d’actif, pour contribution à la cessation des paiements ou en réparation du préjudice écologique participent aussi à la finalité de sanction des actions attitrées des mandataires de justice. Cette mission de police de la vie des affaires consiste, ensuite, à apporter une réponse, à l’occasion de l’ouverture de la procédure collective, à des situations patrimoniales anormales comme le montre l’action en extension. Les mandataires agissent alors moins en vue de punir que de traiter une situation entravant le bon déroulement de la procédure. Enfin, exercer une police de la vie des affaires nécessite parfois de solliciter la nullité d’actes qui, sans appauvrir le débiteur, remettent en cause l’égalité des créanciers face aux difficultés du débiteur.

**265. L’habilitation à se substituer dans l’intérêt de l’entreprise.** La poursuite de l’intérêt général, qui irrigue la mission de police de la vie des affaires, se retrouve aussi dans les actions apparemment exercées dans l’intérêt des créanciers ou du débiteur. L’analyse technique de ces habilitations à agir des mandataires de justice permet, à nouveau, de préciser la finalité de leur mission. À l’instar des actions en substitution des syndicats et, surtout, du ministre de l’Économie, l’exercice des droits des créanciers ou du débiteur constitue une instrumentalisation des droits de ces derniers à une fin d’intérêt général, à savoir la poursuite de l’activité économique. L’étude des prérogatives des mandataires de justice au prisme de l’action en substitution permet de comprendre pourquoi ces derniers peuvent exercer les droits des créanciers ou du débiteur en l’absence de toute forme de consentement de leur part et parfois même à leur détriment.

L’analyse des actions en justice des mandataires de justice souligne ainsi la contribution des mandataires de justice à la poursuite de l’intérêt général. Cette analyse s’applique également aux prérogatives par lesquelles les mandataires de justice assistent le tribunal dans la recherche et l’exécution d’une réponse aux difficultés du débiteur.



## TITRE 2 : LA DÉFENSE DE L'INTÉRÊT GÉNÉRAL DANS L'ASSISTANCE AU TRIBUNAL

**266. La notion d'organe de la procédure proposée par M. Croze.** À la présentation des acteurs naturels du procès que sont le juge et les parties, succède habituellement celle d'une autre catégorie composée des auxiliaires de justice. M. Perrot définit ces derniers comme « *des personnes qui, sans être investies par l'État de la fonction de juger, sont appelées à participer à l'administration de la justice en apportant leur concours aux juges et aux parties.* »<sup>1032</sup> Or, il n'est pas toujours aisé de déterminer à qui les mandataires de justice apportent leurs concours. En effet, ils apparaissent dans une position ambivalente car ils semblent avoir parfois la qualité de partie, alors même qu'ils exercent des prérogatives qui paraissent surtout destinées à éclairer le tribunal.

Afin d'appréhender ce type de situations, M. Croze a proposé la construction d'une catégorie d'organe de la procédure caractérisant, précisément, la mission d'auxiliaires qui, sans nécessairement défendre un intérêt, sont paradoxalement dotées des prérogatives d'une partie<sup>1033</sup>. L'auteur explique la présence de ces organes, dont la mission consiste notamment à assister le juge, par la complexité des procédures dont il est question<sup>1034</sup>. Cette figure de l'organe semble décrire assez fidèlement la relation qui unit les mandataires de justice au tribunal de la procédure collective.

**267. Les organes de la procédure collective.** La spécificité de l'office du tribunal de la procédure collective statuant sur le sort de l'entreprise tient à ce qu'il ne tranche pas un litige mais rend une décision orientée vers l'avenir, en cherchant de manière privilégiée le sauvetage de l'activité<sup>1035</sup>. L'administrateur propose un projet en ce sens sur lequel le tribunal est appelé

---

<sup>1032</sup> R. Perrot, *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, 19<sup>e</sup> éd. par B. Beigner et L. Miniato, 2022, n° 393, p. 303.

<sup>1033</sup> H. Croze, « Les organes de la procédure », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, en part., n<sup>os</sup> 11 et 14, pp. 53-54. Dans un sens assez proche, M<sup>me</sup> Frison-Roche propose une définition de l'organe de la procédure comme « *une personne identifiée, désintéressée en ce qu'elle n'est pas personnellement partie au litige, en charge d'une mission concourant à l'exercice de la justice et dotée à ce titre de prérogatives adéquates.* » (M.-A. Frison-Roche, « Le contrôleur », *LPA* 14 juin 1995 n° sp., n° 12, p. 8)

<sup>1034</sup> H. Croze, art. préc., n° 17, p. 56 : « *[Les organes de procédure] ne sont nécessaires que dans les procédures présentant un certain degré de complexité et qui se développent sur une certaine durée. Il en est ainsi notamment quand la procédure inclut des tâches matérielles, techniques ou administratives, qui relèveront précisément de la mission des organes mis en place à cette fin, ainsi quand le juge désigne cet organe de la procédure particulier qu'est l'expert ou, plus généralement, le technicien. Souvent, les procédures en question n'ont pas une finalité exclusivement juridictionnelle, mais elles ont aussi pour objet la gestion d'une situation de fait. Cela se montre aisément dans le cas des procédures collectives dont l'objet, plus économique que juridique, est tantôt de gérer l'entreprise, tant de la liquider ou encore dans les régimes de protection des incapables. En bref, l'organe de la procédure n'est nécessaire que parce que le juge ne peut pas, à lui seul, régler la totalité de la procédure.* »

<sup>1035</sup> P. Cagnoli, *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, dir. J. Héron, préf. T. Le Bars, LGDJ, 2002, n° 310, p. 247.

à statuer. Avant d'arrêter sa décision, le tribunal doit aussi connaître l'ampleur exacte des dettes du débiteur et les concessions que les créanciers sont prêts à faire, ce qui implique de procéder à leur consultation. De plus, la décision du tribunal doit également tenir compte de la situation du débiteur qui peut évoluer au cours de la procédure. La complexité et l'ampleur du travail à accomplir expliquent que le tribunal bénéficie du secours des mandataires de justice. À cet égard, bien qu'ils exercent parfois des actions en justice, ces derniers semblent surtout apporter une forme d'assistance au tribunal.

Par exemple, lorsqu'ils sollicitent la conversion de la procédure ou la résolution d'un plan, la demande des mandataires de justice contribue davantage à ce que la décision du tribunal qui est arrêtée ou exécutée reste conforme à la situation réelle du débiteur qu'à défendre l'un des intérêts en présence. De même, sauf exception, les créances doivent être admises par le juge-commissaire pour que les créanciers perçoivent un dividende ou participent aux répartitions. Par conséquent, le juge-commissaire doit nécessairement statuer sur ces déclarations, même lorsque les créances ne sont pas contestées. En effectuant une première vérification, les mandataires de justice facilitent alors peut-être le travail du juge plus qu'ils ne formulent une prétention dans un intérêt particulier. En ce sens, leur intervention semble surtout garantir le bon déroulement de la procédure. Les mandataires de justice peuvent aussi contribuer plus directement à la réalisation des objectifs de la procédure. Ainsi, lorsqu'il propose un projet de plan au tribunal ou qu'il constitue les classes de parties affectées afin de faciliter l'adoption d'un plan, l'administrateur œuvre au sauvetage de l'activité économique. À défaut, le liquidateur judiciaire procède au paiement des créanciers en distribuant les actifs du débiteur selon l'ordre imposé par la loi.

Lorsqu'ils exécutent ces différentes tâches, les mandataires de justice apparaissent bien comme des organes au service de la procédure collective œuvrant à son bon déroulement et à la réalisation de ses objectifs. Or, cette mission concourant à la défense de l'intérêt général leur confère des devoirs particuliers.

**268. Les devoirs des organes de la procédure.** Si les organes œuvrent au sauvetage de l'activité, il faut se demander s'ils peuvent poursuivre cet objectif, quelles qu'en soient les conséquences. Les mandataires de justice peuvent-ils, par exemple, présenter au tribunal un plan dont le succès paraît des plus incertains si cette option demeure la seule qui permette le sauvetage de l'activité ? Dans quelle mesure peuvent-ils, en outre, exploiter la marge de manœuvre dont ils disposent dans la constitution des classes de créanciers afin de favoriser l'adoption d'un plan de continuation ? Peuvent-ils, enfin, s'abstenir de demander la conversion

de la procédure ou la résolution d'un plan de continuation afin de tenter de sauver l'entreprise en dépit de l'aggravation de sa situation ? Si le droit des procédures collectives tend au sauvetage de l'entreprise, celui-ci ne peut être obtenu à n'importe quelle condition. D'une part, le projet de plan de continuation comme l'offre de reprise doivent être sérieux. D'autre part, l'intérêt des créanciers est pris en compte et les sacrifices qui peuvent leur être imposés ne sont pas sans limites. La mission des mandataires de justice intègre ces contraintes, ce qui implique de ne pas poursuivre l'objectif de sauvetage de l'activité au-delà du raisonnable.

À cet égard, M. Gil a montré l'existence d'obligations propres au statut des mandataires de justice, distinctes des obligations qui leur incombent lorsqu'ils exercent les droits d'autres personnes<sup>1036</sup>. S'appuyant sur une étude minutieuse de la jurisprudence, l'auteur dégage deux devoirs permanents des mandataires de justice dans l'exécution de leur mission, à savoir un devoir de diligence et un devoir de prudence<sup>1037</sup>. Parce qu'il a subi un examen destiné à vérifier ses compétences, le mandataire de justice doit fournir une activité suffisante pour répondre aux difficultés qu'il rencontre et exercer ainsi sa mission avec la diligence attendue de la part d'un professionnel<sup>1038</sup>. Il doit, en outre, agir avec prudence en que ce qu'elle celle-ci « *s'entend comme la faculté que possède un individu d'agir de manière raisonnable en utilisant son expérience, son savoir faire et ses facultés de discernement* »<sup>1039</sup>.

**269. Plan du titre.** Ces devoirs irriguent la mission d'organe de la procédure lorsqu'ils apportent leur concours au tribunal. S'ils exercent des prérogatives participant à la défense de l'intérêt général en assurant le bon déroulement de la procédure et le sauvetage de l'activité, les mandataires de justice doivent agir avec diligence et prudence. Il en va ainsi aussi bien lorsqu'ils assistent le tribunal statuant sur le sort de l'entreprise (Chapitre 1) que lorsqu'ils contribuent à la prise en compte de l'expression des créanciers dans la procédure (Chapitre 2).

---

<sup>1036</sup> G. Gil, *Le mandataire de justice*, préf. J. Mestre, PUAM, 2003, n° 705, p. 321 : L'auteur souligne à cette occasion que « *L'intérêt d'une telle recherche est double. D'une part, alors que les obligations spécifiques varient non seulement en fonction du domaine d'intervention mais encore selon la place assignée au mandataire, les obligations incombant au propre à l'auxiliaire se caractérisent par leur permanence et s'imposent à lui quel que soit l'intérêt qui lui est confié et les pouvoirs qui sont conférés. D'autre part, la garantie d'une bonne exécution de la mission passe nécessairement par une responsabilisation de son exécutant.* »

<sup>1037</sup> *Ibid.*, n° 713, p. 325.

<sup>1038</sup> *Ibid.*, n° 715, p. 327.

<sup>1039</sup> *Ibid.*, n° 741, p. 341.



## CHAPITRE 1 : L'ASSISTANCE APPORTÉE AU TRIBUNAL STATUANT SUR LE SORT DE L'ENTREPRISE

**270. Plan du chapitre.** Hormis l'hypothèse d'une procédure de liquidation judiciaire ouverte sans poursuite de l'activité, la solution à apporter aux difficultés du débiteur est incertaine lorsque la procédure collective débute. En effet, celle-ci peut aboutir à l'adoption d'un plan de continuation, à une cession de l'entreprise ou à la liquidation des actifs du débiteur. Le tribunal doit trancher entre ces différentes solutions en fonction des possibilités de sauver l'entreprise. En proposant un projet de plan de continuation, en donnant au tribunal les éléments permettant de vérifier le sérieux de l'offre d'un candidat à la reprise ou en sollicitant la conversion d'une procédure, les mandataires de justice aident le tribunal à déterminer la réponse à apporter aux difficultés du débiteur. Une fois la solution arrêtée par le tribunal, les mandataires de justice participent encore à son exécution en contrôlant l'exécution du plan de continuation, de la cession de l'entreprise ou en procédant à la vente des actifs.

Pour la plupart de ces tâches, les mandataires de justice sont amenés à saisir le tribunal de ce qui s'apparente à une demande en justice. Pourtant, cette saisine semble parfois tendre davantage éclairer le tribunal qu'à lui soumettre une véritable prétention, ce qui révèle une position procédurale incertaine des mandataires de justice dans cette circonstance. L'ambivalence de leur position n'est pas sans conséquences sur l'appréciation de la responsabilité des mandataires de justice qui commettraient une faute dans l'exécution de leur mission. En effet, la faute commise dans l'exercice d'une action, fut-elle exercée en vertu d'un pouvoir pour agir, n'est pas caractérisée de la même manière que celle qui découle d'un manquement aux devoirs de diligence et de prudence qui s'imposent à un technicien qui n'est pas partie au procès.

Or, si les mandataires de justice ont souvent la qualité de partie, ils engagent leur responsabilité dans des conditions similaires à celles de techniciens. Leur qualité d'organe au service de la procédure semble ainsi rejaillir sur l'appréciation de leur responsabilité éventuelle dans l'assistance apportée au tribunal dans la recherche d'une réponse aux difficultés du débiteur (Section 1) puis dans l'exécution de cette décision (Section 2).

## SECTION 1 : LA DÉTERMINATION DE LA RÉPONSE AUX DIFFICULTÉS DU DÉBITEUR

**271. Plan de la section.** En adoptant un plan de continuation, en ordonnant une cession de l'entreprise ou la cessation de l'activité, le tribunal met un terme aux incertitudes portant sur le sort à réserver à l'entreprise. À cet égard, les mandataires de justice aident à la prise de décision lorsqu'ils proposent un projet de plan, recueillent les informations sur les candidats à une reprise ou demandent la cessation de l'activité. Autrement dit, les mandataires de justice mettent le tribunal en mesure de statuer sur le sort de l'entreprise. La mission des mandataires de justice tend alors à éclairer le tribunal, à l'image de la mission exercée par certains auxiliaires de justice que sont les techniciens au sens du code de procédure civile. Toutefois, contrairement à ces derniers, les mandataires de justice semblent également conduits à formuler de véritables prétentions.

La notion d'organe de la procédure proposée par M. Croze rend compte de l'ambivalence de cette position procédurale des mandataires de justice. Bien que ces derniers soient dotés des prérogatives d'une partie, leur mission consiste d'abord à assurer le bon déroulement de la procédure, ce qui rejaillit sur l'appréciation d'une éventuelle faute. Il en va ainsi lorsque les mandataires de justice éclairent le tribunal sur les possibilités de sauver l'entreprise (§ 1). De même, lorsque la situation du débiteur se dégrade, le bon déroulement de la procédure commande la conversion de la procédure, ce à quoi les mandataires de justice doivent veiller (§ 2).

## § 1 : Les propositions aboutissant au sauvetage de l'entreprise

**272. Plan du paragraphe.** Si le tribunal joue un rôle clé en vérifiant si le projet de plan répond aux objectifs de la procédure, ce n'est pas lui qui conçoit ce plan<sup>1040</sup>. C'est à l'administrateur judiciaire qu'il incombe de trouver une solution assurant la préservation de l'activité, ce qui passe, en priorité, par l'adoption d'un plan de continuation. Que faire si l'administrateur judiciaire n'exécute pas cette mission avec la prudence et la diligence attendues de sa part ? Si l'administrateur agissait comme une partie ordinaire, le projet de plan serait analysé comme une demande en justice. Partant, le manquement dans la préparation du plan devrait être sanctionné en raison de la faute commise dans la mise en œuvre d'une action en justice. La jurisprudence rendue en la matière ne fait pourtant aucune référence à cette espèce

<sup>1040</sup> J. Vallansan, « Le plan, les plans, quels plans ? (propos introductifs) », *Rev. proc. coll.* 2015, dossier 36, p. 60.



particulière de faute. Au contraire, elle montre plutôt que le régime de responsabilité de l'administrateur suit celui applicable à l'expertise judiciaire, qui sanctionne un manque de diligence dans l'exécution d'une obligation et non l'exercice fautif d'une action. Ce constat peut paraître paradoxal dans la mesure où, le plan étant arrêté par une décision du tribunal, le projet de plan semble bien jouer le rôle d'une demande en justice.

S'interroger sur la nature de la décision par laquelle le tribunal arrête un plan de continuation ou ordonne la cession de l'entreprise permet d'apporter des éléments de compréhension de ce paradoxe. Le fait que le tribunal puisse amender le plan explique pourquoi la soumission d'un projet par l'administrateur tend au moins autant à éclairer le tribunal qu'à le saisir d'une demande en justice. La notion d'organe de la procédure a vocation à s'appliquer dans ce type particulier de procédures dans lesquelles le principe dispositif est écarté. Elle permet alors de comprendre pourquoi les mandataires de justice sont dotés d'attributions qui s'apparentent à celles d'une partie tout en exerçant une mission qui relève d'une forme d'expertise (I). La spécificité de cette fonction permet ensuite d'expliquer pourquoi la responsabilité de l'administrateur suit un régime similaire à celui des experts judiciaires (II).

#### I. L'influence de la nature de la décision sur la qualification procédurale de l'intervention de l'administrateur judiciaire

**273. La nature ambivalente du projet de plan.** S'il était possible de montrer que le projet de plan ne constitue pas une demande en justice, la difficulté à cerner la position procédurale de l'administrateur s'estomperait car il ne serait plus question d'appréhender ce dernier comme une partie au sens procédural du terme. Il en va autrement car le projet de plan semble, au contraire, avoir les caractéristiques d'une demande en justice. En ce sens, l'article R. 626-17 du code de commerce prévoit qu'à la suite du dépôt du projet de plan au greffe, ce dernier convoque un certain nombre de personnes intéressées afin qu'elles prennent connaissance du plan et donnent leur avis, assurant ainsi ce qui s'apparente à une forme de contradictoire avant que le juge ne rende sa décision. De plus, si le plan arrêté par le tribunal n'est pas nécessairement identique au projet qui lui est soumis, il n'en demeure pas moins qu'aucun plan de continuation ne peut être adopté en l'absence de projet de plan. L'article L. 626-9 du code de commerce dispose, en effet, que le tribunal statue au vu du projet de plan et des offres de reprises. En l'absence de tout projet de plan ou d'offre de reprise, le tribunal ne peut donc pas arrêter, d'office, de solution de nature à sauvegarder l'activité économique. L'article R. 626-18

du code de commerce précise ainsi que « *Lorsqu'il n'est pas présenté de projet de plan en temps utile, le tribunal peut être saisi aux fins de clôture de la procédure par le ministère public, par tout créancier ou par les mandataires de justice. Il statue, le débiteur ayant été entendu ou appelé.* »

Autrement dit, en l'absence de projet de plan, la sauvegarde prend tout simplement fin, sous réserve d'une éventuelle conversion de la procédure en application de l'article L. 622-10 du code de commerce. Si l'article R. 631-35 exclut l'application de l'article R. 626-18 en cas de redressement judiciaire, aucune disposition ne prévoit que le tribunal puisse adopter d'office un plan de redressement. En revanche, dans ces circonstances, l'article L. 631-15, qui prévoit la conversion du redressement en liquidation lorsque le redressement s'avère manifestement impossible, aura vocation à s'appliquer. En d'autres termes, le tribunal ne peut pas adopter de plan si aucun projet n'est présenté en ce sens car il n'a pas le pouvoir de prononcer d'office un plan de continuation<sup>1041</sup>. À cet égard, le projet de plan de continuation produit bien l'effet d'une demande en justice, à savoir la saisine du juge, et il est certain que le tribunal qui refuserait de statuer sur un projet de plan commettrait un déni de justice.

Toutefois, le projet de plan contient également des éléments qui tendent principalement à informer le tribunal sur la situation financière de l'entreprise. Il doit déterminer les perspectives de redressement en fonction des possibilités et des modalités d'activités, de l'état du marché et des moyens de financement disponibles ou exposer et justifier le niveau et les perspectives d'emploi ainsi que les conditions sociales envisagées pour la poursuite d'activité<sup>1042</sup>. Il doit également analyser les éventuelles offres d'acquisition qui auraient été présentées par un candidat à la reprise. Dans cette perspective, en application de l'article L. 642-4 du code de commerce, l'administrateur judiciaire, ou le liquidateur judiciaire le cas échéant, doivent donner au tribunal tous les éléments qui permettent de vérifier le caractère sérieux de l'offre de reprise, la qualité de tiers de l'auteur de l'offre ainsi que les éléments permettant d'apprécier les conditions d'apurement du passif, en considération notamment du prix offert, des actifs résiduels à recouvrer ou à réaliser, des dettes de la période de poursuite d'activité et, le cas échéant, des autres dettes restant à la charge du débiteur.

Au regard de ces éléments, le projet de plan semble relever davantage de l'expertise que de la demande en justice. L'idée se renforce à la lecture de l'article L. 627-4 du code de

---

<sup>1041</sup> P. Cagnoli, *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, dir. J. Héron, préf. T. Le Bars, LGDJ, 2002, n° 222, p. 177.

<sup>1042</sup> C. com., art. L. 626-2.

commerce qui dispose que, en l'absence d'administrateur judiciaire, le juge-commissaire fait un rapport sur le projet de plan. Dans ces circonstances, le tribunal reste saisi d'une demande de plan formulée par le débiteur mais le projet de plan n'aura pas été élaboré avec le concours d'un professionnel de la restructuration. Il semble que l'article L. 627-4 traduit la suspicion que peut susciter un tel plan dont l'élaboration n'est pas supervisée par un mandataire de justice. Le rapport demandé au juge-commissaire apparaît ainsi comme un substitut à l'expertise de l'administrateur judiciaire.

**274. La position de la Cour de cassation.** La jurisprudence de la Cour de cassation pourrait permettre de trancher l'incertitude portant sur la nature du projet de plan. En effet, celle-ci a jugé que le tribunal qui arrête un plan de continuation ne statue pas sur une demande au sens des articles 463 et 464 du code de procédure civile<sup>1043</sup>. Cependant, la portée de cette décision ne doit pas être mal interprétée. Dans cette affaire, la Cour de cassation s'est seulement prononcée sur l'applicabilité des articles 463 et 464 du code de procédure civile dans un cas où, à la suite d'une extension de la procédure, le tribunal avait arrêté un plan commun à deux sociétés alors que l'administrateur avait présenté deux plans distincts. Les articles 463 et 464 prévoient l'ouverture de recours lorsque le tribunal statue respectivement *infra* et *extra* ou *ultra petita*, assurant ainsi le respect du principe dispositif. L'article R. 662-1, 1<sup>o</sup> du code de commerce dispose certes que, sous réserve de dispositions contraires, les règles du code de procédure civile sont applicables au droit des entreprises en difficulté. Toutefois, les articles 463 et 464 du code de procédure civile n'ont vocation à s'appliquer qu'à la condition que le juge statue sur un litige déterminé par les prétentions adverses des parties. Or, en matière de procédure collective, le tribunal n'est pas saisi d'un litige, ce qui justifie d'écarter le principe dispositif et les articles 463 et 464. Par conséquent, cette décision ne suffit pas en soi à exclure l'hypothèse selon laquelle le projet de plan constitue une demande en justice.

**275. Plan.** Ni l'étude des dispositions textuelles ni celle de la jurisprudence de la Cour de cassation ne permettent de trancher la question de la nature du projet de plan. En revanche, la décision du 12 octobre 1993 souligne une spécificité qui tient à l'éviction du principe dispositif lorsque le tribunal statue sur le sort de l'entreprise. L'inapplication de ce principe directeur de

<sup>1043</sup> Cass. com., 12 oct. 1993, n° 89-17.509, *Bull. civ. IV*, n° 334, p. 241 ; *D.* 1994, somm., p. 7, obs. F. Derrida ; *JCP G* 1994, I, 3759, obs. P. Pétel ; Cass. com., 1<sup>er</sup> oct. 1997, n° 94-16.612, Inédit.

Elle a également jugé que l'offre de reprise ne constituait pas une demande au sens des articles 4 et 31 du code de procédure civile (Cass. com., 22 mars 1988, n° 87-15.901, *Bull. civ. IV*, n° 113, p. 79 ; *D.* 1988, jur., p. 375, note F. Derrida et P. Julien ; *Rev. proc. coll.* 1989, p. 40, obs. L. Cadiet ; Cass. com., 11 mai 1999, n° 98-11.392, *Bull. civ. IV*, n° 101, p. 81). L'enjeu était toutefois différent car il tenait à la fermeture des voies de recours au candidat évincé. Pour une approche critique, v. P. Cagnoli, *op. cit.*, n° 182, p. 141. *Contra* : J. Théron, « Ordre et désordre dans la notion de partie », *RTD civ.* 2014, n° 10, p. 238.

l'instance amène à douter de la nature juridictionnelle de la décision du tribunal. Une première réponse au paradoxe de la position procédurale de l'administrateur peut donc consister à soutenir, à la suite de M. Cagnoli, que le tribunal exerce une activité administrative<sup>1044</sup>. Si sa décision n'était pas de nature juridictionnelle, les difficultés inhérentes à l'attribution de la qualité de partie au sens procédural du terme à l'administrateur judiciaire seraient résolues. Quoique convaincants par maints aspects, les arguments en faveur d'une qualification de décision administrative semblent aujourd'hui remis en cause par les évolutions législatives et jurisprudentielles limitant les pouvoirs du tribunal (A). Une autre approche peut être alors envisagée. À la suite de M. Théron et de son étude reposant sur la notion de contestation juridictionnelle, il est possible de soutenir que le tribunal exerce une activité juridictionnelle<sup>1045</sup>. Cette démarche conduit à admettre que le juge continue à exercer un office juridictionnel malgré l'éviction du principe dispositif. Elle amène pourtant à ce que la distinction entre ce qui relève des faits et des demandes s'estompe. Bien qu'il en résulte une forme de distorsion des catégories procédurales, cette analyse a le mérite de permettre d'expliquer l'ambivalence de la mission de l'administrateur judiciaire (B).

#### A. La qualification de décision administrative

**276. La doctrine affirmant la nature administrative de la décision par laquelle le tribunal statue sur le sort de l'entreprise.** Si la majorité des auteurs admet que le tribunal applique la loi<sup>1046</sup>, la doctrine s'oppose quant au point de savoir si la décision statuant sur le sort de l'entreprise mérite la qualification d'acte juridictionnel. Certains estiment que, malgré l'application des règles du code de procédure civile, cette décision revêt un caractère administratif. En ce sens, après avoir montré que la *jurisdictio* est *a priori* présente dans les décisions statuant, notamment, sur le sort de l'entreprise, M. Cagnoli soutient que le défaut d'impartialité du tribunal, en raison de sa faculté à se saisir d'office, conduit à exclure les décisions du tribunal du champ des actes juridictionnels. Ce, d'autant plus que, selon lui, « *Positivement, la mission du juge des faillites n'est plus de trancher un différend ou, plus*

<sup>1044</sup> P. Cagnoli, *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, dir. J. Héron, préf. T. Le Bars, LGDJ, 2002.

<sup>1045</sup> J. Théron, *L'intervention du juge dans les transmissions de biens*, préf. C. Saint-Alary-Houin, LGDJ, 2008.

<sup>1046</sup> D'aucuns estiment néanmoins que le tribunal tranche davantage en opportunité qu'en droit. En ce sens, v. O. Staes, *Procédures collectives et droit judiciaire privé*, th. Toulouse, 1995, n° 17, p. 13 ; S. Neuville, *Le plan en droit privé*, préf. C. Saint-Alary-Houin, LGDJ, 1998, n° 127, p. 125 ; C. Champaud, « L'idée d'une magistrature économique. Bilan de deux décennies », *Justices* 1995/1, p. 76. Sur la question, v. ég. R. Perrot, « Crise du juge et contentieux judiciaire civil en droit français », in (dir.) J. Lenoble, *La crise du juge*, Story scientia et LGDJ, 1990, p. 40.

*largement, de lever l'obstacle qui entrave l'activité des justiciables ; le juge des procédures collectives exerce une fonction de nature administrative orientée vers la satisfaction de l'intérêt général. »*<sup>1047</sup>

À cet égard, malgré les difficultés à distinguer l'acte administratif et l'acte juridictionnel, il resterait possible de « *montrer que l'activité du juge n'est pas orientée vers la satisfaction d'un but quelconque. Plus exactement, le juge doit appliquer le droit, pour accomplir sa fonction qui est de répondre aux demandes des justiciables, sans rechercher l'accomplissement d'une autre finalité. La démarche de l'administration procède d'une autre logique. Son activité est toujours orientée vers la satisfaction d'un but : celui de l'intérêt général. »*<sup>1048</sup> L'auteur affirme alors qu'en droit des procédures collectives le législateur confie bien au juge le soin de poursuivre un objectif orienté vers l'intérêt général, à savoir la préservation de l'activité des entreprises en difficulté<sup>1049</sup>. Ce parti pris du législateur en faveur de la sauvegarde de l'entreprise se manifeste, par exemple, par le mécanisme de cession de l'entreprise qui ne profite ni au débiteur ni au créancier<sup>1050</sup>.

L'auteur précise que se référer au « *parti pris du législateur en faveur de l'intérêt de l'entreprise défaillante n'est pourtant pas suffisant ; de très nombreuses législations font prévaloir certains intérêts au détriment d'autres. En revanche, l'accomplissement d'une fonction administrative postule que l'organe à qui on la confie dispose de prérogative d'action en ce sens. »*<sup>1051</sup> C'est donc l'identification de prérogatives d'action du tribunal qui semble déterminante afin de se prononcer sur l'activité administrative du juge des procédures collectives. Il en va ainsi, par exemple, des prérogatives dont dispose le tribunal afin de déterminer la durée de la période d'observation et lors de l'adoption du plan<sup>1052</sup>. Le caractère

<sup>1047</sup> P. Cagnoli, *op. cit.*, n° 284, p. 223.

<sup>1048</sup> *Ibid.*, n° 305, p. 240.

<sup>1049</sup> En ce sens ég., v. déjà R. Martin, « La saisine d'office du juge (Essai sur sa signification) », *JCP G* 1973, IV, 6316, n° 26, p. 234, pour qui les décisions en droit des procédures collectives, notamment, témoignent de situations dans lesquelles un magistrat prend des décisions administratives, actes finalisés et donc caractérisés par la poursuite de l'intérêt général. Après avoir soutenu, dans un premier temps, que les procédures collectives entraient dans le champ de la matière gracieuse, M. Wiederkehr semble avoir changé d'avis et s'être aussi rangé du côté des auteurs défendant la nature administrative des décisions du juge des procédures collectives. En ce sens, G. Wiederkehr, « Les procédures collectives de règlement du passif et la fonction du juge », *Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt : liber amicorum*, et plus nettement, G. Wiederkehr, « Le juge gérant », *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot : Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Dalloz-Litec, 2011, p. 385 et en particulier, n° 8, p. 387. Toujours dans le sens d'une réfutation de la nature juridictionnelle des décisions du juge des procédures collectives au profit d'une analyse en termes de décision administrative, v. M. Bandrac, « De l'acte juridictionnel, et de ceux qui ne le sont pas », *Le juge entre deux millénaires : mélanges offerts à Pierre Drai*, n° 7, p. 179.

<sup>1050</sup> P. Cagnoli, *op. cit.*, n° 320, p. 247.

<sup>1051</sup> *Ibid.*, n° 306, p. 242.

<sup>1052</sup> *Ibid.*, n° 311, p. 248.

finalisé de l'action du tribunal se manifeste, surtout, selon M. Cagnoli, par la mainmise du juge sur l'ensemble des entreprises en difficulté<sup>1053</sup>. Cette mainmise est assurée par l'obligation faite au débiteur de saisir le juge en cas de cessation des paiements et par la faculté ouverte au tribunal de se saisir d'office, ce qui révélerait la nature administrative du mécanisme<sup>1054</sup>.

Si la nature administrative de la décision du tribunal était admise, le paradoxe tenant à la position procédurale incertaine des mandataires de justice disparaîtrait aussitôt. En effet, dans la mesure où la procédure ne serait pas juridictionnelle, le projet de plan ne constituerait tout simplement pas une demande en justice mais une demande adressée à un tribunal exerçant une fonction administrative. Dans sa proposition d'institution d'une catégorie d'organes de la procédure, M. Croze souligne d'ailleurs que ces derniers assurent parfois des tâches administratives au cours de procédures dont la finalité n'est pas exclusivement juridictionnelle mais relevant de la gestion d'une situation de fait<sup>1055</sup>. En proposant un projet de plan, l'administrateur judiciaire éclairerait simplement le tribunal appelé à rendre une décision administrative en la matière. L'application d'un régime de responsabilité similaire à celle d'un expert ne poserait ainsi aucune difficulté particulière car il ne serait aucunement question de reconnaître la qualité de partie au sens procédural à l'administrateur.

L'évolution du droit des procédures collectives, depuis que la thèse de M. Cagnoli a été soutenue, semble toutefois remettre en cause cette approche. Il faut d'abord relever que l'obligation faite au débiteur de saisir le juge ne s'applique pas à la sauvegarde qui constitue pourtant une procédure collective. Si la sauvegarde ne peut être ouverte qu'en l'absence de cessation des paiements, la grande majorité des règles sont communes au redressement et à la sauvegarde de sorte qu'il paraît difficile de soutenir que la décision prise au terme de la première procédure serait de nature administrative contrairement à la seconde. En vérité, que le débiteur ne soit pas contraint de solliciter l'ouverture d'une sauvegarde ne remet pas nécessairement en cause la nature administrative de la décision du tribunal. Il faudrait simplement admettre qu'une faculté est ouverte au débiteur afin de se soumettre volontairement à une procédure administrative, alors même que les conditions qui la rendent obligatoire ne sont pas réunies.

Une autre évolution semble contredire plus sérieusement le raisonnement de M. Cagnoli. L'auteur soulignait que la saisine d'office du tribunal soulevait des difficultés

---

<sup>1053</sup> *Ibid.*, n° 312, p. 250.

<sup>1054</sup> *Ibid.*, n° 315, p. 252.

<sup>1055</sup> H. Croze, art. préc., n° 17, p. 56.

certaines au regard du principe d'impartialité du juge<sup>1056</sup>. Seule une appréhension du mécanisme comme une prérogative du tribunal exerçant une fonction administrative pouvait justifier, selon lui, l'existence d'une telle prérogative<sup>1057</sup>. Or, la plupart des cas de saisine d'office ayant été supprimés à la suite de plusieurs décisions du Conseil constitutionnel et d'une réforme législative<sup>1058</sup>, les difficultés tenant à la qualification d'acte juridictionnel en raison de la partialité du tribunal auraient donc disparu. D'autant plus que le Conseil constitutionnel a jugé que la saisine d'office ne remettait pas nécessairement en cause le principe d'impartialité, ouvrant la voie à une qualification de décision juridictionnelle<sup>1059</sup>.

Les deux arguments principaux du raisonnement de M. Cagnoli pour qualifier la décision statuant sur le plan d'administrative semblent avoir été ainsi battus en brèche. Cela amène à envisager une autre analyse afin d'expliquer l'ambivalence de la position procédurale de l'administrateur judiciaire.

## B. La qualification de décision juridictionnelle

**277. La doctrine affirmant la nature juridictionnelle de la décision par laquelle le tribunal statue sur le sort de l'entreprise.** Une autre partie de la doctrine soutient que la décision du tribunal a une nature juridictionnelle. Dans son étude portant sur l'intervention du juge dans les transmissions de biens, M. Théron construit sa démonstration sur la notion de contestation juridictionnelle. Après avoir rappelé, à la suite d'une littérature abondante,

<sup>1056</sup> P. Cagnoli, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 285 et s., pp. 224 et s.

<sup>1057</sup> *Ibid.*, n<sup>os</sup> 302 et s., pp. 239 et s.

<sup>1058</sup> Ont ainsi été abrogées les dispositions habilitant le tribunal à se saisir d'office pour ouvrir une procédure de redressement judiciaire (Conseil constit., 7 déc. 2012, QPC, n<sup>o</sup> 2012-286, *D.* 2013, p. 28, obs. M.-A. Frison-Roche ; *ibid.*, p. 338, obs. J.-L. Vallens ; *JCP E* 2013, 50, note N. Gerbay ; *Gaz. Pal.* 19 janv. 2013, note N. Fricero ; *ibid.*, 9 mars 2013, n<sup>o</sup> 122d5, note J. Théron ; *Rev. soc.* 2013, p. 177, L.-C Henry ; *RTD civ.* 2013, p. 889, obs. P. Théry ; *BJE* janv. 2013, p. 1, note F.-X. Lucas ; *ibid.*, p. 10, note T. Favario) ou de liquidation judiciaire (Conseil constit., 7 mars 2014, QPC, n<sup>o</sup> 2013-368, *Gaz. Pal.* 12 avril 2014, n<sup>o</sup> 171t0, p. 11, note D. Fallon ; *Procédures* 2014, comm. 115, note B. Rolland ; *Rev. proc. coll.* 2014, comm. 94, note P. Cagnoli). À la suite de ces décisions, l'ordonnance du 12 mars 2014 a également abrogé les habilitations à se saisir d'office pour ouvrir une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire en cas d'échec d'une procédure de conciliation ainsi que pour l'ouverture d'une liquidation judiciaire à la suite du décès du débiteur.

<sup>1059</sup> Cons. constit., décisions précitées : « *que le principe d'impartialité est indissociable de l'exercice de fonctions juridictionnelles ; qu'il en résulte qu'en principe une juridiction ne saurait disposer de la faculté d'introduire spontanément une instance au terme de laquelle elle prononce une décision revêtue de l'autorité de chose jugée ; que, si la Constitution ne confère pas à cette interdiction un caractère général et absolu, la saisine d'office d'une juridiction ne peut trouver de justification, lorsque la procédure n'a pas pour objet le prononcé de sanctions ayant le caractère d'une punition, qu'à la condition qu'elle soit fondée sur un motif d'intérêt général et que soient instituées par la loi des garanties propres à assurer le respect du principe d'impartialité* ».

D'ailleurs, dans un article ultérieur à cette décision, M. Cagnoli semble reconnaître que la décision du Conseil constitutionnel contraint à raisonner en termes de procédures juridictionnelles (P. Cagnoli, « La notion de partie à l'instance en droit des entreprises en difficulté », in (dir.) P.-M. Le Corre, *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 2018, p. 76).

l'impossibilité de distinguer les fonctions administrative et juridictionnelle par le seul critère tiré de l'application de la loi<sup>1060</sup> ou celui tiré de la structure de l'acte<sup>1061</sup>, l'auteur propose de définir l'acte juridictionnel par ce critère de la contestation. Au départ de son raisonnement, M. Théron rejette l'idée selon laquelle aucune différence matérielle ne pourrait exister entre la fonction judiciaire et la fonction administrative<sup>1062</sup>. Un tel postulat conduirait, selon lui, à ce que l'attribution des matières à l'administration ou au juge puisse se faire de manière purement arbitraire<sup>1063</sup>. Cela contredirait également le fait que les garanties procédurales propres au jugement puissent s'appliquer à certaines décisions de l'administration, notamment les sanctions des autorités administratives indépendantes en matière économique et financière, ce qui prouve selon lui que « *les formes inhérentes aux jugements sont inextricablement liées à la nature juridictionnelle de la matière* »<sup>1064</sup>. Afin d'affirmer l'autonomie de la fonction juridictionnelle, M. Théron montre, en s'appuyant notamment sur les travaux de Bonnard<sup>1065</sup>, que les différenciations organiques et formelles des pouvoirs législatif, exécutif et juridictionnel n'ont de sens qu'à la condition que préexiste une distinction matérielle de ces pouvoirs<sup>1066</sup>. Cette distinction matérielle repose selon lui sur l'existence d'une contestation, à l'instar de la remarque de MM. Cornu et Foyer selon lesquels « *Le rôle propre du juge est de donner une solution aux contestations.* »<sup>1067</sup>

Fort de ce constat, l'auteur s'emploie à déterminer la notion de contestation juridictionnelle. Outre l'acceptation classique de la contestation qui repose sur la notion de litige entendu comme un affrontement contradictoire de prétentions individuelles<sup>1068</sup>, M. Théron montre que la contestation englobe également les situations donnant lieu à un recours au juge sans qu'il existe d'atteinte à un droit subjectif<sup>1069</sup>. En effet, le droit objectif n'ayant pas pour seule finalité la protection des droits subjectifs, certaines règles de droit sont destinées à protéger ce que M. Farjat a nommé des « *centres d'intérêts* » comme la famille ou

<sup>1060</sup> J. Théron, *L'intervention du juge dans les transmissions de biens*, préf. C. Saint-Alary-Houin, LGDJ, 2008, n° 167, p. 137.

<sup>1061</sup> *Ibid.*, n° 169, p. 139.

<sup>1062</sup> En ce sens é.g., v. G. Wiederkehr, « Ce que nous apprennent les théories de l'acte juridictionnel », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claude Witz*, Lexisnexis, 2018, p. 920.

<sup>1063</sup> J. Théron, *op. cit.*, n° 174, p. 142.

<sup>1064</sup> *Ibid.*

<sup>1065</sup> R. Bonnard, « La conception matérielle de l'acte juridictionnel », *Mélanges R. Carré de Malberg*, Sirey, 1933, p. 3.

<sup>1066</sup> J. Théron, *op. cit.*, n° 177, p. 144. V. é.g. E. Jeuland, *Droit processuel*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2018, n° 546, p. 681, qui conteste l'idée selon laquelle la mission essentielle du juge consisterait seulement à trancher les litiges.

<sup>1067</sup> G. Cornu et J. Foyer, *Procédure civile*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 1996, p. 93.

<sup>1068</sup> J. Théron, *op. cit.*, n° 185, p. 153.

<sup>1069</sup> *Ibid.*, n° 193, p. 159.



l'entreprise<sup>1070</sup>. Selon M. Théron, « *L'atteinte à ces situations protégées par le Droit objectif est génératrice de conflits. Dès lors, il est nécessaire que s'exerce la fonction juridictionnelle pour les apaiser.* »<sup>1071</sup> Dans la continuité de son approche aristotélicienne du droit, l'auteur en conclut qu'une contestation de nature juridictionnelle éclot lorsqu'un doute est jeté sur la juste répartition des choses<sup>1072</sup>.

La définition ainsi retenue de la fonction juridictionnelle englobe le droit des procédures collectives. À cet égard, l'entreprise apparaît, selon M. Théron, comme une « *source d'équilibre des rapports sociaux. Des emplois, le paiement des créanciers et au-delà le bon fonctionnement de l'économie et l'équilibre des échanges, dépendent effectivement de son maintien.* »<sup>1073</sup> Les difficultés que l'entreprise rencontre sont donc une source de déséquilibre de ces rapports sociaux. Dès lors, à l'ouverture d'une procédure collective, le juge est saisi d'une contestation juridictionnelle portant sur la capacité du débiteur à gérer et sauver l'entreprise<sup>1074</sup>. Le tribunal tranche cette contestation en jugeant soit que le débiteur est en mesure de redresser l'entreprise, et adopte alors un plan de continuation, soit en jugeant au contraire qu'il n'en a plus les capacités et prononce la cession de l'entreprise lorsque cela est encore possible. Lorsque l'entreprise ne peut plus être sauvée, le juge doit ordonner la liquidation des actifs. L'auteur précise que, « *Dans le cadre du droit des entreprises en difficulté, la source de la contestation ne résulte pas de l'attitude d'une personne. La mauvaise répartition trouve son origine dans les difficultés rencontrées par l'entreprise.* »<sup>1075</sup> Cette approche conduit M. Théron à soutenir que cette matière relève du contentieux objectif<sup>1076</sup>. La contestation tenant aux difficultés objectivement rencontrées par l'entreprise, il n'y a pas de litige au sens classique du terme.

En conséquence, personne n'aurait d'intérêt à agir au sens strict mais, l'entreprise n'étant pas un sujet de droit, le législateur aurait été amené à reconnaître une qualité à agir à certaines personnes afin que le tribunal soit saisi de la contestation portant sur son éventuelle disparition<sup>1077</sup>. Dans cette approche, l'administrateur judiciaire aurait bien la qualité de partie mais cette qualité répondrait à une nécessité purement fonctionnelle. Cette analyse de la qualité de partie s'accommode alors parfaitement de l'éviction du principe dispositif. M. Théron insiste

<sup>1070</sup> G. Farjat, « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts », *RTD civ.* 2002, p. 221.

<sup>1071</sup> J. Théron, *op. cit.*, n° 197, p. 162.

<sup>1072</sup> *Ibid.*, n° 198, p. 162.

<sup>1073</sup> *Ibid.*, n° 207, p. 168.

<sup>1074</sup> *Ibid.*

<sup>1075</sup> *Ibid.*, n° 226, p. 185.

<sup>1076</sup> *Ibid.* En ce sens ég., M.-A. Frison-Roche, « Vers le droit processuel économique », *Justices* 1995/1, p. 101.

<sup>1077</sup> J. Théron, *op. cit.*, n° 226, p. 185.

sur le fait que « *Le tribunal ne peut, pour accomplir sa fonction, être lié par les demandes des parties, pas plus qu'il ne peut se contenter de la matière fournie par les parties. Il doit disposer de tous les moyens nécessaires, dans le but de rendre la décision la plus proche de la vérité objective.* »<sup>1078</sup> Le fait que l'office du juge ne soit pas limité par des prétentions émises par les parties explique ainsi le paradoxe au terme duquel le projet de plan apparaît comme une demande en justice dont le contenu ne contraint pas le tribunal. Selon le principe dispositif, l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties<sup>1079</sup> et le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé<sup>1080</sup>. Dès lors que le juge n'est plus lié par les demandes qui lui sont soumises, les faits allégués par les parties peuvent aussi bien servir au tribunal à retenir une solution différente de celle proposée par l'administrateur judiciaire. Dans ces conditions, que le projet de plan soit analysé comme une sorte de rapport d'expertise ou une demande en justice ne change plus rien à l'office du tribunal.

**278. La distorsion des catégories de la procédure civile.** Autrement dit, distinguer les faits et les prétentions revêt nécessairement, dans ces circonstances, une part d'artifice. Appréhender la décision du tribunal sous le prisme de la notion de contestation juridictionnelle, telle que proposée par M. Théron, offre les outils expliquant l'ambivalence de la position procédurale de l'administrateur. Toutefois, si la notion de contestation juridictionnelle permet d'intégrer la décision sur le sort de l'entreprise dans un système très cohérent, il faut aussi convenir qu'il en va ainsi au prix d'une certaine distorsion des concepts de la procédure civile<sup>1081</sup>. À cet égard, il est possible de regretter les décisions du Conseil constitutionnel en matière de saisine d'office du tribunal. Sur le plan pratique, d'abord, dans la mesure où l'abrogation de la saisine d'office a pu apparaître assez inopportune<sup>1082</sup>. Sur le plan théorique, ensuite, car la motivation du Conseil constitutionnel reconnaissant incidemment la nature juridictionnelle de la décision du tribunal a conduit à admettre que la saisine d'office n'est pas incompatible, en soi, avec l'exercice d'une fonction juridictionnelle, et ce, au détriment de la cohérence des catégories de la procédure civile<sup>1083</sup>. L'approche proposée par M. Cagnoli permettait d'éviter une telle remise

<sup>1078</sup> *Ibid.*, n° 233, p. 195.

<sup>1079</sup> CPC, art. 4.

<sup>1080</sup> CPC, art. 5.

<sup>1081</sup> Sur la question, v. P. Théry, obs. sous Conseil constit., 7 déc. 2012, QPC, n° 2012-286, *RTD civ.* 2013, p. 889, relevant les difficultés à appliquer les notions de procédure civile au droit des procédures collectives.

<sup>1082</sup> F.-X. Lucas, obs. sous Conseil constit., 7 déc. 2012, QPC, n° 2012-286, *BJE* janv. 2013, p. 1 ; N. Gerbay, obs. sous Conseil constit., 7 déc. 2012, *JCP E* 2013, 50. V. ég., B. Rolland, « Réflexions sur la saisine d'office », in *De code en code. Mélanges en l'honneur du doyen Wiederkehr*, Dalloz, 2009, n° 10, p. 689 ; P. Cagnoli, « Abrogation de la saisine d'office : et ensuite ? », *Rev. proc. coll.* 2016, dossier 16.

<sup>1083</sup> *Contra* : J. Théron, obs. sous Conseil constit., 7 déc. 2012, QPC, n° 2012-286, *Gaz. Pal.* 9 mars 2013, n° 122d5, qui trouve, logiquement, dans cette décision la confirmation de son intuition selon laquelle même si le soin de statuer sur le sort de l'entreprise avait été confié à un organe administratif, la décision aurait présenté un caractère juridictionnel.

en cause des concepts. En d'autres termes, il était parfaitement possible d'appliquer une qualification distributive aux fonctions du tribunal de la procédure qui, selon les cas, rendrait des décisions de nature juridictionnelle ou administrative, ces dernières restant, sous réserve de dispositions contraires, soumises aux règles de la procédure civile<sup>1084</sup>. Du reste, reconnaître une fonction administrative au tribunal n'interdisait nullement d'encadrer l'exercice de ces prérogatives administratives en imposant une forme de contradictoire.

En définitive, si l'administrateur semble avoir la qualité de partie lorsqu'il propose un projet de plan, cette qualité répond davantage à une finalité purement fonctionnelle, contribuant au bon déroulement de la procédure, qu'à une habilitation à agir dans un quelconque intérêt. La nature spécifique de la procédure collective nécessite, en effet, que le tribunal soit éclairé sur les chances de sauvegarde de l'entreprise. C'est à cette fin que l'administrateur établit un projet de plan. Il apparaît alors cohérent que les carences éventuelles de l'administrateur soient sanctionnées dans des conditions similaires à celles des experts judiciaires.

## II. La responsabilité de l'administrateur judiciaire en cas de défaillance dans la préparation du plan

**279. L'inadéquation entre la jurisprudence rendue en matière de responsabilité de l'administrateur et le régime de responsabilité pour exercice fautif du droit d'agir.** L'administrateur judiciaire qui propose l'adoption d'un plan de redressement en présentant un projet établi nonobstant le caractère déficitaire de la poursuite d'activité, l'insuffisance d'activité et celle de la trésorerie, et sans étude sérieuse du montant du passif et de son apurement commet une faute de nature à engager sa responsabilité<sup>1085</sup>. Il en va de même pour l'administrateur qui ne s'est pas suffisamment renseigné sur le profit d'un repreneur, le tribunal n'étant guère informé correctement<sup>1086</sup>.

À la lecture de ces décisions, il faut constater que l'administrateur engage sa responsabilité dans des conditions manifestement étrangères au régime en principe applicable à l'exercice d'une action en justice. La faute, dans le droit commun de la responsabilité civile, est déterminée par un seul élément objectif apprécié, en l'absence d'obligation précisément

<sup>1084</sup> L'auteur a néanmoins souligné que les pouvoirs que le juge peut exercer d'office pouvaient permettre de restaurer la souplesse qu'offrait la saisine d'office (P. Cagnoli, « Abrogation de la saisine d'office : et ensuite ? », *Rev. proc. coll.* 2016, dossier 16, n° 6).

<sup>1085</sup> Cass. com., 18 mai 2017, n° 15-13.314, Inédit ; *Act. proc. coll.* 2017, alerte 195.

<sup>1086</sup> Cass. com., 11 mai 1999, n° 96-11.947, Inédit.

définie, au regard d'un modèle abstrait de comportement d'une personne raisonnable<sup>1087</sup>. En revanche, la faute dans l'exercice d'une action en justice suppose toujours un élément intentionnel, malgré l'assouplissement dont fait preuve la Cour de cassation s'agissant de l'appréciation de ce critère intentionnel<sup>1088</sup>. En effet, le demandeur, qui agit dans son intérêt propre, engage sa responsabilité lorsqu'il commet un abus dans l'exercice de son droit d'agir. Les mandataires de justice étant habilités à agir dans un intérêt déterminé, leur action ne relève pas de ce contrôle de l'abus de droit d'agir mais, s'agissant de la mise en œuvre de prérogatives finalisées, du détournement de pouvoir<sup>1089</sup>.

Ce dernier contrôle implique, selon M. Gaillard, une vérification de l'adéquation du mobile déterminant de l'agent au but fixé par la norme attributive de pouvoir<sup>1090</sup>. Autrement dit, l'intention reste déterminante dans la caractérisation d'un détournement de pouvoir. En contemplation des décisions rendues en matière de préparation du plan, il semble faire peu de doute que la faute qui engage la responsabilité des mandataires de justice est bien appréciée comme une faute au sens classique du droit de la responsabilité civile. La faute du mandataire de justice étant appréhendée en fonction du standard du bon professionnel, plus exigeant que celui du simple particulier diligent<sup>1091</sup>, le respect de leurs obligations est même considéré avec une certaine sévérité par les tribunaux<sup>1092</sup>. Toute négligence des mandataires de justice peut ainsi engager leur responsabilité, notamment lorsqu'ils présentent un plan de continuation qui manque de sérieux. Le contentieux portant sur la responsabilité de l'administrateur dans la préparation du plan ne contient aucune référence à un quelconque détournement de pouvoir ou contrôle des mobiles de l'administrateur. En revanche, il faut encore souligner l'absence commune d'effets de l'autorité de la décision du tribunal sur l'appréciation de la responsabilité de l'administrateur et des techniciens désignés sur le fondement de l'article 232 du code de procédure civile.

**280. La similitude du régime de responsabilité des techniciens au sens du code de procédure civile et des mandataires de justice.** Les décisions précitées de la Cour de cassation laissent entendre que la finalité des obligations des mandataires de justice consiste bien à

<sup>1087</sup> M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, 5<sup>e</sup> éd., 2021, n° 85, p. 101.

<sup>1088</sup> *Ibid.*, n° 87, p. 105.

<sup>1089</sup> E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985, n° 147, p. 97.

<sup>1090</sup> *Ibid.*, n° 213, p. 136. V. ég., P. Lokiec, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, 2004, n°s 390 et s., pp. 285 et s., pour qui le contrôle des mobiles s'avère insuffisant, le contrôle des effets de la décision étant plus opportun.

<sup>1091</sup> P. Serlooten, « "Vers une responsabilité professionnelle ?" », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, n° 7, p. 810.

<sup>1092</sup> G. Gil, *Le mandataire de justice*, préf. J. Mestre, PUAM, 2003, n° 710, p. 324.

éclairer le tribunal. En effet, les mandataires engagent leur responsabilité, y compris lorsque le tribunal retient leur proposition de plan ou prononce la cession à un repreneur dont l'offre a été analysée par le mandataire de justice. Dans ces affaires, la Cour de cassation a jugé que la compétence du tribunal pour arrêter le plan de continuation ou la cession de l'entreprise ne dégage aucunement les mandataires de justice de leur responsabilité personnelle. Ces décisions évoquent singulièrement celles rendues en matière de responsabilité civile de l'expert désigné par le tribunal afin de l'éclairer. La haute juridiction juge que l'expert répond des fautes qu'il a commises dans son expertise « *même si le juge a suivi l'avis de l'expert dans l'ignorance de l'erreur dont son rapport, qui a influé sur la décision, était entaché* »<sup>1093</sup>. Au regard de la proximité des solutions, il semble bien que les mandataires de justice commettent aussi une faute dans l'exécution d'une mission destinée en premier lieu à éclairer le tribunal. En d'autres termes, lorsque les créanciers ou le débiteur recherchent leur responsabilité, ils sont dans la situation du tiers qui se prévaut des conséquences de l'inexécution d'une obligation qui n'a pas pour première finalité de défendre leurs intérêts mais dont ils subissent néanmoins les conséquences. Ce constat confirme l'intuition selon laquelle, en tant qu'organes de la procédure, les mandataires de justice contribuent surtout à éclairer le tribunal sans exercer leur mission en faveur d'une personne en particulier.

En définitive, si les mandataires de justice semblent soumettre une prétention lorsqu'ils proposent un projet de plan, leur responsabilité s'apparente davantage à celle d'un auxiliaire de justice, à l'image d'un technicien, que celle qu'engage une partie qui commet une faute dans l'exercice d'une action en justice. Il en va ainsi car les mandataires de justice exercent une mission au service du tribunal davantage que dans l'intérêt d'une des personnes affectées par la procédure. Cette logique, propre à la notion d'organe de la procédure, se retrouve à l'étude des demandes de conversion de la procédure.

---

<sup>1093</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 oct. 1986, n° 85-14.201, *Bull. civ.* II, n° 146, p. 99 ; *Gaz. Pal.* 1987, somm. 337, note S. Guinchard et T. Moussa. Après avoir un temps appliqué aux experts l'immunité applicable aux magistrats (A. Robert, « La responsabilité civile de l'expert judiciaire », *D.* 2013, p. 855), la Cour de cassation a jugé que les experts désignés judiciairement pouvaient engager leur responsabilité dans les conditions de droit commun, en précisant néanmoins « *qu'il en est autrement lorsque leurs rapports ont été homologués par une décision devenue définitive ; que ces documents [...] deviennent au contraire, lorsqu'ils ont été sanctionnés par la justice, un des éléments de la décision à laquelle ils s'incorporent* » (Cass. req., 26 oct. 1914, *D.* 1916, 1, p. 53). La Cour de cassation semble avoir abandonné cette restriction tenant à la reprise du rapport dans la décision du juge par un arrêt du 9 mars 1949 (Cass. civ., 9 mars 1949, *JCP* 1949, II, 4826, obs. J. F. L. C.), ce qu'elle confirme explicitement dans la décision du 8 octobre 1986 précitée.

## § 2 : Les demandes de conversion de la procédure ou de cessation de l'activité

**281. Plan du paragraphe.** Hormis le cas d'une liquidation judiciaire sans maintien de l'activité, à l'ouverture d'une procédure, la solution à apporter aux difficultés du débiteur est incertaine. Toutefois, lorsqu'une sauvegarde ou un redressement est ouvert, la situation du débiteur n'est pas figée. En cas de dégradation, une conversion de la procédure ou une cessation de l'activité s'impose. Dans une telle hypothèse se pose la question du rôle que doivent jouer les mandataires de justice. Peuvent-ils, par exemple, apprécier l'opportunité d'une conversion d'une procédure en liquidation judiciaire, qui signifierait la disparition de l'activité économique, ou sont-ils obligés de solliciter la conversion au risque d'engager leur responsabilité personnelle ?

Sur ce point, la réponse de la Cour de cassation est nuancée. Elle juge que les mandataires de justice peuvent attendre que le tribunal statue, par exemple, sur l'offre d'un repreneur avant de solliciter une éventuelle liquidation judiciaire sans maintien de l'activité<sup>1094</sup>. Cependant, elle sanctionne l'absence d'initiative de l'administrateur judiciaire, lorsque la situation financière du débiteur ne laisse envisager aucune issue autre que la liquidation de l'entreprise<sup>1095</sup>. Si l'administrateur judiciaire pouvait chercher à sauver l'activité à tout prix, il semble qu'il ne devrait pas engager sa responsabilité personnelle lorsqu'il s'abstient de solliciter la conversion de la procédure, en ce qu'une telle demande tend surtout à préserver les intérêts des créanciers. Au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, il apparaît pourtant que les obligations des mandataires de justice ne peuvent être appréhendées en considération du seul objectif de sauvetage de l'entreprise. Au contraire, leur mission semble relever de celle d'organes de la procédure soumis à des devoirs de prudence et de diligence dans la mesure où ils agissent ici afin que les règles qui encadrent le sauvetage de l'activité soient respectées.

Lorsque certaines conditions sont réunies, il devient impératif de convertir la procédure ou de mettre fin à l'activité. Non seulement les mandataires de justice ont alors l'obligation de solliciter la conversion lorsque les conditions sont réunies mais, en outre, le tribunal peut se saisir d'office de cette question (I). L'obligation faite aux mandataires de justice d'agir s'explique par le fait que le sauvetage de l'entreprise ne peut être arrêté à n'importe quelle

<sup>1094</sup> Cass. com., 18 janv. 2017, n° 15-10.287, Inédit ; *Gaz. Pal.* 28 mars 2017, n° 291m9, p. 59, note G. Berthelot ; *BJE* mars 2017, n° 114g6, p. 114, note S. Benilsi.

<sup>1095</sup> Cass. com., 18 janv. 2000, n° 98-19.692, Inédit.

condition. Bien que la finalité première de la procédure soit le sauvetage de l'activité, lorsque la situation du débiteur se dégrade, les organes de la procédure doivent s'assurer que les règles conformes à la situation du débiteur s'appliquent (II).

### I. La nécessité de convertir la procédure et de cesser l'activité

**282. L'échec de la procédure.** Les difficultés rencontrées par un débiteur jettent un doute sur la possibilité de sauver son activité. L'ouverture de la procédure doit permettre au tribunal de vérifier s'il est possible d'assurer la survie de l'entreprise. En ordonnant une cessation totale de l'activité, le tribunal constate l'impossibilité de sauver l'entreprise, mettant ainsi un terme à l'incertitude. Lorsqu'elle ne découle pas de l'ouverture d'une liquidation judiciaire *ab initio*<sup>1096</sup>, cette solution peut résulter de la conversion d'une sauvegarde ou d'un redressement judiciaire en liquidation judiciaire sans maintien de l'activité<sup>1097</sup> ou de la cessation de la poursuite de l'activité au cours d'une liquidation judiciaire<sup>1098</sup>. Elle s'impose dès lors qu'il apparaît que ni l'adoption d'un plan de continuation ni la cession de l'entreprise n'est possible.

La question se pose en des termes un peu différents s'agissant de la demande de conversion d'une sauvegarde en redressement judiciaire<sup>1099</sup> et des hypothèses, peu probables, de conversion d'une sauvegarde ou d'un redressement en liquidation judiciaire avec maintien de l'activité<sup>1100</sup>. Dans ces situations, différentes solutions sont encore envisageables afin de sauver l'entreprise. Le tribunal rend une décision qui influe sur le sort de l'entreprise sans statuer définitivement sur cette question. Toutefois, à l'instar des décisions mettant définitivement un terme à l'incertitude, ces mesures s'imposent afin de fermer la voie à certaines modalités de sauvetage de l'entreprise. Autrement dit, la situation du débiteur impose une évolution des solutions à envisager en vue de sauver l'activité. La problématique demeure ainsi commune dans toutes ces hypothèses de conversion ou cessation de l'activité.

**283. Des demandes en justice.** Les articles L. 621-12, L. 622-10 et L. 631-15 du code de commerce prévoient expressément que la conversion peut être demandée par le mandataire judiciaire comme l'administrateur judiciaire. En revanche, l'article L. 641-10, alinéa 8 du code

<sup>1096</sup> C. com., art. L. 640-1.

<sup>1097</sup> C. com., art. L. 622-10, al. 2 et L. 631-15, II.

<sup>1098</sup> C. com., art. L. 641-10.

<sup>1099</sup> Que la conversion s'impose s'il s'avère que le débiteur était en cessation des paiements dès l'ouverture de la procédure (C. com., art. L. 621-12) ou que la cessation des paiements soit survenue au cours de la période d'observation (C. com., art. L. 622-10).

<sup>1100</sup> Respectivement C. com., art. L. 622-10 et L. 631-15.

de commerce dispose que le tribunal peut décider de mettre fin au maintien de l'activité à tout moment si celui-ci n'est plus justifié. Cependant, rien ne justifierait que la rédaction de cette disposition interdise au liquidateur ou à l'administrateur de formuler une demande en ce sens.

En toute hypothèse, lorsque les mandataires de justice sollicitent la conversion de la procédure, il est certain qu'ils formulent une demande au sens du code de procédure civile. En commentant l'arrêt du 12 octobre 1993, rendu à propos de l'office du juge en matière de plan de continuation, M. Derrida avait d'ailleurs souligné que, en dépit de ce que laissait entendre l'attendu de la Cour de cassation, il semblait inenvisageable que le tribunal prononce la conversion en liquidation judiciaire sans être saisi de la question par une véritable demande ou sans suivre la procédure propre à la saisine d'office<sup>1101</sup>. Cette intuition a été confirmée par la jurisprudence ultérieure de la haute juridiction. Par un arrêt en date du 24 mai 2018, la chambre commerciale a jugé que la mention évoquant une liquidation faite par l'administrateur judiciaire dans son rapport ne constituait pas une demande de conversion du redressement en liquidation, de sorte que, dans ces conditions, le tribunal qui prononce la conversion se saisit d'office sans respecter les formes prévues par l'article R. 631-3 du code de commerce<sup>1102</sup>. En d'autres termes, la simple suggestion de la nécessité de convertir la procédure mentionnée dans le rapport déposé au greffe en vertu de l'article R. 626-17 du code de commerce ne suffit pas à saisir le tribunal d'une telle demande. Celle-ci doit être introduite par voie de requête ainsi que l'impose l'article R. 622-11. Si la solution peut sembler très formaliste, en ce que la liquidation judiciaire semble s'imposer en l'absence de perspective de sauvetage de l'entreprise, elle garantit néanmoins au débiteur la possibilité de préparer sa défense avant l'audience statuant sur une issue fatale pour son activité<sup>1103</sup>. En effet, dès lors que la suggestion formulée par l'administrateur dans son rapport ne constitue pas une demande, le tribunal qui souhaite s'autosaisir devra suivre les modalités de l'article R. 631-3, auquel renvoie l'article R. 622-11. Les droits de la défense seront alors préservés dans la mesure où le tribunal ne peut statuer qu'après avoir fait convoquer le débiteur à la diligence du greffier, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, à comparaître dans le délai qu'il fixe, une note dans laquelle sont exposés les faits de nature à motiver l'exercice par le tribunal de son pouvoir d'office devant être jointe à la convocation.

<sup>1101</sup> F. Derrida, obs. sous Cass. com., 12 oct. 1993, n° 89-17.509, *D.* 1994, somm., n° 3, p. 7.

<sup>1102</sup> Cass. com., 24 mai 2018, n° 16-27.296, *Bull. civ.* IV, n° 61 ; *LEDEN* juill. 2018, n° 111t6, p. 3, obs. L. Camensuli-Feuillard ; *Procédures* 2018, comm. 258, obs. B. Rolland ; *Dr. sociétés* 2019, comm. 14, note J.-P. Legros ; *Rev. proc. coll.* 2018, comm. 142, note C. Lebel ; *ibid.*, comm. 147, note P. Cagnoli ; *BJE* sept. 2018, n° 116g1, p. 356, note O. Staes.

<sup>1103</sup> P. Cagnoli, obs. sous Cass. com., 24 mai 2018, n° 16-27.296, *Rev. proc. coll.* 2018, comm. 147 ; C. Delattre, « La conversion du redressement judiciaire en liquidation judiciaire repose sur un cadre juridique précis », *Rev. proc. coll.* 2018, étude 20, p. 34.



**284. Justification de la conversion d'office par le tribunal.** Que le tribunal puisse se saisir d'office pour la plupart de ces mesures donne une indication de leur nécessité dans l'esprit du législateur. Le tribunal peut convertir d'office la sauvegarde en redressement ou en liquidation judiciaire si les critères justifiant une telle conversion apparaissent au cours de la période d'observation<sup>1104</sup>. De même, il peut convertir d'office un redressement en liquidation judiciaire<sup>1105</sup>. Le Conseil constitutionnel a affirmé la conformité de cette disposition à l'article 16 de la Constitution et au principe d'impartialité qui en découle dans la mesure où cette conversion d'office est fondée sur un motif d'intérêt général et que des garanties propres à assurer le respect du principe d'impartialité sont instituées<sup>1106</sup>. Au regard de ce raisonnement, la suppression de la conversion d'office d'une sauvegarde<sup>1107</sup>, en cas de révélation de l'existence de la cessation des paiements dès l'ouverture de la procédure, est assez discutable. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel a jugé, par une décision ultérieure à la réforme mais dans une affaire pour laquelle l'ancien texte s'appliquait encore, que cette conversion d'office était justifiée. Le Conseil réitérait à cette occasion la même justification que celle énoncée dans sa décision rendue en 2014 à propos de l'article L. 631-15<sup>1108</sup>.

Que le tribunal puisse convertir d'office une procédure déroge assurément aux règles habituelles régissant la procédure civile, parmi lesquelles le principe dispositif, prévu aux articles 4 et 5 du code de procédure civile, qui veut que la matière litigieuse soit définie par les parties<sup>1109</sup>. Comme le souligne le Conseil constitutionnel dans ses deux décisions, ces mesures

<sup>1104</sup> C. com., art. L. 622-10.

<sup>1105</sup> C. com., art. L. 631-15.

<sup>1106</sup> Conseil constit., 6 juin 2014, QPC, n° 2014-399, *D.* 2014, p. 1271, obs. A. Lienhard ; *Rev. sociétés* 2014, p. 527, note L.-C. Henry ; *Dr. sociétés* 2014, comm. 174, note J.-P. Legros ; *Rev. proc. coll.* 2014, comm. 94, note P. Cagnoli ; *BJS* oct. 2014, n° 112m6, p. 402, note E. Mouial-Bassilana ; *BJE* sept. 2014, n° 111p4, p. 312, note T. Favario. Du reste, la chambre commerciale a jugé que la conversion d'un redressement en liquidation s'impose au regard de la seule impossibilité de parvenir à un redressement. Ce, quand bien même la cessation des paiements n'aurait jamais été vérifiée en raison de la conversion d'une sauvegarde en redressement en l'absence d'adoption d'un plan alors que la clôture de la procédure de sauvegarder conduirait, de manière certaine et à bref délai, à la cessation des paiements, ordonnée sur le fondement de l'article L. 622-10, al. 3 (Cass. com., 28 févr. 2018, n° 16-19.422, *Bull. civ.* IV, n° 26 ; *JCP E* 2018, 1250, note S. Zinty ; *Gaz. Pal.* 10 juill. 2018, n° 325q0, p. 59, note D. Voinot ; *Dr. sociétés* 2018, comm. 111, note J.-P. Legros ; *BJE* mai 2018, n° 115x7, p. 193, note L. Le Mesle ; *Rev. proc. coll.* 2018, comm. 135, note B. Saintourens ; *ibid.* 2019, comm. 32, note F. Reille). Sur les difficultés tenant à la constatation de la cessation dans la conversion de procédure, v. T. Mastrullo, « La conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire », *Rev. proc. coll.* 2008, étude 19, p. 41.

<sup>1107</sup> Ord. n° 2014-1088 du 26 septembre 2014 complétant l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, art. 2.

<sup>1108</sup> Conseil constit., 16 janv. 2015, QPC, n° 2014-438, *JCP E* 2015, 1067, note B. Brignon ; *Rev. sociétés* 2015, p. 201, note L.-C. Henry ; *Procédures* 2015, comm. 131, note B. Rolland ; *Dr. sociétés* 2015, comm. 77, note J.-P. Legros ; *Rev. proc. coll.* 2015, comm. 22, note C. Lebel ; *BJE* mars 2015, n° 112a1, p. 108, note T. Favario ; *ibid.*, n° 112a5, p. 110, note P. Rossi.

<sup>1109</sup> S'il n'entre pas dans le cœur de cette étude de se prononcer sur la nature de la conversion de la procédure prononcée d'office par le juge, il n'est pas inintéressant d'étudier les discussions portant sur l'analyse de la traduction technique de la conversion décidée d'office. La doctrine est pourtant peu prolifique en la matière. M. Normand y voit l'ouverture d'une nouvelle « instance » dans la mesure où la décision intervient après que le

de conversion, qui peuvent être soulevées d'office, sont destinées à ce que ne soit pas retardée l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation afin d'éviter l'aggravation irrémédiable de la situation de l'entreprise. Ces dispositions particulières se comprennent au regard de l'objet de la procédure collective. Il ne s'agit pas de trancher un litige au terme d'une instance dont la conduite devrait être naturellement laissée à la diligence des seules parties. En effet, le tribunal doit apporter une réponse aux difficultés du débiteur en privilégiant la survie de l'entreprise. Afin d'y parvenir, le législateur prévoit des atteintes importantes aux droits des créanciers ou des cocontractants du débiteur. Ces dérogations au droit substantiel sont admissibles lorsqu'elles permettent de contribuer à sauver l'entreprise. En revanche, lorsque la situation du débiteur se dégrade, il est impératif que les règles qui doivent s'appliquer en fonction de la situation réelle du débiteur soient effectivement mises en œuvre, ce qui justifie l'intervention d'office du tribunal, pourvu qu'il respecte la règle du contradictoire.

C'est en considération du caractère nécessaire de la conversion de la procédure ou de la cessation de l'activité que doit être alors analysée la mission des mandataires de justice.

## II. La fonction des mandataires de justice en cas de conversion ou cessation de l'activité

**285. L'obligation de solliciter la conversion de la procédure.** L'administrateur judiciaire et le mandataire judiciaire qui s'abstiennent de solliciter la conversion de la procédure, en dépit de l'impossibilité de procéder au sauvetage de l'entreprise, engagent leur responsabilité personnelle<sup>1110</sup>. Si l'obligation faite au mandataire judiciaire de solliciter la conversion en liquidation peut s'entendre au regard de l'intérêt des créanciers, conserver la même exigence envers l'administrateur aurait de quoi surprendre si ce dernier avait seulement pour mission de

---

tribunal a déjà rendu un jugement assorti de l'autorité de la chose jugée (J. Normand, *Le juge et le litige*, préf. R. Perrot, LGDJ, 1965, n° 79, p. 70). Cette qualification semble discutable dans la mesure où les éléments montrant la continuité de la procédure, comme le maintien des effets de la déclaration de créance, semblent s'opposer à l'idée selon laquelle il s'agirait d'une nouvelle procédure.

La doctrine discute davantage la qualification de la situation dans laquelle le tribunal prononce l'ouverture d'une liquidation alors qu'un redressement était demandé, ou inversement. D'aucuns y voient une modification de la demande (J. Normand, *op. cit.*, n° 80, p. 71), qui découlerait néanmoins de son pouvoir de se saisir d'office (P. Cagnoli, *op. cit.*, n° 219, p. 175). D'autres considèrent même que, dans le contexte des procédures collectives, l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation aurait simplement le même objet, à savoir une demande de traitement des difficultés de l'entreprise (D. Méléo-Briand, *Nature du droit des entreprises en difficulté et systèmes de droit*, th. Rennes, 1992, n° 666, p. 377 ; O. Staes, *Procédures collectives et droit judiciaire privé*, th. Toulouse, 1995, n° 151, p. 142). Cette dernière approche est fort discutable en ce que les conséquences des deux procédures sont bien trop différentes pour le débiteur pour soutenir que ces deux demandes ont le même objet.

<sup>1110</sup> Pour un exemple concernant l'administrateur, v. Cass. com., 18 janv. 2000, n° 98-19.692, Inédit ; pour le mandataire judiciaire, v. Cass. com., 16 mai 2006, n° 04-18.042, Inédit ; *Gaz. Pal.* 7 oct. 2006, p. 17, note S. Gorrias.

favoriser la survie de l'entreprise. Le fait qu'il puisse également engager sa responsabilité montre qu'il en va autrement.

Sur le plan de la pure opportunité, cette sujétion pourrait simplement s'expliquer par le fait que, en raison de son accès aux comptes du débiteur, l'administrateur a une meilleure connaissance de la situation de ce dernier que le mandataire judiciaire. L'astreindre à solliciter la conversion de la procédure relèverait ainsi d'une recherche d'efficacité. En vérité, l'obligation de l'administrateur doit surtout être analysée comme une contrainte qui tient à son statut d'organe de la procédure. L'étude des actions spécifiques aux procédures collectives a permis de montrer que nombre des prérogatives des mandataires de justice sont exercées en vertu de ce qui s'apparente à la défense d'une forme d'intérêt général<sup>1111</sup>. En considération de la nécessité de convertir une procédure lorsque la situation du débiteur s'aggrave, la qualité reconnue aux mandataires de justice afin d'agir en ce sens contribue à nouveau à une bonne administration de la justice. Toutefois, il ne s'agit plus ici d'assurer l'efficacité de la procédure, comme cela a pu être avancé à propos de l'action en extension<sup>1112</sup>, mais de garantir la mise en œuvre des règles destinées à prévenir une aggravation incontrôlée de la situation.

**286. La fonction d'organe de la procédure.** À cet égard, il n'est pas anodin que, ici encore, les mandataires de justice partagent la titularité de l'action avec le ministère public<sup>1113</sup>. Au regard de la finalité de la conversion, il est logique que ce dernier ait été habilité à solliciter cette mesure. De même, que les mandataires de justice n'aient pas seulement le droit mais aussi, au vu de la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>1114</sup>, l'obligation d'agir montre qu'il entre dans la mission de ces derniers de s'assurer de la bonne application de la loi dans cette circonstance. Ainsi, selon la haute juridiction, que le tribunal commette une erreur en adoptant un projet de plan de continuation sans que les créanciers aient été consultés ne dégage pas l'administrateur judiciaire de sa responsabilité<sup>1115</sup>. À l'instar de leurs obligations en matière de proposition du plan ou de vérification du sérieux du candidat à la reprise, les mandataires de justice apparaissent à nouveau comme des organes de la procédure qui doivent s'assurer que cette dernière suive la réalité économique de l'entreprise. Si le projet de plan était destiné à saisir le tribunal afin de l'éclairer sur les possibilités de sauver l'entreprise, il s'agit ici de faire constater la dégradation de la situation du débiteur et d'en tirer les conséquences qui s'imposent.

---

<sup>1111</sup> V. *supra* n<sup>os</sup> 199 et s.

<sup>1112</sup> V. *supra* n<sup>os</sup> 212 et s.

<sup>1113</sup> J. Normand, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 59, p. 57.

<sup>1114</sup> V. *supra* note n<sup>o</sup> 1110.

<sup>1115</sup> Cass. com., 18 mai 2017, n<sup>o</sup> 15-13.237, Inédit ; *Act. proc. coll.* 2017, alerte 195.

La connaissance que les mandataires de justice ont de la situation de ce dernier justifie qu'ils saisissent le tribunal d'une demande en conversion, lorsque celui-ci ne se saisit pas d'office de la question, afin d'éviter que continuent à s'appliquer des règles inadéquates en cas d'aggravation des difficultés. L'obligation qui leur est faite d'agir tient avant tout à la nécessité de s'assurer que la procédure collective aboutit à une solution conforme à la réalité économique de la situation du débiteur. À défaut, il faudrait constater une défaillance dans le déroulement de la procédure. Autrement dit, lorsqu'ils s'abstiennent d'agir, les mandataires de justice peuvent certes causer un préjudice à un créancier mais ce préjudice découle d'une obligation de diligence, qui résulte avant tout de leur mission d'organe de la procédure participant davantage au bon fonctionnement de la justice qu'à la défense d'un quelconque intérêt.

Dans ces conditions, si la Cour de cassation a pu admettre que le mandataire judiciaire pouvait s'abstenir d'agir en raison du fait que ce dernier devait concilier les intérêts de tous les créanciers et ne pouvait privilégier certains d'entre eux au détriment des autres<sup>1116</sup>, il n'est pas certain que l'intérêt collectif des créanciers doive véritablement guider l'action du mandataire judiciaire en la matière. La finalité de l'action en extension a été l'occasion de se demander si la bonne administration de la procédure pouvait justifier que le mandataire judiciaire soit parfois tenu d'exercer cette action, même lorsqu'elle ne profite pas à la collectivité des créanciers<sup>1117</sup>. De même, la bonne administration de la procédure pourrait justifier d'imposer au mandataire judiciaire, qui sait le redressement impossible, de solliciter la conversion, quand bien même l'intérêt des créanciers aurait justifié une abstention de sa part<sup>1118</sup>.

**287. La teneur des obligations des mandataires de justice.** Du reste, que les mandataires aient l'obligation de solliciter la conversion de la procédure du fait de la dégradation de la situation du débiteur ne doit toutefois pas les conduire à agir de manière inconsidérée. Il est vrai que la cessation de l'activité signale l'échec définitif de la tentative de sauvetage de l'entreprise. Avant de solliciter cette mesure, il faut que les mandataires de justice vérifient si le sauvetage de l'entreprise est encore possible. Cela explique que, dans sa jurisprudence, la chambre commerciale juge que le mandataire de justice ne peut se voir reprocher son attente

<sup>1116</sup> Cass. com., 18 janv. 2017, n° 15-10.287, Inédit ; *Gaz. Pal.* 28 mars 2017, n° 291m9, p. 59, note G. Berthelot ; *BJE* mars 2017, n° 114g6, p. 114, note S. Benilsi.

<sup>1117</sup> V. *supra* n°s 212 et s.

<sup>1118</sup> Une telle hypothèse pourrait se vérifier dans une situation dans laquelle la liquidation judiciaire engendrerait avec certitude des frais de procédure engloutissant tout l'actif du débiteur sans désintéresser les créanciers. Dans ces conditions, l'intérêt de ces derniers serait probablement d'appuyer une tentative, même peu crédible, d'adoption d'un plan de continuation afin d'entretenir l'espoir d'un paiement même très partiel des créances.

avant de solliciter la cessation de l'activité lorsque l'état des créances n'avait pas encore été arrêté<sup>1119</sup> ou que le tribunal n'avait pas encore statué sur une offre de reprise<sup>1120</sup>.

En définitive, l'étude de la contribution des mandataires de justice à la détermination de la réponse à apporter aux difficultés du débiteur montre qu'ils agissent comme des organes de la procédure. S'ils formulent des prétentions et doivent avoir, à ce titre, la qualité de partie, les mandataires de justice ne servent aucune des personnes affectées par la procédure plus qu'une autre mais participent au bon déroulement de la procédure. Celle-ci ne peut, en effet, se tenir convenablement qu'à la condition que le tribunal soit correctement informé des possibilités de sauver l'entreprise, ce que les mandataires de justice contribuent à faire dans le projet de plan et dans l'avis donné sur les candidats à la reprise. De même, les atteintes aux droits des créanciers que charrie l'ouverture d'une procédure collective ne sont acceptables qu'à la condition que soit mise en œuvre une procédure conforme à la réalité de la situation du débiteur. C'est ce dont les mandataires de justice s'assurent lorsqu'ils sollicitent la conversion de la procédure. La logique de la mission d'organe de la procédure qui garantit le bon déroulement de celle-ci se retrouve également à l'étude des prérogatives que les mandataires de justice mettent en œuvre une fois que le tribunal a statué sur le sort de l'entreprise.

## SECTION 2 : L'EXÉCUTION DE LA DÉCISION DU TRIBUNAL

**288. Plan de la section.** Le jugement statuant sur le sort de l'entreprise apporte une réponse au trouble causé par les difficultés du débiteur. Cette décision ne met néanmoins pas un terme à la procédure car le tribunal reste saisi aussi longtemps que le plan de continuation ou la cession doivent être exécutés ou que les opérations de liquidation ne sont pas achevées. D'une certaine manière, la juridiction qui a statué sur le sort de l'entreprise apparaît comme le juge de l'exécution de sa propre décision. À cet égard, les mandataires de justice exercent encore une fonction d'organe de la procédure pour laquelle il est attendu qu'ils fassent preuve de prudence et de diligence afin d'assurer la bonne application de la décision retenue. Il en va ainsi lorsqu'ils surveillent l'exécution du plan de continuation ou de la cession de l'entreprise (§ 1) comme lorsqu'ils procèdent à la liquidation des actifs du débiteur (§ 2).

<sup>1119</sup> Cass. com., 19 mars 2002, n° 98-15.361, Inédit. Du reste, l'arrêt précise que l'administrateur judiciaire ne s'était d'ailleurs pas associé au plan d'apurement du passif proposé par le débiteur en raison du manque de crédibilité de ce plan.

<sup>1120</sup> Cass. com., 18 janv. 2017, arrêt préc.

## § 1 : La surveillance de l'exécution du plan de continuation ou de la cession de l'entreprise

**289. Plan du paragraphe.** Une fois que le tribunal a jugé que l'activité pouvait être sauvée par la voie d'un plan de continuation ou d'une cession de l'entreprise, les mandataires de justice sont appelés à vérifier la bonne exécution de la décision du tribunal. En cas d'inexécution des mesures arrêtées par le tribunal, les mandataires de justice peuvent être conduits à solliciter la résolution du plan ou de la cession de l'entreprise. Dans la première hypothèse, ils continuent essentiellement à vérifier le bon déroulement de la procédure en s'assurant de l'application des règles conformes à la situation du débiteur (I). En cas de résolution de la cession de l'entreprise, il s'agit davantage de sanctionner un manquement du repreneur (II).

## I. La résolution du plan de continuation

**290. Plan.** En cas de défaut de paiement des dividendes par le débiteur ou de survenance de la cessation des paiements au cours de l'exécution du plan, le commissaire à l'exécution du plan est habilité à saisir le tribunal afin de demander la résolution du plan de continuation<sup>1121</sup>. Si l'on admet la nature juridictionnelle de la décision du tribunal, en demander la résolution s'apparente à l'exercice d'une voie de recours<sup>1122</sup>. L'instauration d'un tel recours est rendue nécessaire par l'évolution de la situation économique du débiteur lors de l'exécution de ce plan (A). Cette raison d'être de ce recours explique alors l'habilitation à agir du commissaire à l'exécution du plan, qui suit ainsi la même logique que celle habilitant les mandataires de justice à solliciter la conversion d'une procédure (B).

## A. La nature juridique de la demande de résolution du plan

**291. La nature du plan de continuation.** La question de la nature du plan de continuation détermine celle des voies de recours ouvertes contre la décision du tribunal adoptant ce plan et, *in fine*, celle de la nature de la demande de sa résolution. Si son adoption résulte seulement d'une décision juridictionnelle, seules les voies de recours contre les jugements devraient être ouvertes. En revanche, s'il était admis que, par certains aspects, le plan présentait une nature

<sup>1121</sup> C. com., art. L. 626-27, II et, par renvoi, L. 631-19.

<sup>1122</sup> *Contra* : M. Cagnoli, pour qui certains recours en droit des procédures collectives relèvent du recours hiérarchique administratif, même si l'auteur ne se prononce pas sur la résolution du plan en tant que telle (P. Cagnoli, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 386 et s., pp. 315 et s.)

contractuelle, une action en nullité pourrait être envisagée. L'hésitation sur la qualification à retenir ne porte en vérité que sur les dispositions du plan par lesquelles les créanciers accordent, individuellement<sup>1123</sup> ou dans le cadre des classes<sup>1124</sup>, une remise ou un délai portant sur les créances. Malgré l'expression d'une forme de consentement de la part des créanciers, retenir une nature contractuelle pour ces dispositions doit être exclu. Les remises ou délais consentis dans le cadre des classes résultent en effet d'un vote majoritaire. Autrement dit, tous les créanciers ne consentent pas nécessairement à ces réductions de créances. Cette absence d'unanimité apparaît incompatible avec les conditions de formation d'un acte contractuel<sup>1125</sup>. Par ailleurs, s'agissant des remises ou délais consentis individuellement de la part des créanciers, la faculté pour le tribunal d'imposer des délais uniformes de paiement, et le cas échéant d'une option pour un paiement dans des délais plus brefs assortis d'une réduction proportionnelle de la créance, constitue un formidable moyen de pression qui se marie fort mal avec l'idée d'un consentement libre et éclairé<sup>1126</sup>. Les limites du recours à la logique contractuelle en vue d'expliquer la nature du plan de continuation confirment la nature juridictionnelle de la décision du tribunal<sup>1127</sup>, cette dernière « *absorbant* » les éléments de nature contractuelle<sup>1128</sup>. Dès lors, la demande de résolution du plan de continuation constitue nécessairement une voie de recours contre la décision du tribunal, dont il faut identifier les caractéristiques.

## 292. La nature de la voie de recours tendant à la résolution du plan de continuation.

Après avoir écarté toute nature contractuelle de la sanction de l'échec du plan de sauvegarde, M<sup>me</sup> Saaied s'intéresse à la nature processuelle de cette sanction<sup>1129</sup>. L'auteure soutient que la sanction de l'échec du plan présente une nature hybride dans la mesure où la nature de la

<sup>1123</sup> C. com., art. L. 626-5 et L. 626-18.

<sup>1124</sup> C. com., art. L. 626-29 et s.

<sup>1125</sup> S. Saaied, *L'échec du plan de sauvegarde de l'entreprise en difficulté*, préf. A. Ghazi, LGDJ, 2015, n° 456, p. 227. Du reste, l'auteure souligne l'incertitude tenant à la valeur de l'accord entre les parties en cas de rejet par le tribunal. Alors que l'accord de conciliation dont le tribunal refuse l'homologation garde une efficacité, quoique précaire (*ibid.*, n° 453, p. 225), le plan de continuation voté en comité, mais dont le tribunal refuse l'approbation, ne produit aucun effet (*ibid.*, n° 459, p. 229). En ce sens ég. : R. Azevedo, *Le caractère collectif des procédures collectives*, avant-propos F. Pérochon, préf. F.-X. Lucas, LGDJ, 2021, n°s 574 et s., pp. 367 et s.

<sup>1126</sup> S. Saaied, *op. cit.*, n° 440, p. 216.

<sup>1127</sup> J.-P. Gastaud, « La nature juridique du plan arrêté judiciairement », *LPA* 16 juin 1993, p. 13, qui évoque « *un jugement à vocation normative mais à fondement négocié* ». Sur la question, v. ég., S. Neuville, *Le plan en droit privé*, préf. C. Saint-Alary-Houin, LGDJ, 1998, n° 125, p. 123, qui adhère à la nature juridictionnelle du plan en dépit de la spécificité de la matière sur laquelle il est appelé à statuer.

<sup>1128</sup> M. Jeantin, « Le plan de redressement », in *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t. XXXIV, 1986, p. 261 ; J. Patin, « Le Plan. Élaboration et nature juridique », *RTD com.* 1986, n° sp., t. 1, p. 83.

<sup>1129</sup> Son étude la conduit à exclure la qualification de voie de rétractation, les conditions de l'opposition, du recours en révision ou de la tierce opposition n'étant pas réunies (S. Saaied, *op. cit.*, respectivement n° 526, p. 262 ; n° 543, p. 269 et n° 552, p. 272). M<sup>me</sup> Saaied écarte également l'idée selon laquelle la résolution du plan relèverait d'une sanction (*ibid.*, n° 571, p. 283).

sanction diffère selon qu'elle s'accompagne ou non de l'ouverture d'une procédure collective. Dans l'hypothèse particulière du plan de sauvegarde, lorsque la résolution ne conduit pas à l'ouverture d'une nouvelle procédure, M<sup>me</sup> Saaied soutient qu'il s'agit de constater, paradoxalement, que la procédure initiale est une réussite. En effet, en application de l'article L. 626-27, I, al. 4 du code de commerce, les créanciers recouvrent alors l'intégralité de leurs créances et sûretés, déduction faite des sommes perçues, et emporte déchéance de tout délai de paiement accordé. Autrement dit, cette résolution du plan aboutit à ce que *in fine* le débiteur paie l'intégralité de ses dettes en raison de l'amélioration de sa situation<sup>1130</sup>. En revanche, lorsque la résolution du plan amène à rouvrir une procédure, M<sup>me</sup> Saaied conçoit la sanction de l'échec du plan à la fois comme un moyen d'anéantissement du plan et d'un retour simultané à la procédure. Si l'auteure semble déceler une logique similaire à l'incident d'instance<sup>1131</sup>, la résolution concomitante à l'ouverture d'une nouvelle procédure lui apparaît finalement être « *un moyen d'assurer une progression de la procédure collective* » ouvrant une nouvelle phase de traitement des difficultés<sup>1132</sup>, c'est-à-dire une sanction d'une « *nature procédurale propre au droit des procédures collectives* »<sup>1133</sup>.

Si les conditions de résolution du plan de continuation s'écartent assurément des voies de rétractation du droit commun processuel que sont l'opposition, le recours en révision et la tierce opposition, il est difficile de nier que la compétence du tribunal ayant arrêté le plan pour résoudre ce dernier, et donc revenir sur sa décision, évoque bien l'idée de rétractation. M<sup>me</sup> Saaied souligne cette proximité mais écarte la qualification de voie de rétractation après avoir affirmé que le code de procédure civile n'envisage que les trois voies de rétractation susmentionnées<sup>1134</sup>. Pourtant, la doctrine a souligné le caractère lacunaire de la liste des voies de recours énumérées à l'article 527 du code de procédure civile<sup>1135</sup>. Autrement dit, les voies de rétractation ne se limitent pas à celles étudiées par M<sup>me</sup> Saaied. Il est loisible au législateur d'instituer d'autres voies de recours et, en particulier, d'autres voies de rétractation<sup>1136</sup>. Il en va

<sup>1130</sup> S. Saaied, *op. cit.*, n° 592, p. 289. Il faut néanmoins souligner que, à suivre cette analyse, le défaut de paiement des dividendes par le débiteur serait un fourvoiement total de sa part. En effet, le débiteur aurait retrouvé les capacités de faire face à la totalité de son passif, tout en continuant de bénéficier des dispositions du plan. Dès lors, en ne payant pas les dividendes, le débiteur agirait à l'encontre de son propre intérêt en se privant des dispositions du plan.

<sup>1131</sup> *Ibid.*, n° 586, p. 287.

<sup>1132</sup> *Ibid.*, n° 589, p. 289.

<sup>1133</sup> *Ibid.*, n° 596, p. 293.

<sup>1134</sup> *Ibid.*, n° 522, p. 260.

<sup>1135</sup> M. Guez, *L'extinction du jugement civil. Contribution à l'étude des effets de l'acte juridictionnel*, th. Paris 1, 2017, n° 62, p. 51. En ce sens ég., G. Wiederkehr, « Le système des voies de recours en droit judiciaire privé français », *RID comp.* 1989, p. 232.

<sup>1136</sup> La question de l'appartenance des voies de rétractation au genre plus général des voies de recours dépend de la définition retenue de cette dernière. Sur cette question, qui n'a pas d'incidence majeure sur la présente étude,



ainsi, par exemple, du recours en rétractation contre l'ordonnance de référé<sup>1137</sup> ou du référé-rétractation contre l'ordonnance sur requête<sup>1138</sup>. À cet égard, la demande de résolution du plan de sauvegarde semble bien constituer une voie de rétractation spécialement instituée par le législateur. Il reste à en comprendre la justification.

**293. La justification de la voie de rétractation.** Outre les voies de rétractation communes, le législateur peut également être amené à mettre en place des voies de recours *ad hoc* qui ne s'appliquent qu'au cas particulier pour lequel elles sont instituées<sup>1139</sup>. Il en va ainsi, par exemple, en matière de protection des majeurs où le juge peut ordonner la mainlevée d'une mesure de sauvegarde de justice si le besoin de protection temporaire cesse<sup>1140</sup> ou mettre fin à une mesure de curatelle ou tutelle, la modifier ou lui substituer une autre mesure<sup>1141</sup>. Ces voies de rétractation sont justifiées par la nature évolutive des droits substantiels. Saisir le juge afin qu'il revienne sur ces mesures ne remet pas en cause l'autorité de sa décision précédente ni l'irrévocabilité qui résulte de la clôture des voies extraordinaires de recours. En effet, comme le souligne M<sup>me</sup> Guez, « *L'autorité ne fait pas obstacle à la naissance de droits subjectifs postérieurement au prononcé d'une première décision* », ce qui explique l'ouverture de la voie de recours<sup>1142</sup>.

Le même raisonnement peut se tenir en matière de résolution du plan de continuation. Le droit des procédures collectives comme le droit de la protection des majeurs vulnérables sont des matières dans lesquelles le juge assure une forme de protection qui appelle à ce que l'intervention de ce dernier s'inscrive dans la durée<sup>1143</sup>. L'évolution de la situation substantielle du majeur protégé ou de l'entreprise peut l'amener à revenir sur ses décisions. Le fondement de ces voies de rétractation n'est donc pas processuel mais substantiel<sup>1144</sup>.

---

v., not., K. Salhi, *Contribution à une théorie générale des voies de recours en droit judiciaire privé*, th. Caen, 2004 ; M. Guez, *op. cit.*

<sup>1137</sup> CPC, art. 488, al. 2.

<sup>1138</sup> CPC, art. 496, al. 2. M. Salhi soutient la nature duale de ce référé-rétractation ; voie de recours lorsqu'il est mise en œuvre à la suite d'une ordonnance rendue sur requête et voie d'adaptation lorsqu'il est fondé sur l'évolution de la situation justifiant une modification de la décision rendue provisoirement. Dans le second cas, il ne pourrait s'agir d'une voie de recours, au regard de la définition que l'auteur propose de cette notion, dans la mesure où le bien-fondé de la décision initiale n'est pas contesté, la révision de la mesure ne serait demandée que pour l'avenir (K. Salhi, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 624 et s., pp. 455 et s., en particulier, n<sup>os</sup> 640-641, pp. 465-467). M<sup>me</sup> Guez réfute la différence fonctionnelle ainsi établie en soulignant le fait que l'évolution de la situation peut en théorie justifier une demande d'anéantissement rétroactif de la décision, la rareté de ces demandes tenant à l'impossibilité matérielle de remettre en cause ce qui a déjà été décidé (M. Guez, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 460, p. 361).

<sup>1139</sup> M. Guez, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 444, p. 350.

<sup>1140</sup> C. civ., art. 439.

<sup>1141</sup> C. civ., art. 442.

<sup>1142</sup> M. Guez, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 443, p. 349.

<sup>1143</sup> E. Jeuland, *Droit processuel*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2018, n<sup>o</sup> 546, p. 681.

<sup>1144</sup> M. Guez, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 446, p. 351.

En somme, solliciter la résolution du plan de continuation revient à exercer une voie de rétractation auprès du tribunal qui a statué sur le sort de l'entreprise. L'effet dévolutif de la voie de recours impose alors au tribunal de statuer à nouveau sur cette question au regard de l'évolution de la situation économique du débiteur. La justification de l'ouverture de cette voie de rétractation *ad hoc* par l'évolution de la situation substantielle du débiteur éclaire la fonction du commissaire à l'exécution du plan qui sollicite cette résolution du plan.

B. La fonction du commissaire à l'exécution du plan sollicitant la résolution du plan

**294. La fonction d'organe de la procédure du commissaire à l'exécution du plan.** La logique à l'œuvre en cas de résolution du plan de continuation est similaire à celle qui justifie la conversion de la procédure. Les atteintes aux droits des créanciers que permet l'application du droit des procédures collectives ne peuvent être justifiées qu'à la condition de s'assurer que les mesures prises sont de nature à assurer la sauvegarde de l'entreprise. Cet objectif explique que la constatation de la cessation des paiements au cours de l'exécution d'un plan de redressement conduise nécessairement à l'ouverture d'une procédure liquidative<sup>1145</sup>. La dégradation de la situation du débiteur impose de revenir sur la solution arrêtée au profit d'une nouvelle décision conforme aux règles qui s'appliquent lorsque la cessation des paiements advient ou que le redressement devient manifestement impossible. Dans ces conditions, le commissaire à l'exécution du plan exerce à nouveau une fonction d'organe de la procédure en s'assurant que la procédure suit les règles conformes à la situation réelle du débiteur. Parce qu'il est chargé de la surveillance de l'exécution du plan, le commissaire à l'exécution du plan devrait avoir l'obligation de saisir le tribunal lorsqu'il constate la cessation des paiements ou le défaut de paiement des dividendes par le débiteur. Qu'il partage le droit d'agir avec le ministère public ne suscite dans ces conditions aucune surprise et s'inscrit dans la lignée des développements sur l'action en extension ou la demande de conversion.

La responsabilité du commissaire à l'exécution du plan pourrait dès lors être engagée lorsque son abstention a contribué à aggraver la situation du débiteur causant ainsi un préjudice à un éventuel créancier. La chose ne semble faire aucun doute s'agissant d'un créancier non soumis aux dispositions du plan, qui aurait alors perdu une chance de ne pas contracter avec le débiteur. S'agissant du créancier soumis aux dispositions du plan, le doute existe. D'un côté, les créanciers retrouvent le droit d'agir après l'adoption du plan et peuvent, en particulier,

---

<sup>1145</sup> C. com., art. L. 631-20-1.

solliciter la résolution du plan<sup>1146</sup>. D'un autre côté, il faut convenir que les prérogatives du commissaire à l'exécution du plan, comme le droit de se faire communiquer tous les documents et informations utiles à sa mission<sup>1147</sup>, le placent dans une situation privilégiée pour détecter une situation justifiant la saisine du tribunal, contrairement aux créanciers.

Du reste, lorsque le tribunal est saisi d'une demande de modification du plan, il s'agit une nouvelle fois d'un recours en rétractation destiné à ce que le tribunal rende une nouvelle décision. Lorsque la demande émane du débiteur, le rapport établi par le commissaire à l'exécution du plan montre que le mandataire de justice retrouve ici un rôle purement destiné à éclairer le tribunal appelé à statuer à nouveau sur le sort à réserver à l'entreprise. En revanche, lorsque la demande de modification du plan est introduite par le commissaire à l'exécution du plan au profit des créanciers, la logique de l'évolution substantielle de la situation du débiteur reprend le dessus. La saisine du tribunal est destinée à ce que ce dernier tire les conséquences d'une évolution, cette fois favorable, de la situation.

En définitive, en exerçant une voie de recours, le commissaire à l'exécution du plan s'assure que l'exécution du plan est conforme à la situation du débiteur. En cas de dégradation significative, il est nécessaire de solliciter la résolution. Inversement, en cas d'amélioration, le commissaire à l'exécution du plan doit saisir le tribunal afin qu'il en tire les conséquences sur le rythme de paiement des créanciers. C'est à nouveau le souci de respecter les objectifs des procédures collectives qui justifie la possibilité de solliciter la résolution de la cession de l'entreprise afin de sanctionner le cessionnaire qui ne tient pas son engagement.

## II. La résolution de la cession de l'entreprise

**295. Nature de la demande de résolution de la cession de l'entreprise.** À l'instar de la décision par laquelle le tribunal arrête un plan de continuation, celle par laquelle il ordonne la cession de l'entreprise met également un terme à l'incertitude portant sur le sort à réserver à l'entreprise. La cession de l'entreprise peut difficilement être appréhendée comme un acte de nature contractuelle dans la mesure où elle résulte de la rencontre d'un acte de volonté du candidat et d'une décision du tribunal. De plus, le tribunal dispose également en la matière d'une grande marge de manœuvre en déterminant notamment les contrats qui seront cédés avec

---

<sup>1146</sup> C. com., art. L. 626-27, II.

<sup>1147</sup> C. com., art. L. 626-25, al. 5.

l'entreprise<sup>1148</sup> ou en prévoyant l'inaliénabilité de certains biens<sup>1149</sup>. Le caractère juridictionnel de la décision ne fait ainsi guère de doute<sup>1150</sup>.

Dans ces conditions, le droit reconnu au liquidateur judiciaire<sup>1151</sup>, lorsque le cessionnaire d'une entreprise ne respecte pas ses engagements, doit être également appréhendé comme une habilitation à exercer une voie de rétractation.

**296. Fonction des mandataires de justice.** À la différence de la résolution du plan de continuation, qui tire les conséquences de la dégradation de la situation du débiteur, la rétractation de la décision ordonnant la cession de l'entreprise sanctionne le non-respect des obligations du cessionnaire. La dimension sanctionnatrice de la mesure est manifeste en contemplation de l'article L. 642-11, al. 3 qui dispose que, en dépit de la résolution, le prix payé par le cessionnaire reste acquis. La cession de l'entreprise est une issue qui permet de sauvegarder l'activité et les emplois mais au détriment des créanciers, au regard des prix de cession retenus en pratique. Les objectifs d'intérêt général qui motivent cette possibilité s'entendent mais encore faut-il, pour qu'elle soit acceptable, que le cessionnaire respecte ses engagements. L'habilitation à agir du ministère public n'est donc en rien surprenante. En revanche, celle du liquidateur judiciaire ne répond plus exactement à celle d'un organe qui s'assure simplement du bon déroulement de la procédure. La vocation répressive de l'action renvoie à la fonction de police de la vie des affaires qui a été identifiée à propos des autres actions attitrées des mandataires de justice<sup>1152</sup>.

En somme, lorsqu'ils sollicitent la résolution du plan de continuation ou de la cession de l'entreprise, les mandataires de justice doivent veiller à ce que la décision du tribunal soit appliquée et que les objectifs de la procédure collective restent respectés. Il est également attendu de leur part qu'ils fassent preuve de prudence et de diligence dans la réalisation des actifs du débiteur lorsque l'activité ne peut être sauvée.

---

<sup>1148</sup> C. com., art. L. 642-7.

<sup>1149</sup> C. com., art. L. 642-10.

<sup>1150</sup> J.-F. Martin, « La cession de l'entreprise », *RTD com.* 1986, n° sp., t. 1, n° 18, p. 130.

<sup>1151</sup> C. com., art. L. 642-11. Lorsque la cession intervient au cours d'un redressement judiciaire, une difficulté semble apparaître dans l'application de l'article L. 631-22. En effet, cette disposition prévoit que le mandataire judiciaire exerce les missions dévolues au liquidateur. Toutefois, l'alinéa 3 de cet article précise que lorsque la cession totale ou partielle a été ordonnée en application du premier alinéa, la procédure est poursuivie dans les limites prévues par l'article L. 621-3. Dans une telle hypothèse, un commissaire à l'exécution du plan sera donc nommé. Il semble plus logique que ce soit ce dernier qui exerce la mission dévolue au liquidateur judiciaire aboutissant, le cas échéant, à solliciter la résolution de la cession de l'entreprise. À notre connaissance, la Cour de cassation n'a jamais rendu de décision en la matière.

<sup>1152</sup> V. *supra* n°s 211 et s.

## § 2 : La réalisation des actifs

**297. Plan du paragraphe.** Lorsqu'est ordonnée la liquidation judiciaire du débiteur, sans maintien de l'activité, le rôle du liquidateur judiciaire consiste à réaliser les actifs et à assurer la distribution de leur prix entre les créanciers. Du reste, le mandataire judiciaire peut être également amené à jouer ce rôle en cas de cession d'un actif au cours d'une sauvegarde ou d'un redressement judiciaire. Le rôle de l'organe de la procédure s'apparente alors à celui d'un agent chargé de la vente d'un bien dans le cadre d'une voie d'exécution de droit commun. Davantage que la défense d'un quelconque intérêt, il est attendu de sa part qu'il exécute sa mission avec diligence. Au regard de la diversité des droits des créanciers et de la multitude des opérations à mener, la mission du liquidateur judiciaire apparaît, en effet, particulièrement complexe, ce qui amène à s'interroger sur l'engagement de sa responsabilité en cas d'erreur (I). Par ailleurs, le contexte singulier de la procédure collective crée une difficulté supplémentaire. Alors que le classement des créanciers devrait assurer une distribution des fonds reposant sur des critères objectifs, les carences de la loi confèrent, *de facto*, la possibilité au liquidateur de favoriser le paiement d'un créancier plutôt qu'un autre, situation qui paraît fort peu satisfaisante et qui mériterait d'être corrigée par le législateur (II).

## I. Les erreurs commises dans les répartitions

**298. La possibilité d'exercer une action en restitution de l'indu en liquidation judiciaire.** Si l'article L. 643-8 du code de commerce issu de l'ordonnance du 15 septembre 2021 expose un ordre de répartition de l'actif distribuable plus précis qu'auparavant, l'établissement de l'ordre reste particulièrement difficile en contemplation des nombreuses règles de priorité qui peuvent s'appliquer<sup>1153</sup>. En cas d'erreur dans les distributions, il faut se demander ce que peut faire le liquidateur judiciaire et s'il commet une faute de nature à engager à sa responsabilité ?

En cas d'erreur, le liquidateur peut procéder à une action en restitution du paiement indu. Cette règle, prévue à l'article L. 643-7-1 du code de commerce, a été introduite par l'ordonnance du 12 mars 2014. La question de la répétition de l'indu était auparavant plus compliquée à appréhender dans la mesure où la Cour de cassation jugeait qu'en cas d'erreur

---

<sup>1153</sup> En ce sens : N. Borga et V. Leloup-Thomas, « Une meilleure prévisibilité et une meilleure protection des droits des créanciers titulaires de sûretés ? », *Gaz. Pal.* 28 juin 2022, n° 437a7, n° 23, p. 22. Sur les limites de ce texte afin de procéder au classement des classes entre elles, v. F. Pérochon et P. Roussel Galle, « Classes de créanciers et sûretés réelles », *RD bancaire et fin.* 2022, dossier 20, n° 27, p. 108.

dans les distributions, le liquidateur ne pouvait exercer l'action en répétition qu'envers un créancier chirographaire<sup>1154</sup>. L'article L. 643-7-1 dispose désormais que le créancier qui a reçu un paiement en violation de la règle de l'égalité des créanciers chirographaires ou par suite d'une erreur sur l'ordre des privilèges doit restituer les sommes ainsi versées. Autrement dit, l'action en restitution de l'indu est ouverte au liquidateur en cas d'erreur et, ce, que l'*accipiens* soit chirographaire ou qu'il bénéficie d'une cause de préférence. En revanche, il faut souligner que cette disposition ne s'applique qu'en liquidation judiciaire alors que des difficultés similaires peuvent se produire en cas de réalisation d'actif au cours d'une sauvegarde ou d'un redressement judiciaire. Dans ces dernières hypothèses, s'applique donc encore la règle selon laquelle seul l'*accipiens* chirographaire peut faire l'objet d'une action en restitution<sup>1155</sup>. Que le mandataire de justice dispose d'une action en restitution de l'indu ou non, il faut se demander s'il peut engager sa responsabilité en cas d'erreur dans les distributions.

**299. La responsabilité du mandataire de justice.** Lorsque le mandataire judiciaire paie par erreur un créancier privilégié lors d'une sauvegarde ou d'un redressement, il semble évident qu'il peut engager sa responsabilité envers un autre créancier privilégié qui aurait été privé, du fait de cette erreur, de la possibilité d'être payé. En effet, le créancier lésé se retrouve sans autre recours en raison de la fermeture de l'action en restitution. À l'inverse, lorsque le créancier payé à tort est chirographaire, l'ouverture de l'action en répétition conduit-elle à exclure toute responsabilité des mandataires de justice ? D'aucuns semblent le penser<sup>1156</sup>. L'affirmation mérite d'être nuancée. Certes, le créancier qui aurait dû recevoir le paiement dès le départ voit son droit protégé par l'action en restitution. En revanche, il faut rappeler que l'article 1302-3 du code civil dispose que la restitution consécutive à un paiement indu peut être réduite si le paiement procède d'une faute. Or, si l'*accipiens* est tenu de restituer par l'article L. 643-7-1 du code de commerce, il n'en demeure pas moins que cette restitution peut lui causer un dommage. Il pourrait en être ainsi si, par exemple, il était « *impossible à l'accipiens de rembourser sans emprunter à des conditions onéreuses ou sans réaliser des éléments d'actifs dans la précipitation* »<sup>1157</sup>. La responsabilité du mandataire de justice ne peut donc pas être exclue par principe. L'*accipiens* comme le créancier dont le rang n'aurait pas été respecté peuvent, dans

<sup>1154</sup> Cass. com., 30 oct. 2000, n° 98-10.688, *Bull. civ.* IV, n° 169, p. 150 ; *D.* 2001, p. 620, obs. A. Honorat ; *ibid.*, p. 1527, note S. Pierre ; *ibid.*, p. 1612, obs. V. Brémond.

<sup>1155</sup> C. Favre-Rochex, note sous Cass. com., 24 oct. 2019, n° 18-22.549, *D.* 2021, p. 200.

<sup>1156</sup> À propos de l'introduction de l'article L. 643-7-1, M. Le Corre estime ainsi que « *La solution est heureuse, en ce qu'elle évitera la peur paralysante qui envahit tout mandataire de justice à l'heure des répartitions, tant la complexité de notre droit des sûretés rend impossible la perfection dans l'exécution des répartitions.* » (P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, 11<sup>e</sup> éd., 2020, n° 591.511, p. 1986).

<sup>1157</sup> F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénédy, *Les obligations*, Dalloz, 13<sup>e</sup> éd., 2022, n° 1298, p. 1421.

certaines circonstances, se retourner contre le mandataire de justice. Encore faut-il s'interroger sur la caractérisation de la faute éventuellement commise par ce dernier.

Comme cela a pu être souligné, il s'entend que, en matière de collocation des paiements, la Cour de cassation fasse preuve d'une relative mansuétude à l'endroit du liquidateur judiciaire qui aurait commis une erreur, « *dès lors qu'il avait fait preuve de soins attentifs dans l'examen du problème* »<sup>1158</sup>. Il est certain que la complexité des règles, en présence d'une multitude de créanciers répondant à des situations différentes, ne place aucun professionnel à l'abri d'une erreur<sup>1159</sup>. Toutefois, s'il en commet une et si cela cause un préjudice à *l'accipiens* tenu de rembourser ou au créancier privé de paiement lorsque l'action en répétition de l'indu est fermée, il semble légitime d'engager la responsabilité du mandataire de justice s'il n'a pas fait preuve de prudence et de diligence dans l'exécution de cette tâche. En effet, l'existence de deux professions spécifiques se comprend en raison, précisément, de la complexité de certaines tâches. À cet égard, le professionnel qui fait preuve de négligence commet une faute semblable à celle d'un technicien négligent et il est légitime qu'il répare les conséquences dommageables de sa faute.

**300. La question de l'erreur dans la distribution du prix d'un immeuble.** Outre les erreurs qu'il peut commettre dans la répartition générale entre les créanciers, le mandataire de justice peut également se tromper dans la distribution du prix d'un immeuble ou d'un meuble. Une telle erreur peut, à nouveau, aboutir à payer un créancier de manière prématurée privant un créancier d'un rang supérieur du paiement de sa créance. Ce dernier peut-il également engager la responsabilité du mandataire de justice ? Afin de répondre à cette question, il faut distinguer la répartition des sommes récoltées à la suite de la vente d'un immeuble ou d'un meuble.

Lorsque le bien vendu est un immeuble, l'article R. 643-6 du code de commerce prévoit que le liquidateur dresse un état des collocations et avertit les créanciers qu'ils peuvent le contester devant le juge de l'exécution selon les modalités prévues à l'article R. 643-11. Si le liquidateur judiciaire se trompe dans le projet en faisant preuve de négligence manifeste, il commettrait une faute qui pourrait causer un préjudice au créancier dont le rang n'aurait pas été respecté. Or, l'article R. 643-7 du code de commerce dispose que, en l'absence de contestation,

<sup>1158</sup> G. Gil, *Le mandataire de justice*, préf. J. Mestre, PUAM, 2003, n° 715, p. 327.

<sup>1159</sup> Des doutes subsistent encore après la réforme du 15 septembre 2021, pour une proposition de tableau des répartitions à partir des dispositions de l'article L. 643-8 du code de commerce en intégrant les garanties et privilèges non intégrées par le législateur, v. F. Legrand, « La réécriture du rang des créanciers : une nouvelle donne ? Le rang de l'article L. 643-8 du Code de commerce », *Rev. proc. coll.* 2022, dossier 36.

le liquidateur procède à la clôture de l'ordre et qu'à compter du dépôt du procès-verbal de clôture de l'ordre, la collocation des créanciers est définitivement arrêtée. Deux points méritent alors d'être précisés.

D'une part, il faut se demander si l'établissement de l'ordre ferme la voie de la restitution de l'indu. Le caractère définitif de l'ordre empêche le créancier qui ne se serait pas manifesté, selon les voies prévues à cet effet, de demander le paiement de sa créance. Cela empêche-t-il d'exercer une action en restitution? Lorsque l'ordre est arrêté par le juge, l'autorité de la décision devrait interdire la remise en cause de l'ordre. En évoquant un caractère définitif pour l'ordre établi par le liquidateur non contesté, il semble que le législateur ait conféré à ce dernier un pouvoir similaire à celui d'un juge<sup>1160</sup>. À s'en tenir à cette lecture, la restitution serait également impossible.

Le créancier qui n'a pas exercé de recours peut-il néanmoins chercher la responsabilité du liquidateur pour la faute commise dans l'établissement de l'ordre? La possibilité de contester le projet de répartition devant le juge de l'exécution pourrait l'exclure. Une réponse plus nuancée peut être défendue. Certes, l'absence de saisine du juge de l'exécution pourrait rompre le lien de causalité entre la faute et le préjudice, empêchant toute action en responsabilité contre le liquidateur. Toutefois, l'absence d'exercice du recours pourrait aussi constituer une faute de la victime de nature à exonérer, au moins partiellement, le mandataire de justice. Répondre à la question sous l'angle de la faute de la victime présente alors l'avantage d'offrir une marge de manœuvre au juge afin d'apprécier la part de responsabilité du liquidateur judiciaire.

**301. Le cas de la distribution du prix d'une vente d'un bien mobilier.** Tandis qu'une procédure d'ordre est prévue en cas de vente d'un immeuble au cours d'une liquidation judiciaire, aucune disposition ne semble prévue en matière de vente d'un meuble. Or, en droit commun de l'exécution, les distributions de deniers prévoient un projet de distribution qui peut être contesté le cas échéant devant le juge de l'exécution<sup>1161</sup>. Comme le souligne M<sup>me</sup> Revel Pedemons, aucune disposition du livre VI du code de commerce ne renvoyant expressément au

<sup>1160</sup> Il faut souligner ici la singularité du droit des procédures collectives au regard du droit commun de l'exécution dans la mesure où l'opération intellectuelle de classement des sûretés réelles grevant un immeuble est traditionnellement considérée comme un acte juridictionnel, ce qui justifie de soumettre l'ordre non contesté à l'homologation du juge de l'exécution (CPCE, art. R. 332-6). En prévoyant que l'ordre établi non contesté du liquidateur devient définitif sans examen du juge, le législateur aurait procédé à une « déjuridictionnalisation » de l'ordre (J. Barrère, « L'ordre au cours de la liquidation judiciaire. La déjuridictionnalisation de l'ordre? », in *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t. XXXIV, 1986, p. 105).

<sup>1161</sup> CPCE, art. R. 251-3 et R. 251-8.



code des procédures civiles, il est difficile de justifier l'application des dispositions du second code lors d'une liquidation judiciaire<sup>1162</sup>. Autrement dit, aucune procédure d'ordre ne semble prévue en cas de vente d'un bien mobilier. Dans ces conditions, l'erreur éventuelle du liquidateur judiciaire ne serait pas couverte par la possible contestation du créancier devant le juge de l'exécution. Il conviendrait alors de revenir à la situation présentée pour l'ensemble des répartitions, à savoir une possible action en restitution et une probable responsabilité en cas de manque de diligence de la part du liquidateur.

En définitive, en dépit de certaines incertitudes, le liquidateur peut engager sa responsabilité dans les opérations de liquidation s'il fait preuve d'une certaine négligence dans l'application des règles. La répartition est l'enjeu crucial de la liquidation au terme de laquelle, sauf cas exceptionnel, tous les créanciers ne peuvent être payés. Les mandataires de justice doivent ainsi assurer la bonne application de la loi dans une situation complexe. Par conséquent, il paraît légitime que, en cas de faute, ils ne puissent s'exonérer de leur responsabilité qu'à la condition de prouver qu'ils ont accompli leur mission en faisant preuve de diligence et de prudence dans l'établissement de l'ordre des paiements. La conduite des opérations de réalisation des actifs par le liquidateur judiciaire soulève, par ailleurs, une autre question tenant aux conflits qui peuvent naître de la chronologie des actifs isolés.

## II. La marge de manœuvre résultant du conflit né de la chronologie des opérations de liquidation des actifs isolés

**302. La possibilité pour le liquidateur de favoriser l'un des créanciers.** À la suite de plusieurs auteurs ayant pointé la difficulté<sup>1163</sup>, M<sup>me</sup> Revel Pedemons a montré comment la chronologie des opérations de liquidation des actifs isolés influait sur le paiement des créanciers<sup>1164</sup>. En effet, une fois l'actif réalisé par le liquidateur judiciaire, son prix est distribué selon les causes légitimes de préférence que sont les privilèges généraux ou spéciaux et les sûretés. Or, le rang des créanciers titulaires d'un privilège général leur offre, par hypothèse, la garantie d'être payés par préférence aux créanciers munis de sûretés réelles spéciales. Autrement dit, ces derniers ne tireront aucun bénéfice de leur sûreté si le prix de vente du bien

<sup>1162</sup> A. Revel Pedemons, *Le conflit né de la chronologie des opérations de liquidation des actifs isolés*, préf. P. Cagnoli, LGDJ, 2021, n° 508, p. 330.

<sup>1163</sup> V. not., F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., 2014, n° 1308, p. 598 ; P.-M. Le Corre, *op. cit.*, n° 591.421, p. 1983 ; J.-P. Sénéchal, « La vente des immeubles et la distribution de leur prix », *LPA* 28 oct. 1998, p. 36.

<sup>1164</sup> A. Revel Pedemons, *op. cit.*

est absorbé par les créanciers privilégiés et se trouveront dans une situation identique à celle d'un créancier chirographaire<sup>1165</sup>. Ainsi, selon l'ordre de réalisation et de distribution du prix, ce ne sont pas les mêmes créanciers munis de sûretés qui pâtiront de la priorité des créanciers privilégiés. Dans une certaine mesure, en choisissant l'ordre dans lequel il réalise et distribue le prix des actifs isolés, le liquidateur peut avantager un créancier muni de sûreté plutôt qu'un autre.

Cette situation résulte de l'absence de réglementation de la chronologie des réalisations par la loi, même si certaines règles tendent à instituer un embryon d'ordre dans la réalisation des actifs<sup>1166</sup>. C'est le cas de l'article L. 642-20-1, al. 1<sup>er</sup> qui impose au liquidateur de demander au juge-commissaire, dans les six mois du jugement de liquidation judiciaire, l'autorisation de procéder à la réalisation du gage ou de la chose légitimement retenue qui n'aurait pas été retirée. De même, la faculté ouverte, par l'article L. 642-18, al. 2 du code de commerce, au liquidateur judiciaire d'être subrogé dans les droits du créancier saisissant qui a entamé une saisie immobilière avant l'ouverture de la procédure est de nature à accélérer la réalisation de l'actif immobilier<sup>1167</sup>. Enfin, l'article R. 642-29 du code de commerce reconnaît le droit au liquidateur, et à certains créanciers, de demander au juge-commissaire l'autorisation de poursuivre simultanément la vente de plusieurs immeubles, même s'ils sont situés dans des ressorts de tribunaux judiciaires différents, contrairement aux règles du droit commun des procédures civiles d'exécution, ce qui est également de nature à accélérer la procédure<sup>1168</sup>.

Toutefois, la marge de manœuvre du liquidateur demeure importante dans toutes ces hypothèses. Les articles L. 642-18, al. 2 et R. 643-4 n'ouvrent qu'une faculté au liquidateur judiciaire qui n'est pas obligé de la mettre en œuvre. Seul l'article L. 642-20-1, al. 1<sup>er</sup> instaure une obligation, encore qu'elle ne le contraigne qu'à demander une autorisation de réalisation au juge-commissaire dans un délai de six mois et non à réaliser le bien dans ce délai<sup>1169</sup>. Dans toutes ces situations, le liquidateur judiciaire dispose, de fait, de la faculté de décider quel créancier peut être payé en priorité.

**303. L'encadrement nécessaire de la marge de manœuvre du liquidateur.** Certes, le conflit né de la chronologie des opérations relève le plus souvent des contingences de la

---

<sup>1165</sup> *Ibid.*, n° 3, p. 8.

<sup>1166</sup> *Ibid.*, n° 25, p. 33.

<sup>1167</sup> *Ibid.*, n° 34, p. 37.

<sup>1168</sup> *Ibid.*, n° 47, p. 45.

<sup>1169</sup> *Ibid.*, n° 61, p. 52.

procédure davantage que d'une démarche volontaire du liquidateur<sup>1170</sup>. Cependant, il faut se demander comment peut être contrôlée l'action du liquidateur qui chercherait volontairement à avantager un créancier. La prérogative dont dispose ici le liquidateur judiciaire résulte davantage d'une situation factuelle, à savoir la possibilité de choisir l'ordre des opérations, que d'une habilitation par une norme juridique. M. Lokiec a montré qu'il était possible d'appréhender et de contrôler un tel pouvoir factuel en contrôlant les mobiles de l'auteur de la décision ou, mieux, les effets de la décision<sup>1171</sup>. Or, en tant qu'organe de la procédure, le liquidateur judiciaire n'est pas censé servir un des intérêts particuliers en présence. Même à considérer qu'il œuvre ici dans l'intérêt collectif des créanciers, le caractère collectif de cet intérêt interdirait, à plus forte raison, qu'il favorise volontairement l'un des créanciers. Dès lors, il y aurait peut-être matière à caractériser un détournement de pouvoir du liquidateur qui aurait sciemment cherché à avantager un créancier.

Toutefois, il n'est pas certain que le contrôle du détournement de pouvoir soit la réponse la plus appropriée à cette difficulté. Si ce contrôle peut théoriquement permettre de sanctionner le liquidateur qui aurait sciemment cherché à favoriser l'un des créanciers, la démonstration d'une telle intention risque d'être fort difficile à caractériser. Une solution plus radicale peut consister à tenter de supprimer un tel pouvoir de fait. En effet, le recours à la théorie du pouvoir factuel est opportun lorsqu'il s'agit de régir une prérogative de fait dont la légitimité ne pose pas en soi de problème. Or, contrairement au pouvoir de l'employeur sur ses salariés ou du dirigeant sur la conduite de la société, le pouvoir du liquidateur semble illégitime en soi dans la mesure où son existence résulte essentiellement d'une insuffisance de la loi. Par conséquent, davantage qu'encadrer l'exercice du contrôle de ce pouvoir, il serait souhaitable de le faire disparaître. Dans cette perspective, M<sup>me</sup> Revel Pedemons a proposé d'instaurer, sur le plan substantiel, une imputation prioritaire et proportionnelle des privilèges généraux<sup>1172</sup> et, sur le plan procédural, une neutralisation chronologique des distributions avec une distribution provisoire des fonds avant de procéder à un retraitement à la fin des opérations<sup>1173</sup>. Une réforme en ce sens aurait le mérite de retirer le pouvoir de fait du liquidateur judiciaire qui contredit, dans une certaine mesure, l'article 2285 du code civil reconnaissant le principe de causes légitimes de préférence entre les créanciers. La logique de neutralité envers les différents

---

<sup>1170</sup> *Ibid.*, n° 67, p. 55.

<sup>1171</sup> P. Lokiec, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, 2004, n°s 390 et s., pp. 285 et s.

<sup>1172</sup> A. Revel Pedemons, *op. cit.*, n°s 341 et s., pp. 227 et s. En ce sens ég., C. Favre-Rochex, *Sûretés et procédures collectives*, préf. M. Grimaldi LGDJ, 2020, n°s 542 et s., pp. 488 et s. ; F. Pérochon, *op. cit.*, n° 1308 ; p. 598.

<sup>1173</sup> A. Revel Pedemons, *op. cit.*, n°s 453 et s., pp. 295 et s.

créanciers, qui s'impose à l'organe de la procédure collective, serait ainsi mieux respectée. À cet égard, il faut regretter que l'occasion offerte par les habilitations de la loi *Pacte* n'ait pas été saisie afin de mettre en œuvre une telle réforme<sup>1174</sup>.

En somme, si la chronologie des opérations de liquidation donne *de facto* la possibilité au liquidateur de favoriser illégitimement un créancier, une intervention du législateur pourrait mettre un terme à cette difficulté.

---

<sup>1174</sup> C. Favre-Rochex et F. Legrand, « Le créancier titulaire d'une sûreté réelle face au nouvel ordre des paiements », *BJE* mai 2022, n° 200p2, n° 15, p. 57.

## CONCLUSION CHAPITRE 1

**304. L'assistance apportée au tribunal dans la détermination de la réponse aux difficultés du débiteur.** La décision par laquelle le tribunal statue sur le sort de l'entreprise ne relève pas du contentieux ordinaire. Le caractère finalisé de la procédure exige alors la présence d'organes qui apportent leur concours au tribunal. C'est ce rôle que jouent les mandataires de justice lorsqu'ils proposent un projet de plan, examinent une offre de reprise, sollicitent la conversion de la procédure ou la cessation de l'activité. Les organes de la procédure sont ainsi placés dans une situation ambigüe sur le plan procédural. En effet, en raison de la nature juridictionnelle qui tend à être reconnue à la décision du juge, il faut convenir que les mandataires de justice formulent ce qui s'apparente à des prétentions. Pourtant, il faut également constater que les mandataires de justice sont soumis à un régime de responsabilité qui se rapproche davantage de celui qui s'applique à un technicien, qui commet une faute dans l'exécution de sa mission, que celui qui régit l'exercice fautif d'une action en justice. Autrement dit, la qualité de partie éventuellement reconnue aux mandataires de justice joue un rôle fonctionnel sans influence sur l'appréciation de la faute commise, le cas échéant, dans l'exercice de leur mission.

**305. L'assistance apportée au tribunal dans l'exécution de la solution arrêtée par le tribunal.** Cette analyse s'applique également à l'étude des prérogatives des mandataires de justice dans l'exécution de la décision du tribunal. Lorsqu'ils surveillent l'exécution du plan de continuation ou de la cession, les mandataires de justice sont habilités, à l'image de parties classiques, à exercer des recours. Toutefois, à nouveau, le contrôle de l'exercice de cette prérogative relève davantage de la logique qui régit la mission d'un technicien qui engage sa responsabilité lorsqu'il manque de prudence ou de diligence que de l'exercice fautif d'une voie de recours. C'est encore la même logique qui s'applique à leur mission de liquidation. S'il faut tenir compte de la difficulté à procéder à l'ordre des paiements du fait de la complexité des règles qui s'appliquent, les mandataires de justice ne devraient pas être exonérés de responsabilité en cas de manquement aux devoirs qui leur incombent en tant que professionnels. En revanche, la marge de manœuvre qui découle de la chronologie des opérations de liquidation pourrait être purement éliminée grâce à l'intervention du législateur.

L'encadrement des fonctions d'organe de la procédure suit toujours la même logique d'exigence de prudence et de diligence lorsqu'il est question de prendre en compte l'expression des créanciers dans la procédure.



## CHAPITRE 2 : L'ASSISTANCE APPORTÉE AU TRIBUNAL DANS LA PRISE EN COMPTE DE L'EXPRESSION DES CRÉANCIERS

**306. Plan du chapitre.** L'interdiction des poursuites qui découle de l'ouverture de la procédure ainsi que les prérogatives accordées aux mandataires de justice dans la conduite de la procédure placent les créanciers dans une position apparemment passive. Ces derniers sont néanmoins appelés à s'exprimer à plusieurs moments de la procédure collective. D'une part, lorsqu'ils déclarent une créance, les créanciers manifestent leur volonté d'être payés. D'autre part, lorsqu'un plan de continuation est élaboré, les créanciers doivent être consultés, selon des modalités diverses, afin de savoir s'ils consentent à des propositions de règlement du passif. Les mandataires de justice assistent le tribunal dans ces tâches, ce qui renvoie, une nouvelle fois, à un rôle d'organe de la procédure.

En procédant à la vérification des créances, le mandataire judiciaire simplifie le travail du juge-commissaire en identifiant les créances dont l'existence ou le montant doivent être attentivement examinés. Or, lorsqu'elle se prononce sur l'autorité de la décision d'admission d'une créance, la Cour de cassation semble raisonner sur la qualité de partie à l'instance du mandataire judiciaire. Attribuer ainsi la qualité de partie à un mandataire de justice qui, dans une certaine mesure, joue seulement un rôle d'instruction de la déclaration de créance mérite discussion (Section 1).

Par ailleurs, la consultation des créanciers est assurée par les mandataires de justice qui recueillent leur consentement éventuel aux propositions de remises et délais. La réponse des créanciers pourrait être transmise directement au tribunal mais confier cette tâche aux mandataires de justice assure un déroulement plus efficace de la procédure. En ce sens, les mandataires de justice jouent encore un rôle d'organe de la procédure au service du tribunal. Toutefois, lorsque la consultation se déroule à la suite de la réunion de classes de parties affectées, la mission de l'administrateur tend aussi, et surtout, au sauvetage de l'activité. À cette fin, il dispose d'une certaine marge de manœuvre dans la consultation des classes mais dont l'encadrement doit être encore précisé (Section 2).

### SECTION 1 : LA VÉRIFICATION DES CRÉANCES

**307. Plan de la section.** Sur la base des déclarations de créances dont il est destinataire, le mandataire judiciaire établit une liste des créances déclarées qu'il transmet au juge-

commissaire avec des propositions d'admission ou de rejet<sup>1175</sup>. La vérification opérée par le mandataire judiciaire facilite assurément le travail du juge-commissaire appelé à statuer sur l'existence d'un lien d'obligation entre le débiteur et un créancier. Or, si le juge-commissaire devait statuer seul sur l'existence de chaque créance, sa charge de travail serait considérablement alourdie. La vérification préalable du mandataire judiciaire permet ainsi l'identification des créances litigieuses devant faire l'objet d'une attention particulière de la part du juge-commissaire. À cet égard, le mandataire judiciaire semble assurer une forme d'instruction de la demande formulée par le créancier, si bien que sa fonction a pu être rapprochée de celle d'un simple auxiliaire de justice au service du juge-commissaire<sup>1176</sup>.

Pourtant, l'appréciation de l'autorité de la décision du juge-commissaire portant sur l'admission des créances révèle la difficulté à écarter la qualité de partie au mandataire judiciaire dans ce processus de vérification des créances. En effet, la Cour de cassation a pu se fonder sur l'absence d'identité des parties, autrement dit sur le changement de mandataire judiciaire entre deux procédures ouvertes successivement contre un même débiteur à la suite de la résolution d'un plan de continuation, pour juger que, « *l'admission ou le rejet de la créance dans la première procédure collective n'a pas autorité de la chose jugée dans la seconde ouverte à l'encontre du même débiteur* »<sup>1177</sup>.

En d'autres termes, au regard de la jurisprudence précitée de la Cour de cassation, l'admission d'une créance est une décision juridictionnelle à laquelle le mandataire judiciaire est partie. Afin de s'en assurer, encore faut-il vérifier que ce dernier soumet effectivement une prétention au juge (§ 1). S'il est possible d'analyser la transmission au juge-commissaire de la liste des créances comme une demande en justice, il faut convenir que la place procédurale du mandataire judiciaire reste singulière. S'il formule une prétention, il exerce surtout, en tant qu'organe de la procédure, une fonction d'instruction qui le rapproche par certains aspects du rôle joué par le ministère public. Cette position particulière devrait être prise en compte lorsqu'il s'agit d'apprécier l'autorité de la décision du juge-commissaire portant sur l'admission d'une créance (§ 2).

<sup>1175</sup> C. com., art. L. 624-1.

<sup>1176</sup> A. Ghozi, « Nature juridique de la production des créances dans les procédures de règlement du passif », *RTD com.* 1978, n° 74, p. 26 ; B. Soinne, « La double nature de la déclaration de créances », *Banque* 1993, n° 11, p. 99.

<sup>1177</sup> Cass. ass. plén., 10 avr. 2009, n° 08-10.154, *Bull. ass. plén.*, n° 4 ; *D.* 2010, p. 169, obs. N. Fricero ; *JCP E* 2009, 2030, note C. Lebel ; *Act. proc. coll.* 2009, alerte 141, note P. Cagnoli ; *Procédures* 2009, comm. 197, note B. Rolland ; *RTD com.* 2010, p. 423, obs. A. Martin-Serf ; *Rev. proc. coll.* 2010, comm. 1, note S. Gorrias et V. Manie.



## § 1 : La qualité de partie du mandataire judiciaire

**308. La nature juridictionnelle de la décision d'admission de la créance.** Lorsque la créance est contestée par le mandataire judiciaire, le juge-commissaire semble saisi d'un litige classique opposant le créancier au mandataire judiciaire. En revanche, en l'absence de contestation de la déclaration de créance, le juge-commissaire ne tranche pas entre des prétentions adverses, il statue néanmoins sur une demande qui tend à lever un obstacle, institué par la loi, à la réalisation d'un droit<sup>1178</sup>. D'une certaine manière, toute créance déclarée à l'occasion d'une procédure collective est frappée d'une présomption d'existence qui ne peut être confirmée que par l'intervention du juge-commissaire même lorsqu'elle n'est contestée par personne<sup>1179</sup>.

Toutefois, l'absence de motivation de certaines décisions d'admission des créances pourrait faire douter de leur caractère juridictionnel. En effet, l'article R. 624-3 du code de commerce dispose que les décisions d'admission sans contestation sont matérialisées par l'apposition de la signature du juge-commissaire sur la liste des créances établie par le mandataire judiciaire. Cette éviction de l'article 455 du code de procédure, qui impose la motivation des jugements, peut être justifiée par l'article R. 662-1, 1° du code de commerce qui prévoit que les dispositions du code de procédure civile sont applicables sous réserve de dispositions contraires, ce que serait l'article R. 624-3 dans ces circonstances. Du reste, la dispense de motivation de la décision s'entend en l'absence de prétention adverse. À l'inverse, il faut souligner qu'aucune disposition équivalente ne prévoit une dispense de motivation lorsque la créance est contestée<sup>1180</sup>, d'autant plus que l'article 455 du code de procédure civile redevient applicable lorsque le juge-commissaire rejette la créance<sup>1181</sup>.

Surtout, la Cour de cassation a jugé que le juge-commissaire n'était pas tenu par la proposition du mandataire judiciaire, même en l'absence de contestation<sup>1182</sup>. Cette décision

<sup>1178</sup> J. Théron, « Réflexions sur la nature et l'autorité des décisions rendues en matière d'admission de créances au sein d'une procédure collective », *RTD com.* 2010, n° 8, p. 640.

<sup>1179</sup> *Ibid.* Cet aspect avait déjà été soulevé par la doctrine s'intéressant à cette question dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle. En ce sens, v. la préface de M. Vizios à la thèse de J. Rippe : « *Du jour de la faillite, la créance est en quelque sorte frappée de suspicion, dépouillée de sa valeur. Chaque créancier n'a plus qu'un droit douteux légalement contesté puisque la loi ne reconnaît et ne le protège que s'il a fait l'objet d'une nouvelle constatation précédée d'une instruction contradictoire* » citée par M. Amiaud (A. Amiaud, « La nature juridique de la procédure de vérification des créances », *Rev. gén. dr. faillites* 1937, p. 9).

<sup>1180</sup> P.-M. Le Corre, « Déclaration, vérification, admission des créances et procédure collective », *LPA* 28 nov. 2008, p. 75.

<sup>1181</sup> En ce sens, Cass. com., 25 févr. 1997, n° 95-16.697, Inédit.

<sup>1182</sup> Cass. com., 8 mars 1994, n° 91-20.379, *Bull. civ.* IV, n° 99, p. 76 ; *RTD com.* 1994, p. 569, obs. A. Martin-Serf.

semble déterminante, d'aucuns soutenant ainsi que le juge-commissaire exerce en la matière un office pleinement juridictionnel<sup>1183</sup>.

**309. Plan du paragraphe.** Si le juge-commissaire rend une décision juridictionnelle, même en l'absence de contestation portant sur la créance déclarée, c'est qu'une demande lui a bien été soumise. L'introduction de cette demande peut résulter de la déclaration de créance ou de la transmission de la liste des créances par le mandataire judiciaire. Selon l'hypothèse retenue, la qualité de partie doit être reconnue ou non au mandataire judiciaire. Si la vérification des créances n'était qu'un travail d'auxiliaire du juge, le mandataire judiciaire n'aurait, en effet, tout simplement pas la qualité de partie, ce qui aurait des conséquences importantes sur l'appréciation de l'autorité de la décision statuant sur l'admission de la créance.

Certains éléments semblent aller en ce sens. Dans la mesure où la déclaration de créance a pu être assimilée par la Cour de cassation à une demande en justice<sup>1184</sup>, le créancier serait bien l'auteur de cette demande d'admission, qui ferait seulement l'objet d'une instruction de la part du mandataire judiciaire. Néanmoins, la réforme du 12 mars 2014 a modifié des éléments du régime de la déclaration de créance, ce qui pourrait conduire à soutenir que l'assimilation à une demande en justice n'est plus possible. L'idée selon laquelle la réforme du 12 mars 2014 et, plus fondamentalement, les éléments du régime de la déclaration de créance suffiraient à inférer la nature de celle-ci peut être contestée. Raisonner sur ces éléments ne permet pas de déterminer si la qualité de partie doit être reconnue au mandataire judiciaire (I). Dès lors, c'est bien la seule l'identification de l'acte qui saisit le juge-commissaire qui permet de savoir si du mandataire judiciaire ou du débiteur a nécessairement la qualité de partie. Cependant, le fait que l'article R. 662-1 du code de commerce prévoit que des exceptions à l'application des dispositions du code de procédure civile au droit des procédures collectives peuvent exister rend l'entreprise fort difficile. Malgré tout, il semble possible de soutenir que c'est le mandataire judiciaire qui introduit la demande d'admission de créance lorsqu'il transmet au juge-commissaire la liste des créances avec ses propositions (II).

<sup>1183</sup> J. Théron, « Réflexions sur la nature et l'autorité des décisions rendues en matière d'admission de créances au sein d'une procédure collective », *RTD com.* 2010, n° 11, p. 642.

<sup>1184</sup> Cass. com., 14 déc. 1993, n° 93-11.690, *Bull. civ.* IV, n° 471, p. 343 ; *Rev. sociétés* 1994, p. 100, obs. Y. Chartier ; *RTD civ.* 1994, p. 105, obs. J. Mestre ; *RTD com.* 1994, p. 364, obs. A. Martin-Serf ; Cass. ass. plén., 4 févr. 2011, n° 09-14.619, *Bull. ass. plén.*, n° 2, D. 2011, p. 439, obs. A. Lienhard ; *ibid.*, p. 2069, obs. F.-X. Lucas ; *JCP E* 2011, 381, note L.-C. Henry ; *ibid.*, 1263, obs. P. Pétel ; *ibid.*, 1264, note P. Roussel Galle ; *Gaz. Pal.* 10 mars 2011, p. 13, note L. Antonini-Cochin ; *Procédures* 2011, comm. 177, note B. Rolland ; *Rev. sociétés* 2011, p. 387, note P. Roussel Galle ; *Dr. sociétés* 2011, comm. 119, note J.-P. Legros ; *RTD com.* 2011, p. 412, note A. Martin-Serf ; *BJE* mai 2011, p. 130, note P.-M. Le Corre ; *Rev. proc. coll.* 2011, comm. 23, note P. Cagnoli ; *ibid.*, comm. 79, note F. Legrand et M.-N. Legrand.

## I. L'impossibilité d'inférer la nature de la déclaration de créance de son régime

**310. L'évolution historique des conditions de la production de créance.** La discussion relative à la nature de la production de créance a longtemps eu un intérêt limité dans la mesure où le non-respect de cette obligation de production était sanctionné par la seule impossibilité de participer aux dividendes et répartitions déjà distribués<sup>1185</sup>. Comme le souligne M. Ghozi, l'analyse de la production comme demande en justice « *revêtait un intérêt pratique des plus limité. Puisque les créanciers conservaient la possibilité de faire établir le bien fondé de leur droit en poursuivant le débiteur failli et son représentant, la production n'avait d'autre finalité que d'informer solennellement le syndic de l'existence de sa créance. On percevait mal alors ce qu'une production – conçue comme demande en justice – aurait pu apporter. A quoi bon une demande en justice pour faire vérifier un titre déjà établi par une autorité judiciaire ?* »<sup>1186</sup>

En revanche, la question de la nature de la production de créance s'est avérée déterminante après l'adoption de la loi du 13 juillet 1967. Cette dernière a soumis tous les créanciers à l'obligation de produire afin d'être admis dans les répartitions et dividendes. En cas de règlement judiciaire, le non-respect de l'obligation pouvait ainsi emporter, à défaut de production avant la dernière échéance concordataire et sauf clause de retour à meilleure fortune, l'extinction de la créance<sup>1187</sup>. La rigueur de la sanction a engendré un contentieux abondant s'agissant des conditions de déclaration de la créance. Si la Cour de cassation a jugé que la déclaration de créance était équivalente à une demande en justice, d'aucuns se sont demandé si l'assimilation reflétait une réalité juridique ou n'était que fonctionnelle<sup>1188</sup>. Autrement dit se pose la question de savoir si l'étude du régime de la déclaration de créance permet d'en inférer la nature. Les modifications opérées par la réforme du 12 mars 2014 sur le régime de la déclaration de créance ont conduit certains auteurs à réfuter la qualification de demande en justice. Ces éléments de régime ne semblent toutefois pas suffisants en soi à disqualifier la déclaration de créance comme demande en justice. De ce fait, cette discussion ne permet pas

<sup>1185</sup> Par exemple, si les délais de production prévus à l'article 492 du code de commerce ont été modifiés par le décret-loi du 8 août 1935, le principe d'une participation pour le reste des distributions demeurerait (J. Percerou, avec la collab. de M. Desserteaux, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, t. 2, Rousseau et Cie, 2<sup>e</sup> éd., 1937, n<sup>os</sup> 1240 et 1244, p. 698 et 700).

<sup>1186</sup> A. Ghozi, art. préc., n<sup>o</sup> 13, p. 6.

<sup>1187</sup> L. n<sup>o</sup> 67-563 du 13 juillet 1967 *sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes*, art. 41. À la suite d'une période d'incertitude, la Cour de cassation a jugé que le créancier muni de sûreté qui ne déclarait pas ne pouvait pas réaliser sa sûreté (Cass. ass. plén., 13 févr. 1976, n<sup>o</sup> 74-14.127, *Bull. ass. plén.*, n<sup>o</sup> 3, p. 4 ; *D.* 1976, jur., p. 237, concl. R. Schmelk ; *ibid.*, p. 240, note F. Derrida ; *ibid.*, p. 241, obs. A. Honorat ; *JCP* 1977, II, 18518, note C. Gavalda, v. ég. A. Ghozi, art. préc., n<sup>o</sup> 69, p. 23).

<sup>1188</sup> P.-M. Le Corre, « Déclaration, vérification, admission des créances et procédure collective », *LPA* 28 nov. 2008, p. 72.

de savoir si le mandataire a la qualité de partie à qui s'impose la décision d'admission de la créance.

**311. Les arguments insuffisants à la réfutation de la qualification de demande en justice : les modifications portant sur le délai de régularisation de la déclaration de créance.** Une première raison de douter du maintien de la qualification de demande en justice tiendrait à la modification du délai dans lequel le créancier peut régulariser la déclaration faite sans pouvoir. L'assemblée plénière avait certes déjà jugé, le 4 février 2011, qu'il était possible de justifier du pouvoir pour déclarer jusqu'au jour où le juge statue. Cependant, elle maintenait la règle selon laquelle ce pouvoir devait avoir été donné dans le délai imparti pour effectuer la déclaration<sup>1189</sup>. L'ordonnance du 12 mars 2014 aurait modifié la donne en ajoutant une seconde phrase à l'alinéa 2 de l'article L. 622-24 précisant que le créancier peut ratifier la déclaration faite en son nom jusqu'à ce que le juge statue sur l'admission de la créance. En d'autres termes, selon M. Le Corre, cette nouvelle disposition signifie que la ratification peut désormais se faire au-delà du délai imparti pour déclarer la créance, contrairement à ce que jugeait l'assemblée plénière<sup>1190</sup>. En vérité, la solution posée par l'arrêt d'assemblée plénière du 4 février 2011 aboutissait déjà, de fait, au même résultat car les créanciers étaient incités à produire un pouvoir, même hors délais, avant que le juge statue sur la déclaration. La démarche comportait néanmoins une part de risque car, si les créanciers antidataient le pouvoir donné pour déclarer, ils couraient le risque d'être condamnés pour production de faux<sup>1191</sup>.

Selon M. Le Corre, la faculté, désormais reconnue par la loi, de ratifier la déclaration, au-delà même du délai imparti pour déclarer, ferait douter de la qualification d'action en justice. Cette analyse serait corroborée par l'introduction de l'article L. 622-25-1 du code de commerce disposant que la déclaration de créance est interruptive du délai de prescription jusqu'à la clôture de la procédure. En effet, pour l'auteur, si la déclaration de créance était une action en justice, il ne serait pas nécessaire de préciser, dans le code de commerce, ce qui découle déjà des articles 2241 et 2242 du code civil<sup>1192</sup>.

<sup>1189</sup> V. déjà : Cass. com., 19 nov. 1996, n° 94-19.842, *Bull. civ. IV*, n° 277, p. 238 ; *RTD com.* 1997, p. 512, obs. A. Martin-Serf ; Cass. com., 5 nov. 2003, n° 00-18.497, *Bull. civ. IV*, n° 163, p. 180 ; *Act. proc. coll.* 2010, repère 16, obs. M.-L. Coquelet ; *RD bancaire et fin.* 2004, comm. 11, obs. D. Legeais ; *BJS* févr. 2004, p. 228, note F.-X. Lucas ; *RTD com.* 2004, p. 597, obs. A. Martin-Serf ; *Rev. proc. coll.* 2004, p. 275, obs. M.-P. Dumont.

<sup>1190</sup> P.-M. Le Corre, « Vers une nouvelle analyse de la déclaration de créance », *Gaz. Pal.* 21 juill. 2015, n° 234b8, p. 5.

<sup>1191</sup> P.-M. Le Corre, obs. sous Cass. ass. plén., 4 févr. 2011, n° 09-14.619, *BJE* mai 2011, p. 130.

<sup>1192</sup> P.-M. Le Corre, « Vers une nouvelle analyse de la déclaration de créance », *Gaz. Pal.* 21 juill. 2015, n° 234b8, p. 5. En ce sens ég. : F.-X. Lucas, *Manuel de droit de la faillite : prévention, restructuration, liquidation*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2021, n° 253, p. 250 ; F. Macorig-Venier, « Les créanciers antérieurs hors comités après l'ordonnance du

Il semble cependant que M. Le Corre prête à l'ordonnance du 12 mars 2014 des vertus qui devraient plutôt être attribuées à la réforme de la prescription opérée par la loi du 17 juin 2008<sup>1193</sup>. Afin de s'en convaincre, il faut d'abord rappeler que l'article 117 du code de procédure civile dispose que le défaut de pouvoir d'une personne assurant la représentation d'une partie en justice constitue une irrégularité de fond affectant la validité de l'acte. L'article 121 précise néanmoins que, dans les cas où elle est susceptible d'être couverte, la nullité ne sera pas prononcée si sa cause a disparu au moment où le juge statue. Seul l'article 115 du code de procédure civile, applicable aux vices de forme, prévoit expressément que la régularisation doit intervenir avant toute forclusion. Dès lors, il est possible de se demander si, en application de ces dispositions, la déclaration faite par une personne dépourvue de pouvoir peut, en soi, être régularisée après le délai imparti pour déclarer.

Que dans sa jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de la réforme de la prescription, la Cour de cassation jugeait que le pouvoir devait avoir été donné dans le délai de déclaration n'était pas contestable. En effet, il faut se souvenir que, en vertu du droit alors applicable, aucune disposition ne prévoyait que la demande en justice interrompait le délai de prescription ou de forclusion. Au contraire, l'ancien article 2247 du code civil disposait même, pour une question proche, que si l'assignation était nulle pour défaut de forme, l'interruption était regardée comme non-venue. En revanche, le nouvel article 2241 du code civil dispose que le délai de prescription, comme le délai de forclusion, sont interrompus par une demande en justice, y compris lorsque l'acte de saisine de la juridiction est annulé par l'effet d'un vice de procédure. De plus, l'article 2242 du code civil précise que l'interruption résultant de la demande en justice produit ses effets jusqu'à l'extinction de l'instance.

Par conséquent, il semble que, avant de s'interroger sur le caractère innovant de la réforme du 12 mars 2014, il est d'abord nécessaire de se demander pourquoi, dans son arrêt du 4 février 2011, la Cour de cassation a maintenu la règle selon laquelle, lorsqu'une personne a déclaré une créance pour un tiers, le pouvoir doit avoir été donné dans le délai imparti pour déclarer. Commentant cet arrêt, M. Le Corre affirmait qu'il était de jurisprudence constante que l'irrégularité de fond ne peut plus être couverte après l'expiration du délai de l'action citant en exemple une décision du 8 juin 1999 portant sur le délai de forclusion pour agir en

---

12 mars 2014 : un vent de simplification en faveur de la reconnaissance de leur droit de créance », *BJE* mai 2014, n° 111c5, p. 185.

<sup>1193</sup> Sur l'articulation entre le droit des procédures collectives et la réforme de la prescription de 2008, v. P. Cagnoli, « Prescription et procédures collectives », *Rev. proc. coll.* 2011, étude 12.

revendication<sup>1194</sup>. Au contraire, M. Lucas s'interrogeait sur le fondement de l'obligation d'adresser le pouvoir dans le délai de déclaration<sup>1195</sup>. Précisément, au regard de la réforme de la prescription, le maintien de cet aspect de la jurisprudence de la Cour de cassation était incertain, ce que M. Cagnoli avait justement relevé dans son commentaire de la décision du 4 février 2011<sup>1196</sup>.

Certes, l'application des articles 2241 et 2242 du code civil aux vices de fond a fait l'objet de débats doctrinaux<sup>1197</sup>. Toutefois, la Cour de cassation a finalement jugé que ces articles 2241 et 2242 s'appliquaient bien aux irrégularités de fond<sup>1198</sup>. Dans cette logique, la prescription ou la forclusion ne devraient, par hypothèse, jamais intervenir en cours d'instance<sup>1199</sup>.

Au regard du rapport du conseiller rapporteur et de l'avis de l'avocat général, il semble que la décision du 4 février 2011 ait été prise en considération des garanties du droit à un procès équitable, et notamment le droit à l'égalité des armes<sup>1200</sup>. Pourtant, il faut surtout rappeler que le droit issu de la réforme du 17 juin 2008 ne s'appliquait pas à l'affaire ayant fait l'objet de la décision d'assemblée plénière le 4 février 2011. En effet, l'article 26, III de la loi du 17 juin 2008 dispose que « *Lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la présente loi, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation.* » Or, l'instance à l'origine de la décision de l'assemblée

<sup>1194</sup> P.-M. Le Corre, obs. sous Cass. ass. plén., 4 févr. 2011, n° 09-14.619, *BJE* mai 2011, p. 130, se référant à l'arrêt Cass. com., 8 juin 1999, n° 94-20.999, *Bull. civ.* IV, n° 122, p. 100 ; *Rev. proc. coll.* 2001, comm. 32, obs. B. Soinnie.

<sup>1195</sup> F.-X. Lucas, obs. sous Cass. ass. plén., 4 févr. 2011, n° 09-14.619, *D.* 2011, p. 439 : « *même si l'on campe sur cette idée que la déclaration de créance équivaut à une demande en justice et sur la conséquence qui en résulte qu'elle ne peut être faite par un tiers qu'à la condition qu'il soit muni d'un pouvoir spécial établi par écrit, où a-t-on vu que ce pouvoir écrit devait nécessairement être adressé dans le délai de déclaration ?* »

<sup>1196</sup> P. Cagnoli, obs. sous Cass. ass. plén., 4 févr. 2011, n° 09-14.619, *Rev. proc. coll.* 2011, comm. 23 : « *Toutefois, cette solution devrait, là encore évoluer. Elle correspond à la situation que vise l'article 121 du Code de procédure civile, qui ne fixe comme limite temporelle à la régularisation que la décision du juge (plus exactement, selon le type de procédure, l'ordonnance de clôture ou la clôture des débats). L'autre limite temporelle, fixée par la jurisprudence pour cette régularisation, réside dans l'expiration des délais de prescription ou de forclusion. Mais cette seconde limite devrait, en bonne logique, disparaître. L'article 2241 du Code civil dispose en effet que "la demande en justice interrompt le délai de prescription et le délai de forclusion" ; il précise en outre, depuis la réforme opérée par la loi du 17 juin 2008, "qu'il en est de même... lorsque l'acte de saisine de la juridiction est annulé par l'effet d'un vice de procédure". Le texte ne distingue pas entre les nullités pour vice de fond et les nullités pour vice de forme ; l'essentiel est désormais que la volonté d'agir – ici de déclarer – soit exprimée dans les délais.* »

<sup>1197</sup> L. Mayer, *Rép. pr. civ.* Dalloz, 2016, v° « Nullité », n° 227.

<sup>1198</sup> Cass. 3<sup>e</sup> civ., 11 mars 2015, n° 14-15.198, *Bull. civ.* III, n° 31 ; *D.* 2016, p. 449, obs. N. Fricero ; *Procédures* 2015, comm. 151, note Y. Strickler.

<sup>1199</sup> L. Mayer, art. préc., n° 228. Sur les limites de la distinction entre les délais de procédures et de forclusion depuis la réforme du 17 juin 2008, v. X. Lagarde, « La distinction entre prescription et forclusion à l'épreuve de la réforme du 17 juin 2008 », *D.* 2008, p. 469 ; N. Balat, « Forclusion et prescription », *RTD civ.* 2016, p. 751 ; F. Rouvière, « Prescription et forclusion : différence de nature ou de degré ? », *RTD civ.* 2017, p. 529.

<sup>1200</sup> *BICC* n° 738, 15 mars 2011, p. 23, rapp. S. Lambremon et avis L. Le Mesle.

plénière avait été introduite bien avant le 17 juin 2008. Ainsi, il est possible de penser que le raisonnement développé dans la décision du 4 février 2011 ne s'imposait qu'en raison du fait que la réforme de la prescription ne s'appliquait pas au litige.

Autrement dit, même si l'ordonnance du 12 mars 2014 n'avait pas modifié l'article L. 622-24 du code de commerce, il semble que, par cohérence, la Cour de cassation aurait dû, en toute hypothèse, revenir ultérieurement sur sa décision de 2011. D'ailleurs, la deuxième chambre civile a récemment jugé que le vice de fond entachant d'irrégularité la déclaration d'appel pouvait être régularisé jusqu'au jour où le juge statue et non pas dans le seul délai pour interjeter appel<sup>1201</sup>.

En contemplation de tous ces éléments, il semble que les nouveaux articles L. 622-24, al. 2 et L. 622-25-1 du code de commerce, issus de l'ordonnance du 12 mars 2014, ne permettent pas de se prononcer sur la nature de la déclaration de créance. En d'autres termes, rien ne permet d'exclure que ces dispositions ne constituent qu'une simple redondance des dispositions présentes dans le code de procédure civile<sup>1202</sup>. Le seul mérite du nouvel article L. 622-24 serait alors de confirmer le caractère régularisable du défaut de pouvoir pour déclarer une créance. Ces précisions ne suffisent pas à se prononcer sur la nature de la déclaration de créance et, par conséquent, sur la qualité de partie à attribuer ou non au mandataire judiciaire qui procède à la vérification de la créance.

**312. La nouvelle rédaction de l'alinéa 3 de l'article L. 622-24.** Un autre argument, tiré du nouvel alinéa 3 de l'article L. 622-24, pourrait être invoqué afin d'exclure la qualification d'action. Cette disposition prévoit que, lorsque le débiteur a porté une créance à la connaissance du mandataire judiciaire, il est présumé avoir agi pour le compte du créancier tant que celui-ci n'a pas adressé la déclaration de créance prévue au premier alinéa. M. Le Corre a souligné le fait « *Que le débiteur puisse introduire une demande en justice aux seules fins de défendre les intérêts de son créancier, et par voie de conséquence agir contre son propre intérêt, contrarie également les règles de la procédure civile. Cette dernière ne connaît pas la demande en justice masochiste. Pour agir en justice, il faut un intérêt né et actuel. Or se faire flageller n'est pas*

<sup>1201</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 1<sup>er</sup> juin 2017, n° 16-14.300, *Bull. civ.* II, n° 116 ; *D.* 2017, p. 1868, obs. E. de Leiris ; *ibid.* 2018, p. 692, obs. N. Fricero, *Procédures* 2017, comm. 178, note H. Croze. Pour une appréciation critique, v. C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer et S. Guinchard, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Dalloz, 36<sup>e</sup> éd., 2022, n° 1070, p. 795.

<sup>1202</sup> En ce sens, C. Saint-Alary-Houin, avec le concours de M.-H. Monsérié-Bon et C. Houin-Bressand, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, 12<sup>e</sup> éd., 2020, n° 764, p. 502.

*un intérêt né et actuel en procédure civile.* »<sup>1203</sup> Il est certain que l'hypothèse d'une action en justice intentée contre soi-même semble saugrenue.

Cependant, l'argument avancé ne suffit pas à exclure en soi la qualification de demande en justice. Le raisonnement de l'auteur repose sur l'idée selon laquelle la transmission de la liste serait une déclaration de créance faite par le débiteur pour le compte de ses créanciers. Or, l'article L. 622-6 du code de commerce énonce seulement que le débiteur doit remettre la liste de créance au mandataire judiciaire et l'administrateur judiciaire et l'article L. 622-24 précise que cette remise de la liste est présumée être faite pour le compte du créancier tant que celui-ci n'a pas déclaré sa créance. Seul l'article R. 622-5 mentionne une « déclaration » faite par le débiteur mais uniquement lorsqu'il énonce les conditions d'application du troisième alinéa de l'article L. 622-24.

En vérité, la transmission de la liste ne peut être analysée comme une déclaration de créance effectuée par le débiteur qu'à la condition d'admettre que ce dernier agisse véritablement pour le compte des créanciers. À cet égard, le vocabulaire choisi par le législateur évoque bien l'idée d'une représentation. Toutefois, au-delà de la terminologie employée, analyser la transmission de la liste comme un acte effectué en représentation des créanciers semble entrer en contradiction avec la règle qui veut que le représentant ne puisse agir au détriment du représenté<sup>1204</sup>.

Il existe certes des situations dans lesquelles le débiteur paraît agir en justice pour le compte de ses créanciers. Ainsi, l'article 583 du code de procédure civile ferme la tierce opposition aux créanciers dans la mesure où ceux-ci seraient représentés à l'instance par le débiteur. Si la référence à la représentation en matière de tierce opposition est souvent critiquée<sup>1205</sup>, le fait que l'action du débiteur produise des effets favorables à ses créanciers s'entend, néanmoins, dans la mesure où leurs intérêts sont convergents dans cette circonstance. En effet, en exerçant une action, le débiteur préserve son patrimoine et, partant, le gage de ses créanciers. C'est pourquoi il n'est pas illogique de dire que, par certains aspects, le débiteur agit pour ses créanciers. En revanche, aucune convergence d'intérêts n'existe en matière d'admission de créance, ce qui rend la référence à la représentation bien plus critiquable.

---

<sup>1203</sup> P.-M. Le Corre, « Vers une nouvelle analyse de la déclaration de créance », *Gaz. Pal.* 21 juill. 2015, n° 234b8, p. 5. À cet égard, l'analyse de M. Pétel, selon laquelle cette disposition serait un mandat tacite ou acte de gestion d'affaires, ne semble pas plus convaincante (P. Pétel, « Entreprises en difficulté : encore une réforme ! », *JCP E* 2014, 1223, n° 32, p. 30).

<sup>1204</sup> Sur la question, v. *supra* n° 145.

<sup>1205</sup> L. Veyre, *La notion de partie en procédure civile*, préf. E. Jeuland, IRJS éditions, 2019, n° 471, p. 279.



À cet égard, il faut rappeler que la Cour de cassation juge que la déclaration de créance doit exprimer de façon non équivoque la volonté du créancier de réclamer dans la procédure collective le paiement de sa créance<sup>1206</sup>. Or, le débiteur remet la liste des créances aux mandataires de justice seulement parce qu'en il en a le devoir, à peine de sanctions personnelles<sup>1207</sup>. Cette contrainte va à l'encontre de ses intérêts et n'est justifiée que par le souci du législateur de trouver un équilibre substantiel entre les droits du débiteur et des créanciers dans la procédure<sup>1208</sup>. Dans ces circonstances, appliquer la logique de la représentation semble incohérent et raisonner en ces termes ne paraît plus seulement inapproprié mais relever d'un véritable contresens. Autrement dit, en considération de la logique des concepts auxquels il est fait référence, que le législateur ait prévu que la mise en œuvre d'une obligation qui incombe au débiteur profite à ses créanciers ne suffit pas à soutenir que le premier représente les seconds.

Du reste, on ne voit pas en quoi qualifier cette déclaration faite par le débiteur pour le compte de son créancier d'acte conservatoire, comme le propose M. Le Corre, résoudrait la difficulté. Le paradoxe resterait entier car le débiteur prendrait toujours une mesure opposée à ses intérêts. Assurer la conservation des droits de ses créanciers ne lui profite pas davantage qu'intenter une action pour leur compte. Il semble que cela confirme que la difficulté vient uniquement de la référence à la représentation dans une situation qui ne l'appelait aucunement. Une rédaction plus rigoureuse de cette disposition aurait dû être faite dans des termes qui auraient pu être les suivants : *lorsque le débiteur a porté une créance à la connaissance du mandataire judiciaire, l'acte profite au créancier tant que celui-ci n'a pas adressé la déclaration de créance prévue au premier alinéa*<sup>1209</sup>. En d'autres termes, si la transmission de la liste des créances profite aux créanciers, il semble périlleux de déduire de l'effet particulier de cet acte la nature de la déclaration de créance qui incombe aux créanciers.

<sup>1206</sup> Cass. com., 15 févr. 2011, n° 10-12.149, *Bull. civ. IV*, n° 26 ; *D.* 2011, p. 2069, obs. F.-X. Lucas ; *Rev. sociétés* 2011, p. 387, obs. P. Roussel Galle ; *RTD com.* 2011, p. 793, obs. A. Martin-Serf ; *Rev. proc. coll.* 2011, comm. 81, note F. Legrand et M.-N. Legrand ; *BJE* mai 2011, p. 133, note B. Brignon.

<sup>1207</sup> C. com., art. L. 653-8.

<sup>1208</sup> F. Macorig-Venier, « Les créanciers antérieurs hors comités après l'ordonnance du 12 mars 2014 : un vent de simplification en faveur de la reconnaissance de leur droit de créance », *BJE* mai 2014, n° 111c5, p. 185.

<sup>1209</sup> Ce qui, par ailleurs, n'aurait rien changé au fait que cette disposition puisse apparaître comme un cadeau empoisonné fait aux créanciers lorsque le débiteur ne suit pas les exigences de l'article R. 622-5 du code de commerce. En effet, la Cour de cassation juge que les créances portées à la connaissance du mandataire judiciaire font présumer de la déclaration de sa créance par son titulaire, mais seulement dans la limite du contenu de l'information fournie au mandataire judiciaire (Cass. com., 5 sept. 2018, n° 17-18.516, *Bull. civ. IV*, n° 93 ; *D.* 2018, p. 2067, note J. Levy et T. de Ravel d'Esclapon ; *ibid.* 2019, p. 1903, P. Cagnoli ; *JCP E* 2018, 1563, note T. Stefania ; *Gaz. Pal.* 16 oct. 2018, n° 332t7, p. 16, note C. Schumacher ; *ibid.* 15 janv. 2019, n° 339v8, p. 44, note P.-M. Le Corre ; *Rev. sociétés* 2018, p. 747, note L.-C. Henry ; *RTD com.* 2018, p. 1016, obs. A. Martin-Serf ; *Rev. proc. coll.* 2019, comm. 138, note F. Legrand ; *BJE* nov. 2018, n° 116j8, p. 432, note G. Jazottes).

En définitive, les arguments tirés des modifications du régime de la déclaration de créance, issues de la réforme du 12 mars 2014, ne suffisent pas à exclure à qualifier la déclaration de créance de demande en justice. Par conséquent, il n'est pas possible de déterminer à partir de ces seuls éléments si la décision d'admission de la créance justifie d'accorder ou non au mandataire judiciaire la qualité de partie. En revanche, identifier l'acte par lequel la prétention est soumise au juge permet de déterminer qui du mandataire judiciaire ou du créancier doit avoir la qualité de partie, étape préalable à l'analyse de l'autorité de la décision portant sur l'admission de la créance et de la signification de cette analyse sur la nature de la mission du mandataire judiciaire dans cette circonstance.

## II. Les difficultés à identifier l'auteur de la prétention

### 313. La doctrine analysant la déclaration de créance comme l'acte saisissant le juge.

Dans son analyse de la nature juridique de la production de créance, M. Ghazi soutient que celle-ci constitue une demande en justice en ce qu'elle en a les traits caractéristiques : « *Elle exprime une prétention juridique auprès d'une autorité judiciaire et elle ouvre une véritable instance* »<sup>1210</sup> et de poursuivre, « *Que la production exprime une prétention juridique ne soulève aucun doute. Le créancier requiert son admission au passif du débiteur dessaisi, et celle-ci implique la reconnaissance du bien fondé de son droit, qu'il soit préétabli ou non. En revanche, l'affirmation que cette prétention est adressée à une autorité judiciaire appelle de plus amples observations.* »<sup>1211</sup> Dans la mesure où le syndic, et le mandataire judiciaire à sa suite, ne font que vérifier la créance sans exercer le moindre pouvoir de décision, M. Ghazi soutient que la production de créance est adressée au juge-commissaire bien que ce dernier soit saisi indirectement par l'intermédiaire du syndic<sup>1212</sup>. De même, M. Théron estime que la demande est introduite par le créancier au moment de la déclaration de sorte qu'elle relèverait toujours de la matière gracieuse, qui s'élèverait le cas échéant en contentieux lorsque le mandataire judiciaire conteste la déclaration<sup>1213</sup>. Ces approches tendent à montrer le rôle très en retrait du mandataire judiciaire en présence d'une créance non contestée, confortant l'analyse selon laquelle la déclaration de créance constituerait une demande en justice dans le sillage de

<sup>1210</sup> A. Ghazi, art. préc., n° 71, p. 25.

<sup>1211</sup> *Ibid.*, n° 72, p. 25.

<sup>1212</sup> *Ibid.*, n° 74, p. 26.

<sup>1213</sup> J. Théron, art. préc., n° 21, p. 648.

l'équivalence posée par la Cour de cassation. Autrement dit, le mandataire judiciaire ne formulerait de prétention que dans l'hypothèse où il contesterait la créance déclarée.

**314. La doctrine analysant la transmission des créances par le mandataire judiciaire comme l'acte saisissant le juge.** M. Vallens rejette résolument l'idée selon laquelle la déclaration de créance serait une demande en justice. À l'instar de M. Ghozi, il s'intéresse à la saisine du juge-commissaire pour se prononcer sur la question mais en aboutissant à une conclusion opposée. Selon M. Vallens, la déclaration de créance n'étant pas adressée à un juge mais au mandataire judiciaire, il ne peut s'agir d'une action en justice<sup>1214</sup>. Il remarque, par ailleurs, que la qualification de demande en justice poserait un redoutable problème de déni de justice lorsqu'il est fait application de l'article L. 641-4 du code de commerce. Il est vrai que cet article dispense de vérification les déclarations de créances chirographaires, en liquidation judiciaire, lorsqu'il apparaît que le produit de la réalisation de l'actif sera entièrement absorbé par les frais de justice et les créances privilégiées<sup>1215</sup>. À cela, il pourrait être répondu que la déclaration de créance constitue une demande de paiement dans les limites de ce que la procédure collective permet. S'agissant de créances chirographaires, il est possible de considérer que le constat par le tribunal de l'insuffisance d'actif pour désintéresser les créanciers privilégiés ou munis de sûretés au moment de prononcer la clôture de la procédure confirme que la demande de paiement formulée par les créanciers ne peut aboutir à aucun paiement. En d'autres termes, le jugement de clôture est l'occasion d'apporter une réponse à la prétention véhiculée par la déclaration de créance. À cet égard, l'article L. 641-4, alinéa 3 précise bien que s'il apparaît nécessaire de reprendre la vérification des créances, le juge-commissaire fixe un délai supplémentaire pour y procéder, ce qui confirme que s'il existe une possibilité de payer les créanciers chirographaires, le juge-commissaire statuera spécifiquement sur leur créance.

M. Le Corre soutient également que le fait que la déclaration de créance ne soit pas adressée directement au juge-commissaire amène à douter de la qualification d'action en justice et soutient que la saisine du juge intervient par la transmission de la liste des créances<sup>1216</sup>. Selon l'auteur, lorsque la créance n'est pas contestée, « *Le créancier donne, par l'effet de la loi, un mandat au mandataire de justice, de demander au juge-commissaire son admission au*

<sup>1214</sup> J.-L. Vallens, « La déclaration de créance n'est pas une demande en justice », *RTD com.* 2009, n° 2, p. 214 ; en ce sens ég. B. Soinne, « La double nature de la déclaration de créances », *Banque* 1993, n° 12, p. 99.

<sup>1215</sup> J.-L. Vallens, art. préc., n° 2, p. 214.

<sup>1216</sup> P.-M. Le Corre, « Déclaration, vérification, admission des créances et procédure collective », *LPA* 28 nov. 2008, p. 73.

*passif.* »<sup>1217</sup> En revanche, lorsque la créance est contestée, le mandataire judiciaire jouerait en quelque sorte le rôle d'un juge rapporteur<sup>1218</sup>.

**315. Les difficultés propres à chacune des approches.** Si M. Ghozi soutient que la production de créance est une demande en justice, il remarque néanmoins qu'aucune forme solennelle n'est prévue pour l'introduction de la demande d'admission, précisant que « *les formes qui président à sa mise en œuvre n'évoquent pas a priori celle d'une demande en justice. Et cela ne va pas d'ailleurs sans créer des incertitudes qui donnent lieu à autant de litiges* ».<sup>1219</sup> Et l'auteur d'insister, à propos de l'absence de formalisme, sur le fait que « *ce trait ne résulte pas d'une intention délibérée du législateur. Il est la conséquence de la persistance de certaines techniques inhérentes à l'organisation conventionnelle de la vérification des créances, malgré sa transformation en une véritable procédure judiciaire.* »<sup>1220</sup> Cette absence de formalisme explique les divergences qui peuvent exister dans l'identification de l'acte de saisine du juge-commissaire. Si la demande d'admission de la créance était introduite par une assignation ou une requête remise au greffe d'une juridiction, la question ne poserait aucune difficulté. En l'absence de formalisme, il semble difficile de déterminer si le juge est saisi par la déclaration de créance ou la transmission de la liste des créances par le mandataire judiciaire<sup>1221</sup>.

Face à cette incertitude, il semble souhaitable de retenir la solution qui assure la plus grande cohérence du système juridique. Or, les deux positions soulèvent des difficultés en la matière. Si l'on considère que le juge est saisi par la déclaration de créance, la nature de la transmission de la liste des créances par le mandataire judiciaire diverge radicalement selon l'avis de ce dernier. En l'absence de contestation portant sur la créance, la transmission de la liste des créances serait, comme le suggère M. Le Corre, une forme de rapport transmis au juge-commissaire alors qu'en cas de contestation, la même transmission constituerait une véritable prétention opposée à celle du créancier. À l'inverse, si la transmission de la liste est l'acte qui saisit le juge, c'est l'appréhension de la prétention adverse qui pose problème. En l'absence de contestation, le mandataire judiciaire reprendrait à son compte la prétention du créancier. En revanche, en cas d'opposition du mandataire judiciaire, il semble que le mandataire judiciaire transmette à la fois sa prétention et celle de son adversaire. Autrement dit, c'est la prétention du créancier qui semblerait introduite sans la moindre forme, ou plutôt par son adversaire, ce

---

<sup>1217</sup> *Ibid.*

<sup>1218</sup> *Ibid.*

<sup>1219</sup> A. Ghozi, art. préc., n° 137, p. 47.

<sup>1220</sup> *Ibid.*, n° 161, p. 52.

<sup>1221</sup> Sur ce point, v. P. Théry, obs. sous Conseil constit., 7 déc. 2012, QPC, n° 2012-286, *RTD civ.* 2013, p. 889, relevant les difficultés à appliquer les notions de procédure civile au droit des procédures collectives.

qui pourrait s'apparenter à une sorte de requête conjointe. À trancher, il semble que cette seconde analyse reste la plus acceptable dans la mesure où elle évite d'aboutir au paradoxe selon lequel un même acte du mandataire judiciaire aurait, selon les circonstances, une nature radicalement différente.

En définitive, malgré les hésitations que les dispositions propres au droit des procédures collectives suscitent, la qualité de partie du mandataire judiciaire semble pouvoir être démontrée. En toute hypothèse, il est certain que la place du mandataire judiciaire oscille entre celle d'une partie et d'un auxiliaire de justice ne défendant aucun intérêt. L'idée selon laquelle l'organe a une qualité de partie purement fonctionnelle se confirme. Cette place singulière qu'occupe le mandataire judiciaire dans la procédure de vérification des créances doit être prise en compte lorsqu'il est question d'analyser l'autorité de la décision statuant sur l'admission de la créance.

§ 2 : L'influence de la fonction d'organe de la procédure sur l'appréciation de l'autorité de la décision portant sur l'admission des créances

**316. L'enjeu de l'autorité des décisions d'admission des créances.** Sous l'empire du droit antérieur à la loi de sauvegarde, la chambre commerciale a jugé que « *sous réserve de la décision concernant la régularité de la déclaration dans la première procédure collective, l'admission ou le rejet de la créance dans cette procédure collective n'a pas autorité de la chose jugée dans la seconde procédure collective ouverte à l'encontre du même débiteur.* »<sup>1222</sup> Cette affaire, ayant fait l'objet d'un arrêt de résistance de la part de la cour d'appel de renvoi, a donné lieu à un arrêt, rendu en assemblée plénière. Cette dernière a confirmé la position de la chambre commerciale en précisant que, « *en l'absence d'identité de parties, l'admission ou le rejet de la créance dans la première procédure collective n'a pas autorité de la chose jugée dans la seconde ouverte à l'encontre du même débiteur* »<sup>1223</sup>.

La loi de sauvegarde a amélioré le sort des créanciers en disposant à l'article L. 626-27 du code de commerce que les créanciers soumis au plan étaient désormais dispensés de déclarer

<sup>1222</sup> Cass. com., 3 déc. 2003, n° 02-14.474, *Bull. civ.* IV, n° 190, p. 214 ; *JCP E* 2004, 783, obs. P. Pétel et M. Cabrillac ; *Gaz. Pal.* 7 févr. 2004, p. 20, note P.-M. Le Corre ; *RD bancaire et fin.* 2004, comm. 78, obs. F.-X. Lucas ; *RTD com.* 2004, p. 373, obs. A. Martin-Serf.

<sup>1223</sup> Cass. ass. plén., 10 avr. 2009, n° 08-10.154, *Bull. ass. plén.*, n° 4 ; *D.* 2010, p. 169, obs. N. Fricero ; *JCP E* 2009, 2030, note C. Lebel ; *Act. proc. coll.* 2009, alerte 141, note P. Cagnoli ; *Procédures* 2009, comm. 197, note B. Rolland ; *Dr. & patr. mensuel* 2009, n° 9, p. 114, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; *RTD com.* 2010, p. 423, obs. A. Martin-Serf ; *Rev. proc. coll.* 2010, comm. 1, note S. Gorrias et V. Manie.

leur créance dans la nouvelle procédure. Cette disposition a évacué en partie la question de l'autorité de la décision admettant les créances dans la première procédure. Demeure celle de l'autorité de la décision de rejet ou d'admission de la créance non conforme à la prétention du créancier. Sur ce point, la chambre commerciale a reconduit la solution rendue sous l'empire du droit antérieure à la réforme de 2005 en jugeant que « *l'admission ou le rejet de la créance dans la première procédure collective n'a pas autorité de la chose jugée dans la seconde procédure ouverte à l'égard du même débiteur après résolution de son plan de redressement* »<sup>1224</sup>. Le créancier en désaccord avec la décision rendue lors de la première décision peut ainsi déclarer à nouveau sa créance dans la seconde procédure.

Il ressort de ces décisions que l'admission comme le rejet d'une créance n'a pas autorité de chose jugée lorsqu'une nouvelle procédure est ouverte, à la suite de la résolution du plan adopté à l'issue de la procédure initiale. Toutefois, si la décision d'assemblée plénière se référait à l'absence d'identité de parties, ce n'était pas et ce n'est plus le cas dans les décisions de la chambre commerciale de 2003 et 2019. Il reste alors à se demander si la justification de ces décisions a pu évoluer.

**317. L'identité de demande et de cause.** L'article 1355 du code civil, anciennement 1351, dispose que l'autorité de chose jugée s'applique si la chose demandée est la même, que la demande est fondée sur la même cause et que la demande concerne les mêmes parties, et formée par elles et contre elles en la même qualité. Si le changement de cause avait été un terrain propice au rejet de l'autorité de chose jugée, la première demande d'admission reposant sur l'ouverture d'un redressement judiciaire et la seconde d'une liquidation judiciaire, la Cour de cassation aurait probablement exploité la commodité de l'argument pour fonder sa décision<sup>1225</sup>. Du reste, depuis l'arrêt *Césareo* rendu en assemblée plénière, la haute juridiction a adopté une approche factuelle et non plus juridique de la cause<sup>1226</sup>. Il semble dès lors peu probable que

<sup>1224</sup> Cass. com., 30 janv. 2019, n° 17-31.060 ; *Gaz. Pal.* 16 avr. 2019, n° 350y0, p. 70, obs. D. Voinot ; *ibid.*, 9 juill. 2019, n° 355v0, p. 68, obs. P.-M. Le Corre ; *LEDEN* mars 2019, n° 112j1, p. 4, obs. E. Mouial-Bassilana ; *Rev. sociétés* 2019, p. 214, obs. P. Roussel Galle ; *RTD com.* 2019, p. 482, obs. A. Martin-Serf ; *ibid.*, p. 499, obs. H. Poujade ; *Rev. proc. coll.* 2019, comm. 143, note N. Borga ; *BJE* mai 2019, n° 116w6, p. 42, obs. S. Benlisi.

<sup>1225</sup> J. Théron, « Réflexions sur la nature et l'autorité des décisions rendues en matière d'admission de créances au sein d'une procédure collective », *RTD com.* 2010, n° 20, p. 648.

<sup>1226</sup> Cass. ass. plén., 7 juill. 2006, no 04-10.672, *Bull. ass. plén.*, n° 8, p. 21 ; *D.* 2006, p. 2135, note L. Weiller ; *JCP G* 2007, II, 10070, note G. Wiederkehr ; *Gaz. Pal.* 6 janv. 2007, p. 22, note M.-O. Gain ; *Procédures* 2006, comm. 201, note R. Perrot ; *RDI* 2006, p. 500, obs. P. Mainvaud ; *RTD civ.* 2006, p. 825, note R. Perrot.

l'exclusion de l'autorité de la chose jugée des décisions statuant sur l'admission des créances puisse reposer sur un changement de cause<sup>1227</sup>.

L'identité de demandes pourrait être aussi discutée. Il est vrai que, dans les deux procédures, le créancier demande à ce que son droit à être admis dans les dividendes et répartitions soit reconnu. Toutefois, la modification des éléments de l'obligation résultant des dividendes versés lors de l'exécution du plan adopté au cours de la première procédure, de la disparition des sûretés ou de l'évolution du montant de la créance auraient pu être analysées comme des modifications de l'objet de la demande<sup>1228</sup>. Par hypothèse, l'arrêt d'assemblée plénière écarte l'idée lorsqu'elle mentionne le défaut d'identité des parties. De plus, dans l'espèce qui a fait l'objet de la décision du 30 janvier 2019, le montant de la créance, telle qu'elle avait été admise, avait bien été payé au cours de l'exécution du plan, ce qui permet de penser que la solution de l'assemblée plénière n'a pas été remise en cause sur ce point. Dans ces circonstances, il faudrait comprendre que, pour la haute juridiction, le créancier formule une même demande d'admission au passif de son débiteur dans les deux procédures<sup>1229</sup>. Par conséquent, seul le défaut d'identité de partie semble justifier d'écarter l'autorité de la première décision d'admission de la créance.

**318. Les limites de l'analyse du défaut d'identité de parties justifiée par le changement de qualité.** Au préalable, il faut convenir que le débiteur et le créancier concerné par l'admission de la créance restent les mêmes entre les deux procédures. Seul le changement de mandataire judiciaire peut alors caractériser le défaut d'identité de parties. Il faut aussi se souvenir que l'article 1355 du code civil précise que la demande doit non seulement être formulée entre les mêmes parties mais aussi formée par elles et contre elles en la même qualité. Cette dernière référence à la qualité des parties justifie la solution de la Cour de cassation pour certains auteurs qui remarquent qu'en cas d'ouverture d'une liquidation consécutive à la résolution d'un plan, le liquidateur judiciaire aura une qualité distincte du mandataire judiciaire<sup>1230</sup>. L'argument n'est pas nécessairement convaincant car il conduirait à ce que la décision d'admission ait, au contraire, autorité de chose jugée lorsqu'un redressement judiciaire est ouvert à la suite de l'inexécution d'un plan de sauvegarde ou de la survenance de la cessation des paiements au cours de ce dernier. L'explication de la décision doit être ainsi trouvée ailleurs.

<sup>1227</sup> P. Cagnoli, obs. sous Cass. ass. plén., 10 avr. 2009, n° 08-10.154, *Act. proc. coll.* 2009, alerte 141 ; V. ég. C. Lebel, note sous Cass. ass. plén., 10 avr. 2009, n° 08-10.154, *JCP E* 2009, 2030.

<sup>1228</sup> A. Martin-Serf, obs. sous Cass. com., 3 déc. 2003, n° 02-14.474, *RTD com.* 2004, p. 373.

<sup>1229</sup> J. Théron, art. préc., n° 20, p. 648.

<sup>1230</sup> P.-M. Le Corre, obs. sous Cass. com., 3 déc. 2003, n° 02-14.474, *Gaz. Pal.* 7 févr. 2004, p. 20.

**319. Les limites du raisonnement fondé sur l'intérêt collectif des créanciers.** Un autre argument aurait pu être avancé au regard du fondement du droit d'agir du mandataire ou du liquidateur judiciaire. Les deux mandataires de justice agissent au nom de l'intérêt collectif des créanciers mais, la collectivité des créanciers étant le plus souvent amenée à évoluer entre les deux procédures, cela justifierait l'exclusion de l'identité des parties entre les deux demandes. L'explication ne convaincrait pas davantage dans la mesure où l'intérêt collectif a vocation à transcender la somme des intérêts de la collectivité. D'ailleurs, comme le souligne M. Théron, « *il serait pour le moins inquiétant que l'attitude du représentant des créanciers diffère au moment de la vérification en fonction des créanciers en présence.* »<sup>1231</sup>

**320. Proposition d'analyse reposant sur la notion d'organe de la procédure.** Si le mandataire judiciaire ne représente pas le créancier qui déclare, il faut comprendre plus fondamentalement que, dans le cadre de la procédure de vérification des créances, il n'est pas davantage le mandataire de la collectivité des créanciers car sa mission participe d'une autre logique, celle d'un auxiliaire de justice<sup>1232</sup>. Ce point paraît tout à fait crucial. Afin de déterminer si le changement de mandataire judiciaire entre deux procédures justifie d'écarter l'autorité de la décision rendue dans la première décision, il semble indispensable de réfléchir au fondement de son droit d'agir. Comme il a été souligné au cours de la présente étude, appréhender l'ensemble des prérogatives du mandataire judiciaire sur le fondement de l'article L. 622-20 du code de commerce amène à des incohérences en termes de régime. L'habilitation à agir que lui confère cette disposition doit être rapportée à son strict domaine d'application, à savoir l'habilitation à exercer des actions de droit commun dans l'intérêt collectif des créanciers. Les autres actions pour lesquelles le code de commerce confère aux mandataires de justice une qualité expresse à agir ne relèvent pas nécessairement de la défense de l'intérêt collectif des créanciers. Cela doit être encore le cas en matière de vérification de créance. Comme cela a été souligné, bien que le mandataire judiciaire ait la qualité de partie dans la procédure de vérification de créance, il semble jouer principalement un rôle d'auxiliaire de justice au service du juge-commissaire. Il est toujours possible de justifier cette mission en s'appuyant sur une approche fonctionnelle de l'intérêt collectif des créanciers. Toutefois, si l'on s'en tient à la définition proposée par la chambre commerciale, qui lie cette notion à la défense du gage

<sup>1231</sup> J. Théron, art. préc., n° 21, p. 648. Sur la question, v. ég., T. Goujon-Béthan, « L'autorité de la chose jugée en droit des entreprises en difficulté », in (dir.) P.-M. Le Corre, *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 2018, n° 59, p. 121.

<sup>1232</sup> A. Ghazi, art. préc., n° 181, p. 56.



commun des créanciers<sup>1233</sup>, il faut convenir que la vérification des créances tend davantage à faciliter l'office du juge qu'à la défense du gage commun des créanciers.

La notion d'organe de la procédure permet à nouveau de proposer une autre lecture des prérogatives des mandataires de justice. Si le mandataire judiciaire a bien la qualité de partie, son action ne tend à la défense d'aucun intérêt en particulier. Par ailleurs, il faut se rappeler que les questions portant sur le changement de nature de la production de créance ont été posées de manière concomitante à l'évolution de la finalité des procédures collectives. La vérification des créances par le juge est apparue cruciale à compter du moment où la sauvegarde de l'activité économique a émergé comme une finalité essentielle de la procédure collective. Un tel objectif nécessite en premier lieu de dresser un état exact de la situation financière de l'entreprise et donc de connaître l'état du passif de l'entreprise<sup>1234</sup>. Dans une certaine mesure, en vérifiant les créances, le mandataire judiciaire concourt à cet objectif d'intérêt général. La remarque évoque alors les développements proposés lors de l'analyse des prérogatives tendant à la préservation de l'activité économique<sup>1235</sup>.

En vérité, il n'est peut-être pas indispensable de rattacher l'action du mandataire judiciaire à la protection d'une forme d'intérêt général en liant la vérification des créances à l'objectif de sauvetage de l'activité. La vérification des créances participe simplement à la bonne administration de la justice. En ce sens, le mandataire judiciaire est un organe de la procédure en ce qu'il en assure le bon déroulement. Conférer la qualité de partie au mandataire judiciaire tend ainsi à s'assurer qu'une analyse de la déclaration de créance sera faite. Le mandataire judiciaire ne s'oppose pas nécessairement au créancier mais il met le juge-commissaire en état de trancher une éventuelle contestation. Ce rôle n'est pas sans rappeler celui joué par le ministère public dans le contentieux pénal ou dans le domaine gracieux lorsque sa présence est requise. Même s'il ne s'oppose pas à la demande ou que l'accusé reconnaît sa culpabilité, l'avis du ministère public doit éclairer le juge sur l'application de la loi<sup>1236</sup>. Le

<sup>1233</sup> Cass. com., 2 juin 2015, n° 13-24.714, *Bull. civ.* IV, n° 94, p. 138 ; *D.* 2015, p. 2207, obs. S. Tréard ; *ibid.*, p. 1205, obs. A. Lienhard ; *ibid.*, p. 1974, obs. P.-M. Le Corre ; *JCP E* 2015, 888, note F. Dumont ; *ibid.* 2015, 1422, obs. P. Pétel ; *ibid.*, 1522, note S. Le Gac-Pech ; *JCP S* 2015, 1278, note G. Loiseau ; *Act. proc. coll.* 2015, n° 12, comm. 184, obs. F.-X. Lucas ; *Gaz. Pal.* 19-21 juill. 2015, p. 28, note C. Gailhbaud ; *ibid.* 22 sept. 2015, p. 163, note J. Théron ; *ibid.*, 18-20 oct. 2015, p. 29, obs. I. Rohart-Messenger ; *Procédures* 2015, comm. 10, note B. Rolland ; *Cah. soc.* oct. 2015, n° 117a9, p. 494, note J. Icard ; *Rev. sociétés* 2015, p. 548, obs. P. Roussel Galle ; *Rev. proc. coll.* 2015, comm. 73, p. 60, note D. Jacotot ; *BJE* sept. 2015, p. 313, note A. Donnette-Boissière.

<sup>1234</sup> A. Ghozi, art. préc., n° 52, p. 19.

<sup>1235</sup> V. *supra* n°s 229 et s.

<sup>1236</sup> P. Hébraud, « L'acte juridictionnel et la classification des contentieux. À propos de la condamnation pénale », *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, t. XIX, 1949, n° 22, p. 179.

mandataire judiciaire semble occuper un rôle similaire lorsqu'il vérifie les créances<sup>1237</sup>. Sans adopter systématiquement une position opposée à celle du créancier, la vérification qu'il opère est de nature à susciter la discussion sur les créances litigieuses. Si le mandataire judiciaire a bien la qualité de partie, il occupe une place très singulière dans la procédure, étrangère à la qualité de partie dans un litige ordinaire. La notion d'organe de la procédure permet de proposer un cadre d'analyse à cette fonction qui emprunte à la fois aux attributs d'une partie et d'un auxiliaire de justice.

Dans la mesure où le mandataire judiciaire n'exprime ici aucun intérêt particulier, il faudrait convenir que le changement de qualité entre les deux procédures ne devrait guère influencer l'appréhension de l'autorité de la décision d'admission. De même, lorsqu'un redressement judiciaire est ouvert à la suite de la résolution d'un plan de sauvegarde, il est possible que le mandataire judiciaire désigné dans la seconde procédure ne soit pas le même que dans la première. Rien ne semble justifier que l'autorité de la décision d'admission soit davantage remise en question de ce fait. S'ils peuvent avoir la qualité de partie, les mandataires de justice exercent surtout une fonction organique dans la procédure. Le changement de professionnel au cours de la procédure ne devrait pas remettre en cause ce qui a été précédemment décidé. Autrement dit, les différents mandataires judiciaires participant à la procédure assurent la continuité d'une fonction. Sur ce point, les règles devraient suivre celles qui régissent l'action du parquet, pour lequel le changement de personne physique ne remet pas en cause la continuité de la fonction.

En définitive, si le mandataire judiciaire semble avoir la qualité de partie lorsqu'il procède à la vérification des créances, sa mission d'organe de la procédure consiste surtout à vérifier qui a le droit de participer à ladite procédure. Ce faisant, il exerce essentiellement une mission d'instruction au service du juge-commissaire afin de faciliter son office. Par conséquent, le changement de professionnel en cas de résolution d'un plan ne devrait pas suffire à remettre en cause l'autorité de la décision statuant sur l'admission de la créance par le juge-commissaire. S'ils doivent déclarer leur créance, les créanciers sont également appelés à s'exprimer lorsqu'ils sont consultés par les mandataires de justice sur un projet de plan. Les

---

<sup>1237</sup> La même logique s'impose lorsque l'administrateur judiciaire doit répondre à la revendication d'un bien. La Cour de cassation jugeant qu'il ne s'agit pas d'une demande en justice (Cass. com., 6 mars 2001, n° 98-15.099, *Bull. civ.* IV, n° 50, p. 48 ; *D.* 2001, p. 1009, obs. A. Lienhard ; *RTD civ.* 2001, p. 397, obs. P. Crocq), la question du régime soulève moins de difficultés que pour la déclaration de créance. En revanche, la finalité est la même. Au lieu d'exiger du propriétaire qu'il adresse directement sa demande de revendication au juge-commissaire, une vérification préalable est confiée à un mandataire de justice. Si l'administrateur acquiesce à la demande, le bien est restitué. Cependant, lorsqu'un doute existe sur la propriété du bien, la vérification de l'administrateur judiciaire provoque le contentieux.

prérogatives de l'administrateur afin de constituer les classes de créanciers soulèvent alors la question plus classique des devoirs qui s'imposent aux mandataires de justice œuvrant à la poursuite de l'activité.

## SECTION 2 : LA NÉGOCIATION DE LA RESTRUCTURATION DE LA DETTE

**321. Plan de la section.** Si la loi du 25 janvier 1985 a donné au tribunal le pouvoir d'imposer des délais uniformes de paiement aux créanciers, l'article L. 626-18 du code de commerce limite les modalités de cette restructuration subie à un échelonnement de la dette sur dix ans ou quinze ans lorsque le débiteur exerce une activité agricole. Lorsque la sauvegarde de l'entreprise commande une restructuration plus importante du passif, celle-ci doit être consentie par les créanciers. Les mandataires de justice assurent cette consultation des créanciers en effectuant plusieurs types tâches. D'abord, ils assistent le tribunal en recueillant les réponses des créanciers aux propositions de remises qui leur sont faites. Il en va ainsi lorsque, en l'absence de classes de créanciers, le mandataire judiciaire a la charge de consulter les créanciers sur les propositions pour le règlement des dettes<sup>1238</sup>. Une fois la consultation achevée, le mandataire judiciaire dresse un état des réponses faites par les créanciers qui est adressé au débiteur, à l'administrateur et aux contrôleurs<sup>1239</sup>. De même, en cas de réunion de classes, l'administrateur effectue un certain nombre de tâches qui participent au bon déroulement de la procédure lorsqu'il procède, par exemple, à la convocation des parties affectées ou qu'il choisit les modalités de la consultation<sup>1240</sup>. En ce sens, les mandataires de justice contribuent au bon déroulement de la procédure exerçant une fonction d'organe de la procédure conforme à la logique présentée par M. Croze<sup>1241</sup>.

Les mandataires de justice exercent surtout un rôle actif dans la consultation des créanciers afin de parvenir à un accord avec les créanciers. Ils retrouvent ici des prérogatives ayant pour finalité le sauvetage de l'entreprise. En introduisant les comités de créanciers, la loi du 26 juillet 2005 a ouvert la voie à une forme de déjudiciarisation du traitement des difficultés<sup>1242</sup>. Cette réforme avait été qualifiée d'astuce du législateur restituant un pouvoir de

<sup>1238</sup> C. com., art. L. 626-5.

<sup>1239</sup> C. com., art. L. 626-7.

<sup>1240</sup> C. com., art. R. 626-60.

<sup>1241</sup> H. Croze, « Les organes de la procédure », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, n° 17, p. 56.

<sup>1242</sup> L. Sautonie-Laguionie, « La "déjudiciarisation" du traitement des difficultés », in (dir.) F. Macorig-Venier, *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 171.

négociation « *dans le seul intérêt du sauvetage de l'entreprise du débiteur, au mépris éventuellement des intérêts des créanciers minoritaires.* »<sup>1243</sup> Ces comités présentaient néanmoins le défaut du manque de souplesse de leur composition. Seuls deux comités pouvaient être réunis, celui des fournisseurs et celui des établissements de crédit, outre une assemblée unique des obligataires. Cette répartition rigide conduisait à reconnaître un pouvoir de blocage injustifié à certains créanciers. En effet, alors même qu'ils ne pouvaient espérer aucune répartition en liquidation judiciaire, des créanciers minoritaires pouvaient faire échouer l'adoption d'un plan de continuation<sup>1244</sup>.

L'introduction des classes de créanciers par l'ordonnance du 15 septembre 2021, transposant la directive 2019/1023 du 20 juin 2019, poursuit l'objectif de favoriser l'adoption d'un plan mais en offrant davantage de souplesse à l'administrateur dans la composition des classes. L'administrateur doit identifier une communauté d'intérêt économique suffisante, en tenant compte de critères objectifs vérifiables, afin de constituer les classes de parties affectées. S'il doit composer au moins deux classes séparant les créanciers chirographaires des créanciers privilégiés, la doctrine s'accorde largement pour affirmer qu'il bénéficie pour le reste d'une grande liberté<sup>1245</sup>.

L'administrateur bénéficie ainsi de marges de manœuvre stratégiques afin de favoriser l'adoption du plan (§ 1). Des incertitudes demeurent toutefois s'agissant du contrôle par le tribunal de la consultation opérée par l'administrateur (§ 2).

§ 1 : Les marges de manœuvre stratégiques afin de favoriser l'adoption du plan

**322. Plan du paragraphe.** L'avènement des classes de parties affectées s'est accompagné de l'introduction en droit français du *best interest test*, traduit par la règle du meilleur intérêt des créanciers, qui faisait défaut dans l'ancien système des comités. En effet, l'article L. 626-

<sup>1243</sup> F. Pérochon, « Les intérêts des créanciers : quelle évolution depuis 30 ans ? », in (dir.) F. Macorig-Venier, *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, n° 6, p. 114.

<sup>1244</sup> R. Dammann, « L'introduction des classes de créanciers dans l'optique d'une harmonisation franco-allemande des procédures d'insolvabilité », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claude Witz*, LexisNexis, 2018, p. 223 ; F.-X. Lucas, « Les plans de sauvegarde et de redressement adoptés par les classes de parties affectées », *BJE* janv. 2022, n° 200k9, n° 2, p. 45.

<sup>1245</sup> V., not., H. Poujade et C. Saint-Alary-Houin, « L'instauration des classes de parties affectées », *Rev. proc. coll.* 2021, dossier 8, n° 5, p. 63 ; O. Buisine, « Des classes de créanciers », *BJE* nov. 2021, n° 200i3, n° 38, p. 44 ; P. Rossi, « Les ambitions du droit français face aux exigences d'harmonisation européenne et au contexte de crise sanitaire », *JCP E* 2021, 1525, n° 8, p. 20 ; L. Miquel, « L'instauration des classes de parties affectées sous le regard de l'administrateur judiciaire », *Rev. proc. coll.* 2022, dossier 15, n° 3, p. 67 ; O. Debeine et E. Rosier, « La règle de priorité absolue, catalyseur des négociations », *Rev. proc. coll.* 2022, étude 3.

31 du code de commerce dispose désormais que lorsque des parties affectées ont voté contre le projet de plan, aucune de ces parties affectées ne doit se trouver dans une situation moins favorable, du fait du plan, que celle qu'elle connaîtrait s'il était fait application soit de l'ordre de priorité pour la répartition des actifs en liquidation judiciaire ou du prix de cession de l'entreprise en application de l'article L. 642-1, soit d'une meilleure solution alternative si le plan n'était pas validé. Autrement dit, le poids de chaque créancier dans l'adoption du plan doit dorénavant refléter les chances qu'il aurait d'être payé en cas d'issue liquidative. Il s'agit donc de « *faire dépendre le poids politique de chaque créancier de la plus ou moins grande séniorité de sa créance.* »<sup>1246</sup>. À cette fin, il faut tenir compte du nouveau classement de répartition de l'actif distribuable exposé à l'article L. 643-8 du code de commerce<sup>1247</sup>.

Si ce classement est un premier élément déterminant sur lequel l'administrateur doit s'appuyer afin de constituer les classes de parties affectées, il ne constitue pas le seul critère à la disposition de l'administrateur. De nombreux autres éléments, parfois difficiles à appréhender, doivent être pris en compte dans la constitution des classes (I). Les règles de contrôle de l'adoption des plans montrent, en outre, les différentes stratégies que l'administrateur judiciaire peut suivre afin de favoriser l'adoption du plan par les classes de parties affectées (II).

### I. La constitution des classes de parties affectées

**323. Plan.** L'administrateur judiciaire peut rencontrer deux types de difficultés lors de la constitution des classes de parties affectées. D'une part, l'identification des personnes devant intégrer une classe peut s'avérer complexe (A). D'autre part, les critères permettant d'apprécier la communauté d'intérêts au sein d'une classe apparaissent incertains (B).

#### A. La soumission aux classes de parties affectées

**324. Le sort des créanciers pouvant échapper à la discipline collective.** Certains créanciers sont expressément exclus des classes de parties affectées. L'article L. 626-30 du code de commerce fait ainsi échapper à ce régime les créances résultant du contrat de travail, les

<sup>1246</sup> F.-X. Lucas, art. préc., n° 2, p. 45.

<sup>1247</sup> P. Roussel Galle et C. Fort, « L'élaboration et l'arrêté du plan de continuation avec ou sans classes », *Rev. proc. coll.* 2021, dossier 9, n° 15, p. 68, les auteurs soulignant ainsi que « *Les droits liquidatifs deviennent un plancher que les praticiens s'assureront de ne pas franchir, pour ne pas risquer la censure du plan.* »

droits à pension acquis au titre d'un régime de retraite professionnelle et les créances alimentaires.

En revanche, l'exclusion d'autres créanciers des classes semble plus incertaine. Par exemple, l'existence du droit de rétention d'un créancier, qui peut donner l'assurance au créancier d'être payé lorsque le bien pouvant être retenu est indispensable à l'activité, justifie-t-elle de faire échapper le créancier au régime des classes ? D'aucuns estiment que, en dépit du droit conféré par cette sûreté, le créancier doit intégrer une classe<sup>1248</sup>. D'autres soutiennent, au contraire, que les créanciers doivent être exclus des classes dès lors qu'ils peuvent échapper à la discipline collective qui s'impose à la collectivité des créanciers<sup>1249</sup>. C'est effectivement le cas des créanciers garantis par une sûreté offrant un droit de rétention qui leur ouvre la possibilité d'obtenir, en vertu de l'article L. 622-7, un paiement en contrepartie de la libération de la chose retenue<sup>1250</sup>. Il en irait de même pour le créancier qui peut être payé grâce à la compensation des dettes connexes prévue à l'article L. 622-7 du code de commerce ou de tous les créanciers pouvant être payés par un tiers *in bonis* (créancier bénéficiant d'une action directe, d'une délégation de paiement ou ayant procédé à une saisie-attribution de créances nées d'un contrat dont l'exécution s'échelonne dans le temps)<sup>1251</sup>. C'est encore cette logique qui s'appliquerait à tous les créanciers qui bénéficient d'une cession de créance en garantie de la dette<sup>1252</sup>. Échapperait enfin aux classes de parties affectées, le créancier dont la revendication a abouti, de même que celui bénéficiant d'une cession de somme d'argent à titre de garantie<sup>1253</sup>.

Si ces sûretés et garanties permettent un paiement hors plan aux créanciers qui en bénéficient, demeure la question du traitement de ces créanciers lorsque les sûretés et garanties

<sup>1248</sup> D. Robine in F. Abitbol, V. Leloup-Thomas, N. Partouche et D. Robine, « L'institution de classes de parties affectées », *JCP E* 2021, 1527, nos 8 et 12, pp. 29 et 30.

<sup>1249</sup> F.-X. Lucas, « Le traitement des créanciers privilégiés dans les classes de parties affectées », *Rev. proc. coll.* 2022, dossier 32, n° 13.

<sup>1250</sup> *Ibid.*, n° 16.

<sup>1251</sup> *Ibid.*, n° 14.

<sup>1252</sup> *Ibid.*, n° 15. L'auteur souligne l'incertitude qui existe s'agissant du nantissement de compte bancaire, l'ordonnance du 15 septembre 2021 n'ayant pas expressément infirmé la décision du 22 janvier 2020 par laquelle la Cour de cassation avait neutralisé l'efficacité de cette sûreté (Cass. com., 22 janv. 2020, n° 18-21.647, *D.* 2020, p. 1685, obs. R. Dammann et A. Alle ; *ibid.*, p. 1857, obs. F.-X. Lucas ; *ibid.*, p. 1917, obs. J.-J. Ansault ; *JCP G* 2020, 423, note J.-D. Pellier ; *JCP E* 2020, 1119, note C. Favre-Rochex ; *Gaz. Pal.* 31 mars 2020, n° 376u8, p. 28, obs. M.-P. Dumont ; *ibid.* 21 avril 2020, n° 377m8, p. 52, obs. D. Boustani ; *ibid.* 9 juin 2020, n° 379y8, p. 64, obs. A. Gouëzel ; *LEDB* mars 2020, n° 112z0, p. 1, obs. M. Mignot ; *LEDEN* mars 2020, n° 113d4, p. 2, obs. L. Andreu ; *RTD civ.* 2020, p. 164, obs. C. Gijsbers ; *RDC* juin 2020, n° 116x6, p. 56, obs. M. Julienne ; *RD bancaire et fin.* 2020, comm. 33, note D. Legeais ; *Rev. proc. coll.* 2020, comm. 80, note A. Martin-Serf ; *BJE* juill. 2020, n° 117u6, p. 15, obs. T. Le Gueut). Soutenant que la rédaction des nouveaux textes doit conduire à abandonner cette solution, v. A. Aynès, « Le créancier nanti sur créance et titres financiers face aux procédures collectives », *Rev. proc. coll.* 2022, dossier 34, n° 9.

Sur l'efficacité des nouvelles sûretés-proprétés que sont le gage-espèces et la cession civile de créance à titre de garantie, v. T. Le Gueut, « Le créancier cessionnaire », *Rev. proc. coll.* 2022, dossier 33.

<sup>1253</sup> F.-X. Lucas, art. préc., n° 17.

ne suffisent pas au paiement intégral de la dette. Il convient ainsi de se demander dans quelles classes l'administrateur peut intégrer ces créanciers. M. Robine, s'appuyant sur la lettre de l'article L. 626-30, III, 1°, estime qu'il faut « *prendre en considération la créance garantie dans une classe de titulaires de sûretés dans son intégralité même si la valeur de l'assiette ne la couvre que partiellement.* »<sup>1254</sup> Au contraire, M. Lucas soutient que « *l'avantage procuré par une sûreté réelle au créancier qui en est titulaire est limité à la valeur de sa sûreté, au sens où ce créancier pourra se dire non affecté par le plan seulement dans la mesure où sa sûreté lui permet d'être payé sans subir la discipline collective. Si la sûreté exclusive ne procure pas un paiement total au créancier, il sera, pour le solde demeuré impayé de sa créance, traité comme une partie affectée chirographaire, tenue de siéger dans les classes à ce titre.* »<sup>1255</sup>

En somme, au regard des possibles divergences d'interprétation des textes, l'administrateur risque d'éprouver de sérieuses difficultés lors de la constitution des classes. Or, à ces difficultés peut s'ajouter une contrainte tenant au temps qui s'écoule avant que l'administrateur soit fixé sur le sort de certains créanciers. En effet, l'administrateur doit constituer les classes en dépit des délais nécessaires à la vérification des créances, à l'exercice d'une action en revendication ou à la réponse du juge-commissaire à une demande d'autorisation de paiement contre retrait du bien nécessaire à la poursuite de l'activité. Dans ces différentes hypothèses, l'administrateur peut imposer à ces créanciers de participer ou non aux classes mais devra anticiper les conséquences d'une réponse du juge-commissaire contraire à ses anticipations.

Du reste, l'intégration de certains créanciers peut poser d'autres difficultés spécifiques à l'administrateur.

**325. Le traitement des créanciers bénéficiant d'une fiducie-sûreté.** Le sort à réserver aux créanciers dont la créance est garantie par une fiducie-sûreté peut prêter à discussion. L'article L. 626-30, V du code de commerce dispose que « *Pour les parties affectées bénéficiaires d'une fiducie constituée à titre de garantie par le débiteur, sont seuls pris en compte les montants de leurs créances non assorties d'une telle sûreté.* » À s'en tenir à une lecture littérale, il faudrait comprendre que l'intégralité de la créance échappe au régime des classes, quelle que soit la

<sup>1254</sup> D. Robine in F. Abitbol, V. Leloup-Thomas, N. Partouche et D. Robine, « L'institution de classes de parties affectées », *JCP E* 2021, 1527, n° 12, p. 30.

<sup>1255</sup> F.-X. Lucas, art. préc., n° 18. En ce sens ég. : R. Dammann et T. Bos, « Le nouveau droit de la restructuration financière : les classes de parties affectées », *D.* 2021, p. 1931 ; V. Leloup-Thomas in F. Abitbol *et al.*, art. préc., n° 11, p. 30 (cette dernière soulignant cependant la nécessité de procéder à une lecture extensive du texte afin de parvenir à cette solution).

valeur réelle de la sûreté. Une telle interprétation entrerait cependant en contradiction totale avec la logique de l'ordonnance du 15 septembre 2021, si bien qu'il convient plus probablement de comprendre que le créancier échappe aux classes pour la seule part de la créance couverte par la fiducie<sup>1256</sup>.

De plus, le traitement à appliquer au créancier bénéficiant d'une fiducie-sûreté sans dépossession doit être clarifié. À nouveau, à s'en tenir à la lettre de l'article L. 626-30, V du code de commerce, ce créancier échapperait également au régime des classes dans la mesure où cette disposition n'établit aucune distinction entre les deux modalités de constitution de la fiducie-sûreté. Toutefois, l'article L. 622-23-1 du code de commerce interdisant au créancier de réaliser la fiducie sans dépossession aussi longtemps que le plan est exécuté, la faveur de l'article L. 626-30 ne devrait logiquement profiter qu'au seul créancier bénéficiant d'une fiducie avec dépossession. Autrement dit, l'administrateur judiciaire devrait intégrer le créancier garanti par une fiducie sans dépossession au sein d'une classe<sup>1257</sup>.

**326. L'intégration de l'AGS dans les classes de parties affectées.** Une source supplémentaire de difficultés tient à l'incertaine soumission de l'AGS au régime des classes de parties affectées<sup>1258</sup>. La question est fondamentale pour l'administrateur car cette institution peut détenir des créances très importantes par leur montant comme leur rang superprivilégié ou privilégié dans l'ordre des répartitions. L'article L. 626-30, IV du code de commerce dispose que les créances résultant notamment du contrat de travail ne sont pas affectées par le plan<sup>1259</sup>. Faut-il comprendre que l'AGS ne pourra jamais être intégrée dans une classe de parties affectées ? D'aucuns soutiennent cette position<sup>1260</sup>. Elle peut se réclamer du Rapport au Président de la République qui indique qu'il résulte de l'article L. 626-30, IV que « *l'association pour la gestion du régime de garantie des créances des salariés (AGS), subrogée dans les droits des créanciers bénéficiant d'une avance, n'est pas une partie affectée, ne participe pas aux classes de créanciers et ne peut donc être concernée par une application forcée interclasses.* » À suivre cette approche, « *Le législateur français est allé bien au-delà du*

<sup>1256</sup> F.-X. Lucas, art. préc., n° 10.

<sup>1257</sup> *Ibid.*, n° 11.

<sup>1258</sup> F. Pérochon et P. Roussel Galle, « Classes de créanciers et sûretés réelles », *RD bancaire et fin.* 2022, dossier 20, n° 7, p. 104.

<sup>1259</sup> Il faut remarquer que le texte vise toutes les créances salariales, y compris chirographaires, contrairement à la règle prévue à l'article L. 626-20 pour l'adoption des plans sans classes (F.-X. Lucas, art. préc., n° 9).

<sup>1260</sup> N. Partouche in D. Robine in F. Abitbol, V. Leloup-Thomas, N. Partouche et D. Robine, « L'institution de classes de parties affectées », *JCP E* 2021, 1527, n° 6, p. 29. Dans le même sens : P. Rossi, « Les ambitions du droit français face aux exigences d'harmonisation européenne et au contexte de crise sanitaire », *JCP E* 2021, 1525, n° 8, p. 21.



*texte de la directive en retenant un critère matériel (la nature de la créance) plutôt que le critère personnel du porteur de celle-ci (le travailleur). »<sup>1261</sup>*

D'autres auteurs contestent cette lecture. La créance résultant du contrat de travail ne devrait s'entendre, au sens strict, que des avances faites en sauvegarde et de certaines avances en redressement et liquidation, excluant ainsi les créances tenant aux indemnités de licenciement<sup>1262</sup>. Cette approche est justifiée par la distinction opérée par l'article L. 3253-16 du code du travail selon laquelle l'AGS n'est pas subrogée dans les droits des salariés pour les créances qui résultent, notamment, de la rupture du contrat de travail en cas de redressement ou de liquidation judiciaire.

Quelle que soit la lecture retenue, il faut s'interroger sur le sort à réserver aux créances de l'AGS qui ne peuvent en aucun cas être soumises au régime des classes<sup>1263</sup>. Lorsque le plan est adopté à la suite d'une consultation individuelle des créanciers, l'article L. 626-18 permet au tribunal d'imposer des délais de paiement aux créanciers. Or, si l'article L. 626-20 interdit l'application de cette règle à certaines créances de l'AGS, d'autres créances de cette dernière, notamment celles qui résultent de la rupture du contrat de travail, peuvent faire l'objet de délais imposés par le tribunal lorsqu'un plan de redressement est adopté. Autrement dit, il s'agit de savoir si l'AGS peut être soumise au régime de la consultation individuelle en parallèle de la consultation des classes de parties affectées.

Cette combinaison des modalités de consultations selon les créanciers semble impossible à la lecture de l'article L. 626-30-2 qui dispose que l'article L. 626-18 ne s'applique pas à la consultation des classes<sup>1264</sup>. Si tel devait être l'état du droit positif, pourrait être déplorée la perte d'un moyen de financement du volet social de la restructuration. En effet, l'interdiction d'imposer des délais à l'AGS pourrait conduire l'administrateur judiciaire à renoncer à proposer un plan lorsque le passif salarial pris en charge par l'AGS est significatif. Par ailleurs, à supposer que les créances pour lesquelles l'AGS ne fait pas l'objet d'une subrogation soient soumises au régime des classes, il faudrait encore déterminer le sort à leur réserver en cas de conversion d'une sauvegarde en redressement. Sur ce point, l'article L. 622-10 du code de commerce dispose que les classes déjà constituées avant la conversion sont conservées avec les

<sup>1261</sup> N. Partouche in F. Abitbol *et al.*, art. préc., n° 6, p. 29.

<sup>1262</sup> C. Fort et G. Cesare Giorgini, « Les critères de vote et d'adoption du plan », *JCP E* 2021, 1528, n° 6, p. 35. Dans le même sens : F.-X. Lucas, « Les plans de sauvegarde et de redressement adoptés par les classes de parties affectées », *BJE* janv. 2022, n° 200k9, n° 7, p. 49.

<sup>1263</sup> E. Fabriès-Lecea, « Le nouveau rôle des parties prenantes : les salariés », *JCP E* 2021, 1532, n° 17, p. 54.

<sup>1264</sup> En ce sens, V. Leloup-Thomas in F. Abitbol *et al.*, art. préc., n° 7, p. 29.

mêmes modalités de répartition et de calcul des voix. Si cette disposition paraît bienvenue en ce qu'elle est de nature à faire gagner un temps précieux à l'administrateur<sup>1265</sup>, une application littérale conduirait à ce que l'AGS, qui est hors classes en sauvegarde, le demeure après la conversion<sup>1266</sup>.

**327. Le sort des détenteurs de capital.** Enfin, la transposition de la directive du 20 juin 2019 en droit français a également bouleversé le sort des détenteurs du capital de la société. Expressément qualifiés de parties affectées par l'article L. 626-30, ils sont désormais soumis au régime des classes. Si les associés ont longtemps gardé le pouvoir de bloquer la restructuration de la société, le législateur européen a entendu « *lever les obstacles du droit des sociétés en retirant à l'assemblée des associés son pouvoir souverain* »<sup>1267</sup>. Sous l'empire du droit antérieur à l'ordonnance du 15 septembre 2021, lorsque le plan était conditionné à un vote des associés, ces derniers disposaient d'un pouvoir d'obstruction en refusant de voter la modification des statuts. La réforme a résolu cette difficulté en prévoyant au nouvel article L. 626-32 que la décision du tribunal vaut approbation des modifications de la participation au capital ou des droits des détenteurs de capital ou des statuts prévues par le plan, consacrant de ce fait la pratique du jugement valant vote<sup>1268</sup>. Du reste, le vote en classe devrait remplacer le vote en assemblée générale, contribuant à un allègement du formalisme<sup>1269</sup>.

Le sort de certains porteurs de valeurs mobilières pose toutefois question. En effet, l'article L. 626-30-2 précise que la ou les classes de détenteurs de capital statuent conformément, selon le cas, aux dispositions applicables aux assemblées générales extraordinaires, aux assemblées des associés ainsi qu'aux assemblées spéciales mentionnées aux articles L. 225-99 et L. 228-35-6 ou aux assemblées générales des masses visées à l'article L. 228-103. La rédaction de cette disposition a été vivement critiquée dans la mesure où la référence à l'article L. 228-103 conduit à assimiler les porteurs de valeurs mobilières donnant accès à terme au capital à des détenteurs de capital alors que tous ces porteurs n'ont pas vocation à devenir associés<sup>1270</sup>. L'assimilation est problématique car, en cas d'application forcée

<sup>1265</sup> H. Poujade, « La réforme des plans de restructuration », *RTD com.* 2021, n° 14.4, p. 929.

<sup>1266</sup> V. Leloup-Thomas in F. Abitbol *et al.*, art. préc., n° 7, p. 29.

<sup>1267</sup> B. Lecourt, « Transposition de la directive "Restructuration et insolvabilité" : le pouvoir souverain des associés désormais sacrifié par les impératifs de restructuration de leur société en difficulté », *Rev. sociétés* 2022, p. 126. Rapp. : L.-C. Henry, « Les classes de parties affectées », *Rev. sociétés* 2022, p. 406, n° 14 qui précise que « *Dans la logique de la directive, il s'agit non de les exproprier mais de les priver d'un pouvoir de nuire en bloquant un plan favorable au redressement de l'entreprise pour défendre des intérêts personnels ou régler des contentieux internes à la société en difficulté. L'application forcée interclasse les contraint alors à plus de raison.* »

<sup>1268</sup> F.-X. Lucas, art. préc., n° 14, p. 57.

<sup>1269</sup> K. Lemercier et F. Mercier, « Réforme du droit des entreprises en difficulté : instauration des "classes de parties affectées" », *Dalloz actualité* 20 sept. 2021.

<sup>1270</sup> F.-X. Lucas, art. préc., n° 7, p. 48.

interclasse, cela signifie que ces porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital bénéficient de la protection conférée par l'article L. 626-32, I, 5° lorsque certains seuils sont atteints. D'une part, le plan ne doit donc pas prévoir la cession de tout ou partie des droits de la ou des classes de détenteurs de capital qui n'ont pas approuvé le projet de plan. D'autre part, le porteur de ces valeurs mobilières bénéficiera du droit préférentiel de souscription en cas d'émission d'actions. Autrement dit, l'assimilation de tous les porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital à de véritables détenteurs du capital revient à leur attribuer un droit de veto critiquable<sup>1271</sup>.

Outre les incertitudes relatives à l'intégration de certains créanciers, l'administrateur peut être confronté à des difficultés tenant à l'appréciation du critère tenant à la communauté d'intérêt suffisante au sein des classes.

#### B. L'appréciation de la communauté d'intérêt suffisante au sein des classes

**328. La constitution de classes aux intérêts suffisamment homogènes.** L'article L. 626-30 du code de commerce dispose que la composition des classes de parties affectées est déterminée au vu des créances et droits nés antérieurement à la date du jugement d'ouverture de la procédure. L'article précise que l'administrateur doit répartir, sur la base de critères objectifs vérifiables, les parties affectées en classes représentatives d'une communauté d'intérêt économique suffisante en respectant un certain nombre de conditions. Les premiers commentaires de l'ordonnance du 15 septembre 2021 ont permis de recenser un grand nombre de situations pour lesquelles l'existence d'une telle communauté d'intérêt peut être discutée. À défaut d'une intervention du législateur ou d'une clarification jurisprudentielle, la marge de liberté de l'administrateur reste incertaine.

Par exemple, il faut se demander si les créanciers qui bénéficient de privilèges et de sûretés de même rang, mais sur des biens différents, partagent une véritable communauté d'intérêt suffisante. Ces créanciers peuvent certes bénéficier de sûretés de même nature. Toutefois, lorsque la valeur de l'actif sous-jacent diffère, leurs chances d'être payés en cas d'issue liquidative, et donc le poids qui doit leur être reconnu dans les classes, ne sont pas équivalentes<sup>1272</sup>.

---

<sup>1271</sup> *Ibid.*

<sup>1272</sup> F. Abitbol in F. Abitbol *et al.*, art. préc., n° 10, p. 30.

Il convient également de s'interroger sur la possibilité de tenir compte du comportement prévisible d'une partie affectée en fonction de son intérêt concret. Ainsi, un bailleur dont le contrat aurait été rompu partage-t-il une communauté d'intérêt suffisante avec un autre bailleur dont le contrat aurait été continué ?<sup>1273</sup> De même, « *Un fournisseur stratégique, prêt à des efforts importants pour préserver sa relation commerciale, n'aura pas strictement le même intérêt qu'un fournisseur, par exemple, d'électricité ou de téléphonie.* »<sup>1274</sup>. Quel sort réserver encore à la partie affectée qui présente plusieurs qualités, disposant par exemple d'une sûreté pour une créance et aucun privilège pour une autre créance ? Le cumul des qualités pourrait exercer une influence sur le vote de la partie affectée, ce dont l'administrateur pourrait souhaiter tenir compte<sup>1275</sup>. Dans un même ordre d'idée, comment traiter le détenteur de capital qui est, par ailleurs, titulaire d'une créance en compte courant d'associé<sup>1276</sup> ou un obligataire qui est aussi détenteur d'une part de capital ?<sup>1277</sup>

Enfin, le sort des créanciers publics privilégiés mérite une réflexion particulière. Il faut en effet se demander si la prise en compte de l'intérêt général consistant en la sauvegarde de l'entreprise peut justifier de les réunir au sein d'une classe unique<sup>1278</sup>.

Si l'article L. 626-30 du code de commerce mentionne une communauté d'intérêt économique, tous ces exemples montrent qu'il serait « *cohérent de prendre en compte l'attitude du créancier pour prendre parti sur sa qualité de partie affectée.* »<sup>1279</sup> D'ailleurs, la référence à un intérêt économique n'existe pas dans la directive du 20 juin 2019. La notion a été abandonnée en droit anglais dans le passé<sup>1280</sup>. D'aucuns se demandent à ce propos si cette référence à un intérêt économique n'a pas vocation à être neutralisée en droit français en ce qu'elle constituerait une transposition non conforme de la directive<sup>1281</sup>.

---

<sup>1273</sup> *Ibid.*

<sup>1274</sup> *Ibid.* Dans le même sens : H. Poujade et C. Saint-Alary-Houin, « L'instauration des classes de parties affectées », *Rev. proc. coll.* 2021, dossier 8, n° 21, p. 63 ; F.-X. Lucas, « Les plans de sauvegarde et de redressement adoptés par les classes de parties affectées », *BJE* janv. 2022, n° 200k9, n° 8, p. 50.

<sup>1275</sup> D. Robine in F. Abitbol *et al.*, art. préc. n° 19, p. 31.

<sup>1276</sup> V. Leloup-Thomas in F. Abitbol *et al.*, art. préc., n° 21, p. 32.

<sup>1277</sup> G. Podeur, « Les obligataires et les classes de parties affectées », *D.* 2022, p. 1056.

<sup>1278</sup> F. Abitbol, V. Leloup-Thomas, N. Partouche et D. Robine, art. préc., nos 24 à 27, p. 32 ; F. Gomez, J. Bracq et A. Diesbecq, « De la protection des créanciers à celle des parties affectées ou non affectées », *Gaz. Pal.* 28 juin 2022, n° 436n2, p. 32.

<sup>1279</sup> F.-X. Lucas, art. préc., n° 8, p. 50.

<sup>1280</sup> M. Houssin, « La constitution des classes de parties affectées », *LEDEN* oct. 2021, n° 200h5, p. 4.

<sup>1281</sup> R. Dalmau, « Les effets persistants de la directive insolvabilité après sa transposition », *Rev. proc. coll.* 2022, focus 5, p. 2.

Dans toutes ces hypothèses, l'avenir dira si l'administrateur dispose d'une marge de manœuvre qu'il peut exploiter afin de favoriser l'adoption du plan ou si des règles strictes seront dégagées au fil du temps limitant la liberté de l'administrateur.

**329. La prise en compte des accords de subordination.** La prise en compte des accords de subordination, imposée par l'article L. 626-30, soulève d'autres difficultés spécifiques<sup>1282</sup>. D'une part, il faut se demander si la hiérarchie établie entre les créanciers justifie de les placer au sein de classes différentes ou si l'accord passé entre eux commande, au contraire, de les réunir au sein d'une seule classe en raison de la communauté d'intérêt qui résulterait du contrat<sup>1283</sup>. D'autre part, ces accords peuvent tenir compte de l'existence de créanciers qui ne sont pas parties à l'accord. Il est possible de se demander si l'administrateur est tenu par ces stipulations, quoique l'effet relatif des conventions conduise à en douter fortement<sup>1284</sup>.

En définitive, il reviendra au législateur ou au juge de prendre position sur ces différents points afin de préciser la marge de liberté dont bénéficie l'administrateur dans la composition des classes de créanciers. La procédure d'adoption du plan soumis aux classes permet d'appréhender avec plus de certitudes les différentes stratégies de négociation offertes à l'administrateur afin de favoriser le sauvetage de l'entreprise.

## II. Les stratégies de l'administrateur afin de favoriser l'adoption du plan

**330. L'adoption d'un accord lors d'une conciliation grâce à la menace de conversion en sauvegarde accélérée.** L'administrateur peut exploiter la marge de manœuvre offerte par la constitution des classes en diluant les créanciers apparemment hostiles au sein de classes où ils seront minoritaires. Pour qu'il en soit ainsi, l'administrateur doit avoir une vision assez précise du rapport de force. En d'autres termes, afin d'augmenter les chances d'obtenir un vote positif, l'administrateur doit préparer le recours aux classes en amont de la procédure collective, singulièrement à l'occasion d'une conciliation judiciaire<sup>1285</sup>. D'ailleurs, si la conciliation repose

<sup>1282</sup> Pour une étude complète de la question menée sous l'empire du droit antérieur à l'ordonnance du 15 septembre 2021, v. M. Houssin, *La subordination de créance. Analyse de la subordination à l'épreuve de la procédure collective*, préf. F.-X. Lucas, LGDJ, 2018. V. ég : F.-X. Lucas, « La subordination des créances à l'épreuve de la procédure collective », *Rev. proc. coll.* 2013, dossier 19, p. 73.

<sup>1283</sup> F. Abitbol *et al.*, art. préc., n<sup>os</sup> 15 à 18, p. 31 ; F. Pérochon et P. Roussel Galle, « Classes de créanciers et sûretés réelles », *RD bancaire et fin.* 2022, dossier 20, n<sup>o</sup> 14, p. 105.

<sup>1284</sup> F. Abitbol *et al.*, art. préc., n<sup>os</sup> 15 à 18, p. 31.

<sup>1285</sup> N. Partouche in F. Abitbol *et al.*, art. préc., n<sup>o</sup> 32, p. 33.

en principe sur le consensualisme, le législateur a introduit plusieurs dispositions de nature à inciter les créanciers à trouver un accord avec leur débiteur sous l'égide du conciliateur<sup>1286</sup>.

En particulier, la menace d'une conversion de la conciliation en sauvegarde accélérée peut s'avérer être un redoutable moyen de pression. En principe, seuls les créanciers qui ont consenti aux propositions sont tenus par l'accord de conciliation. Toutefois, l'article L. 628-1 du code de commerce dispose qu'une procédure de sauvegarde accélérée peut être 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 parties affectées à l'égard desquelles l'ouverture de la procédure produira effet, un soutien suffisamment large pour rendre vraisemblable son adoption dans un délai de deux mois. Or, cette procédure prévoit la réunion de classes de parties affectées appelées à voter, à la majorité des deux tiers, l'adoption d'un plan de continuation. Autrement dit, il est possible d'imposer, par une procédure rapide, un plan aux créanciers récalcitrants grâce à la règle du vote majoritaire qui s'applique aux classes de créanciers<sup>1287</sup>.

En somme, s'il n'y a pas de véritable pouvoir de contrainte sur les créanciers en conciliation, la menace de la constitution de classes de parties affectées peut suffire à convaincre certains créanciers de s'entendre avec leur débiteur. En effet, la marge de manœuvre dont dispose l'administrateur judiciaire dans la constitution de ces classes lui offre des moyens énergiques afin de faire adopter un plan de continuation.

---

<sup>1286</sup> Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 15 septembre 2021, le débiteur peut demander au juge qui a ouvert la conciliation de faire application de l'article 1343-5 du code civil à l'égard d'un créancier qui n'a pas accepté, dans le délai imparti par le conciliateur, la demande faite par ce dernier de suspendre l'exigibilité de la créance. Cette innovation, pérennisant une mesure prise face à la crise sanitaire, offre un levier de négociation (T. Mastrullo, « Entre modernité et prudence : la transposition en droit français de la directive (UE) n° 2019/1023 du 20 juin 2019 sur la restructuration et l'insolvabilité », *Rev. sociétés* 2022, n° 12, p. 391) qui éloigne quelque peu la conciliation de sa nature consensuelle (N. Borga et V. Leloup-Thomas, « Une meilleure prévisibilité et une meilleure protection des droits des créanciers titulaires de sûretés ? », *Gaz. Pal.* 28 juin 2022, n° 437a7, n° 17, p. 22).

De plus, au cours de l'exécution de l'accord, l'article L. 611-10-1 du code de commerce dispose que le débiteur, mis en demeure ou poursuivi par l'un des créanciers appelés à la conciliation dans le but d'obtenir le paiement d'une créance qui n'a pas fait l'objet de l'accord, le juge qui a ouvert la procédure de conciliation peut, à la demande du débiteur et après avoir recueilli, le cas échéant, les observations du mandataire à l'exécution de l'accord, faire application des dispositions de l'article 1343-5 du code civil, en prenant en compte les conditions d'exécution de l'accord. Autrement dit, si les créanciers ne sont pas soumis à une interdiction générale des poursuites, il est néanmoins possible d'imposer individuellement aux créanciers hostiles à la discussion une suspension des poursuites afin de faciliter l'adoption ou l'exécution de l'accord (B. Saintourens, « La prévention et le traitement amiable des difficultés de l'entreprise dans l'ordonnance du 15 septembre 2021 », *Rev. proc. coll.* 2021, dossier 6, n° 12, p. 53).

<sup>1287</sup> F.-X. Lucas, *Manuel de droit de la faillite : prévention, restructuration, liquidation*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2021, n° 322, p. 337.

**331. L'adoption du plan par toutes les classes.** En théorie, l'administrateur ayant une vision précise des parties affectées favorables ou hostiles au plan peut procéder à une répartition au sein des classes aux intérêts suffisamment communs afin de mettre en minorité les parties affectées récalcitrantes. Une difficulté risque néanmoins de surgir en pratique. L'article L. 626-30, IV dispose que l'administrateur judiciaire établit le calcul des voix correspondant aux créances ou aux droits affectés leur permettant d'exprimer un vote. Contrairement à la communauté d'intérêt économique suffisante, qui laisse une place à l'appréciation de la situation concrète des parties affectées, le calcul des voix permettant d'exprimer un vote semble à première vue une opération plus objective. Cependant, les difficultés pour apprécier la valeur d'une créance assortie d'une sûreté risquent de se retrouver au moment de lui attribuer un poids au sein de la classe. L'administrateur doit tenir compte de cette difficulté car l'article R. 626-58-1 ouvre un recours à la partie affectée qui conteste les voix qui l'ont été attribuées et peut conduire à actualiser le droit de vote de la partie affectée. En d'autres termes, il peut être risqué de placer une partie affectée hostile au plan dans une classe afin de la mettre en minorité si le poids de cette partie avoisine le tiers des voix car, en cas de recours réussi, cette dernière peut retrouver une minorité de blocage. L'administrateur peut également espérer faire adopter le plan malgré l'opposition de certaines classes.

**332. L'application forcée interclasse.** Une autre stratégie peut consister à intégrer le risque de refus du plan par certaines classes en anticipant une demande au tribunal d'application forcée de l'accord aux classes dissidentes qui ont voté contre le plan. L'article L. 626-32 impose alors que le plan ait été adopté par une majorité de classes dont au moins une classe « dans la monnaie », c'est-à-dire une classe qui recevrait vraisemblablement un paiement en cas d'issue liquidative. Cette application forcée interclasse, traduction du mécanisme de *cross-class cram-down* introduit en droit français par l'ordonnance du 15 septembre 2021, montre à quel point l'administrateur doit faire preuve d'habileté dans la constitution des classes afin de parvenir à ce résultat<sup>1288</sup>. Il reste à déterminer les limites qui seront établies si les administrateurs judiciaires reprennent à leur compte la pratique étatsunienne du *gerrymandering* consistant à procéder à un découpage à la limite de l'artificialité<sup>1289</sup>.

De plus, cette stratégie peut s'avérer difficile à mettre en œuvre en raison de l'application de la règle de la priorité absolue. Le tribunal peut certes déroger à cette règle afin d'atteindre les objectifs du plan et si le plan ne porte pas une atteinte excessive aux droits ou

<sup>1288</sup> F.-X. Lucas, art. préc., n° 12, p. 56.

<sup>1289</sup> *Ibid.* ; O. Debeine et E. Rosier, « La règle de priorité absolue, catalyseur des négociations », *Rev. proc. coll.* 2022, étude 3.

intérêts de parties affectées, critère qui semble pour le moins « *compréhensif* »<sup>1290</sup>. Par conséquent, ne pas tenir compte de la règle de la priorité absolue lors de l'établissement du plan peut constituer une stratégie de la part de l'administrateur qui ne commettrait donc pas nécessairement une faute. En revanche, l'administrateur devrait être en mesure d'expliquer, le cas échéant, pourquoi il s'est écarté, à défaut de quoi il serait envisageable de lui reprocher un manque de prudence. Au regard des incertitudes de la manœuvre, il demeure que l'administrateur a intérêt à privilégier, dans la mesure du possible, l'adoption du plan par chaque classe<sup>1291</sup>. En effet, la portée de la règle de la priorité absolue doit être encore clarifiée. Lorsqu'il construit le projet de plan qu'il va soumettre aux classes, l'administrateur doit, par exemple, savoir si la règle de la priorité absolue interdit tout paiement à un junior avant le désintéressement complet du créancier sénior ou si le junior peut commencer à être payé dès le début de l'exécution du plan pourvu que le paiement intégral du créancier sénior soit assuré<sup>1292</sup>.

Enfin, en cas d'application forcée interclasse, les intérêts des détenteurs de capital font l'objet d'une protection spécifique. Toutefois, il devrait être possible, lorsque la situation le permet, de contourner la difficulté tenant au maintien du droit préférentiel de souscription en procédant à une augmentation du capital, non pas en numéraire, mais en réalisant un apport en nature d'une créance afin de la transformer en titres de capital, bien qu'il faille alors souligner la complexité de l'opération soumise à un formalisme plus important<sup>1293</sup>.

**333. La réunion facultative des classes.** Lorsque les seuils rendant la constitution des classes obligatoire ne sont pas atteints, les créanciers sont en principe consultés individuellement. Face à un créancier récalcitrant qui bloque l'élaboration d'un projet de plan convaincant, la réunion des classes peut s'avérer particulièrement utile afin de faire adopter le plan. À cet égard, les articles L. 626-29 et L. 631-1 du code de commerce prévoient la possibilité pour le débiteur, et l'administrateur en redressement, de demander au juge-commissaire qu'il soit fait application de la procédure de réunion de classes de parties affectées lorsque les seuils rendant cette procédure obligatoire ne sont pas atteints. Sur ce point, l'article R. 626-54 dispose que la décision du juge-commissaire est une mesure d'administration judiciaire. Cette qualification est assez discutable. En effet, elle modifie assurément la situation

<sup>1290</sup> C. Favre-Rochex, « Une nouvelle réforme du livre VI du Code de commerce ! », *BJE* sept. 2021, n° 200g9, n° 9, p. 37. Rapp : N. Borga et V. Leloup-Thomas, « Une meilleure prévisibilité et une meilleure protection des droits des créanciers titulaires de sûretés ? », *Gaz. Pal.* 28 juin 2022, n° 437a7, n° 19, p. 22, qui soulignent l'imprévisibilité qui en résulte pour les créanciers.

<sup>1291</sup> D. Robine in F. Abitbol *et al.*, art. préc., n° 39, p. 34 ; R. Dammann et T. Bos, « Le nouveau droit de la restructuration financière : les classes de parties affectées », *D.* 2021, p. 1931.

<sup>1292</sup> F.-X. Lucas, art. préc., n° 13, p. 56.

<sup>1293</sup> *Ibid.*, n° 14, p. 57.



juridique des parties affectées qui peuvent se voir imposer, lors du vote en classe, des concessions bien plus importantes que celles que peut décider le tribunal unilatéralement<sup>1294</sup>. En somme, la demande d'application de la consultation des classes constitue bien un moyen de contrainte afin de favoriser l'adoption d'un plan.

**334. Les leviers de négociation différenciés en sauvegarde et redressement.** S'agissant encore de l'articulation entre la consultation individuelle et la consultation des classes, une différence notable existe selon que le plan est proposé au cours d'une sauvegarde ou d'un redressement. Dans la première hypothèse, en cas d'échec, il n'est plus possible de basculer vers la procédure de la consultation individuelle comme cela était le cas sous l'empire des comités de créanciers. Autrement dit, en cas d'échec, le tribunal ne peut plus imposer des délais de paiement uniformes. Cette évolution a été vivement critiquée en ce qu'elle prive l'administrateur d'un outil de pression efficace et apparaît de ce fait comme un cadeau pour les créanciers récalcitrants<sup>1295</sup>.

Une solution peut consister, en cas d'échec de la consultation, à solliciter la conversion de la procédure en redressement judiciaire comme le prévoit l'article L. 622-10 du code de commerce<sup>1296</sup>. Toutefois, les créanciers retrouvent le droit de proposer des plans concurrents à celui de l'administrateur, comme en dispose l'article L. 631-19, I, ce qui peut constituer un frein à la manœuvre<sup>1297</sup>.

En définitive, l'introduction des classes de parties affectées en droit français offre une marge de manœuvre importante à l'administrateur afin de faire adopter un plan de continuation. Le contrôle opéré par le tribunal sur la consultation des parties affectées par l'administrateur conserve, cependant, une part d'incertitude dont il convient de rendre compte.

<sup>1294</sup> V. déjà à propos des comités de créanciers : F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., 2014, n° 909, p. 396. Pour une proposition de critère de qualification des mesures d'administration judiciaire, v. J. Théron, « Mesure d'administration judiciaire, proposition d'un critère de qualification », *D.* 2010, p. 2246 ; rapp. : M. Degoffe et E. Jeuland, « Les mesures d'administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification », in *Justice et droits fondamentaux. Études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 141.

<sup>1295</sup> M. Menjucq et C. Peugnet, « La "nouvelle" procédure de sauvegarde accélérée », *Rev. proc. coll.* 2021, dossier 7, n° 31, p. 59 ; C. Fort et G. Cesare Giorgini, « Les critères de vote et d'adoption du plan », *JCP E* 2021, 1528, n° 22.

<sup>1296</sup> D'aucuns craignent de ce fait que les débiteurs préfèrent demander même l'ouverture d'un redressement judiciaire plutôt qu'une sauvegarde (F. Pérochon et P. Roussel Galle, « Classes de créanciers et sûretés réelles », *RD bancaire et fin.* 2022, dossier 20, n° 4, p. 104).

<sup>1297</sup> F.-X. Lucas, « Les plans de sauvegarde et de redressement adoptés par les classes de parties affectées », *BJE* janv. 2022, n° 200k9, n° 6, p. 48. D'aucuns suggèrent, sur ce point, que la classe des détenteurs de capital tire avantage des conditions prévues à l'article L. 626-32, I, 5° et s'allie à un investisseur afin de tenter de tenir en échec un plan concurrent (A. Diesbecq et M. Laroche, « Le nouveau rôle des parties prenantes : les détenteurs de capital », *JCP E* 2021, 1530, n° 34).

## § 2 : Les incertitudes tenant au contrôle opéré par le tribunal

**335. Plan.** Décrivant les ambitions des rédacteurs de l'ordonnance du 15 septembre 2021, M. Rossi constate « une “processualisation” du mécanisme de constitution des classes » et précise que « cette “processualisation”, qui ouvre la voie à des recours, ne sera pas sans incidences sur la nature des missions de l'administrateur judiciaire et la façon dont il devra les exercer. »<sup>1298</sup> L'introduction des classes de créanciers s'est effectivement accompagnée de l'ouverture de multiples recours, ce qui a pu être analysé comme un renforcement du rôle du tribunal<sup>1299</sup>. Ainsi, l'article R. 626-58-1 du code de commerce dispose que la qualité de partie affectée et les modalités de répartition en classes et de calcul des voix correspondant aux créances ou droits permettant d'exprimer un vote peuvent être contestées par chaque partie affectée, le débiteur, le mandataire judiciaire et le ministère public mais aussi, de manière assez surprenante, par l'administrateur qui pourrait donc exercer un recours contre sa propre décision<sup>1300</sup>. De même, l'article R. 626-64 du code de commerce ouvre un recours aux parties affectées qui ont voté contre le plan et qui entendent contester le respect de la règle du meilleur intérêt des créanciers<sup>1301</sup>. Le législateur a, toutefois, entendu limiter les manœuvres dilatoires en imposant de brefs délais pour le traitement des contestations, procédant de ce fait à une « accélération de la procédure »<sup>1302</sup>. Pourtant, la multiplication des recours fait également courir le risque d'un engorgement des tribunaux<sup>1303</sup>.

Deux questions méritent d'être étudiées en particulier. D'une part, il convient de s'interroger sur les difficultés relatives à la mise en œuvre du test du meilleur intérêt des créanciers (I) et, d'autre part, sur les conséquences d'une remise en cause de la consultation des parties affectées par l'administrateur (II).

<sup>1298</sup> P. Rossi, « Les ambitions du droit français face aux exigences d'harmonisation européenne et au contexte de crise sanitaire », *JCP E* 2021, 1525, n° 8, p. 20.

<sup>1299</sup> P. Coupeaud, « Le rôle du tribunal et des organes de la procédure confirmé et renforcé ? », *Gaz. Pal.* 28 juin 2022, n° 437b1, p. 45. V. ég. : C. Lebel, « Regard sur le rôle du tribunal dans la réforme du droit des entreprises en difficulté par l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 », *Rev. proc. coll.* 2022, dossier 11.

<sup>1300</sup> B. Ghandour, « L'impact de la réforme sur le droit des entreprises en difficulté : un coup de couteau dans la discipline collective », *Rev. proc. coll.* 2022, dossier 6, n° 5, p. 41.

<sup>1301</sup> Par ailleurs, comme cela a été souligné, il faut relever que le tribunal ne peut pas réexaminer la contestation tenant à la qualité de partie affecté « au moment où il arrête le plan de sauvegarde même si la problématique peut se poser en pratique avec acuité à un stade ultérieur de la procédure lorsque le plan est arrêté grâce au mécanisme de cross-class cram-down. » (R. Dammann et M. Gerrer, « La nouvelle procédure de sauvegarde accélérée : le test du meilleur intérêt des créanciers », *RD bancaire et fin.* 2022, étude 7, n° 23).

<sup>1302</sup> K. Lemerrier et F. Mercier, « Réforme du droit des entreprises en difficulté : publication du décret d'application », *Dalloz actualité* 28 sept. 2021.

<sup>1303</sup> P. Rossi, « Les choix de la réforme », *Rev. proc. coll.* 2022, dossier 3, n° 23, p. 34.

## I. Les difficultés relatives à la mise en œuvre du test du meilleur intérêt des créanciers

**336. L'application de la règle du meilleur intérêt.** Aucun texte n'interdit à l'administrateur de proposer à des parties affectées un projet de plan qui les place dans une situation plus défavorable que la situation qui serait la sienne dans une procédure liquidative. Cependant, si cette partie vote contre le plan, ce dernier ne peut être arrêté par le tribunal. Autrement dit, l'administrateur doit être particulièrement attentif au respect de la règle du meilleur intérêt. Encore faut-il s'interroger sur la mise en œuvre de cette règle.

*A priori*, la vérification de cette règle semble plutôt objective. Il s'agit d'envisager la situation du créancier s'il est fait application soit de l'ordre de priorité pour la répartition des actifs en liquidation judiciaire ou du prix de cession de l'entreprise en application de l'article L. 642-1, soit d'une meilleure solution alternative si le plan n'était pas validé.

L'appréciation au regard du prix de cession de l'entreprise peut être pourtant redoutablement difficile à établir, ce qui fait craindre de nombreuses contestations à venir<sup>1304</sup>. L'article R. 626-64 du code de commerce dispose que, dans ce cas, le tribunal détermine la valeur de l'entreprise du débiteur, au besoin en ordonnant une expertise<sup>1305</sup>. Si l'indication semble de bon sens, il faut rappeler l'absence de consensus dans les méthodes de valorisation de l'entreprise qui peuvent aboutir à des résultats extrêmement variables<sup>1306</sup>. Par conséquent, il ne semble pas envisageable d'attendre davantage de l'administrateur qu'un minimum de diligence afin de faire évaluer la valeur de l'entreprise par une personne compétente, ce qui soulève la question du rôle de premier plan que vont jouer les experts dans ce contentieux à venir<sup>1307</sup>. Du reste, la référence à l'article L. 642-1 en vue d'établir la valeur de l'entreprise peut surprendre dans la mesure où le prix de cession retenu en pratique est d'autant plus modeste qu'il contribue à sauver des emplois. À s'en tenir à cet état de fait, la plupart des parties prenantes ne seraient pas dans la monnaie, ce qui priverait le critère de toute pertinence.

<sup>1304</sup> A. Martin-Serf et H. Bourbouloux, « Le pouvoir retrouvé des créanciers sur l'issue de la procédure ? », *Gaz. Pal.* 28 juin 2022, n° 36r4, p. 27.

<sup>1305</sup> Certains auteurs relèvent que, au regard du temps nécessaire à une telle expertise, le débiteur ou le créancier opposant auront intérêt à anticiper la difficulté en procédant à une expertise anticipée de la valeur de l'entreprise (F. Pérochon et P. Roussel Galle, « Classes de créanciers et sûretés réelles », *RD bancaire et fin.* 2022, dossier 20, n° 22, p. 107).

<sup>1306</sup> M. Houssin, *op. cit.*, nos 595 et s., pp. 445 et s. Sur les différentes modalités de valorisation de l'entreprise, v. ég. : J.-P. Beauchamp, « La détermination de la valeur de l'entreprise en difficulté », *JCP E* 2021, 1529.

<sup>1307</sup> P. Rossi, « Les choix de la réforme », *Rev. proc. coll.* 2022, dossier 3, n° 23, p. 34.

Le contrôle se référant à l'ordre des distributions semble à première vue plus facile à mettre en œuvre. Au moment de la constitution des classes, l'administrateur devrait envisager une distribution théorique des actifs du débiteur, en suivant l'ordre des distributions de l'article L. 643-8 du code de commerce, afin de déterminer la situation du créancier dans une procédure liquidative. Cependant, afin de remplir sa mission avec diligence, l'administrateur judiciaire ne doit pas ménager ses efforts car la répartition des actifs au cours d'une liquidation est une tâche fort difficile. Or, la réunion des classes intéressant les plus grandes entreprises, procéder à une répartition théorique des actifs exigerait un travail important. En premier lieu, afin d'apprécier la situation des parties affectées en cas de liquidation des actifs, l'administrateur devrait commencer par procéder à un licenciement théorique de tous les salariés afin de déterminer les créances prises en charge par l'AGS. Bien que la réunion des classes concerne des entreprises dont le sauvetage de l'activité et donc le maintien des emplois attachés soient envisagés, l'administrateur devrait calculer théoriquement le coût de licenciement de tous les salariés. Du reste, avant d'apprécier quel créancier est dans la monnaie ou non, l'administrateur devrait également calculer les frais de justice prévisibles qui s'appliqueraient en cas de liquidation judiciaire. L'application de la règle du meilleur intérêt conduit même au risque de se perdre définitivement dans les méandres d'un calcul excessivement théorique. En effet, en toute rigueur, l'administrateur devrait non seulement évaluer chaque actif du débiteur mais, en outre, calculer les frais théoriques de leur réalisation. À procéder à cette distribution théorique, l'administrateur devrait-il ainsi prendre en compte le coût du recours éventuel aux tiers afin de procéder à la vente des actifs ? Une dernière difficulté doit être mentionnée. Comme exposé précédemment, le paiement des créanciers dans la liquidation dépend des conflits qui naissent de la chronologie des opérations<sup>1308</sup>. Comment apprécier si un créancier privilégié est dans la monnaie ou non alors que la réponse à cette question peut dépendre en réalité de la contingence des opérations de liquidation ? En somme, outre la grande capacité d'imagination requise, afin de se conformer scrupuleusement à la règle du meilleur intérêt, l'administrateur devrait, en théorie, tout bonnement procéder à la liquidation théorique d'une grande entreprise. Il y a fort à parier que, en pratique, les tribunaux se contenteront de vérifier le fait que le créancier qui conteste apparaisse vraisemblablement en dehors de la monnaie. Il n'en demeure pas moins que, au regard de la rédaction du texte, les créanciers peuvent trouver matière à nourrir le contentieux<sup>1309</sup>.

<sup>1308</sup> A. Revel Pedemons, *Le conflit né de la chronologie des opérations de liquidation des actifs isolés*, préf. P. Cagnoli, LGDJ, 2021 et *supra* n<sup>os</sup> 302.

<sup>1309</sup> En ce sens : C. Favre-Rochex, « Une nouvelle réforme du livre VI du Code de commerce ! », *BJE* sept. 2021, n<sup>o</sup> 200g9, n<sup>o</sup> 8, p. 37.

L'article L. 626-31 du code de commerce dispose, de plus, que le tribunal peut refuser d'arrêter le plan si celui-ci n'offre pas une perspective raisonnable d'éviter la cessation des paiements du débiteur ou de garantir la viabilité de l'entreprise. Cette règle rappelle la possibilité sérieuse d'adopter un plan ou le caractère sérieux de l'offre de reprise<sup>1310</sup>. À l'instar du plan adopté hors classes dont le manque de sérieux peut être sanctionné en dépit du fait que le tribunal l'ait arrêté<sup>1311</sup>, le fait que les classes aient voté le plan ne devrait pas nécessairement effacer la faute éventuelle de l'administrateur.

Enfin, l'application forcée interclasse conduit aussi à appliquer la règle du meilleur intérêt mais en évaluant, en outre, la valeur de l'entreprise si son activité est continuée. La variété des méthodes de calcul ne rend pas la tâche plus aisée que pour l'évaluation de la valeur liquidative de l'entreprise<sup>1312</sup>.

En définitive, l'application du test du meilleur intérêt des créanciers soulève de nombreuses difficultés tenant au contrôle que le tribunal peut être amené à faire de la valorisation de l'entreprise par l'administrateur. Il reste alors à envisager, plus globalement, les conséquences d'une remise en cause de la consultation des parties affectées.

## II. Les conséquences d'une remise en cause par le tribunal de la consultation des parties affectées

**337. La possibilité de parer à l'avance le rejet du plan par le tribunal.** Si l'administrateur ne respecte les différentes conditions relatives à la consultation des classes, le tribunal peut rejeter le plan voté par les classes de parties affectées. Pourtant, appliquer mécaniquement cette règle conduirait à des solutions inopportunes lorsque les conséquences de l'erreur semblent peu importantes. Afin d'apprécier l'éventuelle marge de manœuvre du tribunal confronté à cette situation, il convient de distinguer selon que l'erreur de l'administrateur fausse la consultation des classes sur le plan ou non.

La consultation ne serait pas faussée si le tribunal jugeait, par exemple, que des concessions excessives ont été imposées à une classe. En effet, le traitement réservé à cette classe ne remet pas nécessairement en cause le vote des autres classes. Selon les cas, le

<sup>1310</sup> En ce sens : P. Roussel Galle et C. Fort, « L'élaboration et l'arrêté du plan de continuation avec ou sans classes », *Rev. proc. coll.* 2021, dossier 9, n° 17, p. 68.

<sup>1311</sup> V. *supra* n° 280.

<sup>1312</sup> M. Houssin, *op. cit.*, n°s 595 et s., pp. 445 et s.

redressement du tort causé à la classe excessivement maltraitée peut être envisagé sans bouleverser l'équilibre du plan. Mais le tribunal peut-il corriger de lui-même la situation en modifiant le plan voté par les créanciers ? À s'en tenir aux principes de la procédure civile, en particulier au principe dispositif, une telle solution, aussi souhaitable qu'elle paraisse, devrait être exclue. À défaut, il faudrait acter que l'office du tribunal s'émancipe totalement des principes de l'instance. En vérité, la difficulté pourra être écartée si les administrateurs suivent les pratiques étrangères consistant à introduire une clause par laquelle le plan soumis au vote stipule que, dans l'hypothèse où le tribunal approuverait une contestation d'une partie affectée sur ce point, les sacrifices imposés aux parties affectées seraient revus à la baisse<sup>1313</sup>.

À l'inverse, le plan ne peut pas être rectifié si l'administrateur commet une erreur qui fausse irrémédiablement la consultation des créanciers. Il en irait ainsi si les règles strictes de répartition des classes n'étaient pas respectées ou que des parties non affectées par le plan ont pris part au vote en faussant le résultat. Une fois le plan rejeté, est-il possible de procéder à une nouvelle consultation<sup>1314</sup> ? En sauvegarde, les articles L. 626-29 et suivants ne donnent aucune indication sur la question. En application du principe libéral selon lequel ce qui n'est pas expressément interdit est autorisé conduit à admettre une seconde consultation. En revanche, en redressement, l'article L. 631-19 dispose que, en l'absence d'adoption d'un projet de plan conformément à la consultation des classes, les dispositions relatives à cette consultation ne sont plus applicables et les modalités de consultation redeviennent individuelles. La possibilité de procéder à une seconde consultation dépend alors de l'interprétation retenue de l'expression « *en l'absence d'adoption d'un projet de plan* ». Une interprétation stricte conduit à imposer automatiquement un retour aux consultations individuelles dès lors que le tribunal a rejeté un plan en application des articles L. 626-31 ou L. 626-32 visés par L. 631-19. Une lecture plus souple voudrait que le retour aux consultations individuelles s'impose seulement s'il apparaît au tribunal qu'aucune adoption d'un plan par un vote des classes ne semble possible. Il convient, par ailleurs, de s'interroger sur les conséquences du contrôle du tribunal sur une éventuelle action en responsabilité intentée contre l'administrateur judiciaire.

---

<sup>1313</sup> R. Dammann et T. Bos, « Le nouveau droit de la restructuration financière : les classes de parties affectées », *D.* 2021, p. 1931.

<sup>1314</sup> Du reste, aucune réponse n'est apportée à la situation dans laquelle un plan est adopté alors que la contestation d'un opposant est par ailleurs accueillie (F. Pérochon et P. Roussel Galle, « Classes de créanciers et sûretés réelles », *RD bancaire et fin.* 2022, dossier 20, n° 34, p. 109).

**338. Les conséquences du contrôle du tribunal sur la responsabilité de l'administrateur.**

Comment appréhender l'engagement de la responsabilité de l'administrateur au regard de l'existence de ces recours ouverts au débiteur ou aux parties affectées ? Il est envisageable qu'une partie affectée estime avoir subi des remises ou délais en violation des règles régissant la consultation des classes. Étant donnée la brièveté des délais accordés afin de former ces recours, la situation dans laquelle la partie affectée aurait laissé par inadvertance s'écouler le délai de contestation ne paraît pas théorique.

Or, l'adoption du plan par les classes fait l'objet d'un contrôle du tribunal qui doit vérifier le respect des règles régissant la constitution des classes. Par conséquent, l'autorité de la décision du tribunal effacerait-elle la responsabilité de l'administrateur ? Comme cela a été évoqué précédemment, l'adoption d'un projet de plan par le tribunal n'exonère pas de sa responsabilité l'administrateur qui n'a pas présenté un projet de plan sérieux ou n'a pas procédé à des vérifications suffisantes sur le profil d'un repreneur<sup>1315</sup>. Il n'est pas cependant pas certain que le problème se pose dans les mêmes termes en cas d'adoption d'un plan par les classes. En effet, dans les décisions relatives à l'arrêté du plan par la juridiction, les fautes des administrateurs avaient induit en erreur les tribunaux sur l'appréciation de la situation de l'entreprise ou le sérieux du candidat à la reprise. En revanche, s'agissant de la composition des classes, il est dans l'ordre des choses que le tribunal vérifie la répartition opérée par l'administrateur. L'administrateur fait un choix qui a vocation à être contrôlé par le tribunal. En contemplation de la tâche qu'il exécute, il ne semble pas qu'il puisse induire en erreur le tribunal.

De ce fait, l'administrateur, éventuellement poursuivi par une partie affectée insatisfaite, pourrait être tenté de se prévaloir de l'autorité de la décision de contrôle du tribunal afin de se dégager de toute responsabilité. Cette fin de non-recevoir prospérerait-elle ? Répondre à cette question conduit à s'interroger sur la portée de l'autorité positive de la chose jugée, ce qui soulève deux difficultés. D'une part, en droit français, le principe même de l'autorité positive de la chose jugée, qui consiste à se prévaloir d'une décision portant sur une demande différente de celle soumise à la juridiction saisie, semble admis avec de grandes réserves<sup>1316</sup>. D'autre part, l'article 1355 du code civil dispose que l'autorité de la chose jugée présuppose une identité de parties. Or, invoquer l'autorité de la chose jugée par le tribunal dans un litige opposant l'administrateur à une partie affectée implique de reconnaître à cette dernière, qui est une partie

---

<sup>1315</sup> V. *supra* n° 280.

<sup>1316</sup> C. Chainais, « L'autorité de la chose jugée en procédure civile : perspectives de droit comparé », *Rev. arb.* 2016/1, p. 3.

affectée au sens du droit des procédures collectives, la qualité de partie, au sens de la procédure civile, lorsque le tribunal examine le plan adopté par les classes. Pourtant, au sens strict, la partie affectée n'est pas partie à la procédure qui aboutit à l'adoption du plan. En somme, l'autorité de la décision du tribunal ne devrait pas empêcher la partie affectée d'engager la responsabilité de l'administrateur. Si le contrôle opéré par le tribunal ne rend pas irrecevable la demande de la partie affectée, la validation de la composition des classes par le tribunal est un élément dont la juridiction qui se prononce sur la faute éventuelle de l'administrateur doit néanmoins tenir compte.

Du reste, dans l'hypothèse où la faute de l'administrateur serait avérée, l'absence d'exercice de recours en amont par la partie affectée exonère-t-elle l'administrateur de sa responsabilité ? Il est également possible d'en douter. Il est certain que l'absence d'exercice des recours dans les délais impartis exclut toute remise en cause de l'adoption du plan. En revanche, il est envisageable qu'une partie affectée cherche ultérieurement à engager la responsabilité de l'administrateur. À l'instar de ce qui a été expliqué à propos des distributions<sup>1317</sup>, l'absence d'exercice des recours pourrait cependant constituer une faute de la victime de l'erreur du mandataire de justice. Ce dernier pourrait donc être exonéré mais pas nécessairement pour l'ensemble du préjudice qu'il a causé.

En définitive, l'objectif de sauvetage de l'activité justifie la marge de manœuvre reconnue à l'administrateur dans la consultation des parties affectées. Toutefois, des incertitudes tenant à l'application du test du meilleur intérêt des créanciers et aux conséquences d'une remise en cause de la consultation par l'administrateur des parties affectées demeurent.

---

<sup>1317</sup> V. *supra* n° 300.



## CONCLUSION DU CHAPITRE 2

**339. La fonction d'organe dans la vérification des créances.** En procédant à la vérification des créances, le mandataire judiciaire facilite le travail du juge. En théorie, les créanciers pourraient adresser directement leur déclaration de créance au tribunal qui en assurerait lui-même la vérification. Une telle organisation serait inutilement pesante. L'hypothèse permet cependant de montrer que le mandataire judiciaire joue essentiellement un rôle d'instruction. À cet égard, il semble contestable que le changement de qualité du mandataire judiciaire, ou le changement de professionnel, soient de nature à remettre en cause l'autorité de la décision d'admission. À l'instar de ce qui a été vu précédemment, si les organes de la procédure ont parfois les attributions d'une partie, cette qualité leur est attribuée de manière fonctionnelle et ne devrait pas entrer en considération sur l'appréciation de l'autorité de la décision d'admission d'une créance.

**340. La fonction d'organe dans la négociation du plan.** L'introduction des classes de parties affectées a par ailleurs offert à l'administrateur une grande marge de liberté afin de faciliter l'adoption du plan de continuation. L'administrateur exerce ici une prérogative destinée à favoriser le sauvetage de l'entreprise. La marge de liberté dont il dispose doit être encore précisée. Toutefois, il paraît certain que l'administrateur reste soumis à un devoir de prudence et de diligence dans la constitution des classes, l'objectif de sauvetage de l'entreprise ne justifiant pas de soumettre aux classes une proposition de plan déraisonnable ou qui s'écarte des règles régissant la consultation des parties affectées réunies en classes.

## CONCLUSION DU TITRE 2

**341. Les fonctions d'organe destinées à assurer la survie de l'entreprise.** Dans de nombreuses autres tâches, les mandataires de justice agissent en vue de réaliser la finalité première des procédures collectives qu'est le sauvetage de l'entreprise. Toutefois, cet objectif ne peut pas être atteint à n'importe quel prix car les perspectives doivent être sérieuses et les intérêts des créanciers ne peuvent pas être totalement ignorés. C'est ce qui explique que les organes de la procédure restent soumis à un devoir de prudence et de diligence lorsqu'ils assistent le tribunal dans la recherche d'une solution aux difficultés du débiteur. De même, la marge de manœuvre dont dispose l'administrateur pour constituer les classes de créanciers et favoriser le sauvetage de l'entreprise ne devrait pas l'exonérer de ces devoirs.

**342. Les fonctions d'organe destinées à assurer le bon déroulement de la procédure.** Du reste, la complexité de la procédure collective conduit à confier diverses tâches aux mandataires de justice afin d'en faciliter le bon déroulement. Lorsqu'ils exécutent ces missions, les mandataires de justice n'agissent dans aucun intérêt particulier. En revanche, il est attendu de leur part qu'ils fassent preuve de prudence et de diligence. Cela apparaît dans l'appréciation de leur responsabilité lorsqu'ils procèdent, par exemple, aux distributions. La complexité de la tâche explique qu'ils puissent commettre des erreurs. Leur position de spécialiste devrait néanmoins conduire à ce qu'ils engagent leur responsabilité lorsqu'ils manquent de prudence ou de diligence. Les mandataires de justice n'agissent pas davantage dans un intérêt particulier lorsqu'ils procèdent à la vérification des créances, si ce n'est celui du bon déroulement de la procédure. À bien des égards, ils semblent jouer un rôle d'instruction plus qu'ils ne défendent une prétention dans un intérêt déterminé. Par conséquent, la position de la Cour de cassation appréciant l'autorité de la décision d'admission d'une créance et l'identité de parties au regard du changement de mandataire de justice paraît critiquable. Enfin, si la finalité première des procédures tend au sauvetage de l'activité, cet objectif ne peut pas être accompli à n'importe quel prix. C'est pourquoi les mandataires de justice restent tenus de solliciter la conversion d'une procédure ou la résolution d'un plan lorsque la situation du débiteur s'est dégradée et, ce, même si ces demandes reviennent à abandonner l'objectif de sauvetage de l'entreprise.

## CONCLUSION DE LA PARTIE 2

### **343. La place de l'intérêt général dans les fonctions des mandataires de justice.**

L'analyse des fonctions des mandataires de justice sous l'angle de la représentation des intérêts du débiteur ou des créanciers a montré ses limites. En revanche, appréhender ces fonctions sous l'angle de la contribution à une mission d'intérêt général permet de restituer une cohérence à l'ensemble de leurs prérogatives. Depuis la loi du 25 janvier 1985, la finalité première des procédures collectives est le sauvetage de l'activité compris comme un objectif d'intérêt général. Toutes les attributions des mandataires de justice peuvent être relues au prisme de cet objectif. Lorsqu'ils exercent les droits des créanciers ou du débiteur, les mandataires de justice permettent la protection du patrimoine du débiteur. Or, cette tâche est indispensable au sauvetage de l'activité. Savoir à qui profite, *in fine*, la conservation du patrimoine est indifférent à l'analyse de leur fonction. Aussi longtemps que l'entreprise peut être sauvée, c'est dans cet objectif que les droits du débiteur et des créanciers sont exercés par les mandataires de justice. Par ailleurs, certaines de leurs actions tendent moins à assurer la sauvegarde de l'activité qu'à l'exercice d'une forme de police de la vie des affaires. Il en va ainsi, singulièrement, des actions spécifiques aux procédures collectives. Ces fonctions, souvent partagées avec le ministère public, relèvent aussi naturellement d'une mission d'intérêt général qui s'éloigne de la défense des intérêts en présence.

Outre les actions en justice classiques dont disposent les mandataires de justice, ces derniers sont appelés à jouer un rôle d'organe de la procédure en assistant le tribunal dans la conduite de la procédure. Certaines de ces fonctions s'inscrivent toujours dans l'objectif de sauvetage de l'activité alors que d'autres contribuent plutôt au bon déroulement de la procédure. Dans les deux hypothèses, il est attendu de la part des mandataires de justice qu'ils fassent preuve de prudence et de diligence. En somme, le sauvetage de l'entreprise ne peut se faire à n'importe quelles conditions, ce dont les mandataires de justice doivent tenir compte.

C'est au regard de cette analyse au spectre de la défense de l'intérêt général qu'il convient désormais de s'intéresser au statut spécifique de ces auxiliaires de justice.



## PARTIE 3 : LE STATUT DES MANDATAIRES DE JUSTICE

**344. L'exercice d'une profession réglementée**<sup>1318</sup>. La profession de mandataire de justice ne peut être exercée que par des personnes inscrites sur des listes, établies par une commission nationale établie à cet effet, et soumises à des règles spécifiques. En ce sens, les mandataires de justice appartiennent assurément à une profession réglementée. Dans son rapport *sur la concurrence dans le secteur des professions libérales*, la Commission européenne énumère plusieurs raisons qui peuvent justifier la réglementation des professions libérales : l'asymétrie d'information qui existe entre le professionnel et le client, les incidences sur les tiers de l'exécution de la prestation et le fait que le service rendu puisse être considéré comme un bien public présentant une valeur pour la société<sup>1319</sup>. Elle admet que l'accès à ces professions soit alors encadré à condition que ces règles ne conduisent pas à un verrouillage desdites professions<sup>1320</sup>. Dans son avis concernant les professions réglementées juridiques, l'Autorité de la concurrence souligne de même que la bonne administration de la justice peut être considérée comme un bien public au sens qu'en donne la Commission européenne<sup>1321</sup>. Le contrôle de l'accès comme de l'exercice de certaines professions juridiques est ainsi légitimé par la nécessité d'assurer une bonne administration de la justice, à condition qu'elle n'emporte pas une protection injustifiée des professionnels des effets de la concurrence. Sur ce point, le statut des mandataires de justice pose des questions spécifiques en raison de la réglementation singulière de cette profession.

**345. L'adéquation du statut des mandataires de justice à la finalité de leur mission.** La profession de mandataires de justice se distingue par l'absence de clientèle, les mandats étant distribués par le juge et non par des clients. Les mandataires de justice sont, en outre, soumis à de strictes incompatibilités qui limitent drastiquement leur faculté de tirer des revenus de l'exercice parallèle d'une autre activité. Ces deux traits particuliers du statut émancipent la profession de mandataire de justice de la logique ordinaire du marché. Ils constituent un remarquable atout afin d'assurer l'indépendance de professionnels dont la mission participe

---

<sup>1318</sup> Il existe deux professions, celle de mandataire judiciaire et celle d'administrateur judiciaire. Toutefois, au regard de la proximité des statuts et l'existence d'organes communs, il sera fait référence à « une » profession de mandataire de justice par commodité de langage. Les rares spécificités de chacune des professions seront précisées le cas échéant.

<sup>1319</sup> Rapport de la Commission européenne du 17 février 2004 *sur la concurrence dans le secteur des professions libérales*, p. 3.

<sup>1320</sup> *Ibid.*

<sup>1321</sup> Aut. conc., avis n° 15-A-02 du 9 janvier 2015 *relatif aux questions de concurrence concernant certaines professions juridiques réglementées*, n° 7, p. 9.

davantage de la défense de l'intérêt général que de celle des personnes affectées par la procédure. En effet, lorsqu'ils vérifient une créance, préparent la cession d'une entreprise, sollicitent une extension ou une conversion de la procédure, voire la résolution d'un plan, les mandataires de justice doivent être à l'abri de toute pression des créanciers ou du débiteur. Le statut des mandataires de justice favorise ainsi l'exercice d'une mission d'intérêt général.

**346. Les inconvénients du statut des mandataires de justice.** Ces éléments du statut présentent néanmoins l'inconvénient de faire échapper les mandataires de justice à la logique concurrentielle à laquelle les autres professions réglementées sont soumises. Or, l'émulation entre professionnels présente un effet positif lorsqu'elle les encourage à se démarquer par leur mérite et tend, dans une certaine mesure, à l'éviction des professionnels les moins compétents. De plus, l'absence de clientèle pose la délicate question des conditions de l'équilibre économique de cette profession singulière. D'un côté, l'équité semble commander de garantir un volume d'activité à des professionnels qui sont soumis à de strictes incompatibilités. D'un autre côté, l'origine judiciaire de la distribution des mandats ne peut justifier de leur accorder une rente de position.

**347. Plan de la partie.** La question des incompatibilités d'exercice peut apparaître comme la pierre angulaire de l'équilibre économique de l'exercice de la profession. L'application rigoureuse de cette règle favorise l'indépendance des mandataires de justice, et donc l'accomplissement de leur mission d'intérêt général, mais contraint à brider la concurrence entre eux afin de rendre possible l'exercice de la profession. Cette difficulté serait dissipée si les incompatibilités d'exercice étaient levées, mais au risque d'affaiblir l'indépendance des mandataires de justice vis-à-vis des intérêts en présence. Si les incompatibilités d'exercice demeurent aujourd'hui, la loi du 6 août 2015 s'inscrit assurément dans le sens d'une plus forte stimulation de la concurrence entre mandataires de justice. En cherchant à augmenter le nombre de professionnels et à favoriser l'interprofessionnalité des professions du droit et du chiffre, cette réforme invite à s'interroger sur l'avenir de la réglementation de cette profession et de son modèle économique (Titre 1). L'équilibre économique de l'exercice de la profession dépend également des règles régissant la distribution des mandats qui doit aussi tenir compte de l'absence de clientèle des mandataires de justice (Titre 2).

## **TITRE 1 : LA RÉGLEMENTATION DE LA PROFESSION DE MANDATAIRE DE JUSTICE**

**348. Plan du titre.** Parmi les professions juridiques réglementées, celle de mandataire de justice occupe une place singulière. Contrairement aux autres professions juridiques, les mandataires de justice n'ont pas de clientèle et sont soumis à de strictes incompatibilités d'exercice. De plus, l'autorité publique exerce sur elle un contrôle d'une intensité supérieure à celui auquel les autres auxiliaires de justice sont soumis. Ces caractéristiques favorisent l'exécution de la mission des mandataires de justice. En effet, l'absence de clientèle et les incompatibilités d'exercice sont des facteurs qui contribuent à assurer l'indépendance de professionnels qui poursuivent une mission qui tend davantage à la défense de l'intérêt général que des personnes affectées par la procédure. De même, la finalité d'intérêt général de leur mission peut expliquer le contrôle singulier de l'autorité publique sur l'organisation de la profession. Pourtant, sous l'empire du décret du 20 mai 1995, qui a officiellement organisé la profession, les syndics de faillite étaient soumis à un régime similaire aux autres auxiliaires de justice en application duquel l'autorité publique joue un rôle plus en retrait. À cet égard, le passage d'une profession réglementée, exercée dans l'intérêt des créanciers, à une profession poursuivant une mission d'intérêt général et soumise à un contrôle étatique significatif suit une trajectoire qui peut sembler surprenante.

L'étude de la construction historique de la profession de mandataire de justice révèle les conditions qui ont permis cette évolution originale. La désignation judiciaire et les incompatibilités d'exercice sont des traits qui ont été acquis tôt dans l'Histoire de cette profession. En outre, à rebours de l'auto-organisation originelle des autres professions juridiques réglementées, l'organisation de la profession de syndic a été façonnée par les juridictions consulaires elles-mêmes, avant d'être consacrée par le législateur (Chapitre 1). Toutes ces spécificités ont rendu possible la mutation vers une profession singulière, qui concourt à une mission d'intérêt général sous le contrôle étroit de l'autorité publique. Toutefois, la pérennité du modèle doit être interrogée à la suite de la réforme du 6 août 2015 qui tend à accroître la concurrence entre les professionnels et qui remet en cause les conditions de leur indépendance telle qu'elle a été construite historiquement (Chapitre 2).





## CHAPITRE 1 : LA CONSTRUCTION HISTORIQUE D'UNE PROFESSION D'AUXILIAIRE DE JUSTICE

**349. La dynamique historique de l'organisation des professions libérales selon René Savatier.** René Savatier a proposé une analyse de l'origine et du développement du droit des professions libérales<sup>1322</sup>. Selon l'auteur, « *L'origine, la conception, et l'avenir des professions libérales se rattachent d'abord à un donné psychologique, point de départ nécessaire pour comprendre le droit de ces professions. Sur ce point de départ, s'est développée une construction sociologique, antérieure même à la formation consciente d'un droit positif. Une telle construction a fourni les éléments des liens unissant les membres des professions libérales à leur clientèle, ainsi que les liens qui se forment entre les membres d'une même profession libérale. Puis, comme il est de règle de toute construction sociologique assise, elle s'est ouvert des issues vers une organisation juridique. Ainsi, s'est constitué ce qu'on pourrait appeler le droit classique des professions libérales.* »<sup>1323</sup> Le donné psychologique auquel Savatier se réfère est la confiance que la personne porte au professionnel libéral dont il sollicite les services<sup>1324</sup>.

Selon lui, en raison de la confiance que les profanes leur accordent, les professionnels libéraux ont développé un sentiment d'appartenance à une forme d'aristocratie<sup>1325</sup>. Le souci de maintenir leur prestige et la confiance qu'ils inspirent les a amenés à développer des rites et solennités<sup>1326</sup>. Surtout, ce sentiment d'appartenance à un groupe particulier a conduit les professions libérales à se doter d'une autodiscipline corporative. Autrement dit, « *Spontanément l'institution crée une discipline interne dont elle exige l'observation chez tous ses membres* »<sup>1327</sup>. Savatier identifie ici l'origine du droit disciplinaire qui constitue un droit interne à la profession, destiné à préserver la confiance que doivent inspirer ses membres. Il souligne néanmoins que cette discipline interne peut aussi dégénérer en une défense injustifiée

---

<sup>1322</sup> R. Savatier, « L'origine et le développement du Droit des professions libérales », *APD* 1953-1954, p. 45.

<sup>1323</sup> *Ibid.*, p. 46.

<sup>1324</sup> Confiance, dans les sociétés primitives, du profane en l'initié, qu'il s'agisse du médecin initié au mystère de la guérison ou du juriste dont la fonction, dans les sociétés archaïques, était confondue avec celle du prêtre (*ibid.*, p. 47). Puis, le recul du mysticisme se faisant, aux rapports du profane à l'initié se sont substitués les rapports d'un être humain envers son conseiller intime. Dans ce nouveau rapport demeurait une part de sacré, le juriste ou le médecin révérent et défendant le secret qui leur est confié. La confiance qui leur était accordée les faisait ainsi accéder à la position d'un confident (*ibid.*, p. 48). Dans un dernier mouvement, correspondant au développement de la technique et de la science, s'est imposé le rapport entre un ignorant et un sachant, les connaissances acquises par le second justifiant la confiance que le premier porte au professionnel (*ibid.*, p. 49).

<sup>1325</sup> *Ibid.*, p. 51.

<sup>1326</sup> *Ibid.*, p. 52.

<sup>1327</sup> *Ibid.*, p. 53.

d'un monopole<sup>1328</sup>. Toutefois, selon l'auteur, lorsque le caractère désintéressé de l'exercice de la profession libérale s'est effacé, en raison de la patrimonialisation de ces professions, la nécessité d'un contrôle étatique de cette discipline corporative s'est imposée<sup>1329</sup>. Savatier constate que les professions libérales reposant sur des charges ministérielles vénales ont ainsi été les premières à faire l'objet d'une organisation juridique étatique<sup>1330</sup>.

En somme, « *Le droit disciplinaire apparu ainsi à l'intérieur de l'institution professionnelle était, avant l'intervention des pouvoirs publics, le développement juridique d'une morale d'honneur et de solidarité. Morale débordant inévitablement sur les problèmes d'argent à partir de la patrimonialisation de la profession libérale. Mais sur la base de cette morale d'honneur et de solidarité, la profession avait déjà construit un véritable droit positif, par l'établissement des peines disciplinaires qui en constituent, chez elle, la sanction.* »<sup>1331</sup> Progressivement, les professions libérales ont alors été intégrées au droit public du fait des tâches d'intérêt général qu'elles comportaient, au droit pénal au regard des incriminations particulières dont elles faisaient l'objet et, enfin, au droit civil avec les considérations tenant à leur responsabilité civile, au droit des contrats et parfois à la propriété<sup>1332</sup>.

**350. Plan du chapitre.** La structuration de la profession de mandataire de justice a suivi une dynamique différente de celle décrite par Savatier<sup>1333</sup>. Contrairement aux autres professions, la profession de mandataire de justice a été construite très tôt comme une profession sans clientèle en raison de leur désignation judiciaire et des incompatibilités d'exercice auxquelles ils ont été soumis. En outre, la première réglementation de la profession de syndic a été l'œuvre des tribunaux de commerce. À cet égard, les mandataires de justice apparaissaient surtout comme des auxiliaires au service d'une juridiction en particulier (Section 1). En créant un véritable statut, le décret du 20 mai 1955 a consacré juridiquement l'existence de la profession. Il l'a rapprochée des autres auxiliaires au service de la justice, appréhendée de manière plus institutionnelle, tout en conservant les traits caractéristiques tenant à l'absence de clientèle et aux incompatibilités d'exercice (Section 2).

---

<sup>1328</sup> *Ibid.*, p. 54.

<sup>1329</sup> *Ibid.*, p. 56.

<sup>1330</sup> *Ibid.*, p. 57.

<sup>1331</sup> *Ibid.*, p. 58.

<sup>1332</sup> *Ibid.*, pp. 59 et s.

<sup>1333</sup> *Contra* : B. Soinne, *Les mandataires de justice*, Litec, 2003, n° 3, p. 3 qui, en s'appuyant également sur le travail de Savatier, soutient que la trajectoire suivie par les mandataires de justice ne se distingue pas des autres professions libérales.

## SECTION 1 : L'ÉMERGENCE DE LA PROFESSION DE SYNDIC AUPRÈS DES TRIBUNAUX DE COMMERCE

**351. Le refus originaire de la professionnalisation de la fonction de syndic.** La législation napoléonienne empêchait toute constitution d'une profession de syndic. En effet, l'article 456 du code de commerce de 1807 interdisait d'être nommé agent, qui était la personne chargée de la gestion provisoire de la faillite avant la désignation d'un syndic<sup>1334</sup>, plus de deux fois dans l'année, à moins d'avoir la qualité de créancier. Dans cette dernière hypothèse, les agents désignés par le tribunal parmi les créanciers n'étaient pas rémunérés<sup>1335</sup>. Le syndic provisoire, qui succédait à l'agent, était encore choisi par le tribunal mais à partir d'une liste établie par les créanciers<sup>1336</sup>. Enfin, le syndic définitif était directement choisi par les créanciers<sup>1337</sup>. La limitation du nombre de désignations ne s'appliquait pas aux syndics et le code de commerce restait muet quant à leur rémunération. Il semble toutefois que, dans cette hypothèse aussi, seuls les syndics qui n'étaient pas choisis parmi les créanciers recevaient une rémunération<sup>1338</sup>, encore que Renouard fût état sur cette question de pratiques diverses selon les usages<sup>1339</sup>. Avec ce système, les rédacteurs du code avaient ainsi cherché à empêcher que l'exercice de la fonction de syndic ne devînt une profession<sup>1340</sup>.

**352. La levée des obstacles à la naissance d'une profession dans la loi du 28 mai 1838.** Le système a été unanimement contesté en raison des mauvais résultats qu'il produisit<sup>1341</sup>. La loi du 28 mai 1838 a donc réformé les conditions de désignation des syndics. Le nouvel article 462 du code de commerce disposait que le tribunal nommait les syndics après une simple consultation des créanciers et précisait qu'ils pouvaient recevoir une indemnité, quelle que soit leur qualité, après avoir rendu compte de leur gestion. Autrement dit, en libéralisant les conditions de désignation des syndics, la loi du 28 mai 1838 a levé les obstacles à la formation d'une profession.

<sup>1334</sup> C. com., art. 459, en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 1808.

<sup>1335</sup> C. com., art. 485, en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 1808.

<sup>1336</sup> C. com., art. 480, en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 1808. Les rédacteurs du code précisant qu'il leur été apparu que « *cette disposition était la seule qui pût concilier le droit et l'intérêt des créanciers la certitude d'un bon choix* » (Exposé des motifs du Code de commerce de 1807, présenté au corps législatif, Librairie de l'Imprimerie Impériale, Paris, 1807, p. 44).

<sup>1337</sup> C. com., art. 527, en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 1808.

<sup>1338</sup> J. Percerou, avec la collab. de M. Desserteaux, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, t. 2, Rousseau et C<sup>ie</sup>, 2<sup>e</sup> éd., 1937, n<sup>o</sup> 1086 bis, p. 517.

<sup>1339</sup> A.-C. Renouard, *Traité des faillites et banqueroutes*, t. 1, Guillaumin, 3<sup>e</sup> éd., 1857, p. 457.

<sup>1340</sup> J. Percerou, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 1086 bis, p. 517 ; C. Lyon-Caen et L. Renault, *Traité de droit commercial. Des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires*, t. VII, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 1914, n<sup>o</sup> 433, p. 478.

<sup>1341</sup> *Ibid.*

**353. Plan de la section.** La nécessité de surveiller et de contrôler les personnes régulièrement désignées en qualité de syndic a amené certains tribunaux de commerce à poser les prémisses de la réglementation d'une profession de syndic (§ 1). Afin d'asseoir le contrôle et la surveillance des syndics désignés à titre habituel, ces juridictions consulaires ont ensuite proposé une organisation structurelle de la profession sous forme de compagnies constituées auprès d'elles (§ 2).

§ 1 : Les prémisses de la réglementation de la profession de syndic

**354. Les raisons du refus originare de la professionnalisation de la fonction de syndic.**

Les intentions du législateur étaient clairement énoncées dans les motifs du code de commerce de 1807 : « *Après la nomination des syndics provisoires, les agens cessent leurs fonctions, et ces agens ne reçoivent d'indemnités, que s'ils ne sont pas créanciers ; c'est presque donner la certitude que les agens seront toujours pris par le tribunal parmi les créanciers, hors les cas très rares où le tribunal aurait eu de justes motifs de suspecter les titres des premiers créanciers qui se seraient fait connaître au moment de la faillite.* »<sup>1342</sup> En d'autres termes, les rédacteurs du code de 1807 souhaitaient que les créanciers se chargent eux-mêmes de la procédure ouverte à l'encontre de leur débiteur. Ce choix apparaît conforme à la vision que le législateur se faisait du rôle des juridictions consulaires. Solus et Perrot soulignaient ainsi que « *Si, pendant longtemps, le législateur s'est abstenu de régler l'existence et le ministère d'auxiliaire de la justice devant les juridictions d'exception à l'effet d'y assister et représenter les plaideurs, c'est qu'il entendait, que devant ces juridictions, la justice fût non seulement simple et peu coûteuse, mais aussi et surtout qu'elle fût conciliatrice.* »<sup>1343</sup>

C'est bien le souci de maîtriser les coûts de la procédure qui a justifié de favoriser la désignation des agents et syndics parmi les créanciers. De plus, avant de prononcer l'union des créanciers et de liquider les biens du débiteur, la conclusion d'un concordat entre le débiteur et ses créanciers était recherchée. Un objectif de conciliation innervait donc cette première phase de la procédure collective. Le refus d'instituer une profession de syndic professionnel pouvait être alors perçu comme une manière de favoriser la conclusion d'un accord directement trouvé

<sup>1342</sup> Exposé des motifs du Code de commerce de 1807, présenté au corps législatif, Librairie de l'Imprimerie Impériale, Paris, 1807, p. 44.

<sup>1343</sup> H. Solus et R. Perrot, *Droit judiciaire privé, Introduction, Notions fondamentales, Organisation judiciaire*, t. I, Sirey, 1961, n° 1142, p. 925. Les auteurs formulaient cette remarque à propos des litiges portés notamment devant le tribunal de commerce, expliquant de ce fait les règles applicables à l'ancienne profession d'agréé auprès des tribunaux de commerce. Toutefois, la logique à l'œuvre était également conforme à la vision que le législateur se faisait du droit des procédures collectives en 1807.

entre le débiteur et ses créanciers. En effet, dans la vision du législateur de cette époque, « *la présence d'hommes de loi, représentant ou assistant les parties, contribuerait à entretenir l'esprit de chicane et ferait obstacle à la conclusion d'arrangements amiables* »<sup>1344</sup>.

**355. Les critiques contre le système de 1807.** Les inconvénients de ce système étaient manifestes car les personnes ainsi désignées syndics n'avaient que rarement les compétences requises pour exercer la fonction de syndic. Percerou soulignait, à ce propos, que « *Toute peine mérite salaire, et c'est une utopie de croire que l'on peut avoir de bons syndics sans les rémunérer. Cette fonction est d'ailleurs fort difficile. Pour la remplir, il ne suffit pas d'avoir de la bonne volonté ; il faut l'habitude des affaires, des connaissances techniques et un apprentissage sérieux ; toutes choses dont les créanciers sont très généralement dépourvus* »<sup>1345</sup>.

**356. La naissance d'une profession favorisée par la loi de 1838.** La nécessité de confier la mission de syndics à des personnes capables d'exercer la fonction s'est imposée et la loi du 28 mai 1838 a levé l'interdiction d'être désigné plus de deux fois agent dans l'année pour les personnes n'ayant pas la qualité de créancier.

Le paiement des créances restant la finalité des procédures de faillite au XIX<sup>e</sup> siècle, il aurait été pourtant naturel de laisser aux créanciers le soin de désigner leur syndic sur la liste établie par le tribunal comme les parties le faisaient pour les agréés. Toutefois, la loi du 28 mai 1838 a confié aux tribunaux le soin de désigner eux-mêmes les syndics. Ce choix était une réponse apportée au fait que, les créanciers se désintéressant le plus souvent de l'élection du syndic, ce dernier agissait souvent dans l'intérêt de quelques créanciers ou du débiteur au détriment de l'intérêt de l'ensemble des créanciers<sup>1346</sup>.

En d'autres termes, déléguer aux tribunaux la désignation du syndic apparaissait d'abord comme un moyen de faire respecter la finalité du droit des faillites. Cependant, en procédant ainsi, le législateur a, dès la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, favorisé l'émergence d'une profession d'auxiliaires de justice au service des créanciers, certes, mais des tribunaux également. La profession de syndic se serait, peut-être, structurée en suivant des règles plus proches de celles régissant les autres auxiliaires de justice si le système d'élection par les

<sup>1344</sup> H. Solus et R. Perrot, *op. cit.*, n° 1142, p. 925.

<sup>1345</sup> J. Percerou, *op. cit.*, n° 1086 bis, p. 517.

<sup>1346</sup> B. Soinne, *Les mandataires de justice*, Litec, 2003, n° 2, p. 2.

créanciers ne s'était pas montré aussi défaillant. À l'image des autres professions réglementées juridiques, une profession s'astreignant à une autodiscipline aurait donc pu émerger.

En s'abstenant de réglementer l'exercice de cette fonction, le législateur a conduit les tribunaux de commerce à fixer eux-mêmes des règles à cette fin. L'exercice de cette fonction suivait ainsi un régime différent de celui qui s'appliquait à d'autres professions juridiques comme les notaires, les huissiers, les commissaires-priseurs ou les avoués. Ces officiers ministériels faisaient déjà l'objet d'une réglementation légale sous l'Ancien Régime qui a été abolie puis restaurée au cours de la Révolution, à l'exception des huissiers dont le statut avait été maintenu<sup>1347</sup>. La proposition de création d'une classe d'officiers publics pour l'administration des biens des faillites avait d'ailleurs été discutée lors des travaux de la loi du 28 mai 1838. Le rapporteur Quesnault craignait néanmoins que la quantité limitée d'affaires dans de nombreuses places de commerce ne suffise à occuper de tels officiers et la proposition avait, de ce fait, été rejetée<sup>1348</sup>.

**357. L'apparition des listes de syndics créant un monopole de fait.** En l'absence d'une profession officiellement constituée, les tribunaux de commerce ont dressé des listes de personnes susceptibles d'être désignées en qualité de syndic. La première liste a été établie en 1843 par le tribunal de commerce de la Seine. Elle avait pour finalité de limiter le nombre de syndics et d'assurer une surveillance effective de ces derniers par les juges-commissaires<sup>1349</sup>. À cette fin, les tribunaux de commerce arrêtaient les listes en proportionnant « *le nombre aux besoins du service* »<sup>1350</sup>. Dès lors, en l'absence même d'un monopole explicite, l'inscription sur la liste devint une condition d'exercice de la fonction de syndic auprès des tribunaux de commerce.

La liste des syndics se distinguait ainsi de la liste préexistante des agréés près les tribunaux de commerce. Dresser une liste d'agréés était une réponse apportée aux inconvénients liés à la liberté des parties de choisir leur représentant devant les juridictions consulaires. Comme cela était souligné, ce système « *risquait de mettre les justiciables à la merci d'agents d'affaires dont les connaissances juridiques ou l'honnêteté, parfois les unes et l'autre, étaient*

<sup>1347</sup> Loi du 27 ventôse an XIII *sur la justice* régissant la situation des avoués, des huissiers et des commissaires-priseurs.

<sup>1348</sup> E. Camberlin et P. Camberlin, *Manuel pratique des tribunaux de commerce, à l'usage des magistrats, des justiciables, des officiers ministériels et des divers auxiliaires de la juridiction commerciale*, A. Chevalier-Marescq et C<sup>ie</sup>, 1903, p. 545 citant Quesnault s'exprimant lors de la séance du 17 mars 1838.

<sup>1349</sup> « Discours du président Bessand sur les travaux du tribunal de commerce de la Seine en matière de faillites pendant l'année 1882 », *J. faillites* 1883, p. 75.

<sup>1350</sup> L. Geoffroy, *Code pratique des faillites*, Durand, 1853, p. 10.

déficientes. En bref, les plaideurs étaient laissés sans garantie ; et la bonne administration de la justice, particulièrement intéressée au concours d'auxiliaires qualifiés et irréprochables, en souffrait.»<sup>1351</sup> C'est pourquoi le système des agréés, qui existait sous l'Ancien Régime, a perduré après la Révolution<sup>1352</sup>. Les tribunaux de commerce donnaient leur agrément à des personnes faisant profession de représenter et d'assister les justiciables, certifiant ainsi leur probité et leurs compétences. Les parties restaient néanmoins libres de se défendre seules ou de se faire représenter par une personne qui n'était pas agréée par le tribunal, comme un avocat, un avoué ou un autre officier ministériel. Autrement dit, l'établissement de liste d'agréés par les tribunaux de commerce offrait seulement une information utile au justiciable sans créer de monopole en faveur des agréés.

À l'image des listes des agréés, les listes de syndics permettaient aussi d'identifier des personnes aptes à remplir une fonction spécifique. Mais, dès lors que le tribunal choisissait nécessairement un syndic parmi la liste qu'il avait lui-même dressée, cette liste, contrairement à celle des agréés, créait une forme de monopole de fait au profit des inscrits.

**358. Le contrôle des syndics par le tribunal de commerce de la Seine.** En l'absence d'une organisation formelle de la profession, les tribunaux de commerce ont été conduits à arrêter les premières règles destinées à contrôler l'exercice de la fonction de syndic. La première mesure, prise par le président Lebobbe, a consisté à « *mettre les justiciables à l'abri de fautes graves qui auraient pu être commises par quelques syndics, en leur imposant d'être solidaires les uns pour les autres des actes de chacun en particulier* »<sup>1353</sup>. Autrement dit, en imposant une solidarité financière entre les syndics, le président du tribunal de commerce de la Seine escomptait un contrôle de chaque syndic par ses pairs. Cette mesure relevait d'une logique disciplinaire selon laquelle chaque membre doit veiller à la réputation de l'ensemble de la profession afin que les clients puissent garder leur confiance. Pourtant, en l'absence d'une véritable organisation de la profession, et d'organes dédiés à cette tâche, cette discipline semblait difficilement praticable.

C'est peut-être ce qui a justifié une évolution des modalités de contrôle décidée par son successeur, le président Devinck, qui a préféré imposer, en 1849, un contrôle de la comptabilité des syndics<sup>1354</sup>. Un auteur estimait ainsi que ce dernier « *a pensé avec plus d'équité qu'il valait mieux prévenir le mal que le réparer. Il a donc voulu que les syndics se conformassent*

<sup>1351</sup> H. Solus et R. Perrot, *op. cit.*, n° 1142, p. 926.

<sup>1352</sup> *Ibid.*, n° 1146, p. 928.

<sup>1353</sup> *Ibid.*, p. VII.

<sup>1354</sup> « Discours du président Bessand sur les travaux du tribunal de commerce de la Seine en matière de faillites pendant l'année 1882 », *J. faillites* 1883, p. 75.

*rigoureusement aux prescriptions de la loi. Dans ce but, il a proposé à la sanction du tribunal des règlements qui enjoignent aux syndics de tenir une comptabilité régulière, d'inscrire au jour par jour les recettes et dépenses concernant les faillites dont ils ont la gestion et, de plus, chaque opération ou acte qu'elles ont nécessité, de déposer immédiatement à la Caisse des consignations les sommes qu'ils ont touchées, et enfin de remettre au secrétariat de la présidence une feuille journalière contenant la copie de leurs livres, pour que le juge-commissaire de la faillite et les intéressés pussent en vérifier et constater l'exactitude, et connaître le degré d'avancement de chaque faillite. M. Devinck, comme on le voit, a senti qu'avant de demander au législateur des innovations à la loi, il fallait en assurer l'exécution.»*<sup>1355</sup> Du reste, outre l'efficacité du contrôle mis en place, ce système devait stimuler, selon le président Devinck, la conscience professionnelle des syndics<sup>1356</sup>.

**359. Les premières questions relatives à la rémunération des syndics.** Sous l'empire du code de 1807, l'article 483 disposait que seul l'agent, lorsqu'il n'était pas créancier, recevait une indemnité réglée selon les lieux et suivant la nature de la faillite, d'après les bases établies par un règlement d'administration publique. À la suite de l'adoption de la loi du 28 mai 1838, l'article 462 du code de commerce disposait désormais que les syndics pouvaient recevoir, après avoir rendu compte de leur gestion, une indemnité que le tribunal arbitrait sur le rapport du juge-commissaire. Sur ce point, un praticien se faisait l'écho, en 1853, de la sollicitude du président du tribunal de commerce de la Seine qui veillait à répartir les affaires entre tous les syndics inscrits<sup>1357</sup>, ce qui du reste était possible à Paris où « *le chiffre des faillites [était] assez considérable pour qu'un certain nombre de personnes se consacrent à leur gestion, et qu'elles en fassent exclusivement leur profession.* »<sup>1358</sup> En confiant le soin au tribunal de désigner les

<sup>1355</sup> L. Geoffroy, *op. cit.*, p. VII.

<sup>1356</sup> F. Devinck, *Pratique commerciale et recherches historiques sur la marche du commerce et de l'industrie*, Hacette et C<sup>ie</sup>, 1867, p. 168 : « *Les parties ont le droit de prendre communication de la comptabilité de la faillite dans laquelle elles sont intéressées. Les créanciers peuvent sans frais voir, examiner, vérifier les comptes de gestion des faillites, et leurs observations sont recueillies sur un registre soumis au président du tribunal, qui transmet immédiatement ces observations à MM. les juges-commissaires. Par cette organisation, chacun est tenu de remplir son devoir, et se trouve placé sous des contrôles qui l'empêchent de s'oublier. En inscrivant ses actes sur un journal, on est forcé, chaque jour, de se rappeler ce qu'on a fait, et souvent aussi ce qu'on aurait dû faire. On est ainsi conduit à un véritable examen de conscience qui fait contracter l'habitude de penser, le matin, à ce qu'on fera dans la journée ; on ressent bientôt le désir de constater les services qu'on a rendus, et, pour éprouver cette satisfaction, on commence par les rendre effectivement.* »

<sup>1357</sup> L. Geoffroy, *op. cit.*, p. 10 : « *Le tribunal, dès qu'il déclare une faillite, en confie provisoirement à tel syndic qui lui plaît ; mais, avant de déterminer son choix, il a sous les yeux un tableau indiquant le nombre des faillites données à chacun dans le cours du mois, et même du trimestre. Le président du tribunal, dans sa sollicitude, veille à ce que, autant que possible, elles soient réparties entre tous.* »

<sup>1358</sup> *Ibid.*



syndics, la loi du 28 mai 1838 a ainsi extrait très tôt les syndics de la logique classique de clientèle qui s'applique aux autres auxiliaires de justice.

**360. L'absence de condition de diplôme ou de stage.** Il faut enfin souligner que l'inscription sur les listes du tribunal ne semblait conditionnée à aucun critère de fond. Toutefois, le même praticien a pu rapporter qu'« *On ne [pouvait] être syndic qu'après avoir donné des gages de moralité et de capacité. Avant d'être inscrit sur la liste, il [fallait] avoir été portée pendant plus ou moins de temps sur celle des arbitres-rapporteurs.* »<sup>1359</sup> Les arbitres-rapporteurs, dont les services ne pouvaient être sollicités que par les tribunaux de commerce, avaient pour mission de tenter de concilier les plaideurs et, à défaut, rédiger un rapport dans lequel ils émettaient un avis sur la solution du litige<sup>1360</sup>. Le lien avec la fonction de syndic n'était donc guère évident. Recruter les syndics sur la liste des arbitres-rapporteurs pouvait néanmoins être perçu comme un expédient empirique adopté afin d'éprouver, en amont, la qualité des personnes appelées à exercer les fonctions de syndic.

À cet égard, il faut souligner que cette vérification pouvait paraître assez sommaire comparée aux exigences en vigueur afin d'accéder aux autres professions d'auxiliaires de justice. Ainsi, afin de devenir avocat, sous l'Ancien Régime, il fallait déjà justifier d'une formation universitaire et d'une expérience pratique tandis que les procureurs, ancêtres des avoués, et les notaires devaient subir un stage sanctionné par un examen<sup>1361</sup>. En revanche, aucune exigence particulière n'était attendue des huissiers, si ce n'est de savoir lire et écrire<sup>1362</sup>. Lorsqu'elle est revenue sur les bouleversements des lois révolutionnaires et a reconstitué les anciennes professions, la législation napoléonienne n'a pas généralisé l'exigence d'un diplôme universitaire. Cependant, elle a étendu aux huissiers l'exigence d'un apprentissage<sup>1363</sup>. En s'abstenant de réglementer la profession de syndic en gestation, le législateur a donc abandonné à la discrétion des tribunaux le soin de sélectionner les professionnels dont ils souhaitaient s'attacher les services. La part de subjectivité dans le choix des syndics pouvait dès lors apparaître d'autant plus forte qu'aucune condition certifiant la capacité à exercer la fonction de syndic ne semblait s'imposer.

---

<sup>1359</sup> *Ibid.*

<sup>1360</sup> H. Solus et R. Perrot, *op. cit.*, n° 1192, p. 958.

<sup>1361</sup> L. Pfister, « L'accès aux professions réglementées du droit. Quelques jalons historiques », in (sous l'égide) Haut conseil des professions du droit et Conseil national du droit, *Quelles professions réglementées du droit pour demain ?*, Dalloz, 2021, p. 26.

<sup>1362</sup> *Ibid.*, p. 27.

<sup>1363</sup> *Ibid.*, p. 28.

En définitive, la première réglementation proposée par le tribunal de commerce de la Seine a montré que les syndics sont apparus, dès la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, comme les auxiliaires au service d'une juridiction en particulier. Celle-ci déterminait les conditions d'inscription, de distribution des mandats et assurait elle-même la discipline<sup>1364</sup>. Contrairement aux autres auxiliaires de justice, les syndics n'étaient pas dotés d'une organisation professionnelle autonome. Ce lien particulier unissant les tribunaux de commerce et les syndics a été renforcé par la création de véritables compagnies de syndics au service de certains tribunaux qui ont ainsi approfondi leur contrôle de la profession en gestation.

## § 2 : La première structuration de la profession de syndic près les tribunaux de commerce

**361. Plan du paragraphe.** La volonté de renforcer la surveillance des syndics exerçant leurs fonctions auprès du tribunal de commerce de la Seine a conduit le président Chabert à regrouper les syndics exerçant auprès de ce tribunal sous forme de compagnie (I). Si cette première structuration organique de la profession a rapproché les syndics d'autres auxiliaires de justice, les tribunaux de commerce ont, en revanche, veillé à ce que les syndics ne soient pas assimilés à des officiers ministériels (II).

### I. Le renforcement de la discipline des syndics

**362. Le renforcement de la discipline des syndics.** La création de la première compagnie de syndics, près le tribunal de commerce de la Seine, a été l'œuvre du président Chabert<sup>1365</sup>. Le nombre de syndics appartenant à cette compagnie a été initialement fixé au nombre de vingt-six, tout en prévoyant que l'effectif devrait diminuer afin de parvenir « *par voie d'extinction* » à un nombre de vingt syndics<sup>1366</sup>. Cette organisation était destinée à renforcer la discipline et le contrôle des syndics comme en atteste l'ouvrage de MM. Camberlin : « *En 1876, le tribunal a pensé que le contrôle exercé par la comptabilité centrale pourrait être mieux secondé qu'en y associant pour partie les syndics eux-mêmes, mais, bien entendu, sans autoriser aucune immixtion de leur part. Par deux délibérations des 30 janvier et 3 février 1876, il a adopté pour*

<sup>1364</sup> E. Camberlin et P. Camberlin, *op. cit.*, p. 546.

<sup>1365</sup> « Discours du président Bessand sur les travaux du tribunal de commerce de la Seine en matière de faillites pendant l'année 1882 », *J. faillites* 1883, p. 75. Avant cette reconnaissance de la part du tribunal de commerce de la Seine, une compagnie des administrateurs et liquidateurs près de sociétés près ce tribunal avait été fondée dès l'année 1858 entre les professionnels mais sans reconnaissance officielle (B. Soinne, « Administrateur provisoire – Syndic : Unité ou dualité des fonctions et des professions », *D.* 1982, chron., p. 73).

<sup>1366</sup> « Des essais d'organisation des syndics de faillite près les Tribunaux de commerce », *J. faillites* 1883, p. 130.

*eux une organisation intérieure nouvelle. Il les a autorisés à se constituer en société, mais les a obligés en même temps, entre autres choses, à créer un capital considérable qui, s'ajoutant aux garanties personnelles que présente chaque syndic, sert de caution solidaire à la gestion de tous. »*<sup>1367</sup>

Le premier objectif du groupement des syndics a donc consisté à créer une caisse commune de garantie. Les syndics ayant la charge de manier les deniers d'autrui, deux garanties de représentation des fonds étaient exigées de leur part. D'abord, les statuts stipulaient que la compagnie avait pour objet de constituer un fonds commun, devant servir de garantie collective et solidaire de leur gestion, fixé à 500 000 francs<sup>1368</sup>. Ensuite, les statuts prévoyaient que, tous les ans, le quart des indemnités fixées par le Tribunal à chaque syndic était mis en bourse commune. La somme servait d'abord à couvrir les frais généraux de la société, le cas échéant, à reconstituer le fonds commun de garantie collective et solidaire de 500 000 francs et, pour le surplus, à une répartition égale entre tous les syndics<sup>1369</sup>. Enfin, chaque syndic devait verser avant son entrée en fonctions, entre les mains du trésorier, un « cautionnement » de 20 000 francs susceptibles d'être prélevé en cas d'insuffisance de la garantie collective<sup>1370</sup>.

Si la solidarité financière des syndics servait de garantie en cas de défaillance de leur part, la constitution d'une caisse commune avait également une fonction de protection des professionnels eux-mêmes. L'objet statutaire de la compagnie stipulait, en effet, que celle-ci avait aussi pour objet de déterminer « *les mesures de prévoyance à prendre, en cas de besoin, de maladie ou de décès des membres de l'association* »<sup>1371</sup>. De plus, le prélèvement du quart des indemnités perçues par chaque syndic pouvait avoir un effet redistributif, en cas de répartition du surplus, bien que rien n'indique que cette disposition ait été pensée à cette fin.

**363. L'administration de la compagnie.** MM. Camberlin soulignaient encore que, « *En raison de cette solidarité pécuniaire, une chambre de discipline, dont le président [était] nommé chaque année par le président du tribunal, [avait] été instituée.* »<sup>1372</sup> Autrement dit, la création d'un organe professionnel a été historiquement justifiée par la solidarité financière qui liait les membres de la compagnie. Cette organisation reprenait ainsi les premières règles posées

<sup>1367</sup> E. Camberlin et P. Camberlin, *op. cit.*, p. 547.

<sup>1368</sup> « Des essais d'organisation des syndics de faillite près les Tribunaux de commerce », *J. faillites* 1883, p. 131. Pour une approbation de ce système, v. A. Sabatier, « Administrateurs et liquidateurs judiciaires. Syndics et experts », *Rev. pol. parl.* 1910, t. LXV, p. 487.

<sup>1369</sup> « Des essais d'organisation des syndics de faillite près les Tribunaux de commerce », *J. faillites* 1883, p. 131.

<sup>1370</sup> *Ibid.*

<sup>1371</sup> *Ibid.*, p. 134.

<sup>1372</sup> E. Camberlin et P. Camberlin, *op. cit.*, p. 547.

par le président Lebove, tout en instituant cette fois une chambre à même d'assurer cette discipline. Si un véritable organe disciplinaire a été mis en place, il faut remarquer qu'il demeurait fortement subordonné au tribunal de commerce. Les statuts de la société disposaient, en effet, que la compagnie était administrée par une chambre composée de cinq membres dont le président était nommé et remplacé à toute époque par le président du tribunal de commerce de la Seine. En revanche, les quatre autres membres, justifiant d'au moins cinq ans d'exercice, étaient élus par les membres de la compagnie. Le président de la chambre n'était donc pas élu par ses pairs mais choisi par le président du tribunal. Les statuts précisait que la chambre était investie de pouvoirs de contrôle, de surveillance et de discipline sur tous les syndics.

Sur le plan disciplinaire, trois sanctions pouvaient être prononcées par la chambre : l'avertissement simple, l'avertissement avec inscription au procès-verbal et l'avertissement avec transmission au président du tribunal<sup>1373</sup>. En d'autres termes, si les syndics étaient sollicités afin de participer à la discipline au sein de leur profession, la sanction la plus forte que pouvait retenir l'organe professionnel revenait à avertir le président du tribunal, ce dernier étant seul habilité à retirer le syndic de la liste. La chambre procédait également à la vérification de la comptabilité des membres de la compagnie. En somme, le premier système de contrôle organique apparaissait comme une mise en œuvre des directives des présidents Lebove et Devinck.

Par ailleurs, si l'assemblée générale de la compagnie était présidée par le président de la chambre, les modifications des statuts n'étaient obligatoires qu'après approbation du tribunal qui, précisait les statuts, avait toujours le droit d'imposer les modifications qu'il jugeait convenable<sup>1374</sup>.

En définitive, les premières règles disciplinaires des syndics ont été directement élaborées par le tribunal de commerce de la Seine. La construction de la discipline de cette profession s'est donc inscrite à rebours du processus historique classique caractérisant le développement des autres professions réglementées.

**364. L'émergence des incompatibilités d'exercice.** Lorsque le tribunal de commerce de la Seine a commencé à organiser la profession de syndic, l'article 463 du code de commerce ne prévoyait que l'interdiction de désigner un syndic parent ou allié du failli jusqu'au quatrième degré inclusivement. Afin de garantir l'indépendance des syndics, MM. Camberlin

<sup>1373</sup> « Des essais d'organisation des syndics de faillite près les Tribunaux de commerce », *J. faillites* 1883, p. 134.

<sup>1374</sup> *Ibid.*

expliquaient que le tribunal de commerce de la Seine a « *formellement interdit aux syndics de s'occuper d'aucunes affaires autres que celles qui leur sont confiées. Cette prohibition est des mieux fondées, et elle a pour avantage de les mettre à l'abri des critiques et de la suspicion.* »<sup>1375</sup> Autrement dit, dès le XIX<sup>e</sup> siècle, a émergé l'idée selon laquelle la spécificité de la mission de syndic justifiait que les professionnels soient soumis à de strictes incompatibilités d'exercice afin de préserver leur indépendance. C'est la même considération qui a conduit, en 1853, le procureur général de la Cour d'appel de Paris à adresser une circulaire aux procureurs impériaux pour leur demander de veiller à ce que les huissiers ne soient pas investis de la fonction de syndic<sup>1376</sup>.

**365. Le rayonnement de l'initiative du tribunal de commerce de la Seine.** Le système de vérification de la comptabilité adopté par le tribunal de commerce de la Seine avait emporté l'adhésion du Gouvernement au point que ce dernier l'avait étendu à l'ensemble des tribunaux de France statuant commercialement par un décret du 25 mars 1880<sup>1377</sup>. Il semble toutefois que ce décret demeura sans application réelle<sup>1378</sup>.

En revanche, quelques années après l'initiative du tribunal de commerce de la Seine, deux autres tribunaux de commerce de grandes villes ont reproduit l'organisation mise en place par le tribunal parisien. En ce sens, le tribunal de commerce de Lyon a autorisé, le 25 novembre 1880, les cinq syndics de faillite alors en exercice à constituer la *Compagnie des syndics près le Tribunal de commerce de Lyon*. Les compagnies parisienne et lyonnaise ont été rejointes par une compagnie marseillaise constituée dont les statuts ont été approuvés par le tribunal de commerce de Marseille le 22 décembre 1882<sup>1379</sup>. Cependant, tous les tribunaux de commerce n'ont pas constitué de compagnies car, dans le ressort de certains d'entre eux, le nombre d'affaires était probablement insuffisant pour constituer de telles compagnies. Dès la fin du XIX<sup>e</sup> siècle apparaissait ainsi la problématique tenant à l'impossibilité d'organiser de manière identique l'exercice de la fonction de syndic auprès de tribunaux de commerce ayant une activité d'inégale intensité.

En définitive, l'organisation émergente de la profession a été l'objet des juridictions consulaires. En vue de l'exercice efficace de la mission de syndic, l'objectif d'un exercice

<sup>1375</sup> E. Camberlin et P. Camberlin, *op. cit.*, p. 548.

<sup>1376</sup> *Ibid.*

<sup>1377</sup> « Discours du président Bessand sur les travaux du tribunal de commerce de la Seine en matière de faillites pendant l'année 1882 », *J. faillites* 1883, p. 75.

<sup>1378</sup> F. Langlais, *Essai critique sur le projet de réforme de la législation des faillites*, Larose et Forcel, 1887, p. 127.

<sup>1379</sup> « Des essais d'organisation des syndics de faillite près les Tribunaux de commerce », *J. faillites* 1883, p. 134.

exclusif de la profession s'est imposé. Les tribunaux de commerce qui ont constitué des compagnies de syndics ont, par ailleurs, veillé à ce que l'inscription sur les listes ne conduise pas à une reconnaissance à un droit de présentation, équivalent à celui des officiers ministériels.

## II. Le refus de reconnaître un droit de présentation rémunéré

**366. Les inconvénients de la création d'offices ministériels.** En organisant l'exercice de la fonction de syndic, les tribunaux de commerce ont doté les professionnels d'un statut ayant, sur le plan disciplinaire, des traits communs avec celui des officiers ministériels. Pourtant, l'exemple de la compagnie près le tribunal de commerce de la Seine montre aussi la volonté de ce tribunal de ne pas laisser se créer une profession suivant, de fait, la logique des offices ministériels. En effet, les statuts de la compagnie stipulaient expressément que toute cession était interdite et prévoyaient seulement les modalités de remboursement des apports respectifs des démissionnaires ou des syndics radiés<sup>1380</sup>. Afin d'assurer le respect de cette règle, le tribunal redistribuait les affaires en cours entre les autres syndics, rendant ainsi tout traité de cession impossible<sup>1381</sup>. En revanche, dans la pratique, les syndics partant en retraite présentaient un successeur au tribunal, ce que d'aucuns approuvaient dans la mesure où cette démarche « [*facilitait*] le recrutement des syndics par cela même que la profession, plus considérée, sera de plus en plus recherchée »<sup>1382</sup>. Autrement dit, le tribunal de commerce de la Seine voulait empêcher que le droit de présentation puisse être rémunéré, tout en favorisant un système de cooptation afin de sélectionner des successeurs aptes à exercer la fonction.

Conférer aux syndics le statut d'officier ministériel aurait présenté des inconvénients évidents du fait de la patrimonialité des offices. Celle-ci a été reconnue par la loi du 28 avril 1816 en contrepartie du doublement du « cautionnement » exigé des officiers ministériels et, ce, afin d'abonder les fonds de la Caisse des dépôts et consignations<sup>1383</sup>. La nécessité d'acheter une charge aurait constitué un coût qui, sans pouvoir être répercuté directement par les syndics sur d'éventuels clients, aurait dû être intégré dans leur rémunération. Surtout, introduire un système de charges aurait conduit à instaurer un *numerus clausus* qu'il aurait été ensuite extrêmement coûteux de supprimer, contrairement à ce que la modulation du nombre d'inscrits sur une liste permettait de faire.

<sup>1380</sup> *Ibid.*, p. 132.

<sup>1381</sup> E. Camberlin et P. Camberlin, *op. cit.*, p. 547.

<sup>1382</sup> *Ibid.*

<sup>1383</sup> R. Perrot, *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, 19<sup>e</sup> éd. par B. Beigner et L. Miniato, 2022, n° 437, p. 332.

Au contraire, les agrées ont toujours bénéficié, de fait, d'un droit de présentation au tribunal de commerce de leur successeur moyennant finance, bien que ce droit ne fût pas consacré officiellement<sup>1384</sup>. Certes, l'absence de reconnaissance officielle de la pratique permettait d'éviter un *numerus clausus* rigide. Toutefois, même si la pratique avait été formellement interdite, il aurait été difficile d'empêcher, dans les faits, les agrées de monnayer la présentation d'un successeur à sa propre clientèle. D'ailleurs, avant même que la loi du 28 avril 1816 ne reconnaisse la patrimonialité des offices, les anciens officiers ministériels continuaient aussi à monnayer la cession des dossiers, registres et autres répertoires nécessaires à la reprise de l'activité de l'officier se retirant de la profession par un nouvel entrant<sup>1385</sup>. C'est précisément l'absence de clientèle chez les syndics qui a permis aux tribunaux de commerce de s'opposer à la monétisation de la présentation d'un successeur et, ce, grâce la faculté des juridictions de redistribuer l'ensemble des affaires du syndic quittant la compagnie.

En dépit d'un rapprochement avec d'autres auxiliaires de justice, la réglementation de l'exercice de la fonction de syndic présentait ainsi déjà une spécificité forte tenant à l'absence de clientèle.

**367. L'abandon de la création d'offices comme méthode de contrôle de la capacité des professionnels.** Cette opposition du tribunal de commerce de la Seine à la reconnaissance d'un droit de rémunérer la présentation d'un successeur témoigne aussi d'une évolution historique dans l'organisation des professions d'auxiliaires de justice. En effet, la création d'offices ministériels avait pu servir, dans l'Ancien Régime, comme moyen de filtrer l'accès à certaines professions et garantir l'aptitude des personnes appelées à exercer ces fonctions. C'est la raison qui a conduit à faire des procureurs, ancêtres des avoués, des officiers ministériels. Glasson et Tissier expliquaient ainsi que, «*Au XVI<sup>e</sup> siècle, on permit à tous les plaideurs d'être représentés par des procureurs, pourvu que leur nom figurât dans les actes et les jugements. Le nombre de procureurs devint très grand ; beaucoup d'entre eux étaient peu dignes de participer à l'administration de la justice. On décida que, près des juridictions royales, la profession serait constituée en offices en nombre limité.*»<sup>1386</sup> La constitution de compagnies de syndics contrôlées par les tribunaux a montré qu'il était possible de procéder autrement. La

<sup>1384</sup> H. Solus et R. Perrot, *op. cit.*, n° 1160, p. 937.

<sup>1385</sup> R. Perrot, *op. cit.*, n° 437, p. 332.

<sup>1386</sup> E. Glasson et A. Tissier, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, t. I, Sirey, 1925, n° 129, p. 322.

profession de syndic peut apparaître, à cet égard, comme la première profession réglementée juridique moderne dont la constitution n'a pas été lestée du poids des charges transmissibles.

En somme, les syndicats ainsi organisés apparaissaient comme des auxiliaires au service d'une juridiction en particulier. Le principe d'une désignation judiciaire s'est imposé en raison d'une contingence historique qui tenait au mauvais fonctionnement des désignations par les assemblées de créanciers. Pour le reste, la structuration de la profession a été l'œuvre des juridictions consulaires qui ont notamment favorisé l'exercice exclusif de la profession. Cependant, cette réglementation de la profession se faisait en marge de la loi. Le décret du 20 mai 1955 a permis la consécration officielle de la profession.

## SECTION 2 : LA CONSÉCRATION DE LA PROFESSION DE MANDATAIRE DE JUSTICE

**368. Consécration d'une organisation professionnelle nationale.** Le premier statut national des syndicats a été adopté par le décret du 20 mai 1955, complété par deux décrets d'application du 18 juin 1956 et 29 mai 1959, transformant une situation encore de fait en une situation de droit<sup>1387</sup>. L'une des innovations majeures du décret du 20 mai 1955 tient à la création d'une véritable organisation professionnelle des syndicats, à savoir une *Association nationale des syndicats-administrateurs judiciaires*. En vérité, avant même l'adoption du décret du 20 mai 1955, les syndicats s'étaient regroupés au sein d'une *Association professionnelle nationale des syndicats de faillite et liquidateurs judiciaires de France*. L'article 6 du décret a donc officialisé l'existence de cette organisation<sup>1388</sup>. Ce décret disposait que l'association comportait un bureau national, une chambre nationale de discipline et des compagnies régionales correspondant à un ou plusieurs ressorts de cours d'appel<sup>1389</sup>. Ce faisant, il avait rapproché l'organisation de la profession de celle en vigueur, depuis les ordonnances du 2 novembre 1945, pour les avoués, les huissiers, les commissaires-priseurs ou les agréés<sup>1390</sup>. La création de ce statut a émancipé les syndicats de la tutelle des tribunaux de commerce au profit d'une institutionnalisation de la profession, laissant une part plus importante à la fois aux professionnels eux-mêmes mais également aux institutions judiciaires autres que les tribunaux de commerce auprès desquels les syndicats exerçaient.

<sup>1387</sup> H. Solus et R. Perrot, *op. cit.*, n° 1167 p. 940.

<sup>1388</sup> *Ibid.*, n° 1182, p. 950.

<sup>1389</sup> D. n° 56-608 du 18 juin 1956 portant application du décret n° 55-603 du 20 mai 1955 relatif aux syndicats et aux administrateurs judiciaires, art. 17.

<sup>1390</sup> Dans ce paragraphe, il est fait référence aux textes dans leur version applicable au jour de leur entrée en vigueur afin de restituer le contexte législatif dans lequel a émergé le statut des mandataires de justice.



Si le statut des syndics a été aligné sur celui des autres auxiliaires de justice, l'organisation de la profession de syndic conservait toutefois quelques spécificités. D'une part, en dépit de l'affaiblissement des prérogatives des tribunaux de commerce sur l'organisation de l'exercice de la fonction de syndic, les juridictions consulaires avaient conservé une certaine influence sur l'inscription des syndics, sorte de réminiscence du lien de tutelle posé par la première réglementation de la profession. D'autre part, les prérogatives de contrôle attribuées à l'autorité publique étaient déjà, par certains aspects, plus importantes que celles accordées pour la surveillance d'autres auxiliaires de justice.

**369. Plan de la section.** Si le décret du 20 mai 1955 a permis un rapprochement notable entre le statut des syndics et celui des autres auxiliaires de justice, des spécificités propres demeuraient s'agissant des conditions d'inscription sur la liste (§ 1) comme des règles d'organisation de profession de syndic (§ 2).

§ 1 : L'inscription sur les listes de syndics

**370. Les conditions vérifiant la capacité des professionnels.** L'article préambule du décret du 20 mai 1955 précisait que les cours d'appel consultées sur la réforme du droit des procédures collectives « *ont insisté sur la nécessité de n'admettre à exercer les fonctions de syndic de faillite ou d'administrateur judiciaire que les auxiliaires de justice présentant toutes garanties de moralité et de capacité, dont la rémunération soit tarifée et dont la responsabilité professionnelle soit efficacement garantie.* »<sup>1391</sup> La demande d'unification des règles avait été aussi émise par l'Association professionnelle nationale des syndics de faillite et liquidateurs judiciaires elle-même en 1949<sup>1392</sup>. À cet égard, il a paru opportun au législateur de subordonner l'inscription à un stage et à une formation professionnelle effectifs, ainsi qu'à une enquête de moralité<sup>1393</sup>. La même intention dominait la réglementation d'autres auxiliaires de justice. En effet, dans l'exposé des motifs d'un décret du même jour relatif aux officiers publics ou ministériels et à certains auxiliaires de justice, le Gouvernement annonçait l'adoption de règles tendant à assurer une meilleure formation professionnelle des aspirants aux fonctions d'auxiliaires de justice<sup>1394</sup>. Le Gouvernement avait pour ambition d'harmoniser l'accès à ces

<sup>1391</sup> D. n° 55-603 du 20 mai 1955 *relatif aux syndics et aux administrateurs judiciaires*, art. préambule.

<sup>1392</sup> A. Honorat, *Les innovations du décret du 20 mai 1955 relatif aux faillites et règlements judiciaires*, préf. F. Derrida, LGDJ, 1959, n° 190, p. 213.

<sup>1393</sup> *Ibid.*

<sup>1394</sup> D. n° 55-604 du 20 mai 1955 *relatif aux officiers publics ou ministériels et à certains auxiliaires de justice*, art. préambule.

différentes professions en imposant notamment la réalisation d'un stage<sup>1395</sup>. L'article 1<sup>er</sup> du décret du 18 juin 1956 a imposé une durée de principe de trois ans s'agissant des syndics. Il prévoyait toutefois une réduction à six mois pour les autres professionnels du droit et du chiffre souhaitant devenir syndic. L'article précisait encore que l'inscription n'était pas subordonnée à la titularité d'un diplôme mais cette qualité justifiait néanmoins une réduction de la durée du stage.

En revanche, pour s'inscrire sur la liste du tribunal de commerce de la Seine, la titularité d'une licence en droit était une condition nécessaire et le candidat devait également avoir accompli trois années de stage dans une étude du ressort dudit tribunal. Les conditions d'inscription sur la liste du tribunal de commerce de la Seine étaient donc nettement plus exigeantes que celles applicables aux autres tribunaux.

À l'instar de ce qui était prévu pour d'autres auxiliaires de justice comme les avoués, les huissiers, les commissaires-priseurs ou les agréés depuis les ordonnances du 2 novembre 1945<sup>1396</sup>, l'accès à la profession de syndic a également été soumis à un examen professionnel<sup>1397</sup>. La commission chargée de cet examen, siégeant à Paris, était composée d'un magistrat désigné par le premier président de la cour d'appel de Paris, d'un juge d'un tribunal de commerce désigné par le président de la conférence générale des présidents et membres des tribunaux de commerce de France et de deux syndics de faillite-administrateurs au règlement judiciaire, désignés par la chambre de discipline et choisis sur des listes établies par des cours d'appel différentes<sup>1398</sup>. Avant l'adoption du statut, les syndics étaient choisis par les tribunaux de commerce sans véritable vérification de leur capacité à exercer ces fonctions. Autrement dit, la création du statut a été l'occasion, non seulement d'objectiver les conditions de recrutement, mais également d'associer officiellement les professionnels à la sélection de leurs futurs confrères à l'image des règles retenues pour les autres auxiliaires de justice.

**371. L'inscription sur les listes des tribunaux.** Sous l'empire des règlements des compagnies constituées par les tribunaux de commerce, l'inscription des syndics relevait d'un pouvoir discrétionnaire du tribunal. En ce sens, les syndics apparaissaient bien comme les

<sup>1395</sup> H. Solus et R. Perrot, *op. cit.*, n° 1046, p. 862.

<sup>1396</sup> Respectivement Ord. n° 45-2591 du 2 nov. 1945 *relative au statut des avoués*, art. 3 ; Ord. n° 45-2592 du 2 nov. 1945 *relative au statut des huissiers*, art. 3 ; Ord. n° 45-2593 du 2 nov. 1945 *relative au statut des commissaires-priseurs*, art. 3 ; Ord. n° 45-2594 du 2 nov. 1945 *portant statut des agréés près les tribunaux de commerce*, art. 3.

<sup>1397</sup> D. n° 56-608 du 18 juin 1956 *portant application du décret n° 55-603 du 20 mai 1955 relatif aux syndics et aux administrateurs judiciaires*, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>1398</sup> *Ibid.*, art. 9.

auxiliaires de ces juridictions en particulier. L'adoption d'un statut national a significativement modifié la procédure d'inscription. En effet, l'article 1<sup>er</sup> du décret du 20 mai 1955 disposait que les tribunaux ne pouvaient désigner que les professionnels préalablement inscrits, sur la proposition du tribunal, sur une liste dressée chaque année à cet effet par la cour d'appel sur les réquisitions du procureur général. L'article 1<sup>er</sup> du décret du 18 juin 1956 précisait que le candidat devait obtenir de la chambre nationale de discipline, instituée par le décret, un certificat de présentation. En somme, le candidat devait désormais être à la fois certifié par la chambre nationale de discipline et présenté par le tribunal auprès duquel il souhaitait exercer, avant d'être inscrit par la cour d'appel. Contrairement aux règles en vigueur avant l'instauration du statut, les professionnels, via la chambre nationale de discipline, et les cours d'appel ont été associés à l'inscription des syndics.

Le choix de confier à la cour d'appel le soin de procéder à l'inscription a été justifié par le fait que celle-ci n'était pas appelée à intervenir ultérieurement dans la désignation des syndics dans chaque affaire<sup>1399</sup>. La volonté de distendre le lien entre les syndics et les tribunaux de commerce était donc assumée. Le fait que la décision d'inscription ne puisse faire l'objet d'aucun recours était en revanche contesté. Au regard de la rédaction originaires du décret du 20 mai 1955, la possibilité d'exercer un recours était initialement incertaine. D'aucuns soutenaient que la décision aurait pu faire l'objet d'un recours devant les juridictions administratives<sup>1400</sup>. Toutefois, dans une réponse ministérielle à une question relative à l'inscription d'anciens syndics se retirant mais souhaitant achever leurs mandats en cours, le garde des sceaux avait déjà estimé que la cour d'appel statuait souverainement sans qu'aucun recours ne puisse être exercé, comme les tribunaux de commerce le faisaient avant elle avant l'entrée en vigueur du décret<sup>1401</sup>. Un décret du 19 décembre 1958 a confirmé l'absence de recours en la matière. Autrement dit, cette absence de recours contre les décisions de la cour d'appel maintenait une part de pouvoir discrétionnaire dans l'inscription des syndics<sup>1402</sup>. Le garde des sceaux avait pu souligner que ce pouvoir permettait d'ajuster la taille de la liste en fonction des besoins des juridictions<sup>1403</sup>. Si la référence aux besoins des services pouvait sembler tout à fait légitime, elle ne justifiait pas en soi de priver le candidat d'un recours permettant de contrôler l'existence de ce motif au regard de l'importance de cette décision.

<sup>1399</sup> Question n° 9506, *JO Ass. nat.*, 22 janv. 1958, p. 225.

<sup>1400</sup> « Actualité et Jurisprudence », *Rev. syn. et adm. jud.* 1958, p. 11.

<sup>1401</sup> Question n° 9506, *JO Ass. nat.*, 22 janv. 1958, p. 225.

<sup>1402</sup> H. Solus et R. Perrot, *op. cit.*, n° 1173, p. 943.

<sup>1403</sup> Question n° 9506, *JO Ass. nat.*, 22 janv. 1958, p. 225.

Du reste, la portée de ce pouvoir discrétionnaire de la cour d'appel pour inscrire les syndics devait être également mise en rapport avec l'obligation pour le syndic de produire un certificat de la part de la chambre de discipline et d'être proposé par le tribunal.

**372. Le certificat de la chambre de discipline.** La chambre nationale de discipline était composée de six membres titulaires et deux membres suppléants élus pour quatre ans par l'assemblée générale et choisis parmi les membres de l'association nationale en fonctions depuis au moins dix ans<sup>1404</sup>. Une fois la chambre élue, ses membres désignaient parmi eux un président et un rapporteur<sup>1405</sup>. Contrairement à la pratique de la compagnie près le tribunal de commerce de la Seine, le président de la chambre de discipline n'était pas choisi par une autorité judiciaire mais élu par ses pairs. Il s'agit d'une autre manifestation de l'émancipation des professionnels de la tutelle des tribunaux de commerce et du rapprochement de l'organisation professionnelle des syndics de celle des autres auxiliaires de justice<sup>1406</sup>. La chambre de discipline des syndics avait notamment pour attribution la délivrance d'un certificat de présentation attestant de la réunion des conditions précitées afin de permettre à l'impétrant de solliciter son inscription sur la liste. En principe, la chambre de discipline devait seulement concourir à la vérification des conditions d'inscription sans disposer du droit de sélectionner les futurs syndics. Un auteur rapporte toutefois le fait que, « *En pratique, ce certificat n'était en général obtenu que dans l'hypothèse d'absence d'opposition des syndics ou administrateurs judiciaires exerçant déjà la profession auprès du tribunal concerné.* »<sup>1407</sup> Autrement dit, le certificat de présentation constituait un moyen pour les syndics en exercice de filtrer l'accès à la profession.

L'article 1<sup>er</sup> du décret du 18 juin 1956 précisait cependant que, dans le cas où ce certificat était refusé, il pouvait être délivré par une délibération spéciale de la cour d'appel statuant en assemblée générale et en chambre du conseil, après avoir entendu les observations du procureur général et de la chambre de discipline. Cette attribution de la chambre de discipline était similaire aux règles applicables aux autres auxiliaires de justice comme les avoués, les huissiers, les commissaires-priseurs ou les agréés dont les chambres de discipline

<sup>1404</sup> D. n° 56-608 du 18 juin 1956 portant application du décret n° 55-603 du 20 mai 1955 relatif aux syndics et aux administrateurs judiciaires, art. 22.

<sup>1405</sup> *Ibid.*, art. 24.

<sup>1406</sup> Pour les avoués, huissiers, commissaires-priseurs et agréés, v. respectivement D. n° 45-0118 du 19 décembre 1945 portant règlement d'administration publique pour l'application du statut des avoués, art. 14 et 17 ; D. n° 45-0119 du 19 décembre 1945 portant règlement d'administration publique pour l'application du statut des huissiers, art. 8 et 11 ; D. n° 45-0120 du 19 décembre 1945 portant règlement d'administration publique pour l'application du statut des commissaires-priseurs, art. 8 et 11 ; D. n° 45-0121 du 19 décembre 1945 portant règlement d'administration publique pour l'application du statut des agréés, art. 7 et 10.

<sup>1407</sup> B. Soinne, *Les mandataires de justice*, Litec, 2003, n° 7, p. 10.

respectives avaient la même attribution et dont le refus pouvait faire l'objet d'un recours dans des conditions similaires<sup>1408</sup>. Sur ce dernier point, il faut néanmoins souligner que le recours ouvert aux syndics s'exerçait devant la cour d'appel et non le tribunal de commerce contrairement aux autres auxiliaires de justice dont le recours relatif à l'admission du professionnel s'exerçait directement devant la juridiction compétente, le plus souvent un tribunal<sup>1409</sup>. La différence de traitement entre les agréés et les syndics, exerçant tous deux devant le tribunal de commerce, pouvait être analysée comme un signe supplémentaire de la volonté de restreindre le pouvoir de contrôle de ce tribunal sur les syndics. Cette différence peut se comprendre dans la mesure où, si les juridictions consulaires étaient aussi compétentes pour inscrire les agréés sur une liste, ces derniers recevaient leur mission de leurs clients, contrairement aux syndics désignés par décision du tribunal de commerce. Autrement dit, il s'agissait d'assurer un contrôle plus indépendant de la décision de la chambre de discipline. D'ailleurs, un auteur rapporte que, « À plusieurs reprises, les cours d'appel avaient ainsi passé outre au refus de délivrance du certificat de présentation. »<sup>1410</sup>

**373. La proposition d'inscription par le tribunal.** L'article 1<sup>er</sup> du décret du 20 mai 1955 exigeait encore que l'inscription du candidat soit proposée par le tribunal auprès duquel il aspirait à exercer ses fonctions, bien que la décision d'inscription sur la liste appartint à la cour d'appel du ressort du tribunal. De prime abord, cette évolution constituait une autre manifestation de la volonté d'émanciper les syndics de la tutelle des tribunaux de commerce, ces derniers étant, dans ces conditions, déçus du pouvoir de recrutement direct des auxiliaires dont ils s'étaient dotés au cours du XIX<sup>e</sup> siècle.

Cette lecture mérite toutefois d'être nuancée en raison de l'absence de recours ouvert à l'impétrant en cas de refus de proposition d'inscription du tribunal de commerce, contrairement au refus de délivrance du certificat par la chambre de discipline. Ce faisant, bien que la décision d'inscription ait été confiée à la cour d'appel, les tribunaux de commerce conservaient un pouvoir de blocage lors de l'inscription d'un candidat<sup>1411</sup>. Du reste, tandis que la décision

<sup>1408</sup> Respectivement Ord. n° 45-2591 du 2 nov. 1945 *relative au statut des avoués*, art. 2 ; Ord. n° 45-2592 du 2 nov. 1945 *relative au statut des huissiers*, art. 2 ; Ord. n° 45-2593 du 2 nov. 1945 *relative au statut des commissaires-priseurs*, art. 2 ; Ord. n° 45-2594 du 2 nov. 1945 *portant statut des agréés près les tribunaux de commerce*, art. 2.

<sup>1409</sup> Comme Solus et Perrot le soulignaient, le décret du 29 février 1956 relatif aux huissiers n'expliquait pas en quoi consistait le fait d'être « admis » par le tribunal, condition posée à l'article 30 dudit décret (H. Solus et R. Perrot, *op. cit.*, n° 1096, p. 896).

<sup>1410</sup> B. Soinne, *op. cit.*, n° 7, p. 10.

<sup>1411</sup> G. Gil, *Le mandataire de justice*, préf. J. Mestre, PUAM, 2003, n° 684, p. 309.

d'inscription des agrées appartenait directement aux tribunaux de commerce<sup>1412</sup>, leur capacité à bloquer l'inscription d'un syndic était paradoxalement plus importante. En effet, la décision statuant sur la demande d'un agrée devait être motivée et pouvait faire l'objet d'un recours devant la cour d'appel qui devait, elle aussi, motiver sa décision<sup>1413</sup>. En d'autres termes, en l'absence de pouvoir discrétionnaire, le contrôle de l'inscription des agrées était plus efficace que celui des syndics, alors même que le décret du 20 mai 1955 semblait être destiné à émanciper les syndics de la tutelle des tribunaux de commerce.

**374. L'absence de droit de présentation.** Il faut enfin rappeler que, si le statut des syndics créé par le décret du 20 mai 1955 était en grande partie aligné sur celui des autres auxiliaires de justice, il n'a pas abouti, en revanche, à la reconnaissance d'un droit de présentation d'un successeur à une quelconque étape de la procédure d'inscription<sup>1414</sup>.

**375. La question des incompatibilités d'exercice.** Le décret du 20 mai 1955 distinguait l'exercice de la fonction de syndic à titre de profession exclusive ou accessoire. Dans le premier cas, l'article 3 du décret précisait que l'inscription sur la liste était conditionnée à l'absence d'exercice d'une autre profession commerciale, de fonctions impliquant subordination ou de fonctions d'auxiliaire de justice. Reprenant la règle établie devant le tribunal de commerce de la Seine<sup>1415</sup>, le décret posait ainsi le principe des incompatibilités d'exercice avec la profession de syndic.

Le nombre de mandats à distribuer par certains tribunaux était trop peu important pour qu'un ou plusieurs syndics puissent trouver des moyens d'existence suffisants, le décret du 20 mai 1955 prévoyait que les avoués, huissiers, commissaires-priseurs et agrées puissent demander à être inscrits sur les listes à condition d'avoir passé l'examen professionnel des syndics. L'article 11 du décret apportait alors deux exigences supplémentaires conditionnant leur désignation. D'une part, conformément au principe de territorialité de l'office ministériel ou de l'inscription des agrées<sup>1416</sup>, ces syndics exerçant à titre occasionnel ne pouvaient accepter d'être commis par un tribunal auprès duquel ils n'exerçaient pas leurs fonctions principales. D'autre part, afin de préserver l'indépendance des syndics nommés dans ces conditions, ces derniers ne pouvaient pas non plus accepter d'être commis s'ils avaient déjà assisté ou

<sup>1412</sup> Ce choix était d'ailleurs contesté, s'agissant spécialement des petits tribunaux dont l'indépendance pouvait être parfois remise en cause (H. Solus et R. Perrot, *op. cit.*, n° 1153, p. 932).

<sup>1413</sup> Ord. n° 45-2594 du 2 nov. 1945 *portant statut des agrées près les tribunaux de commerce*, art. 4.

<sup>1414</sup> Cass. 1<sup>er</sup> civ., 20 mars 1984, n° 83-10.416, *Bull. civ. I*, n° 109 ; D. 1986, jur., p. 190, note D. Carbonnier ; Cass. 1<sup>er</sup> civ., 25 avr. 1990, n° 88-12.157, *Bull. civ. I*, n° 88, p. 64.

<sup>1415</sup> V. *supra* n° 364.

<sup>1416</sup> H. Solus et R. Perrot, *op. cit.*, n° 1186, p. 953.

représenté celui dont il s'agissait de gérer les biens. Il était néanmoins possible de déroger à cette dernière règle si le tribunal donnait une autorisation spéciale et motivée justifiant la désignation de ce professionnel, ce qui renvoyait à une situation de pénurie de syndics disponibles<sup>1417</sup>.

Enfin, lorsqu'aucun syndic, à titre exclusif ou accessoire, n'exerçait auprès d'un tribunal, l'article 12 du décret disposait qu'une dérogation à l'exercice territorial de l'exercice de la fonction était possible. Le mandat pouvait même être confié à tout officier ministériel, agréé ou greffier de tribunal d'instance résidant dans la circonscription, à condition que leur inscription n'ait pas été préalablement refusée ou leur radiation prononcée à titre disciplinaire. Autrement dit, si l'exercice à titre exclusif de la profession était encouragé, le législateur avait dû s'adapter à l'insuffisance du nombre de professionnels. Ces dispositions montrent que la question des incompatibilités d'exercice a toujours dû être articulée avec celle des conditions assurant l'équilibre économique de l'exercice de la profession.

Le souhait du législateur restait la généralisation de l'exercice exclusif de la profession. Ainsi, l'article 106 du décret du 29 mai 1959 offrait aux cours d'appel le droit d'omettre de la liste les professionnels exerçant à titre accessoire lorsque le nombre des auxiliaires de justice exerçant les fonctions de syndic-administrateur judiciaire à titre exclusif lui apparaissait suffisant. À la lecture de ces dispositions, un auteur constatait que le « *décret ne professionnalise donc pas entièrement les fonctions de syndics-administrateurs, car il a fallu tenir compte des situations acquises et du cas des petits tribunaux de commerce. Mais il est un pas important qui semble nécessaire pour assurer la compétence et l'honorabilité des syndics-liquidateurs.* »<sup>1418</sup>

En somme, si les conditions d'inscription des syndics tendaient à se rapprocher de celles applicables aux autres auxiliaires de justice, des spécificités demeuraient s'agissant notamment de la désignation judiciaire et des incompatibilités d'exercice. De même, malgré une proximité avec les autres professions juridiques réglementées, l'étude des règles d'organisation de la profession de syndic instaurées par le décret du 20 mai 1955 révèle certaines spécificités.

---

<sup>1417</sup> *Ibid.*

<sup>1418</sup> R. Houin, « La réforme de la faillite et de la liquidation judiciaire », *RTD com.* 1955, p. 501.

## § 2 : L'organisation de la profession de syndic

**376. La vérification de la comptabilité des professionnels.** L'article 8 du décret du 20 mai 1955 chargeait les compagnies régionales et le procureur de la République du contrôle de la comptabilité des syndics, rompant ainsi avec le modèle construit par le tribunal de commerce de la Seine dans lequel les tribunaux de commerce surveillaient eux-mêmes la comptabilité des syndics. En application de ce décret, le président de la compagnie régionale devait adresser au procureur de la République et au président de la chambre nationale de discipline un rapport constatant, pour chaque étude, les résultats de la vérification, accompagné de son avis motivé<sup>1419</sup>. À nouveau, cette nouvelle organisation des syndics se rapprochait de celles des autres auxiliaires de justice dont le contrôle de la comptabilité était également assuré par des chambres professionnelles tenues d'informer le procureur de la République du résultat. Toutefois, à cette époque, seule la comptabilité des syndics pouvait faire l'objet d'une inspection directement conduite par l'autorité publique qu'incarnait le procureur de la République<sup>1420</sup>. En dépit du rapprochement avec les autres auxiliaires de justice, cette modalité d'inspection révélait déjà une place plus importante accordée à l'autorité publique s'agissant de la profession de syndic.

Dans un registre similaire, le budget de l'association nationale était rendu public et son exécution était suivie par des fonctionnaires de l'administration de l'enregistrement, désignés par le garde des sceaux, ministre de la Justice<sup>1421</sup>. Or, aucune mesure similaire ne s'imposait s'agissant de la gestion du budget des organisations professionnelles des autres auxiliaires de justice. En somme, dès la création du statut national des syndics, les pouvoirs publics ont entendu exercer un contrôle de la profession d'une intensité plus élevée que celle réservée aux autres auxiliaires de justice.

**377. Le contrôle disciplinaire.** En revanche, le nouveau statut a introduit une procédure disciplinaire semblable à celle des autres auxiliaires de justice. La surveillance des syndics a ainsi été confiée, en application de l'article 35 du décret du 18 juin 1956, au procureur de la République habilité à déclencher des poursuites disciplinaires. Ensuite, à l'image des règles régissant les autres auxiliaires de justice, la chambre nationale de discipline des syndics était

<sup>1419</sup> D. n° 59-708 du 29 mai 1959 *pris pour l'application du décret n° 55-603 du 20 mai 1955 relatif aux syndics et aux administrateurs judiciaires*, art. 23.

<sup>1420</sup> Les huissiers de justice ont pu faire l'objet d'une inspection conduite par le procureur de la République depuis le décret n° 2007-1397 du 27 septembre 2007 et les commissaires-priseurs depuis le décret n° 2012-423 du 28 mars 2012.

<sup>1421</sup> D. n° 55-603 du 20 mai 1955 *relatif aux syndics et aux administrateurs judiciaires*, art. 7.



compétente afin de prononcer les peines disciplinaires les moins graves, seul le tribunal de grande instance pouvant prononcer une suspension à temps ou une radiation du syndic<sup>1422</sup>. Une répartition similaire des compétences s'appliquait aux avoués, aux huissiers, aux commissaires-priseurs et aux agréés<sup>1423</sup>.

Encore faut-il s'intéresser à la justification de ce régime disciplinaire. S'agissant des officiers ministériels, réserver le pouvoir disciplinaire à un organe corporatif peut sembler nécessaire afin de sauvegarder l'indépendance des professionnels vis-à-vis des pouvoirs publics et conserver de ce fait la confiance du justiciable<sup>1424</sup>. D'un autre côté, il a également été soutenu qu'il était impossible d'abandonner à la profession le pouvoir de prononcer les sanctions les plus lourdes en raison de leurs incidences patrimoniales du fait de l'atteinte au droit de présentation qui découle de la sanction<sup>1425</sup>. Comme cela a été souligné, « *dès lors qu'une valeur patrimoniale est mise en cause, seul un tribunal peut en décider.* »<sup>1426</sup> La remarque paraît pertinente mais il faut alors convenir qu'elle ne pouvait guère justifier le régime de sanction des syndics qui n'étaient pas des officiers ministériels et qui ne disposaient d'aucun droit de présentation, contrairement à ce qui avait été par ailleurs accordé aux agréés.

Autrement dit, au regard de ces arguments, le législateur aurait pu consacrer un régime disciplinaire entièrement assuré par les professionnels. C'est, du reste, le régime qui s'applique aux avocats dont la suspension provisoire ou la radiation sont prononcées par une juridiction corporative<sup>1427</sup>. Cependant, le choix d'aligner le régime disciplinaire des syndics sur celui des officiers ministériels pouvait être d'abord justifié par le souci de confier à un tiers la charge de statuer sur les situations les plus graves s'agissant d'une profession comptant assez peu de membres. Surtout, il était possible de percevoir dans ce choix la trace du lien unissant à l'origine les syndics à l'institution judiciaire. En revanche, il faut souligner que le choix de confier ce contentieux au tribunal de grande instance plutôt qu'au tribunal de commerce pouvait

<sup>1422</sup> D. n° 56-608 du 18 juin 1956 *portant application du décret n° 55-603 du 20 mai 1955 relatif aux syndics et aux administrateurs judiciaires*, art. 34.

<sup>1423</sup> Ord. n° 45-1418 du 28 juin 1945 *relative à la discipline des notaires et de certains officiers ministériels*, art. 5 et s. et Ord. n° 45-2594 du 2 novembre 1945 *portant statut des agréés près les tribunaux de commerce*, art. 5.

<sup>1424</sup> R. Perrot, *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, 19<sup>e</sup> éd. par B. Beigner et L. Miniato, 2022, n° 442, p. 335. Du reste, confier aux professionnels le soin d'assurer la discipline présente aussi un risque de défaut d'indépendance lorsque la profession compte peu de membres.

<sup>1425</sup> *Ibid.*

<sup>1426</sup> R. Perrot, *Institutions juridictionnelles*, Dalloz, 18<sup>e</sup> éd. par B. Beigner et L. Miniato, 2020, n° 455, p. 343. Cette remarque a été supprimée dans la 19<sup>e</sup> édition de l'ouvrage, probablement pour tenir compte de la loi du 22 décembre 2021, ce qui n'invalidé pas la perspective historique du raisonnement.

Du reste, confier aux professionnels le soin d'assurer la discipline présente aussi un risque de défaut d'indépendance lorsque la profession compte peu de membres.

<sup>1427</sup> D. n° 91-1197 du 27 novembre 1991 *organisant la profession d'avocat*, art. 180.

surprendre dans la mesure où ce dernier semblait être le juge naturel de l'auxiliaire exerçant auprès de lui<sup>1428</sup>. D'ailleurs, le tribunal de commerce était compétent pour prononcer la suspension ou la destitution des agréés<sup>1429</sup>. La solution retenue pour les syndics pouvait être alors perçue comme un signe supplémentaire de la volonté d'émanciper ces derniers de la tutelle des tribunaux de commerce.

**378. Le règlement intérieur.** S'agissant toujours du lien unissant les tribunaux de commerce aux compagnies de syndic, une dernière disposition du statut semblait, à l'inverse, témoigner d'une persistance du contrôle des premiers sur les seconds. Ainsi, l'article 16 du décret du 20 mai 1955 disposait que chaque tribunal de commerce ou tribunal de grande instance jugeant commercialement établissait un règlement intérieur pour l'application des dispositions du décret et des décrets pris pour son application. Cette prérogative pouvait surprendre dans la mesure où les règlements intérieurs des avoués, des huissiers, des commissaires-priseurs et des agréés étaient soumis directement au garde des sceaux, avec l'avis du tribunal pour les derniers<sup>1430</sup>.

**379. La garantie de représentation des fonds.** L'article 6 du décret du 20 mai 1955 transposait enfin, sur le plan national, la garantie de représentation des fonds prévue pour les anciennes compagnies près les tribunaux de commerce. L'association nationale devait garantir la responsabilité professionnelle des syndics, sans pouvoir opposer le bénéfice de discussion, et sur la seule justification de l'exigibilité de la créance et de la défaillance d'un syndic. Le décret a aussi introduit l'obligation pour l'association de couvrir par une assurance la responsabilité ainsi mise à sa charge. Des dispositions similaires étaient prévues pour les avoués, les huissiers, les commissaires-priseurs et les agréés<sup>1431</sup>. En raison des enjeux spécifiques tenant au maniement des fonds qu'implique leur fonction, les syndics devaient, en

<sup>1428</sup> H. Solus et R. Perrot, *op. cit.*, n° 1181, p. 949.

<sup>1429</sup> Ord. n° 45-2594 du 2 novembre 1945 *portant statut des agréés près les tribunaux de commerce*, art. 5.

<sup>1430</sup> Respectivement Ord. n° 45-2591 du 2 nov. 1945 *relative au statut des avoués*, art. 6 ; Ord. n° 45-2592 du 2 nov. 1945 *relative au statut des huissiers*, art. 6 ; Ord. n° 45-2593 du 2 nov. 1945 *relative au statut des commissaires-priseurs*, art. 8 ; Ord. n° 45-2594 du 2 nov. 1945 *portant statut des agréés près les tribunaux de commerce*, art. 11.

<sup>1431</sup> Respectivement D. n° 45-0118 du 19 décembre 1945 *portant règlement d'administration publique pour l'application du statut des avoués*, art. 24, D. n° 45-0119 du 19 décembre 1945 *portant règlement d'administration publique pour l'application du statut des huissiers*, art. 18 ; D. n° 45-0120 du 19 décembre 1945 *portant règlement d'administration publique pour l'application du statut des commissaires-priseurs*, art. 18 et D. n° 45-0121 du 19 décembre 1945 *portant règlement d'administration publique pour l'application du statut des agréés*, art. 17.

outre, constituer un « cautionnement » lors de leur inscription sur la liste dont le montant variait selon l'importance de la population de la ville où siégeait le tribunal<sup>1432</sup>.

En somme, le décret du 20 mai 1955 et ses décrets d'application ont consacré une réglementation des syndics similaire à celle des autres auxiliaires de justice de l'époque tout en consacrant les spécificités du statut qui ont émergé dans l'Histoire. Cette réforme a notamment acté le principe d'une profession dont l'activité dépend d'une désignation judiciaire ainsi que le principe d'une incompatibilité d'exercice avec d'autres professions.

---

<sup>1432</sup> D. n° 56-608 du 18 juin 1956 portant application du décret n° 55-603 du 20 mai 1955 relatif aux syndics et aux administrateurs judiciaires, art. 13.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 1

**380. La construction d'une profession réglementée sans clientèle.** Le code de commerce de 1807 reconnaissait aux créanciers le droit de choisir leur syndic mais, en pratique, cette modalité de désignation ne donnait pas satisfaction. C'est pourquoi le législateur a acté, dès la loi du 28 mai 1838, le principe d'une désignation judiciaire du syndic, qui exerçait pourtant une mission au service des créanciers. Autrement dit, la désignation judiciaire des syndics est la conséquence d'une contingence historique ancienne. De plus, contrairement aux autres professions juridiques, la réglementation des mandataires de justice n'a pas été le fruit d'une auto-organisation originelle de la profession mais le résultat d'une construction par les juridictions consulaires. À cet égard, les syndics sont apparus comme des auxiliaires attachés à des juridictions en particulier qui ont pu leur imposer le principe d'un exercice exclusif de la profession.

Le décret du 20 mai 1955 a officialisé l'existence de cette profession en créant un statut similaire à celui des autres professions réglementées juridiques. Les exigences en matière de formation et de compétence ont été ainsi élevées au cours du temps. Cette réforme a aussi émancipé en partie les syndics de la tutelle des juridictions consulaires en les rapprochant davantage d'auxiliaires de justice en un sens plus institutionnel. En revanche, elle a confirmé les singularités tenant à la désignation judiciaire des syndics et à l'objectif d'un exercice exclusif de la profession. Cette organisation fortuite de la profession a créé les conditions rendant possible une évolution de sa finalité, sans pour autant bouleverser l'ensemble des règles régissant la profession, mouvement dont qu'il convient désormais de rendre compte.

## CHAPITRE 2 : LA SINGULARITÉ D'UNE PROFESSION CONCOURANT À UNE MISSION D'INTÉRÊT GÉNÉRAL

**381. Plan du chapitre.** La finalité des procédures collectives a été bouleversée par loi du 25 janvier 1985 qui a placé la sauvegarde de l'activité au sommet de la hiérarchie des objectifs. La mission des mandataires de justice a suivi le même mouvement, ces derniers concourant désormais à la défense de l'intérêt général davantage que des personnes affectées par la procédure. Sous l'empire du décret du 20 mai 1955, les mandataires de justice exerçaient pourtant une profession au service des créanciers. Le changement de finalité de la profession aurait ainsi pu créer de grandes difficultés. Cependant, le glissement vers une profession œuvrant à la défense de l'intérêt général a été facilité par le mode de désignation judiciaire et des incompatibilités d'exercice hérités de l'Histoire. Ces caractéristiques de la profession évitent, en effet, que les mandataires de justice puissent dépendre des créanciers ou du débiteur. De plus, la finalité d'intérêt général de la mission des mandataires de justice peut expliquer l'intensification du contrôle de la profession par l'autorité publique voulue par la loi du 25 janvier 1985. Tous ces éléments spécifiques de la profession de mandataire de justice montrent l'adéquation entre leur statut et la finalité de leur mission. En somme, le législateur a favorisé l'enracinement d'une profession sans clientèle et contrôlée par l'autorité publique œuvrant à la défense de l'intérêt général, conformément à l'évolution de la finalité des procédures collectives.

Cette réglementation singulière de la profession présente néanmoins l'inconvénient de freiner la concurrence entre les professionnels. Les mandataires de justice ne se disputant pas de clients, le nombre de professionnels doit donc être régulé en fonction du volume de mandats à distribuer. Il s'agit d'assurer l'équilibre économique de la profession, sans pour autant offrir une rente de position illégitime aux professionnels. À cet égard, le poids renforcé de l'autorité publique dans l'organisation de la profession empêche, en théorie, les professionnels de restreindre de manière illégitime l'entrée dans la profession. Pourtant, le nombre insuffisant de professionnels a été périodiquement déploré<sup>1433</sup>. En réponse, la loi du 6 août 2015 a entendu accroître le nombre de mandataires de justice en réformant les conditions d'accès à la profession. Cette ambition amène à s'interroger sur le maintien des exigences de formation ou

---

<sup>1433</sup> Aut. conc., avis préc., n<sup>os</sup> 163 et s., pp. 35 et s ; n<sup>os</sup> 435 et s., pp. 71 et s. En ce sens ég. : J. Attali (prés.), *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française*, décision 214, p. 166 ; Rapport IGF n<sup>o</sup> 2012-M-057-3 sur *Les professions réglementées*, t. 1, mars 2013, p. 26 ; R. Ferrand, *Professions réglementées. Pour une nouvelle jeunesse*, oct. 2014, n<sup>o</sup> 4.1.1, p. 43.

de compétence et, surtout, sur les conditions de l'équilibre économique, sur le long terme, d'une profession sans clientèle (Section 1). De plus, la loi du 6 août 2015 a cherché à favoriser le rapprochement entre certaines professions du droit et du chiffre. L'objectif de faire émerger des puissants réseaux interprofessionnels peut s'entendre. Toutefois, cette évolution ne va pas sans poser de sérieuses difficultés relatives à l'indépendance des mandataires de justice. Il convient alors d'examiner la conformité des règles régissant l'exercice de la profession à sa finalité (Section 2).

## SECTION 1 : L'ACCÈS À LA PROFESSION DE MANDATAIRE DE JUSTICE

**382. Plan de la section.** L'existence de professions dont l'accès est réglementé a toujours créé un risque de fonctionnement malthusien<sup>1434</sup>. Cette difficulté aurait dû être maîtrisée dans la mesure où la loi du 25 janvier 1985 a évincé à la fois les professionnels et les juridictions, en tant qu'institutions, de la procédure d'inscription des mandataires de justice, rompant ainsi avec le modèle appliqué aux autres auxiliaires de justice (§ 1). En dépit de cette évolution, la difficulté tenant au nombre de professionnels en exercice a perduré. La loi du 6 août 2015 a remis l'ouvrage sur le métier en créant une nouvelle voie d'accès à la profession en vue d'augmenter le nombre de professionnels. Or, les modalités retenues méritent d'être discutées (§ 2).

### § 1 : La réforme de la procédure d'inscription par la loi du 25 janvier 1985

**383. Les griefs formulés contre le statut issu du décret du 20 mai 1955.** Quelques années après son entrée en vigueur, le statut instauré par le décret du 20 mai 1955 a été vertement critiqué. Dans son Rapport au Président de la République et au Parlement, le Médiateur de la République dénonçait, en 1979, la fermeture de la profession en raison du pouvoir de cooptation des professionnels<sup>1435</sup>. De même, Derrida soulignait le fait que « *la profession de syndic-administrateur judiciaire n'a pas voulu s'ouvrir, afin de permettre son accès à un plus grand*

<sup>1434</sup> R. Savatier, « L'origine et le développement du Droit des professions libérales », *APD* 1953-1954, p. 54.

<sup>1435</sup> *Rapport du Médiateur au Président de la République et au Parlement par l'année 1979*, Direction des journaux officiels, 1979, p. 163 : « *En fait, pour chaque tribunal, la liste des syndics est reconduite d'année ; lorsque l'un d'eux se retire, il choisit lui-même son successeur et sa présentation est entérinée par la Cour. Ainsi se trouvent instaurés une cooptation et un numerus clausus qui ne reposent sur aucune base juridique.* »

*nombre de personnes ; elle n'a pas voulu non plus améliorer la qualification de ses membres pour tenir compte des idées nouvelles qui avaient inspiré la législation de 1967 »<sup>1436</sup>*

Le Médiateur de la République constatait encore que « *les tribunaux, qui périodiquement chargent les syndics de nouveaux dossiers, ne semblent pas contrôler leur volume de travail ni s'assurer, avant de leur attribuer une nouvelle affaire, que le total des missions ainsi confiées n'excède pas les capacités humaines et les moyens de leurs charges.* »<sup>1437</sup> De même, alors que l'article 109 du décret du 29 mai 1959 prévoyait une extinction progressive des syndics exerçant à titre accessoire, il a été remarqué que « *Les cours d'appel avaient rarement usé de cette faculté. L'opposition au remplacement des syndics accessoires par des syndics exclusifs provenait essentiellement des juridictions consulaires qui suivaient en général les interventions des avocats syndics en place s'efforçant de privilégier leur situation. Ils refusaient d'accorder une délibération favorable pour les candidats à l'exercice des fonctions de syndics à titre exclusif.* »<sup>1438</sup>

Autrement dit, si le décret du 20 mai 1955 devait tenir compte du nombre insuffisant de mandats à distribuer dans certains centres trop peu importants, la problématique tenant aux besoins des juridictions s'est inversée, dans les années qui ont suivi. Cette évolution peut probablement s'expliquer par les conséquences des crises économiques des années 1970 et l'augmentation du nombre de faillites. Or, aucune réponse satisfaisante n'a été apportée à la nécessité d'accroître le nombre de professionnels pour traiter ces procédures.

**384. L'éviction des professionnels et des juridictions de la procédure d'inscription.** Afin de répondre aux difficultés, le législateur a évincé les professionnels comme les juridictions, en tant qu'institutions, de la procédure d'inscription des mandataires de justice au profit d'une commission d'inscription et de discipline. La loi du 25 janvier 1985 a institué une commission nationale pour les administrateurs judiciaires et des commissions régionales au siège de chaque cour d'appel pour les mandataires judiciaires<sup>1439</sup>. La loi du 3 janvier 2003 a unifié les commissions régionales en instituant une commission nationale d'inscription des mandataires judiciaires. Les deux commissions nationales ont enfin été fusionnées au sein d'une

<sup>1436</sup> F. Derrida, « Administrateurs judiciaires, mandataires liquidateurs et experts en diagnostic d'entreprise », *A.L.D.* 1985, n° 2, p. 45.

<sup>1437</sup> *Rapport du Médiateur au Président de la République et au Parlement par l'année 1979*, Direction des journaux officiels, 1979, p. 163.

<sup>1438</sup> B. Soinne, *op. cit.*, n° 8, p. 10.

<sup>1439</sup> L. n° 85-99 du 25 janvier 1985 relative aux administrateurs judiciaires, aux mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises et experts en diagnostic d'entreprise, art. 4 et 19.

commission unique, la Commission nationale d'inscription et de discipline (CNID), par une ordonnance du 15 octobre 2015.

La création de ces commissions d'inscription et de discipline a retiré à des institutions judiciaires, les cours d'appel, le pouvoir d'inscrire les mandataires de justice. Par ailleurs, cinq des onze membres qui siègent au sein de la CNID sont extérieurs aux institutions judiciaires<sup>1440</sup>. De plus, un seul membre est issu d'une juridiction commerciale du premier degré, ce qui montre l'influence limitée reconnue aux tribunaux de commerce dans cette Commission. Deux magistrats du siège de l'ordre judiciaire, un conseiller à la Cour de cassation, qui préside la Commission, un membre du Conseil d'État et un membre de la Cour des comptes complètent la composition de la CNID. À la compétence attribuée aux cours d'appel, en tant qu'institutions judiciaires, pour établir les listes a donc été substituée une commission nationale.

Il faut encore souligner que, à l'origine, trois administrateurs judiciaires et deux mandataires judiciaires siégeaient au sein des commissions d'inscription et de discipline respectives aux deux professions<sup>1441</sup>. Bien qu'ils fussent minoritaires dans la composition de la CNID, la loi du 28 mars 2011 a totalement supprimé leur participation, « *Afin d'écartier toute suspicion quant à l'objectivité des décisions prises* »<sup>1442</sup>. Autrement dit, si les mandataires de justice siègent au sein de la CNID statuant en matière disciplinaire, aucun professionnel ne se prononce désormais sur l'inscription d'un futur confrère.

Des praticiens avaient critiqué, dès leur institution, les commissions d'inscription et de discipline, soutenant que, en confiant l'inscription à un organe administratif, la loi du 25 janvier 1985 amenait à douter du maintien de la qualité d'auxiliaire de justice<sup>1443</sup>. Au contraire, M. Gil a souligné que « *Le statut des mandataires de justice, tel qu'il résultait de la réforme de 1955, pêchait en effet par le maintien du postulant dans un état de subordination.* »<sup>1444</sup> Dès lors, selon l'auteur, la réforme « *loin de nuire à leur qualité de mandataire de justice, ne faisait que renforcer ce caractère. En effet, les modalités d'entrée dans la profession en vigueur avant*

<sup>1440</sup> Un membre de l'inspection générale des finances, deux personnalités qualifiées en matière juridique, économique ou sociale et deux professeurs ou maîtres de conférences de droit, de sciences économiques ou de gestion, désignés par le ministre de la justice (C. com., art. L. 814-1).

<sup>1441</sup> L. n° 85-99 du 25 janvier 1985 *relative aux administrateurs judiciaires, aux mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises et experts en diagnostic d'entreprise*, art. 4 et 20.

<sup>1442</sup> L. n° 2011-331 du 28 mars 2011 *de modernisation des professions judiciaires ou juridiques et certaines professions réglementées*, Exposé des motifs.

<sup>1443</sup> J.-M. Lavergne, « Le nouveau statut des professionnels (administrateurs judiciaires, mandataires-liquidateurs, experts en diagnostic) », *Annales de l'Université de Toulouse*, t. XXXIII, 1985, p. 99.

<sup>1444</sup> G. Gil, *Le mandataire de justice*, préf. J. Mestre, PUAM, 2003, n° 684, p. 309.



*1985 faisaient de ces personnages davantage des auxiliaires de la juridiction à laquelle ils étaient rattachés que des auxiliaires de justice. »<sup>1445</sup>*

En d'autres termes, l'institution d'une commission nationale d'inscription et de discipline a contribué à empêcher une forme de dépendance des mandataires de justice vis-à-vis d'une juridiction en particulier. En revanche, la nouvelle procédure attribue une place significative au parquet.

### **385. Le poids des magistrats du parquet dans l'inscription des mandataires de justice.**

Sous l'empire du décret du 18 juin 1956, le procureur général donnait déjà son avis sur l'inscription des syndics<sup>1446</sup>. Toutefois, le poids du parquet a été renforcé par la loi du 25 janvier 1985. Celle-ci a créé une fonction de commissaire du Gouvernement auprès de la commission d'inscription, assurée par un magistrat du parquet désigné par le garde des sceaux, afin de procéder, notamment, à l'instruction des demandes d'inscription. Le certificat délivré par la chambre de discipline ayant été supprimé, c'est au commissaire du Gouvernement qu'il a incombé, en application du décret du 27 décembre 1985, de délivrer un certificat de fin de stage. Lors de son entrée en vigueur, le décret prévoyait même que le commissaire du Gouvernement pouvait refuser l'inscription du stagiaire sur le registre de stage, s'il estimait l'activité du maître de stage ne permettait pas au stagiaire d'acquérir l'expérience professionnelle nécessaire<sup>1447</sup>, témoignant ainsi de l'accroissement des pouvoirs reconnu au parquet en 1985. Cette prérogative a néanmoins été supprimée par le décret du 10 juin 2004<sup>1448</sup>. Il demeure que le commissaire du Gouvernement délivre encore aujourd'hui le certificat de fin de stage ou motive son refus de délivrance<sup>1449</sup>, demande le bulletin n° 2 du casier judiciaire de l'intéressé et fait diligenter une enquête de moralité lors de la procédure d'inscription<sup>1450</sup>. Enfin, il doit être entendu par la CNID avant qu'elle ne statue sur l'inscription du mandataire de justice sur la liste<sup>1451</sup>.

<sup>1445</sup> *Ibid.*, n° 685, p. 311. Sur ce point, le garde des sceaux soulignait justement, au cours des travaux parlementaires de la loi du 25 janvier 1985, que la « *liaison directe qui s'établit très légitimement entre les magistrats et les syndics, qui sont des auxiliaires de justice très proches ne [lui] paraissait pas souhaitable au sein d'une commission nationale exerçant une fonction disciplinaire.* » (R. Badinter, *JO déb. Ass. nat.* 11 avr. 1984, 1<sup>e</sup> lect., sous art. 3, p. 1426)

<sup>1446</sup> D. n° 56-608 du 18 juin 1956 portant application du décret n° 55-603 du 20 mai 1955 relatif aux syndics et aux administrateurs judiciaires, art. 1<sup>er</sup>.

<sup>1447</sup> D. n° 85-1389 du 27 décembre 1985 relatif aux administrateurs judiciaires, aux mandataires-liquidateurs et experts en diagnostic d'entreprise, art. 7 et 39.

<sup>1448</sup> D. n° 2004-518 portant diverses dispositions relatives aux administrateurs judiciaires et aux mandataires judiciaires au redressement et à la liquidation des entreprises, art. 11 et 37.

<sup>1449</sup> C. com., art. R. 811-18 et R. 812-10.

<sup>1450</sup> C. com., art. R. 811-31 et R. 812-19.

<sup>1451</sup> C. com., art. R. 811-33 et R. 812-19.

Depuis la loi du 25 janvier 1985, la procédure d'inscription des mandataires de justice ne relève donc plus de l'autorité du pouvoir judiciaire, incarné par la cour d'appel, mais d'une Commission nationale à la composition éclectique auprès de laquelle sont désignés des magistrats du parquet afin d'en assurer le contrôle<sup>1452</sup>. L'instruction qui relevait auparavant des juridictions, en tant qu'institutions judiciaires, a été transférée à des magistrats légalement placés sous l'autorité du garde des sceaux<sup>1453</sup>. Ce changement n'est pas anodin car il met en lumière le poids acquis par la Chancellerie dans l'organisation de la profession.

**386. Le pouvoir du législateur de confier l'inscription des auxiliaires de justice à une autorité non judiciaire.** Alors que la réglementation de la profession de syndic relevait de la pratique et des usages des tribunaux de commerce<sup>1454</sup>, le décret du 20 mai 1955, en lui donnant une assise légale, l'avait rapprochée des règles régissant les autres auxiliaires de justice. Le système proposé par la loi du 25 janvier 1985 s'en écarte assurément si bien que certains ont vu dans cette innovation une atteinte à des principes constitutionnels régissant les professions d'auxiliaire de justice. Cette question a motivé une saisine du Conseil constitutionnel. Les auteurs de cette saisine soutenaient qu'en confiant l'établissement des listes à des commissions administratives, dont les membres sont nommés par décret, le législateur aurait méconnu l'indépendance de l'autorité judiciaire<sup>1455</sup>.

Le Conseil a jugé qu'il en allait autrement « *dès lors, d'une part, qu'il appartient exclusivement à celle-ci de procéder à la nomination du mandataire de justice qu'elle choisit en chaque espèce et, d'autre part, que les listes préalablement établies sont suffisamment étendues pour lui permettre une liberté de choix effective distinguant l'établissement des listes et la désignation des mandataires de justice* ». Autrement dit, afin que soit respectée l'indépendance de l'autorité judiciaire, il suffit que lui soit réservée la désignation des mandataires de justice dans chaque procédure, le Conseil reconnaissant au législateur le droit de confier à une commission, composée de membres extérieurs à l'autorité judiciaire, le soin d'établir la liste de ces auxiliaires. Néanmoins, le Conseil a précisé que, afin d'assurer l'effectivité de la liberté de choix des juridictions, il faut encore que les listes soient suffisamment étendues<sup>1456</sup>. Par cette décision, le Conseil constitutionnel a donc confirmé qu'il

<sup>1452</sup> A. Chevrier, « Les mandataires de justice », *RTD com.* 1986, hors-série, t. 2, p. 157.

<sup>1453</sup> Ord. n° 58-1270 du 22 décembre 1958 *portant loi organique relative au statut de la magistrature*, art. 5.

<sup>1454</sup> H. Solus et R. Perrot, *op. cit.*, n° 1144, p. 927.

<sup>1455</sup> Conseil. constit., 18 janv. 1985, DC, n° 84-182, consid. n° 4, *D.* 1986, jur., p. 427, note T. Renoux.

<sup>1456</sup> Il a enfin souligné que la décision pouvait faire l'objet d'un recours devant une autorité judiciaire, sans condition restrictive particulière, ce qui garantissait l'exercice d'un recours selon les modalités habituelles.

était possible de confier à une autre institution qu'une autorité judiciaire le soin de procéder à l'inscription d'auxiliaires de justice.

**387. Les conditions d'inscription depuis la loi du 25 janvier 1985.** Un grief formulé à l'encontre des syndics tenait à l'insuffisance de leurs qualifications les empêchant de mettre convenablement en œuvre la logique de sauvegarde de l'activité insufflée par la loi du 13 juillet 1967<sup>1457</sup>. En réaction, le législateur a fait le choix de scinder la profession afin de susciter des vocations d'administrateurs judiciaires ayant pour mission de sauver les entreprises<sup>1458</sup>. Une réponse complémentaire a consisté à renforcer le contrôle de la qualification des candidats à la profession en généralisant la subordination de l'accès au stage à la titularité de certains diplômes<sup>1459</sup>. De même, le décret du 27 décembre 1985 a uniformisé la durée du stage qui, auparavant, pouvait varier selon la nature du diplôme<sup>1460</sup>. Le texte a aussi été l'occasion d'aligner les exigences attendues des professionnels sur le régime spécifique appliqué au tribunal de commerce de la Seine sous l'empire des textes précédents. La loi du 3 janvier 2003 a ajouté un examen d'accès au stage renforçant la vérification des connaissances théoriques des aspirants mandataires de justice<sup>1461</sup>. Cette loi a également veillé au maintien de la compétence des mandataires de justice en les soumettant à des obligations en matière de formation continue devant leur permettre d'entretenir et de perfectionner leurs connaissances<sup>1462</sup>. Enfin, la loi du 25 janvier 1985 n'est pas revenue sur l'interdiction de financer la présentation d'un successeur et l'absence de clientèle attachée à la fonction de mandataires de justice dont les conséquences sont perceptibles, par exemple, lorsqu'il est question de liquider un régime matrimonial<sup>1463</sup>.

En définitive, la loi du 25 janvier 1985 a opéré une transition d'un statut d'auxiliaires auprès de juridictions en particulier, où la confiance subjective de ces dernières occupait une place prédominante, vers un statut d'auxiliaire de justice en un sens plus institutionnel, reposant sur d'importantes exigences en matière de formation et d'expérience destinées à assurer la

<sup>1457</sup> F. Derrida, « Administrateurs judiciaires, mandataires liquidateurs et experts en diagnostic d'entreprise », *A.L.D.* 1985, n° 2, p. 45.

<sup>1458</sup> Interv. R. Badinter, *JO déb. Ass. nat.* 5 avr. 1984, discussion générale, p. 1182 : « [La profession d'administrateur] est, selon moi, appelée à connaître un grand développement et à susciter des vocations et un intérêt constant chez les femmes et les hommes qui ont un tempérament et une compétence de gestionnaire d'entreprise, chargé d'assister ou de représenter le dirigeant, d'analyser les difficultés avec lui, de réunir les partenaires, de négocier, d'élaborer un plan d'entreprise et, s'il y a lieu, de la gérer provisoirement. »

<sup>1459</sup> L. n° 85-99 du 25 janvier 1985 relative aux administrateurs judiciaires, aux mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises et experts en diagnostic d'entreprise, art. 5 et 21.

<sup>1460</sup> D. n° 85-1389 du 27 décembre 1985 relatif aux administrateurs judiciaires, aux mandataires-liquidateurs et experts en diagnostic d'entreprise, art. 4 et 38.

<sup>1461</sup> L. n° 2003-7 du 3 janvier 2003 modifiant le livre VIII du code de commerce, art. 5.

<sup>1462</sup> *Ibid.*, art. 13 créant l'article L. 814-9 du code de commerce.

<sup>1463</sup> Cass. 1<sup>o</sup> civ., 28 mai 2014, n° 13-14.884, *Bull. civ. I*, n° 97 ; *Gaz. Pal.* 30 sept. 2014, n° 193m1, p. 23, obs. S. Lerond ; *ibid.* 20 janv. 2015, n° 209e8, p. 18, obs. C. Bidan ; *BJE* sept. 2014, n° 111q0, p. 301, obs. S. Benlisi.

compétence des professionnels. Ainsi, l'inscription a été restreinte aux candidats titulaires de certains diplômes ayant réussi un examen d'accès au stage, réalisé ce dernier et réussi un examen d'aptitude à son issue. Par ailleurs, si l'existence d'une profession réglementée peut faire courir le risque d'une entrave à son accès, les mandataires de justice ont été totalement évincés de la procédure d'inscription. Pourtant, la question de leur nombre insuffisant a été régulièrement soulevée, ce à quoi la loi du 6 août 2015 a entendu répondre.

§ 2 : Les innovations de la loi du 6 août 2015

### **388. La persévérance des critiques tenant au nombre insuffisant de professionnels.**

Malgré la réforme de la procédure d'inscription sur les listes opérée par la loi du 25 janvier 1985, les critiques tenant à l'insuffisance du nombre de professionnels ont perduré<sup>1464</sup>. La loi du 6 août 2015 a tenté d'apporter une nouvelle réponse à ce problème en favorisant l'inscription de nouveaux professionnels. Avant d'examiner les conséquences de cette réforme, il faut constater que le législateur a écarté une autre voie tenant à la remise en cause de la liberté d'installation des mandataires de justice comme il a pu le faire pour les notaires et les commissaires de justice. En effet, l'article 52 de la loi du 6 août 2015 a introduit un découpage territorial entre les zones où les notaires et les commissaires de justice peuvent s'installer librement et des zones où il ne peut être créé de nouveaux offices qu'à la condition de ne pas porter atteinte à la continuité de l'exploitation des offices existants et à la qualité du service rendu. À s'en tenir à cette logique, il est possible de s'étonner que le législateur n'ait pas envisagé de l'appliquer à l'installation des mandataires de justice, alors même que le nombre insuffisant de professionnels exerçant auprès de certaines juridictions a été plusieurs fois relevé<sup>1465</sup>. S'agissant des mandataires de justice, c'est une autre voie qui a été privilégiée afin d'accroître le nombre de professionnels. D'une part, un assouplissement des dispenses d'examen ou de stage et, d'autre part, l'instauration d'une nouvelle voie d'accès à la profession.

### **389. Les dispenses d'examens d'accès et d'aptitude et de stage.** À l'instar du décret du 18 juin 1956, la loi du 25 janvier 1985 accordait à certains professionnels une dispense totale ou partielle des épreuves de l'examen d'aptitude et de la durée du stage<sup>1466</sup>. De même, la loi du 3 janvier 2003, qui a introduit l'examen d'accès au stage, a aussi prévu le principe d'une

<sup>1464</sup> Aut. conc., avis préc., n<sup>os</sup> 163 et s., pp. 35 et s.; n<sup>os</sup> 435 et s., pp. 71 et s. En ce sens ég., J. Attali (prés.), rapport préc., décision 214, p. 166; Rapport IGF préc., p. 26, R. Ferrand, rapport préc., n<sup>o</sup> 4.1.1, p. 43.

<sup>1465</sup> Aut. conc., avis préc., n<sup>os</sup> 167, p. 35.

<sup>1466</sup> L. n<sup>o</sup> 85-99 du 25 janvier 1985 *relative aux administrateurs judiciaires, aux mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises et experts en diagnostic d'entreprise*, art. 5 et 21.

dispense de droit de cet examen pour certains professionnels souhaitant rejoindre la profession de mandataire de justice<sup>1467</sup>. Cependant, en application du décret du 27 décembre 1985, les demandes de dispenses de stage ou d'examen d'aptitude étaient examinées par les commissions d'inscription et de discipline.

En vue d'accroître le nombre de professionnels, la loi du 6 août 2015 et le décret du 26 décembre 2016 ont modifié le système de dispense de stage et d'examen d'aptitude. Ces textes ont généralisé les dispenses de droit, partielles ou totales, en supprimant l'examen des demandes par la CNID<sup>1468</sup>. Cette évolution a été justifiée par le manque de professionnels pouvant être désignés par les juridictions<sup>1469</sup>. À l'appui de cette proposition, le ministre de l'Économie a soutenu qu'il s'agissait de créer « *ce qui n'existe pas dans le code actuel, à savoir un mécanisme de valorisation des acquis de l'expérience.* »<sup>1470</sup> Cette dernière affirmation paraît particulièrement discutable car l'ancienne rédaction des articles R. 811-25 et R. 812-13 prévoyait bien la possibilité d'obtenir une dispense partielle du stage, mais à la suite de l'examen d'une demande par la commission nationale d'inscription et de discipline<sup>1471</sup>, au sein de laquelle, il faut le rappeler, aucun mandataire de justice ne siège depuis la loi du 28 mars 2011.

Dans ces conditions, revendiquer la création d'un mécanisme de valorisation des acquis de l'expérience est d'autant plus surprenant que l'article L. 613-4 du code de l'éducation dispose qu'une telle validation des acquis de l'expérience est prononcée, précisément, par un jury. En matière d'accès à la profession, une telle procédure avait l'avantage de permettre un examen individualisé du profil du candidat. Par conséquent, il faudra veiller à ce que cette volonté d'ouvrir la profession des mandataires de justice ne se fasse pas au détriment de la compétence de ces professionnels<sup>1472</sup>. À cet égard, il faut encore rappeler que, par le passé, les dispenses totale ou partielle de stage, déjà motivées par la volonté d'attirer de nouveaux

<sup>1467</sup> C. com., art. L. 811-5, R. 811-13 et L. 812-3, R. 812-13, R. 812-7.

<sup>1468</sup> C. com., art. L. 811-5, R. 811-25, R. 811-26 et L. 812-3, R. 812-13, R. 812-14.

<sup>1469</sup> Projet de loi n° 2447 *pour la croissance et l'activité*, Exposé des motifs.

<sup>1470</sup> Interv. E. Macron, *JO déb. Ass. nat.* 4 févr. 2015, 1<sup>er</sup> lect., sous art. 20.

<sup>1471</sup> Pour une étude des différents profils sur lesquels la CNID a été appelée à se prononcer, v. B. Soinne, *op. cit.*, n° 97, p. 131.

<sup>1472</sup> Du reste, des praticiens ont eux-mêmes souligné que « *Les procédures d'accès antérieures permettaient à des personnes venant d'horizons variés d'accéder à la profession, permettant de l'enrichir par la technique de la fertilisation croisée. Nous ne pouvons passer sous silence que certaines voies d'accès, sous le prétexte affiché d'accès de la profession à un plus grand nombre, vont en réalité, et contrairement à l'objectif recherché, créer des dynasties familiales.* » (F. Legrand, J.-M. Picot, O. Buisine et V. Rousseau, « L'accroissement de l'efficacité des procédures de restructuration et d'insolvabilité par la directive du 20 juin 2019 », *JCP E* 2020, 1079, n° 7, p. 37)

professionnels, avaient provoqué de graves difficultés dans certains dossiers dont la gestion a montré l'insuffisance des professionnels ainsi sélectionnés<sup>1473</sup>.

Désormais, les avocats, les notaires, les commissaires-priseurs judiciaires, les huissiers de justice, les greffiers des tribunaux de commerce, les anciens avoués, les experts-comptables, les commissaires aux comptes ayant exercé leur profession pendant dix ans au moins sont automatiquement dispensés de stage professionnel<sup>1474</sup>. Il en va de même pour les personnes titulaires de certains titres ou diplômes et justifiant de quinze ans au moins de pratique professionnelle comptable, juridique ou financière, dans le domaine de l'administration, du financement, de la restructuration, dont les fusions-acquisitions, ou de la reprise d'entreprises, notamment en difficulté<sup>1475</sup>. Toutefois, pour ces personnes dispensées totalement de stage professionnel, l'épreuve de l'examen d'aptitude de présentation et de discussion avec le jury portant sur un mémoire de stage est remplacée par une épreuve de présentation et de discussion avec le jury portant sur l'expérience professionnelle du candidat<sup>1476</sup>. Par conséquent, le jury doit être particulièrement vigilant lors de cette épreuve car la dispense de stage de droit est accordée à des professions dont la pratique quotidienne peut être assez éloignée de celle des mandataires de justice<sup>1477</sup>.

**390. Le pouvoir de blocage limité des professionnels.** Sous l'empire du décret du 20 mai 1955, les professionnels avaient conservé le pouvoir de filtrer l'entrée dans la profession<sup>1478</sup>. L'inscription relevant désormais des pouvoirs de la CNID, qui ne compte aucun mandataire de justice en matière d'inscription, les professionnels n'ont en principe plus aucun pouvoir de ce type. La composition des jurys de ces examens reste néanmoins un enjeu important, surtout si l'on craint que les membres de la profession en restreignent l'accès. Le risque ne semble toutefois pas exister dans la mesure où le jury de l'examen d'accès au stage, comme celui de l'examen d'aptitude, est composé aux deux tiers de personnes qui ne sont pas des mandataires

<sup>1473</sup> G. Gil, *op. cit.*, n° 690, p. 313, citant la Commission juridique de la C.C.I. de Paris, *Les professions d'administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises : Propositions de réforme*, 27 nov. 1997, p. 13 et F. Colcombet (prés.) et A. Montebourg (rapp.), *Les tribunaux de commerce : une justice en faillite ?*, t. 2, auditions, p. 273.

<sup>1474</sup> C. com., art. R. 811-25 et R. 812-7.

<sup>1475</sup> *Ibid.*

<sup>1476</sup> C. com., art. R. 811-26 pour l'administrateur judiciaire et R. 812-14 pour le mandataire judiciaire.

<sup>1477</sup> M. Sénéchal, « Projet de loi Macron : quels enjeux pour les mandataires judiciaires ? », *D.* 2014, p. 2568. L'auteur, mandataire judiciaire, aborde ici l'hypothèse de la fusion de la profession de mandataire judiciaire avec celle d'huissier ou de commissaire-priseur. Sa remarque semble néanmoins s'appliquer à la question des dispenses lorsque, après avoir listé la variété et la complexité des tâches accomplies par les mandataires de justice, il se demande si un huissier ou par un commissaire-priseur judiciaire a déjà accompli l'une des tâches en cause.

<sup>1478</sup> V. *supra* n° 372.

de justice<sup>1479</sup>. Le poids minoritaire des membres de la profession dans les jurys devrait ainsi limiter la possibilité d'entraver l'accès à de nouveaux professionnels par la voie ordinaire<sup>1480</sup>. Ce, d'autant plus qu'aucun rôle tendant à réguler le nombre de professionnels n'est attribué à la CNID<sup>1481</sup>. En somme, comme le souligne M<sup>e</sup> Sénéchal, les professionnels « *Voudraient-ils avoir une approche malthusienne de leurs professions que cela leur serait impossible puisqu'ils sont minoritaires dans les jurys d'examen d'accès et d'aptitude et qu'ils sont purement et simplement tenus à l'écart de la commission qui décide de l'inscription d'un nouveau professionnel sur la liste. Il peut donc y avoir autant de nouveaux professionnels que les jurys, majoritairement composés de magistrats et d'universitaires, décident d'en recevoir.* »<sup>1482</sup>

L'auteur est néanmoins plus sensible au risque indirect de verrouillage de l'accès à la profession qui peut résulter de l'obligation d'effectuer un stage, celle-ci supposant qu'une étude accepte d'accueillir le stagiaire durant trois ans au minimum. Se prononçant sur cette question, avant la création de la voie d'accès Administration et liquidation des entreprises en difficulté (ALED), l'auteur estimait que la menace de filtrage était inexistante s'agissant de la voie d'accès historique en raison du faible nombre de candidats reçus à l'issue de chaque session de l'examen d'accès. Du reste, il insistait sur la marge de manœuvre dont pourrait disposer le Conseil national des administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires (CNAJMJ) afin de conjurer une telle pratique. Il suggérait ainsi que les modalités de formation pratique puissent évoluer de manière à ce que l'expérience pratique s'acquière au sein d'une ou plusieurs études avec un statut de collaborateur, quand le Conseil national assurerait, pour sa part, une formation

<sup>1479</sup> Pour l'**examen d'accès**, le jury est composé d'un magistrat de l'ordre judiciaire, d'un conseiller à la Cour de cassation ou d'un avocat général près cette cour, en service extraordinaire, qui préside et dont la voix est prépondérante en cas d'égalité, d'un magistrat de l'ordre judiciaire et d'un professeur ou un maître de conférences de droit. Le reste du jury est composé, pour les administrateurs judiciaires, d'un professeur ou d'un maître de conférences de sciences économiques ou de gestion et de deux administrateurs judiciaires et, pour les mandataires judiciaires, par un second professeur ou un maître de conférences de droit et de deux mandataires judiciaires (C. com., art. R. 811-10 pour l'administrateur judiciaire et R. 812-6 pour le mandataire judiciaire.)

Pour l'**examen d'aptitude**, le jury est composé d'un magistrat de l'ordre judiciaire, d'un conseiller à la Cour de cassation ou d'un avocat général près cette cour, en service extraordinaire, qui préside et dont la voix est prépondérante en cas d'égalité, d'un magistrat de l'ordre judiciaire, d'un membre d'une juridiction commerciale du premier degré, d'une personne qualifiée en matière juridique, économique, sociale ou financière. Le reste du jury est composé, pour les administrateurs judiciaires, de deux administrateurs judiciaires dont l'un est inscrit sur la liste prévue à l'article L. 811-2 avec la mention de la spécialité civile et l'autre avec la mention de la spécialité commerciale et, pour les mandataires judiciaires, de deux mandataires judiciaires (C. com., art. R. 811-19 pour l'administrateur judiciaire et R. 812-11 pour le mandataire judiciaire.)

<sup>1480</sup> M. Sénéchal, « Le mandat de justice "à la française", un modèle à préserver ? », *D.* 2013, p. 651.

<sup>1481</sup> G. Gil, *op. cit.*, n° 685, p. 310.

<sup>1482</sup> M. Sénéchal, art. préc.

personnalisée en droit, comptabilité et analyse financière<sup>1483</sup>. La création de la voie d'accès ouverte par le Master ALED renouvelle les termes du débat.

**391. L'accès à la profession par l'obtention d'un Master ALED.** Toujours dans la perspective d'accroître le nombre de professionnels, la loi du 6 août 2015 a introduit une nouvelle voie d'accès à la profession de mandataire de justice. Dorénavant, les titulaires d'un Master ALED qui ont accompli un stage remplissant les conditions fixées par décret peuvent demander l'inscription sur les listes sans avoir été soumis à l'examen d'accès et, surtout, de sortie du stage<sup>1484</sup>. S'agissant de l'obligation de stage en elle-même, le décret d'application, en conditionnant l'inscription à une expérience d'une durée conséquente, semble avoir tenu compte de la nécessité de permettre l'exécution par le stagiaire d'actes relatifs à « *toute la gamme des mandats caractérisant l'exercice du mandat de justice* »<sup>1485</sup>. L'introduction de cette nouvelle voie suscite pourtant des craintes s'agissant de l'expérience des mandataires intégrant de la sorte la profession<sup>1486</sup>.

Comme cela été précédemment souligné, en soumettant l'inscription des syndics au passage d'un examen professionnel, le décret du 18 juin 1956 avait aligné le régime de la profession de mandataire de justice sur celui des autres auxiliaires de justice dans un mouvement d'accroissement des qualifications exigées de ces derniers entamé au lendemain de la Seconde Guerre mondiale<sup>1487</sup>. À cet égard, permettre l'accès à une profession sans examen professionnel semble s'inscrire à contre-courant de l'histoire des professions réglementées juridiques. En dispensant d'un tel examen les aspirants à la profession, ce dispositif a suscité un fort rejet chez les professionnels en exercice.

Deux considérations peuvent expliquer cette hostilité et méritent d'être discutées. D'abord, s'il est possible d'intégrer selon des modalités similaires d'autres professions d'auxiliaires de justice, il en va ainsi seulement pour des professionnels ayant déjà exercé durant une certaine période leur ancienne profession. Surtout, il faut souligner que la dispense n'est pas automatique. Par exemple, la demande d'intégration de la profession d'huissier de justice

<sup>1483</sup> *Ibid.* Ce qui peut être d'ailleurs l'occasion, selon l'auteur, d'ajouter une expérience durant « *au moins une année en entreprise, complément qui serait fort utile pour l'apprentissage de ceux qui se destinent au traitement des difficultés des entreprises* ».

<sup>1484</sup> C. com., art. L. 811-5, R. 811-28-1 et L. 812-3, R. 812-18-1.

<sup>1485</sup> F.-X. Lucas, « Structuration des études et formation des professionnels », *BJE* mai 2016, n° 113g8, p. 149.

<sup>1486</sup> F.-X. Lucas, « Commentaire des dispositions de la loi du 6 août 2015 "pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques" intéressant le droit des entreprises en difficulté », *BJE* sept. 2015, n° 112q8, p. 317 ; v. ég. F.-X. Lucas, « "L'idée de diversifier les voies d'accès et de ne plus passer exclusivement par le double examen d'accès au stage puis d'aptitude apparaît pertinente" », *BJE* nov. 2015, n° 112u8, p. 420.

<sup>1487</sup> V. *supra* n° 370.



était examinée par un organe composé de professionnels<sup>1488</sup>. Pour sa part, l'aspirant à l'avocature doit passer un examen de contrôle des connaissances en déontologie et réglementation professionnelle<sup>1489</sup>. La dispense d'examen professionnel pour les mandataires de justice est toutefois atténuée par le fait que, pour cette voie d'accès, le certificat de fin de stage n'est pas délivré par le commissaire du Gouvernement mais par la CNID elle-même qui doit vérifier que le stagiaire a rempli toutes les obligations lui incombant durant le stage<sup>1490</sup>. Si cette vérification n'est pas équivalente à un examen professionnel, le fait qu'elle ait été confiée à la CNID, plutôt qu'au commissaire du Gouvernement, laisse entendre qu'elle peut être l'occasion d'un examen approfondi et concret du stage réalisé par le candidat.

Ensuite, et il s'agit sûrement de la plus grande source de crispation de la part des professionnels, cette voie d'accès a pour conséquence que tout candidat qui est accepté en stage dans une étude peut, en principe, intégrer la profession au terme dudit stage. L'idée peut sembler évidente mais il faut souligner que, s'agissant de la voie ordinaire, la réussite à l'examen d'accès ne garantit aucunement celle à l'examen professionnel pour lequel l'échec n'est pas résiduel<sup>1491</sup>. La voie ALED prive donc d'un outil de régulation de l'accès des candidats à la profession. Si les mandataires de justice sont aujourd'hui encore assez peu nombreux<sup>1492</sup>, la mécanique de cette nouvelle voie d'accès peut aboutir à accroître considérablement le nombre de professionnels en raison des dizaines voire centaines d'étudiants pouvant être diplômés chaque année<sup>1493</sup>. Le robinet qui ne laissait couler l'eau qu'au compte-gouttes pourrait désormais déverser un jet difficilement contrôlable. En réaction, les

---

<sup>1488</sup> D. n° 75-770 du 14 août 1975 *relatif aux conditions d'accès à la profession d'huissier de justice ainsi qu'aux modalités des créations, transferts et suppressions d'offices d'huissier de justice et concernant certains officiers ministériels et auxiliaires de justice*, art. 2. Cette disposition a été abrogée par l'article 70 du décret n° 2022-949 du 29 juin 2022 *relatif aux conditions d'exercice des commissaires de justice*, sans que, à notre connaissance, une nouvelle disposition prévoie une règle similaire pour les nouveaux commissaires de justice.

<sup>1489</sup> D. n° 91-1197 du 27 novembre 1991 *organisant la profession d'avocat*, art. 98-1.

<sup>1490</sup> C. com., art. R. 811-28-4 et R. 812-18-4.

<sup>1491</sup> A. Perdreau, « Les modes d'accès aux différentes formations professionnelles », in (sous l'égide) Haut conseil des professions du droit et Conseil national du droit, *Quelles professions réglementées du droit pour demain ?*, Dalloz, 2021, p. 66. Il faut rappeler, à cet égard, que l'ouverture d'une session d'examen est arrêtée par la Chancellerie et non par les professionnels.

<sup>1492</sup> Lors de la préparation de la loi du 6 août 2015, étaient dénombrés 118 administrateurs judiciaires et 306 mandataires judiciaires (R. Ferrand, *Professions réglementées. Pour une nouvelle jeunesse*, oct. 2014, n° 4.1.1.1, p. 43). Trois années après l'adoption de cette loi, étaient dénombrés 135 administrateurs judiciaires et 299 mandataires judiciaires (Rapport d'information n° 1454 du 29 novembre 2018 sur *l'évaluation de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « loi Macron »*).

<sup>1493</sup> M. Sénéchal, « Les différentes professions et les universités : quelle attractivité ? », in (sous l'égide) Haut conseil des professions du droit et Conseil national du droit, *Quelles professions réglementées du droit pour demain ?*, Dalloz, 2021, p. 100.

professionnels sont enclins à fermer les vannes de la voie ALED en refusant d'accueillir les stagiaires ne suivant pas la voie ordinaire.

Sauf à contraindre les professionnels à accepter les stagiaires dans leurs études, et il est aisé de comprendre en quoi le résultat pourrait être catastrophique, l'ouverture de la profession par la voie ALED peut donc sembler vouée à l'échec. Si cela venait à se confirmer, susciter les vocations en faisant davantage connaître la profession et la voie d'accès historique semble une réponse plus propice à l'accroissement des effectifs de la profession. En soi, la création des Master ALED devrait favoriser les candidatures à ces professions et, au regard de la composition des jurys, les mandataires de justice n'ont pas les moyens de restreindre le nombre d'admis. Une solution pourrait donc consister à promouvoir la voie traditionnelle tout en envisageant de modifier les conditions de réalisation du stage si les professionnels refusaient les candidats ayant passé l'examen d'accès comme cela a été suggéré<sup>1494</sup>.

En définitive, si l'étude historique de la profession de mandataire de justice a montré un souci constant d'assurer la compétence des mandataires de justice, la voie privilégiée par le législateur afin d'accroître le nombre de professionnels pourrait remettre en cause cet acquis. Surtout, l'assouplissement des voies d'accès à la profession pourrait créer une difficulté à long terme s'agissant de l'équilibre économique de la profession si le nombre de professionnels augmentait significativement. Il ne s'agit pas ici de défendre un système garantissant une rente de position pour quelques professionnels qui bénéficieraient d'une confortable rémunération sans rapport avec un quelconque mérite. Toutefois, il faut souligner le fait que la loi du 6 août 2015 a créé les conditions d'un très fort accroissement du nombre de professionnels dans le temps même si, pour le moment, cette évolution ne s'est pas produite. L'orientation de la loi du 6 août 2015 peut parfaitement être défendue. Il convient néanmoins d'en saisir les conséquences. En effet, si le nombre de professionnels devenait trop important, rapporté au volume d'affaires à distribuer, les conditions de l'équilibre économique de l'exercice de la profession, et notamment la question des incompatibilités, seraient nécessairement remises en cause, aspect qu'il convient également d'examiner.

---

<sup>1494</sup> V. *supra* n° 390.

## SECTION 2 : L'EXERCICE DE LA PROFESSION

**392. Plan de la section.** Le statut des mandataires de justice, tel qu'il résulte de la loi du 25 janvier 1985, semble en adéquation avec la finalité de leur mission concourant à la défense de l'intérêt général. Cette finalité peut ainsi expliquer le contrôle rigoureux de l'autorité publique sur les mandataires de justice. De même, les strictes incompatibilités d'exercice auxquels étaient soumis les mandataires de justice assurent, en principe, leur indépendance au regard des intérêts en présence.

La loi du 25 janvier 1985 avait radicalement exclu les mandataires de justice de la participation à la discipline de leur profession au profit de l'autorité publique. Ce système s'étant avéré peu satisfaisant, le législateur a associé à nouveau les mandataires de justice à l'organisation de leur profession dès 1990. Cette évolution interroge sur la place que doivent occuper les professionnels dans la régulation de leur profession. L'absence de juridiction ordinaire est ainsi longtemps restée une spécificité de cette profession. L'adoption de la loi du 22 décembre 2021 *pour la confiance en la justice* a rapproché les juridictions disciplinaires des autres professions réglementées juridiques de celles des mandataires de justice. Ces derniers demeurent néanmoins systématiquement minoritaires dans la composition de ces instances, ce qui les distingue toujours des autres auxiliaires de justice (§ 1). En favorisant l'exercice interprofessionnel au sein des professions libérales, la loi du 6 août 2015 a surtout créé des difficultés s'agissant de la préservation de leur indépendance (§ 2).

## § 1 : La place de l'autorité publique dans le contrôle de l'exercice de la profession

**393. Plan du paragraphe.** Alors que le décret du 20 mai 1955 avait rapproché les règles de discipline des mandataires de justice de celles appliquées aux autres auxiliaires de justice, la loi du 25 janvier 1985 a radicalement évincé les professionnels de la participation à la discipline de leur profession au profit de l'autorité publique (I). Une telle exclusion s'est avérée inefficace tant il est apparu que l'autorité publique avait besoin de la participation des professionnels. Si ces derniers ont été réintégrés dans les instances de contrôle de leur profession, les mandataires de justice restent soumis à un régime particulier dans la mesure où ils sont minoritaires dans la formation disciplinaire. La récente réforme de la discipline des autres auxiliaires de justice tend néanmoins à atténuer la spécificité de la situation des mandataires de justice (II).

## I. L'éviction radicale des professionnels de la discipline par la loi du 25 janvier 1985

**394. L'éviction totale des mandataires de justice de la surveillance de la profession.** La réglementation des auxiliaires de justice a été étoffée depuis les ordonnances et décrets du début de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle. Ces professions sont désormais soumises à des inspections périodiques réalisées par les organes disciplinaires, complétées le cas échéant par des inspections ponctuelles<sup>1495</sup>. En raison de l'importance de leurs fonctions pour la bonne administration de la justice, les auxiliaires de justice sont astreints à un contrôle spécifique de la part de l'autorité publique. Ils sont ainsi soumis à une surveillance du parquet qui peut procéder à tout contrôle qu'il estime nécessaire<sup>1496</sup>. Ce modèle était également celui qui s'appliquait aux syndics en vertu du décret du 20 mai 1955.

La loi du 25 janvier 1985 a rompu avec cette organisation en supprimant la chambre nationale de discipline, évinçant de ce fait la profession du contrôle de l'activité de ses membres<sup>1497</sup>. En application de cette loi, seul le ministère public était chargé de surveiller ces professionnels et le texte précisait seulement que les inspections étaient confiées à « l'autorité publique »<sup>1498</sup>. Il a fallu préciser les modalités de cette surveillance assurée par l'autorité publique. Le décret du 27 décembre 1985 a confié le soin au garde des sceaux de désigner un magistrat de l'ordre judiciaire chargé de l'inspection des mandataires de justice qu'il pouvait réaliser lui-même ou en confiant cette tâche à des magistrats du parquet dont il coordonnait l'activité<sup>1499</sup>.

<sup>1495</sup> D. n° 56-222 du 29 février 1956 *pris pour l'application de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers de justice*, art. 94-2, 94-17 et 94-22. Rappelons qu'en application de l'article 67 du décret n° 2022-949 du 29 juin 2022 *relatif aux conditions d'exercice des commissaires de justice*, la référence aux huissiers de justice dans le décret de 1956 désigne désormais les commissaires de justice.

<sup>1496</sup> D. n° 56-222 du 29 février 1956 *pris pour l'application de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers de justice*, art. 94-1. En revanche, les avocats ne peuvent pas faire l'objet d'une inspection directement conduite par le parquet. Le procureur de la République peut seulement demander au bâtonnier de procéder à une enquête sur le comportement d'un avocat de son barreau (D. n° 91-1197 du 27 novembre 1991 *organisant la profession d'avocat*, art. 187).

<sup>1497</sup> B. Soinne, *op. cit.*, n° 20, p. 25. À cet égard, la loi du 15 octobre 1981 qui a renforcé la place du « Prince chez les marchands » (J.-F. Boiron, « Le "Prince" chez les "marchands" », *Gaz. Pal.* 8 mai 1982, 2, doct., p. 251), c'est-à-dire les pouvoirs du parquet au sein des tribunaux de commerce, pouvait apparaître comme un signe annonciateur du plus grand rôle que le ministère public allait être appelé à jouer dans le fonctionnement de la profession de mandataire de justice (V. déjà, avant la loi du 15 octobre 1981, R. Badinter, « Le procureur et le consul », *RJ com.* 1981, p. 245 ; ; v. ég. : B. Soinne, « L'intervention du ministère public dans les procédures collectives de redressement et de liquidation », *D.* 1983, chron., p. 11).

<sup>1498</sup> L. n° 85-99 du 25 janvier 1985 *relative aux administrateurs judiciaires, aux mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises et experts en diagnostic d'entreprise*, art. 12 et 28.

<sup>1499</sup> D. n° 85-1389 du 27 décembre 1985 *relatif aux administrateurs judiciaires, aux mandataires-liquidateurs et experts en diagnostic d'entreprise*, art. 55 et 56.

Autrement dit, le choix a été fait de confier exclusivement à des magistrats le soin de procéder à la surveillance de la profession. Les inspections pouvaient être ainsi effectuées d'office par le magistrat chargé de cette question ou bien à la demande du commissaire du Gouvernement auprès des commissions d'inscription et de discipline<sup>1500</sup>.

**395. Le lien entre l'évolution du statut des mandataires de justice et celle de la finalité des procédures collectives.** En supprimant la chambre nationale des syndics, la loi du 25 janvier 1985 a aussi privé la profession d'un organe disciplinaire interne. Si la loi a prévu que la formation disciplinaire compte quelques professionnels, ces derniers y sont minoritaires. Surtout, lors de l'entrée en vigueur de la loi du 25 janvier 1985, seul le commissaire du Gouvernement était habilité à saisir cet organe disciplinaire<sup>1501</sup>.

L'éviction des mandataires de justice de la discipline de leur profession a marqué une rupture dans le mouvement de rapprochement de la réglementation de cette profession avec celle des autres auxiliaires de justice. Dans l'esprit du garde des sceaux, cette évolution était justifiée par le fait que les mandataires de justice n'appartiennent pas à une profession libérale<sup>1502</sup>. D'ailleurs, M. Badinter a assumé vouloir rapprocher le contrôle de la profession de mandataire de justice de celui auquel les services judiciaires sont soumis<sup>1503</sup>. Il faut convenir que cette vision de la profession de mandataire de justice coïncidait avec la logique économique interventionniste de l'autre loi du 25 janvier 1985 *relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises*. La finalité première des procédures collectives n'étant plus de permettre un paiement organisé des créanciers mais d'assurer le sauvetage de l'activité économique, il pouvait sembler cohérent que l'organisation de la profession de mandataire de

---

Depuis, l'organisation a légèrement évolué. Aujourd'hui, un magistrat est désigné par le garde des sceaux et placé auprès du directeur des affaires civiles et du sceau afin de coordonner l'activité de magistrats inspecteurs régionaux, eux-mêmes désignés par le ministre parmi les magistrats des parquets généraux, qui sont chargés de l'inspection des mandataires de justice (C. com., art. R. 811-40 et R. 812-21).

<sup>1500</sup> D. n° 85-1389 du 27 décembre 1985 *relatif aux administrateurs judiciaires, aux mandataires-liquidateurs et experts en diagnostic d'entreprise*, art. 56.

<sup>1501</sup> *Ibid.*, art. 23 et 53.

<sup>1502</sup> Interv. R. Badinter, *JO déb. Ass. nat.* 11 avr. 1984, 1<sup>e</sup> lecture, sous art. 9, p. 1434 : « nous ne sommes pas dans le cadre d'une profession libérale. Il s'agit ici de mandataires de justice qui exercent leurs fonctions en vertu d'une décision de justice. La discipline ne peut pas s'exercer de la même façon pour des auxiliaires de justice et pour des membres d'une profession libérale. »

<sup>1503</sup> *Ibid.* : « Les mots "autorité publique" désignent en réalité des services d'inspection qui seront identiques à ceux qui existent dans le cadre des services judiciaires. Le fonctionnement et l'activité des juridictions, vous le savez, sont soumis au contrôle périodique des services de l'inspection. Personne n'y a jamais vu la moindre atteinte à l'indépendance des magistrats, car il s'agit simplement d'apprécier le fonctionnement des juridictions et non pas d'intervenir dans le processus juridictionnel. De la même façon, ii ne s'agit pas en l'occurrence de contrôler l'exercice de la mission, mais l'exercice de la profession. »

justice suive ce mouvement en devenant, d'une certaine manière, le bras armé de l'État dans la conduite des procédures collectives.

Priver les mandataires de justice de toute participation à la discipline interne pouvait sembler, toutefois, d'autant plus sévère que la loi du 25 janvier 1985 a maintenu la solidarité financière entre les professionnels en conservant la caisse de garantie dont l'adhésion était obligatoire. En un sens, la loi du 25 janvier 1985 constituait un spectaculaire retour en arrière, la situation pouvant être assimilée aux toutes premières mesures disciplinaires prises au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle par le président du tribunal de commerce de la Seine Lebove, lorsque les syndics étaient soumis à la fois à une solidarité financière entre eux et au seul contrôle de la juridiction<sup>1504</sup>.

Si lors des travaux parlementaires, le garde des sceaux affirmait ne pas souhaiter jeter l'opprobre sur les mandataires de justice<sup>1505</sup>, la soumission de la profession à un contrôle exclusivement confié à l'autorité publique, elle-même seule habilitée à enclencher des poursuites disciplinaires, révélait une volonté certaine de soumettre les mandataires de justice à un contrôle approfondi de l'autorité publique. Amputer une profession d'auxiliaire de justice de son organe disciplinaire constitue pourtant une rupture majeure dans le mouvement historique suivi par ces professions. L'absence d'une légitimité historique aussi forte que celle conférée par l'autodiscipline à laquelle se sont astreints les autres auxiliaires de justice, selon la dynamique exposée par Savatier<sup>1506</sup>, a peut-être contribué à permettre au législateur de s'immiscer aussi fortement dans le fonctionnement de la profession.

Ce choix radical s'est toutefois révélé inopportun dans la mesure où l'autorité publique n'avait pas les moyens matériels d'assumer un tel contrôle, ce qui a conduit le législateur à reconstituer un organe professionnel participant au contrôle de la profession.

## II. La restauration partielle du contrôle disciplinaire assuré par les mandataires de justice

**396. La réintégration des mandataires de justice dans le contrôle de la profession.** La loi du 31 décembre 1990 a réintroduit un organe composé de mandataires de justice dans l'organisation de la profession, le Conseil national des administrateurs et mandataires

<sup>1504</sup> V. *supra* n° 358.

<sup>1505</sup> Interv. R. Badinter, *JO déb. Ass. nat.* 5 avr. 1984, discussion générale, p. 1182.

<sup>1506</sup> V. *supra* n° 349.

judiciaires. Cet établissement d'utilité publique, doté de la personnalité morale, est chargé d'assurer la défense des intérêts collectifs de ces professions, d'organiser la formation professionnelle et de contrôler les études<sup>1507</sup>. En créant le CNAJMJ, le législateur a ainsi restauré une représentation des professionnels ayant été « *profondément altérée* » par la loi du 25 janvier 1985 qui avait supprimé toute affiliation obligatoire à un groupement professionnel<sup>1508</sup>. Il a surtout fait évoluer les modalités de contrôle en associant à nouveau les mandataires de justice au contrôle de leur profession.

**397. Le contrôle externe opéré par les pouvoirs publics.** Le décret du 8 octobre 1991 a permis au magistrat qui procède à l'inspection de solliciter un mandataire de justice afin de l'assister durant l'inspection. Pourtant, en raison du manque de moyens alloués aux magistrats chargés de ce contrôle, le système s'est encore avéré insuffisant, aucune inspection n'ayant été effectuée de manière préventive entre 1986 et 1998<sup>1509</sup>. C'est en réponse à ces insuffisances que le décret du 28 décembre 1998 a institué des inspecteurs régionaux, choisis parmi les membres des parquets généraux, coordonnés par un magistrat placé auprès du directeur des affaires civiles et du sceau. Cette réforme a aussi facilité l'association des professionnels à ce contrôle en permettant au magistrat de solliciter tout mandataire de justice et non plus seulement ceux agréés comme contrôleur par le garde des sceaux. M. Gil a néanmoins regretté que les présidents des juridictions consulaires ne soient pas habilités à déclencher ces inspections alors que leur situation en fait des témoins privilégiés du comportement des mandataires de justice<sup>1510</sup>.

**398. Le contrôle interne réalisé par les professionnels.** En créant le CNAJMJ, le législateur a surtout ressuscité un contrôle interne à la profession semblable à celui existant chez les autres auxiliaires de justice. Ainsi, le décret du 8 octobre 1991 a instauré des contrôles périodiques et occasionnels, effectués par un ou deux contrôleurs, désignés par le président du Conseil national, selon le cas, parmi les administrateurs judiciaires ou les mandataires judiciaires n'exerçant pas leur activité dans le même ressort de cour d'appel que le professionnel contrôlé<sup>1511</sup>. Le fait que le législateur ait prévu que les inspecteurs faisant preuve de négligence

<sup>1507</sup> C. com., art. L. 814-2.

<sup>1508</sup> B. Soinne, *op. cit.*, n° 20, p. 25.

<sup>1509</sup> G. Gil, *op. cit.*, n° 884, p. 409.

<sup>1510</sup> *Ibid.*, n° 887, p. 410. Du reste, les inspecteurs régionaux n'ont été habilités que récemment, par l'article 97 de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle*, à engager l'action disciplinaire. Sur ce point, v. B. Rolland, « Justice du XXI<sup>e</sup> siècle : renforcer l'indépendance et l'efficacité de l'action des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires », *Procédures* 2017, étude 12, p. 39.

<sup>1511</sup> D. n° 91-1030 du 8 octobre 1991 *modifiant le décret n° 85-1389 du 27 décembre 1985 relatif aux administrateurs judiciaires, mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises et experts en diagnostic d'entreprises*, art. 25.

ou d'incapacité dans l'exécution de leur mission puissent être déchus de leurs fonctions de contrôleurs et soumis, le cas échéant à des poursuites disciplinaires, devait permettre d'éviter que la solidarité professionnelle ne l'emporte sur l'accomplissement de leur devoir.<sup>1512</sup> De plus, le président du CNAJMJ s'est vu reconnaître le droit de prescrire un contrôle occasionnel, ce pouvoir s'inscrivant dans l'autodiscipline caractéristique des professions libérales décrite par Savatier<sup>1513</sup>.

Autrement dit, en réintroduisant un organe professionnel chargé du contrôle des membres de la profession, le législateur a, en partie, renoué avec les règles régissant traditionnellement l'organisation des auxiliaires de justice. En dépit de ce rapprochement, la discipline des mandataires de justice a conservé des règles spécifiques.

**399. L'association des commissaires aux comptes au contrôle professionnel.** En réponse aux critiques formulées par le rapport parlementaire de la commission d'enquête sur le fonctionnement des tribunaux de commerce<sup>1514</sup>, le décret du 28 décembre 1998 a encore réformé le contrôle professionnel. À la désignation de deux contrôleurs issus de la profession a été associé un troisième contrôleur extérieur, à savoir un commissaire aux comptes ne pouvant être celui habituellement chargé du contrôle de la comptabilité du professionnel contrôlé.

La participation des commissaires aux comptes a été mal reçue par les professionnels qui ont contesté la légalité de cette disposition. D'aucuns ont contesté « *le rôle désormais donné au commissaire aux comptes, paraissant ainsi considérer que la profession des administrateurs et des mandataires se trouvait sous une sorte de contrôle ou de tutelle de celle des commissaires aux comptes. Le commissaire se trouverait ainsi amené à apprécier la justification de chaque opération de recettes et dépenses et donc de contrôler la mission elle-même.* »<sup>1515</sup> La critique n'a pas convaincu le Conseil d'État qui a jugé que cette adjonction d'un commissaire aux comptes ne portait pas atteinte aux pouvoirs reconnus au Conseil national en matière d'organisation des contrôles<sup>1516</sup>. Du reste, l'association d'un commissaire aux comptes a été

<sup>1512</sup> G. Gil, *op. cit.*, n° 882, p. 408.

<sup>1513</sup> R. Savatier, art. préc., p. 53.

<sup>1514</sup> F. Colcombet (prés.) et A. Montebourg (rapp.), *Les tribunaux de commerce : une justice en faillite ?*, Commission d'enquête parlementaire de l'Assemblée nationale, rapport n° 1038 du 3 juillet 1998, Michel Lafon.

<sup>1515</sup> B. Soinne, *op. cit.*, n° 38, p. 44.

<sup>1516</sup> CE, 27 oct. 2000, n° 210838.



inspirée par le système qui était déjà applicable aux notaires en vue de renforcer l'efficacité des contrôles<sup>1517</sup>.

Plus généralement, le décret du 28 décembre 1998 a été perçu comme une atteinte à l'indépendance de la profession de mandataire de justice<sup>1518</sup>. Le rejet de l'ensemble des prétentions des associations de mandataires de justice requérantes par le Conseil d'État a toutefois confirmé la légalité de cette association partielle des mandataires de justice au contrôle de leur profession. Il est indéniable que celle-ci reste soumise à un contrôle plus rigoureux que les autres professions libérales. Cette spécificité se retrouve dans la composition de la juridiction disciplinaire.

**400. L'absence de juridictions ordinales.** Si la création du CNAJMJ en 1991 a permis à la profession de retrouver le pouvoir de contrôler ses membres, aucun organe du Conseil n'était habilité, à l'origine, à saisir l'instance disciplinaire. Cette nouvelle manifestation des limites de la restauration de l'autocontrôle disciplinaire a été supprimée par la loi du 3 janvier 2003 qui a habilité le président du CNAJMJ à saisir l'instance disciplinaire.

Il demeure que, dans la composition de la CNID statuant en matière disciplinaire, les professionnels sont minoritaires. En ce sens, les mandataires de justice ne disposent pas d'une juridiction ordinale contrairement à ce qui a pu exister pour les autres auxiliaires de justice<sup>1519</sup>. Chaque réforme a été l'occasion de constater que les praticiens appelaient pourtant de leurs vœux l'établissement d'un véritable ordre professionnel<sup>1520</sup>. Ils insistaient, d'ailleurs, sur le rôle de premier ordre que joue en pratique le Conseil national afin de permettre la répression des comportements déviants<sup>1521</sup>. Selon M<sup>e</sup> Sénéchal, « *La création du Conseil national des administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires et le renforcement constant de ses*

<sup>1517</sup> G. Gil, *op. cit.*, n° 883, p. 409. Afin de renforcer l'efficacité de ce contrôle il a encore été suggéré d'y « *ajouter un quatrième membre, expert-comptable, avocat ou magistrat, de manière à atténuer l'influence des professionnels.* » (J.-M. Darrois, Rapport sur les professions du droit, 2009, p. 59)

<sup>1518</sup> B. Soinne, *op. cit.*, n° 38, p. 44.

<sup>1519</sup> Il convient néanmoins de préciser que ces instances ordinales n'étaient habilitées qu'à prononcer les peines les plus faibles (Ord. n° 45-1418 du 28 juin 1945 *relative à la discipline des notaires et de certains officiers ministériels*, anc. art. 9).

<sup>1520</sup> En 1985 : J.-M. Lavergne, « Le nouveau statut des professionnels (administrateurs judiciaires, mandataires-liquidateurs, experts en diagnostic) », *Annales de l'Université de Toulouse*, t. XXXIII, 1985, p. 99. En 2003 : P. Froehlich, « La réforme du statut des mandataires et administrateurs judiciaires », *RLDA* 2003/02, n° 57, p. 21. En 2013 : M. Sénéchal, « Le mandat de justice "à la française", un modèle à préserver ? », *D.* 2013, p. 651 et X. Huertas, « "Nous ne sommes ni des machines ni des entrepreneurs en compétition pour gagner des parts de marché sur le marché de la défaillance" », *LPA* 29 mars 2016, p. 3.

<sup>1521</sup> M. Sénéchal, art. préc. D'ailleurs, que la chancellerie se repose sur la Conseil national pour contrôler les mandataires de justice ne surprend guère en considération du nombre de 26 magistrats inspecteurs régionaux, pour 36 cours d'appel, rapporté aux 140 administrateurs judiciaires et 301 mandataires judiciaires (C. Delattre, « L'intervention du ministère public dans les procédures d'insolvabilité », *Rev. proc. coll.* 2020, fiche pratique 3, p. 54, citant les chiffres au 31 décembre 2019 de la direction des affaires civiles et du sceau).

*prérogatives s'inscrivent dans une logique que l'on peut déjà qualifier d'ordinaire, qui apparaît d'autant plus devoir être renforcée que ce Conseil national s'est révélé être un supplétif particulièrement efficace lorsqu'il s'est agi d'assister la chancellerie dans sa mission de contrôle des professionnels. Alors qu'un ordre investi du pouvoir disciplinaire pourrait être de nature à associer encore plus étroitement la profession à la répression des comportements déviants, il apparaît aussi paradoxal que regrettable que la profession d'administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires soit l'une des dernières professions juridiques réglementées à n'avoir pas d'instance ordinaire.* »<sup>1522</sup>

A *posteriori*, à la lecture de la loi du 22 décembre 2021 *pour la confiance dans l'institution judiciaire*, la CNID s'est avérée plutôt être un modèle dont se sont rapprochées les instances disciplinaires des autres auxiliaires de justice. En effet, pour les notaires et les commissaires de justice, profession qui a regroupé celles d'huissier de justice et de commissaire-priseur judiciaire, des chambres de discipline régionales composées d'un magistrat du siège de la cour d'appel, en activité ou honoraire, président, et de deux membres de la profession concernée sont désormais compétentes<sup>1523</sup>.

Il faut néanmoins relever que ces professionnels restent majoritaires dans ces chambres de discipline contrairement à la composition de la CNID au sein de laquelle les mandataires de justice sont minoritaires. En revanche, les appels des décisions rendues par les chambres de disciplines des notaires et des commissaires de justice sont formés devant des Cours nationales de discipline, composées d'un magistrat du siège de la Cour de cassation, en activité ou honoraire, président, de deux magistrats du siège de la cour d'appel, en activité ou honoraires, et de deux membres de la profession concernée. Les professionnels apparaissent ainsi minoritaires au sein de la juridiction d'appel. Toutefois, le poids de l'autorité publique reste ici encore plus fort chez les mandataires de justice dans la mesure où l'article L. 814-1-1 du code de commerce dispose que les recours contre les décisions de la CNID sont formés devant la Cour d'appel de Paris. Finalement, seule la formation disciplinaire sanctionnant les manquements des avocats est demeurée une instance pouvant être uniquement composée de pairs du professionnel poursuivi<sup>1524</sup>.

---

<sup>1522</sup> M. Sénéchal, art. préc.

<sup>1523</sup> L. n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 *pour la confiance dans l'institution judiciaire*, art. 38.

<sup>1524</sup> L. n° 71-1130 du 31 décembre 1971 *portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques*, art. 22-1.

En définitive, si le régime de discipline des mandataires de justice tend à se rapprocher de celui des autres auxiliaires de justice, l'autorité publique occupe toujours une place plus importante que pour ces derniers. La finalité d'intérêt général de la mission des mandataires de justice peut légitimer ce trait singulier de la profession. Cette finalité justifie aussi une réflexion particulière s'agissant des conditions d'exercice de la profession afin d'assurer l'indépendance des mandataires de justice face aux intérêts en présence.

## § 2 : Les conditions d'exercice de la profession

**401. Plan du paragraphe.** Les mandataires de justice sont soumis à de strictes incompatibilités qui font la spécificité du mandat de justice français. Le principe de l'incompatibilité de la profession de mandataire de justice s'est imposé progressivement avant d'être consacré par le décret du 20 mai 1955. Aujourd'hui, le statut de mandataire de justice est incompatible avec toutes les activités à caractère commercial, qu'elles soient exercées directement ou par personne interposée. Il interdit également d'avoir la qualité d'associé lorsque celle-ci confère celle de commerçant. Surtout, leur qualité de mandataire de justice est incompatible avec l'exercice de toute autre profession<sup>1525</sup>.

Ces incompatibilités contribuent, en théorie, à assurer l'indépendance des mandataires de justice car elles impliquent une absence de clientèle pour ces professionnels. D'ailleurs, il faut rappeler que l'article 27.1 de la directive du 20 juin 2019 exige des États membres qu'ils garantissent l'indépendance et l'impartialité. Sur ce point, le droit français paraît structurellement conforme au droit européen<sup>1526</sup>.

La question de l'indépendance des praticiens de l'insolvabilité revêt, par ailleurs, une signification particulière selon la finalité des législations des différents pays relatives aux procédures collectives. Comme le soulignait M<sup>e</sup> Soinne, « *Le statut des professionnels ne peut être établi qu'au vu de la législation qu'ils sont chargés d'appliquer. Les législations ayant axé le fondement du droit des faillites sur le remboursement des créanciers n'attribuent pas aux organes de la procédure la qualité de "collaborateurs du service public de la justice"* »<sup>1527</sup>. Cela est particulièrement vrai lorsque les législations prévoient que les praticiens de

<sup>1525</sup> C. com., art. L. 811-10 et L. 812-8.

<sup>1526</sup> Sur la distinction entre impartialité et indépendance appliquée aux conflits d'intérêts, v. J. Valiergue, *Les conflits d'intérêts en droit privé. Contribution à la théorie juridique du pouvoir*, préf. G. Wicker, LGDJ, 2019, n<sup>os</sup> 1429 et s., pp. 587 et s.

<sup>1527</sup> B. Soinne, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 47, p. 63.

l'insolvabilité peuvent être directement désignés par un vote des créanciers. Ces législations ont déjà dû tenir compte des conflits d'intérêts potentiels afin d'éviter, en particulier, que les praticiens ne favorisent pas un créancier plus que les autres.

La difficulté est d'un ordre différent dans le système français dans lequel il a été montré que, depuis la loi du 25 janvier 1985, la fonction des mandataires de justice participe en premier lieu à la défense de l'intérêt général. Il s'agit non seulement d'éviter de favoriser un créancier plus que les autres mais aussi, et surtout, de garantir que les mandataires de justice puissent exercer pleinement leurs prérogatives qui répondent à une finalité d'intérêt général sans crainte de déplaire aux créanciers ou au débiteur.

Cette contrainte n'est pas sans conséquence sur l'équilibre économique de l'exercice de la profession car le mandataire de justice à qui les tribunaux ne distribueraient pas de mandats se retrouverait sans ressources. C'est en considération de ce risque qu'une exception a été prévue, à l'article L. 811-10 du code de commerce, pour les administrateurs judiciaires qui ont le droit d'exercer la profession d'avocat. Comme cela a été remarqué, cette dérogation peut susciter une suspicion relative à l'indépendance des professionnels qui cumuleraient ces activités mais pourrait être justifiée par le fait que, la désignation d'un administrateur judiciaire n'étant pas systématique, les mandats distribués peuvent s'avérer insuffisamment rentables pour le professionnel<sup>1528</sup>. La pratique étant toutefois marginale<sup>1529</sup>, les difficultés restent limitées. Cette différence de traitement a été contestée devant le Conseil constitutionnel. Ce dernier a néanmoins rejeté la question lui demande de juger si l'interdiction faite au mandataire judiciaire d'exercer la profession d'avocat, comme cela est le cas pour l'administrateur judiciaire, était contraire au principe d'égalité dans la mesure où les deux professions exercent sous mandat de justice et sont dépourvues de clientèle, répondent à des conditions d'accès et des statuts similaires, sont soumises aux mêmes obligations déontologiques, parmi lesquelles celle de l'indépendance, et à des règles identiques quant à leur contrôle et à leur discipline<sup>1530</sup>. La référence à l'indépendance des mandataires de justice n'est pas anodine car elle rappelle précisément que les incompatibilités d'exercice sont destinées à éviter les conflits d'intérêts<sup>1531</sup>. L'argument a convaincu le Conseil constitutionnel qui a jugé que, au regard de l'objet des

<sup>1528</sup> F.-X. Lucas, « Analyse de la loi du 3 janvier 2003 réformant le statut des administrateurs et des mandataires judiciaires », *Dr. & patr. mensuel* 2003, n° 117 p. 30 ; v. ég., B. Soinne, *op. cit.*, n° 56, p. 81.

<sup>1529</sup> J. Baron, « La convergence des statuts des professionnels au sein de l'Union européenne : l'exemple français », *BJE* juill. 2022, n° 200r1, p. 49.

<sup>1530</sup> Cass. com., 9 juin 2022, QPC, n° 22-40.008 ; *LEDEN* juill. 2022, n° 200y5, p. 1, obs. F.-X. Lucas.

<sup>1531</sup> F.-X. Lucas, obs. préc. V. déjà : G. Bolard, « La déontologie des mandataires de justice dans les faillites », *D.* 1988, chron., p. 261.

dispositions relatives au statut des mandataires de justice, « *qui est de définir le régime d'incompatibilités d'une profession pour assurer son indépendance, l'entière disponibilité du professionnel et prévenir les conflits d'intérêts, le législateur a pu prévoir pour les mandataires judiciaires des règles différentes de celles applicables aux administrateurs judiciaires* »<sup>1532</sup>.

Dans sa décision de transmission, la Cour de cassation avait jugé, en revanche, ni nouvelle ni sérieuse la question tendant à savoir si l'interdiction faite au mandataire judiciaire d'exercer la profession d'avocat était contraire à la liberté d'entreprise. Pourtant, comme le relève M. Lucas, cette question aurait contraint le Conseil constitutionnel à se positionner sur le cœur de la problématique de l'équilibre économique de l'exercice de la profession de mandataire de justice qui tient à l'application de règles qui s'émancipent de la libre concurrence<sup>1533</sup>. Cette affaire aura néanmoins montré combien le débat relatif au statut des mandataires reste d'actualité.

En effet, la loi du 6 août 2015 a introduit la possibilité de constituer des sociétés interprofessionnelles. Ce faisant, en dépit du maintien des incompatibilités d'exercice, elle a accru les risques de conflits d'intérêts, ce qui pourrait remettre en cause l'indépendance des mandataires de justice (I). À bien des égards, la réponse apportée par le législateur à ce risque semble insuffisante (II).

### I. Les risques de conflits d'intérêts

**402. Les innovations issues de la loi du 6 août 2015.** Avant la loi du 6 août 2015, le droit français permettait seulement le regroupement respectif des administrateurs et des mandataires judiciaires au sein de certaines sociétés<sup>1534</sup>. Cette loi a donné accès aux mandataires de justice à un plus grand nombre de formes sociales et, surtout, a ouvert la possibilité à d'autres professionnels de s'associer avec les mandataires de justice afin de faciliter « *les synergies au profit des entreprises et des justiciables.* »<sup>1535</sup>

<sup>1532</sup> Cons. constit., 5 août 2022, QPC, n° 2022-1008, considérant 8.

<sup>1533</sup> F.-X. Lucas, obs. préc.

<sup>1534</sup> M.-H. Monsérié-Bon, « Société d'exercice libéral et société de participations financières des professions libérales : le duo gagnant ? », *Rev. proc. coll.* 2012, dossier 25, p. 83. Sur les enjeux en matière d'organisation et de fiscalité, v. M. Menjucq, F.-C. Desprat, F. Legrand et J. Michel, « Les modalités d'exercice de la profession de mandataire judiciaire. Réflexions sur les opportunités juridiques et fiscales », *Rev. proc. coll.* 2013, table ronde 1, p. 46.

<sup>1535</sup> Projet de loi n° 2447 pour la croissance et l'activité, Exposé des motifs.

Auparavant, les mandataires de justice ne pouvaient recourir qu'aux sociétés civiles professionnelles, aux sociétés d'exercice libéral et aux sociétés de participation financière de professions libérales. Toutes les formes sociales leur sont désormais accessibles, à l'exception de celles qui confèrent la qualité de commerçant aux associés à savoir les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite. Le capital social et les droits de vote peuvent être détenus par des personnes autres que des mandataires de justice, à condition qu'elles exercent une profession juridique ou judiciaire en France ou en Europe<sup>1536</sup>. Ces sociétés permettent ainsi de mettre en œuvre une interprofessionnalité capitaliste. À l'évidence, toute société doit néanmoins comprendre, parmi ses associés, au moins un administrateur ou un mandataire judiciaire remplissant les conditions requises pour exercer ses fonctions. De plus, au moins un membre de la profession d'administrateur ou de mandataire judiciaire exerçant au sein de la société doit être membre du conseil d'administration ou du conseil de surveillance de la société.

L'autre innovation tient à la reconnaissance de sociétés pluri-professionnelles d'exercice ayant pour objet, précisément, l'exercice en commun de plusieurs professions. Les mêmes restrictions s'agissant de la forme sociale s'appliquent, excluant les sociétés conférant la qualité de commerçant aux associés. De même, la société doit comporter un administrateur ou un mandataire judiciaire pour que la société puisse recevoir le mandat afférent et les mêmes règles régissant la gouvernance sont applicables. En revanche, la liste des professionnels avec lesquels les mandataires de justice peuvent s'associer ne se limite plus aux professions juridiques et judiciaires mais comporte également celle de commissaire aux comptes et d'expert-comptable. Demeure toutefois l'exigence que la totalité du capital et des droits de vote soit détenue par ces professionnels, ce qui exclut à nouveau la présence d'un investisseur étranger à ces professions.

**403. Les risques induits par ces innovations.** Cette ouverture du capital des sociétés de mandataires de justice à d'autres professionnels peut renforcer les capacités de financement et offre la possibilité de constituer des réseaux internationaux aptes à traiter les procédures d'insolvabilité transfrontalières<sup>1537</sup>. D'aucuns soulignent, par ailleurs, que l'instauration de sociétés d'exercice interprofessionnel répond à une demande qui émane parfois d'acteurs économiques aspirant à un service dit de guichet unique<sup>1538</sup>.

<sup>1536</sup> C. com., art. L. 811-7 et L. 812-5.

<sup>1537</sup> F.-X. Lucas, « Commentaire des dispositions de la loi du 6 août 2015 "pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques" intéressant le droit des entreprises en difficulté », *BJE* sept. 2015, n° 112q8, p. 317.

<sup>1538</sup> H. Hovasse, « Les sociétés pluri-professionnelles d'exercice de professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé », *BJS* juin 2016, n° 115c2, p. 364. D'aucuns ont même

Cependant, en permettant aux mandataires de justice de s'associer avec des professions libérales possédant une clientèle, le législateur crée le risque d'une atteinte à l'indépendance des premiers, ce qui a été assez largement critiqué<sup>1539</sup>. En effet, associé avec un commissaire de justice ou un expert-comptable, le mandataire de justice peut être en conflit d'intérêts s'il est amené, dans le cadre de son mandat, à agir contre les intérêts d'un client de son associé. Au regard de l'envergure de certains grands groupes d'expertise comptable, le mandataire de justice qui s'y associerait pourrait se retrouver assez fréquemment en situation de conflit d'intérêts. De même, s'associer avec une étude de commissaire de justice ayant une part significative du marché de l'exécution dans son ressort soulèverait les mêmes difficultés. En définitive, le risque pour une telle structure serait de ne jamais recevoir de mandats de justice<sup>1540</sup>. Du reste, en dépit de l'ouverture des textes, les praticiens excluent que les sociétés interprofessionnelles d'exercice puissent regrouper à la fois un administrateur et un mandataire judiciaire, en ce que cette hypothèse leur apparaît contraire aux statuts de ces professions<sup>1541</sup>.

Il convient alors d'étudier le dispositif prévu par le législateur en réponse à ces risques de conflits d'intérêts.

## II. L'insuffisance de la prévention des conflits d'intérêts

**404. La faiblesse des garanties textuelles.** Conscient des difficultés, le législateur a précisé à l'article 65 de la loi du 6 août 2015, habilitant le Gouvernement à prendre par ordonnance les mesures facilitant cette interprofessionnalité, que devaient être pris en considération les incompatibilités et les risques de conflits d'intérêts propres à chaque profession. Cependant, l'ordonnance du 31 mars 2016 a uniquement prévu que les statuts d'une telle société doivent comporter des stipulations propres à garantir, d'une part, l'indépendance de l'exercice professionnel des associés et des salariés et, d'autre part, le respect des dispositions réglementaires encadrant l'exercice de chacune des professions qui constituent son objet social,

---

souligné les insuffisances de la loi résultant « de l'action de lobbies arc-boutés sur le passé » (G. Parléani, « L'exercice en société des professions libérales – essentiellement juridiques – dans la loi Macron », *Rev. sociétés* 2015, p. 638).

<sup>1539</sup> P. ex., B. Baujet, « Lettre ouverte à ceux qui abhorrent le conflit d'intérêts », *LPA* 17 oct. 2016, p. 7 ; F.-X. Lucas, « Commentaire des dispositions de la loi du 6 août 2015 “pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques” intéressant le droit des entreprises en difficulté », *BJE* sept. 2015, n° 112q8, p. 317 ; X. Huertas, « En méconnaissant profondément la réalité du mandat de justice, le projet de fusion des professions va priver les mandataires judiciaires du cadre adapté à l'exercice de leurs missions », *BJE* nov. 2014, n° 111u5, p. 356.

<sup>1540</sup> M. Menjucq, F.-C. Desprat, J. Michel et B. Baujet, « L'actualité relative à l'accès et aux modalités d'exercice des professions d'administrateur judiciaire et de mandataire judiciaire », *Rev. proc. coll.* 2016, entretien 3, p. 56.

<sup>1541</sup> *Ibid.*

notamment celles relatives à la déontologie<sup>1542</sup>. Par la suite, le pouvoir réglementaire a seulement institué l'obligation de fournir une déclaration sur l'honneur de chaque associé déjà en exercice attestant de l'absence de conflit d'intérêts entre ses activités en cours et celles des autres associés déjà en exercice. De plus, lorsque la société exerce ou souhaite exercer l'activité d'administrateur judiciaire ou de mandataire judiciaire, une déclaration sur l'honneur de chaque associé déjà en exercice doit attester de l'absence totale d'intérêt dans les mandats de justice en cours<sup>1543</sup>.

Au regard du caractère assez peu contraignant des mesures, d'aucuns ont vu « *la marque d'une vision libérale et privée de la gestion de conflits d'intérêts qui ne semblent guère perçus comme relevant de l'intérêt général. Partant, les associés semblent largement libres de gérer d'éventuels conflits d'intérêts au plan statutaire, sans référence à une quelconque autorité indépendante à même de trancher un différend entre membres de la société.* »<sup>1544</sup> En somme, cette approche peut sembler en contradiction avec le considérant 21 du règlement européen du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité qui dispose, à propos des praticiens de l'insolvabilité, que « *le cadre réglementaire national devrait comporter des dispositions appropriées pour traiter d'éventuels conflits d'intérêts* »<sup>1545</sup>. La seule véritable obligation réside dans l'application de l'article L. 814-8 du code de commerce qui dispose que lorsqu'un mandataire de justice est déjà intervenu pour le compte d'un débiteur à titre de conseil ou d'une autre mission de justice, comme celle de conciliateur par exemple, il informe la juridiction de la nature et de l'importance des diligences accomplies au cours des cinq années précédentes<sup>1546</sup>.

**405. La mise en retrait du Conseil national.** De plus, alors que l'ouverture à l'interprofessionnalité créer de fait un risque accru de conflit d'intérêts, le pouvoir réglementaire a évincé le Conseil national d'un certain nombre de procédures au cours desquelles il aurait pu exercer un contrôle en matière. S'agissant des sociétés d'exercice pluri-professionnel, en cas de modification de la répartition du nombre des parts sociales ou de

<sup>1542</sup> L. n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé et aux sociétés de participations financières de professions libérales, art. 31-8.

<sup>1543</sup> D. n° 2017-794 du 5 mai 2017 relatif à la constitution, au fonctionnement et au contrôle des sociétés pluri-professionnelles d'exercice de professions libérales juridiques, judiciaires et d'expertise comptable prévues au titre IV bis de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990, art. 2.

<sup>1544</sup> P. Dupichot, « Les AJMJ à l'heure des réformes », *BJE* sept. 2017, n° 115c9, n° 15, p. 368.

<sup>1545</sup> *Ibid.*

<sup>1546</sup> Pour une appréciation critique du critère tenant au délai retenu s'agissant du lien passé, v. J. Valiergue, *Les conflits d'intérêts en droit privé. Contribution à la théorie juridique du pouvoir*, préf. G. Wicker, LGDJ, 2019, n°s 1332 et s., pp. 553 et s.



modification des statuts, la CNID n'est plus tenue de demander l'avis du Conseil national<sup>1547</sup>. En outre, les rachats de parts sociales ne sont plus portés à la connaissance de la CNID, ce qui empêche aussi d'exercer un contrôle à cette occasion<sup>1548</sup>. Enfin, le Conseil national n'est plus averti ni de la constitution ni de la modification des statuts ou de la répartition des parts sociales dans une société de participations financières de professions libérales<sup>1549</sup>. D'aucuns ont estimé que le Conseil national se trouve ainsi entravé dans son rôle de garant de l'application des règles professionnelles applicables aux mandataires de justice<sup>1550</sup>. Le Conseil d'État a cependant jugé, au contraire, qu'il n'apparaissait pas que « *l'absence d'une information systématique sur les modifications statutaires de ces sociétés empêcherait le conseil national d'exercer la mission de contrôle qui lui est confiée* »<sup>1551</sup>. Comme cela a été souligné, la décision semble d'autant plus regrettable au regard des enjeux relatifs à l'indépendance des mandataires de justice soulevés par l'introduction de société d'exercice interprofessionnel<sup>1552</sup>.

**406. L'exemple de la prévention des conflits d'intérêts au Royaume-Uni.** En l'absence de professions spécifiques soumises à de strictes incompatibilités, la question de l'indépendance se pose autrement à l'étranger. Par exemple, au Royaume-Uni, *l'Insolvency Act 1986*, part. XIII, par. 391C.3.b dispose que les organisations professionnelles reconnues par le *Secretary of State* (les *recognised professional bodies*) doivent encourager l'indépendance des praticiens. *L'Insolvency Practitioners Regulations 2005*, part. 2, par. 6.e précise que ne peuvent postuler à la profession de praticien de l'insolvabilité que les personnes pouvant exercer leur fonction avec indépendance. L'article 100.1, A1 de *l'Insolvency practitioner code of ethics*, adopté par les organisations professionnelles, prévoit ainsi cinq principes fondamentaux parmi lesquels l'objectivité qui consiste à ne pas compromettre le jugement du professionnel du fait de biais, de conflits d'intérêts ou d'influence illégitime de tiers<sup>1553</sup>. Les dispositions destinées à préserver cette objectivité distinguent les conflits d'intérêts en raison

<sup>1547</sup> D. n° 2016-902 du 1<sup>er</sup> juill. 2016 *relatif à l'exercice sous forme de société ou d'autre entité dotée de la personnalité morale de la profession d'administrateur judiciaire ou de mandataire judiciaire*, art. 1<sup>er</sup> modifiant l'article R. 814-64 du code de commerce.

<sup>1548</sup> *Ibid.*, art. 1<sup>er</sup> supprimant l'article R. 814-76 du code de commerce.

<sup>1549</sup> D. n° 2016-1218 du 13 septembre 2016 *relatif aux sociétés constituées pour l'exercice de certaines professions réglementées du droit ou du chiffre relevant du code de commerce et aux sociétés de participations financières dans ces sociétés*, art. 2 modifiant les articles R. 814-161 et R. 814-163 du code de commerce.

<sup>1550</sup> F. Legrand, « Exercice sous forme de société ou d'autre entité dotée de la personnalité morale de la profession d'administrateur judiciaire ou de mandataire judiciaire », *BJE* janv. 2017, n° 114e5, p. 12.

<sup>1551</sup> CE, 28 déc. 2017, n° 403106, considérant n° 4, F. Legrand, « Vers une remise en cause de l'indépendance des professionnels de l'insolvabilité ? », *Act. proc. coll.* 2018, n° 7, repère 89.

<sup>1552</sup> F. Legrand, « Vers une remise en cause de l'indépendance des professionnels de l'insolvabilité ? », *Act. proc. coll.* 2018, n° 7, repère 89.

<sup>1553</sup> « *Objectivity – not to compromise professional or business judgements because of bias, conflict of interest or undue influence of others.* »

des relations personnelles ou professionnelles<sup>1554</sup>. Des listes illustratives de situations pouvant constituer de telles relations personnelles ou professionnelles à risque sont prévues<sup>1555</sup>. Le code d'éthique oblige les professionnels à mettre en place des procédures d'identification des liens que les praticiens peuvent avoir avec des tiers avant d'accepter une affaire<sup>1556</sup>. Dans ce cas, le praticien doit identifier le risque de conflit d'intérêts et, le cas échéant, envisager si des mesures peuvent être mises en place pour réduire cette menace, comme mettre un terme à la relation qui pose problème ou rendre public le lien d'intérêts<sup>1557</sup>. Lorsque les mesures de réduction du risque sont insuffisantes, il doit refuser la désignation<sup>1558</sup>. Le code d'éthique envisage également la situation d'appartenance du praticien à un réseau de professionnels. Le praticien doit, à nouveau, apprécier le risque de conflits d'intérêts et prendre des mesures pour y répondre. Celles-ci peuvent consister, notamment, à mettre en place des procédures pour assurer une étanchéité des informations entre les différentes identités sous l'égide d'un superviseur<sup>1559</sup>. Les praticiens doivent également estimer s'il est nécessaire de rendre publics les risques de conflits qui existent au sein du réseau<sup>1560</sup>.

Il faut constater que les règles professionnelles établies par le Conseil national des administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires sont nettement plus succinctes en la matière. S'agissant en particulier de la question des réseaux, l'article 211.4 dispose que, « *D'une manière générale et quelle que soit sa structure d'exercice, il refuse toute mission qui pourrait le placer en conflit d'intérêts de sorte que son indépendance ou son impartialité puisse en être altérée. Le conflit d'intérêts s'apprécie par rapport à toute personne concernée par la mission ou le mandat qui lui est confié, ainsi que par rapport aux membres de sa structure d'exercice professionnel.* » Par contraste, l'*Insolvency practitioner code of ethics* liste les facteurs qui peuvent susciter une difficulté du fait de l'appartenance à un réseau<sup>1561</sup>, outre les mesures pouvant déjà exister au sein du réseau qui sont à considérer afin d'évaluer le risque de conflit<sup>1562</sup>. Si la pratique de l'interprofessionnalité venait à se développer en France, le pouvoir réglementaire ou le Conseil national devrait probablement être amené à renforcer les règles de prévention des conflits d'intérêts. Une réforme des règles relatives aux conflits d'intérêts auxquels peuvent être exposés les mandataires de justice pourrait également être l'occasion

<sup>1554</sup> *Insolvency practitioner code of ethics*, art. 310.1 et s.

<sup>1555</sup> *Ibid.*, art. 311.2, A1 et 312.2, A1.

<sup>1556</sup> *Ibid.*, art. 312.3.

<sup>1557</sup> *Ibid.*, art. 312.6.

<sup>1558</sup> *Ibid.*, art. 312.7.

<sup>1559</sup> *Ibid.*, art. 315.3.

<sup>1560</sup> *Ibid.*, art. 315.4.

<sup>1561</sup> *Ibid.*, art. 314.1, A1.

<sup>1562</sup> *Ibid.*, art. 315.2.

d'imposer des règles relatives à certaines situations insuffisamment régulées aujourd'hui. Par exemple, en l'état du droit positif, aucune règle ne prohibe formellement à un mandataire de justice d'être désigné dans plusieurs procédures amiables ou collectives ouvertes simultanément pour des débiteurs concurrents entre eux, qui auraient de ce fait intérêt racheter ou voir disparaître l'autre.

En définitive, la loi du 6 août 2015 a entendu favoriser l'exercice interprofessionnel des professions du droit et du chiffre. S'agissant des mandataires de justice, il semble que le législateur a insuffisamment tenu compte de la spécificité de leur statut. Le modèle français du mandat de justice peut évidemment être amené à évoluer selon les objectifs du législateur. Simplement, il convient de s'assurer que ce dernier ait parfaitement conscience des implications de ses choix. Les fonctions des mandataires de justice peuvent les amener à agir à l'encontre des intérêts du débiteur ou des créanciers. À cet égard, revenir sur les incompatibilités strictes fragilise les garanties qu'offrait le modèle français. Cela peut être justifié par un autre objectif, à savoir l'émergence de réseaux puissants de professionnels du chiffre et du droit, mais le législateur doit tenir compte des aspects négatifs d'une telle évolution afin de les prévenir efficacement.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 2

**407. Les singularités de la profession de mandataire de justice remises en cause.** La profession de mandataire de justice présente des spécificités caractéristiques. Ces professionnels sont désignés par décision de justice et sont soumis à de strictes incompatibilités d'exercice. De plus, si le contrôle de cette profession tend à se rapprocher de celles des autres professions réglementées juridiques, l'autorité publique y exerce une influence plus forte que pour ces dernières.

Ces traits singuliers sont en adéquation avec la mission d'intérêt général que poursuivent les mandataires de justice. Toutefois, l'absence de clientèle qui en résulte pose le problème de l'absence de soumission de ces professionnels au jeu ordinaire de la concurrence. La loi du 6 août 2015 a entendu revenir sur cet état de fait en favorisant l'augmentation du nombre de professionnels. La réforme des voies d'accès à la profession crée cependant plusieurs difficultés. D'abord, il n'est pas certain que l'assouplissement des conditions d'accès garantit parfaitement que les mandataires de justice répondent toujours aux exigences attendues de leur part qui ont été construites au fil des siècles. Ensuite, et surtout, la diversification des voies d'accès pourrait aboutir à un accroissement du nombre de professionnels sans rapport avec le volume de mandats à distribuer, même si un tel effet ne s'est pas produit pour le moment. Le législateur est parfaitement libre de s'engager dans cette voie mais une telle évolution conduirait nécessairement à repenser les conditions d'exercice de la profession.

S'agissant de l'exercice de la profession, la loi du 6 août 2015 a justement entendu favoriser l'exercice interprofessionnel des professions du droit et du chiffre. Les mandataires de justice peuvent donc désormais être associés avec des professionnels disposant d'une clientèle classique. L'objectif poursuivi par le législateur peut s'entendre mais, ici aussi, il convient d'en cerner les conséquences. Le développement de puissants réseaux interprofessionnels intégrant les mandataires de justice pourrait remettre en cause l'indépendance de ces derniers pourtant nécessaires à l'exercice de leur mission d'intérêt général.

## CONCLUSION DU TITRE 1

**408. La construction singulière d'une profession réglementée œuvrant à la défense de l'intérêt général.** Alors que la plupart des professions d'auxiliaires de justice existaient déjà sous l'Ancien Régime, la profession de mandataire de justice n'a émergé qu'au cours du XIX<sup>e</sup> siècle. Structurée par les juridictions consulaires avant d'accéder à un statut officiel par le décret du 20 mai 1955, la profession a acquis très tôt des traits qui la distinguent des autres auxiliaires de justice. D'abord, en raison des difficultés qui naissaient de la désignation par les créanciers, la loi du 28 mai 1838 a acté le principe d'une désignation judiciaire. Ensuite, afin d'assurer l'exercice efficace de leur mission, les juridictions consulaires ont soumis les syndics à des incompatibilités d'exercice. Une profession réglementée sans clientèle a ainsi émergé.

Cette structuration contingente de la profession a créé les conditions favorisant le passage d'une profession au service des créanciers à une profession participant à la défense de l'intérêt général, conformément à l'évolution de la finalité des procédures collectives voulue par la loi du 25 janvier 1985. L'absence de clientèle constitue, en effet, un atout afin d'assurer aux mandataires de justice la possibilité d'exercer une profession qui peut les conduire à agir au détriment du débiteur ou des créanciers. Ce modèle présente néanmoins l'inconvénient de restreindre la concurrence entre les mandataires de justice.

En favorisant l'accroissement du nombre de professionnels et l'exercice interprofessionnel des professions du droit et du chiffre, le législateur a fragilisé ce modèle. D'une part, l'indépendance des mandataires de justice est plus difficile à garantir dès lors qu'ils peuvent être associés à des professionnels ayant pour client le débiteur ou les créanciers intéressés à la procédure. D'autre part, si le nombre de professionnels devenait trop important au regard du volume d'affaires à distribuer, il serait difficile de maintenir le principe des strictes incompatibilités d'exercice.

Si ce mouvement se confirmait, les conditions de l'équilibre économique de la profession ne pourraient plus être les mêmes. C'est au regard de ces éléments qu'il convient d'étudier la question de la répartition judiciaire des mandats.



## TITRE 2 : LA DISTRIBUTION JUDICIAIRE DES MANDATS

**409. La concurrence entre les mandataires de justice.** Toutes les professions réglementées participant au service public de la justice oscillent entre une logique de marché et une logique de service public<sup>1563</sup>. Hormis pour les mandataires de justice, une logique concurrentielle s'applique nécessairement du fait que ces professionnels doivent être choisis par des clients et ne tirent qu'assez marginalement de revenus issus de missions confiées par un juge<sup>1564</sup>. Bien que l'idée doive être nuancée en raison de l'asymétrie d'information qui existe entre le professionnel et le client, le professionnel particulièrement incompetent peut difficilement maintenir une activité suffisamment rentable. Autrement dit, la mise en concurrence joue un rôle sélectif au sein des professions. La question se pose en des termes différents s'agissant des mandataires de justice qui sont désignés par des juridictions et non par des clients. Il est ainsi plus difficile d'appliquer une logique de marché à des professionnels sans véritable clientèle.

Au cours de l'élaboration de la loi du 6 août 2015, les mandataires de justice ont d'ailleurs réfuté l'existence d'un marché de l'insolvabilité et affirmé que « *L'invocation de la croissance comme justification de la réforme est tout à la fois inexacte et dangereuse. C'est une justification inexacte car nous n'intervenons pas sur un marché qu'il y aurait lieu de développer.* »<sup>1565</sup> Toutefois, les risques de conflits d'intérêts engendrés par le rapprochement avec d'autres professions étaient au cœur de cette réflexion<sup>1566</sup>.

Dans un autre contexte, d'aucuns ont pu soutenir, au contraire, que les mandataires de justice étaient bien des professionnels libéraux, soumis, dans leur rapport avec les tribunaux, à une logique de marché dans la mesure où les premiers devaient plaire aux seconds afin de développer leur cabinet<sup>1567</sup>. M<sup>e</sup> Soinne estimait ainsi qu'il était logique que l'attribution varie,

---

<sup>1563</sup> G. Deharo, « L'influence de la rationalité économique sur l'évolution des missions des gens de justice : vers la fongibilité des professions juridiques réglementées ? », in (dir.) L. Berthier, H. Pauliat et E. Négron, *Gens de justice au XXI<sup>e</sup> siècle*, PU de Limoges, 2017, p. 87 ; v. ég., D. Fasquelle, « Quelle réglementation pour l'activité des professionnels du traitement des entreprises en difficulté ? Le point de vue européen – Conclusion », *LPA* 19 oct. 2006, p. 44.

<sup>1564</sup> Il en va ainsi du service d'audience assuré par les huissiers, ces derniers se partageant par parts égales les émoluments des appels de causes et des significations d'avocat à avocat (D. n° 56-222 du 29 février 1956 *pris pour l'application de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative au statut des huissiers de justice*, art. 15). De même, les notaires sont occasionnellement commis par décision de justice en vue d'élaborer un projet de liquidation du régime matrimonial et de formation des lots à partager (C. civ., art. 255, 10°) ou pour établir un état liquidatif en cas de partage judiciaire d'une indivision (C. civ., art. 841-1).

<sup>1565</sup> X. Huertas, « "Nous ne sommes ni des machines ni des entrepreneurs en compétition pour gagner des parts de marché sur le marché de la défaillance" », *LPA* 29 mars 2016, p. 3.

<sup>1566</sup> Sur cette question, v. *infra* n°s 434 et s.

<sup>1567</sup> B. Soinne, « La question épineuse de l'attribution et de la répartition des mandats de justice », *Rev. proc. coll.* 2005, n° 2, p. 112 : « *On en arrive à une constatation évidente : pour l'existence et le développement d'un cabinet de mandataire en général il faut nécessairement plaire à la ou aux juridictions auprès desquelles on exerce sa*

dans une certaine mesure, en fonction des liens qu'entretiennent les professionnels et les juges consulaires. L'auteur précise que les tribunaux ne doivent pas, pour autant, s'abandonner pas à des pratiques discriminatoires résultant d'une divergence de position doctrinale, de sensibilité voire en représailles contre l'exercice normal de voies de recours contre les décisions du tribunal dont les mandataires de justice disposent afin de mener à bien leur mission<sup>1568</sup>. Il n'est cependant guère évident de déterminer le juste équilibre entre le degré de liberté qu'il est nécessaire de reconnaître aux juridictions dans la désignation des mandataires de justice et le risque que la répartition des mandats fasse l'objet de suspicions de connivence entre les juges consulaires et les mandataires de justice<sup>1569</sup>.

**410. Les règles de répartition des mandats.** Les règles de répartition des mandats entre les professionnels sont d'autant plus difficiles à établir que ces derniers sont soumis à de strictes incompatibilités d'exercice. De ce fait, le mandataire de justice qui n'est jamais désigné se retrouve privé de toute source de revenus professionnels<sup>1570</sup>. Une telle contrainte doit être assurément prise en considération lors de la distribution des affaires. D'un autre côté, les juridictions peuvent être naturellement sensibles aux mérites dont certains mandataires de justice feraient davantage preuve que d'autres. Bien que l'idée doive être, à nouveau, nuancée en raison de l'asymétrie d'information qui existe entre le professionnel et son client, la concurrence entre professionnels tend à récompenser le mérite des plus compétents. Dans la mesure du possible, il semble souhaitable que les règles qui régissent la distribution des affaires suivent une logique similaire tout en tenant bien compte, par ailleurs, des strictes incompatibilités auxquelles les mandataires de justice sont soumis.

---

*mission. Il n'y a rien qui soit anormal. Aucun professionnel libéral ne peut se targuer de vouloir se maintenir, au-delà de toute appréciation de sa compétence, sa diligence, de sa disponibilité et même sa sensibilité et se son orientation générale. Toutes les entreprises sont soumises à l'appréciation du marché. »*

Contra : B. Thullier, « Les praticiens de l'insolvabilité sont-ils des entreprises ? », *Rev. proc. coll.* 2018, dossier 10, n° 14, p. 99, pour qui les juridictions ne peuvent être considérées comme des clients mais qui souligne, en revanche, que l'intervention du débiteur ou des créanciers dans la désignation participerait au développement d'une logique de clientèle.

<sup>1568</sup> B. Soinne, art. préc., n° 3, p. 112.

<sup>1569</sup> D'ailleurs, de telles pratiques peuvent être pénalement sanctionnées par les articles 432-11 et suivants du code pénal réprimant comme atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique : la corruption passive, le trafic d'influence commis par des personnes exerçant une fonction publique et la prise illégale d'intérêts. Encore qu'il faille que les procédures soient mises en œuvre. Sur ce point, v. le rapport antérieur à la réforme du 3 janv. 2003 : F. Colcombet (prés.) et A. Montebourg (rapp.), *Les tribunaux de commerce : une justice en faillite ?*, Commission d'enquête parlementaire de l'Assemblée nationale, rapport n° 1038 du 3 juillet 1998, Michel Lafon, en part. pp. 173 et s. et pp. 227 et s. Le rapport pose, du reste, la délicate et cruciale question de la composition des tribunaux de commerce.

<sup>1570</sup> La remarque s'applique spécifiquement aux mandataires judiciaires dans la mesure où les administrateurs judiciaires peuvent exercer la profession d'avocat (C. com., art. L. 811-10). Dans l'absolu, le mandataire judiciaire qui ne recevrait aucune mission de justice pourrait néanmoins exercer des activités rémunérées d'enseignement ou de liquidateur amiable (C. com., art. L. 812-8).



**411. L'épineuse question de la rémunération des mandataires de justice.** La source judiciaire de la distribution des affaires soulève ainsi la redoutable question de la rémunération de ces auxiliaires de justice. Si la désignation d'un administrateur judiciaire est parfois facultative, celle d'un mandataire judiciaire est toujours obligatoire. Or, en cas de cessation des paiements, le débiteur a l'obligation de demander l'ouverture d'une procédure. Autrement dit, le justiciable, confronté à des difficultés économiques, est contraint de recourir aux services de ces professionnels. Dans ces conditions, à l'instar d'autres professions réglementées, il peut être justifié que les honoraires des mandataires de justice ne soient pas libres, voire qu'un barème soit fixé en fonction des tâches réalisées. Dans le contexte particulier des procédures collectives, il faut alors s'assurer que les incitations tarifaires que peut comporter un tel barème soient conformes aux objectifs de la procédure. La rémunération des mandataires de justice amène surtout à se demander qui doit supporter la charge de ces frais de justice. En principe, ils incombent au débiteur mais ses ressources peuvent être si limitées que ce dernier ne sera pas en mesure de payer les frais de justice. Au contraire d'autres droits européens<sup>1571</sup>, le droit français ne conditionne pas l'accès aux procédures collectives à la possibilité de régler ces frais. Une procédure peut donc se dérouler sans que les mandataires de justice soient assurés de recouvrer leurs honoraires à son issue. De ce fait, il faut encore s'interroger sur les conditions garantissant l'équilibre économique de la profession de mandataire de justice.

**412. Plan du titre.** La distribution judiciaire des affaires place les mandataires de justice dans une situation singulière car leur activité dépend du choix des tribunaux et non de leur capacité à se constituer une clientèle. Cette spécificité de la profession de mandataire de justice invite à s'interroger sur les critères qui doivent guider les tribunaux dans la distribution des mandats (Chapitre 1). De plus, si le recours aux services des mandataires de justice est obligatoire, ces professionnels ne perçoivent pas nécessairement les émoluments auxquels ils peuvent prétendre. Ce constat conduit à s'interroger sur les conditions d'une juste rémunération des mandataires de justice (Chapitre 2).

---

<sup>1571</sup> En particulier les droits allemands, irlandais et hollandais qui exigent que les actifs du débiteur soient suffisants pour couvrir en tout ou en partie des frais de justice (M. Menjucq, « Frais de justice : quel traitement au-delà des frontières ? », *Rev. proc. coll.* 2021, repère 3).



## CHAPITRE 1 : LA DÉSIGNATION DES MANDATAIRES DE JUSTICE

**413. Plan du chapitre.** Depuis la loi du 28 mai 1838, les tribunaux sont chargés de désigner les mandataires de justice. Il s'agissait, à cette époque, d'éviter que, en raison du désintérêt que les créanciers manifestaient pour l'élection du syndic, ce dernier agît dans l'intérêt de quelques créanciers ou du débiteur au détriment de l'intérêt de l'ensemble des créanciers<sup>1572</sup>. Cette modalité de désignation s'est parfaitement accommodée de l'évolution des fonctions des mandataires de justice. Ces derniers œuvrant, depuis la loi du 25 janvier 1985, à la défense de l'intérêt général, ce mode de désignation contribue à assurer leur indépendance. Toutefois, le choix du tribunal doit également tenir compte des mérites variables que les différents professionnels présentent sur un plan individuel. Il s'agit donc d'un critère que le tribunal doit prendre en considération lorsqu'il choisit un professionnel (Section 1). Par ailleurs, la collaboration des créanciers et du débiteur est essentielle au bon déroulement de la procédure. Partant, il peut être utile de solliciter leur avis sur la désignation des mandataires de justice. Cependant, il peut en être ainsi qu'à la condition que ne soit pas remise en cause l'indépendance de ces derniers (Section 2).

### SECTION 1 : LE CHOIX DU TRIBUNAL

**414. La complexité variable des affaires.** Si les mandataires de justice doivent être inscrits sur les listes afin d'être désignés, le choix du professionnel reste, en principe, à la discrétion du tribunal<sup>1573</sup>. L'inscription sur la liste ne signifie toutefois pas que chaque professionnel soit en mesure de traiter n'importe quel dossier car la difficulté des mandats distribués varie selon les affaires. La complexité d'une procédure ouverte pour une société qui emploie des centaines de salariés, qui est liée par de nombreux contrats et qui dispose de multiples actifs est, à l'évidence, sans commune mesure avec celle ouverte en vue de traiter le passif d'un entrepreneur individuel dont le patrimoine comporte peu d'actifs et qui n'emploie aucun salarié. Or, tous les

---

<sup>1572</sup> V. *supra* n° 356.

<sup>1573</sup> G. Gil, *Le mandataire de justice*, préf. J. Mestre, PUAM, 2003, n° 822, p. 380. À notre connaissance, la Cour de cassation n'a jamais énoncé explicitement ce principe. M. Gil cite une formule de la Cour de cassation en ce sens : « *Les juges, chargés de nommer un administrateur provisoire ont, quant au choix de cet administrateur, un pouvoir discrétionnaire abandonnée à leur conscience* » (Cass. civ., 19 janv. 1956 ; D. P. 1856, 1, p. 71 ; Cass. 1<sup>er</sup> civ., 30 juin 1965, *Bull. civ.* I, n° 436, p. 323) mais l'auteur précise immédiatement que « *Cette formule, énoncée à l'occasion d'un litige relatif à une procédure d'interdiction, peut être étendue à tous les cas de désignation d'un mandataire de justice. Le principe qui a toujours prévalu en la matière est en effet celui d'une totale liberté de choix accordée aux magistrats* » (G. Gil, *ibid.*) La Chancellerie estime aussi que, dans le domaine des procédures collectives, le choix du tribunal est discrétionnaire (Rép. min. n° 39236 : *JOAN Q*, 29 juill. 1996, p. 418).

mandataires de justice n'ont pas les moyens matériels de traiter les plus grosses affaires, qui peuvent par ailleurs être les plus rémunératrices. Seuls les professionnels qui exercent au sein d'une étude suffisamment structurée peuvent gérer des dossiers de grande envergure qui nécessitent, par exemple, de vérifier de nombreuses créances, accomplir les diligences nécessaires à la prise en charge du salaire de centaines de salariés ou encore établir un bilan économique et social à partir d'une comptabilité complexe, dans les meilleurs délais possibles.

L'article 26.1, c de la directive du 20 juin 2019 dispose d'ailleurs que les États membres doivent veiller à ce que, lors de la désignation d'un praticien pour une affaire donnée, y compris les affaires comportant des éléments transfrontières, il soit dument tenu compte de l'expérience et de l'expertise du praticien et des caractéristiques spécifiques de l'affaire. À cet égard, la loi du 6 août 2015 a introduit l'obligation de désigner au moins un deuxième administrateur judiciaire et un deuxième mandataire devant remplir des conditions d'expérience et de moyens au regard de la complexité de la procédure qui tient à l'existence d'un groupe ou d'un certain nombre d'établissements secondaires<sup>1574</sup>. Ces mandataires de justice doivent être inscrits depuis dix ans au moins et être titulaires, associés ou salariés d'une étude employant au moins quinze salariés<sup>1575</sup>. Le droit français semble ainsi déjà sensible aux exigences de la directive européenne sur ce point. En deçà des seuils contraignants à la désignation de plusieurs mandataires de justice, le droit français prévoit, du reste, que le tribunal peut, d'office ou à la demande du ministère public ou du débiteur et après avoir sollicité les observations du débiteur si celui-ci n'a pas formé la demande, désigner plusieurs mandataires judiciaires ou plusieurs administrateurs judiciaires<sup>1576</sup>.

**415. Le choix parmi les professionnels inscrits sur les listes.** Comme cela a été souligné, « *Si l'on ne peut qu'approuver la prise en compte des compétences et des moyens des mandataires de justice pour faire en sorte qu'un tribunal ne puisse plus confier à n'importe quelle étude n'importe quel dossier, on peut douter que ces critères d'ancienneté et d'effectifs salariés suffisent à justifier la prééminence du professionnel appelé à la rescousse* »<sup>1577</sup>. Autrement dit, les qualités personnelles des mandataires de justice devraient être prises en considération lors de la distribution des mandats par le tribunal. Si les tribunaux pourraient ainsi privilégier la désignation de professionnels qui ont démontré une efficacité particulière, leur

---

<sup>1574</sup> C. com., art. L. 621-4-1.

<sup>1575</sup> C. com., art. R. 621-11-1.

<sup>1576</sup> C. com., art. L. 621-4.

<sup>1577</sup> F.-X. Lucas, « Structuration des études et formation des professionnels », *BJE* mai 2016, n° 113g8, p. 149.

choix doit néanmoins tenir compte des strictes incompatibilités d'exercice auxquelles les mandataires de justice sont soumis.

**416. Le recours aux commissaires de justice.** Inversement, afin d'accroître le nombre de professionnels disponibles pour traiter des procédures de moindre envergure, notamment dans les tribunaux dans le ressort desquels les professionnels sont peu nombreux<sup>1578</sup>, la loi du 6 août 2015 a permis la désignation des commissaires de justice judiciaires dans certaines procédures de liquidation ou de rétablissement professionnel. Au regard des seuils retenus par l'article L. 812-2 du code de commerce, à savoir l'absence de salariés et la réalisation d'un chiffre d'affaires annuel hors taxes inférieur ou égal à 100 000 euros, l'idée consiste à permettre à d'autres professionnels d'exercer la fonction de liquidateur judiciaire pour les procédures apparemment les plus simples<sup>1579</sup>.

**417. Plan de la section.** La difficulté variable des affaires soulève deux types de questions. S'agissant des professionnels inscrits sur les listes, elle invite à déterminer dans quelle mesure les professionnels qui ont démontré leur efficacité peuvent être privilégiés (§ 1). S'interroger sur la compétence des professionnels amène ensuite à discuter de la pertinence du choix du législateur ayant consisté à permettre aux tribunaux de désigner d'autres professionnels dans les procédures liquidatives apparemment simples (§ 2).

§ 1 : La désignation des professionnels inscrits sur les listes

**418. Plan du paragraphe.** La désignation judiciaire des mandataires de justice soulève la question de l'évaluation de leurs compétences. En principe, la nécessité de développer une clientèle stimule une concurrence entre les professionnels qui tend à éliminer les plus incompetents. Au regard du fonctionnement des procédures collectives, une telle concurrence ne peut pas se dérouler ainsi car c'est aux juridictions qu'il incombe de distribuer les affaires. Deux tendances contradictoires peuvent alors apparaître. D'un côté, il peut sembler naturel de laisser les juridictions désigner les mandataires en fonction de la confiance qu'elles accordent aux différents professionnels inscrits. D'un autre côté, le professionnel qui ne serait jamais désigné serait privé de toute source de revenus professionnels en raison des strictes incompatibilités d'exercice auxquelles ils sont soumis. Sur ce point, la Cour de cassation juge que le professionnel qui ne reçoit aucun mandat, sans que cela ne soit justifié par l'absence

<sup>1578</sup> V. *supra* n° 388.

<sup>1579</sup> Interv. E. Macron, *JO déb. Sénat* 13 avr. 2015, 1<sup>e</sup> lect., sous art. 20 *quater*.

d'activité des tribunaux, peut demander réparation du préjudice subi<sup>1580</sup>. Autrement dit, la liberté de choix du tribunal est contrainte par la nécessité d'assurer aux mandataires de justice une forme de garantie d'activité (I). À cette réserve près, les règles de distribution des mandats permettent de répartir les mandats en fonction des compétences des professionnels inscrits (II).

### I. La distribution contrainte

**419. Plan.** En raison des strictes incompatibilités auxquelles les mandataires de justice sont soumis, le professionnel qui ne reçoit aucun mandat se trouve privé de toute source de revenus professionnels. Dans ces conditions, la jurisprudence Cour de cassation tend à leur assurer une forme de garantie d'activité (A). Si la solution semble équitable, elle préserve néanmoins les mandataires de justice des affres de la concurrence. En contrepartie, l'opportunité d'introduire une procédure de radiation pour insuffisance professionnelle peut être discutée (B).

#### A. La garantie d'activité

**420. La réparation du préjudice subi en l'absence de désignations.** La Cour de cassation a jugé, au visa des principes régissant la responsabilité de la puissance publique à l'égard de ses collaborateurs, que la victime d'un dommage subi en raison de sa qualité de collaborateur du service public peut, même en l'absence de faute, en demander réparation à l'État, dès lors que son préjudice est anormal, spécial et d'une certaine gravité<sup>1581</sup>. Autrement dit, le mandataire de justice à qui aucun mandat n'est jamais attribué peut demander réparation du préjudice subi. L'arrêt a été rendu à une époque où les mandataires judiciaires étaient encore inscrits sur des listes régionales. C'est donc au regard de l'activité des tribunaux relevant du ressort de la cour d'appel à laquelle le mandataire judiciaire était rattaché que le préjudice a été apprécié. La solution est-elle encore applicable depuis que tous les mandataires de justice sont inscrits sur une liste nationale ? Les articles L. 811-3 et L. 812-2-1 du code de commerce disposent que les listes nationales sont divisées en sections correspondant au ressort de chaque cour d'appel. Certes, les mandataires de justice peuvent exercer auprès de toute juridiction. Toutefois, les tribunaux désignent en principe les mandataires de la section à laquelle leur juridiction

<sup>1580</sup> Cass. 1<sup>e</sup> civ., 30 janv. 1996, n° 91-20.266, *Bull. civ.* I, n° 51, p. 32 ; D. 1997, jur., p. 83, note A. Legrand ; *RFDA* 1997, p. 1301, note P. Bon.

<sup>1581</sup> *Ibid.* Pour une critique du fondement de la décision, v. F. Lemaire, « La qualité de collaborateur du service public des mandataires de justice et ses conséquences », *Rev. proc. coll.* 1999, p. 10 ; G. Gil, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 844, pp. 389 et s.

correspond. Par conséquent, il semble difficile de raisonner autrement qu'en se référant au ressort de ces sections afin de déterminer l'existence d'un préjudice causé par l'absence de désignations. Sinon, le préjudice serait nécessairement caractérisé car il sera toujours possible de trouver une juridiction qui aurait pu distribuer un mandat au professionnel se prétendant lésé. Par ailleurs, retenir l'échelon de la section peut aussi constituer une incitation pour le professionnel, qui reçoit trop peu de mandats, à partir exercer dans une zone où les opportunités sont plus grandes.

Du reste, les mandataires judiciaires n'ayant aucun droit acquis à leur désignation par une juridiction, le préjudice lié à l'absence de mandat, lorsque celle-ci engage la responsabilité de l'État, doit être mesuré à la chance perdue et ne peut être égal à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée<sup>1582</sup>. Surtout, la Cour de cassation a précisé que tout mandataire judiciaire s'expose à un aléa dans la distribution des mandats, en comparaison avec les autres mandataires désignés par la juridiction. La disparité des affaires distribuées entre les mandataires de justice, pourvu qu'elle ne constitue pas une discrimination, ne constitue donc pas en soi un préjudice anormal, spécial et d'une certaine gravité ouvrant droit à une indemnisation de la part de l'État<sup>1583</sup>.

#### **421. La latitude accordée par le droit européen dans la distribution des mandats.**

D'autres pays ont été tentés d'apporter une réponse radicale à la question de la répartition des mandats entre les professionnels qui empêche de se retrouver dans cette situation. Certains systèmes juridiques prévoient ainsi des modalités de désignation d'une tout autre logique que celle adoptée par les tribunaux que le droit français. La Hongrie, la Lettonie, le Portugal et la Slovaquie permettent, par exemple, de recourir à un système de désignation informatique aléatoire emportant une distribution du même nombre de procédures à tous les praticiens inscrits et la Grèce a opté pour une désignation suivant l'ordre d'inscription<sup>1584</sup>.

Sur ce point, le considérant 88 de la directive du 20 juin 2019 précise que les États membres peuvent prévoir que les praticiens soient choisis à partir d'une liste ou d'une réserve qui a été approuvée au préalable par une autorité judiciaire ou administrative. La directive précise aussi que les États membres ne devraient pas être empêchés de sélectionner un praticien

<sup>1582</sup> Cass. 1<sup>e</sup> civ., 26 sept. 2007, n° 06-13.772, *Bull. civ. I*, n° 305 ; *JCP A* 2007, 2310, note O. Renard-Payen ; *Gaz. Pal.* 24 janv. 2008, p. 39, note S. Gorrias.

<sup>1583</sup> Cass. 1<sup>e</sup> civ., 14 févr. 2006, n° 04-15.595, *Bull. civ. I*, n° 72, p. 69 ; *D.* 2006, p. 1042, obs. A. Lienhard ; *JCP A* 2006, 1109, note O. Renard-Payen ; *Rev. proc. coll.* 2006, p. 240, obs. B. Soinne.

<sup>1584</sup> E. Inacio, « Les dernières évolutions du statut de "syndic" au sein de l'Union européenne », *Rev. proc. coll.* 2013, dossier 43, n° 5, p. 76.

selon d'autres méthodes, par exemple une sélection aléatoire par un logiciel, à condition qu'en utilisant ces méthodes, il soit dument tenu compte de l'expérience et de l'expertise du praticien. Un système d'attribution purement aléatoire ou suivant mécaniquement l'ordre d'inscription poserait donc assurément problème au regard notamment des exigences de l'article 26.1, c de la même directive. La réponse du droit français évite de tomber dans cet écueil et la jurisprudence de la Cour de cassation permet aux juridictions de conserver une marge de liberté bienvenue dans la distribution des dossiers.

**422. Le rôle du ministère public.** Il demeure que, en raison du risque de condamnation de l'État, les tribunaux doivent veiller à ce que les mandataires reçoivent un minimum d'affaires lorsque l'activité du tribunal le permet raisonnablement. Le ministère public joue un rôle particulier en la matière et peut opportunément utiliser son droit de suggérer la désignation d'un mandataire de justice au tribunal afin de s'assurer d'un roulement acceptable entre les professionnels<sup>1585</sup>. Son travail est facilité par l'application de l'article L. 662-6 du code de commerce qui dispose que les greffes du tribunal de commerce et du tribunal judiciaire établissent au terme de chaque semestre la liste des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires désignés par la juridiction et des autres personnes auxquelles un mandat afférent aux procédures régies par le livre VI a été confié par ladite juridiction, pendant cette période. Ils y font figurer, pour chacun des intéressés, l'ensemble des dossiers qui lui ont été attribués et les informations relatives aux débiteurs concernés. Ces informations sont portées à la connaissance, notamment, du ministère public du ressort concerné et des autorités chargées du contrôle et de l'inspection des administrateurs et des mandataires judiciaires.

Si la garantie dont semblent bénéficier les mandataires de justice paraît légitime, au regard des strictes incompatibilités d'exercice auxquelles ils sont soumis, elle peut justifier, en contrepartie, que les tribunaux puissent tirer les conséquences d'une éventuelle insuffisance professionnelle dont certains mandataires de justice pourraient faire preuve.

#### B. La réponse à l'insuffisance professionnelle

**423. Proposition d'introduction d'une procédure de radiation de la liste pour insuffisance professionnelle.** Quel sort réserver au professionnel qui exécute sa mission avec une lenteur préjudiciable à la procédure ou qui commet de lourdes erreurs de gestion ou

---

<sup>1585</sup> C. Delattre, « Les relations entre le ministère public et les administrateurs et mandataires judiciaires », *Rev. proc. coll.* 2012, dossier 29, n° 33, p. 100.



d'appréciation juridique de la situation ? Si le mandataire de justice qui commet une faute disciplinaire ou pénale peut être retiré de la liste<sup>1586</sup>, en l'absence d'une véritable concurrence entre les professionnels, le mandataire de justice simplement peu efficace semble relativement protégé. En effet, si les juridictions insatisfaites de ses services peuvent être conduites à lui confier peu de mandats, elles ne peuvent pas aller jusqu'à le priver de toute source de revenus. L'inscription sur les listes assurant, de fait, une garantie d'activité, l'introduction d'une procédure de radiation du professionnel faisant preuve de manière récurrente d'insuffisance professionnelle mérite d'être discutée.

Il est vrai que la proposition peut sembler curieuse. Si l'importance des services fournis par les professions juridiques justifie un contrôle et une discipline particulière au sein de la profession, l'insuffisance des professionnels ne fait pas courir un danger d'une gravité justifiant en principe une radiation<sup>1587</sup>. Cependant, introduire une telle procédure ne constituerait pas une réponse à un danger mais à l'absence d'un véritable marché régulant la profession. L'absence de clientèle et le droit à une activité minimale garanti par la Cour de cassation permettent de douter que les mandataires de justice appartiennent à une véritable profession libérale comme le soutient M<sup>e</sup> Soinne<sup>1588</sup>. Leur situation très spécifique pourrait alors justifier la mise en place de cette procédure originale.

**424. L'exemple des experts judiciaires.** Le régime des experts judiciaires peut servir de source d'inspiration. Certes, l'expertise judiciaire n'est pas une profession et lesdits experts conservent une activité en dehors des missions de justice. Toutefois, leur situation se rapproche de celle des mandataires de justice, dans la mesure où ils sont aussi soumis à un système d'inscription sur des listes. L'article 2, II de la loi du 29 juin 1971 *relative aux experts judiciaires* dispose ainsi que l'inscription initiale en qualité d'expert sur la liste dressée par la cour d'appel est faite, à titre probatoire, pour une durée de trois ans. À l'issue de cette période probatoire et sur présentation d'une nouvelle candidature, l'expert peut être réinscrit pour une durée de cinq années, après avis motivé d'une commission associant des représentants des juridictions et des experts. À cette fin, sont évaluées l'expérience de l'intéressé et la connaissance qu'il a acquise des principes directeurs du procès et des règles de procédure applicables aux mesures d'instruction confiées à un technicien. Le procureur de la République

<sup>1586</sup> C. com., art. L. 811-12, A et L. 812-9.

<sup>1587</sup> Contrairement à ce qui est logiquement prévu pour les professions respectivement médicales et de la pharmacie (CSP, art. R. 4124-3-5 et R. 4221-15-4).

<sup>1588</sup> B. Soinne, « La question épineuse de l'attribution et de la répartition des mandats de justice », *Rev. proc. coll.* 2005, n° 2, p. 112.

instruit la demande de réinscription, la commission de réinscription est composée de douze magistrats et cinq experts inscrits sur la liste<sup>1589</sup>. Elle examine la situation de chaque candidat au regard des critères d'évaluation susmentionnés. Elle s'assure que le candidat respecte les obligations qui lui sont imposées et prend en compte, en particulier, sa faculté de s'acquitter de ses obligations avec ponctualité. Lorsque le candidat est une personne morale, la commission prend notamment en considération l'expérience, les connaissances et le comportement des techniciens qui interviennent au nom de cette personne morale<sup>1590</sup>.

**425. Modalités d'une éventuelle procédure de radiation des mandataires de justice pour insuffisance professionnelle.** La procédure de réinscription des experts judiciaires est l'occasion d'évaluer leur compétence et d'écarter ceux qui ne donneraient pas satisfaction aux juridictions. Il faut se demander si les juridictions ne devraient pas être également amenées à évaluer le travail des mandataires de justice. L'article L. 621-9 du code de commerce charge le juge-commissaire de veiller au déroulement rapide de la procédure et à la protection des intérêts en présence. Le juge-commissaire et le ministère public étant destinataires, en vertu de l'article L. 621-8 du même code, des informations que les mandataires de justice sont tenus de fournir au cours de la procédure, ils devraient être en mesure d'apprécier le travail des auxiliaires de justice. Le constat répété par le tribunal ou le ministère public de l'insuffisance manifeste du travail fourni par le mandataire de justice permettrait ainsi d'identifier les professionnels dont le maintien sur la liste mériterait d'être discuté.

Les conditions d'inscription des mandataires de justice sont autrement plus rigoureuses que celles des experts judiciaires. Soumettre les mandataires de justice à une procédure périodique de réinscription n'aurait donc pas grand sens. En revanche, en cas d'insuffisance répétée d'un professionnel, un tribunal ou le ministère public pourraient avoir le pouvoir de déclencher une procédure tendant au retrait de la liste sur le modèle de celle de réinscription des experts judiciaires. La CNID étant compétente en matière d'inscription<sup>1591</sup>, elle devrait aussi l'être pour la radiation motivée par l'insuffisance d'un mandataire de justice. La logique de cette procédure n'étant pas disciplinaire, il serait plus cohérent de confier l'instruction au commissaire du gouvernement auprès de la CNID, et non à un magistrat régional inspecteur ou au magistrat coordonnateur compétent en matière de contrôle. Au regard de la finalité de cette procédure, d'autres personnes, comme un juge consulaire ou un magistrat de l'ordre judiciaire

<sup>1589</sup> D. n° 2004-1463 du 23 décembre 2004 *relatif aux experts judiciaires*, art. 11 et 12.

<sup>1590</sup> *Ibid.*, art. 14.

<sup>1591</sup> V. *supra* n° 384.

ayant une expérience en matière de procédures collectives, pourraient aussi avoir la charge de cette instruction.

Après instruction, la CNID, dans sa formation statuant en matière d'inscription, statuerait sur la demande de radiation. La composition de la formation pourrait être aussi adaptée à l'objet de la procédure. Par exemple, une place plus importante pourrait être accordée aux juges consulaires. La présence de mandataires de justice semblerait aussi souhaitable afin que l'avis des professionnels soit entendu. S'agissant de la composition de la commission de réinscription des experts judiciaires, la doctrine a pu regretter l'absence de représentants du barreau car *« les avocats assistent aux réunions d'expertise et sont en mesure, en fonction de leur expérience, de formuler un avis significatif sur la façon dont l'expert conduit ces réunions et prend en considération le principe du contradictoire. »*<sup>1592</sup> À cet égard, la présence d'un ou plusieurs avocats justifiant d'une pratique régulière du droit des procédures collectives pourrait être aussi bienvenue.

Il est évident que la saisine d'une telle commission comme la décision qu'elle rend devraient être motivées et reposer sur des critères objectifs. Pourraient être ainsi pris en compte le délai de traitement des affaires, la répétition d'erreurs de droit dans l'exécution de la mission voire d'erreurs graves de gestion. Un engagement récurrent de la responsabilité civile personnelle d'un professionnel pourrait constituer un indicateur supplémentaire de l'insuffisance dont il ferait preuve.

En définitive, la Cour de cassation reconnaît une sorte de garantie d'activité aux mandataires de justice lorsque l'activité des tribunaux le permet. Il est possible de se demander si cette forme de protection devrait s'accompagner, en contrepartie, d'une procédure de radiation pour insuffisance professionnelle. Hormis ces hypothèses particulières, il est généralement admis que les mandataires de justice n'ont pas vocation à profiter d'un partage égalitaire des dossiers et qu'il *« est sain que les plus performants reçoivent des missions en plus grand nombre à la condition toutefois que l'organisation de leur étude le permette. »*<sup>1593</sup> Il convient ainsi de s'intéresser à la distribution des affaires en fonction des compétences des professionnels.

---

<sup>1592</sup> P. Maire, « Loi "Professions" : les modifications apportées au statut des experts judiciaires », *Gaz. Pal.* 15 juin 2004, p. 7.

<sup>1593</sup> C. Delattre, « L'intervention du ministère public dans la désignation des organes de la procédure doit être mesurée, opportune et utile », *Rev. proc. coll.* 2012, étude 10, n° 8, p. 27.

## II. La distribution proportionnée

**426. Plan.** Tous les dossiers ne présentant pas la même difficulté, la question de la sélection du professionnel apte à gérer les dossiers les plus délicats se pose. Par exemple, lorsqu'une affaire est à la fois complexe et urgente, en raison notamment de la prise en charge des salaires, il est souhaitable que le tribunal choisisse un mandataire de justice en mesure de traiter aussi efficacement que rapidement ce type de procédure<sup>1594</sup>. Ainsi, les tribunaux doivent pouvoir évaluer les capacités des différents mandataires de justice à assumer les dossiers selon leur complexité et en fonction des qualités individuelles des professionnels. Les affaires les plus compliquées, qui peuvent être aussi les plus rémunératrices, devraient être alors confiées aux seuls mandataires de justice qui sont véritablement en mesure de les traiter, ce qui conduit à aborder la question de la sous-traitance (A). Une fois les règles présentées en la matière, il faut se demander comment la distribution des affaires complexes est contrôlée (B).

### A. La complexité des affaires

**427. Les défauts de la sous-traitance.** Au regard de la complexité variable des dossiers, les tribunaux devraient désigner les professionnels selon leur capacité à gérer les dossiers. Toutefois, le mandataire de justice qui ne serait pas en mesure d'exécuter sa mission peut être tenté d'accepter un dossier tout en déléguant une partie de ses obligations à des tiers, ce qui soulève l'enjeu de la sous-traitance de certaines tâches. Dans cette hypothèse, la mission confiée à un professionnel qui n'en a pas les moyens pourrait malgré tout être exécutée mais grâce aux services de tiers. Pourtant, comme cela a été souligné, le mandataire de justice « *se doit d'exercer un véritable rôle de technicien au nom d'une compétence qui lui est propre et qu'il ne saurait déléguer. (...) L'existence d'une profession suppose un contenu c'est-à-dire une tâche spécifique et donc une compétence particulière qu'on ne saurait déléguer à des tiers.* »<sup>1595</sup> Autrement dit, le rôle du mandataire de justice ne saurait se limiter à distribuer les tâches à d'autres professionnels car une telle fonction ne justifierait pas l'existence d'une profession aussi particulière que celle des mandataires de justice.

Surtout, la sous-traitance systématique des missions pose un problème de coût pour la procédure lorsque le mandataire de justice entend faire supporter par le débiteur le recours à un

<sup>1594</sup> *Ibid.*, n° 4, p. 26.

<sup>1595</sup> B. Soinne, « Une problématique délicate : l'intervention de tiers dans l'administration ou la gestion des procédures collectives », *Rev. proc. coll.* 2003, n° 2, p. 96.

tiers afin d'exécuter des tâches qui relèvent de sa mission. En réponse aux critiques sur le recours excessif à la sous-traitance<sup>1596</sup>, la loi du 3 janvier 2003 a précisé que les tâches que comporte l'exécution d'un mandat incombent personnellement aux mandataires de justice.

Un équilibre doit être cependant trouvé car il est parfois légitime que, en réponse à une difficulté ponctuelle à exécuter certaines tâches, les mandataires de justice puissent faire appel à des tiers. Il en va ainsi, de l'opportunité de solliciter les services d'un commissaire de justice lorsqu'ils permettent de tirer un meilleur prix de la vente d'un bien<sup>1597</sup>. Il faut alors déterminer les conditions dans lesquelles les mandataires de justice peuvent exceptionnellement recourir aux services d'un tiers, la frontière entre la sous-traitance acceptable ou injustifiée n'étant pas toujours simple à tracer<sup>1598</sup>.

**428. La circulaire du 12 mars 2004.** La direction des affaires civiles et du sceau a pris une circulaire afin de répondre aux difficultés tenant à l'identification des tâches qu'il incombe aux mandataires de justice d'exécuter personnellement<sup>1599</sup>. À cette fin, le texte distingue trois catégories d'intervenants. D'abord, les cocontractants naturels de l'entreprise comme les experts-comptables, les commissaires aux comptes ou les sociétés de service informatique. Selon la direction des affaires civiles et du sceau, leur intervention ne nécessite pas d'autorisation de la part du tribunal et les créances qui en résultent relèvent du régime des créances postérieures privilégiées.

Une seconde catégorie est constituée des intervenants extérieurs accomplissant des tâches techniques rendues nécessaires par la procédure collective mais qui ne relèvent pas de la mission des mandataires de justice. Selon le texte, entrent dans cette catégorie les experts, techniciens, sachants, sapiteurs dont l'intervention apparaît nécessaire, dans l'intérêt de la procédure collective. L'article L. 621-9 du code de commerce dispose aujourd'hui que leur désignation doit être autorisée par le juge-commissaire<sup>1600</sup>. La circulaire invite les parquets à faire preuve d'une grande vigilance afin de vérifier que ces missions n'empiètent pas sur celles qui sont dévolues aux mandataires de justice par les textes. La Cour de cassation a précisé que

<sup>1596</sup> F. Colcombet (prés.) et A. Montebourg (rapp.), rapport préc., p. 194.

<sup>1597</sup> Sur le traitement du recours à ces tiers dans le barème tarifaire, v. *infra* n° 453.

<sup>1598</sup> V. Dolley, « À propos des limitations au recours à la sous-traitance », *Dr. & patr. mensuel* 2003, n° 117 p. 39.

<sup>1599</sup> Circulaire CIV 2004-01 D du 12 mars 2004 relative à l'application des dispositions des articles L. 811-1 et L. 812-1 du code de commerce.

<sup>1600</sup> La Cour de cassation a jugé que le juge des référés n'était pas compétent en la matière (Cass. com., 17 sept. 2013, n° 12-17.741, *Bull. civ.* IV, n° 134 ; *JCP E* 2014, 1120, note J.-P. Legros ; *Rev. sociétés* 2013, p. 731, obs. L.-C Henry ; *Dr. sociétés* 2014, comm. 33, note J.-P. Legros ; *BJS* nov. 2013, n° 110v8, note G. Couturier ; *Rev. proc. coll.* 2014, comm. 2, note P. Cagnoli ; *BJE* nov. 2013, n° 110p7, note C. de Lajarte-Moukoko.

le coût de leur intervention doit être supporté par le débiteur même lorsque la demande émane du mandataire de justice<sup>1601</sup>.

Enfin, la dernière catégorie vise les intervenants extérieurs accomplissant des tâches relevant des mandataires de justice. En principe, les professionnels n'ont pas le droit de déléguer ces tâches. Ils peuvent, néanmoins, lorsque le bon déroulement de la procédure le requiert et sur autorisation motivée du président du tribunal, confier sous leur responsabilité à des tiers une partie de ces tâches en rétribuant ces tiers sur la rémunération qu'ils perçoivent<sup>1602</sup>. La circulaire précise que les mandataires de justice pouvaient exceptionnellement solliciter auprès du président du tribunal le concours de tiers pour être assistés dans l'exercice de certaines tâches leur incombant<sup>1603</sup>. Il s'agit de faire supporter le coût de cette intervention à la procédure pour les affaires qui en raison de leur technicité ou leur caractère exceptionnel excèdent la compétence habituelle des mandataires de justice et qui ainsi apparaissent hors de leur mission. Ce point sensible a fait l'objet d'une nouvelle circulaire prise le 22 avril 2022 qui reprend le contenu de la circulaire du 12 mars 2004, en l'actualisant et en attirant l'attention des parquetiers sur la vigilance dont ils doivent faire preuve s'agissant, en particulier, de l'intervention des tiers<sup>1604</sup>.

**429. Le recours à un avocat.** La question du sort à réserver au recours aux services d'un avocat s'était également posée. Par un avis rendu le 27 février 2006, la Cour de cassation a estimé qu'en confiant à un avocat la mission de le représenter en justice, ès qualités, le mandataire de justice ne confie pas à un tiers une partie des tâches que comporte l'exécution de son mandat et qui lui incombent personnellement de sorte que les honoraires de l'avocat doivent être prélevés sur les fonds du débiteur<sup>1605</sup>. La décision a été approuvée dans la mesure où « *les mandataires de justice ne sont pas universels et que les avocats ont un savoir-faire*

<sup>1601</sup> Cass. com., 13 déc. 2017, n° 16-15.962, *Bull. civ.* IV, n° 165 ; *Act. proc. coll.* 2018, n° 2, alerte 19, note F. Petit ; *LEDEN* mars 2018, n° 111j4, p. 2, obs. N. Borga ; *Dr. sociétés* 2018, comm. 131, note J.-P. Legros ; *Rev. proc. coll.* 2018, comm. 6, note V. Leloup-Thomas.

<sup>1602</sup> C. com., art. L. 811-1 et L. 812-1.

<sup>1603</sup> La circulaire se réfère à l'ancien article L. 814-6 du code de commerce. Cette disposition a été abrogée par la loi du 26 juillet 2005. Cependant, l'hypothèse visée par la circulaire entre encore dans les prévisions de l'article L. 621-9 du code de commerce dans la mesure elle renvoie à une tâche qui semble excéder la mission des mandataires de justice.

<sup>1604</sup> Circulaire du 22 avril 2022 *relative aux modalités de recours aux intervenants extérieurs dans le cadre des procédures collectives*.

<sup>1605</sup> Cass., avis, 27 févr. 2006, n° 05-00.027, *Bull. avis* n° 1, p. 1 ; *D.* 2006, p. 860, obs. A. Lienhard ; *JCP E* 2006, 2331, n° 3, obs. P. Pétel. ; *Rev. proc. coll.* 2006, p. 273, n° 5, obs. O. Staes. Cette solution a été récemment confirmée par la Cour de cassation qui a précisé qu'il en allait autrement s'agissant de la rédaction d'un avenant de résiliation d'un bail qui incombe personnellement au liquidateur judiciaire (Cass. com., 30 juin 2021, n° 20-13.722, à paraître ; *Gaz. Pal.* 5 oct. 2021, n° 426t9, p. 29 ; note B. de Belval ; *ibid.* 26 oct. 2021, n° 427y0, p. 57, note G. Berthelot ; *LEDEN* sept. 2021, n° 200f4, p. 2, obs. L. Camensuli-Feuillard ; *BJE* sept. 2021, n° 200g1, p. 22, note F. Reille).

*n'appartenant à aucun autre auxiliaire de justice* »<sup>1606</sup>. Toutefois, les praticiens sont conscients des coûts engendrés par le recours à un avocat. Par exemple, dans son *Guide des diligences des mandataires de justice et recommandations*, l'IFPPC, après avoir rappelé la règle de principe d'exécution personnelle et ses exceptions, émet des recommandations destinées à maîtriser le coût des intervenants extérieurs. En particulier, il est recommandé aux mandataires de justice de ne solliciter les services d'un avocat qu'en cas de nécessité pour la procédure<sup>1607</sup>.

En somme, si certaines tâches justifient le recours aux services d'un tiers, le principe doit rester celui de l'exécution personnelle. Autrement dit, les mandataires de justice doivent recevoir et accepter les seuls mandats qu'ils sont en mesure d'assumer, ce qui invite à étudier le contrôle de la distribution des affaires complexes.

## B. Le contrôle de la distribution des mandats

**430. La sanction de la sous-traitance injustifiée.** Les mandataires de justice qui ne disposent pas d'une structure d'une ampleur suffisante pour prendre en charge une affaire devraient refuser le mandat ou, le cas échéant, demander leur remplacement<sup>1608</sup>. Le professionnel qui ne le fait pas et sollicite ensuite la désignation d'un tiers recherche, en quelque sorte, une prime à l'absence de structuration de son étude, en en faisant supporter le coût à l'entreprise et aux créanciers<sup>1609</sup>. À cet égard, la sous-traitance injustifiée pourrait constituer une faute professionnelle<sup>1610</sup>. En effet, l'article 511.1 des règles professionnelles dispose que les mandataires de justice ne doivent pas accepter un nombre de mandats ou de missions incompatible avec les moyens et l'organisation de leur étude. Par ailleurs, la Cour de cassation a jugé que le mandataire de justice qui confie à des tiers l'exécution d'une partie de son mandat sans solliciter d'autorisation et qui fait supporter les frais de cette intervention au débiteur commet un délit de malversation<sup>1611</sup>. Il faut alors s'interroger sur les mesures existantes afin de contrôler la désignation des mandataires de justice et l'éventuel recours à la sous-traitance.

<sup>1606</sup> P. Pétel, obs. préc.

<sup>1607</sup> IFPPC, *Guide des diligences des mandataires de justice et recommandations*, recommandation 1650-1.

<sup>1608</sup> C. Delattre, « Le recours à des tiers : les praticiens de l'insolvabilité peuvent-ils sous-traiter leurs missions ? », *Rev. proc. coll.* 2018, dossier 9, n° 16, p. 95.

<sup>1609</sup> C. Delattre, « Les AJMJ et le recours à des tiers », *Rev. proc. coll.* 2017, étude 20, n° 21, p. 22.

<sup>1610</sup> *Ibid.*

<sup>1611</sup> Cass. crim., 26 sept. 2001, n° 00-86.525, *Bull. crim.*, n° 190, p. 611 ; D. 2001, p. 3198, obs. A. Lienhard ; *ibid.* 2002, p. 208, obs. F. Derrida ; RSC 2002, p. 340, obs. J.-F. Renucci ; *Dr. pénal* 2002, comm. 9, note J.-H. Robert ; *Rev. sociétés* 2002, p. 81, note B. Bouloc ; *RTD com.* 2002, p. 181, obs. B. Bouloc.

**431. L'intervention du ministère public dans la désignation des mandataires de justice.**

Depuis la loi *LME* du 4 août 2008, les pouvoirs du ministère public ont été accrus s'agissant, notamment, du contrôle de la désignation des mandataires de justice<sup>1612</sup>. Le ministère public peut ainsi soumettre à la désignation du tribunal le nom d'un ou de plusieurs administrateurs et mandataires judiciaires, sur lequel le tribunal sollicite les observations du débiteur<sup>1613</sup>. De même, il peut demander le remplacement d'un mandataire de justice au cours d'une procédure<sup>1614</sup>.

D'aucuns y ont vu une marque d'hostilité à l'encontre des professionnels<sup>1615</sup>. D'autres, une manière « *d'éviter certaines connivences possibles au sein des juridictions* »<sup>1616</sup>. Pour sa part, M<sup>e</sup> Gorrias a estimé qu'il était légitime que le ministère public exerce une forme de surveillance des mandataires de justice, en rappelant qu'il « *est l'autorité naturelle du mandataire judiciaire. Les différentes obligations dans l'exercice de leur mission rappellent quotidiennement aux mandataires judiciaires cette supervision. Il est donc légitime que le ministère public puisse intervenir dans la désignation en proposant un nom.* »<sup>1617</sup>

En fonction de la difficulté de l'affaire, le ministère public peut ainsi suggérer le nom d'un professionnel apte à traiter le dossier. Il peut aussi solliciter la désignation d'un second mandataire de justice lorsque le professionnel désigné aurait des difficultés à traiter seul le dossier<sup>1618</sup>. Le cas échéant, il peut solliciter le remplacement d'un professionnel<sup>1619</sup>, si ce dernier ne semble pas capable d'exécuter convenablement sa mission. Enfin, le label<sup>1620</sup>, un temps décerné par l'Association pour la gestion du régime de Garantie des créances des Salariés (AGS) mais auquel elle a apparemment renoncé, semblait être un indicateur utile à la

<sup>1612</sup> C. Delattre, « L'intervention du ministère public dans la désignation des administrateurs et mandataires judiciaires », *Rev. proc. coll.* 2009, étude 11, n° 3, p. 14. Sur la question de l'intervention du ministère public, v. ég., J. Vallansan, « Le rôle particulier du ministère public, droit dérogatoire, précurseur, révélateur ? », in (dir.) F. Macorig-Venier, *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans. Droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 159 et E. Houlette, « Le rôle du ministère public dans la loi de sauvegarde », *JCP E* 2005, 1514, p. 1772.

<sup>1613</sup> C. com., art. L. 621-4.

<sup>1614</sup> C. com., art. L. 621-7.

<sup>1615</sup> B. Soinne, « Prolégomènes sur l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficultés », *Rev. proc. coll.* 2009, repère 1, p. 1.

<sup>1616</sup> A. Lienhard, « Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *D.* 2009, p. 110.

<sup>1617</sup> S. Gorrias, « Le mandataire judiciaire dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 et le décret du 12 février 2009 », *Gaz. Pal.* 7 mars 2009, p. 21.

<sup>1618</sup> C. Delattre, « Les relations entre le ministère public et les administrateurs et mandataires judiciaires », *Rev. proc. coll.* 2012, dossier 29, n° 34, p. 101.

<sup>1619</sup> *Ibid.*, n° 26, p. 99.

<sup>1620</sup> V. *infra* n° 440.



disposition du ministère public et du tribunal afin d'évaluer la capacité d'un mandataire de justice à traiter un dossier d'envergure<sup>1621</sup>.

Afin d'assurer un contrôle efficace du recours à l'intervention d'un tiers, la loi du 18 novembre 2016 a ajouté, à l'article L. 663-2 du code de commerce, un second alinéa qui dispose que le mandataire de justice doit informer le président du coût des prestations qui ont été confiées par lui à des tiers lorsque ceux-ci n'ont pas été rétribués sur la rémunération qu'il a perçue. Au regard de ses attributions, il paraît surprenant que le parquet ne soit pas destinataire de cette information. En revanche, l'information est utile au président de la juridiction qui peut s'en servir afin d'estimer les capacités des mandataires de justice pour les dossiers à venir.

**432. Conclusion et refus d'une désignation.** En définitive, il faut retenir que le mandataire de justice qui n'a pas la capacité de traiter un dossier d'une trop grande envergure doit refuser le mandat. Il s'agit d'une règle de bon sens qui permet de favoriser une attribution des mandats à mesure des compétences des professionnels.

De manière surprenante, l'hypothèse du refus d'un mandat n'est en revanche régie par aucun texte. Seul l'article L. 621-4 du code de commerce dispose que les mandataires de justice doivent faire connaître sans délai au tribunal tout élément qui pourrait justifier leur remplacement. Il en irait ainsi assurément en cas de conflit d'intérêts ou d'impossibilité d'exécuter une mission. Il faut se demander si le mandataire de justice pourrait refuser une mission qu'il n'estimerait pas assez rentable. Si une réponse négative semble intuitivement s'imposer, il faut relever qu'il n'existe aucun texte équivalent à l'obligation d'instrumenter des commissaires de justice<sup>1622</sup> ou des notaires<sup>1623</sup>. De même, l'article 267 du code de procédure civile dispose que l'expert judiciaire fait connaître sans délai au juge son acceptation. D'aucuns s'appuient sur le contenu du serment, énoncé à l'article 22 du décret du 23 décembre 2004, imposant à l'expert d'apporter son concours à la justice, pour soutenir que le refus non motivé ou abusif d'accepter une mission peut justifier un rejet de demande de réinscription sur la liste<sup>1624</sup>.

En vertu de l'article 110.1 des règles professionnelles, les mandataires de justice prêtent serment d'exercer leurs fonctions avec dignité, indépendance, probité, humanité, loyauté et

<sup>1621</sup> C. Delattre, « L'intervention nécessaire du ministère public dans la désignation des organes de la procédure collective en cas de risque d'action en responsabilité contre l'État », *Rev. proc. coll.* 2018, étude 24, n° 5, p. 10.

<sup>1622</sup> D. n° 2021-1625 du 10 décembre 2021 *relatif aux compétences des commissaires de justice*, art. 4.

<sup>1623</sup> Loi du 25 ventôse an XI *contenant organisation du notariat*, art. 3.

<sup>1624</sup> (dir.) T. Moussa, *Droit de l'expertise*, Dalloz, 2020, n° 231.12, p. 206.

confraternité. Aucune règle n'impose donc explicitement aux mandataires de justice d'accepter les mandats qu'ils reçoivent. L'obligation d'instrumenter de la part des notaires et des commissaires de justice est la contrepartie du monopole dont ils disposent pour réaliser certaines prestations pour lesquelles le justiciable ou plus largement le citoyen ont l'obligation de recourir à leurs services. Si les mandataires de justice ne disposent pas d'un monopole au sens strict, la logique de l'inscription sur les listes et leur désignation obligatoire à l'ouverture de la procédure collective conduisent à penser qu'ils ne peuvent davantage refuser une mission sans motif légitime<sup>1625</sup>. L'absence de règles claires sur la question peut néanmoins poser une difficulté particulière s'agissant du cas singulier du refus d'un mandat motivé par des revendications d'ordre professionnel.

L'opposition à une réforme portant sur l'avenir de la profession constitue-t-elle, par exemple, un motif légitime justifiant le refus d'une mission ? À notre connaissance, seulement deux juridictions du fond se sont prononcées, négativement, sur ce sujet<sup>1626</sup>. Si un tel mouvement professionnel s'apparente à une grève, les mandataires de justice appartiennent à une profession collaborant au service public sans être tenus par un lien de subordination<sup>1627</sup>. Ils semblent dès lors exclus du champ d'application du droit de grève. Un auteur soutient toutefois qu'à la liberté de désignation du tribunal doit correspondre une liberté de refuser un mandat de justice car ce dernier serait soumis, sur ce point, au droit commun du mandat et, en particulier, l'article 1984 du code civil qui dispose que le contrat de mandat ne se forme que par l'acceptation du mandataire<sup>1628</sup>. L'argument emporte difficilement l'adhésion car les conditions de désignation des mandataires de justice s'éloignent assurément de celles régissant la formation d'un contrat. Le même auteur souligne encore que « *Pour [les avocats] il y a eu de multiples mouvements de grève qui n'ont pas généralement suscité l'opposition des magistrats en général. On conclura en conséquence que la clause de conscience doit être reconnue pour les mandataires de justice mais également le caractère licite de toute grève.* »<sup>1629</sup> Le raisonnement ne semble guère plus convaincant car le statut des mandataires de justice se rapproche bien davantage de celui des officiers ministériels soumis à une obligation d'instrumenter qu'à celui des avocats.

<sup>1625</sup> P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., 2020, n° 351.611, p. 808.

<sup>1626</sup> T. com. Nantes, 26 mai 2000 et, en appel de ce jugement, CA Rennes, 2<sup>e</sup> ch. com., 21 nov. 2001, arrêt n° 426, *Act. proc. coll.* 2002, n° 12, n° 150 ; *Rev. proc. coll.* 2003, p. 117, obs. B. Soinne.

<sup>1627</sup> B. Soinne, *Les mandataires de justice*, Litec, 2003, n° 160, p. 209.

<sup>1628</sup> B. Soinne, obs. sous CA Rennes, 2<sup>e</sup> ch. com., 21 nov. 2001, arrêt n° 426, *Rev. proc. coll.* 2003, p. 117.

<sup>1629</sup> B. Soinne, *op. cit.*, n° 225, p. 300.

Il faut alors se demander si un mandataire de justice peut être sanctionné pour avoir refusé un mandat pour un motif de l'ordre de la revendication professionnelle. En l'absence de réponse de la loi, une telle démarche pourrait bien constituer une faute. Il serait souhaitable que le législateur prenne parti en décidant expressément si, du fait de la qualité de collaborateur permanent du service public de la justice, les mandataires de justice ont le droit, ou non, de refuser des mandats dans le cadre d'un mouvement collectif, selon des modalités qu'il lui incomberait d'arrêter. Il demeure, par ailleurs, que la force d'un mouvement collectif tient en partie à la solidarité entre ses membres. Même si la démarche n'était pas qualifiée de fautive, le risque pour le professionnel refusant, seul, un mandat serait de s'exposer à des représailles de la part de la juridiction qui lui distribuera moins de mandats. Ce risque serait atténué si la loi reconnaissait le droit de refuser une mission dans le contexte d'un mouvement professionnel car les représailles éventuelles constitueraient une discrimination injustifiée, qui resterait, il est vrai, assez difficile à prouver.

La circonstance reste exceptionnelle et la distribution des mandats entre les mandataires de justice inscrits sur la liste pose surtout le problème de la prise en compte du mérite des compétences de ces professionnels. La faculté ouverte par la loi du 6 août 2015 de désigner des commissaires de justice dans certaines procédures soulève aussi des questions relatives à la compétence des professionnels désignés dans les procédures collectives.

§ 2 : La désignation des professionnels non inscrits sur les listes pour certaines procédures liquidatives

**433. La possibilité de désigner des commissaires de justice.** La loi du 6 août 2015 a prévu que les tribunaux pourraient désormais désigner à titre habituel des commissaires de justice en qualité de liquidateur dans les procédures de rétablissement professionnel et les liquidations judiciaires lorsque ces procédures sont ouvertes à l'encontre de débiteurs n'employant aucun salarié et réalisant un chiffre d'affaires annuel hors taxes inférieur ou égal à 100 000 euros<sup>1630</sup>. Cette ouverture de certaines procédures liquidatives aux commissaires de justice a été justifiée par le nombre insuffisant de mandataires judiciaires disponibles dans certains territoires<sup>1631</sup>. Avant la loi du 6 août 2015, le tribunal pouvait déjà, après avis du procureur de la République,

<sup>1630</sup> C. com., art. L. 641-1, II renvoyant à l'article L. 812-2, III.

<sup>1631</sup> Aut. conc., avis n° 15-A-02 du 9 janvier 2015 *relatif aux questions de concurrence concernant certaines professions juridiques réglementées*, n°s 163 et s., pp. 35 et s. ; n°s 435 et s., pp. 71 et s. ; *Projet de loi n° 2447 pour la croissance et l'activité*, Exposé des motifs.

désigner comme administrateur ou mandataire judiciaire une personne physique justifiant d'une expérience ou d'une qualification particulière en fonction de la nature de l'affaire à condition de motiver spécialement sa décision sur ces points<sup>1632</sup>. Dans son avis du 9 janvier 2015, l'Autorité de la concurrence a néanmoins souligné le caractère exceptionnel de ce type de désignation en raison de l'absence de compétences professionnelles, de garanties financières et d'indépendance des personnes hors liste<sup>1633</sup>.

La désignation de ces professionnels peut susciter des interrogations de deux ordres. D'une part, les commissaires de justice ayant une clientèle, l'exercice de la fonction de liquidateur peut les exposer à de potentiels conflits d'intérêts<sup>1634</sup>. Il faut alors s'interroger sur les mesures prises afin de prévenir de telles situations (I). D'autre part, en dépit des seuils retenus, à savoir l'absence de salariés et la réalisation d'un chiffre d'affaires annuel hors taxes inférieur ou égal à 100 000 euros, il faut se demander si les commissaires de justice auront nécessairement les compétences requises afin de traiter ces affaires dont la simplicité n'est peut-être qu'apparente (II).

#### I. Les potentiels conflits d'intérêts

**434. Les situations à risque.** La fonction de liquidateur judiciaire conduit à exécuter certaines tâches qui peuvent aller à l'encontre des intérêts d'un créancier. Il en va ainsi de l'action en responsabilité exercée contre un créancier qui aurait contribué à l'aggravation de la situation du débiteur, de l'action en nullité de la période suspecte dirigée contre un créancier ou encore de la contestation d'une créance. Il est vrai que le rétablissement professionnel n'impose pas de distribution, de vérification des créances, ni d'action en reconstitution du gage des créanciers. Dans ce cas, confier le soin de liquider les biens à un commissaire de justice ne semble pas soulever de grandes difficultés. En revanche, comme cela a été souligné, dans la liquidation judiciaire, même simplifiée, le liquidateur doit effectuer de telles tâches et, en particulier, vérifier les déclarations de créances<sup>1635</sup>. Laisser ces professionnels exercer cette fonction peut alors poser un véritable problème si la contestation porte sur la créance de l'un de leurs clients habituels. M. Le Corre a insisté sur les redoutables difficultés pratiques qui ne

<sup>1632</sup> C. com., art. L. 811-2 et L. 812-2.

<sup>1633</sup> Aut. conc., avis n° 15-A-02 du 9 janvier 2015 *relatif aux questions de concurrence concernant certaines professions juridiques réglementées*, n° 169, p. 35.

<sup>1634</sup> P. Rossi, « Dispositions de la loi *Macron* concernant les livres VI et VIII du Code de commerce. Obstination ou obsession ? », *Rev. proc. coll.* 2015, étude 15, n° 15, p. 14.

<sup>1635</sup> P.-M. Le Corre, « Missions de procédures collectives confiées aux huissiers de justice et commissaires-priseurs judiciaires et principe d'égalité des citoyens devant la loi », *D.* 2015, p. 575.

manqueront pas de se poser dans la mesure où « *les clients réguliers des huissiers de justice sont les “institutionnels” : établissements de crédit, mais aussi URSSAF, Trésor public, caisses d’assurance et de retraite.* »<sup>1636</sup>

**435. Les garanties législatives.** Le Conseil constitutionnel a jugé que la loi du 6 août 2015, en définissant le domaine d’intervention des mesures à prendre par voie d’ordonnance, permettait d’assurer la prévention des conflits d’intérêts<sup>1637</sup>. Il a rappelé que la loi du 6 août 2015 a prévu que les commissaires de justice désignés en qualité de liquidateur ou d’assistant du juge dans certaines procédures ne doivent pas avoir été, directement ou indirectement, au cours des cinq années précédentes, en situation de lien financier, professionnel ou de subordination par rapport à la personne physique ou morale concernée par la procédure. De plus, ils doivent n’avoir aucun intérêt dans le mandat qui leur est donné, pouvant notamment résulter d’une relation de clientèle passée ou actuelle avec un créancier de la personne physique ou morale concernée. Dans le même sens, ces professionnels ne doivent pas être intervenus auprès de l’entreprise concernée par la procédure au titre d’une mission prévue par son statut au cours des cinq dernières années et doivent également, sous peine de sanction disciplinaire, informer la juridiction qui l’a désigné de la nature et des diligences accomplies<sup>1638</sup>. À la suite du Conseil constitutionnel, le Conseil d’État a estimé que les mesures prévenant les conflits d’intérêts n’étaient pas de nature à justifier la transmission qu’une question prioritaire de constitutionnalité reposant sur l’article 16 de la Déclaration des droits de l’Homme et du citoyen<sup>1639</sup>.

En théorie, ces dispositions semblent de nature à limiter les conflits d’intérêts. En revanche, s’agissant des professionnels ayant pour clients des créanciers institutionnels, il est certain qu’il semble difficile d’assurer l’absence de conflits d’intérêts en cas de désignation dans une procédure collective. Par conséquent, le commissaire de justice qui souhaiterait exercer des mandats de justice devrait sûrement renoncer à travailler, dans le cadre de son activité principale, avec des créanciers institutionnels<sup>1640</sup>. À cette limite importante près, les garanties prises afin de vérifier l’absence de conflits d’intérêts semblent satisfaisantes. La

<sup>1636</sup> *Ibid.* L’auteur rappelle à cette occasion que le législateur de 1985 était parfaitement alerté de cette difficulté et avait opté à dessein pour une incompatibilité entre ces professions et celle de mandataires de justice.

<sup>1637</sup> Conseil constit., 5 août 2015, n° 2015-715, considérant n° 131 ; *Act. proc. coll.* 2015, n° 14, alerte 231.

<sup>1638</sup> C. com., art. L. 812-2.

<sup>1639</sup> CE, 12 juill. 2017, n° 402068, considérant n° 7, Inédit.

<sup>1640</sup> P.-M. Le Corre, *op. cit.*, n° 351.543, p. 806.

question de l'apparente simplicité des procédures concernées peut susciter davantage de réserves.

## II. L'apparente simplicité des procédures

**436. Les difficultés ignorées par le législateur.** La possibilité de confier aux commissaires de justice certaines procédures, dans lesquelles le débiteur n'a aucun salarié et réalise un chiffre d'affaires annuel hors taxes inférieur ou égal à 100 000 euros, pose également la question de la compétence de ces nouveaux entrants. L'absence de salariés permet certes d'évacuer les difficultés tenant à l'application du droit du travail. En revanche, la modestie du chiffre d'affaires ne préfigure nullement les difficultés juridiques qui peuvent se présenter au cours de la procédure<sup>1641</sup>. Certes, confier des procédures de rétablissement professionnel à ces professionnels ne semble pas soulever de difficultés particulières car la procédure n'impose ni de procéder à des distributions ou à la vérification des créances ni d'engager d'action en reconstitution du gage des créanciers<sup>1642</sup>. Cependant, en cas d'ouverture d'une liquidation judiciaire, même simplifiée, le professionnel désigné doit maîtriser ces enjeux propres au droit des entreprises en difficulté. Or, le législateur semble minimiser le fait que les difficultés d'un dossier ne sont pas nécessairement connues à l'ouverture de la procédure et peuvent apparaître en cours de procédure<sup>1643</sup>.

Ainsi, le commissaire de justice désigné doit être familier avec les subtilités des règles relatives à la déclaration des créances. En liquidation judiciaire simplifiée, il est procédé à la vérification des seules créances susceptibles de venir en rang utile dans les répartitions<sup>1644</sup>. Cette règle ne rend pas en soi la procédure de vérification et de contestation plus simple pour les créances qui doivent être vérifiées. La modestie du chiffre d'affaires ne permet pas davantage d'exclure une difficulté à établir l'ordre des distributions en présence de plusieurs créanciers bénéficiant de privilèges et sûretés variés ou autres droits de rétention. Au regard de la peine que les professionnels du droit des procédures collectives peuvent eux-mêmes éprouver à traiter cette question, il n'est pas certain que les commissaires de justice soient parfaitement aptes à se confronter à cette difficulté. D'ailleurs, déterminer l'ordre des paiements peut être

<sup>1641</sup> Du reste, comme l'a relevé M. Le Corre, une confusion semble avoir été commise entre les petites créances et les petits passifs durant le débat parlementaire (P.-M. Le Corre, *op. cit.*, n° 351.543, p. 806).

<sup>1642</sup> P.-M. Le Corre, « Missions de procédures collectives confiées aux huissiers de justice et commissaires-priseurs judiciaires et principe d'égalité des citoyens devant la loi », *D.* 2015, p. 575.

<sup>1643</sup> F.-X. Lucas, « Commentaire des dispositions de la loi du 6 août 2015 "pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques" intéressant le droit des entreprises en difficulté », *BJE* sept. 2015, n° 112q8, p. 317.

<sup>1644</sup> C. com., art. L. 644-3.

encore plus compliqué en l'absence précisément de salariés. D'une certaine manière, lorsque le remboursement des avances de l'AGS consomme tout l'actif du débiteur, établir l'ordre des distributions s'avère assez simple. En l'absence de l'AGS, le classement des créances peut être autrement plus délicat à établir, quand bien même, ou peut-être surtout si, les créances portent sur des montants relativement faibles.

De plus, le professionnel désigné peut être amené à mettre en œuvre des actions dans l'intérêt collectif des créanciers, à solliciter la nullité d'actes passés durant la période suspecte voire à demander l'extension de la procédure à un autre débiteur. Toutes ces actions exigent, outre la maîtrise des enjeux juridiques, la capacité d'étudier les comptes du débiteur. Il faut que le professionnel désigné soit en mesure d'y procéder. Autrement dit, pour identifier l'absence de difficulté d'un dossier, le professionnel doit être capable d'en identifier l'existence le cas échéant.

Enfin, si une liquidation judiciaire simplifiée ne peut être ouverte qu'à la condition que l'actif du débiteur ne comprenne pas de bien immobilier, l'article L. 812-2, III du code de commerce ne restreint pas la désignation d'un commissaire de justice aux liquidations judiciaires simplifiées. Il est, par exemple, possible d'imaginer l'ouverture d'une procédure contre un débiteur, personne physique, propriétaire d'un ou plusieurs biens immobiliers mais dont le chiffre d'affaires n'excède pas 100 000 euros. Le professionnel devrait alors appliquer les lois et la jurisprudence portant sur l'insaisissabilité, légale ou résultant d'une déclaration notariée, de ces biens afin d'apprécier si les immeubles du débiteur peuvent être vendus et par qui. Dans une telle situation, il est vraisemblable que le tribunal se garderait de nommer un professionnel non inscrit sur la liste mais l'exemple permet encore de montrer que le chiffre d'affaires ne présage en rien des difficultés qui peuvent advenir dans une procédure.

**437. La réponse inappropriée du législateur au manque de professionnels exerçant dans le ressort de certains tribunaux.** En définitive, au souci parfaitement légitime d'accroître le nombre de professionnels disponibles dans le ressort de certains tribunaux, le législateur semble avoir apporté une réponse assez inappropriée. Certes, il faut reconnaître qu'il est difficile d'envisager qu'un débiteur dont le chiffre d'affaires annuel ne dépasse pas 100 000 euros dispose, par ailleurs, d'actifs d'une grande valeur. Toutefois, à l'image des conditions retenues pour l'ouverture d'une procédure de rétablissement professionnel, il semble que le législateur aurait mieux fait de se référer directement à la valeur des actifs plutôt qu'au chiffre d'affaires du débiteur. De plus, il aurait été inspiré de restreindre explicitement la faculté de désigner ces professionnels aux liquidations judiciaires simplifiées.

Surtout, comme cela a été souligné dans les débats parlementaires, cette innovation semble d'autant plus surprenante qu'elle s'ajoute à la création de la voie d'accès à la profession de mandataire de justice grâce au Master ALED devant aussi permettre d'accroître le nombre de professionnels. Le sénateur Pillet donnait ainsi son sentiment : « *La solution, ce n'est pas de confier à une profession une mission dévolue à une autre, c'est de faire en sorte qu'il y ait suffisamment de professionnels dans une profession donnée. Ici, on crée une profession extraordinaire, celle des charcutiers-coiffeurs ! Cela ne peut pas marcher !* »<sup>1645</sup>

Du reste, il faut souligner que si les huissiers de justice ont montré un certain enthousiasme à l'égard de cette nouvelle opportunité<sup>1646</sup>, les commissaires-priseurs judiciaires sont apparus bien moins demandeurs<sup>1647</sup>. Il faut dire que l'ouverture de ces procédures aux huissiers a aussi été perçue comme une compensation de leur perte de revenus provoquée par la réforme de leur propre profession<sup>1648</sup>.

Si le choix du professionnel à désigner appartient au tribunal, ce dernier peut être utilement éclairé par l'avis donné par certains créanciers ou le débiteur lui-même.

## SECTION 2 : L'INTERVENTION DU DÉBITEUR ET DES CRÉANCIERS DANS LA DÉSIGNATION DES MANDATAIRES DE JUSTICE

**438. Plan de la section.** Les créanciers ne désignent plus le mandataire de justice chargé de la procédure depuis la loi du 28 mai 1838. De plus, il a été montré que, depuis la réforme du 25 janvier 1985, les mandataires de justice participent, par leurs fonctions, à la défense de l'intérêt général, ce qui peut justifier d'exclure les créanciers et le débiteur de la procédure de désignation. À cet égard, l'absence de clientèle chez les mandataires de justice apparaît comme un gage de leur indépendance propice à une bonne exécution de leur mission. D'ailleurs, l'article 27.1 de la directive du 20 juin 2019 impose aux États membres de veiller à ce que les praticiens de l'insolvabilité agissent, à l'égard des parties concernées, de façon impartiale et indépendante.

<sup>1645</sup> Interv. F. Pillet, *JO déb. Sénat* 13 avr. 2015, 1<sup>e</sup> lecture, sous art. 20 *quater*.

<sup>1646</sup> P. Sannino, « “La loi Macron a davantage souhaité mettre en œuvre des mécanismes de modernisation des professions” », *BJE* nov. 2015, n° 112t9, p. 412.

<sup>1647</sup> A. Carlier, « “Le commissaire de justice ne nous fait pas rêver !” », *BJE* nov. 2015, n° 112u6, p. 417.

<sup>1648</sup> X. Huertas, « “Le seul souhait que l'on puisse désormais former c'est que retombe enfin la fièvre réformatrice et qu'on laisse en paix les professionnels du mandat de justice” », *BJE* nov. 2015, n° 112v0, p. 400.



Toutefois, le bon déroulement d'une procédure dépend aussi de la collaboration des créanciers et du débiteur. Des réformes récentes leur ont ainsi permis d'intervenir dans la désignation des professionnels. De telles prérogatives pourraient remettre en cause l'indépendance des mandataires de justice. Cependant, ni les créanciers ni le débiteur ne peuvent choisir directement les professionnels chargés de la procédure. Certains créanciers peuvent seulement se prononcer sur la proposition de désignation des mandataires de justice. Dans ces conditions, il faut veiller à ce que cette prérogative ne conduise pas ces derniers à privilégier les intérêts du créancier susceptible de favoriser leur nomination en rompant l'impartialité à laquelle ils doivent s'astreindre entre les différents intérêts en présence. Cela étant, la consultation des créanciers institutionnels peut aussi contribuer à sélectionner des professionnels les plus aptes à traiter des dossiers complexes. Il ne faudrait donc pas priver, par principe, les créanciers de cette faculté (§ 1). La loi reconnaît au débiteur la possibilité de proposer directement le nom d'un administrateur judiciaire. Le risque de clientélisme semble ici plus fort. Or, il ne faudrait pas que cette faculté conduise les mandataires de justice à s'interdire d'exercer pleinement leur mission afin de plaire au débiteur alors que l'exécution de certaines tâches ne converge pas toujours avec les intérêts de ce dernier. Cependant, cette faculté du débiteur de proposer un nom répond également à l'évolution du droit des procédures collectives qui tend à privilégier un traitement anticipé par le débiteur de ses difficultés. De ce fait, cette prérogative reconnue au débiteur ne doit pas non plus être rejetée par principe (§ 2).

§ 1 : La consultation de certains créanciers sur la désignation des professionnels

**439. Rappel des explications historiques à la désignation judiciaire des mandataires de justice.** Les créanciers ne partagent pas tous le même intérêt dans la conduite de la procédure collective car, en fonction de leur rang ou de l'existence de relations contractuelles pérennes, ils peuvent avoir plutôt intérêt à l'adoption d'un plan de continuation ou à la liquidation du débiteur. Ces divergences d'intérêts exigent que le mandataire de justice exerce sa mission de manière impartiale. Historiquement, c'est pour cette raison que le législateur a retiré aux créanciers le pouvoir de désigner le syndic au profit du tribunal, mettant ainsi un terme à la pratique par laquelle quelques créanciers, profitant de l'absence des autres créanciers, parvenaient à imposer leurs vues<sup>1649</sup>. À l'occasion des dernières réformes, le législateur a

---

<sup>1649</sup> V. *supra* n° 356.

pourtant reconnu à certains créanciers la possibilité d'intervenir dans la désignation des mandataires de justice, ce qui peut faire craindre une remise en cause de leur indépendance.

**440. Les observations de l'AGS sur le choix des mandataires de justice.** L'ordonnance du 12 mars 2014 a introduit l'obligation pour le tribunal, lorsque le débiteur emploie au moins cinquante salariés<sup>1650</sup>, de solliciter les observations de l'AGS sur la désignation du mandataire judiciaire<sup>1651</sup> et du liquidateur judiciaire<sup>1652</sup>. La loi du 18 novembre 2016 a étendu cette consultation s'agissant de la désignation de l'administrateur judiciaire<sup>1653</sup>. Cette innovation s'entend dans la mesure où la possibilité pour l'AGS de recouvrer ses avances est intimement liée au travail des mandataires de justice. Comme le souligne M<sup>me</sup> Pérochon, « *les perspectives de récupération de l'AGS dépendent en partie des prévisions du plan et également, le cas échéant, du produit des réalisations, lequel est assurément lié à l'activité des mandataires judiciaires. À l'inverse, tout retard, toute erreur dans la procédure complexe de licenciement sera finalement à la charge de l'AGS, que pénalisera également l'absence de plan ou la moindre qualité du plan. Lorsque cette faculté lui est ouverte, l'AGS a donc toutes raisons de faire entendre sa voix auprès du tribunal lors de la désignation des mandataires de justice.* »<sup>1654</sup> Dans ce contexte, l'AGS a créé un label certifiant la qualité des prestations réalisées par les mandataires judiciaires sélectionnés<sup>1655</sup>.

Toutefois, a été soulevée « *la question de la qualité et de la légitimité de l'AGS à distinguer entre les mandataires judiciaires, certains ajoutant le risque de partialité, puisque l'AGS serait à la fois juge et partie lorsqu'elle sollicite la désignation d'un mandataire qu'elle a elle-même labellisé.* »<sup>1656</sup>, ce à quoi il a pu être répondu que les critères de labellisation semblent objectifs, sachant que, par ailleurs, le tribunal reste libre de désigner le mandataire de son choix<sup>1657</sup>. Du reste, il faut souligner que l'intervention de l'AGS se limite à un avis donné

<sup>1650</sup> C. com., art. R. 621-2-1.

<sup>1651</sup> Ord n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, art. 17.

<sup>1652</sup> *Ibid.*, art. 61.

<sup>1653</sup> L. n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI<sup>e</sup> siècle, art. 99.

<sup>1654</sup> F. Pérochon, « L'AGS contrôleur, l'AGS et la désignation des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires », *Rev. proc. coll.* 2019, dossier 4, n° 20, p. 60.

<sup>1655</sup> T. Météyé, « La politique de labellisation de l'AGS : un partenariat gagnant-gagnant », *Rev. proc. coll.* 2018, dossier 12, p. 104.

<sup>1656</sup> F. Pérochon, art. préc., n° 25, p. 61. Dans le même sens : P. Pétel, « L'AGS, Janus aux deux visages », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, n° 1, p. 361, l'auteur soulignant que « *Cet organisme privé se trouve en position de noter les membres d'une profession réglementée, de les labelliser et d'intervenir dans leur désignation par l'autorité judiciaire. Situation exceptionnelle et, pour tout dire, dérangerante car ces professionnels ont en charge la défense d'intérêts pouvant être en conflit avec celui de l'AGS. L'absence de critique doctrinale à l'égard de cette curiosité légale témoigne de la bonne réputation de cet organisme.* »

<sup>1657</sup> F. Pérochon, art. préc., nos 26 et 27, p. 61.

sur un mandataire de justice sans pouvoir elle-même proposer un nom, ce que le projet de l'ordonnance du 12 mars 2014 avait néanmoins suggéré. D'aucuns soulignaient qu'une telle prérogative serait « *aller trop loin, au regard de l'indépendance nécessaire des mandataires de justice* ». <sup>1658</sup> L'AGS a néanmoins entendu revenir sur cette procédure de labellisation des études.

#### **441. Les observations du créancier poursuivant sur le choix des mandataires de justice.**

L'article 51 de l'ordonnance du 12 mars 2014 a également innové en imposant au tribunal de solliciter également les observations du créancier poursuivant <sup>1659</sup>. Il a été pourtant souligné que cette faculté risque de susciter une forme de clientélisme de la part des mandataires de justice <sup>1660</sup>.

**442. Les exemples étrangers.** D'autres législations reconnaissent aux créanciers le droit de désigner le praticien de l'insolvabilité. Par exemple, le droit anglais ou le droit allemand sont réputés plus favorables aux intérêts des créanciers <sup>1661</sup>. Le choix du liquidateur appartient en principe aux créanciers dans la procédure anglaise de *Winding up* en application de la section 100 de l'*Insolvency Act 1986* <sup>1662</sup>. De même, le § 56 de l'*Insolvenzordnung* dispose que l'administrateur est désigné par un vote du comité provisoire des créanciers, le tribunal pouvant refuser de nommer l'administrateur seulement si ce dernier ne présente pas les compétences ou l'indépendance requises. À la suite de cette désignation, le § 57 de l'*Insolvenzordnung* reconnaît encore aux créanciers le droit de procéder au remplacement de l'administrateur lors de la première assemblée des créanciers. La pratique allemande souligne cependant les difficultés que ces dispositions peuvent engendrer. En particulier, « *le rôle joué par les créanciers "professionnels", et plus particulièrement les banques dans le cadre de la nomination des administrateurs, semble-t-il au détriment des petits créanciers, est en cause.* » <sup>1663</sup>

<sup>1658</sup> P.-M. Le Corre, *op. cit.*, n° 351.615, p. 812.

<sup>1659</sup> Mais seulement en cas de redressement judiciaire et étonnamment pas en cas de liquidation (S. Gorrias, « L'ordonnance du 12 mars 2014 et les modifications intéressant la nomination des organes de la procédure », *Gaz. Pal.* 8 avr. 2014, n° 174g2, p. 39).

<sup>1660</sup> P. Pétel, « Entreprises en difficulté : encore une réforme ! », *JCP E* 2014, 1223, n° 29.

<sup>1661</sup> Le § 1 de l'*Insolvenzordnung* dispose que la procédure, qui est unique, a pour objectif le paiement des créanciers. S'agissant du droit anglais, la procédure d'*administration*, qui s'approche des procédures de sauvegarde ou de redressement judiciaire françaises, laisse aux créanciers le soin de décider le sort du débiteur dans la mesure où un plan de continuation ne peut pas être imposé mais doit être voté par les créanciers grâce à la procédure de *Company voluntary Arrangement*.

<sup>1662</sup> En revanche, le droit anglais reconnaît désormais la possibilité au débiteur de suggérer le syndic dans les procédures d'*administration*.

<sup>1663</sup> P. Ehret, « Les dernières évolutions du statut de syndic en droit allemand », *Rev. proc. coll.* 2013, dossier 45, n° 9, p. 83.

La difficulté semble la même en France. Ce sont les créanciers institutionnels qui sont les plus susceptibles de se prononcer sur la désignation des mandataires de justice. Le risque étant, dans ce cas, que les mandataires de justice développent une pratique conforme aux intérêts de ces créanciers institutionnels afin de favoriser leur chance d'être désignés à nouveau dans le futur. Peut advenir la crainte que les mandataires de justice fassent évoluer leur pratique professionnelle afin de leur plaire. Cette crainte doit néanmoins être relativisée dans la mesure où, en droit français, les créanciers ne peuvent que faire des observations sur un professionnel mais ne peuvent pas proposer eux-mêmes le nom d'un mandataire de justice.

**443. Les lacunes du droit français s'agissant de l'opposition à une désignation.** Par ailleurs, l'article 26.1, d de la directive du 20 juin 2019 exige, afin d'éviter tout conflit d'intérêts, que les débiteurs et les créanciers aient la possibilité soit de s'opposer à la sélection ou à la désignation d'un praticien, soit de demander son remplacement. En ce sens, l'article L. 621-7 du code de commerce prévoit que le débiteur peut demander au juge-commissaire de saisir le tribunal aux fins de remplacer l'administrateur ou le mandataire judiciaire. Dans les mêmes conditions, tout créancier peut demander le remplacement de l'administrateur ou du mandataire judiciaire. Le droit français satisfait donc aux exigences de la directive s'agissant de la période d'observation d'une sauvegarde ou d'un redressement judiciaire. En revanche, une fois le plan adopté, l'article L. 626-25 du code de commerce dispose que le commissaire à l'exécution du plan peut être remplacé par le tribunal, soit d'office, soit à la demande du ministère public. Lorsque le remplacement est demandé par le commissaire à l'exécution du plan, le président du tribunal statue par ordonnance. Si le texte n'interdit pas formellement au débiteur ou aux créanciers de demander au tribunal le remplacement du commissaire à l'exécution du plan, rien ne permet non plus d'en être certain. Pire, en matière de liquidation judiciaire, l'article L. 641-1-1 du code de commerce dispose seulement que le débiteur peut demander au juge-commissaire de saisir le tribunal aux fins de remplacer l'expert et que, dans les mêmes conditions, tout créancier peut demander le remplacement du liquidateur. Le débiteur ne pourrait donc pas solliciter le remplacement du liquidateur judiciaire même en cas de suspicion de conflits d'intérêts.

M<sup>me</sup> Tabeling a expliqué que, « *afin de préserver l'impartialité et l'indépendance des mandataires de justice, il était important que le débiteur et les créanciers ne soient pas systématiquement consultés sur ce choix, comme le prévoyait le texte initial.* »<sup>1664</sup> Cette

---

<sup>1664</sup> A. Tabeling, « La convergence des statuts des professionnels de l'insolvabilité dans l'UE. Le point de vue français », *Rev. proc. coll.* 2019, dossier 19, n° 8, p. 80.

remarque mérite discussion. Si le texte ne semble pas contraindre les États à permettre une intervention systématique du débiteur et des créanciers dans la désignation, il semble au moins obliger à prévoir une possibilité de solliciter le remplacement des praticiens. À cet égard, la conformité du droit français aux exigences européennes n'est pas certaine.

De plus, la remarque de M<sup>me</sup> Tabeling amène à un paradoxe. La directive exige de prévoir une faculté d'opposition ou de demande de remplacement afin d'éviter tout conflit d'intérêts. Or, c'est l'indépendance des mandataires de justice qui est justement invoquée afin de justifier, au contraire, le refus d'octroyer systématiquement une telle prérogative au débiteur et aux créanciers. Afin d'expliquer cette apparente contradiction, il semble nécessaire de distinguer si le conflit d'intérêts est d'ordre conjoncturel ou structurel. M<sup>me</sup> Tabeling semble soucieuse d'éviter un conflit d'intérêts d'ordre structurel en ce que reconnaître, en soi, la possibilité de demander le changement de mandataire pourrait conduire les professionnels à se censurer systématiquement dans l'exercice de leur mission. Il s'agirait, dans cette hypothèse, d'empêcher le débiteur ou les créanciers d'exercer, grâce aux prérogatives dont ils disposent légalement, une influence sur un mandataire de justice qui, en vertu de sa mission, est susceptible de prendre des décisions contraires à leurs intérêts. Pourtant, l'article 26.1 de la directive semble plutôt viser le risque d'un conflit d'intérêts d'ordre conjoncturel, c'est-à-dire se manifestant au regard d'une procédure et d'intervenants particuliers. Dans cette hypothèse, il semble souhaitable que toute personne intéressée puisse solliciter le remplacement du professionnel s'il a connaissance d'une situation concrète de conflit d'intérêts. En contraignant à motiver la demande de remplacement, il semble aisé de réguler ce type d'actions. L'application du droit commun de la procédure régissant l'abus dans l'exercice du droit d'agir suffirait à sanctionner les demandes manifestement injustifiées. Partant, sur ce point, le droit français semble bien en contradiction avec le droit européen.

En somme, le droit reconnu aux créanciers de donner un avis sur le professionnel à désigner ne semble pas poser de problèmes insurmontables mais montre la nécessité de préserver l'indépendance des mandataires de justice. La faculté accordée au débiteur de proposer un nom soulève une difficulté plus sérieuse.

§ 2 : La proposition de désignation d'un professionnel par le débiteur

**444. La faculté du débiteur de proposer le nom d'un administrateur judiciaire.** Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 12 mars 2014, le débiteur peut proposer le nom d'un

administrateur judiciaire en cas d'ouverture d'une sauvegarde<sup>1665</sup>. Cette faculté se marie bien avec la philosophie de la procédure de sauvegarde, dont le caractère volontariste constitue une caractéristique majeure. À cet égard, la possibilité de proposer la désignation de l'administrateur judiciaire a pu être présentée comme une manière de favoriser la sauvegarde de l'activité économique en suscitant la coopération et la confiance du débiteur<sup>1666</sup>. Alors que la possibilité de désigner le nom d'un administrateur judiciaire était un argument en faveur de l'attractivité de la procédure de sauvegarde, le législateur a récemment étendu cette faculté au redressement judiciaire<sup>1667</sup>. Cette innovation a été critiquée, notamment en ce qu'elle tend à brouiller la différence entre les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire<sup>1668</sup>.

**445. Les conséquences de la faculté du débiteur de proposer un nom.** S'il ne s'agit que d'une proposition du débiteur, que le tribunal est libre de refuser et à laquelle le ministère public peut s'opposer, il faut néanmoins convenir que, par hypothèse, la proposition du débiteur favorise la désignation de l'administrateur dont le nom est suggéré<sup>1669</sup>. Or, en l'absence de clientèle, les revenus des administrateurs judiciaires dépendent des mandats qui leur sont confiés<sup>1670</sup>. Dans ces conditions, il peut être craint que, afin d'augmenter leurs chances d'être désignés, des administrateurs judiciaires cherchent à développer une image de professionnels accommodants avec les débiteurs en dépit des obligations qu'ils doivent assumer<sup>1671</sup>. Le risque peut sembler d'autant plus sérieux que le débiteur peut également proposer le nom du

<sup>1665</sup> C. com., art. L. 621-4.

<sup>1666</sup> A. Lienhard, « Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *D.* 2009, p. 110.

<sup>1667</sup> L. n° 2019-486 du 22 mai 2019 *relative à la croissance et la transformation des entreprises*, art. 58 modifiant l'article L. 631-9 du code de commerce.

<sup>1668</sup> P.-M. Le Corre, *op. cit.*, n° 351.612, p. 810.

<sup>1669</sup> B. Thullier, « Les praticiens de l'insolvabilité sont-ils des entreprises ? », *Rev. proc. coll.* 2018, dossier 10, n° 16, p. 99.

<sup>1670</sup> Un auteur y perçoit « l'influence des pays anglo-saxons, où le "retournement d'entreprise" est un marché juteux où s'exerce une rude concurrence. C'est un vent mauvais qui souffle ainsi sur les procédures collectives car les mandataires de justice intervenant dans ces procédures ne sont nullement des prestataires choisis par le débiteur. Ils sont missionnés par le tribunal pour défendre, en toute indépendance, des intérêts définis par la loi. D'où le statut spécifique des professions sœurs d'administrateur et de mandataire judiciaire. » (P. Pétel, *Procédures collectives*, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2021, n° 143, p. 77)

<sup>1671</sup> B. Soinne, « Prolégomènes sur l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficultés », *Rev. proc. coll.* 2009, repère 1, p. 1 : « Il est donc regrettable de conférer une mission ou même une possibilité au débiteur de propositions de nomination. Les débiteurs s'orienteront nécessairement vers les études d'administrateurs ou de mandataires les plus faciles, les moins disposées à intervenir en matière de responsabilité, les plus coulants en matière de secours ou d'aménagement, les plus disposées à écouter leurs suggestions ou leurs propositions au détriment de l'intérêt collectif des créanciers et surtout au détriment des salariés. Cette orientation n'est pas la bonne. Ceci conduira également les professionnels du mandat de justice à accepter l'interprétation du débiteur, à les disculper c'est-à-dire à susciter "clientèle" à contacter les avocats dispensateurs de procédure et donc inversement à les alimenter largement après l'ouverture de la procédure. Ce n'est pas à celui qui passe en justice de prévoir quel sera son juge. Ce n'est pas non plus au mandataire de justice d'élaborer une stratégie pour les inciter à intervenir et à alimenter leur cabinet. »

professionnel à désigner dans les procédures de mandat *ad hoc* ou de conciliation<sup>1672</sup>. La rémunération des mandataires de justice n'étant pas encadrée par le barème applicable aux procédures collectives, ces missions peuvent être particulièrement rémunératrices, ce qui peut encourager davantage encore certains professionnels à construire une image favorable aux débiteurs. Dès lors apparaît le risque que des administrateurs judiciaires adaptent durablement leur pratique professionnelle afin de favoriser leur chance d'être désignés.

Or, il a été montré que l'administrateur peut être amené à agir dans un intérêt opposé à celui du débiteur<sup>1673</sup>. Ainsi, bien que la sauvegarde soit une procédure volontaire, l'administrateur peut être conduit à solliciter la conversion de la procédure en redressement judiciaire, voire en liquidation judiciaire, lorsque le débiteur bascule en cessation des paiements. De même, l'administrateur peut solliciter l'extension de la procédure, ce qui peut aller à l'encontre des intérêts du débiteur. Pourtant, les développements précédents ont souligné que ces prérogatives relevaient surtout d'une forme de police de la vie des affaires<sup>1674</sup>. Dans ces conditions, l'administrateur judiciaire doit pouvoir faire preuve de suffisamment d'indépendance pour solliciter la conversion ou l'extension lorsque les conditions sont réunies. Autrement dit, la faculté pour le débiteur de proposer un nom d'administrateur ne doit pas aboutir à ce que des administrateurs s'interdisent de déplaire au débiteur lorsque cela s'avère nécessaire au regard de la situation de ce dernier.

Les difficultés sont encore plus grandes en cas de redressement judiciaire. En raison de la cessation des paiements caractérisée, et contrairement à l'hypothèse d'une sauvegarde, l'administrateur peut proposer la cession totale de l'entreprise<sup>1675</sup>. Il faut, davantage encore, assurer l'indépendance de l'administrateur afin qu'il puisse solliciter une telle mesure lorsqu'aucun plan de redressement n'est possible. Du reste, il faut rappeler que le liquidateur judiciaire peut également être amené à organiser la cession de l'entreprise lorsqu'aucun administrateur n'est désigné<sup>1676</sup>. Dans cette hypothèse, la question de l'indépendance se pose également s'agissant du rapport entre le liquidateur judiciaire et les créanciers. Enfin, l'administrateur peut saisir les juridictions répressives en se constituant partie civile en cas d'infraction commise par le débiteur ou le dirigeant de la personne morale, ce qui exige également de préserver son indépendance.

---

<sup>1672</sup> C. com., art. L. 611-3 et L. 611-6.

<sup>1673</sup> V. *supra* n<sup>os</sup> 139 et s.

<sup>1674</sup> V. *supra* n<sup>os</sup> 199 et s.

<sup>1675</sup> C. com., art. L. 631-22.

<sup>1676</sup> C. com., art. L. 641-10.

**446. L’appréhension du problème à l’étranger.** Alors que le droit allemand est réputé favorable aux créanciers, M<sup>e</sup> Ehret rappelle que « *Dans le cadre de la procédure dite de “bouclier de protection”, permettant au débiteur lors d’une demande d’ouverture d’une procédure d’insolvabilité d’obtenir un moratoire de trois mois en gestion directe en vue de la préparation d’un plan d’insolvabilité, ce dernier a la possibilité de choisir librement l’administrateur chargé de sa surveillance. Dès lors, le tribunal n’a plus la possibilité de s’opposer au choix de l’administrateur par le débiteur, sauf à démontrer que ce dernier n’est pas indépendant ou n’a pas les compétences requises pour cette fonction.* »<sup>1677</sup> L’auteur souligne ainsi que « *les risques de dérives et de conflits d’intérêts concernant le choix de l’administrateur chargé de la surveillance du débiteur en gestion directe par ce dernier dans le cadre de la procédure dite de “bouclier de protection” sont pointés du doigt.* »<sup>1678</sup> Au Royaume-Uni, autre droit réputé favorable aux créanciers, la faculté a aussi été reconnue au débiteur de proposer le nom d’un *administrator*<sup>1679</sup>.

Que la pratique soit répandue explique sûrement que le considérant 88 de la directive du 20 juin 2019 précise que cette directive ne devrait pas empêcher les États membres de prévoir que les praticiens sont choisis par un débiteur, par les créanciers ou par un comité des créanciers à partir d’une liste ou d’une réserve qui a été approuvée au préalable par une autorité judiciaire ou administrative. Comme souligné précédemment, l’article 26.1 d exige seulement que, afin d’éviter tout conflit d’intérêts, les débiteurs et les créanciers aient la possibilité soit de s’opposer à la sélection ou à la désignation d’un praticien, soit de demander son remplacement. La difficulté reste entière en droit français en raison du risque de conflit d’intérêts structurel auquel s’exposeraient les mandataires de justice.

Que des droits réputés favorables aux créanciers permettent au débiteur d’intervenir dans la désignation du praticien de l’insolvabilité peut s’expliquer par le fait que, dans la recherche de la solution, ledit praticien ne dispose pas d’une marge de liberté absolue, ce qui conduit à relativiser l’ampleur du problème de la désignation. La remarque s’applique aussi au droit français.

**447. Les limites de la faculté de choix de l’administrateur judiciaire par le débiteur.** La présente étude a montré que la finalité de la mission des mandataires de justice dépendait moins

---

<sup>1677</sup> P. Ehret, « Les dernières évolutions du statut de syndic en droit allemand », *Rev. proc. coll.* 2013, dossier 45, n° 8, p. 82.

<sup>1678</sup> *Ibid.*, n° 9, p. 83.

<sup>1679</sup> *Enterprise Act 2002*, part. 10, sect. 248, par. 22.



de l'intérêt dont ils ont prétendument la charge que de l'équilibre établi, au fond, entre les droits des créanciers et la volonté de sauver l'entreprise<sup>1680</sup>. Par exemple, la cession forcée de l'entreprise ne servant généralement ni l'intérêt du débiteur ni celui de ses créanciers, il est certain que l'indépendance du mandataire de justice qui propose une telle solution doit être garantie. Toutefois, dans les réformes ultérieures à la loi du 25 janvier 1985, le législateur a laissé une place plus importante à l'acceptation de la solution par les créanciers, atténuant la logique verticale des plans imposés. L'instauration des comités de créanciers par la loi du 26 juillet 2005 a ainsi rapproché le droit français des droits étrangers en favorisant l'adoption d'une solution acceptée par les créanciers. Le mouvement a été amplifié avec la création des procédures de sauvegarde accélérée ou le mécanisme de *prepack*. En introduisant les classes de créanciers, le critère du meilleur intérêt des créanciers en cas d'application forcée interclasse et la règle de la priorité absolue, la directive du 20 juin 2019 renforce l'encadrement de ces négociations.

S'agissant de la restructuration de la dette du débiteur, qui est au cœur de la mission de l'administrateur, il est possible de se demander si laisser le débiteur suggérer un nom pose un véritable problème. Les limites du pouvoir du tribunal pour imposer une solution aux créanciers ont déjà été soulignées<sup>1681</sup>. Le rôle essentiel du praticien de l'insolvabilité est d'obtenir un accord de la part des créanciers. Aussi longtemps que le droit substantiel limite ce qu'il est possible d'obtenir des créanciers par la contrainte, la mission du mandataire de justice reste empreinte d'une forme de neutralité, en particulier lorsque la négociation est conduite lors d'une procédure amiable. À ce sujet, M<sup>e</sup> Bourbouloux souligne que toutes les discussions sont conduites avant l'ouverture d'une procédure collective, celle-ci ne servant la plupart du temps qu'à imposer une solution lorsque quelques créanciers minoritaires bloquent la négociation<sup>1682</sup>. Autrement dit, si l'administrateur ne parvient pas à recueillir l'assentiment d'une partie importante des créanciers, il ne dispose pas de prérogatives pour imposer la restructuration de la dette. S'agissant de cet aspect essentiel de sa mission, qu'il cherche à plaire au débiteur est indifférent. Les difficultés surgissent néanmoins lorsque l'administrateur judiciaire est amené à exercer d'autres actions, plus accessoires, mais par lesquelles il peut s'opposer au débiteur.

**448. Les outils de contrôle des mandataires de justice.** D'autres actions doivent parfois être mises en œuvre, bien que contraires aux intérêts du débiteur, comme l'extension ou la

---

<sup>1680</sup> V. *supra* n<sup>os</sup> 25 et s.

<sup>1681</sup> V. *supra* n<sup>os</sup> 321 et s.

<sup>1682</sup> M. Menjucq, L. Spizzichino, H. Bourbouloux et S. Gorrias, « Les perspectives d'évolution du rôle des créanciers en droit des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll.* 2019, table ronde 2, p. 91.

conversion de la procédure. L'administrateur judiciaire pourrait être tenté, en raison de sa désignation suggérée par le débiteur de s'abstenir d'agir. Des garde-fous semblent néanmoins limiter les conséquences d'une telle pratique. Par exemple, les pouvoirs d'intervention du ministère public dans la procédure n'ont cessé d'être renforcés<sup>1683</sup>. Ainsi, en cas de carence de l'administrateur, le ministère public, à l'instar du mandataire judiciaire, peut solliciter lui-même la conversion ou l'extension de la procédure. S'il estime que l'administrateur judiciaire s'est abstenu d'agir à dessein afin de favoriser le débiteur, il peut également demander le remplacement de l'administrateur judiciaire. Ces éléments permettent de nuancer les risques induits par la proposition de désignation offerte au débiteur. Ces moyens de contrôle ne sont toutefois pas infaillibles car, du fait de sa connaissance privilégiée des comptes du débiteur, l'administrateur judiciaire reste la personne la plus à même de constater la nécessité d'étendre ou de convertir la procédure. Néanmoins, la méconduite de l'administrateur peut être encore identifiée *a posteriori* dans la mesure où, comme précédemment expliqué, l'administrateur qui s'abstient de solliciter l'extension ou la conversion de la procédure qui s'imposent engage possiblement sa responsabilité civile<sup>1684</sup>.

Le cas échéant, les principes directeurs des règles professionnelles des mandataires de justice devraient permettre de fonder une action disciplinaire contre le mandataire de justice qui adopterait durablement une conduite favorisant le débiteur en s'abstenant d'exercer une partie de sa mission. En effet, l'article 110.1 dispose que les mandataires de justice doivent exercer leur fonction avec indépendance et précise que celle-ci « *s'apprécie en réalité et en apparence. Elle se caractérise par l'exercice en toute objectivité des pouvoirs et des compétences qui sont conférés par la loi. Elle garantit que sa mission est exercée sans parti pris, conflit d'intérêts ou influence liée à des liens personnels, financiers ou professionnels.* » Ainsi, le mandataire de justice qui adopterait une pratique contraire à l'indépendance dont il doit faire preuve s'exposerait *in fine* à des sanctions disciplinaires.

En définitive, l'intervention du débiteur comme des créanciers dans la désignation des mandataires de justice peut s'avérer utile lorsqu'elle contribue au bon déroulement de la procédure. Toutefois, ces initiatives doivent être strictement encadrées afin de ne pas remettre en cause l'indépendance des mandataires de justice qui peuvent être amenés à agir contre les personnes qui sont intervenues dans leur désignation.

---

<sup>1683</sup> C. Delattre, « L'intervention du ministère public dans la désignation des administrateurs et mandataires judiciaires », *Rev. proc. coll.* 2009, étude 11, p. 14.

<sup>1684</sup> V. *supra* respectivement n<sup>os</sup> 212 et s. et n<sup>os</sup> 285 et s.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 1

**449. Les contraintes dans la distribution judiciaire des mandats.** La nature judiciaire de la distribution des mandats soulève des questions spécifiques. Les mandataires de justice étant soumis à de strictes incompatibilités d'exercice, il semble équitable de leur assurer une forme de garantie d'activité. Toutefois, il faut trouver une manière d'articuler cette garantie avec une évaluation de la qualité du travail de chaque professionnel. Il paraît donc légitime que les affaires les plus complexes, qui sont aussi les plus rémunératrices, soient distribuées aux professionnels ayant fait la preuve de leurs qualités professionnelles. À l'inverse, une procédure de radiation pour insuffisance professionnelle pourrait être introduite afin d'évincer des professionnels dont la pratique révélerait des résultats manifestement insatisfaisants.

Par ailleurs, le choix du professionnel ne doit pas remettre en cause son indépendance. À cet égard, deux éléments des règles régissant la distribution des mandats interrogent. D'une part, la possibilité reconnue au tribunal de désigner un commissaire de justice pour certaines liquidations peut créer une difficulté dans la mesure où ces professionnels disposent d'une clientèle. De plus, en dépit d'un modeste chiffre d'affaires, une liquidation ne peut être qu'apparemment simple à traiter. Il n'est donc pas assuré que les commissaires de justice aient toujours les compétences requises pour ces procédures. D'autre part, les interventions du débiteur et des créanciers ont été encouragées dans la désignation des mandataires de justice. Si le regard des parties intéressées peut être un élément positif afin d'assurer un bon déroulement de la procédure, il faut s'assurer que cette pratique ne remette pas en cause l'indépendance de professionnels qui exercent une mission d'intérêt général qui peut les amener à agir contre le débiteur ou les créanciers.

La distribution judiciaire des mandats joue, par ailleurs, un rôle déterminant sur la rémunération des mandataires de justice, ce qui amène à nouveau à réfléchir à la question de l'équilibre économique de la profession.



## CHAPITRE 2 : LA RÉMUNÉRATION DES MANDATAIRES DE JUSTICE

**450. Les enjeux de la rémunération des mandataires de justice.** Dans sa présentation critique des règles régissant l'exercice de la profession de syndic sous l'empire du code de commerce de 1807, Percerou pointait la difficulté à bénéficier des services de professionnels compétents si ces derniers restaient bénévoles<sup>1685</sup>. En réponse aux mauvais résultats du système adopté en 1807, la loi du 28 mai 1838 a mis un terme à la gratuité de principe de l'exercice de la fonction de syndic<sup>1686</sup>. Affirmer le caractère onéreux de l'intervention des mandataires de justice invite alors à se demander comment la rémunération de ces auxiliaires de justice doit être fixée et qui doit en assumer le coût.

Au regard des règles qui régissent leur désignation, leur rémunération ne peut résulter d'une libre négociation entre un client et le professionnel dont les services sont sollicités. De plus, à l'image de l'obligation d'instrumenter qui pèse sur les officiers ministériels, les mandataires de justice n'ont probablement pas le droit de refuser de mandat, même lorsqu'il est certain que le débiteur ne dispose pas des ressources suffisantes pour régler les frais de la procédure.

Cette dernière remarque amène à se demander qui doit supporter le coût des frais de justice et, en particulier, de l'intervention des mandataires de justice, sans qui la procédure ne peut avoir lieu. Si les tribunaux et leurs auxiliaires sont chargés d'un service public, c'est le débiteur, usager de ce service, qui doit en principe en assumer le coût. Toutefois, le droit français ne conditionne pas l'accès à la procédure collective à la faculté de payer les frais de procédure. Par conséquent, il existe des procédures dans lesquelles les honoraires des mandataires de justice ne peuvent pas être payés par le débiteur. Il a même été avancé qu'un peu plus de la moitié des dossiers traités était impécunieuse<sup>1687</sup>. Une telle situation ne peut que susciter une forme de perplexité. Elle conduit ainsi à se demander sur qui doit reposer, *in fine*, la charge des procédures impécunieuses. Derrière cette question, point à nouveau celle des conditions de l'équilibre économique de l'exercice de la profession.

**451. Plan du chapitre.** À l'instar d'autres auxiliaires de justice, les honoraires des mandataires de justice sont déterminés en fonction d'un barème établi par la loi (Section 1). En

---

<sup>1685</sup> J. Percerou, avec la collab. de M. Desserteaux, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, t. 2, Rousseau et C<sup>ie</sup>, 2<sup>e</sup> éd., 1937, n° 1086 bis, p. 517.

<sup>1686</sup> V. *supra* n° 356.

<sup>1687</sup> R. Ricol, *Mission AGS/AJMJ*, Rapport au Premier Ministre, 15 avril 2021, p. 1.

principe, le débiteur doit supporter les honoraires calculés sur la base de ce barème. La question du financement de la rémunération des mandataires de justice doit être alors appréhendée, en prenant en considération l'existence de procédures au terme desquelles les professionnels ne peuvent pas recouvrer l'ensemble de leurs honoraires (Section 2).

#### SECTION 1 : LA DÉTERMINATION DU BARÈME DES FRAIS DE PROCÉDURE

**452. Plan de la section.** Avant le décret du 20 mai 1955, et celui du 29 mai 1959 pris en application, les tribunaux fixaient librement la rémunération des mandataires de justice. Comme le rappelle M. Gil, ce système permettait de moduler la rémunération en fonction des diligences mais, pour des raisons de commodité, les tribunaux avaient déjà mis en place des barèmes dégressifs de manière officieuse<sup>1688</sup>. Depuis l'instauration officielle d'un tarif, les mandataires sont rémunérés sur une base forfaitaire ou d'un droit proportionnel selon les tâches qu'ils exécutent. D'un côté, confier le soin au tribunal de déterminer la rémunération des mandataires de justice comportait une part d'aléa, chaque juridiction pouvant avoir sa propre appréciation de la valeur des prestations fournies. D'un autre côté, déterminer des taux ou des forfaits fixes comporte inévitablement une part d'arbitraire<sup>1689</sup>. Par ailleurs, l'application de taux proportionnels dans les grands dossiers aboutissait à une rémunération parfois excessive des professionnels, ce qui a conduit à revenir à la taxation établie sur la base des diligences accomplies dans les dossiers dépassant certains seuils. En toute hypothèse, lorsqu'un barème est appliqué, il faut veiller à ce que le fractionnement de la rémunération selon les tâches exécutées ne crée pas d'incitations négatives ; autrement dit, que les mandataires de justice ne soient pas encouragés à accomplir des tâches inutiles, voire contraires aux objectifs de la procédure, car rémunératrices. La réforme du tarif opérée par le décret du 23 décembre 2006 a précisément essayé de corriger les incitations négatives qui pouvaient exister en application de l'ancien barème (§ 1). En revanche, la réforme qui découle de la loi du 6 août 2015 répond expressément à une logique de baisse du coût de l'intervention des mandataires de justice (§ 2).

<sup>1688</sup> G. Gil, *Le mandataire de justice*, préf. J. Mestre, PUAM, 2003, n° 901, p. 417. Sur le détail des tout premiers barèmes mis en place par les tribunaux de commerce, v. « Des essais d'organisation des syndicats de faillite près les Tribunaux de commerce », *J. faillites* 1883, pp. 137 et s.

<sup>1689</sup> Sur la question, v. aussi B. Soinne, *op. cit.*, n° 187, p. 248 pour qui le barème apparaît comme la solution présentant le moins d'inconvénients.

## § 1 : La correction des incitations négatives par la réforme du 26 décembre 2006

**453. Les corrections opérées par la réforme du 26 décembre 2006.** Le décret du 26 décembre 2006 a corrigé un défaut majeur de l'ancien barème qui incitait financièrement l'administrateur à favoriser les plans de cession au détriment des plans de continuation. La réforme a, au contraire, minoré « *significativement l'avantage tarifaire résultant de la cession et [majoré] tout aussi significativement celui résultant de l'arrêté des plans de sauvegarde et des plans de redressement* »<sup>1690</sup>. Il était, il est vrai, particulièrement contreproductif que l'administrateur puisse escompter une rémunération plus élevée à la suite de l'adoption d'un plan de cession que d'un plan de continuation, alors que la première issue est la moins satisfaisante pour le débiteur comme pour les créanciers. De plus, le droit proportionnel que l'administrateur perçoit sur le montant de l'augmentation des fonds propres est désormais le même que celui qui est applicable en cas de cession de l'entreprise. Ainsi, non seulement la cession n'est plus aussi attractive, mais l'administrateur est aussi incité à obtenir une augmentation des fonds propres, ce qui favorise les chances de réussite du plan<sup>1691</sup>. De même, la rémunération due au titre du bilan économique et social a été majorée en cas d'adoption d'un plan de continuation<sup>1692</sup>. La réforme de 2006 a également corrigé un autre défaut majeur de l'ancien barème en substituant, en cas de contestation d'une créance déclarée, un droit fixe à une rémunération proportionnelle à la créance. Il s'est agi d'éviter de susciter un contentieux artificiel mais rémunérateur pour les mandataires judiciaires. Comme le souligne M. Deharveng, dans le décret du 26 décembre 2006, « *Cette rémunération semble avoir été davantage conçue comme un forfait indemnitaire que comme la rémunération d'une tâche. L'effet désastreux de l'ancien article 15 du tarif, abrogé en 2004, qui donnait droit à percevoir 5 % de la différence entre le montant du passif déclaré et le montant du passif admis et incitait en cela à multiplier les contestations, l'explique sans doute.* »<sup>1693</sup>

S'agissant de la réalisation des actifs mobiliers corporels et des recouvrements de créance, la réforme du tarif a encore incité « *le liquidateur à limiter l'appel à un tiers pour l'assister dans l'exercice de sa mission, et à réduire ainsi le coût de l'intervention de ce tiers au strict nécessaire. À l'inverse, il l'incite à y avoir recours lorsqu'elle est de nature à majorer*

<sup>1690</sup> J. Deharveng, « Le tarif des mandataires de justice, organes des procédures collectives », *JCP E* 2007, 1688, n° 70, p. 37.

<sup>1691</sup> *Ibid.*, n° 59, p. 37.

<sup>1692</sup> C. com., art. R. 663-9.

<sup>1693</sup> J. Deharveng, art. préc., n° 104, p. 40.

*significativement la valeur de l'actif vendu ou recouvré.* »<sup>1694</sup> En effet, l'article R. 663-29, I du code de commerce dispose que l'assiette du droit proportionnel, pour la cession d'un bien meuble corporel, est calculée déduction faite de la rémunération toutes taxes comprises des intervenants, autres que le liquidateur, ayant participé aux opérations de cession. Autrement dit, le liquidateur doit supporter les frais d'intervention d'un professionnel, comme un commissaire-priseur. De ce fait, le liquidateur est incité à recourir aux services d'un professionnel seulement s'il peut escompter une valorisation importante du bien. En revanche, la rémunération de la réalisation d'actifs immobiliers et mobiliers incorporels s'ajoute aux frais de l'intervention d'autres professionnels, « *Du fait, sans doute, que l'intervention de tiers est en ce domaine légitimement très habituelle* »<sup>1695</sup>.

Par ailleurs, ce droit proportionnel s'applique au prix de vente de chacun des actifs. L'ancien système, « *qui retenait le principe des tranches applicables aux prix de vente cumulés, avait pour effet de décourager la recherche du meilleur prix au fur et à mesure de la vente de plusieurs immeubles.* »<sup>1696</sup> Il faut encore rappeler que la réforme du 23 décembre 2006, afin de s'assurer du paiement effectif des créanciers, a valorisé la distribution du prix de vente des actifs alors que l'ancien système ne tenait compte que de leur réalisation<sup>1697</sup>.

**454. Les difficultés persistantes.** Si le nouveau tarif a corrigé des incitations négatives, certains aspects du barème méritent encore discussion. Par exemple, l'administrateur judiciaire reçoit une rémunération, calculée en proportion du chiffre d'affaires, pour l'établissement du diagnostic initial, du bilan économique, social et environnemental ainsi que pour la mission de surveillance, d'assistance ou de représentation<sup>1698</sup>. Si le chiffre d'affaires retenu pour le diagnostic et le bilan est apprécié à la date de clôture du dernier exercice comptable, celui servant de base à la mission liée à la gestion de l'entreprise est le chiffre d'affaires réalisé durant la période d'observation<sup>1699</sup>. Comme cela a été remarqué, « *Cette différence se conçoit bien du fait de la durée très variable des périodes d'observation et des ajustements de l'activité du débiteur après l'ouverture de la procédure. Il aurait été mal compris une base de calcul sur une année d'activité en cas de période d'observation de deux mois... Néanmoins, cette distinction peut produire un effet pervers, en étant une incitation à un allongement inutile de la durée des périodes d'observation. La rémunération de l'administrateur ne doit pas affecter la*

---

<sup>1694</sup> *Ibid.*, n° 123, p. 42.

<sup>1695</sup> *Ibid.*, n° 126, p. 42.

<sup>1696</sup> *Ibid.*

<sup>1697</sup> *Ibid.*, n° 131, p. 43.

<sup>1698</sup> Sur la remise en cause de la qualification de représentation, v. *supra* n°s 139 et s.

<sup>1699</sup> C. com., art. R. 663-3.



*célérité des juridictions à mettre un terme à celles-ci lorsque leur poursuite ne sera plus justifiée.* »<sup>1700</sup>

De plus, une difficulté a été soulevée s'agissant de l'assiette du calcul du prix d'un plan de cession. La Cour de cassation, saisie d'un pourvoi formé contre une ordonnance d'un premier président de cour d'appel, a jugé que, pour calculer le droit proportionnel sur le prix du plan de cession de l'ensemble des actifs, doivent être pris en considération des éléments qui ne relèvent pas à proprement parler des actifs mais qui ont eu une influence directe sur la diminution du passif et sur l'appréciation de l'offre. En l'espèce, il s'agissait de tenir compte du fait que le repreneur avait accepté de prendre en charge une créance nantie, outre le montant des congés payés et du treizième mois des salariés repris représentant des sommes importantes. Dans son raisonnement, le premier président incluait les éléments du passif ainsi réglés dans l'assiette du calcul. La Cour de cassation a censuré la décision au visa de l'article R. 663-11 du code de commerce qui ne prévoit pas d'inclure ces éléments dans l'assiette de la rémunération de l'administrateur qui se limite au prix versé par le cessionnaire<sup>1701</sup>.

La Cour de cassation a procédé à une lecture littérale de l'article R. 663-11. Comme cela a été souligné, une appréhension plus économique de l'opération, à l'instar des méthodes appliquées en droit fiscal, aurait conduit à inclure les engagements du repreneur dans l'assiette du prix<sup>1702</sup>. Il est vrai que les modalités de calcul retenues par le premier président aboutissaient à ce que l'administrateur judiciaire soit rémunéré 230 000 euros alors que seuls 50 000 euros entraient dans l'actif, ce qui signifie que l'opération s'avérait négative pour le reste de la collectivité des créanciers qui, non seulement n'aurait rien perçu des 50 000 euros, mais devait subir, en outre, 170 000 euros de passif privilégié supplémentaire. À cet égard, si le travail de l'administrateur permettait une reprise des salariés et d'une partie du passif, ses émoluments ont pu paraître excessifs<sup>1703</sup>. En procédant à une lecture littérale de l'article R. 663-11 du code de commerce, la Cour de cassation a aussi confronté l'administrateur à la modicité du prix obtenu concrètement pour les créanciers restants<sup>1704</sup>. Il n'en demeure pas moins que les praticiens semblent regretter cette approche qui ne rend pas justice au travail fourni par les

<sup>1700</sup> J. Deharveng, art. préc., n° 34, p. 34. V. ég., Aut. conc., avis n° 15-A-02 du 9 janvier 2015 *relatif aux questions de concurrence concernant certaines professions juridiques réglementées*, n° 968, p. 151.

<sup>1701</sup> Cass. com., 12 juill. 2016, n° 15-50.008, *Bull. civ. IV*, n° 104 ; *Act. proc. coll.* 2016, n° 14, alerte 195, obs. F. Petit ; *LEDEN* 2016, p. 1, obs. F.-X. Lucas ; *Rev. proc. coll.* 2016, alerte 27, obs. E. Etienne-Martin ; *ibid.*, étude 15, obs. B. Baujet et C. Thevenot ; *ibid.*, comm. 165, note J. Vallansan ; *BJE* janv. 2017, n° 114d0, p. 22, note C. Saint-Alary-Houin.

<sup>1702</sup> J. Vallansan, note préc., n° 3.

<sup>1703</sup> C. Saint-Alary-Houin, note préc.

<sup>1704</sup> F.-X. Lucas, obs. préc.

mandataires de justice<sup>1705</sup>. En exhortant l'administrateur à obtenir un prix de cession plus élevé, la solution de la Cour de cassation aura pour conséquence de moins inciter à sauver les emplois<sup>1706</sup>. Ce, en dépit du fait que, dans l'hypothèse étudiée, le cessionnaire prenait en charge une part non négligeable du passif à savoir 50 000 euros de dette nantie et 360 000 euros de congés payés dus aux salariés.

En somme, en dépit de ses imperfections, le barème tend dans l'ensemble à inciter les mandataires de justice à œuvrer conformément aux objectifs de la procédure. La réforme du barème intervenue à la suite de la loi du 6 août 2015 répond à une logique différente, à savoir la baisse des coûts de l'intervention des mandataires de justice.

## § 2 : La diminution de la rémunération imposée en application de la loi du 6 août 2015

**455. La réduction des coûts à la suite de la loi du 6 août 2015.** Élaborée à la suite de l'avis de l'Autorité de la concurrence du 9 janvier 2015 et de la loi du 6 août 2015, la dernière modification du barème a eu pour objectif de baisser le coût des services des mandataires de justice<sup>1707</sup>. La loi du 6 août 2015 a introduit, au sein du livre IV du code de commerce, de nouvelles dispositions relatives aux tarifs des professions réglementées. L'article L. 444-2, al. 1<sup>er</sup> du code de commerce dispose que ces tarifs réglementés doivent prendre en compte les coûts pertinents du service rendu et une rémunération raisonnable, définie sur la base de critères objectifs. Mais l'alinéa suivant précise que peut être prévue une péréquation des tarifs applicables à l'ensemble des prestations servies. Autrement dit, il faut, d'un côté, s'assurer que le coût de l'intervention des mandataires de justice ne leste pas les perspectives de redressement ou ne grève pas démesurément l'actif encore disponible à distribuer. D'un autre côté, ce tarif doit préserver la rentabilité des études en s'assurant que les tâches non rentables compensent celles qui le sont, à l'instar des procédures peu rémunératrices devant compenser celles qui le

<sup>1705</sup> E. Etienne-Martin, obs. préc. ; B. Baujet et C. Thevenot, obs. préc.

<sup>1706</sup> F. Petit, obs. préc.

<sup>1707</sup> F. Petit, « Loi Macron : qu'est-ce qu'une "rémunération raisonnable" des praticiens de l'insolvabilité ? », *Rev. proc. coll.* 2018, dossier 3, n° 2, p. 73. Si le rapport de l'IGF a montré que les mandataires de justice faisaient partie des professions libérales aux revenus, en moyenne les plus élevés (Rapport IGF préc., p. 9), M. Petit a souligné que la question de l'appréciation de la rémunération des mandataires de justice a été appréhendée de manière un peu discutable car les déclarations de revenus pris en compte incluaient ceux tirés des procédures amiables. Comme le remarque alors l'auteur : « *De deux choses l'une. Soit c'est le résultat auquel conduit la tarification existante que l'on estime trop généreux pour les praticiens de l'insolvabilité. Dans ce cas, le raisonnement doit prendre appui sur les revenus issus des émoluments calculés par application des tarifs et exclure les revenus générés par des activités non tarifées. Soit c'est le niveau général de rémunération de ces professionnels qui est jugé trop important. Dans ce cas, la solution aurait dû consister à intégrer dans les tarifs des émoluments au titre de missions accomplies dans le cadre d'une procédure de conciliation ou d'un mandat ad hoc.* » (F. Petit, art. préc., n° 15, p. 75)

sont plus<sup>1708</sup>. À cet égard, il faut rappeler que, en France, tous les débiteurs ont accès aux procédures liquidatives, même lorsqu'ils n'ont pas les moyens de payer les frais de cette procédure<sup>1709</sup>. Cet aspect de la législation française est conforme aux articles 20 et suivants de la directive du 20 juin 2019 portant sur les remises de dettes, c'est-à-dire le droit à un rebond, pour les débiteurs honnêtes. L'accès sans condition de ressources montre ainsi que les mandataires de justice sont des auxiliaires de justice dont la fonction relève bien d'une mission de service public<sup>1710</sup>.

**456. Mise en œuvre de la réforme.** L'article R. 444-7 du code de commerce adopté en application de cette réforme indiquait initialement que la rémunération raisonnable prenait en compte, pour chaque prestation, la durée moyenne nécessaire à la réalisation de cette prestation par un professionnel diligent et la quote-part de la rémunération du capital investi au titre de l'activité régulée de ce professionnel. Sur cette base, l'arrêté du 27 février 2018 a procédé à une baisse généralisée des tarifs de 5 % pour les administrateurs judiciaires et de 2,5 % pour les mandataires judiciaires. Saisi par le Conseil national des administrateurs et mandataires judiciaires, le Conseil d'État a jugé qu'en procédant de la sorte les ministres se sont fondés, non sur l'estimation des coûts afférents à chaque prestation et sur une rémunération raisonnable des diligences accomplies mais sur une appréciation globale, à l'échelle de l'ensemble de chaque profession, du niveau de rémunération des professionnels. Partant, le Conseil d'État a prononcé l'annulation de l'arrêté<sup>1711</sup>.

L'application aux mandataires de justice de cette logique de rémunération selon la durée nécessaire à l'exécution de la tâche avait été critiquée. En effet, il est difficile d'établir un délai de référence dans lequel une tâche doit être exécutée au cours d'une procédure collective alors que le déroulement de celle-ci varie sensiblement selon les situations<sup>1712</sup>. De plus, la rémunération du capital investi au titre de l'activité a peu de sens pour une profession « *qui n'achète ni clientèle, ni office ministériel.* »<sup>1713</sup> La critique a dû être entendue car un objectif de taux de résultat moyen, estimé globalement pour chaque profession au regard de l'ensemble des prestations tarifées, a finalement été introduit<sup>1714</sup>. Le décret du 28 février 2020 a modifié

<sup>1708</sup> *Ibid.*, n° 23, p. 76.

<sup>1709</sup> M. André, « Quelle réglementation pour l'activité des professionnels du traitement des entreprises en difficulté ? Le point de vue national – L'expérience française », *LPA* 19 oct. 2006, p. 57.

<sup>1710</sup> D. Fasquelle, « Quelle réglementation pour l'activité des professionnels du traitement des entreprises en difficulté ? Le point de vue européen – Conclusion », *LPA* 19 oct. 2006, p. 44.

<sup>1711</sup> CE, 6<sup>e</sup> et 5<sup>e</sup> ch. réunies, 28 déc. 2018, n° 420243 ; *Rev. proc. coll.* 2019, comm. 61, note V. Leloup-Thomas.

<sup>1712</sup> P.-M. Le Corre, *op. cit.*, n° 353.141, p. 685.

<sup>1713</sup> *Ibid.* ; F. Petit, art. préc., n° 16, p. 75.

<sup>1714</sup> C. com., art. L. 444-2.

l'article R. 444-7 en évaluant désormais la rémunération raisonnable par une méthode globale portant sur le chiffre d'affaires et non plus par une appréciation acte par acte. Les nouvelles modalités de calcul prévoient ainsi qu'un objectif de taux de résultat moyen doit être calculé en considération d'un taux de référence affecté d'un coefficient correcteur multiplicateur, compris entre 1 et 1,6, afin de prendre en compte divers éléments comme, par exemple, les caractéristiques des prestations réalisées par la profession et l'évolution constatée de la qualité du service rendu<sup>1715</sup>. En application de ce très savant calcul, l'arrêté du 28 février 2020 a établi que l'objectif de taux de résultat moyen était de 25,7 % pour les administrateurs judiciaires et de 25 % pour les mandataires judiciaires<sup>1716</sup>.

Comme cela a été remarqué, avant même d'abandonner la méthode d'évaluation acte par acte, les objectifs de péréquation permettaient déjà « *de fixer le niveau de la rémunération raisonnable des professionnels en procédant à un ajustement tarifaire non pas prestation par prestation, mais au regard de leur activité globale.* »<sup>1717</sup> Du reste, sauf à avoir une foi inébranlable en la mise en équation du monde, il était difficile de faire autrement en raison de la diversité des tâches à accomplir, de l'éclectisme des débiteurs soumis aux procédures collectives et de la contingence des difficultés rencontrées au cours de ces procédures. En l'absence d'un marché confrontant l'offre et la demande, la fixation de la rémunération des mandataires de justice relèvera toujours d'un choix politique. À cet égard, si la décision des ministres compétents de diminuer discrétionnairement la rémunération des mandataires de justice de 2,5 à 5 % était incompatible avec les critères posés par la loi adoptée à l'initiative du même gouvernement, cette manière de procéder avait au moins le mérite d'assumer un choix politique.

La dernière mouture du barème semble avoir donné satisfaction au Gouvernement. Du moins, les taux qu'il a retenus ont été appliqués au barème qu'il a établi pour les diligences accomplies par les mandataires de justice désignés dans la procédure de traitement de sortie de crise créée par la loi du 31 mai 2021 *relative à la gestion de la sortie de crise sanitaire*. Ainsi, l'arrêté du 5 novembre 2021 prévoit que les émoluments dus au titre du diagnostic, de la surveillance, de l'établissement du bilan économique et social ou de la répartition des

---

<sup>1715</sup> C. com., art. R. 444-7.

<sup>1716</sup> Du reste, l'arrêté du 28 février 2020 a réduit, à nouveau, les droits proportionnels ou fixes à la baisse mais dans des proportions nettement moins importantes que celles envisagées par l'arrêté du 27 février 2018.

<sup>1717</sup> F. Petit, art. préc., n° 20, p. 75.

dividendes du plan d'exécution suivent la même grille que celle applicable en vertu des articles A. 663-4 et suivants du code de commerce.

En définitive, le barème issu de la loi du 6 août 2015 répond assurément à un objectif de baisse des coûts de l'intervention des mandataires de justice. Pourtant, dans de nombreuses affaires, l'actif du débiteur ne suffit pas à payer les honoraires des mandataires de justice, ce qui amène à s'interroger sur le financement des honoraires des mandataires de justice et, par voie de conséquent, sur les conditions de l'équilibre économique de la profession.

## SECTION 2 : LE FINANCEMENT DES HONORAIRES DES MANDATAIRES DE JUSTICE

**457. La difficulté relative aux règles régissant la perception des honoraires.** Avant de s'intéresser au financement de l'activité des mandataires de justice *stricto sensu*, il faut rappeler que, si les mandataires de justice ont le droit de percevoir certains émoluments au cours de la procédure, le principe reste celui d'un paiement en fin de mission<sup>1718</sup>. Cette règle permet un contrôle des frais des mandataires de justice. Cependant, elle soulève un redoutable problème s'agissant du fonds de roulement de ces professionnels, singulièrement lorsqu'une liquidation dure dans le temps. Comme le soulignait déjà M. Deharveng, il apparaît anormal que, par exemple, l'administrateur ne puisse pas obtenir de provision à valoir sur la rémunération due pour l'accompagnement du débiteur durant la période d'observation, ce droit « *représentant de loin l'essentiel de la rémunération du professionnel et sa mission pouvant rendre nécessaire la mise en œuvre de moyens importants, notamment lorsqu'il est appelé à administrer l'entreprise.* »<sup>1719</sup>

Dans son avis, l'Autorité de la concurrence a également souligné cette difficulté et a appelé les pouvoirs publics à mettre en place, pour la rémunération des mandataires de justice, des dispositifs permettant davantage d'acomptes ou des paiements échelonnés afin de limiter les problèmes de trésorerie des études<sup>1720</sup>.

**458. Le caractère aléatoire de la rémunération des mandataires de justice.** Le financement en lui-même de l'activité des mandataires de justice soulève un problème crucial tenant à la part d'aléa qui existe dans leur rémunération. En l'absence de clientèle, les revenus

<sup>1718</sup> C. com., art. R. 663-34.

<sup>1719</sup> J. Deharveng, art. préc., n° 39, p. 35.

<sup>1720</sup> Aut. conc., avis n° 15-A-02 du 9 janvier 2015 *relatif aux questions de concurrence concernant certaines professions juridiques réglementées*, n° 992 ; p. 154.

des mandataires de justice dépendent, en effet, des affaires distribuées par les juridictions. Certes, la Cour de cassation a reconnu une forme de garantie d'activité minimum due aux mandataires de justice lorsque l'activité des tribunaux le permet<sup>1721</sup>. Toutefois, les émoluments perçus par les professionnels fluctuent sensiblement d'un dossier à l'autre. Il en va ainsi parce que les tâches ouvrant droit à la perception d'honoraires diffèrent selon les affaires. Cette remarque peut s'appliquer à tout entrepreneur dont la rémunération varie, par essence, en fonction de son activité.

En revanche, l'originalité de la situation des mandataires de justice tient au fait qu'ils sont rémunérés sur les fonds d'un débiteur en difficulté. Or, le droit français ne conditionne pas l'ouverture d'une procédure collective à la capacité de payer les frais de justice. Les mandataires de justice ne sont donc pas assurés de percevoir les émoluments correspondants aux tâches réalisées au cours de la procédure lorsqu'une affaire leur est attribuée. Les fonds du débiteur sont parfois si faibles qu'aucun créancier ou intervenant ne peut être payé<sup>1722</sup>. La situation peut être aussi plus complexe lorsque l'actif permet de désintéresser seulement une partie des créanciers ou intervenants dans la procédure.

**459. La concurrence avec le créancier rétenteur ou propriétaire.** Dans la mesure où la participation des mandataires de justice est indispensable au déroulement de la procédure, il semble naturel que les premiers fonds disponibles leur soient réservés, comme le droit de nombreux pays européens le prévoit<sup>1723</sup>. C'est cette logique qui conduit à placer les frais de justice à la première place des privilèges généraux prévus aux articles 2331 et 2375 en droit commun<sup>1724</sup>. Les frais de justice postérieurs n'ont pourtant pas toujours bénéficié du meilleur rang possible en procédure collective. En particulier, la volonté de restaurer le crédit qui animait la loi du 10 juin 1994 avait entraîné un net recul s'agissant de la faculté des mandataires de justice de recouvrer leur rémunération<sup>1725</sup>. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a amélioré leur sort en les rehaussant dans l'ordre des paiements<sup>1726</sup>. Toutefois, le droit reconnu à certains

<sup>1721</sup> V. *supra* n<sup>os</sup> 420 et s.

<sup>1722</sup> Le chiffre avancé de 50 % de dossiers impécunieux a été avancé dans le rapport de M. Ricol (R. Ricol, rapport préc., p. 9).

<sup>1723</sup> M. Menjucq, « Frais de justice : quel traitement au-delà des frontières ? », *Rev. proc. coll.* 2021, repère 3.

<sup>1724</sup> M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey, 7<sup>e</sup> éd., 2020, n<sup>o</sup> 872, p. 626. De même, les articles R. 322-58 et R. 331-2 du code des procédures civiles d'exécution constituent des applications particulières de cette règle (M. Donnier et J.-B. Donnier, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, LexisNexis, 10<sup>e</sup> éd., 2020, n<sup>o</sup> 1717, p. 630).

<sup>1725</sup> J.-L. Courtier, « La nature juridique des frais de la procédure collective », *Rev. proc. coll.* 1999, p. 9. Sur les problèmes tenant à la rédaction de l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985, v. M. Cabrillac, « L'article 40 de la loi nouvelle et le nouveau privilège de procédure », *Rev. proc. coll.* 1986, n<sup>o</sup> 3, p. 14.

<sup>1726</sup> F. Macorig-Venier et C. Saint-Alary-Houin, « Les créanciers dans l'ordonnance n<sup>o</sup> 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll.* 2009, dossier 9, n<sup>o</sup> 56, p. 74 ; F. Reille,

créanciers de retenir un bien, aussi longtemps que leur créance n'est pas payée, demeure un frein à la perception des honoraires des mandataires de justice lorsque ce dernier ne dispose pas des fonds nécessaires pour récupérer l'actif en question au cours de la procédure. Il en va de même de la propriété conservée par le créancier à titre de garantie (crédit-bail, clause de réserve de propriété) ou transférée à titre de garantie (cessions de créances à titre de garantie, fiducie). Le principe même des procédures collectives contraint à choisir entre plusieurs intérêts. Il est certes possible d'ajuster les rangs dans l'ordre des paiements en fonction de l'intérêt que le législateur entend préserver. En revanche, les mécanismes de rétention ou de propriété à titre de garantie ne permettent pas de tels ajustements. Par conséquent, sauf à remettre en cause la faveur qui découle de l'existence même de ces droits, le mandataire de justice ne peut pas être payé en priorité sur le créancier dont le bien est nécessaire à la procédure<sup>1727</sup>.

**460. La concurrence avec l'AGS.** Le débat se pose en des termes différents s'agissant d'un autre intervenant spécifique, à savoir l'AGS. Cette institution procède, à certaines conditions, au paiement des créances salariales. Son intervention est utile car elle permet de jouer un rôle d'amortisseur social face aux difficultés du débiteur<sup>1728</sup>. Cependant, afin d'assurer la pérennité de ce régime, le législateur favorise le recouvrement des avances faites par l'AGS en lui accordant le premier rang dans l'ordre des paiements<sup>1729</sup>. Une forme de concurrence s'opère ainsi entre l'AGS et les mandataires de justice afin de récupérer les liquidités du débiteur, ce qui constitue parfois un obstacle supplémentaire à la perception des frais de justice.

**461. Plan de la section.** Les créances salariales peuvent représenter des sommes extrêmement importantes. De ce fait, elles peuvent conduire à ce que le paiement de l'AGS consomme tout l'actif du débiteur. Il apparaît donc crucial de déterminer qui des mandataires

---

« Les retouches apportées au sort des créanciers postérieurs élus », *Gaz. Pal.* 6 mars 2009, n° 30, p. 38. En ce sens ég., D. Boustani, *Les créanciers postérieurs d'une procédure collective confrontés aux enjeux du droit des entreprises en difficulté*, préf. P.-M. Le Corre, LGDJ, 2015, n° 273, p. 146 ; A. Revel Pedemons, *Le conflit né de la chronologie des opérations de liquidation des actifs isolés*, préf. P. Cagnoli, LGDJ, 2021, n° 168, p. 126.

<sup>1727</sup> Sur les réformes envisageables afin de mettre faire contribuer ces créanciers à la procédure de manière plus équilibrée, v. N. Borga et F. Pérochon, « La réalisation des garanties réelles : en restructuration ou en liquidation ? Dans ou hors la procédure ? », *Rev. proc. coll.* 2018, dossier 20 ; C. Favre-Rochex et F. Legrand, « Le créancier titulaire d'une sûreté réelle face au nouvel ordre des paiements », *BJE* mai 2022, n° 200p2, n° 7, p. 57 ; C. Favre-Rochex, *Sûretés et procédures collectives*, préf. M. Grimaldi LGDJ, 2020, n°s 319 et s., pp. 305 et s.

<sup>1728</sup> A. Arseguet et T. Météyé, « Fonctionnement de l'AGS depuis 1974 : Bilan et projection », in *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : Droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 337 : « Par sa grande réactivité, l'AGS contribue au redressement et au sauvetage de nombreuses entreprises en difficulté, en aidant à préserver la paix sociale et en évitant tout arrêt de l'activité qui pourrait provenir d'une démobilisation du personnel. C'est cette dimension qui fait aujourd'hui de l'AGS un acteur incontournable des procédures collectives. »

<sup>1729</sup> Sur la naissance conflictuelle du privilège des salariés, v. L. Pfister, « La créance privilégiée des salariés à l'épreuve du crédit des entreprises. L'échec en 1848 d'une extension du privilège des ouvriers », in *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 369.

de justice ou de l'AGS a le droit d'être payé en premier. Or, l'état du droit reste incertain en la matière. Il faut d'abord tenter de clarifier les règles régissant le concours entre les mandataires de justice et l'AGS (§ 1). Il conviendra, ensuite, d'étudier, plus largement, les réponses qui peuvent être apportées afin de garantir le paiement des mandataires de justice (§ 2).

### § 1 : Le concours entre les mandataires de justice et l'AGS

**462. Plan du paragraphe.** Les mandataires de justice, ainsi que les autres auxiliaires de justice qui sont intervenus au cours de la procédure, se disputent parfois avec l'AGS le peu de ressources distribuables. Lorsque l'actif du débiteur est trop faible pour désintéresser à la fois les auxiliaires de justice et l'AGS, il faut identifier les règles départageant les deux acteurs. L'entreprise n'est guère aisée. D'une part, l'ordre de paiement des créances est difficile à établir, en particulier lorsqu'il faut départager les créances de l'AGS et les frais de justice (I). D'autre part, l'application des règles régissant les créances salariales avancées par l'AGS complexifie encore les données du problème (II).

#### I. Les incertitudes relatives à l'établissement de l'ordre des paiements

**463. La difficile articulation des textes antérieurs à la réforme.** À la lecture de l'article L. 641-13 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 15 septembre 2021, les choses semblaient, de prime abord, assez simples. Le premier paragraphe de l'article disposait, notamment, que devaient être payées à leur échéance les créances nées régulièrement pour les besoins du déroulement de la procédure, catégorie qui renvoie, en particulier, aux frais de justice<sup>1730</sup>. L'article L. 641-13, II précisait néanmoins que, lorsque ces créances n'étaient pas payées à l'échéance, elles intégraient un classement déterminé au sein duquel les créances superprivilégiées étaient acquittées avant les frais de justice nés régulièrement pour les besoins du déroulement de la procédure. Autrement dit, les frais de justice étaient payés à leur échéance et, à défaut, après le paiement des créances superprivilégiées de l'AGS.

---

<sup>1730</sup> Sur la question des frais de justice autres que ceux tenant au déroulement de la procédure, v. P. Cagnoli, « Réflexions sur l'articulation du privilège des frais de justice et du Livre VI du Code de commerce », *Rev. proc. coll.* 2010, étude 9 et P.-M. Le Corre, « La règle du paiement à l'échéance des créanciers postérieurs méritants et l'obligation de payer le super privilège des salaires sur les premières rentrées de fonds », *Rev. proc. coll.* 2012, dossier 10, p. 72.



La simplicité n'était qu'apparente et les difficultés surgissaient à la lecture de l'article L. 643-8 du code de commerce. Cet article disposait que le montant de l'actif était réparti distraction faite, notamment, des frais et dépens de la liquidation judiciaire. En d'autres termes, les mandataires de justice étaient autorisés à distraire les frais de procédure avant la répartition de l'actif. La conjonction des deux textes aboutissait à une forme de paradoxe. Le paiement des frais de justice par distraction signifiait que cette somme devait être prélevée avant toute distribution mais, en même temps, l'article L. 641-13 disposait que, lorsqu'ils n'étaient pas réglés à l'échéance, les frais de justice devaient être payés après les créances de l'AGS.

**464. Position de la Cour de cassation.** La Cour de cassation avait eu l'occasion de se prononcer sur ce point par un arrêt rendu le 11 juin 2014<sup>1731</sup>. Dans cette affaire, le paiement des frais de justice n'entraînait pas en concurrence avec les créances de l'AGS mais avec une créance hypothécaire. La question de principe restait la même car, dans la rédaction de l'article L. 641-13 du code de commerce applicable à l'espèce, la créance hypothécaire primait le paiement des frais de justice. La Cour a jugé que « *les dispositions de l'article L. 643-8, alinéa 1er, du code de commerce, prévoyant la distraction des frais et dépens de la liquidation judiciaire avant distribution du montant de l'actif, n'autorisent pas le prélèvement prioritaire de l'ensemble des frais de justice sur le prix de vente d'un immeuble hypothéqué en méconnaissance du classement des créances organisé, en cas de liquidation judiciaire, par l'article L. 641-13, II et III, du code de commerce* ».

La décision de la Cour de cassation apportait un début de réponse au problème sans trancher l'ensemble de la difficulté. À la lecture de l'arrêt, il était certain que le droit de distraire les frais et dépens de la liquidation n'autorisait pas les mandataires de justice à prélever l'intégralité de la rémunération due pour l'exécution de sa mission avant de distribuer l'actif. Autrement dit, l'article L. 643-8 ne permettait pas de neutraliser totalement l'ordre des paiements de l'article L. 641-13. Le principe de cette interdiction étant établi, il restait à déterminer la part des honoraires que les mandataires de justice avaient le droit de prélever par distraction. Sur ce point, l'arrêt de la Cour de cassation ne donnait aucune indication. Toutefois, la doctrine estimait que les mandataires de justice pouvaient prélever « *les frais spécifiques au bien considéré que la procédure doit assumer et à défaut desquels aucune répartition n'aurait*

---

<sup>1731</sup> Cass. com., 11 juin 2014, n° 13-18.112, *Bull. civ.* IV, n° 103 ; *JCP N* 2015, 1064, note S. Piedelièvre ; *Gaz. Pal.* 7 oct. 2014, n° 194q1, p. 33, obs. D. Boustani ; *Act. proc. coll.* 2014, n° 13, alerte 238, note P. Cagnoli et L. Fin-Langer ; *RTD civ.* 2014, p. 696, obs. P. Crocq ; *RD bancaire et fin.* 2014, comm. 212, note C. Houin-Bressand ; *BJE* sept. 2014, n° 111p9, p. 303, note P.-M. Le Corre ; *Rev. proc. coll.* 2014, comm. 130, note L. Fin-Langer ; *ibid.* 2015, comm. 26, note G. Berthelot.

*pu avoir lieu : frais de conservation (entretien, gardiennage, assurance) et frais de réalisation (rémunération de l'agent chargé de la vente, droit proportionnel du liquidateur) »<sup>1732</sup>. Cette lecture permettait une articulation des deux dispositions consistant à appliquer l'article L. 643-8 à une partie des frais de justice, et non à l'ensemble des frais de justice, afin de ne pas contrevenir à la prohibition énoncée par la Cour de cassation. La règle de l'article L. 641-13 selon laquelle certaines créances devaient être payées avant les frais de justice continuait ainsi à s'appliquer car tous les émoluments des mandataires de justice ne pouvaient pas être prélevés à l'occasion de la réalisation d'un actif. Cependant, les frais de justice qui correspondaient aux diligences qui ont été nécessaires à la réalisation dudit actif étaient bien distraits avant la distribution.*

Du reste, cette interprétation était conforme aux règles retenues avant que les créanciers privilégiés perdent leur droit de poursuite individuelle. La Cour de cassation s'était déjà prononcée sur la question par un arrêt du 11 janvier 1949<sup>1733</sup>. Sous l'empire des anciens articles 571 et 572 du code de commerce, les créanciers hypothécaires avaient le droit de commencer la poursuite de la vente de l'immeuble lors de la phase antérieure à l'union. En revanche, après l'union, seul le syndic était habilité à déclencher cette procédure. Dans ces conditions, la Cour de cassation jugeait que, lorsque le créancier n'avait pas entamé les poursuites avant l'union, le syndic pouvait prélever sa rémunération car son action avait été utile au créancier hypothécaire. En effet, sans l'intervention du syndic, l'immeuble n'aurait pas pu être vendu et le créancier hypothécaire n'aurait donc pas pu recevoir le paiement de sa créance grâce à la distribution du produit<sup>1734</sup>.

Un raisonnement similaire semblait s'appliquer afin de déterminer la part que les mandataires de justice avaient le droit de prélever par distraction. Ainsi, lorsqu'un actif était réalisé, les frais de justice qui avaient rendu possible l'opération devaient être payés en priorité.

**465. Conséquence du raisonnement.** À la suite de l'arrêt du 11 juin 2014, il restait à s'interroger sur le sort des autres honoraires que les mandataires de justice pouvaient percevoir,

<sup>1732</sup> P. Pétel et F. Legrand, « Liquidation judiciaire – Répartition des fonds », *Rev. proc. coll.* 2015, fiche pratique 4, p. 87. En ce sens ég., v. F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., 2014, n° 1321, p. 609 ; P.-M. Le Corre, *op. cit.*, n° 591.416, p. 1983 ; M. Guastella, *Les grands principes des répartitions dans les procédures collectives*, L'Harmattan, 2019, n° 202, p. 159.

<sup>1733</sup> Cass. civ., 11 janv. 1949 ; *JCP* 1949, II, 4817, note G. Toujas. Sur la question, v. ég., M. Prévost, « Du droit des syndics de faillite de se prévaloir du privilège de l'art. 2101 § 1<sup>er</sup> du Code civil, en cas de vente par eux et après l'union des immeubles hypothéqués du failli », *Gaz. Pal.* 1950, I, doct., p. 17.

<sup>1734</sup> D'ailleurs, il peut être rappelé que l'article 558 du code de commerce de 1807 prévoyait déjà le paiement par distraction des frais et dépens de l'administration de la faillite alors même que l'exercice de la fonction de syndic était, en principe, bénévole.

à l'image des émoluments dus au titre du diagnostic réalisé par l'administrateur, sa mission de surveillance, assistance ou représentation, le droit fixe dû au mandataire judiciaire ou les émoluments alloués pour la vérification des créances. L'accomplissement de ces différentes tâches, utiles à la procédure, ne permettait pas aux mandataires de justice de prélever leur rémunération par distraction puisqu'aucun actif n'est réalisé à cette occasion. Deux hypothèses devaient être alors envisagées. Soit la créance due au titre de ces opérations pouvait être payée à l'échéance, ce qui signifiait que le mandataire de justice pouvait prélever la somme sur l'actif disponible du débiteur. Soit ces créances ne pouvaient pas être payées à l'échéance et, dans ce cas, elles l'étaient seulement, dans la mesure du possible, après les créances de l'AGS.

**466. L'échéance des frais de procédure.** Dans ces conditions, déterminer l'échéance des frais de procédure devint un enjeu essentiel. Or, les textes sont muets sur ce point. Certes, il paraît difficilement contestable que le fait générateur de la créance de frais de procédure soit l'accomplissement de la tâche. Toutefois, l'article R. 663-34 du code de commerce dispose que les rémunérations dues au titre de la procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire sont arrêtées avant la clôture de la procédure. L'article précise ensuite qu'elles ne sont perçues qu'après avoir été arrêtées. À la lecture de cette disposition, l'échéance de la créance de frais de procédure pourrait être fixée au jour où la rémunération est arrêtée. Une telle interprétation viderait cependant de toute substance la distinction entre les créances réglées à l'échéance et les autres créances, appliquée aux frais de procédure. Si, à notre connaissance, la Cour de cassation n'a pas pris expressément position sur la question, il est communément admis que l'échéance de la créance correspond à l'accomplissement de la tâche et non au jour où la rémunération est arrêtée par le président du tribunal ou son délégué<sup>1735</sup>.

Par conséquent, cela signifie que, pour les honoraires autres que ceux dus en raison de la réalisation des actifs, les frais de justice étaient primés par les créances de l'AGS dans la seule hypothèse où la tâche est accomplie à une période où la trésorerie du débiteur est vide.

**467. L'incitation faite aux mandataires de justice de mettre en réserve la somme correspondant à leurs émoluments.** Dans une procédure où la trésorerie du débiteur fluctue mais reste positive, au moins périodiquement, les règles exposées incitaient les mandataires de justice à accomplir leur mission uniquement durant les périodes durant lesquelles l'actif disponible du débiteur permettait le paiement des frais de procédure. Dans ces circonstances, il était alors aisé d'imaginer qu'un mandataire de justice puisse retarder le paiement d'une autre

<sup>1735</sup> R. Ricol, *Mission AGS/AJMJ*, Rapport au Premier Ministre, 15 avril 2021, p. 15.

créance postérieure privilégiée, par exemple une créance née en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, afin de préserver la possibilité de payer une créance de frais de procédure à venir. Le professionnel agissant ainsi commettait-il une faute ? À notre connaissance, la Cour de cassation n'a pas statué sur ce point. En examinant les règles professionnelles, l'article 511.4 des règles professionnelles énonce simplement que le professionnel doit, dès qu'il en a la possibilité et à tout moment de la procédure, procéder à des répartitions de fonds au moins partielles. Toute la subtilité réside dans la référence à une répartition partielle qui ne semble donc pas exclure, en soi, la pratique envisagée.

Autrement dit, les mandataires ne pouvant percevoir leur rémunération qu'après que celle-ci a été arrêtée par le président du tribunal, le paiement à l'échéance ne pouvait avoir lieu avec certitude qu'à la condition qu'ils mettent en réserve les sommes correspondantes, lorsqu'elles étaient disponibles. L'économie des textes les y incitait, aucune disposition ne semblait leur interdire mais une incertitude existait et rien ne garantissait que cette pratique fût approuvée par la Cour de cassation. Or, s'il s'était avéré que les mandataires de justice avaient l'interdiction de mettre en réserve les sommes correspondantes à leur rémunération, les seuls émoluments qu'ils auraient été assurés de recevoir étaient ceux qu'ils pouvaient distraire à la suite de la réalisation d'un actif. C'est dans ce contexte que la loi du 22 mai 2019 a habilité le Gouvernement à légiférer par ordonnance afin, notamment, de simplifier, clarifier et moderniser les règles relatives aux sûretés et aux créanciers titulaires de sûretés dans le livre VI du code de commerce, ce qui constituait une occasion de résoudre le problème.

**468. Les textes après l'ordonnance du 15 septembre 2021.** L'ordonnance du 15 mars 2021 a modifié les articles L. 641-13 et L. 643-8 du code de commerce. En dépit d'un projet de rédaction de l'ordonnance prévoyant de rétrograder le paiement des créances de l'AGS après les frais de justice, le nouvel article L. 643-8, I du code de commerce n'a finalement pas modifié l'ordre de désintéressement des créances non payées à l'échéance. En revanche, le nouvel article L. 643-8, II dispose désormais que la part correspondant aux frais de justice prévisibles est mise en réserve. Il n'est plus fait mention d'une distraction des frais et dépens de la liquidation judiciaire mais d'une mise en réserve des frais de justice prévisibles. Comment interpréter la nouvelle rédaction des textes ?

La lecture du rapport au Président de la République relatif à cette ordonnance nous apprend que « *La clarification du classement des créances garanties opérée en conséquence est conforme aux conclusions du rapport remis au Premier ministre le 21 avril 2021 par M. René Ricol sur l'articulation entre le régime de garantie des salaires (AGS) et les*

*administrateurs et mandataires judiciaires dans le cadre des procédures collectives.* »<sup>1736</sup> Le rapport précise encore que le nouvel article L. 643-8 du code de commerce « *ne crée pas de droits nouveaux et ne remet pas en cause l'ordre des créances tel qu'il était défini par plusieurs dispositions, notamment celles de l'article L. 641-13 et de l'article L. 643-8 dans leur version antérieure à cette ordonnance. Il ne revient pas sur le principe énoncé d'un droit au paiement à l'échéance pour les créanciers qui échappent à la règle de l'interdiction des paiements énoncée à l'article L. 622-7, ce qui est confirmé par l'ordonnance.* »<sup>1737</sup> Aucune nouveauté donc, selon le Gouvernement, qui pense avoir simplifié le droit comme le lui a demandé le Parlement.

**469. Les difficultés persistantes d'interprétation des textes nouveaux.** Convaincu qu'il semble d'avoir accompli son travail, le Gouvernement n'a peut-être pas perçu que la nouvelle rédaction de l'article L. 643-8 ne permettait aucunement de lever les incertitudes qui existaient auparavant.

Ainsi, MM. Borga et Théron expliquent, pour le regretter, que « *Les paiements par distraction disparaissent au profit d'une généralisation des paiements par privilège, par ordre. Après les subsides, interviennent le superprivilège puis les frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure restés impayés à l'échéance, qui ne sont donc plus payés par distraction.* »<sup>1738</sup> Selon eux, le nouveau texte remet en cause le paiement par distraction. Les auteurs se demandent néanmoins quel rôle la possibilité réservée aux mandataires de justice d'être payés à l'échéance peut jouer<sup>1739</sup>.

M<sup>e</sup> Buisine semble avoir une lecture différente du nouveau texte. Évoquant un « ersatz » de paiement par distraction, il estime que le texte conforte le mécanisme de la distraction et soutient que « *Certains montants doivent pouvoir être identifiés préalablement à la répartition à intervenir et distraits, au moins provisoirement, de l'actif distribuable.* »<sup>1740</sup> L'incise que l'auteur a introduite s'agissant d'une distraction provisoire de l'actif distribuable révèle toute l'ambiguïté du texte nouveau. L'auteur remarque d'ailleurs que, « *À défaut de contenter tout le monde, le texte ne satisfera peut-être personne. Chaque catégorie de créanciers aura sûrement*

<sup>1736</sup> Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce.

<sup>1737</sup> *Ibid.*

<sup>1738</sup> N. Borga et J. Théron, « Ordonnance du 15 septembre 2021 réformant le droit des entreprises en difficulté, un tournant ? », *D.* 2021, n° 35, p. 1773.

<sup>1739</sup> *Ibid.* ; questionnement partagé par M. Roussel Galle (P. Roussel Galle, « Brève présentation de l'ordonnance de 15 septembre 2021 à l'exception des classes de créanciers », *BJE* janv. 2022, n° 20014, p. 44).

<sup>1740</sup> O. Buisine, « L'article L. 643-8 du Code de commerce, nouvelle pierre angulaire du droit des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll.* 2021, alerte 19, n° 5, p. 3.

*aussi sa propre interprétation du texte et du classement qui en découle.* »<sup>1741</sup> Comme le relève un autre auteur, en laissant croire à chaque acteur qu'il a obtenu satisfaction, ce texte apparaît comme « *une application moderne de la devise attribuée de manière apocryphe à plusieurs caciques de la IV<sup>e</sup> République : “il n'est pas de problème que l'absence de solution ne finisse par résoudre”* »<sup>1742</sup>.

En disposant que les frais de justice prévisibles doivent être mis en réserve, le Gouvernement semble avoir consacré une pratique assurant aux mandataires de justice le paiement de leurs honoraires. Si tel était l'objectif, le Gouvernement aurait été inspiré de rédiger autrement le texte car il est possible de se demander ce que signifie une mise en réserve des frais de justice prévisibles. La mise en réserve a un sens sur le plan de la gestion d'une société. Il s'agit d'une somme qui n'est pas distribuée sous forme de dividendes mais conservée afin d'accroître les capitaux propres de la société. Juridiquement, cela ne signifie pas que ces sommes soient insaisissables ou indisponibles<sup>1743</sup>. Partant, il est possible de se demander si les sommes correspondantes aux frais de justice, mises en réserve, pourront être saisies par un autre créancier postérieur privilégié ou utilisées pour les besoins de la procédure<sup>1744</sup>. Du reste, si les mandataires de justice peuvent mettre en réserve tous les frais de justice prévisibles, cela signifie que l'ensemble des frais sera payé avant les créances de l'AGS. Si les frais de justice prévisibles ne sont pas payés, c'est qu'il n'y a pas non plus d'actif pour payer les créances de l'AGS. Le maintien de la primauté des créances de l'AGS sur les frais de justice, lorsque les créances ne sont pas payées à l'échéance, relève dans ces conditions d'une forme d'hypocrisie. En toute hypothèse, la rédaction des nouveaux textes donne malheureusement matière à ce qu'un contentieux persiste dans ce domaine.

Autrement dit, le Gouvernement n'a pas voulu ou su saisir l'occasion qui lui était offerte de clarifier les règles relatives au paiement des frais de justice. Il ne semble pas avoir davantage

<sup>1741</sup> *Ibid.*, n° 6, p. 4. En ce sens ég. : C. Favre-Rochex, « Les répartitions en liquidation judiciaire après la réforme du livre VI du Code de commerce », *BJE* nov. 2021, n° 200h8, n° 12, p. 49.

<sup>1742</sup> P. Pétel, « Les sûretés dans l'ordonnance modifiant le livre VI du Code de commerce », *Rev. proc. coll.* 2021, dossier 10, n° 26, p. 73.

<sup>1743</sup> M. Le Corre remarquait déjà que la question de la disponibilité des fonds était la clé de résolution du conflit entre créances postérieures méritantes et remboursement des frais avancés par l'AGS (P.-M. Le Corre, « La règle du paiement à l'échéance des créanciers postérieurs méritants et l'obligation de payer le super privilège des salaires sur les premières rentrées de fonds », *Rev. proc. coll.* 2012, dossier 10, n° 9).

<sup>1744</sup> En ce sens, M. Cagnoli remarque que « *Réserver des fonds, cela ne préjuge pas du classement d'éventuels créanciers restés impayés et mieux placés* » (P. Cagnoli, « Regards sur les modifications du livre VI intéressant le droit des sûretés », *Rev. proc. coll.* 2022, dossier 7, n° 10, p. 45).

souhaité résoudre la difficulté tenant à la question des avances faites par l'AGS, alors que l'habilitation semblait lui en donner l'opportunité<sup>1745</sup>.

## II. Les difficultés liées aux avances de l'AGS

### **470. L'obligation faite à l'AGS d'avancer le paiement de certaines créances salariales.**

Certaines créances salariales bénéficient d'un privilège spécial. Les articles L. 3253-2 et L. 3253-4 du code du travail disposent, en effet, que les rémunérations de toute nature dues pour les soixante derniers jours de travail ainsi que les indemnités de congés payés dues pour une durée de trente jours de travail doivent être payées, nonobstant l'existence de toute autre créance privilégiée. En vertu de l'article L. 3253-19, 1° du code du travail, le mandataire judiciaire doit établir les relevés de ces créances dans ce délai de dix jours qui suit le prononcé du jugement d'ouverture. L'article L. 625-8 du code de commerce prévoit que ces créances salariales doivent, sur ordonnance du juge-commissaire, être payées dans ce même délai de dix jours qui suit le prononcé du jugement d'ouverture. Une somme égale à un mois de salaire doit être aussi versée, à titre provisionnel, après autorisation du juge-commissaire. Ces différentes sommes doivent être, en principe, versées grâce aux fonds disponibles du débiteur.

L'article L. 3253-20 du code du travail dispose toutefois que, lorsque ces sommes ne peuvent pas être versées sur les fonds disponibles, dans le délai de dix jours, le mandataire judiciaire en demande l'avance à l'AGS sur présentation des relevés de créances salariales en cas de redressement ou liquidation judiciaire. En sauvegarde, le mandataire judiciaire doit justifier l'insuffisance des fonds et, en cas de contestation de l'AGS, dans un délai de dix jours qui suit la réception de demande du mandataire de justice<sup>1746</sup>, l'avance est soumise à l'autorisation du juge-commissaire. L'obligation de justifier l'insuffisance des fonds en sauvegarde s'explique par le fait que cette procédure est ouverte en l'absence de cessation des paiements de sorte que l'absence de fonds disponibles pour verser ces créances salariales ne va pas de soi<sup>1747</sup>.

L'application de ces règles est au cœur d'un contentieux qui oppose l'AGS aux mandataires de justice. Il s'agit, d'abord, de savoir dans quelle mesure l'AGS peut se prévaloir

<sup>1745</sup> R. Ricol, rapport préc., p. 32. La critique portant sur la rédaction de ce texte n'est peut-être pas arrivée aux oreilles du Gouvernement ou alors celui-ci n'a pas été convaincu car l'article 2 du projet de loi n° 326 de ratification de l'ordonnance, déposé le 5 janvier 2022 devant le Sénat, propose une ratification en l'état de l'ordonnance.

<sup>1746</sup> C. trav., art. R. 3253-6.

<sup>1747</sup> P. Pétel, « L'AGS et la réforme des procédures collectives », *RJ com.* 2006, n° 4, p. 175.

de l'existence de fonds disponibles afin de refuser de procéder aux avances pour le paiement de ces créances salariales. En sauvegarde, il est certain que l'AGS n'est pas tenue de verser les fonds tant que le juge-commissaire n'a pas statué sur la question. En revanche, les appréciations divergent s'agissant des demandes d'avances formulées au cours d'un redressement ou d'une liquidation. Les mandataires de justice estiment que l'AGS est obligée de procéder à l'avance des fonds sur la simple présentation des relevés de créances établis par le mandataire judiciaire. L'AGS soutient, pour sa part, qu'elle ne doit pas procéder au versement automatique des avances, y compris en redressement et en liquidation, lorsqu'elle conteste l'absence de fonds disponibles afin d'acquitter ces créances. De nombreuses juridictions du fond ont retenu l'interprétation des textes défendue par les mandataires de justice<sup>1748</sup>. Deux cours d'appel rappellent néanmoins que la sanction de l'absence de respect par le mandataire judiciaire de la subsidiarité peut être obtenue par l'AGS *a posteriori*, par le droit au remboursement de ces avances assorties du superprivilège dont elle bénéficie ainsi que par la responsabilité du mandataire pour avoir présenté un relevé de créances aux fins d'obtenir des avances en violation de l'article L. 3253-20 du code du travail<sup>1749</sup>.

Comme le souligne M. Lucas, « *Dans l'attente d'une décision de la Cour de cassation, dont on peut pronostiquer qu'elle sera amenée à se prononcer sur cette question de principe fort disputée, c'est ainsi un début de tendance qui se dégage chez les juges du fond pour considérer que la garantie instituée par les articles L. 3253-6 et suivants du Code du travail ne suppose pas que le mandataire judiciaire établisse l'insuffisance des fonds disponibles pour acquitter le passif salarial.* »<sup>1750</sup> Du reste, il faut convenir que les textes paraissent assez clairs si bien qu'il faut se demander si les refus de l'AGS ne doivent pas être surtout vus comme une tentative de faire évoluer le droit positif. À cet égard, le rapport Ricol envisage deux pistes de réforme sur la question des avances. Une première solution consisterait à faire viser les demandes d'avances de fonds par le juge-commissaire, qui pourrait demander à cette occasion des informations complémentaires au mandataire judiciaire<sup>1751</sup>. Une seconde, plus contraignante, serait d'appliquer au redressement et à la liquidation le régime en vigueur en sauvegarde soumettant l'avance à une autorisation du juge-commissaire en cas de contestation

<sup>1748</sup> T. com. Niort, 15 juin 2021, n° 2021001894 ; T. com. Bobigny, 3<sup>e</sup> ch., 6 mai 2021, n° 2021L01170, *LEDEN* juin 2021, n° 200c3, p. 6, obs. C. Basse et une réponse de l'AGS à ces observations du président du CNAJMJ (*LEDEN* sept. 2021, n° 200g9, p. 7) ; *Act. proc. coll.* 2021, n° 13, alerte 164, obs. L. Fin-Langer ; T. com. Paris, 11<sup>e</sup> ch., 27 oct. 2021, n° 2021043985, *LEDEN* nov. 2021, n° 200i8, p. 1, obs. F.-X. Lucas ; CA Poitiers, 2<sup>e</sup> ch. civ., 14 juin 2022, n° 21/01968 ; *LEDEN* juill. 2022, n° 200y3, obs. G. Ollu ; CA Toulouse, 4<sup>e</sup> ch., 9 sept. 2022, n° 22/01754, *Daloz actualités* 22 sept. 2022, obs. C. Gailhbaud.

<sup>1749</sup> CA Poitiers, 2<sup>e</sup> ch. civ., 14 juin 2022, n° 21/01968, n° 5 ; CA Toulouse, 4<sup>e</sup> ch., 9 sept. 2022, n° 22/01754.

<sup>1750</sup> F.-X. Lucas, obs. sous T. com. Paris, 11<sup>e</sup> ch., 27 oct. 2021, n° 2021043985, *LEDEN* nov. 2021, n° 200i8, p. 1.

<sup>1751</sup> R. Ricol, rapport préc., p. 32.



par l'AGS<sup>1752</sup>. Le Conseil national des administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires a accueilli avec réserves cette proposition soulignant qu'elle « *ne peut être qu'un facteur de complexité et d'isolement de la France par rapport aux États membres invités par la directive sur l'insolvabilité qu'il s'agit de transposer à accélérer le cours des procédures* »<sup>1753</sup>.

Le conflit opposant l'AGS et les mandataires de justice porte également sur la portée de la règle du paiement des créances salariales sur les premières rentrées de fonds.

**471. Le droit discuté de l'AGS d'exiger le remboursement des avances faites pour le paiement des créances salariales dès les premières rentrées de fonds.** L'AGS a certes l'obligation d'avancer certaines créances salariales lorsque les fonds du débiteur sont insuffisants. L'article L. 625-8, alinéa 3 dispose cependant que, à défaut de disponibilités, les sommes doivent être acquittées sur les premières rentrées de fonds. Le conflit opposant l'AGS aux mandataires de justice tient également à l'interprétation de cette disposition. L'article L. 625-8 vise des créances salariales sans allusion à la qualité du créancier. Il s'agit alors de savoir si ce droit au paiement sur les premières rentrées de fonds bénéficie exclusivement à la personne du salarié ou si, en cas d'avances par l'AGS, cette dernière profite également de cette règle par le jeu de la subrogation dans les droits des salariés, énoncée à l'article L. 3253-16 du code du travail. À cet égard, il faut rappeler que l'article 1346-4 du code civil dispose que la subrogation transmet à son bénéficiaire, dans la limite de ce qu'il a payé, la créance et ses accessoires, à l'exception des droits exclusivement attachés à la personne du créancier. Certains arguments vont dans le sens d'un droit attaché à la personne du salarié. Les créances garanties par le superprivilège présenteraient un caractère alimentaire pour les salariés, ce qui explique la dérogation à l'interdiction des paiements pour ces créances antérieures ainsi que la règle du paiement sur les premières rentrées de fonds lorsqu'elles ne sont pas immédiatement payées. En raison de ce caractère alimentaire, le paiement sur les premières rentrées de fonds constituerait alors un accessoire attaché à la personne du débiteur qui ne serait pas transmis à l'AGS par le jeu de la subrogation<sup>1754</sup>. Saisie de cette question, la Cour d'appel de Rennes a retenu une lecture opposée de la disposition jugeant que l'AGS bénéficie bien de l'ensemble des accessoires attachés aux créances des salariés qu'elle a garanties et a précisé que « *De par sa nature et les créances salariales auxquelles elle correspond, cette créance superprivilégiée*

<sup>1752</sup> *Ibid.*, p. 33.

<sup>1753</sup> *Ibid.*, p. 35.

<sup>1754</sup> P. Pétel, « Les sûretés dans l'ordonnance modifiant le livre VI du Code de commerce », *Rev. proc. coll.* 2021, dossier 10, n° 26, p. 73. *Contra* : L. Fin-Langer et J. Vallansan, « AGS et plan de redressement », *Rev. proc. coll.* 2019, dossier 8, n° 6, p. 74.

*ici en cause n'est pas exclusivement attachée à la personne des salariés concernés. Le superprivilège qui y est associé a bien été transmis à l'AGS. »*<sup>1755</sup>

À s'en tenir à cette position, l'AGS, subrogée dans les droits des salariés, pourrait donc exiger la restitution de ses avances sur les premières rentrées de fonds. Raisonnant sur la question de l'exigibilité de ces différentes créances, M. Cagnoli souligne ainsi que ce droit « *pourrait être de nature à bloquer le droit au paiement à l'échéance des frais de justice.* »<sup>1756</sup> Sur cette question aussi, il faut donc s'attendre à ce que le contentieux remonte prochainement devant la Cour de cassation.

Par ailleurs, la position de la Cour d'appel de Rennes fait écho à d'autres décisions plus anciennes de juridictions du fond. En ce sens, le Tribunal de commerce de Lyon a pu juger que la subrogation de l'AGS dans les droits des salariés ne peut être exigée, durant la période d'observation, que « *dans la mesure où l'entreprise détient les fonds lui permettant d'y faire droit sans compromettre son fonctionnement normal et donc ses possibilités de redressement* »<sup>1757</sup>. La solution semble parfaitement sensée dans la mesure où il paraîtrait absurde, en contemplation des objectifs de sauvegarde de l'activité et du maintien des emplois, que le remboursement des avances faites par l'AGS conduise à compromettre la sauvegarde de l'entreprise<sup>1758</sup>. Toutefois, il faut aussi souligner que le tribunal de commerce de Lyon ajoute ici une condition que la loi ne prévoit pas. Une lecture littérale des textes permet, en théorie, à l'AGS d'exiger la restitution de l'avance dès les premières rentrées de fonds sans aucune considération pour la survie de l'entreprise<sup>1759</sup>.

Alors que le conflit entre l'AGS et les mandataires de justice se cristallise aujourd'hui sur les avances et leur remboursement, dans un passé récent, ces deux acteurs agissaient pourtant en très bonne entente.

<sup>1755</sup> CA Rennes, 3<sup>e</sup> ch. com., 7 juin 2022, n° 21/07704.

<sup>1756</sup> P. Cagnoli, « Regards sur les modifications du livre VI intéressant le droit des sûretés », *Rev. proc. coll.* 2022, dossier 7, n° 9, p. 45.

<sup>1757</sup> T. com. Lyon, 28 déc. 2000, *Act. proc. coll.* 2001, n° 3, comm. 35, obs. E. Etienne-Martin et C. Nanterme.

<sup>1758</sup> B. Soinne, « À propos de la notion de fonds disponibles au sens de l'article L. 621-131 nouveau du code de commerce », *Rev. proc. coll.* 2001, p. 59.

<sup>1759</sup> De même, l'AGS ne peut pas être contrainte à accorder des délais et remises en cas d'adoption d'un plan de continuation. Une juridiction du fond a pu ainsi appliquer strictement l'ancien article L. 631-78 du code de commerce (devenu L. 626-20) en jugeant qu'aucun délai ne pouvait être imposé à l'AGS lors de l'adoption du plan (CA Orléans, 22 févr. 2001, *Act. proc. coll.* 2001, n° 8, comm. 201, obs. B. Soinne). Toutefois, l'ordonnance du 12 mars 2014 a modifié l'article L. 626-20 du code de commerce afin de confirmer que l'institution avait néanmoins le droit d'accorder de tels délais ou remises.

**472. Les pratiques existantes entre l'AGS et les mandataires de justice.** La stricte application du droit de demander le remboursement des avances dès la première rentrée de fonds conduit à assécher la trésorerie du débiteur alors que l'activité économique peut être encore sauvée<sup>1760</sup>. De même, le refus de participer au plan en accordant des délais ou remises peut compromettre le redressement de l'entreprise. L'AGS sait qu'elle n'est pas obligée d'accorder des délais et peut exiger immédiatement le remboursement des avances. Elle a aussi conscience de son rôle dans le redressement de l'entreprise et accepte des étalements dans le temps du remboursement de ses créances, pourvu que ces demandes s'inscrivent dans une démarche prouvant le sérieux du projet de redressement et ne soient pas donc seulement destinées à retarder la confrontation aux difficultés<sup>1761</sup>. En ce sens, le directeur de la délégation Unedic AGS indiquait, en 2008, que « *des délais ont toujours été accordés depuis l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde dans les dossiers traités, variant entre 6 et 36 mois selon les capacités financières de l'entreprise et l'importance de la créance* »<sup>1762</sup>.

De plus, une pratique, établie entre l'AGS et les mandataires de justice, consistait à ce que les seconds remboursent les avances faites par l'AGS au titre des créances salariales superprivilégiées en fonction des fonds disponibles, la première s'engageant à restituer à première demande, le cas échéant, les fonds nécessaires à la couverture des frais de justice et de procédure<sup>1763</sup>. Cette pratique attestait ainsi de la bonne entente qui existait entre les mandataires de justice et l'AGS. Elle expliquait aussi l'absence de contentieux important relatif à l'ordre des paiements. Toutefois, les relations entre ces deux acteurs des procédures collectives se sont notoirement dégradées.

**473. L'abandon de la pratique de restitution à première demande.** Le rapport rendu par M. Ricol a été l'occasion de constater une explosion des frais de justice dans certaines procédures collectives ou procédures préventives<sup>1764</sup>. S'il y est rappelé que la rémunération des mandataires de justice est, en principe, contrôlée, il est aussi constaté que « *le contrôle de taxation ne s'exerce pas dans les faits de manière pleine et entière* »<sup>1765</sup>. De plus, le rapport déplore le coût parfois excessif des frais de conseils à la demande des créanciers<sup>1766</sup>. Ces points

<sup>1760</sup> P.-M. Le Corre, *op. cit.*, n° 694.511, p. 2600.

<sup>1761</sup> T. Météyé, « L'AGS au secours des entreprises en difficulté », *CDE* 2007, dossier 6, p. 24. V. ég., L. Ben Cheikh-Vecchioni, « L'AGS et le remboursement de ses avances », in (dir.) P.-M. Le Corre, *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 2018, p. 171.

<sup>1762</sup> A. Arseguet et T. Météyé, « Les aspects sociaux de la procédure de sauvegarde », *Rev. proc. coll.* 2008, dossier 10, n° 23.

<sup>1763</sup> R. Ricol, rapport préc., p. 7.

<sup>1764</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>1765</sup> *Ibid.*

<sup>1766</sup> *Ibid.*

expliquent la dégradation des relations entre les mandataires de justice et l'AGS. Celle-ci demande un meilleur encadrement des frais de procédure. Sur ce point, le rapport Ricol invite à explorer la piste d'un contrôle indépendant sur le modèle du Haut Conseil du commissariat aux comptes (H3C)<sup>1767</sup>, à savoir une autorité administrative indépendante<sup>1768</sup>. Il faut souligner que seules deux personnes ayant exercé la profession de commissaire aux comptes siègent dans le collège du H3C et ces personnes ne participent pas à la formation compétente en matière de sanctions<sup>1769</sup>. Autrement dit, une telle réforme reviendrait probablement, sauf à multiplier les contrôles, à modifier à nouveau la composition de la CNID, en évinçant à nouveau les professionnels de la surveillance de la profession.

En l'état, l'AGS entend désormais refuser que les avances qu'elle est tenue d'octroyer soient employées à payer des frais de procédure lui paraissant excessifs, remettant ainsi en cause, selon elle, l'équilibre financier de l'institution<sup>1770</sup>. C'est pourquoi elle a mis un terme à la pratique de restitution à première demande. L'intérêt de cette pratique consistait à permettre d'accélérer la distribution des actifs au cours de la procédure car les mandataires de justice pouvaient s'assurer de recouvrer auprès de l'AGS leurs propres émoluments si nécessaire. Toutefois, l'AGS déplorant l'explosion des frais de justice entend donc dorénavant utiliser pleinement son droit de demander le remboursement des avances faites pour les créances salariales.

En définitive, qu'il s'agisse de l'établissement de l'ordre des paiements ou le sort des avances, l'incertitude des textes nourrit l'opposition entre l'AGS et les mandataires de justice. C'est à la Cour de cassation qu'il incombera *in fine* de dire le droit sur ces points. À cet égard, il faut encore déplorer le fait que le Gouvernement n'ait pas saisi l'occasion que lui offrait l'habilitation à légiférer par ordonnance pour trancher ces difficultés. En effet, ces questions touchent directement au financement d'acteurs essentiels de la procédure que sont les mandataires de justice et l'AGS. Au regard des enjeux qui se nichent derrière le contentieux actuel, il apparaît souhaitable d'apporter une réponse politique assumée plutôt que de se retrancher derrière une interprétation technique par la Cour de cassation de dispositions apparemment obscures. Enfin, il faut relever que, dans une certaine mesure, la bonne entente passée entre l'AGS et les mandataires de justice masquait paradoxalement la difficulté structurelle qui tient à la situation insatisfaisante de concours entre ces deux acteurs lorsque les

---

<sup>1767</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>1768</sup> C. com., art. L. 821-1.

<sup>1769</sup> C. com., art. L. 821-2.

<sup>1770</sup> Rapport Ricol préc., p. 36.

liquidités du débiteur sont insuffisantes. Dès lors, la querelle les opposant met en lumière de manière assez crue le fait que l'AGS est un créancier qui finance parfois les frais des mandataires de justice. Il faut donc envisager une réponse structurelle à ces difficultés.

§ 2 : Les réponses structurelles aux difficultés de payer les frais de justice

**474. Le *statu quo* ?** Le chiffre de 50 % de dossiers impécunieux, avancé par le rapport de M. Ricol<sup>1771</sup>, suscite une forme d'incrédulité. Ces affaires permettent néanmoins au professionnel de recouvrer une somme forfaitaire de 1 500 euros, voire de 1 200 euros en cas de procédure de rétablissement professionnel dans laquelle l'actif déclaré est inférieur à 1 000 euros<sup>1772</sup>. Par ailleurs, il est vrai qu'une liquidation judiciaire, ou surtout une procédure de rétablissement professionnel, peuvent ne présenter aucune difficulté. Il en va ainsi particulièrement si, en vertu de l'article L. 641-4 du code de commerce, le passif chirographaire n'a pas été vérifié, si le débiteur ne possède aucun actif à liquider et s'il n'emploie pas, ou très peu, de salariés. Dans ces conditions, l'indemnisation forfaitaire du mandataire de justice peut sembler en rapport avec les diligences accomplies. En revanche, la somme de 1 500 euros est absolument dérisoire lorsque la procédure est très complexe mais que, en raison par exemple de la présence de créanciers rétenteurs ou propriétaires, le mandataire de justice n'a pas pu percevoir le moindre honoraire. Du reste, le décalage entre les diligences accomplies et la rémunération perçue reste tout aussi problématique lorsque la réalisation d'actif a, par exemple, permis de récupérer à peine plus que la somme forfaitaire de 1 500 euros. Au-delà de la question des dossiers impécunieux, c'est surtout celle des dossiers non rentables qui se pose. Une réponse structurelle à ces situations semble devoir être envisagée.

Pourtant, aussi surprenant que cela puisse paraître, après avoir insisté sur les difficultés relatives au financement des mandataires de justice, il est possible de commencer par envisager de ne rien changer à la situation. Dans une certaine mesure, cette solution pourrait être justifiée au regard des rapports soulignant la confortable rémunération dont bénéficient en moyenne les mandataires de justice<sup>1773</sup>. Ainsi, la notion de juste rémunération de l'acte, chère au législateur de 2015, prend déjà en compte le fait que certaines tâches rémunératrices permettent la prise en charge des dossiers non rentables que les mandataires de justice n'ont pas le droit de refuser.

---

<sup>1771</sup> *Ibid.*, p. 9.

<sup>1772</sup> C. com., art. L. 663-3 et R. 663-41.

<sup>1773</sup> En ce sens : J. Attali (prés.), rapport préc., décision 214, p. 166 ; Rapport IGF préc., p. 8 ; R. Ferrand, *Professions réglementées. Pour une nouvelle jeunesse*, 2014, Synthèse.

Sur ce point, l’Autorité de la concurrence « reconnaît, dans la mesure où le législateur a fait le choix de procédures collectives accessibles à tout débiteur en difficultés, la nécessité d’une telle péréquation »<sup>1774</sup>. En somme, il s’agirait de soutenir que la péréquation est encore satisfaisante aujourd’hui.

Cette politique du *statu quo* pourrait avoir un sens mais à la seule condition que le nombre de professionnels reste en deçà d’un certain seuil qui permet de faire supporter une telle part de dossiers non rentables. D’ailleurs, la mise en place d’un corridor tarifaire, consistant à mettre des objectifs plancher et plafond pour la rémunération des professions réglementées, est une idée qui semble certes un peu étrange lorsqu’elle est appliquée à des professions avec clientèle. En revanche, elle paraît plus facile à pratiquer s’agissant des mandataires de justice qui reçoivent leur mission des tribunaux et pour lesquels il est plus simple de fixer des ordres de grandeur souhaitables en termes de rémunération. Autrement dit, si les effectifs de mandataires de justice augmentent dans des proportions limitées, le *statu quo* peut être paradoxalement une solution. Il est vrai que, pour le moment, le nombre de professionnels n’a pas augmenté de manière exponentielle. Toutefois, si les effets escomptés par la loi du 6 août 2015 se produisaient et que le nombre de mandataires de justice s’accroissait sensiblement, ne rien changer en matière de récupération des honoraires des mandataires de justice pourrait causer un problème d’une tout autre ampleur.

**475. Le caractère insatisfaisant d’une politique du *statu quo*.** En vérité, même si, dans certaines conditions, la politique du *statu quo* paraît économiquement envisageable, la solution reste en elle-même très insatisfaisante. Certes, il s’entend parfaitement que l’obligation faite de recourir aux mandataires de justice, à l’image de l’obligation de recourir aux officiers ministériels pour certains actes, justifie la prise en charge ponctuelle d’affaires non rentables. En revanche, faire assumer structurellement à des professionnels l’exercice de missions pour lesquelles ils ne pourront pas percevoir leurs honoraires semble contreproductif. D’une part, il est certes légitime d’attendre une forte implication et de solides compétences de la part de professionnels qui exercent une mission d’intérêt général et qui sont préservés de la logique concurrentielle du marché. Cependant, il reste certain que le professionnel, qui sait qu’il ne sera pas entièrement payé à la fin de la procédure, risque de ne pas s’investir pleinement dans sa mission. S’il existe des mécanismes de responsabilité professionnelle, voire des sanctions en

---

<sup>1774</sup> Aut. conc., Avis n° 15-A-02 du 9 janvier 2015 *relatif aux questions de concurrence concernant certaines professions juridiques réglementées*, n° 668, p. 103, bien qu’elle souligne que, ni la Chancellerie, ni les professionnels eux-mêmes ne sont en mesure de déterminer précisément le seuil de rentabilité des actes des professionnels, ou par dossier.

cas de manquements, faire reposer l'organisation d'une profession sur cette menace ne semble pas sain. D'autre part, le législateur a souhaité que le nombre de professionnels s'accroisse. Or, justifier la perception aléatoire des honoraires par une logique de péréquation fournit un argument aux partisans d'une maîtrise du nombre de mandataires de justice. En effet, si la profession doit assumer une part importante de missions non rentables, la nécessité de réguler le nombre d'entrants apparaît inévitable, sauf à revenir sur les strictes incompatibilités auxquelles les mandataires de justice sont soumis. C'est pourquoi d'autres solutions doivent être imaginées.

**476. Plan du paragraphe.** Plusieurs évolutions peuvent être imaginées afin d'assurer un financement plus pérenne de la profession. La réponse à apporter à cette question est éminemment politique et conduit obligatoirement à trancher entre des intérêts divergents. La présente étude n'a pour ambition que de présenter la diversité des pistes de réformes qui paraissent envisageables, chacune traduisant nécessairement des préférences idéologiques. Si le choix est fait de maintenir le statut des mandataires, une première solution consisterait à faire évoluer les modalités de financement des deux acteurs essentiels que sont l'AGS et les mandataires de justice (I). À défaut, d'autres modèles dont le financement serait radicalement différent pourraient être envisagés (II).

#### I. L'évolution des modalités de financement des acteurs de la procédure

**477. L'enjeu lié aux frais de conciliation.** Le contentieux entre l'AGS et les mandataires de justice a été l'occasion de soulever les difficultés causées par l'explosion des frais nées au cours des procédures amiables. Ont ainsi été pointés le caractère parfois excessif de ces frais et les difficultés tenant à la diminution de l'actif disponible qui en découle en cas d'ouverture d'une procédure collective<sup>1775</sup>. En d'autres termes, si les frais de conciliation assèchent la trésorerie du débiteur lors de la conciliation, les chances pour l'AGS de recouvrer les avances faites en procédure collective seront compromises. À cet égard, il convient de distinguer les frais liés à la rémunération du mandataire *ad hoc* ou du conciliateur et ceux liés à la rémunération des autres intervenants. Le rapport Ricol cite une étude du Tribunal de commerce de Nanterre montrant que, parmi les frais de procédure relatifs à six conciliations significatives, 6 % tenaient à la rémunération du conciliateur comparés aux 47 % pour les conseils de la société et 47 %

<sup>1775</sup> R. Ricol, rapport préc., p. 16.

pour le conseil des tiers<sup>1776</sup>. Il est vrai que les frais des mandataires de justice sont encadrés par l'article L. 611-14 du code de commerce qui dispose que le président du tribunal fixe la rémunération des mandataires de justice à l'ouverture de la procédure, l'article R. 611-47-1 précisant que leurs propositions de rémunération doivent être jointes à la demande d'ouverture de la procédure. Autrement dit, les juridictions ne doivent pas accepter des rémunérations excessives qu'elles sont en état de contrôler. Le rapport Ricol proposait, par ailleurs, d'encadrer les conventions d'honoraires ainsi que les commissions de succès de ces mandataires de justice<sup>1777</sup>.

La rémunération des conseils du débiteur et des créanciers pose davantage de difficultés. Lorsque le rapport Ricol a été rendu, l'article L. 611-16 du code de commerce disposait seulement qu'aucune clause ne pouvait mettre à la charge du débiteur plus de 75 % des honoraires du conseil auquel le créancier a fait appel dans le cadre des procédures amiables. Ce rapport, à la suite du rapport Richelme<sup>1778</sup>, relève d'ailleurs le fait que cette règle n'est pas toujours respectée<sup>1779</sup>. Sur cette question, le décret du 23 septembre 2021 a introduit dans le code de commerce un nouvel article R. 611-39-1 qui dispose qu'un état de l'intégralité des frais mis à sa charge doit être préparé par le débiteur, assisté par le conciliateur. Il doit comprendre la rémunération de tous les intervenants. Avant de constater ou d'homologuer l'accord, le président du tribunal ou le tribunal doit s'assurer du dépôt de cet état. Cet état peut être consulté notamment par le conciliateur, le tribunal ou le ministère public, ces derniers pouvant en prendre connaissance en cas d'ouverture ultérieure d'une procédure collective contre le débiteur. Ce dépôt ne joue donc qu'un rôle informatif limité. Le rapport Ricol avait préconisé que les créanciers puissent avoir accès à cet état. Surtout, il avait recommandé que, « *Dans le cas où les établissements bancaires mettent à la charge du débiteur des frais notamment d'avocats ou d'experts-comptables ou financiers, le débiteur doit pouvoir contester le cas échéant ces honoraires par le biais de la procédure de taxation d'honoraires auprès du bâtonnier de l'ordre des avocats compétent, du Président du Conseil Régional de l'Ordre concerné lorsqu'il s'agit d'experts-comptables inscrits à l'Ordre ou d'un juge taxateur pour tous les autres intervenants.* »<sup>1780</sup> Cette solution n'a pas été retenue par le pouvoir réglementaire. Si les difficultés tenant aux coûts excessifs des intervenants n'étaient pas réglées, une réponse plus contraignante consisterait à aligner le régime de ces frais sur celui des

---

<sup>1776</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>1777</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>1778</sup> (dir.) G. Richelme, Rapport de la mission « justice économique », févr. 2021, p. 31.

<sup>1779</sup> R. Ricol, rapport préc., p. 17.

<sup>1780</sup> *Ibid.*, p. 20.



mandataires de justice, c'est-à-dire à les soumettre à une autorisation du juge. Au-delà, c'est surtout la question de l'ordre des paiements qui a fait l'objet d'une crispation entre les acteurs de la restructuration des entreprises et ses conséquences sur le recouvrement des avances de l'AGS.

**478. Pallier la baisse du taux de recouvrement des avances de l'AGS.** Lors de la phase préparatoire à la rédaction de l'ordonnance du 15 septembre 2021, l'AGS a exprimé la crainte que son déclassement dans l'ordre des paiements remette en cause son équilibre financier en raison de la baisse du taux de recouvrement auquel elle s'apprêtait à faire face<sup>1781</sup>. Son rang a finalement été maintenu mais, comme cela a été expliqué, il faudra apprécier les conséquences dans le temps de la nouvelle rédaction de l'article L. 643-8 du code de commerce<sup>1782</sup>. Si l'équilibre financier de l'AGS s'avérait durablement compromis, une discussion s'imposerait sur les conséquences qui devraient en être tirées afin de rééquilibrer ses comptes. Au préalable, il faut rappeler que l'AGS est financée par des cotisations des employeurs<sup>1783</sup>. De plus, la connaissance de certains chiffres est nécessaire afin d'estimer l'ampleur exacte du problème. En prenant appui sur les rapports annuels de l'AGS, le rapport Ricol rappelle que les cotisations représentent 850 millions d'euros par an. En 2019, le montant de ses avances représentait une somme de 1,5 milliard d'euros pour 530 millions d'euros récupérés, ce qui correspond aux chiffres donnés pour la décennie 2010-2020 au cours de laquelle seuls 30 % du montant avancé dans les affaires relatives à des procédures ouvertes a été recouvré<sup>1784</sup>. Autrement dit, il semble manquer environ une centaine de millions d'euros afin que les cotisations annuelles couvrent toutes les avances nécessaires sur une année. De ce fait, le système ne semble pas tout à fait à l'équilibre et la situation pourrait se dégrader si l'AGS faisait face à une baisse sensible de ses ressources ou que les avances requises augmentaient.

Une première solution pourrait consister à augmenter les cotisations des employeurs afin de compenser les pertes. Il est certain qu'une telle proposition ferait l'objet d'un accueil hostile de la part des contributeurs. Surtout, elle semble à rebours des politiques de baisse du prix du travail justifiées par le souci de la compétitivité des entreprises.

Une seconde solution serait de diminuer les prestations fournies par l'AGS aux salariés. Le Gouvernement qui répondrait ainsi devrait alors assumer le rôle de fossoyeur du mécanisme

---

<sup>1781</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>1782</sup> V. *supra* n<sup>os</sup> 468 et s.

<sup>1783</sup> C. trav., art. L. 3253-18.

<sup>1784</sup> R. Ricol, rapport préc., p. 9.

de l'AGS, pourtant présenté comme le garant de la paix sociale<sup>1785</sup>. Une variante de cette approche consisterait à faire contribuer les salariés via une cotisation mensuelle d'un euro à l'AGS au même titre que l'employeur, voire « *une contribution solidaire d'un euro mensuelle par salarié à l'instar de ce qui est instauré dans le cadre de l'assurance maladie* »<sup>1786</sup>. L'apport au budget de l'AGS ne serait assurément pas négligeable. Sur une base d'une vingtaine de millions de salariés assujettis, la contribution annuelle serait de l'ordre de 240 millions d'euros par an, soit un rapport entre un quart et un tiers des cotisations des employeurs. Cependant, la proposition d'instaurer une cotisation salariale nécessiterait probablement de modifier l'article L. 3253-14 du code du travail qui dispose que l'assurance contre le risque de non-paiement des salaires est mise en œuvre par une association créée par les organisations nationales professionnelles d'employeurs représentatives. En effet, si les salariés étaient appelés à prendre une part significative au financement de l'AGS, il semblerait difficile de les exclure de l'institution gérant l'assurance compte tenu du paritarisme qui s'applique généralement en matière de protection sociale. Pour cette même raison, au regard des ordres de grandeur évoqués, l'idée d'une contribution solidaire, en ce qu'elle apparaît comme une contribution significative et sans association des salariés à la gestion, paraît difficilement envisageable.

Il reste une dernière solution qui consisterait à assurer une part du financement de l'AGS par l'impôt. La bonne gestion du budget de la nation est un impératif. Toutefois, l'opportunité de cette solution mériterait d'être débattue. Il pourrait ne s'agir que de compléter l'insuffisance de cotisation afin de faire face aux demandes d'avances. La somme serait loin d'être dérisoire, elle pourrait d'ailleurs s'aggraver en cas de multiplication des faillites liées à la situation économique. Cependant, le service rendu par l'AGS peut justifier qu'une part de son financement repose sur la solidarité nationale. Une autre solution radicale consisterait à financer la totalité du budget de l'AGS par l'impôt, ce qui reviendrait à un changement total de logique. Les tenants d'une politique de baisse des charges pour les entreprises y trouveraient leur compte mais encore faudrait-il convaincre de la légitimité d'une mesure qui grèverait sensiblement le budget de l'État.

---

<sup>1785</sup> T. Météyé, « La politique de labellisation de l'AGS : un partenariat gagnant-gagnant », *Rev. proc. coll.* 2018, dossier 12, n° 2, p. 104.

<sup>1786</sup> A. Boyer, *Protection des salariés et sauvetage de l'entreprise : quête d'un équilibre*, préf. D. Poracchia, PUAM, 2006, n° 211, p. 374.

En toute hypothèse, ces différentes solutions ne répondent pas à tous les cas dans lesquels les mandataires de justice ne peuvent pas percevoir la totalité de leur rémunération lorsque l'actif du débiteur est insuffisant pour payer l'AGS comme les mandataires de justice.

**479. Réviser le financement des dossiers impécunieux.** Il peut être reproché au système de rémunération des dossiers impécunieux de considérer seulement les fonds disponibles sans tenir compte des honoraires que le mandataire de justice aurait dû percevoir. Certains dossiers impécunieux ne nécessitent qu'un travail limité de la part des mandataires de justice de sorte que la rémunération forfaitaire reste en rapport avec les diligences accomplies. En revanche, dans d'autres dossiers, les mandataires de justice peuvent être amenés à fournir un travail sans proportion avec la somme forfaitaire perçue. Une solution pourrait consister à calculer les honoraires qui auraient dû être théoriquement perçus par le mandataire de justice et de financer cette part. À l'heure actuelle, la somme attribuée en cas de dossier impécunieux est prélevée sur une quote-part des intérêts servis par la Caisse des dépôts et consignations sur les fonds déposés au cours de la procédure en application des articles L. 622-18, L. 626-25 et L. 641-8 du code de commerce<sup>1787</sup>. Cette quote-part a pu varier de manière très significative. Toutefois, depuis l'arrêté du 27 avril 2017, elle culmine à 90 %. Par conséquent, le potentiel de financement par ce mécanisme semble avoir atteint son maximum. Une autre source de financement semble donc nécessaire. Le recours à l'impôt pourrait à nouveau se justifier. Les mandataires de justice contribuent au service public de la justice. Au regard de l'utilité de leur intervention, il semble envisageable de faire reposer, en cas de nécessité, une part du paiement des honoraires sur le budget de la nation.

**480. La mutualisation des coûts de l'intervention des mandataires de justice.** Une dernière solution pourrait encore consister à mutualiser, tout ou partie, des frais de procédure entre les entreprises. Une expérience de cet ordre, proposée par le Centre d'information sur la prévention des difficultés des entreprises, a été tentée en matière de prévention il y a une dizaine d'années<sup>1788</sup>. L'initiative, que le rapport Richelme propose d'ailleurs de relancer<sup>1789</sup>, consistait à permettre aux entreprises de souscrire une assurance couvrant les honoraires des professionnels (experts de crise, avocats, experts-comptables, mandataire *ad hoc* ou conciliateur) intervenant au cours d'une procédure amiable. Il avait été préconisé de conserver

<sup>1787</sup> C. com., art. L. 663-3.

<sup>1788</sup> A. Bricard et T. Montéran, « L'assurance Santé Entreprise : une garantie d'accès à la prévention », *Rev. proc. coll.* 2012, alerte 16, p. 3 ; T. Montéran, « Pour une cause nationale : Les CIP au secours des entreprises en difficulté », *BJE* mars 2014, n° 110y1, p. 120.

<sup>1789</sup> (dir.) G. Richelme, Rapport de la mission « justice économique », févr. 2021, p. 31.

un caractère facultatif à la souscription de cette assurance couvrant les frais des procédures amiables<sup>1790</sup>. En revanche, l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation étant obligatoire lorsque les conditions sont réunies, l'application de ce dispositif aux frais des mandataires de justice devrait être nécessairement obligatoire<sup>1791</sup>.

Que penser d'une telle mutualisation des frais de procédure entre les entreprises ? Le premier réflexe de ces dernières consisterait probablement à déplorer une charge supplémentaire. Est-il pour autant illégitime de faire peser sur elles collectivement les frais de justice ? Il est possible de penser le contraire dans la mesure où l'accès aux procédures collectives constitue un bénéfice global pour l'économie. D'une part, lorsque l'intervention du mandataire de justice est couronnée de succès, cela peut contribuer à éviter les difficultés en cascade d'autres entreprises. D'autre part, en cas de liquidation, l'intervention du mandataire de justice assure le paiement organisé des créanciers et le rebond de l'entrepreneur, ce dont bénéficient les entrepreneurs individuels ou les dirigeants de sociétés. Surtout, si l'ensemble des frais des mandataires de justice étaient pris en charge par ce mécanisme assurantiel, le taux de recouvrement des créances augmenterait d'autant pour les créanciers dont le désintéressement est empêché par le paiement des frais des mandataires de justice.

Une variante de cette approche consisterait à ne pas financer l'intégralité des honoraires des mandataires de justice par cette mutualisation. Le système actuel d'honoraires serait maintenu mais la part non recouvrée par les mandataires de justice le serait par la voie de la mutualisation. Les primes dues par les entreprises seraient moindres mais le taux de recouvrement pour les créanciers ne serait pas amélioré.

En définitive, diverses solutions peuvent être envisagées afin d'assurer un meilleur financement des frais de justice. Une autre voie, autrement plus radicale, consisterait à renoncer au statut des mandataires de justice tel qu'il a été historiquement construit, ce qui bouleverserait les enjeux tenant à l'équilibre économique de l'exercice de la profession.

---

<sup>1790</sup> F. Pérochon, « Coût, transparence et confidentialité de la prévention », *Rev. proc. coll.* 2014, dossier 3, n° 24, p. 79.

<sup>1791</sup> En revanche, la sauvegarde devrait être exclue de ce dispositif, la procédure étant volontaire et reposant, surtout, sur l'absence de cessation des paiements du débiteur. Les frais d'intervention des mandataires de justice pourraient être mutualisés au sein d'une assurance couvrant les frais des procédures amiables, si un tel dispositif était de nouveau proposé.

## II. L'hypothèse de l'abandon du modèle du mandat de justice

**481. Plan.** La question du financement de l'intervention des mandataires de justice se poserait en des termes absolument différents si le statut des mandataires de justice était abandonné. Il en irait ainsi en cas de levée des incompatibilités d'exercice (A). Une telle réforme, qui acterait la fin du modèle du mandat de justice à la française, ne réglerait toutefois pas la question des difficultés tenant à la prise en charge des procédures non rentables. À ce propos, il est possible d'évoquer les réponses retenues dans certains systèmes étrangers dont le traitement des difficultés est assuré par des agents publics (B).

### A. La levée des incompatibilités d'exercice

**482. L'équilibre de l'exercice de la profession en cas d'abandon des incompatibilités d'exercice.** Si la loi du 6 août 2015 n'a pas levé les incompatibilités d'exercice, un effet similaire résulte de l'interprofessionnalité permise avec les autres professionnels du droit et du chiffre. Du reste, la question prioritaire de constitutionnalité récemment posée au Conseil constitutionnel relative à l'exception ouverte aux administrateurs pouvant exercer la profession d'avocat a confirmé l'actualité de la question. Comme cela a été souligné précédemment, la levée des incompatibilités d'exercice poserait de sérieuses difficultés s'agissant de la garantie de l'indépendance des mandataires de justice qui exercent une mission d'intérêt général et qui peuvent être amenés à agir contre l'intérêt d'un débiteur ou des créanciers. Or, il n'est pas certain qu'un administrateur qui exercerait, par exemple, la profession d'expert-comptable ou d'avocat solliciterait l'extension de la procédure à un créancier qui pourrait être, par ailleurs, un client potentiel.

En revanche, il faut convenir que la levée des incompatibilités d'exercice dissiperait un grand nombre de difficultés relatives à l'équilibre économique de l'exercice de la profession. En effet, dans la mesure où les mandataires de justice auraient, par ailleurs, la possibilité de se constituer une clientèle, il n'y aurait plus de nécessité de leur assurer une garantie d'activité. Partant, l'accroissement des mandataires de justice voulu par le législateur ne poserait plus les mêmes problèmes car les professionnels insuffisamment désignés par les juridictions auraient la possibilité de se tourner vers l'exercice d'une autre profession. En somme, le mandat de justice serait appréhendé comme un secteur d'activité parmi d'autres pour des professionnels à

qui il incomberait d'équilibrer leurs revenus. Dans cette hypothèse, il faudrait encore s'interroger sur le sort des affaires non rentables qui continueraient à exister.

**483. Le sort des dossiers non rentables.** En l'état, l'équilibre économique de la profession veut que les dossiers ne permettant pas le paiement des diligences des mandataires de justice soient compensés par des affaires plus rémunératrices. Il n'est pas certain qu'un tel système s'apparentant à l'obligation d'instrumenter puisse être maintenu en cas de levée des incompatibilités d'exercice. En effet, imposer aux mandataires de justice de traiter ces dossiers s'entend lorsque cette charge s'inscrit dans une économie globale assurant un volume d'activité à des professionnels qui ne peuvent exercer aucune autre profession. De même, l'obligation d'instrumenter qui s'impose à d'autres professions comme les commissaires de justice ou les notaires trouve sa justification dans la compensation à trouver auprès d'autres clients. S'il était acté que le nombre de mandataires de justice excédait sensiblement le volume de mandats à distribuer, il n'est pas certain que le maintien de l'obligation de prendre en charge ces mandats soit aussi bien acceptée. Dans ces conditions, la compensation de ces dossiers non rentables ne tiendrait plus à d'autres affaires plus rentables mais à l'exercice d'une autre profession.

En somme, la question du sort à réserver aux dossiers pour lesquels le paiement des mandataires de justice n'est pas assuré continuerait à poser des difficultés en cas de levée des incompatibilités, ce qui montre les limites d'une réponse de cet ordre. À cet égard, il faut mentionner certains systèmes étrangers qui prévoient, dans ce type d'hypothèse, de confier le traitement de ces dossiers à des acteurs publics.

#### B. La prise en charge du traitement des difficultés par des acteurs publics

**484. Les exemples de traitement administratif de certaines procédures à l'étranger.** En prévoyant une indemnisation forfaitaire des mandataires de justice en cas d'impécuniosité du dossier, le droit français assure l'accès aux procédures collectives à tous les débiteurs, y compris ceux qui n'ont pas les ressources suffisantes afin de payer les frais de justice. Dans d'autres législations, les procédures peuvent être ouvertes sans recourir aux services d'une personne privée. Ainsi, aux États-Unis, en matière de liquidation judiciaire, la section 701, a, 2 du *US Bankruptcy Code* dispose que si aucun des professionnels inscrits sur la liste ne souhaite être désigné en qualité de liquidateur par intérim, le *US trustee*, qui est un fonctionnaire rattaché au

*Department of Justice*, est lui-même désigné liquidateur par intérim<sup>1792</sup>. De plus, la section 702, d précise que si aucun liquidateur définitif n'est élu lors de la réunion des créanciers, le liquidateur par intérim doit servir comme liquidateur définitif<sup>1793</sup>. De même, au Royaume-Uni, en application de *l'Insolvency Act 1986*, part. IV, par. 136,2, lorsqu'aucun liquidateur n'est désigné, un *official receiver*, qui est aussi un fonctionnaire attaché aux tribunaux compétents en matière de procédures collectives, est désigné liquidateur. Sur un plan similaire, en Suisse, l'article 237 de la Loi fédérale *sur la poursuite pour dettes et la faillite* dispose que l'assemblée des créanciers décide si la liquidation sera confiée à l'office des faillites, qui est un office public, ou à une administration spéciale composée d'une ou de plusieurs personnes de son choix<sup>1794</sup>. Le droit français pourrait également prévoir une prise en charge publique de certaines procédures, ce qui, du reste, a parfois été suggéré. L'hypothèse peut être discutée comme réponse aux dossiers non rentables.

**485. Les suggestions du rapport de l'IGF de 2013.** Le rapport de l'IGF de 2013 *sur les professions réglementées* proposait d'attribuer à la Direction générale des finances publiques ou aux URSSAF la liquidation de certains débiteurs en dessous de seuils similaires à ceux prévus aujourd'hui pour l'ouverture d'un rétablissement professionnel<sup>1795</sup>. Si les incompatibilités et les règles relatives aux conflits d'intérêts propres au statut de la fonction publique peuvent garantir en théorie l'indépendance des fonctionnaires<sup>1796</sup>, cette idée soulève un redoutable problème dans la mesure où ces deux entités sont des institutions quasi systématiquement créancières dans les procédures de liquidation. Par conséquent, si une telle idée devait être suivie, il faudrait veiller à assurer l'impartialité de ces acteurs se substituant aux mandataires de justice. Une option consisterait à confier cette mission à des personnes assimilées à des fonctionnaires mais dotées d'un statut spécial à l'image de celui de la magistrature ou des autorités administratives indépendantes. Il conviendrait évidemment de vérifier les compétences de ces professionnels, ce qu'un concours pourrait assurer.

Retirer la charge ces procédures aux mandataires de justice permettrait peut-être de résoudre le problème, que d'aucuns ont soulevé, tenant à l'absence de mandataires de justice

<sup>1792</sup> « *If none of the members of such panel is willing to serve as interim trustee in the case, then the United States trustee may serve as interim trustee in the case.* »

<sup>1793</sup> « *If a trustee is not elected under this section, then the interim trustee shall serve as trustee in the case.* »

<sup>1794</sup> Dans un registre différent, le droit italien prévoit une procédure d'administration extraordinaire applicable aux très grandes entreprises en difficulté pour lesquelles le gouvernement désigne un commissaire extraordinaire chargé de l'examen du passif et de la gestion de l'entreprise (Legge 27 ottobre 2008, n. 166, « *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 28 agosto 2008, n. 134, recante disposizioni urgenti in materia di ristrutturazione di grandi imprese in crisi* »).

<sup>1795</sup> Rapport IGF n° 2012-M-057-3 sur *Les professions réglementées*, t. 1, mars 2013, p. 27.

<sup>1796</sup> Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 *portant droits et obligations des fonctionnaires*, art. 25 et s.

disponible pour exécuter les missions auprès de certains tribunaux<sup>1797</sup>. Cependant, cette solution ne ferait pas nécessairement disparaître la difficulté tenant aux procédures complexes dans lesquelles l'actif ne suffit pas à payer les frais de procédure. En effet, s'il est possible d'identifier les procédures strictement impécunieuses, il est plus difficile de savoir par avance qu'une procédure ne sera pas impécunieuse mais que le mandataire de justice percevra une faible part de ses émoluments au regard des diligences accomplies. Par conséquent, ne confier que les dossiers impécunieux, qui peuvent être rentables, à un acteur public contribuerait peut-être même à une baisse du chiffre d'affaires des mandataires de justice. Comme cela a été indiqué, lorsque la liquidation nécessite très peu de diligences, la rémunération forfaitaire de 1 500 euros n'est pas toujours sans rapport avec le travail fourni<sup>1798</sup>. Si elle ne constitue assurément pas la perspective la plus probable, l'hypothèse consistant à confier plus globalement le traitement des difficultés à une autorité administrative a fait l'objet d'une étude doctrinale. Elle doit être évoquée afin d'envisager les conséquences qu'une telle évolution aurait sur l'équilibre économique de l'exercice de la profession.

**486. La proposition de Mme Gandhour de confier une partie du traitement des difficultés à une autorité administrative.** Le traitement des difficultés n'a jamais relevé de l'administration<sup>1799</sup>. Certes, en matière de surendettement, la commission de surendettement a des prérogatives étendues afin de préparer un plan de rééchelonnement de la dette ou prononcer un rétablissement personnel sans liquidation judiciaire. En revanche, lorsque le rétablissement personnel nécessite une liquidation des biens, la commission doit saisir le juge des contentieux de la protection afin que ce dernier désigne un liquidateur<sup>1800</sup>. Une thèse soutenue récemment a proposé de confier à une autorité administrative indépendante le traitement d'une partie du traitement des entreprises en difficulté<sup>1801</sup>. L'auteure ne va pas jusqu'à proposer de transférer la totalité des prérogatives des mandataires de justice à cette autorité administrative indépendante. Si M<sup>me</sup> Gandhour suggère de charger celle-ci du soin d'administrer la première phase du traitement des difficultés en établissant un diagnostic sur la situation de l'entreprise et en donnant une orientation sur le traitement des difficultés<sup>1802</sup>, elle ne remet pas en cause le fait qu'il incombe aux mandataires de justice d'exercer les actions en justice qui découlent de

<sup>1797</sup> V. *supra* n° 388.

<sup>1798</sup> V. *supra* n° 479.

<sup>1799</sup> Tout juste peut être évoquée une proposition de loi du début du XX<sup>e</sup> siècle proposant de créer un bureau des faillites et des liquidations judiciaires et aboutissant à intégrer les fonctions de syndic au sein de la fonction publique (B. Soinne, *Les mandataires de justice*, Litec, 2003, n° 3, p. 5).

<sup>1800</sup> C. conso., art. L. 742-1 et L. 742-14.

<sup>1801</sup> B. Ghandour, *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté*, préf. D. Voinot, LGDJ, 2018.

<sup>1802</sup> *Ibid.*, n° 487, p. 341 et n° 491, p. 344.



l'ouverture d'une procédure<sup>1803</sup>. Si le mérite de cette proposition peut être discuté s'agissant de l'organisation du traitement des difficultés, il faut souligner les grandes conséquences qu'elle aurait sur la question particulière du financement des frais de la procédure. En effet, elle bouleverserait l'économie actuelle du barème des mandataires de justice car ces derniers seraient privés d'une part significative de leur rémunération. Dans ces conditions, l'équilibre de l'exercice de l'activité serait sérieusement remis en cause. Un tel système ne peut fonctionner qu'en présence d'un nombre très limité de professionnels ou bien à la condition, à nouveau, que les incompatibilités d'exercice soient levées. À traiter de l'hypothèse d'une prise en charge du traitement des difficultés par un acteur public et de son financement, il faut terminer par évoquer l'hypothèse radicale consistant à confier la totalité des procédures collectives à des agents publics.

**487. Une réponse radicale : confier la totalité des procédures collectives à des agents publics.** Au regard du régime de contrôle auquel ont été soumis les mandataires de justice avec la loi du 25 janvier 1985, la fonctionnarisation des mandataires de justice aurait pu apparaître comme la conséquence radicale à tirer de la réforme du statut résultant de la loi du 25 janvier 1985. La défense de l'intérêt général ayant pris une place prépondérante dans la fonction des mandataires de justice, et le garde des sceaux ayant voulu soumettre les mandataires de justice à un contrôle similaire à celui des magistrats, confier le traitement des difficultés à une émanation étatique aurait pu présenter une forme de cohérence. Cependant, un tel changement serait une véritable révolution à contre-courant de l'Histoire de la profession de mandataire de justice. L'hypothèse peut néanmoins être discutée, ne serait-ce que pour réfléchir aux conséquences sur le financement des procédures collectives et le paiement des créanciers. Fonctionnariser les mandataires de justice représenterait assurément un coût pour le budget de l'État. En revanche, la logique de la rémunération de ces intervenants serait radicalement différente de celle des mandataires de justice. En effet, les acteurs de la restructuration percevraient désormais un salaire fixe suivant la grille de rémunération des fonctionnaires. Le traitement des procédures ne serait plus confié à des professionnels gérant des études et escomptant tirer un bénéfice de leur activité mais à des fonctionnaires avec un salaire déterminé. Par conséquent, le volume des frais associés au traitement des difficultés aurait un caractère plus fixe. Une contribution pourrait toujours être prélevée sur l'actif du débiteur, en cas d'ouverture de la procédure, afin que tout le financement ne relève pas de l'impôt. Cependant, le rang et le montant de ces frais de justice pourraient être relégués et modulés sans grande

---

<sup>1803</sup> *Ibid.*, n° 493, p. 344.

difficulté dans la mesure où les acteurs de la restructuration seraient, en toute hypothèse, payés sur le budget de l'État. En d'autres termes, une telle révolution dans le traitement des difficultés pourrait avoir notamment comme conséquence théorique un meilleur taux de recouvrement pour les créanciers. En somme, il s'agirait d'une réponse radicale au problème du financement des frais de justice mais au prix d'une révolution aux conséquences absolument incertaines. Bien d'autres solutions peuvent être privilégiées avant d'envisager d'abolir la profession de mandataires de justice. Évoquer cette hypothèse permettrait néanmoins d'aborder de manière aussi exhaustive que possible la question du financement du traitement des difficultés.

En définitive, de nombreuses propositions peuvent être formulées afin de répondre à la question de la prise en charge des frais de la procédure. Si le nombre de professionnels se maintenait à un niveau stable<sup>1804</sup>, une forme de *statu quo* pourrait être envisagée. Une telle solution laisserait cependant en suspens certaines des difficultés relatives à l'équilibre de l'exercice de la profession. Des réponses plus complètes peuvent être apportées à cette question mais, afin de savoir dans quel sens faire évoluer le financement du système, il semble indispensable de prendre position, au préalable, sur l'avenir du statut des mandataires de justice. Autrement dit, l'équilibre de l'exercice de la profession doit être pensé en déterminant si la finalité d'intérêt général de la mission des mandataires de justice justifie de maintenir le modèle d'une profession sans clientèle ou si d'autres objectifs doivent prévaloir, au risque d'affaiblir l'indépendance de ces professionnels.

---

<sup>1804</sup> Lors de la préparation de la loi du 6 août 2015, étaient dénombrés 118 administrateurs judiciaires et 306 mandataires judiciaires (R. Ferrand, *Professions réglementées. Pour une nouvelle jeunesse*, oct. 2014, n° 4.1.1.1, p. 43). Trois années après l'adoption de cette loi, étaient dénombrés 135 administrateurs judiciaires et 299 mandataires judiciaires (Rapport d'information n° 1454 du 29 novembre 2018 sur l'évaluation de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « loi Macron »). En 2019, étaient recensés 140 administrateurs judiciaires et 301 mandataires judiciaires.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 2

**488. La rémunération tarifaire des mandataires de justice.** À l'instar des officiers ministériels dans leur domaine de compétence, le recours aux mandataires de justice est obligatoire lorsqu'une procédure collective est ouverte. Le justiciable n'ayant pas le choix de recourir aux services de ces professionnels, il est logique que leur rémunération soit encadrée par un barème. En revanche, ce barème ne doit pas créer d'incitations contraires aux finalités de la procédure collective. Surtout, les mandataires de justice ne disposant pas de clientèle et étant soumis à de strictes incompatibilités d'exercice, il faut s'assurer que le barème qui leur est appliqué contribue à l'équilibre de l'exercice de la profession. Le nombre de mandataires de justice étant encore restreint aujourd'hui, ce point ne pose pas de difficultés, ce qui explique qu'une diminution des émoluments des mandataires de justice ait pu être décidée en application de la loi du 6 août 2015. Toutefois, cette dernière pourrait avoir pour effet, à long terme, d'accroître significativement le nombre de professionnels. Dans ce cas, la question du barème pourrait se poser à nouveau.

Par ailleurs, la question de la rémunération des mandataires de justice se pose également en raison de l'existence de dossiers impécunieux. Dans ces situations, l'AGS et les mandataires de justice se retrouvent en compétition sur les rares ressources à distribuer. Or, savoir qui des deux acteurs est prioritaire est un point qui reste à éclaircir, le Gouvernement n'ayant pas saisi l'occasion que lui offrait son habilitation à légiférer par ordonnance pour trancher l'incertitude en la matière. Derrière la question de la concurrence entre l'AGS et les mandataires, se joue plus globalement celle du financement des frais de justice et des éventuelles évolutions dont ce système pourrait faire l'objet. Quelle que soit la voie retenue, il n'est pas possible d'appréhender cette problématique sans réfléchir dans le même temps au futur du statut des mandataires de justice et, en particulier, des incompatibilités d'exercice.

## CONCLUSION DU TITRE 2

**489. La répartition des affaires entre les professionnels par décision de justice.** Contrairement aux professions libérales, les mandataires de justice n'ont pas de véritable clientèle mais reçoivent des missions en vertu de décisions de justice. En raison des strictes incompatibilités d'exercices auxquels ils sont soumis, cette modalité de désignation pourrait conduire à ce qu'un professionnel n'ait aucune activité s'il n'est jamais désigné par les tribunaux. En réponse, la Cour de cassation veille à ce qu'un minimum de mandats soit distribué lorsque l'activité du tribunal le permet. Cette forme de garantie d'activité ne doit toutefois pas empêcher les tribunaux de choisir les mandataires de justice selon leurs mérites individuels. Il est donc normal qu'ils confient les affaires les plus difficiles, qui nécessitent des moyens matériels mais aussi des compétences particulières, aux professionnels qui ont démontré une efficacité particulière. À l'inverse, il est envisageable d'appliquer une procédure de radiation pour insuffisance professionnelle aux mandataires de justice qui, s'ils ne commettent pas de fautes, offrent des services qui ne sont pas au niveau attendu de professionnels intervenant dans un domaine aussi sensible que celui des procédures collectives. Par ailleurs, le bon déroulement d'une procédure reposant notamment sur la collaboration des parties concernées, il peut être également légitime d'éclairer le choix du tribunal en recueillant l'avis des créanciers ou du débiteur, pourvu que l'indépendance des mandataires de justice ne soit pas de ce fait remise en cause.

Si les honoraires des mandataires de justice sont encadrés par un barème tarifaire, établir la juste rémunération de ces professionnels nécessite aussi de traiter la question des dossiers non rentables en l'absence d'actifs suffisants. À cet égard, la concurrence qui s'opère entre l'AGS et les mandataires de justice sur l'actif à distribuer amène à une situation insatisfaisante. Elle pose plus largement la question de l'équilibre économique de l'exercice de la profession.

## CONCLUSION DE LA PARTIE 3

**490. Le statut d'une profession concourant à la poursuite de l'intérêt général.** Les mandataires de justice appartiennent à une profession réglementée sans clientèle et soumise à de strictes incompatibilités d'exercice. Cette spécificité résulte d'une contingence historique. D'une part, la désignation des syndics par les assemblées de créanciers produisait de mauvais résultats, ce qui a amené le législateur à confier aux tribunaux le soin de désigner ces professionnels. D'autre part, à rebours de l'auto-organisation originelle des professions libérales, celle de mandataire de justice a été façonnée par les juridictions consulaires. Or, ces dernières ont favorisé l'exercice exclusif de cette profession afin de garantir la qualité des prestations fournies par les mandataires de justice. Ces caractéristiques ont contribué à assurer l'indépendance des mandataires de justice au regard des intérêts en présence dans la procédure. Cette indépendance, que leur garantissait leur statut, a permis une transition sans grandes difficultés d'une mission exercée dans l'intérêt des créanciers à une mission poursuivant l'intérêt général lorsque la loi du 25 janvier 1985 a bouleversé la hiérarchie des intérêts.

Toutefois, ce statut présente l'inconvénient de faire échapper les mandataires de justice à la logique concurrentielle à laquelle les autres professions réglementées sont soumises. La loi du 6 août 2015 a encouragé l'accroissement du nombre de mandataires de justice et l'interprofessionnalité avec les autres professions du droit ou du chiffre. Ces évolutions interrogent sur la viabilité du statut des mandataires de justice. Le législateur est libre de donner la priorité à d'autres objectifs que celui qui consiste à garantir la plus forte indépendance possible des mandataires de justice. Il doit néanmoins avoir conscience des conséquences des évolutions du statut qu'il a initiées. En favorisant le rapprochement des mandataires de justice avec les autres professions réglementées, le législateur a exposé les premiers à de possibles conflits d'intérêts qui n'existaient pas auparavant. De plus, si le nombre de professionnels augmentait de manière significative, le principe d'un exercice exclusif de la profession pourrait devenir économiquement impossible. En somme, ces évolutions pourraient conduire à l'abandon du statut singulier des mandataires de justice. Leurs fonctions seraient alors exercées par des professionnels non soumis à un statut spécialement réglementé pour cette mission. Par conséquent, il incomberait au législateur de redoubler d'efforts afin de s'assurer que les règles régissant le mandat de justice dans les procédures collectives permettent encore aux professionnels d'exécuter ces missions conformément à leur finalité d'intérêt général.



## CONCLUSION GÉNÉRALE

**491. Des auxiliaires au service de la justice.** Au terme de la présente étude, la pertinence de la scission des fonctions et des professions d'administrateur et de mandataire judiciaire opérée par la loi du 25 janvier 1985 est remise en cause. Selon le législateur, le bouleversement des objectifs des procédures collectives justifiait de scinder les fonctions de l'ancien en raison des conflits d'intérêts qui résultaient de la représentation simultanée du débiteur et de ses créanciers. En examinant les fonctions des mandataires de justice, cette référence à la représentation s'est avérée erronée. Davantage que des représentants des personnes affectées par la procédure, les mandataires de justice sont apparus être des auxiliaires au service de la justice. Autrement dit, par leur mission, les mandataires de justice participent à la défense de l'intérêt général. Par conséquent, si leur statut peut être amené à évoluer, garantir leur indépendance vis-à-vis du débiteur ou des créanciers doit demeurer un objectif prioritaire. Les grandes étapes ayant conduit à cette affirmation peuvent être retracées.

**492. Le mandataire judiciaire ne représente pas les créanciers.** Le mandataire judiciaire peut difficilement être qualifié de représentant des créanciers. Les conséquences des actions qu'il intente comme l'analyse technique de son droit d'agir conduisent à réfuter cette qualification. Le mandataire judiciaire est certes habilité, en vertu de l'article L. 622-20 du code de commerce, à agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers. Cependant, la défense de cet intérêt collectif ne profite pas nécessairement aux créanciers. Au gré des définitions retenues par la Cour de cassation, l'intérêt collectif des créanciers s'est révélé être davantage un outil mobilisé afin de favoriser le bon fonctionnement de la procédure que le paiement le plus complet possible des créanciers. Surtout, depuis la réforme du 25 janvier 1985, le fruit des actions intentées sur ce fondement intègre le patrimoine du débiteur et alimente par conséquent la trésorerie de l'entreprise. En l'absence de règles rendant indisponibles les sommes ainsi récoltées, le produit de ces actions permet au moins autant d'assurer le sauvetage de l'activité que le paiement des créanciers.

L'article L. 622-20 du code de commerce précise que le mandataire judiciaire est seul habilité à défendre l'intérêt collectif des créanciers, sous réserve d'une carence de sa part qui ouvre l'exercice d'une action au créancier contrôleur. L'analyse technique de ce monopole renforce l'idée selon laquelle la qualification de représentant appliquée au mandataire judiciaire doit être rejetée. Sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, seul le syndic pouvait agir dans l'intérêt de la masse des créanciers, ce qui n'empêchait pas les créanciers de pouvoir exercer

une action dite *ut singuli* en cas de carence du syndic. À la suite de l'adoption de la loi du 25 janvier 1985, la Cour de cassation a jugé que les créanciers n'avaient plus le droit d'exercer cette action dite *ut singuli* ouverte en cas de carence du mandataire judiciaire. Les créanciers ont ainsi perdu l'une des rares prérogatives qui leur permettaient une forme de contrôle de l'action de leur prétendu représentant. Seule la référence à la qualité à agir, à laquelle renvoie l'article L. 622-20 du code de commerce, peut expliquer cette solution. Contrairement au syndic, le mandataire judiciaire n'exerce plus un pouvoir de représentation, au sens de l'article 117 du code de procédure civile, mais dispose d'une habilitation à agir dans un intérêt déterminé, à savoir l'intérêt collectif des créanciers, au sens de l'article 31 *in fine* du code de procédure civile. En mentionnant qu'il a seul qualité à agir, le législateur lui a, en outre, réservé l'exercice de cette action, faisant de cette dernière une action attitrée, au sens de l'article 31 du code de procédure civile. C'est la combinaison de ces deux caractères, action attitrée et dans un intérêt déterminé, qui explique le monopole du mandataire judiciaire. Sur le plan procédural, le mandataire judiciaire ne peut donc plus être qualifié de représentant des créanciers, ce qui est pour le moins paradoxal au regard des objectifs du législateur.

**493. L'administrateur judiciaire ne représente pas le débiteur.** Alors que le sauvetage de l'entreprise a été hissé au sommet de la hiérarchie des intérêts de la procédure par la loi du 25 janvier 1985, l'administrateur n'a pas été techniquement habilité à défendre l'intérêt de l'entreprise. Outre les actions spécifiques aux procédures collectives pour lesquelles il est spécialement habilité à agir, il peut seulement être amené à exercer les droits du débiteur. Il en résulte une plus grande efficacité de l'action intentée par le mandataire judiciaire que par l'administrateur, celle-ci étant conditionnée par la Cour de cassation à l'existence d'un préjudice du débiteur distinct de celui subi collectivement par les créanciers. Ce constat est pour le moins paradoxal car le fruit de l'action du mandataire judiciaire, comme de l'administrateur, intègre le patrimoine du débiteur. À nouveau, la nécessité de scinder les fonctions doit être alors relativisée.

Sur le plan technique, l'administrateur n'exerce pas davantage une mission de représentation que le mandataire judiciaire. En effet, s'il est habilité à exercer les droits du débiteur, il peut être amené à agir au détriment de ce dernier. Il en va ainsi, en particulier, lorsqu'il exerce une mission, mal nommée par l'article L. 631-14 du code de commerce, de représentation et qu'il prépare une cession de l'entreprise. Ses prérogatives peuvent alors l'amener à agir au détriment du débiteur, ce qui contredit l'idée selon laquelle l'administrateur représenterait ce dernier. En vérité, lorsque l'administrateur exerce les droits du débiteur, la



fonction du premier tend surtout à la conservation du patrimoine du second. Cette mission place alors l'administrateur dans la position d'un gardien dont l'intervention sert à cristalliser une situation davantage qu'à la défense d'un intérêt en particulier au détriment d'un autre.

**494. Les actions spécifiques aux procédures collectives constituent des habilitations des mandataires de justice à exercer une forme de police de la vie des affaires.** La scission des fonctions des mandataires de justice a conduit à appréhender l'ensemble de leurs actions au prisme de la défense des personnes affectées par la procédure. Pourtant, les actions spécifiques aux procédures collectives, qui sont des habilitations spéciales à agir, relèvent d'une logique étrangère à la défense des intérêts du débiteur ou des créanciers. Ainsi, lorsqu'ils sollicitent des sanctions pénales ou professionnelles, les mandataires de justice n'agissent pas en défense des intérêts en présence mais agissent comme des auxiliaires du ministère public. De même, si les actions en extension, en responsabilité pour insuffisance d'actif ou en nullité des actes passés durant la période suspecte peuvent contribuer à augmenter le gage commun des créanciers, ces actions participent avant tout d'une forme de police de la vie des affaires. C'est ce qui explique que les mandataires de justice puissent être amenés à exercer ces actions au détriment des intérêts dont ils ont prétendument la charge lorsque la bonne administration de la procédure le commande.

**495. Les mandataires de justice sont respectivement habilités à se substituer au débiteur ou aux créanciers dans l'intérêt de l'entreprise.** Depuis la loi du 25 janvier 1985, le sauvetage de l'entreprise est devenu l'objectif prioritaire de la procédure collective. Si la scission des fonctions a conduit à habiliter le mandataire judiciaire à défendre l'intérêt collectif des créanciers et l'administrateur à exercer les droits du débiteur, le produit de toutes ces actions profite à l'entreprise aussi longtemps qu'un plan de continuation peut être encore arrêté. Les limites à l'appréhension des fonctions des mandataires de justice au prisme de la défense des intérêts des personnes affectées par la procédure s'expliquent alors par le fait que, sur un plan technique, les mandataires de justice sont habilités à se substituer au débiteur ou aux créanciers dans une finalité d'intérêt général, à savoir le sauvetage de l'activité. Le recours à la notion de substitution permet ainsi de comprendre pourquoi les mandataires de justice peuvent exercer les droits d'autrui, sans son consentement, et sans que leur action suive le régime de la représentation.

**496. Les mandataires de justice exercent des fonctions d'assistance du tribunal.** Au-delà des droits et actions en justice qu'ils mettent en œuvre, les mandataires de justice exercent une mission d'intérêt général en apportant leur concours au tribunal. Ainsi, lorsqu'ils contribuent à

la recherche de la solution à apporter aux difficultés du débiteur, en préparant un plan de continuation ou en cherchant un repreneur, et lorsqu'ils participent à l'exécution de la solution retenue par le tribunal, les mandataires de justice agissent comme des auxiliaires au service de la justice davantage que des personnes affectées par la procédure. C'est ce qui explique que, en dépit de la qualité de partie qui leur est reconnue, leur régime de responsabilité suit davantage celui des experts apportant leur concours aux juridictions que celui encadrant l'exercice d'une action en justice. De même, si la Cour de cassation a pu reconnaître, pour une raison d'opportunité, la qualité de partie au mandataire judiciaire dans la procédure de vérification des créances, ce dernier procède à l'instruction de la demande du créancier, afin de faciliter l'office du juge, davantage qu'il ne défend un des intérêts en présence.

En somme, l'étude des fonctions des mandataires de justice a montré que ces derniers concourent à une mission d'intérêt général, ce dont il convient de tenir compte dans l'examen du statut des mandataires de justice.

**497. Le modèle français du mandat de justice à la croisée des chemins.** Les mandataires de justice étant amenés à agir au détriment du débiteur ou des créanciers, leur statut doit garantir leur indépendance vis-à-vis de ces intérêts. À cet égard, l'absence de clientèle et la soumission à de strictes incompatibilités d'exercice qui caractérisent le modèle français du mandat de justice constituent de remarquables atouts. Si ces traits singuliers ont pour conséquence de limiter le libre jeu de la concurrence qui s'opère entre professionnels, ils ont aussi pour contrepartie de légitimer une soumission à un contrôle plus fort de la part de l'autorité publique que celui qui s'applique aux autres professions réglementées. Du reste, la présente étude a été l'occasion de proposer d'introduire une procédure de radiation pour insuffisance professionnelle qui aurait pour finalité d'évincer les professionnels dont le travail ne donnerait pas satisfaction.

La particularité du statut des mandataires de justice a toutefois été remise en cause par la loi du 6 août 2015. Cette réforme a notamment créé des sociétés pluri-professionnelles d'exercice au sein desquelles les mandataires de justice peuvent être associés à d'autres professions libérales qui disposent d'une véritable clientèle, ouvrant ainsi la voie à de possibles conflits d'intérêts qui n'existaient pas auparavant. Il s'entend que le législateur puisse se donner comme objectif de favoriser l'émergence de structures à même de proposer un service juridique global répondant à l'aspiration de certains acteurs à un service dit de guichet unique. Une telle orientation conduirait néanmoins à renoncer à la forte garantie d'indépendance qu'assure le modèle français, au moment même où les institutions européennes invitent à une harmonisation

des statuts des praticiens de l'insolvabilité, promouvant notamment l'indépendance de ces professionnels.

De plus, la loi du 6 août 2015 a créé les conditions d'une augmentation significative du nombre de mandataires de justice inscrits sur les listes. Quelques années après l'entrée en vigueur de la réforme, les effectifs sont toutefois restés assez stables. L'hypothèse d'un fort accroissement du nombre de professionnels amènerait cependant à repenser l'équilibre économique de l'exercice de la profession ainsi que le modèle de financement de l'intervention des mandataires de justice.

**498. La perspective d'un retour à une profession unique.** La présente étude a montré que le bouleversement de la hiérarchie des intérêts issu de la loi du 25 janvier 1985 ne justifiait pas la scission des fonctions des mandataires de justice et posait parfois de redoutables difficultés du fait de la concurrence des droits d'agir des deux mandataires de justice. Par conséquent, le retour à une fonction et une profession unique doit être envisagé. Cette évolution aurait pour vertu de permettre à tout débiteur soumis à une procédure collective de bénéficier de l'assistance d'un professionnel de la restructuration afin de préparer un plan de continuation, lorsque les conditions d'une poursuite de l'activité sont encore réunies. En effet, en l'état du droit positif, seuls les débiteurs qui disposent des moyens de financer le coût de l'intervention d'un administrateur judiciaire profitent de son action.

Ce retour à une fonction unique devrait conduire logiquement au rétablissement d'une profession unique. Il faut pourtant se rappeler que l'un des objectifs défendus par M. Badinter était de faire émerger une profession singulière d'administrateur<sup>1805</sup>. À cet égard, la scission des professions a effectivement conduit à une spécialisation des praticiens ayant développé des compétences distinctes. Cette évolution ne devrait pourtant pas interdire le retour à une profession unique pourvu que la spécialisation des mandataires de justice soit conservée. Pour les procédures qui ne présentent pas de grandes difficultés, tous les professionnels devraient être alors en mesure d'exercer les prérogatives de l'actuel mandataire judiciaire, tout en accompagnant le débiteur dans la préparation d'un plan de continuation. Il ne s'agirait, en vérité, que de pérenniser les dispositions qui ont été retenues pour la procédure de traitement de sortie de la crise sanitaire. En revanche, pour les procédures complexes, le recours au mandat permettrait aux juridictions de désigner un professionnel spécialisé selon la difficulté

---

<sup>1805</sup> Interv. R. Badinter, *JO déb. Ass. nat.* 5 avr. 1984, discussion générale, p. 1182.

des tâches à accomplir, qu'il s'agisse par exemple de rechercher une solution aux difficultés ou de procéder à des opérations de liquidation complexes.

En somme, si la profession de mandataire de justice peut être amenée à connaître des évolutions importantes dans les années à venir, abandonner le modèle français du mandat de justice aurait des conséquences importantes. La nécessaire indépendance dont ces professionnels doivent bénéficier pourrait être structurellement remise en cause, ce dont il faut tenir compte avant d'envisager de renoncer à ce statut.

# BIBLIOGRAPHIE

## I. Ouvrages généraux, traités et manuels

- Alfandari (E.)**, *Droit des affaires*, Litec, 1993.
- Argenson (J.) et Toujas (G.)**, *Règlement judiciaire, liquidations de biens et faillite*, Librairies techniques, 4<sup>e</sup> éd., 1973.
- Bacache-Gibeli (M.)**, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle. Droit commun et régimes spéciaux*, t. 5, Economica, 4<sup>e</sup> éd., 2021.
- Bédarride (J.)**, *Traité des faillites et banqueroutes, ou Commentaire de la loi du 28 mai 1838*, t. 2, Durand, 1862.
- Bonhomme (R.) et Roussille (M.)**, *Instruments de crédit et de paiement. Introduction au droit bancaire*, LGDJ, 14<sup>e</sup> éd., 2021.
- Bourassin (M.) et Brémond (V.)**, *Droit des sûretés*, Sirey, 7<sup>e</sup> éd., 2020.
- Cadiet (L.) et Jeuland (E.)**, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, 11<sup>e</sup> éd., 2020.
- Camberlin (E.) et Camberlin (P.)**, *Manuel pratique des tribunaux de commerce, à l'usage des magistrats, des justiciables, des officiers ministériels et des divers auxiliaires de la juridiction commerciale*, A. Chevalier-Marescq et C<sup>ie</sup>, 1903.
- Chainais (C.), Ferrand (F.), Mayer (L.) et Guinchard (S.)**, *Procédure civile : droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Dalloz, 36<sup>e</sup> éd., 2022.
- Coquelet (M.-L.)**, *Entreprises en difficulté. Instruments de paiement et de crédit*, Dalloz, 7<sup>e</sup> éd., 2022.
- Cornu (G.) et Foyer (J.)**, *Procédure civile*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 1996.
- Cozian (M.), Viandier (A.) et Deboissy (F.)**, *Droit des sociétés*, LexisNexis, 35<sup>e</sup> éd., 2022.
- Delebecque (P.), Binctin (N.) et Andreu (L.)**, *Effets de commerce et entreprises en difficulté*, Traité de droit des affaires, t. 4, LGDJ, 18<sup>e</sup> éd., 2018.
- Derrida (F.), Godé (P.), Sortais (J.-P.)** avec la collaboration de **Honorat (A.)**, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 1991.
- Desportes (F.) et Lazerges-Cousquer (L.)**, *Traité de procédure pénale*, Economica, 4<sup>e</sup> éd., 2015.
- Donnier (M.) et Donnier (J.-B.)**, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, LexisNexis, 10<sup>e</sup> éd., 2020.
- Fabre-Magnan (M.)**, *Droit des obligations. Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, 5<sup>e</sup> éd., 2021.
- François (J.)**, *Les obligations. Régime général*, Economica, 5<sup>e</sup> éd., 2020.
- Glasson (E.) et Tissier (A.)**, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, t. I, Sirey, 1925.
- Guinchard (S.) et Moussa (T.)**, *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2022.
- Gutmann (D.)**, *Droit fiscal des affaires*, Montchrestien, 12<sup>e</sup> éd., 2021.
- Héron (J.), Le Bars (H.) et Salhi (K.)**, *Droit judiciaire privé*, LGDJ, 7<sup>e</sup> éd., 2019.
- Hilaire (J.)**, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, 1986.
- Jacquemont (A.), Borga (N.) et Mastrullo (T.)**, *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis, 11<sup>e</sup> éd., 2019.
- Jeuland (E.)**, *Droit processuel*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2018.
- Laurens (J.-L.)**, *Traité des faillites et banqueroutes*, Paris, chez l'auteur, 1806.
- Le Cannu (P.) et Robine (D.)**, *Droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2020.
- Le Cannu (P.) et Dondero (B.)**, *Droit des sociétés*, Lextenso, 9<sup>e</sup> éd., 2022.
- Le Corre (P.-M.)**, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., 2020.
- Legeais (D.)**, *Opérations de crédit*, Litec, 2<sup>e</sup> éd., 2018.

- Lienhard (A.)**, *Procédures collectives : prévention et conciliation, sauvegarde, sauvegarde accélérée, redressement judiciaire, liquidation judiciaire, rétablissement professionnel, sanctions, procédure*, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2020.
- Lucas (F.-X.)**, *Manuel de droit de la faillite : prévention, restructuration, liquidation*, PUF, 3<sup>e</sup> éd., 2021.
- Lyon-Caen (C.) et Renault (L.)**, *Traité de droit commercial. Des faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires*, t. VII, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 1914.
- Lyon-Caen (C.) et Renault (L.)**, avec la collab. d'**Amiaud (A.)**, *Manuel de droit commercial*, LGDJ, 15<sup>e</sup> éd., 1928.
- Lyon-Caen (G.)**, *Manuel de droit du travail et de la sécurité sociale*, LGDJ, 1955.
- Marty (G.), Jestaz (P.) et Raynaud (P.)**, *Droit civil, Les obligations, t. 2, Le régime*, Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 1989.
- Moussa (T.)** (dir.), *Droit de l'expertise*, Dalloz, 2020.
- Percerou (J.)**, avec la collaboration de **Desserteaux (M.)**, *Des faillites & banqueroutes et des liquidations judiciaires*, Rousseau et C<sup>ie</sup>, 2<sup>e</sup> éd., 1935.
- Pérochon (F.)**, *Entreprises en difficulté*, 10<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014.
- Perrot (R.)**, *Institutions juridictionnelles*, LGDJ, 19<sup>e</sup> éd. par **Beignier (B.) et Miniato (L.)**, 2022.
- Pétel (P.)**, *Procédures collectives*, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2021.
- Renouard (A.-C.)**, *Traité des faillites et banqueroutes*, Guillaumin, 3<sup>e</sup> éd., 1857.
- Rochfeld (J.)**, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, 2<sup>e</sup> éd., 2013.
- Saint-Alary-Houin (C.)**, avec le concours de **Monsérié-Bon (M.-H.) et Houin-Bressand (C.)**, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, 12<sup>e</sup> éd., 2020.
- Soinne (B.)**, *Les mandataires de justice*, Litec, 2003.
- Soinne (B.), Menjucq (M.) et Saintourens (B.)** (dir.), *Traité des procédures collectives*, LexisNexis, 3<sup>e</sup> éd., 2021.
- Solus (H.) et Perrot (R.)**, *Droit judiciaire privé, Introduction, Notions fondamentales, Organisation judiciaire*, t. 1, Sirey, 1961.
- Starck (B.), Roland (H.) et Boyer (L.)**, *Les obligations, t. 3, Régime général*, Litec, 4<sup>e</sup> éd., 1992.
- Terré (F.), Simler (P.), Lequette (Y.) et Chénéfé (F.)**, *Les obligations*, Dalloz, 13<sup>e</sup> éd., 2022.
- Vallansan (J.)** (dir.), avec la collab. de **Cagnoli (P.) et Fin-Langer (L.)**, *Difficultés des entreprises : commentaire article par article du livre VI du Code de commerce*, LexisNexis, 6<sup>e</sup> éd., 2012.
- Vallansan (J.)** (dir.), avec la collab. de **Fin-Langer (L.)**, *Guide des procédures collectives : 2020-2021*, LexisNexis, 2020.
- Verdier (J.-M.)**, *Syndicats et droit syndical*, t. 5, 1<sup>er</sup> vol., 2<sup>e</sup> éd., in (dir.) G.-H. Camerlynck, *Traité de droit du travail*, Dalloz, 1987.
- Viney (G.)**, *Introduction à la responsabilité civile*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2019.
- Viney (G.), Jourdain (P.) et Carval (S.)**, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., 2013.
- Wahl (A.)**, *Précis théorique et pratique de droit commercial*, Librairie de la société du Recueil Sirey, 1922.
- Waline (M.)**, *Traité élémentaire de droit administratif*, Sirey, 6<sup>e</sup> éd., 1950.

## II. Ouvrages spéciaux, thèses et monographies

- Azencot (M.)**, *L'intervention du juge dans la gestion des sociétés commerciales*, th. Paris 2, 1979.
- Azevedo (R.)**, *Le caractère collectif des procédures collectives*, avant-propos F. Pérochon, préf. F.-X. Lucas, LGDJ, 2021.

- Ballot-Léna (A.)**, *La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun*, préf. P. Dubois, LGDJ, 2008.
- Balzac (H. de)**, *Histoire de la grandeur et de la décadence de César Birotteau in La comédie humaine, Études de mœurs : scènes de la vie parisienne* (éd. publ. dir.) de P.-G. Castex, t. VI, Gallimard, coll. Bibliothèque de la Pléiade, 1977.
- Baruchel (N.)**, *La personnalité morale en droit privé. Éléments pour une théorie*, préf. B. Petit, LGDJ, 2004.
- Baudron (A.-M.)**, *La suspension provisoire des poursuites et l'apurement collectif du passif selon l'ordonnance du 23 septembre 1967*, préf. C. Gavalda, LGDJ, 1972.
- Bézert (A.)**, *Les effets de l'extension de la procédure collective pour confusion des patrimoines*, préf. P. Pétel, LGDJ, 2021.
- Bloch (C.)**, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, avant-propos P. Le Tourneau, préf. R. Bout, Dalloz, 2008.
- Boré (L.)**, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, préf. G. Viney, LGDJ, 1997.
- Borelly (C.)**, *La notion juridique d'entreprise en droit des procédures collectives*, th. Montpellier, 2004.
- Boustani (D.)**, *Les créanciers postérieurs d'une procédure collective confrontés aux enjeux du droit des entreprises en difficulté*, préf. P.-M. Le Corre, LGDJ, 2015.
- Boy (L.)**, *L'intérêt collectif en Droit français : réflexions sur la collectivisation du Droit*, th. Nice, 1979.
- Boy (L.), Guillaumond (R.), Jeammaud (A.), Jeantin (M.), Pages (J.) et Pirovano (A.)**, *Droit des faillites et restructuration du capital*, PUG, 1982.
- Boyer (A.)**, *Protection des salariés et sauvetage de l'entreprise : quête d'un équilibre*, préf. D. Poracchia, PUAM, 2006.
- Brenner (C.)**, *L'acte conservatoire*, préf. P. Catala, LGDJ, 1999.
- Brunet (A.)**, *Masse des créanciers et créanciers de la masse*, th. Nancy, 1973.
- Cabrillac (R.)**, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, préf. P. Catala, LGDJ, 1990.
- Cagnoli (P.)**, *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, dir. J. Héron, préf. T. Le Bars, LGDJ, 2002.
- Camensuli-Feuillard (L.)**, *La dimension collective des procédures civiles d'exécution. Contribution à la notion de procédure collective*, préf. Y. Desdevises, Dalloz, 2008.
- Carrié (H.)**, *De la masse des créanciers dans la faillite et la liquidation judiciaire*, th. Montpellier, 1926.
- Carval (S.)**, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, préf. G. Viney, LGDJ, 1995.
- Cerati-Gauthier (A.)**, *La société en procédure collective et son associé : entre indépendance et influence*, préf. J. Mestre, PUAM, 2002.
- Chassagnon (A.)**, *L'administrateur provisoire de sociétés commis par justice*, th. Paris, 1954.
- Chatain-Autajon (L.)**, *La notion de fonds en droit privé*, préf. P. Mousseron, Litec, 2006.
- Contin (R.)**, *Le contrôle de la gestion*, préf. R. Percerou, Librairies techniques, 1975.
- Couturier (G.)**, *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, préf. J.-P. Haehl, LGDJ, 2013.
- Derrida (F.), Godé (P.) et Sortais (J.-P.)**, avec la collaboration de **Honorat (A.)**, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 1991.
- Despax (M.)**, *L'entreprise et le droit*, avant-propos H. Solus, préf. G. Marty, LGDJ, 1957.
- Devinck (F.)**, *Pratique commerciale et recherches historiques sur la marche du commerce et de l'industrie*, Hachette et C<sup>ie</sup>, 1867.
- Didier (Ph.)**, *De la représentation en droit privé*, préf. Y. Lequette, LGDJ, 2000.
- Dondero (B.)**, *Les groupements dépourvus de personnalité juridique en droit privé. Contribution à la théorie de la personnalité morale*, préf. H. Le Nabasque, PUAM, 2006.

- Douville (T.)**, *Les conflits d'intérêts en droit privé*, préf. C. Alleaume, LGDJ, 2014.
- Dumont (R.)**, *Les devoirs de l'actionnaire*, th. Paris 1, 2021.
- Dupouy (C.)**, *Le droit des faillites en France avant le code de commerce*, LGDJ, 1960.
- Farjat (G.)**, *L'ordre public économique*, préf. B. Goldman, LGDJ, 1963.
- Favre-Rochex (C.)**, *Sûretés et procédures collectives*, préf. M. Grimaldi, LGDJ, 2020.
- Ferrari (B.)**, *Le dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire. Contribution à l'étude de la situation du débiteur sous procédure collective*, préf. P.-M. Le Corre, LGDJ, 2021.
- Firley (L.)**, *Entreprise et patrimoine*, th. Bourgogne Franche-Comté, 2016.
- Fossé (P.)**, *Des fonctions et des pouvoirs du syndic de faillite*, th. Paris, 1888.
- Gaillard (E.)**, *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. Cornu, Economica, 1985.
- Gary (R.)**, *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit*, préf. J. Bonnet, Recueil Sirey, 1932.
- Geoffroy (L.)**, *Code pratique des faillites*, Durand, 1853.
- Ghandour (B.)**, *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté*, préf. D. Voinot, LGDJ, 2018.
- Gil (G.)**, *Le mandataire de justice*, préf. J. Mestre, PUAM, 2003.
- Grare (C.)**, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle : l'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, préf. Y. Lequette, Dalloz, 2005.
- Guastella (M.)**, *Les grands principes des répartitions dans les procédures collectives*, L'Harmattan, 2019.
- Gueye (D.)**, *Le préjudice écologique pur*, Connaissances et savoirs, 2016.
- Guez (M.)**, *L'extinction du jugement civil. Contribution à l'étude des effets de l'acte juridictionnel*, th. Paris 1, 2017.
- Guillon (A.)**, *Essai historique sur la législation française des faillites et banqueroutes avant 1673*, Société nouvelle de librairie et d'édition, 1903.
- Guinchard (S.)**, *L'affectation des biens en droit privé français*, préf. R. Nerson, LGDJ, 1976.
- Hazoug (S.)**, *De la représentation du tiers en matière de tierce-opposition*, th. Strasbourg, 2014.
- Honorat (A.)**, *Les innovations du décret du 20 mai 1955 relatif aux faillites et règlements judiciaires*, préf. F. Derrida, LGDJ, 1959.
- Houssin (M.)**, *La subordination de créance. Analyse de la subordination à l'épreuve de la procédure collective*, préf. F.-X. Lucas, LGDJ, 2018.
- Jeuland (E.)**, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, préf. L. Cadet, LGDJ, 1999.
- Lamaignère (E.)**, *Des syndics de l'union*, th. Bordeaux, 1910.
- Langlais (F.)**, *Essai critique sur le projet de réforme de la législation des faillites*, Larose et Forcé, 1887.
- Léo Meller (J.)**, *De la notion de créancier de la masse dans la faillite*, Rousseau et C<sup>ie</sup>, 1935.
- Lokiec (P.)**, *Contrat et pouvoir. Essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, préf. A. Lyon-Caen, LGDJ, 2004.
- Maraud (O.)**, *Les associés dans le droit des entreprises en difficulté*, préf. L. Sauton-Laguionie, LGDJ, 2021.
- Mathey (N.)**, *Recherche sur la personnalité morale en droit privé*, th. Paris 2, 2001.
- Mélédou-Briand (D.)**, *Nature du droit des entreprises en difficulté et systèmes de droit*, th. Rennes, 1992.
- Michoud (L.)**, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, 1<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1906-1909.
- Monsérié-Bon (M.-H.)**, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, préf. C. Saint-Alary-Houin, Litec, 1994.
- Neuville (S.)**, *Le plan en droit privé*, préf. C. Saint-Alary-Houin, LGDJ, 1998.
- Normand (J.)**, *Le juge et le litige*, préf. R. Perrot, LGDJ, 1965.



- Pagnucco (J.-C.)**, *L'action sociale ut singuli et ut universi en droit des groupements*, préf. F. Deboissy, LGDJ, 2006.
- Paillesseau (J.)**, *La société anonyme technique d'organisation de l'entreprise*, préf. Y. Loussouarn, Sirey, 1967.
- Pelletier (N.)**, *La responsabilité au sein des groupes de sociétés en cas de procédure collective*, préf. F.-X. Lucas, LGDJ, 2013.
- Potiron (G.)**, *Les actions de masse dans les procédures d'exécution collective*, th. Grenoble, 1983.
- Poujade (H.)**, *Le plan de restructuration en droit des entreprises en difficulté*, th. Toulouse, 2014.
- Prieto (C.)**, *La société contractante*, préf. J. Mestre, PUAM, 1994.
- Rangeon (F.)**, *L'idéologie de l'intérêt général*, préf. G. Vedel, Economica, 1986.
- Reille (F.)**, *La notion de confusion des patrimoines, cause d'extension des procédures collectives*, préf. P. Pétel, Litec, 2006.
- Revel Pedemons (A.)**, *Le conflit né de la chronologie des opérations de liquidation des actifs isolés*, préf. P. Cagnoli, LGDJ, 2021.
- Rizzi (A.)**, *La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives*, avant-propos J. Amiel-Donat, préf. C. Champaud, LGDJ, 2007.
- Rolland (B.)**, *Les procédures de règlement collectif du passif*, th. Lyon III, 1999.
- Rossi (P.)**, *Du contrôle exercé par les mandataires de justice dans les procédures collectives*, Septentrion, 1999.
- Roujou de Boubée (G.)**, *Essai sur l'acte juridique collectif*, préf. G. Marty, LGDJ, 1961.
- Saaied (S.)**, *L'échec du plan de sauvegarde de l'entreprise en difficulté*, préf. A. Ghozi, LGDJ, 2015.
- Sahel (D.)**, *Les biens qui échappent à la procédure collective*, préf. F.-X. Lucas, LGDJ, 2022.
- Salhi (K.)**, *Contribution à une théorie générale des voies de recours en droit judiciaire privé*, th. Caen, 2004.
- Sautonie-Laguionie (L.)**, *La fraude paulienne*, préf. G. Wicker, LGDJ, 2008.
- Sénéchal (M.)**, *L'effet réel de la procédure collective : essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, préf. M.-H. Monsèrié-Bon, Litec, 2002.
- Soinne (B.)**, *Les mandataires de justice*, Litec, 2003.
- Sordino (M.-C.)**, *Le délit de banqueroute : contribution à un droit pénal des procédures collectives*, préf. M. Cabrillac, Litec, 1996.
- Staes (O.)**, *Procédures collectives et droit judiciaire privé*, th. Toulouse, 1995.
- Starck (B.)**, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, th. Paris, 1947.
- Storck (M.)**, *Essai sur le mécanisme de représentation dans les actes juridiques*, préf. Huet-Weiller, LGDJ, 1982.
- Théron (J.)**, *L'intervention du juge dans les transmissions de biens*, préf. C. Saint-Alary-Houin, LGDJ, 2008.
- Thiberge (M.)**, *L'entreprise saisie par le droit des entreprises en difficulté*, th. Caen, 2010.
- Thullier (B.)**, *L'autorisation. Étude de droit privé*, préf. A. Bénabent, LGDJ, 1996.
- Truchet (D.)**, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, préf. J. Boulouis, LGDJ, 1977.
- Turlutte (E.)**, *Les objectifs du droit de la faillite en droit comparé. France, États-Unis, Angleterre, Espagne*, th. Paris 2, 2014.
- Valiergue (J.)**, *Les conflits d'intérêts en droit privé. Contribution à la théorie juridique du pouvoir*, préf. G. Wicker, LGDJ, 2019.
- Vallansan (J.)**, *La cession d'entreprise*, th. Caen, 1986.
- Veyre (L.)**, *La notion de partie en procédure civile*, préf. E. Jeuland, IRJS éditions, 2019.

**Vinckel (F.)**, *La théorie des nullités à l'épreuve du droit des procédures collectives*, th. Paris 2, 1999.

**Wicker (G.)**, *Les fictions juridiques*, préf. J. Amiel-Donat, LGDJ, 1997.

### III. Encyclopédies, répertoires et dictionnaires

**Association Henri Capitant**, *Vocabulaire juridique*, (dir.) G. Cornu, PUF, 14<sup>e</sup> éd., 2022.

**Cagnoli (P.)**, *Rép. com. Dalloz*, v<sup>o</sup> « Entreprise en difficulté : procédure et organes », 2019.

**Germain (M.)** et **Vatinet (R.)**, « Administrateur provisoire », *JCl. Sociétés Traité*, fasc. 43-10, éd. 2018.

**Gil (G.)**, v<sup>o</sup> « Administrateur provisoire », *Études Joly Sociétés*, n<sup>o</sup> S\_EA080, 2021.

**Gréau (F.)**, *Rép. civ. Dalloz*, v<sup>o</sup> « Action oblique », 2019.

**Mayer (L.)**, *Rép. pr. civ. Dalloz*, v<sup>o</sup> « Nullité », 2016.

**Monsérié-Bon (M.-H.)**, v<sup>o</sup> « Entreprise en difficulté : période d'observation », *Rép. com. Dalloz*, 2021.

**Perruchot (I.)** et **Salgado (M. B.)**,

- « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires. – Organes. – Administrateur judiciaire : statut », *JCl Procédures collectives*, fasc. 2225, éd. 2021.
- « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires. – Organes. – Administrateur judiciaire : fonctions », *JCl Procédures collectives*, fasc. 2226, éd. 2022.

**Reille (F.)**,

- « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires. – Organes. – Mandataire judiciaire : statut », *JCl Procédures collectives*, fasc. 2235, éd. 2021.
- « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires. – Organes. – Mandataire judiciaire : fonctions », *JCl Procédures collectives*, fasc. 2225, éd. 2022.

**Robert (P.)**, (remanié et amplifié dir.) J. Rey-Debove et A. Rey, *Le Petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, 2017.

**Saint-Alary-Houin (C.)** et **Monsérié-Bon (M.-H.)**, *JCl. Procédures collectives*, fasc. 2502, « Redressement et liquidation judiciaires – Nullités de droit et nullités facultatives – Notion. Actions voisines (action paulienne, abus de droit) – Exercice de l'action et conséquences », éd. 2020.

**Vallansan (J.)**, « Liquidation judiciaire. – Conséquences de l'ouverture de la procédure. – Régime. Administration de l'entreprise. Liquidation judiciaire simplifiée », *JCl Procédures collectives*, fasc. 2702, éd. 2021.

### IV. Articles

**Abitbol (F.)**, **Leloup-Thomas (V.)**, **Partouche (N.)** et **Robine (D.)**, « L'institution de classes de parties affectées », *JCP E* 2021, 1527, p. 27.

**Amiaud (A.)**, « La nature juridique de la procédure de vérification des créances », *Rev. gén. dr. faillites* 1937, p. 5.

**André (M.)**,

- « Quelle réglementation pour l'activité des professionnels du traitement des entreprises en difficulté ? Le point de vue national – L'expérience française », *LPA* 19 oct. 2006, p. 57.
- « Quel avenir pour le mandat de justice français au regard des dernières évolutions du statut des syndics en Europe ? : le cas français », *Rev. proc. coll.* 2013, dossier 44, p. 79.

**Ansault (J.-J.)**, « La notion de perte de chance s'invite dans le régime du devoir de mise en garde », *RLDC* 2009/12, n<sup>o</sup> 66, p. 28.

**Arnaud-Grossi (L.)**, « Financement forcé de l'entreprise en difficulté : responsabilité et droit des sociétés », *J. sociétés* 2016, n<sup>o</sup> 137, p. 36.

**Arseguet (A.) et Météyé (T.),**

- « Les aspects sociaux de la procédure de sauvegarde », *Rev. proc. coll.* 2008, dossier 10, p. 116.
- « Fonctionnement de l'AGS depuis 1974 : Bilan et projection », in (dir.) F. Macorig-Venier, *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : Droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 337.

**Aubert (F.),** « La procédure des procédures collectives », in *Procédures collectives et droit des affaires : morceaux choisis. Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 7.

**Auzero (G.),** « L'intérêt personnel des salariés », *BJE* mai 2016, n° 113k1, p. 220.

**Aynès (A.),** « Le créancier nanti sur créance et titres financiers face aux procédures collectives », *Rev. proc. coll.* 2022, dossier 34.

**Badinter (R.),** « Le procureur et le consul », *RJ com.* 1981, p. 245.

**Balat (N.),** « Forclusion et prescription », *RTD civ.* 2016, p. 751.

**Bandrac (M.),**

- « À propos de l'action exercée par le ministre de l'Économie (art. L. 442-6, III, c. com.). Quelques observations de l'ordre de la tératologie juridique », *D.* 2008, p. 3046.
- « De l'acte juridictionnel, et de ceux qui ne le sont pas », *Le juge entre deux millénaires : mélanges offerts à Pierre Drai*, p. 171.

**Barbièri (J.-F.),**

- « Confusion des patrimoines et fictivités des sociétés », *LPA* 25 oct. 1996, p. 9.
- « Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants ? La responsabilité personnelle à la dérive », in *Aspects actuels du droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 41.
- « L'inaliénabilité affectant des droits sociaux », *BJS* mai 2008, p. 450.
- « Sur la faute source de responsabilité civile pour les associés », in *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de Jean-Patrice et Michel Storck*, Dalloz-Lextenso, 2021, p. 119.

**Baron (J.),** « La convergence des statuts des professionnels au sein de l'Union européenne : l'exemple français », *BJE* juill. 2022, n° 200r1, p. 49.

**Barrère (J.),** « L'ordre au cours de la liquidation judiciaire. La déjuridictionnalisation de l'ordre ? », in *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t. XXXIV, 1986, p. 101.

**Baujet (B.),** « Lettre ouverte à ceux qui abhorrent le conflit d'intérêts », *LPA* 17 oct. 2016, p. 7.

**Beauchamp (J.-P.),** « La détermination de la valeur de l'entreprise en difficulté », *JCP E* 2021, 1529, p. 40.

**Béchillon (D. de) et Jamin (C.),** « La Convention européenne des droits de l'homme au supermarché », *D.* 2007, p. 2313.

**Ben Cheikh-Vecchioni (L.),** « L'AGS et le remboursement de ses avances », in (dir.) P.-M. Le Corre, *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 2018, p. 171.

**Bessand,** « Discours du président Bessand sur les travaux du tribunal de commerce de la Seine en matière de faillites pendant l'année 1882 », *J. faillites* 1883, p. 75.

**Bissara (J.),** « L'intérêt social », *Rev. sociétés* 1999, p. 5.

**Boillot (C.),** « Les perspectives renouvelées des rapports entre action paulienne et nullités de la période suspecte à travers l'avant-projet Catala et la réforme du 26 juillet 2005 », in *Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 113.

**Boiron (J.-F.),** « Le "Prince" chez les "marchands" », *Gaz. Pal.* 8 mai 1982, 2, doct., p. 251.

**Bolard (G.),**

- « La déontologie des mandataires de justice dans les faillites », *D.* 1988, chron., p. 261.
- « Administration provisoire et mandat *ad hoc* : du fait au droit », *JCP E* 1995, p. 439.

- « Le droit d'action des mandataires de justice dans les faillites », in *Procédures collectives et droit des affaires : morceaux choisis. Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 27.
- « Les fonctions des mandataires de justice », *Rev. proc. coll.* 2006, p. 205.
- « Qualité ou intérêt pour agir ? », in *Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 597.

**Bonhomme (R.)**, « Action en extension de procédure et rôle des contrôleurs », *Rev. proc. coll.* 2013, étude 18, p. 13.

**Bonnard (R.)**, « La conception matérielle de l'acte juridictionnel », *Mélanges R. Carré de Malberg*, Sirey, 1933, p. 3.

**Borga (N.)**, « L'influence du droit des entreprises en difficulté sur le droit des obligations : Droit dérogatoire puis droit précurseur », in (dir.) F. Macorig-Venier, *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 199.

**Borga (N.) et Leloup-Thomas (V.)**, « Une meilleure prévisibilité et une meilleure protection des droits des créanciers titulaires de sûretés ? », *Gaz. Pal.* 28 juin 2022, n° 437a7, p. 22.

**Borga (N.) et Pérochon (F.)**, « La réalisation des garanties réelles : en restructuration ou en liquidation ? Dans ou hors la procédure ? », *Rev. proc. coll.* 2018, dossier 20, p. 82.

**Borga (N.) et Théron (J.)**, « Ordonnance du 15 septembre 2021 réformant le droit des entreprises en difficulté, un tournant ? », *D.* 2021, p. 1773.

**Bourel (P.)**, « L'obligation au passif social des dirigeants de sociétés anonymes et à responsabilité limitée en cas d'insuffisance d'actif », *RTD. com.* 1960, p. 785.

**Brégi (J.-F.)**, « Quelques aspects du droit de la faillite d'après les arrêts notables du Parlement au pays de Provence », in *Procédures collectives et droit des affaires : morceaux choisis mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 35.

**Brenner (C.)**, « De l'intérêt et de la qualité à agir en justice dans la copropriété des immeubles bâtis », in *Apprendre à douter. Questions de droit, Questions sur le droit. Études offertes à Claude Lombois*, PU de Limoges, 2004, p. 179.

**Bricard (A.) et Montéran (T.)**, « L'assurance Santé Entreprise : une garantie d'accès à la prévention », *Rev. proc. coll.* 2012, alerte 16, p. 3.

**Brunet (A.)**, « De la distinction de l'homme et de l'entreprise », in *Aspects actuels du droit commercial français, Études dédiée à René Roblot*, LGDJ, 1984, p. 471.

**Buisine (O.)**,

- « L'article L. 643-8 du Code de commerce, nouvelle pierre angulaire du droit des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll.* 2021, alerte 19, p. 3.
- « Des classes de créanciers », *BJE* nov. 2021, n° 200i3, p. 44.

**Cabrillac (M.)**,

- « L'article 40 de la loi nouvelle et le nouveau privilège de procédure », *Rev. proc. coll.* 1986, p. 13.
- « L'impertinente réapparition d'un condamné à mort ou la métempsychose de la masse des créanciers », in *Propos impertinents de droit des affaires : mélanges en l'honneur de Christian Gavalda*, Dalloz, 2001, p. 69.

**Caffin-Moi (M.)**, « La responsabilité pour faute de l'associé : une évolution à front renversé », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis, LGDJ, 2015, p. 201.

**Cagnoli (P.)**,

- « Réflexions sur l'articulation du privilège des frais de justice et du Livre VI du Code de commerce », *Rev. proc. coll.* 2010, étude 9, p. 30.
- « Prescription et procédures collectives », *Rev. proc. coll.* 2011, étude 12, p. 15.
- « La loi Pétroplus a son décret d'application ! Phase 1 : l'obtention des mesures conservatoires », *Act. proc. coll.* 2012, n° 18, alerte 272.

- « Abrogation de la saisine d'office : et ensuite ? », *Rev. proc. coll.* 2016, dossier 16, p. 58.
  - « Au regard des règles d'exécution », in (dir.) F. Macorig-Venier, *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 183.
  - « La notion de partie à l'instance en droit des entreprises en difficulté », in (dir.) P.-M. Le Corre, *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 2018, p. 73.
  - « Regards sur les modifications du livre VI intéressant le droit des sûretés », *Rev. proc. coll.* 2022, dossier 7, p. 44.
- Calendini (J.-M.)**, « La revalorisation du rôle des contrôleurs », *LPA* 14 sept. 1994, p. 67.
- Cambon (B.), Goubard (P.) et Legrand (V.)**, « Le traitement des difficultés, un outil de rebond du débiteur », *Rev. proc. coll.* 2017, dossier 8, p. 50.
- Camensuli-Feuillard (L.)**, « L'irresponsabilité du dirigeant à l'égard de l'associé, du créancier et de la société débitrice en difficulté », *BJS* janv. 2008, p. 66.
- Carlier (A.)**, « "Le commissaire de justice ne nous fait pas rêver !" », *BJE* nov. 2015, n° 112u6, p. 417.
- Carpentier (J.-B.) et Charvériat (A.)**, « Les contrôleurs », *Gaz. Pal.* 4 mars 1995, 1, doct., p. 255.
- Cavallini (J.)**, « Le juge des référés et les mandataires de justice dans les sociétés *in bonis* », *Rev. soc.* 1998, p. 247.
- Cerf-Hollender (A.) et Favario (T.)**, « L'attraction de la matière pénale sur la faillite personnelle et l'interdiction de gérer », *Act. proc. coll.* 2018, comm. 150.
- Chainais (C.)**, « L'autorité de la chose jugée en procédure civile : perspectives de droit comparé », *Rev. arb.* 2016/1, p. 3.
- Champaud (C.)**, « L'idée d'une magistrature économique. Bilan de deux décennies », *Justices* 1995/1, p. 76.
- Chaput (Y.)**, « Une nouvelle architecture du droit français des procédures dites collectives », *JCP G* 2005, doct. 184, p. 2097.
- Chevrier (A.)**, « Les mandataires de justice », *RTD com.* 1986, hors-série, t. 2, p. 143.
- Cohen (M.)**, « Le droit de substitution, cadeau empoisonné aux syndicats », *Dr. soc.* 1990, p. 790.
- Conac (P.-H.)**, « La société et l'intérêt collectif : la France seule au monde ? », *Rev. sociétés* 2018, p. 558.
- Constantin (A.)**, « L'intérêt social : quel intérêt ? », in *Études offertes à Barthélemy Mercadal*, Éditions Francis Lefebvre, 2002, p. 317.
- Cottureau (V.)**, « Une innovation : la tutelle syndicale instituée par le nouvel article L. 321-15 du Code du travail », *SSL* 1989, n° 476, p. 560.
- Coupeaud (P.)**, « Le rôle du tribunal et des organes de la procédure confirmé et renforcé ? », *Gaz. Pal.* 28 juin 2022, n° 437b1, p. 45.
- Couret (A.)**, « L'intérêt social », *CDE* 1996, suppl. n° 4, p. 1.
- Courtier (J.-L.)**, « La nature juridique des frais de la procédure collective », *Rev. proc. coll.* 1999, p. 8.
- Croze (H.)**, « Les organes de la procédure », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1996, p. 49.
- Daigre (J.-J.)**, « De l'inapplicabilité de la responsabilité civile de droit commun aux dirigeants d'une société en redressement ou en liquidation judiciaire », *Rev. sociétés* 1988, p. 199.
- Dalmau (R.)**,
- « La nullité des sûretés consenties par les sociétés civiles en garantie des dettes d'autrui : un ouvrage encore sur le métier. À propos de décisions récentes de la Cour de cassation », *Rev. sociétés* 2018, p. 487.

- « Les effets persistants de la directive insolvabilité après sa transposition », *Rev. proc. coll.* 2022, focus 5, p. 2.

**Dammann (R.),**

- « Faut-il encadrer davantage le recours à l'action en extension de procédure ? », *BJE* mai 2017, n° 114s3, p. 175.
- « L'introduction des classes de créanciers dans l'optique d'une harmonisation franco-allemande des procédures d'insolvabilité », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claude Witz*, LexisNexis, 2018, p. 223.

**Dammann (R.) et Bos (T.),** « Le nouveau droit de la restructuration financière : les classes de parties affectées », *D.* 2021, p. 1931.

**Dammann (R.) et Gerrer (M.),** « La nouvelle procédure de sauvegarde accélérée : le test du meilleur intérêt des créanciers », *RD bancaire et fin.* 2022, étude 7, p. 22.

**Dammann (R.) et Guermontprez (M.),** « Le nouvel équilibre entre procédure principale et secondaire : adaptation du code de commerce au règlement UE 2015/848 du 20 mai 2015 », *D.* 2017, p. 2435.

**Danis-Fatôme (A.),** « Regards d'une civiliste sur l'articulation entre le droit spécial de la responsabilité pour insuffisance d'actif et le droit commun de la responsabilité civile », *RTD com.* 2018, p. 23.

**Debeine (O.) et Rosier (E.),** « La règle de priorité absolue, catalyseur des négociations », *Rev. proc. coll.* 2022, étude 3, p. 20.

**Degoffe (M.) et Jeuland (E.),** « Les mesures d'administration judiciaire en droit processuel : problèmes de qualification », in *Justice et droits fondamentaux. Études offertes à Jacques Normand*, Litec, 2003, p. 141.

**Deharo (G.),** « L'influence de la rationalité économique sur l'évolution des missions des gens de justice : vers la fongibilité des professions juridiques réglementées ? », in (dir.) L. Berthier, H. Pauliat, E. Négron, *Gens de justice au XXI<sup>e</sup> siècle*, PU de Limoges, 2017, p. 87.

**Deharveng (J.),** « Le tarif des mandataires de justice, organes des procédures collectives », *JCP E* 2007, 1688, p. 31.

**Dekeuwer (A.),** « Les intérêts protégés en cas d'abus de biens sociaux », *JCP E* 1995, 500, p. 421.

**Delattre (C.),**

- « L'intervention du ministère public dans la désignation des administrateurs et mandataires judiciaires », *Rev. proc. coll.* 2009, étude 11, p. 14.
- « L'intervention du ministère public dans la désignation des organes de la procédure doit être mesurée, opportune et utile », *Rev. proc. coll.* 2012, étude 10, p. 25.
- « Les relations entre le ministère public et les administrateurs et mandataires judiciaires », *Rev. proc. coll.* 2012, dossier 29, p. 97.
- « Le rôle croissant du ministère public », *CDE* 2016, dossier 32, p. 32.
- « Les AJMJ et le recours à des tiers », *Rev. proc. coll.* 2017, étude 20, p. 19.
- « Le recours à des tiers : les praticiens de l'insolvabilité peuvent-ils sous-traiter leurs missions ? », *Rev. proc. coll.* 2018, dossier 9, p. 94.
- « La conversion du redressement judiciaire en liquidation judiciaire repose sur un cadre juridique précis », *Rev. proc. coll.* 2018, étude 20, p. 34.
- « L'intervention nécessaire du ministère public dans la désignation des organes de la procédure collective en cas de risque d'action en responsabilité contre l'État », *Rev. proc. coll.* 2018, étude 24, p. 10.
- « L'intervention du ministère public dans les procédures d'insolvabilité », *Rev. proc. coll.* 2020, fiche pratique 3, p. 54.
- « Le créancier contrôleur est-il "un cheval de Troie" ? », *BJE* mars 2020, n° 117p2, p. 56.

**Delebecque (P.)**, « Groupe de sociétés et procédures collectives : confusion de patrimoines et responsabilité des membres du groupe », *Rev. proc. coll.* 1998, p. 129.

**Deleneuve (J.-M.)**, « Critères de la confusion des patrimoines entre sociétés commerciales et personnes physiques », *Rev. proc. coll.* 2002, p. 157.

**Delmotte (P.)**, « Les critères de la confusion des patrimoines dans la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation », *RJDA* 6/06, n° 6, p. 539.

**Derrida (F.)**,

- « Administrateurs judiciaires, mandataires liquidateurs et experts en diagnostic d'entreprise », *A.L.D.*, 1985, p. 45.
- « L'unité d'entreprise est-elle une cause autonome d'extension de la procédure de redressement judiciaire ? Étude de jurisprudence », in *Les activités et les biens de l'entreprise : mélanges offerts à Jean Derruppé*, GLN-Joly éd. Litec, 1991, p. 29.
- « À propos de l'extension des procédures de redressement ou liquidation judiciaires », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 687.
- « Du rôle des contrôleurs dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires » in *Procédures collectives et droit des affaires : morceaux choisis mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 89.
- « Procès de l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 », *D.* 2001, p. 1377.
- « Intérêt collectif et intérêts individuels des créanciers dans les procédures de redressement ou de liquidations judiciaires », in *Études offertes à Barthélemy Mercadal*, Francis Lefebvre, 2002, p. 147.

**Derrida (F.) et Julien (P.)**, « Le droit procédural du redressement et de la liquidation judiciaires et le droit judiciaire privé », in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, 2000, p. 285.

**Descorps Declère (F.)**, « Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *RTD com.* 2003, p. 25.

**Didier (P.)**,

- « Esquisse de la notion d'entreprise », in *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, LGDJ, 1966, p. 209.
- « Les origines de la représentation légale de la société », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Germain*, LexisNexis, LGDJ, 2015, p. 273.

**Didier (Ph.)**, « Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *Rev. sociétés* 2003, p. 238.

**Diesbecq (A.) et Laroche (M.)**, « Le nouveau rôle des parties prenantes : les détenteurs de capital », *JCP E* 2021, 1530, p. 44.

**Dolley (V.)**, « À propos des limitations au recours à la sous-traitance », *Dr. & patr. mensuel* 2003, n° 117 p. 39.

**Dols-Magneville (M.)**, « L'intérêt collectif des créanciers », in (dir.) F. Macorig-Venier, *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 287.

**Dumont-Lefranc (M.-P.) et Lisanti (C.)**, « Le législateur des cas particuliers... », *Act. proc. coll.* 2012, n° 7, repère 96.

**Dupichot (P.)**, « Les AJMJ à l'heure des réformes », *BJE* sept. 2017, n° 115c9, p. 368.

**Durand (P.)**, « La notion juridique d'entreprise », *Travaux de l'association H. Capitant*, 1947, t. 3, p. 45.

**Ehret (P.)**, « Les dernières évolutions du statut de syndic en droit allemand », *Rev. proc. coll.* 2013, dossier 45, p. 81.

**Fabriès-Lecea (E.)**, « Le nouveau rôle des parties prenantes : les salariés », *JCP E* 2021, 1532, p. 52.

**Fages (B.)**, « La représentation en droit des groupements », in (dir.) G. Wicker, R. Schulze et D. Mazeau, *La représentation en droit privé. 6<sup>e</sup> journées franco-allemandes*, Société de législation comparée, 2016, p. 125.

**Faget (J.-P.)**, « La saisie des marques », *Rev. huiss.* 1998, p. 70.

**Farjat (G.)**, « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts », *RTD civ.* 2002, p. 221.

**Fasquelle (D.)**,

- « Quelle réglementation pour l'activité des professionnels du traitement des entreprises en difficulté ? Le point de vue européen – Conclusion », *LPA* 19 oct. 2006, p. 44.
- « L'Europe : une opportunité pour les professions d'AJMJ et pour le mandat de justice ? », *Rev. proc. coll.* 2013, dossier 32, p. 49.

**Fasquelle (D.)** et **Fasquelle-Leonetti (M.-A.)**, « Le droit européen de l'insolvabilité : passé, présent et avenir », *BJE* juill. 2022, n° 200q9, p. 54.

**Favre-Rochex (C.)**,

- « Une nouvelle réforme du livre VI du Code de commerce ! », *BJE* sept. 2021, n° 200g9, p. 37.
- « Les répartitions en liquidation judiciaire après la réforme du livre VI du Code de commerce », *BJE* nov. 2021, n° 200h8, p. 49.

**Favre-Rochex (C.)** et **Legrand (F.)**, « Le créancier titulaire d'une sûreté réelle face au nouvel ordre des paiements », *BJE* mai 2022, n° 200p2, p. 57.

**Ferrari (B.)**, « La qualité pour agir en procédure collective : quelle place pour le droit commun procédural ? », *D.* 2020, p. 548.

**Ferre (J.)**, « L'exercice de la profession de syndic de faillite en Espagne », *LPA* 27 nov. 2009, p. 31.

**Fin-Langer (L.)** et **Vallansan (J.)**, « AGS et plan de redressement », *Rev. proc. coll.* 2019, dossier 8, p. 74.

**Forray (V.)**, « Commentaire complémentaire de l'article L. 650-1 du code de commerce », *RTD com.* 2008, p. 661.

**Fort (C.)** et **Cesare Giorgini (G.)**, « Les critères de vote et d'adoption du plan », *JCP E* 2021, 1528, p. 35.

**Fouquet (O.)**, « L'immixtion de l'administration fiscale dans la gestion des entreprises : halte au feu ! », *Rev. adm.* 2014, p. 485.

**François (J.)**, « La responsabilité des établissements de crédit en raison de l'octroi d'un prêt excessif à un particulier », *D.* 2006, p. 1618.

**Froehlich (P.)**, « La réforme du statut des mandataires et administrateurs judiciaires », *RLDA* 2003/02, n° 57, p. 17.

**Fricero (N.)**, « Tierce-opposition et procédures collectives », *LPA* 28 nov. 2008, p. 26.

**Frison-Roche (A.-M.)**,

- « Le contrôleur », *LPA* 14 juin 1995 n° sp., p. 8.
- « Vers le droit processuel économique », *Justices* 1995/1, p. 91.

**Gaillard (E.)**, « La représentation et ses idéologies en droit privé français », *Droits* 1987, p. 91.

**Gallot (J.)**, « L'intervention du ministre devant le juge civil en matière de relations commerciales », *Rev. conc. consom.* 2000, n° 115, p. 35.

**Galokho (C.)**, « Le rebond du débiteur de mauvaise foi », *RTD com.* 2017, p. 783.

**Ganaye (F.)**, « L'efficacité de l'institution des contrôleurs renforcée par la loi du 26 juillet 2005 », *RLDA* 2005/12, n° 88, p. 13.

**Gastaud (J.-P.)**, « La nature juridique du plan arrêté judiciairement », *LPA* 16 juin 1993, p. 13.

**Gavalda (C.)**, **Patin (J.)** et **Stoufflet (J.)**, « Le projet de loi sur le règlement judiciaire des entreprises en difficulté », *D.* 1984, chron., p. 13.

**Germain (M.)**,

- « L'action en comblement du passif social, entre droit commun et droit spécial », in *Le code de commerce 1807-2007. Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2007, p. 243.



- « Sur une jurisprudence de l'intérêt social », in *Le droit des affaires à la confluence de la théorie et de la pratique. Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Le Cannu*, Dalloz-Lextenso-IRJS-Transactive, 2014, p. 289.
  - « Les propositions du Club des juristes », *Rev. sociétés* 2018, p. 564.
- Ghandour (B.)**, « L'impact de la réforme sur le droit des entreprises en difficulté : un coup de couteau dans la discipline collective », *Rev. proc. coll.* 2022, dossier 6, p. 41.
- Ghozi (A.)**, « Nature juridique de la production des créances dans les procédures de règlement du passif », *RTD com.* 1978, p. 1.
- Gicquiaud (E.)**, « Le droit de la faillite », in (dir.) N. Dissaux, *Balzac, romancier du droit*, LexisNexis, 2012, p. 195.
- Gombeaux (E.)**, « Les créanciers de la masse en faillite », *Ann. dr. com.* 1907, p. 417.
- Gomez (F.)**, **Bracq (J.)** et **Diesbecq (A.)**, « De la protection des créanciers à celle des parties affectées ou non affectées », *Gaz. Pal.* 28 juin 2022, n° 436n2, p. 32.
- Gomez (R.)**, « Réflexions sur la durée de la mission du commissaire à l'exécution du plan », *Rev. proc. coll.* 2008, étude 5, p. 28.
- Gorrias (S.)**,
- « Le mandataire judiciaire dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 et le décret du 12 février 2009 », *Gaz. Pal.* 7 mars 2009, p. 21.
  - « L'ordonnance du 12 mars 2014 et les modifications intéressant la nomination des organes de la procédure », *Gaz. Pal.* 8 avr. 2014, n° 174g2, p. 39.
- Gouëzel (A.)**, « Le domaine d'application de l'article L. 650-1 du Code de commerce relatif au soutien abusif », *Gaz. Pal.* 11 juin 2019, n° 353x2, p. 48.
- Goujon-Béthan (T.)**, « L'autorité de la chose jugée en droit des entreprises en difficulté », in (dir.) P.-M. Le Corre, *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 2018, p. 95.
- Grelon (B.)** et **Dessus-Larrivé (C.)**, « La confusion des patrimoines au sein d'un groupe », *Rev. sociétés* 2006, p. 281.
- Grimonprez (B.)**, « Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », *Rev. sociétés* 2009, p. 715.
- Guinchard (S.)**, « Grandeur et décadence de la notion d'intérêt général : la nouvelle recevabilité des actions civiles en cas d'infraction à la législation économique », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, p. 137.
- Guyon (Y.)**,
- « Une faillite au début du XIX<sup>e</sup> siècle selon le roman de Balzac "César Birotteau" », in *Études offertes à Alfred Jauffret*, PUAM, 1974, p. 377.
  - « Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle*, LGDJ, 2001, p. 405.
- Hazard (J.)**, « Les procédures d'insolvabilité aux États-Unis », *LPA* 16 juin 2005, p. 12.
- Hébraud (P.)**, « L'acte juridictionnel et la classification des contentieux. À propos de la condamnation pénale », *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, t. XIX, 1949, p. 131.
- Heinich (J.)**, « Intérêt propre, intérêt supérieur, intérêt social », *Rev. sociétés* 2018, p. 568.
- Henry (L.-C.)**,
- « L'effet réel et l'effet personnel d'une procédure collective : changement de paradigme ? », *BJE* mars 2020, n° 117q6, p. 1.
  - « Les classes de parties affectées », *Rev. sociétés* 2022, p. 406.
- Henry (L.-C.)** et **Carboni (C.-H.)**, « La place du dirigeant : de la liberté de gestion au dessaisissement », *Rev. proc. coll.* 2016, dossier 24, p. 55.
- Henry (L.-C.)** et **Roussel Galle (P.)**, « Le dessaisissement », in (dir.) P.-M. Le Corre, *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 2018, p. 33.
- Hoang (P.)**, « Risque d'entreprise et risque indemnitaire des partenaires externes de l'entreprise en difficulté », *LPA* 10 juill. 2013, p. 6.

**Houin (R.),**

- « La réforme de la faillite et de la liquidation judiciaire », *RTD com.* 1955, p. 481.
- « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », in *Liber amicorum Baron Louis Frédéricq, Faculté der rechtsgeleerdheid te Gent*, 1965, p. 609.
- « Le statut des professionnels concernés », in *La refonte du droit de la faillite*, Publications de l'Université de Lille III, 1978, p. 81.

**Houlette (E.),** « Le rôle du ministère public dans la loi de sauvegarde », *JCP E* 2005, 1514, p. 1772.

**Houssin (M.),** « La constitution des classes de parties affectées », *LEDEN* oct. 2021, n° 200h5, p. 4.

**Hovasse (H.),** « Les sociétés pluri-professionnelles d'exercice de professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé », *BJS* juin 2016, p. 364.

**Huertas (X.),**

- « En méconnaissant profondément la réalité du mandat de justice, le projet de fusion des professions va priver les mandataires judiciaires du cadre adapté à l'exercice de leurs missions », *BJE* nov. 2014, p. 356.
- « “Le seul souhait que l'on puisse désormais former c'est que retombe enfin la fièvre réformatrice et qu'on laisse en paix les professionnels du mandat de justice” », *BJE* nov. 2015, n° 112v0, p. 400.
- « “Nous ne sommes ni des machines ni des entrepreneurs en compétition pour gagner des parts de marché sur le marché de la défaillance” », *LPA* 29 mars 2016, p. 3.

**Inacio (E.),**

- « Les dernières évolutions du statut de “syndic” au sein de l'Union européenne », *Rev. proc. coll.* 2013, dossier 43, p. 76.
- « Bilan du rapprochement des professionnels de l'insolvabilité au sein de l'Union européenne », *Rev. proc. coll.* 2016, dossier 37, p. 105.
- « Le sort des praticiens français de l'insolvabilité face à la directive européenne relative aux cadres de restructuration préventifs », *Rev. proc. coll.* 2019, étude 2, p. 16.

**Jambort (S.),** « Que reste-t-il du non-cumul de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif et des actions en responsabilité du droit des sociétés ? », *LPA* 31 juill. 2018, n° 135e2, p. 45.

**Jeandidier (W.),** « Droit criminel et droit de la faillite », in *Aspects actuels du droit commercial français, Études dédiées à René Roblot*, 1984, LGDJ, p. 497.

**Jeantin (M.),**

- « Le plan de redressement », in *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t. XXXIV, 1986, p. 261.
- « Le rôle des juges en droit des sociétés », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ? Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, 1996, p. 149.

**Jeuland (E.),**

- « Retour sur la qualification de l'action de groupe à la lumière de la loi de modernisation de la justice du XXI siècle », *JCP G* 2017, doct. 354, p. 623.
- « Quelques questions sur l'action de substitution à la française », *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 749.

**Jockey (M.),** « Le nouveau personnage du contrôleur » in *Le nouveau droit des défaillances d'entreprises*, Dalloz, 1995, p. 131.

**Kernaleguen (F.),** « Intérêt, qualité, pouvoir : le ménage à trois de la théorie de l'action ? » in *Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 771.

**Kurek (E.),** « Les procédures d'insolvabilité en Allemagne », *LPA* 23 mars 2005, p. 14.

**Lagarde (X.),** « La distinction entre prescription et forclusion à l'épreuve de la réforme du 17 juin 2008 », *D.* 2008, p. 469.

**Lamanda (V.),** « La responsabilité du banquier dans la délivrance du crédit », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot ; professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, éd. Dalloz-Litec, 2011, p. 21.

**Laugier (M.),** « L'indisponibilité et les mesures conservatoires de la loi Pétroplus du 12 mars 2012 », *Dr. & patr. mensuel* 2014, n° 232, p. 37.

**Lavergne (J.-M.),** « Le nouveau statut des professionnels (administrateurs judiciaires, mandataires-liquidateurs, experts en diagnostic) », in *Annales de l'Université de Toulouse*, t. XXXIII, 1985, p. 85.

**Lebel (C.),**

- « Le dessaisissement du débiteur soumis à une procédure collective », in *Droit, histoire et société. Mélanges en l'honneur de Christian Dugas de la Boissonny*, PU de Nancy, 2008, p. 127.
- « Les indisponibilités du droit des procédures collectives », *RLDA* 2013/10, n° 86, p. 68.
- « L'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 et les plans de sauvegarde et de redressement », *Gaz. Pal.* 8 avr. 2014, n° 174c4, p. 19.
- « Regard sur le rôle du tribunal dans la réforme du droit des entreprises en difficulté par l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 », *Rev. proc. coll.* 2022, dossier 11, p. 56.

**Le Bris (R.-F.),** « Théorie de l'entreprise et théorie du service public », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX<sup>e</sup> siècle. Mélanges en l'honneur de Claude Champaud*, Dalloz, 1997, p. 397.

**Le Cannu (P.),** « La responsabilité civile des dirigeants de personne morale après la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 », *Rev. sociétés* 2005, p. 743.

**Le Corre (P.-M.),**

- « Les créanciers antérieurs dans le projet de sauvegarde des entreprises », *LPA* 10 juin 2004, p. 25.
- « 1807 - 2007 : 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise », *Gaz. Pal.* 21 juill. 2007, p. 3.
- « Déclaration, vérification, admission des créances et procédure collective », *LPA* 28 nov. 2008, p. 72.
- « La règle du paiement à l'échéance des créanciers postérieurs méritants et l'obligation de payer le super privilège des salaires sur les premières rentrées de fonds », *Rev. proc. coll.* 2012, dossier 10, p. 72.
- « "Petroplus" : commentaire de la loi et du décret », *LXB Hebdo*, n° 308, 13 sept. 2012.
- « Missions de procédures collectives confiées aux huissiers de justice et commissaires-priseurs judiciaires et principe d'égalité des citoyens devant la loi », *D.* 2015, p. 575.
- « Vers une nouvelle analyse de la déclaration de créance », *Gaz. Pal.* 21 juill. 2015, n° 234b8, p. 5.
- « La notion d'action tendant à la défense de l'intérêt collectif des créanciers », *BJE* sept. 2015, n° 112q1, p. 269.
- « L'intérêt collectif est-il l'intérêt de tous les créanciers ? », *BJE* mai 2016, n° 113k7, p. 214.

**Lecourt (B.),**

- « Questions autour de l'administrateur provisoire », *JCP E* 2016, 1384, p. 17.
- « Transposition de la directive "Restructuration et insolvabilité" : le pouvoir souverain des associés désormais sacrifié par les impératifs de restructuration de leur société en difficulté », *Rev. sociétés* 2022, p. 126.

**Legrand (F.),**

- « Exercice sous forme de société ou d'autre entité dotée de la personnalité morale de la profession d'administrateur judiciaire ou de mandataire judiciaire », *BJE* janv. 2017, p. 12.
- « Vers une remise en cause de l'indépendance des professionnels de l'insolvabilité ? », *Act. proc. coll.* 2018, n° 7, repère 89.
- « La réécriture du rang des créanciers : une nouvelle donne ? Le rang de l'article L. 643-8 du Code de commerce », *Rev. proc. coll.* 2022, dossier 36.

**Legrand (F.), Picot (J.-M.), Buisine (O.) et Rousseau (V.),** « L'accroissement de l'efficacité des procédures de restructuration et d'insolvabilité par la directive du 20 juin 2019 », *JCP E* 2020, p. 36.

**Legros (C.),** « Les procédures d'insolvabilité en Belgique », *LPA* 23 mars 2005, p. 10.

**Legros (J.-P.),** « Mesures conservatoires et responsabilité du dirigeant », *Dr. sociétés* 2012, comm. 87, p. 32.

**Le Gueut (T.),** « Le créancier cessionnaire », *Rev. proc. coll.* 2022, dossier 33.

**Leguevaques (C.),** « Les pouvoirs limités des contrôleurs : surveiller sans punir ? », *LPA* 6 juin 1997 p. 27.

**Lemaire (F.),** « La qualité de collaborateur du service public des mandataires de justice et ses conséquences », *Rev. proc. coll.* 1999, p. 10.

**Lemercier (K.) et Mercier (F.),**

- « Réforme du droit des entreprises en difficulté : instauration des “classes de parties affectées” », *Dalloz actualité* 20 sept. 2021.
- « Réforme du droit des entreprises en difficulté : publication du décret d'application », *Dalloz actualité* 28 sept. 2021.

**Le Normand (S.),** « Le dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire à l'épreuve des évolutions récentes », *JCP E* 2012, 1337, p. 14.

**Lienhard (A.),**

- « Réforme du droit des entreprises en difficulté : présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *D.* 2009, p. 110.
- « Mesures conservatoires : irruption d'une loi applicable à l'affaire *Petroplus* », *Dalloz actualité* 2 mars 2012.

**Likillimba (G.-A.),** « Le préjudice individuel et/ou collectif en droit des groupements », *RTD com.* 2009, p. 1.

**Lucas (F.-X.),**

- « Les filiales en difficulté », *LPA* 4 mai 2001, p. 66.
- « Analyse de la loi du 3 janvier 2003 réformant le statut des administrateurs et des mandataires judiciaires », *Dr. & patr. mensuel* 2003, p. 30.
- « Le sort du débiteur », *LPA* 14 juin 2007, p. 60.
- « L'ordonnance du 12 mars 2014 et le droit des sociétés », *BJS* juin 2014, n° 112b3, p. 403.
- « La qualité à agir du contrôleur nommé à l'occasion d'une procédure collective. Contribution à la définition des actions attitrées », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Didier R. Martin*, LGDJ, 2015, p. 433.
- « Responsabilité pour insuffisance d'actif, une étrange indulgence », *BJS* juin 2015, n° 113q5, p. 265.
- « Commentaire des dispositions de la loi du 6 août 2015 “pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques” intéressant le droit des entreprises en difficulté », *BJE* sept. 2015, p. 317.
- « “L'idée de diversifier les voies d'accès et de ne plus passer exclusivement par le double examen d'accès au stage puis d'aptitude apparaît pertinente” », *BJE* nov. 2015, p. 420.

- « Structuration des études et formation des professionnels », *BJE* mai 2016, n° 113g8, p.149.
  - « Les devoirs de l'actionnaire d'une société en difficulté », *Gaz. Pal.* 6 juin 2016, n° 266t9, p. 50.
  - « Réforme de l'action en "comblement de passif" », *BJS* janv. 2017, n° 116a2, p. 1.
  - « Les plans de sauvegarde et de redressement adoptés par les classes de parties affectées », *BJE* janv. 2022, n° 200k9, p. 45.
  - « Le traitement des créanciers privilégiés dans les classes de parties affectées », *Rev. proc. coll.* 2022, dossier 32.
- Lucas de Leyssac (C.) et Parléani (G.)**, « L'atteinte à la concurrence, cause de nullité du contrat », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 601.
- Lyon-Caen (G.) et Lyon-Caen (A.)**, « La "doctrine" de l'entreprise », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Librairies techniques, 1978, p. 599.
- Macorig-Venier (V.)**, « Les créanciers antérieurs hors comités après l'ordonnance du 12 mars 2014 : un vent de simplification en faveur de la reconnaissance de leur droit de créance », *BJE* mai 2014, n° 111c5, p. 185.
- Macorig-Venier (V.) et Saint-Alary-Houin (C.)**, « Les créanciers dans l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll.* 2009, dossier 9, p. 65.
- Maire (P.)**, « Loi "Professions" : les modifications apportées au statut des experts judiciaires », *Gaz. Pal.* 15 juin 2004, p. 7.
- Marks (D.)**, « Les procédures d'insolvabilité en Grande-Bretagne », *LPA* 16 juin 2005, p. 7.
- Martin (J.-F.)**, « La cession de l'entreprise », *RTD com.* 1986, n° sp., t. 1, p. 119.
- Martin (L.)**,
- « Après l'arrêt du 7 janvier 1976 », *RJ com.* 1978, p. 151.
  - « Le représentant des créanciers et l'article 46 de la loi du 25 janvier 1985 », *RD bancaire et bourse* 1990, p. 64.
- Martin (P.)**, « La réparation du préjudice individuel des créanciers dans les procédures collectives », *LPA* 18 sept. 2001, p. 4.
- Martin (R.)**,
- « La saisine d'office du juge (Essai sur sa signification) », *JCP G* 1973, IV, 6316, p. 231.
  - « Un virus dans le système des défenses du nouveau Code de procédure civile : le droit d'action », *RGP* 1998, p. 419.
- Martin-Serf (A.)**,
- « L'intérêt collectif des créanciers ou l'impossible adieu à la masse », in *Procédures collectives et droit des affaires : morceaux choisis mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 143.
  - « La responsabilité civile des dirigeants sociaux : un nuancier de plus en plus subtil », in *Mélanges Jean-Pierre Sortais*, Bruylant, 2002, p. 385.
- Martin-Serf (A.) et Bourbouloux (H.)**, « Le pouvoir retrouvé des créanciers sur l'issue de la procédure ? », *Gaz. Pal.* 28 juin 2022, n° 36r4, p. 27.
- Mastrullo (T.)**,
- « La conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire », *Rev. proc. coll.* 2008, étude 19, p. 41.
  - « Responsabilité civile et droit des procédures collectives », *Resp. civ. et assur.* 2017, dossier 9, p. 45.
  - « Entre modernité et prudence : la transposition en droit français de la directive (UE) n° 2019/1023 du 20 juin 2019 sur la restructuration et l'insolvabilité », *Rev. sociétés* 2022, n° 12, p. 391.

**Médus (J.-L.),** « Acte anormal de gestion et théorie du risque excessif en fiscalité », *JCP E* 2016, 1551, p. 55.

**Mekki (M.),** « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.* 2016, p. 494.

**Menjucq (M.),**

- « Réflexions critiques sur les arrêts du 29 novembre 2007 de la Cour d'appel de Paris dans l'affaire Eurotunnel », *Rev. proc. coll.* 2008, étude 1, p. 9.
- « Quel avenir pour le mandat de justice face aux dernières évolutions du droit européen ? : application aux groupes », *Rev. proc. coll.* 2013, dossier 36, p. 61.
- « La négligence ne peut plus fonder l'action en "comblement de passif" », *Rev. proc. coll.* 2017, repère 1, p. 1.
- « Frais de justice : quel traitement au-delà des frontières ? », *Rev. proc. coll.* 2021, repère 3, p. 1.

**Menjucq (M.), Desprat (F.-C.), Legrand (F.) et Michel (J.),** « Les modalités d'exercice de la profession de mandataire judiciaire. Réflexions sur les opportunités juridiques et fiscales », *Rev. proc. coll.* 2013, table ronde 1, p. 46.

**Menjucq (M.), Desprat (F.-C.), Michel (J.) et Baujet (B.),** « L'actualité relative à l'accès et aux modalités d'exercice des professions d'administrateur judiciaire et de mandataire judiciaire », *Rev. proc. coll.* 2016, entretien 3, p. 53.

**Menjucq (M.) et Peugnet (C.),** « La "nouvelle" procédure de sauvegarde accélérée », *Rev. proc. coll.* 2021, dossier 7, p. 59.

**Menjucq (M.), Spizzichino (L.), Bourbouloux (H.) et Gorrias (S.),** « Les perspectives d'évolution du rôle des créanciers en droit des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll.* 2019, table ronde 2, p. 89.

**Mercadal (B.),** « La notion d'entreprise », *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts Jean Derruppé*, Litec, 1991, p. 9.

**Merle (R.),** « La distinction entre le droit de se constituer partie civile et le droit d'obtenir réparation du dommage causé par l'infraction (consolidation, mise au point, ou fluctuations ?) », in *Droit pénal contemporain : mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Éditions Cujas, 1989, p. 397.

**Mestre (J.),**

- « Réflexions sur les pouvoirs du juge dans la vie des sociétés », *RJ com.* 1985, p. 81.
- « L'ordre public dans les relations économiques », in (dir.) T. Revet, *L'ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Dalloz, 1996, p. 33.

**Météyé (T.),**

- « L'AGS au secours des entreprises en difficulté », *CDE* 2007, dossier 6, p. 24.
- « La politique de labellisation de l'AGS : un partenariat gagnant-gagnant », *Rev. proc. coll.* 2018, dossier 12, p. 104.

**Mignot (M.),** « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *LPA* 26 févr. 2016, p. 8.

**Miquel (L.),** « L'instauration des classes de parties affectées sous le regard de l'administrateur judiciaire », *Rev. proc. coll.* 2022, dossier 15, p. 67.

**Mohamed Salah (M.),** « Les transformations de l'ordre public économique vers un ordre public régulateur », in *Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, éd. Frison-Roche, 1999, p. 261.

**Monsérié-Bon (M.-H.),**

- « Le dessaisissement et l'avènement des droits propres », *RLDA* 2005/03, suppl. n° 80, p. 53.
- « L'effacement des dettes dans le droit des entreprises en difficulté », *Dr. & patr. mensuel* 2009, n° 184, p. 64.

- « Société d'exercice libéral et société de participations financières des professions libérales : le duo gagnant ? », *Rev. proc. coll.* 2012, dossier 25, p. 83.
- « La situation des associés après l'ordonnance du 12 mars 2014 », *BJE* mai 2014, n° 111d3, p. 178.
- « Les associés », in (dir.) F. Macorig-Venier, *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 103.

**Monsérié-Bon (M.-H.) et Thévenot (C.)**, « Comment améliorer la procédure de sauvegarde », *Rev. proc. coll.* 2008, dossier 6, p. 100.

**Montéran (T.)**,

- « Liquidation judiciaire et sites pollués : une action en recherche de maternité », *D.* 2010, p. 2859.
- « Pour une cause nationale : Les CIP au secours des entreprises en difficulté », *BJE* mars 2014, n° 110y1, p. 120.

**Morelli (N.)**, « Propos iconoclastes sur la confusion des patrimoines », *Rev. sociétés* 2015, p. 433.

**Morvan (P.)**, « La loi Petroplus, les procédures collectives et... les salariés », *JCP E* 2013, 1047, p. 16.

**Pagnucco (J.-C.)**, « Le couple SCI/société d'exploitation », *Rev. proc. coll.* 2013, dossier 14, p. 54.

**Paillusseau (J.)**,

- « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté », in *Études offertes à Roger Houin : problèmes d'actualité posés par les entreprises*, Dalloz, 1985, p. 109.
- « Entreprise et société. Quels rapports ? Quelle réforme ? », *D.* 2018, p. 1395.

**Parachkevova-Racine (I.)**, « Retour sur les écueils de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif », *BJS* oct. 2018, n° 119a0, p. 600.

**Parléani (G.)**, « L'exercice en société des professions libérales – essentiellement juridiques – dans la loi Macron », *Rev. sociétés* 2015, p. 638.

**Patin (J.)**, « Le Plan. Élaboration et nature juridique », *RTD com.* 1986, n° sp., t. 1, p. 75.

**Perdereau (A.)**, « Les modes d'accès aux différentes formations professionnelles », in (sous l'égide) Haut conseil des professions du droit et Conseil national du droit, *Quelles professions réglementées du droit pour demain ?*, Dalloz, 2021, p. 66.

**Périn-Dureau (A.)**, « La responsabilité civile du banquier et l'octroi d'un crédit à une entreprise en difficulté », in (dir.) J. Lasserre Capdeville, *La responsabilité civile du banquier aujourd'hui*, LexisNexis, 2022, p. 133.

**Pérochon (F.)**,

- « Le "bénéfice" sélectif de la procédure collective », in *Mélanges Christian Mouly*, t. 2, Litec, 1998, p. 401.
- « De la mesure dite conservatoire à l'exécution sommaire anticipée... », *BJE* mars 2012, p. 73.
- « Coût, transparence et confidentialité de la prévention », *Rev. proc. coll.* 2014, dossier 3, p. 79.
- « L'intérêt collectif n'est pas l'intérêt de tous les créanciers sans exception », *BJE* mai 2016, n° 113k8, p. 218.
- « Les intérêts des créanciers : quelle évolution depuis 30 ans ? », in (dir.) F. Macorig-Venier, *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 111.
- « L'AGS contrôleur, l'AGS et la désignation des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires », *Rev. proc. coll.* 2019, dossier 4, p. 58.

**Pérochon (F.) et Roussel Galle (P.)**, « Classes de créanciers et sûretés réelles », *RD bancaire et fin.* 2022, dossier 20, p. 103.

**Perrot (R.)**, « Crise du juge et contentieux judiciaire civil en droit français », in (dir.) J. Lenoble, *La crise du juge*, Story scientia et LGDJ, 1990, p. 40.

**Perruchot-Triboulet (V.)**, « Responsabilité des dirigeants pour contribution à la cessation des paiements du débiteur en redressement judiciaire », *Rev. proc. coll.* 2020, dossier 4, p. 53.

**Pétel (P.)**,

- « L'AGS et la réforme des procédures collectives », *RJ com.* 2006, p. 174.
- « La vie après la confusion des patrimoines », in *Liber amicorum : mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, p. 577.
- « Entreprises en difficulté : encore une réforme ! », *JCP E* 2014, 1223, p. 20.
- « Le régime des fonds versés à la Caisse des dépôts dans le cadre des procédures collectives », in *Mélanges offerts au Professeur Pascale Bloch*, Bruylant, 2015, p. 187.
- « L'AGS, Janus aux deux visages », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 361.
- « Les sûretés dans l'ordonnance modifiant le livre VI du Code de commerce », *Rev. proc. coll.* 2021, dossier 10, p. 73.

**Pétel (P.) et Legrand (F.)**, « Liquidation judiciaire – Répartition des fonds », *Rev. proc. coll.* 2015, fiche pratique 4, p. 87.

**Petit (F.)**,

- « L'action de substitution, un cadeau promis à un avenir meilleur », *Dr. soc.* 2004, p. 262.
- « Actualité de l'action syndicale en matière prud'homale », *JCP S* 2016, 1291, p. 47.
- « Loi Macron : qu'est-ce qu'une "rémunération raisonnable" des praticiens de l'insolvabilité ? », *Rev. proc. coll.* 2018, dossier 3, p. 73.

**Pfister (L.)**,

- « La créance privilégiée des salariés à l'épreuve du crédit des entreprises. L'échec en 1848 d'une extension du privilège des ouvriers », in *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Teyssié*, LexisNexis, 2019, p. 369.
- « L'accès aux professions réglementées du droit. Quelques jalons historiques », in (sous l'égide du) Haut conseil des professions du droit et Conseil national du droit, *Quelles professions réglementées du droit pour demain ?*, Dalloz, 2021, p. 23.

**Pimont (S.)**, « Peut-on réduire le droit en théories générales ? », *RTD civ.* 2009, p. 417.

**Pirovano (A.)**, « La fonction sociale des droits : réflexions sur le destin des théories de Josserand », *D.* 1972, chron., p. 67.

**Podeur (G.)**, « Les obligataires et les classes de parties affectées », *D.* 2022, p. 1056.

**Poracchia (D.)**, « Aspects de droit des sociétés de la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique du 9 décembre 2016 », *BJS* janv. 2017, n° 115z5, p. 65.

**Poracchia (D.) et Martin (D.)**, « Regard sur l'intérêt social », *Rev. sociétés* 2012, p. 475.

**Poujade (H.)**, « La réforme des plans de restructuration », *RTD com.* 2021, p. 929.

**Poujade (H.) et Saint-Alary-Houin (C.)**, « L'instauration des classes de parties affectées », *Rev. proc. coll.* 2021, dossier 8, p. 63.

**Prévost (M.)**, « Du droit des syndicats de faillite de se prévaloir du privilège de l'art. 2101 § 1<sup>er</sup> du Code civil, en cas de vente par eux et après l'union des immeubles hypothéqués du failli », *Gaz. Pal.* 1950, 1, doct., p. 17.

**Rakotovahiny (M.-A.)**, « L'intérêt collectif des créanciers, obstacle au droit de créance individuel », *LPA* 27 déc. 1999, p. 6.

**Ravel d'Esclapon (T. de)**, « De la littérature et du réel : César Biroteau et l'exemple du droit des faillites », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Luc Vallens*, Joly, Lextenso éditions, 2017, p. 145.



**Reille (F.),**

- « Les retouches apportées au sort des créanciers postérieurs élus », *Gaz. Pal.* 6 mars 2009, p. 38.
- « L'attraction du patrimoine de l'associé par la confusion des patrimoines », in *Le patrimoine de la personne physique à l'épreuve des procédures collectives : quels nouveaux enjeux ?*, Actualité de droit de l'entreprise, LexisNexis, 2015, p. 117.
- « Des mesures conservatoires pour sauver le monde ou n'est pas Robin des bois qui veut... », *Dr. et pr.* 2012, n° 5, suppl. entreprises en difficulté, n° 1, p. 2.

**Revet (T.),** « La désubjectivation du patrimoine », *D.* 2022, p. 469.

**Riviere-Pavard (I.),** « La représentation des créanciers », *LPA* 20 mars 2007, p. 12.

**Robert (A.),** « La responsabilité civile de l'expert judiciaire », *D.* 2013, p. 855.

**Robine (D.),** « L'extension de la procédure de redressement ou liquidation judiciaire », in *Mélanges AEDBF-France IV*, Revue banque, p. 325.

**Rolland (B.),**

- « Réflexions sur la saisine d'office », in *De code en code. Mélanges en l'honneur du doyen Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 685.
- « Justice du XXI<sup>e</sup> siècle : renforcer l'indépendance et l'efficacité de l'action des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires », *Procédures* 2017, étude 12, p. 39.
- « Procédures collectives et procédure civile : l'unité dans la diversité », in *Mélanges en l'honneur de Jean-Luc Vallens*, Joly, Lextenso éditions, 2017, p. 193.

**Rossi (P.),**

- « Le décret d'application de la loi Pétroplus : un texte prudent », *BJE* mars 2013, p. 104.
- « Quel avenir pour le mandat de justice face aux dernières évolutions des directives services et reconnaissance des qualifications professionnelles ? : préliminaires », *Rev. proc. coll.* 2013, dossier 40, p. 71.
- « Dispositions de la loi *Macron* concernant les livres VI et VIII du Code de commerce. Obstination ou obsession ? », *Rev. proc. coll.* 2015, étude 15, p. 11.
- « Les ambitions du droit français face aux exigences d'harmonisation européenne et au contexte de crise sanitaire », *JCP E* 2021, 1525, p. 20.
- « Les choix de la réforme », *Rev. proc. coll.* 2022, dossier 3, p. 34.

**Rougeau-Mauger (C.),** « Réflexion sur la nature juridique de l'action en justice du ministre de l'Économie en matière de pratiques restrictives de concurrence », *RTD com.* 2010, p. 653.

**Roussel Galle (P.),**

- « Les contrôleurs, gardiens de l'intérêt collectif », *Gaz. Pal.* 10 sept. 2005, p. 3.
- « Quelques exemples de conflits d'intérêts dans le droit des entreprises en difficulté », *Gaz. Pal.* 8 déc. 2011, p. 17.
- « La loi du 12 mars 2012 : halte au pillage des entreprises en difficulté ! », *JCP E* 2012, act. 192, p. 9.
- « La loi Pétroplus : quelques réflexions... avec un peu de recul », *Rev. proc. coll.* 2012, étude 16, p. 11.
- « Les groupes de sociétés enfin appréhendés par le droit des entreprises en difficulté en France et en Europe ! », *Dr. sociétés* 2015, alerte 17, p. 2.
- « Effet réel et effet personnel des procédures judiciaires », *Dr. & patr. hebdo* 2017, n° 223, p. 60.
- « Entreprise et groupe de sociétés », in (dir.) F. Macorig-Venier, *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 65.
- « Débiteur personne physique : du dessaisissement au rebond », *BJE* 2018, n° 116g6, p. 389.

- « Brève présentation de l'ordonnance de 15 septembre 2021 à l'exception des classes de créanciers », *BJE* janv. 2022, n° 20014, p. 42.

**Roussel Galle (P.) et Fort (C.)**, « L'élaboration et l'arrêté du plan de continuation avec ou sans classes », *Rev. proc. coll.* 2021, dossier 9, p. 68.

**Roussel Galle (P.) et Tabeling (A.)**, « Adaptation du droit français des entreprises en difficulté au règlement insolvabilité du 20 mai 2015 », *JCP G* 2017, 1217, p. 9.

**Rouvière (F.)**,

- « Le concours de l'action en comblement de passif et de l'action civile exercée devant la juridiction répressive », *RTD com.* 2006, p. 529.
- « Prescription et forclusion : différence de nature ou de degré ? », *RTD civ.* 2017, p. 529.
- « Exemplarité ou subsidiarité du droit commun ? », *RTD civ.* 2018, p. 776.

**Rozez (S.), Pietrini (S.) et Busseuil (G.)**, « Les acteurs spécialement habilités à agir pour la défense d'un intérêt collectif », in (dir.) I. Omarjee et L. Sinopoli, *Les actions en justice au-delà de l'intérêt personnel*, Dalloz, 2014, p. 143.

**Rubellin (P.)**,

- « Les nullités facultatives », *Études offertes au doyen Simler*, Dalloz-Litec, 2006, p. 679.
- « Retour sur le statut du conjoint du débiteur commun en biens », *BJE* janv. 2014, n° 110t9, p. 62.

**Sabatier (A.)**, « Administrateurs et liquidateurs judiciaires. Syndics et experts », *Rev. pol. parl.* 1910, t. LXV, p. 487.

**Sabathier (S.)**, « Contrats bancaires et droit des entreprises en difficulté », in (dir.) F. Macorig-Venier, *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 303.

**Sabrinni (F.)**, « L'intérêt collectif des créanciers, un piège pour la Cour de cassation », *Rev. proc. coll.* 2022, étude 4, p. 18.

**Saint-Alary-Houin (C.)**,

- « La gestion de l'entreprise », *RTD com.* 1986, n° sp., t. 1, p. 37.
- « Les effets de la confusion des patrimoines et de la fictivité des sociétés en redressement judiciaire. Unité ou dualisme ? », *Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 453.
- « Les professions d'administrateurs et de mandataires judiciaires : des professions à haut risque », in *Procédures collectives et droit des affaires : morceaux choisis. Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, éd. Frison-Roche, 2002, p. 193.
- « Le rebond du débiteur en liquidation judiciaire : vrai ou faux départ ? », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot ; professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, éd. Dalloz-Litec, 2011, p. 579.
- « 2011-2012 : la période des "grands procès" ! », *Dr. & patr. mensuel* 2012, n° 217, p. 96.
- « Ne tirez plus sur le conjoint ! Pour une abrogation de l'article L. 624-8 du Code de commerce... voire plus ! », *BJE* sept. 2012, p. 269.
- « L'action en extension d'une procédure collective dans les groupes de sociétés, une action à parfaire ! », in *Liber amicorum : mélanges en l'honneur de Philippe Merle*, Dalloz, 2013, p. 637.
- « L'inopposabilité à la procédure collective », in (dir.) P.-M. Le Corre, *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 2018, p. 47.

**Saintourens (B.)**, « La prévention et le traitement amiable des difficultés de l'entreprise dans l'ordonnance du 15 septembre 2021 », *Rev. proc. coll.* 2021, dossier 6, p. 53.

**Sannino (P.)**, « "La loi Macron a davantage souhaité mettre en œuvre des mécanismes de modernisation des professions" », *BJE* nov. 2015, n° 112t9, p. 412.

**Sautonie-Laguionie (L.),**

- « La “déjudiciarisation” du traitement des difficultés », in (dir.) F. Macorig-Venier, *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, Presses de l’Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 171.
- « L’adaptation des procédures à la taille de l’entreprise en difficulté. Illustration par la procédure de traitement de sortie de crise », *JCP E* 2021, 1536, p. 68.
- « Les privilèges des apporteurs de trésorerie », *Rev. proc. coll.* 2022, dossier 35.

**Savatie (R.),** « L’origine et le développement du Droit des professions libérales », *APD* 1953-1954, p. 45.

**Schiavon (G.),** « Les procédures d’insolvabilité en Italie », *LPA* 23 mars 2005, p. 5.

**Schmidt (D.),** « La société et l’entreprise », *D.* 2017, p. 2380.

**Sénéchal (J.-P.),** « La vente des immeubles et la distribution de leur prix », *LPA* 28 oct. 1998, p. 36.

**Sénéchal (M.),**

- « Le mandat de justice “à la française”, un modèle à préserver ? », *D.* 2013, p. 651.
- « Projet de loi Macron : quels enjeux pour les mandataires judiciaires ? », *D.* 2014, p. 2568.
- « Les différentes professions et les universités : quelle attractivité ? », in (sous l’égide) Haut conseil des professions du droit et Conseil national du droit, *Quelles professions réglementées du droit pour demain ?*, Dalloz, 2021, p. 99.

**Serlooten (P.),** « “Vers une responsabilité professionnelle ?” », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 805.

**Soinne (B.),**

- « Administrateur provisoire - Syndic : Unité ou dualité des fonctions et des professions », *D.* 1982, chrn., p. 73.
- « L’éclatement de la profession de syndic – administrateur judiciaire », *Gaz. Pal.* 13 oct. 1983, doct., p. 382.
- « L’intervention du ministère public dans les procédures collectives de redressement et de liquidation », *D.* 1983, chr., p. 11.
- « La double nature de la déclaration de créances », *Banque* 1993, p. 99.
- « La responsabilité des dirigeants d’une personne morale en cas de redressement ou de liquidation judiciaire : une évolution jurisprudentielle préoccupante », *LPA* 2 août 1995, p. 10.
- « Identité ou diversité des notions de fictivité ou de confusion des patrimoines », *LPA* 6 déc. 1995, p. 12.
- « À propos de la notion de fonds disponibles au sens de l’article L. 621-131 nouveau du code de commerce », *Rev. proc. coll.* 2001, p. 59.
- « L’“entreprise” et les lois de 1984 et 1985 », *Rev. proc. coll.* 2002, p. 19.
- « Une problématique délicate : l’intervention de tiers dans l’administration ou la gestion des procédures collectives », *Rev. proc. coll.* 2003, p. 96.
- « La question épineuse de l’attribution et de la répartition des mandats de justice », *Rev. proc. coll.* 2005, p. 111.
- « Prolégomènes sur l’ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficultés », *Rev. proc. coll.* 2009, repère 1, p. 1.

**Sordino (M.-C.),** « Banqueroute par détournement d’actif et abus de biens sociaux : un conflit de qualifications... des solutions en “clair-obscur” », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz-Lexis, 1999, p. 697.

**Sorensen (A.),** « Réforme des procédures collectives. Les contrôleurs : le toilettage d’une institution oubliée », *LPA* 25 août 1995, p. 5.

**Sortais (J.-P.),** « Les contours de l’action en comblement de l’insuffisance d’actif », in *Mélanges en l’honneur de Pierre Bézard. Le juge et le droit de l’économie*, LGDJ, 2002, p. 321.

**Souweine (C.)**, « Action civile et procédures collectives après la loi du 26 juillet 2005 », *D.* 2006, p. 501.

**Staes (O.)**, « Les limites du caractère dérogatoire », in (dir.) F. Macorig-Venier, *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 147.

**Supiot (A.)**, « La protection du droit d'agir », *Dr. soc.* 1985, p. 774.

**Tabeling (A.)**, « La convergence des statuts des professionnels de l'insolvabilité dans l'UE. Le point de vue français », *Rev. proc. coll.* 2019, dossier 19, p. 79.

**Teboul (G.)**,

- « Les contrôleurs : constats et perspectives », *Gaz. Pal.* 5 juin 1999, 1, doct., p. 695.
- « La nouvelle loi sur les mesures conservatoires en matière de procédures collectives : une loi de circonstance ou une sanction préventive ? », *LPA* 2 mars 2012, p. 5.

**Tellier (V.)**, « La nature juridique de l'action oblique », *RJJ* 2002/4, p. 1835.

**Thaller (E.)**, « Créanciers de la masse en faillite », *Rev. crit.* 1881, p. 635.

**Théron (J.)**,

- « De la "communauté d'intérêts" », *D.* 2009, p. 19.
- « Mesure d'administration judiciaire, proposition d'un critère de qualification », *D.* 2010, p. 2246.
- « Réflexions sur la nature et l'autorité des décisions rendues en matière d'admission de créances au sein d'une procédure collective », *RTD com.* 2010, p. 635.
- « Les contours du dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire », *Rev. proc. coll.* 2013, dossier 3, p. 58.
- « Ordre et désordre dans la notion de partie », *RTD civ.* 2014, p. 231.
- « Les règles dérogatoires à la procédure », in (dir.) F. Macorig-Venier, *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 133.

**Thullier (B.)**,

- « Que reste-t-il du dessaisissement ? », *Rev. proc. coll.* 2012, dossier 14, p. 80.
- « Les praticiens de l'insolvabilité sont-ils des entreprises ? », *Rev. proc. coll.* 2018, dossier 10, p. 97.

**Tissier (A.)**, « Les liquidateurs judiciaires », *Rev. pol. parl.* 1910, t. LXIV, p. 25.

**Trébulle (F.-G.)**, « Gouvernance et responsabilité, que change la loi "Grenelle 2"... pour les sociétés ? », *Environnement* 2011, étude 3, p. 13.

**Tricot (D.)**, « La confusion de patrimoines et les procédures collectives », Rapport de la Cour de cassation 1997, La Documentation Française, 1998, p. 165.

**Vallansan (J.)**,

- « L'évolution des personnes assujetties à la procédure collective : 1985-2005 », *RLDA* 2005/03, suppl. n° 80, p. 12.
- « Le dessaisissement de la personne physique en liquidation judiciaire », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot ; professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Dalloz-Litec, 2011, p. 599.
- « Les sanctions influencées par la crise économique ? », *BJE* sept. 2012, p. 319.
- « Le plan, les plans, quels plans ? (propos introductifs) », *Rev. proc. coll.* 2015, dossier 36, p. 60.
- « La notion d'intérêt collectif vue par la chambre commerciale de la Cour de cassation », *BJE* mai 2016, n° 113k9, p. 212.
- « Le groupe de sociétés en droit des entreprises en difficulté », *Dr. sociétés* 2017, dossier 14, p. 30.
- « Le rôle particulier du ministère public, droit dérogatoire, précurseur, révélateur ? », in (dir.) F. Macorig-Venier, *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans. Droit*

*dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 159.

- « Le gage commun », in (dir.) P.-M. Le Corre, *Les grands concepts du droit des entreprises en difficulté*, Dalloz, 2018, p. 19.

**Vallansan (J.) et Petit (F.)**, « Droit au rebond : un pas de plus ! », *Rev. proc. coll.* 2021, dossier 11, p. 82.

**Vallender (H.)**, « Le statut des administrateurs et mandataires judiciaires selon le droit professionnel en Allemagne », *BJE* juill. 2022, n° 200r0, p. 52.

**Vallens (J.-L.)**,

- « Le statut et le rôle du contrôleur dans les procédures de redressement judiciaire », *RTD com.* 1998, p. 952.
- « Procédure civile et procédures collectives : les faux-amis », in *Procédures collectives et droit des affaires : morceaux choisis. Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, éd. Frison-Roche, 2000, p. 245.
- « La déclaration de créance n'est pas une demande en justice », *RTD com.* 2009, p. 214.
- « La sauvegarde n'a pas d'effet réel », *RTD com.* 2010, p. 794.
- « Les finalités incertaines de l'extension d'une procédure collective », *D.* 2020, p. 2416.
- « Quelles sont les zones de convergence possibles en matière de restructuration dans l'Europe de demain ? », *BJE* juill. 2022, n° 200r3, p. 38.

**Vinckel (F.)**, « Le droit d'action des créanciers chirographaires dans la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 », *Rev. proc. coll.* 2007, p. 6.

**Voinot (D.)**,

- « La dépollution des sites : nouvel objectif du droit des entreprises en difficulté ? », *Rev. proc. coll.* 2017, dossier 9, p. 54.
- « Le droit de l'entreprise en difficulté : un droit inféodé au droit de l'environnement ? », in (dir.) F. Macorig-Venier, *Le droit des entreprises en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 239.

**Wicker (G.)**,

- « La période suspecte après la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. proc. coll.* 2006, p. 12.
- « La théorie de la personnalité morale depuis la thèse de Bruno Oppetit », in *Études à la mémoire du professeur Oppetit*, LexisNexis, 2009, p. 691.

**Wiederkehr (G.)**,

- « Le système des voies de recours en droit judiciaire privé français », *RID comp.* 1989, p. 225.
- « Les procédures collectives de règlement du passif et la fonction du juge », *Mélanges en l'honneur de Dominique Schmidt : liber amicorum*, Joly éditions, 2005, p. 487.
- « Le juge gérant », *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot : Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires*, Dalloz-Litec, 2011, p. 385.
- « Ce que nous apprennent les théories de l'acte juridictionnel », in *Mélanges en l'honneur du professeur Claude Witz*, Lexisnexus, 2018, p. 913.

**Wind (H. J.)**, « Les syndicats de faillite aux Pays-Bas », *LPA* 27 nov. 2009, p. 26.

**Zénati (F.)**, « Le produit de l'action en comblement de passif et la masse des créanciers », *D.* 1983, chron., p. 213.

**Anonyme**,

- « Des essais d'organisation des syndicats de faillite près les Tribunaux de commerce », *J. faillites* 1883, p. 130.
- « Actualité et Jurisprudence », *Rev. syn. et adm. jud.* 1958, p. 11.

## V. Notes, conclusions, commentaires et observations

- Ansault (J.-J.)**, note sous Cass. com., 12 nov. 2020, n° 19-11.972, *Rev. sociétés* 2021, p. 322.
- Ballot-Léna (A.)**, note sous Cass. com. 8 juill. 2008, n° 07-16.761, *JCP E* 2008, 2143, p. 33.
- Baujjet (B.)** et **Thevenot (C.)**, obs. sous Cass. com., 12 juill. 2016, n° 15-50.008, *Rev. proc. coll.* 2016, étude 15.
- Béhar-Touchais (M.)**, note sous Cass. com., 3 juin 1997, n° 95-15.681, *JCP E* 1997, II, 988, p. 191.
- Berthelot (G.)**, obs. sous Cons. constit., 5 août 2022, QPC, n° 2022-1008, *Dalloz actualités* 14 sept. 2022.
- Bonhomme (R.)**, concl. sous Cass., avis, 3 juin 2013, n° 13-70.003, *Rev. proc. coll.* 2013, étude 18.
- Bouloc (B.)**, obs. sous Cass. crim., 27 févr. 2002, n° 01-82.594, *RTD com.* 2002, p. 557.
- Cabrillac (M.)** et **Pétel (P.)**, obs. sous Cass. com., 16 nov. 1993, n° 91-19.570, *JCP E* 1994, I, 351.
- Cagnoli (P.)**,
- obs. sous Cass. ass. plén., 10 avr. 2009, n° 08-10.154, *Act. proc. coll.* 2009, alerte 141.
  - obs. sous Cass. ass. plén., 4 févr. 2011, n° 09-14.619, *Rev. proc. coll.* 2011, comm. 23.
  - obs. sous Cass. com., 24 mai 2018, n° 16-27.296, *Rev. proc. coll.* 2018, comm. 147.
- Derrida (F.)**,
- note sous Cass. com., 25 nov. 1986, n° 85-12.529, *D.* 1987, jur., p. 90.
  - note sous Cass. com., 16 mars 1993, n° 90-20.188, *D.* 1993, jur., n° 10, p. 586.
  - note sous Cass. ass. plén., 9 juill. 1993, n° 89-19.211, *D.* 1993, jur., p. 475.
  - obs. sous Cass. com., 12 oct. 1993, n° 89-17.509, *D.* 1994, somm., n° 3, p. 7.
  - note sous Cass. com., 8 oct. 1996, n° 93-14.068, *D.* 1997, jur., p. 87.
  - note sous Cass. com., 3 juin 1997, n° 95-15.681, *D.* 1997, jur., p. 519.
- Derrida (F.)** et **Sortais (J.-P.)**,
- note sous Cass. com., 25 mai 1981, n° 79-14.760, *D.* 1981, jur., p. 649.
  - note sous Cass. com., 16 nov. 1993, n° 91-19.570, *D.* 1994, jur., p. 60.
- Desprat (F.-C.)**, « Les formes d'exercice du mandat de justice », *Rev. proc. coll.* 2012, dossier 26, p. 87.
- Dumas (J.-P.)**, note sous Cass. ass. plén., 9 juill. 1993, n° 89-19.211, *D.* 1993, jur., p. 471.
- Dumont (F.)**, note sous Cass., com., 2 juin 2015, n° 13-24.714, *JCP E* 2015, 888.
- Etienne-Martin (E.)**, obs. sous Cass. com., 12 juill. 2016, n° 15-50.008, *Rev. proc. coll.* 2016, alerte 27.
- Favario (T.)**, note sous Cass. com., 11 févr. 2014, n° 13-12.270, *BJE* mai 2014, n° 111d9, p. 147.
- Favre-Rochex (C.)**, note sous Cass. com., 24 oct. 2019, n° 18-22.549, *D.* 2021, p. 200.
- Fin-Langer (L.)**, obs. sous Cass. com., 27 mars 2012, n° 10-28.125, *Act. proc. coll.* 2012, n° 8, alerte 121.
- Gerbay (N.)**, obs. sous Conseil constit., 7 déc. 2012, QPC, n° 2012-286, *JCP E* 2013, 50.
- Gouttes (R. de)**, concl. sous Cass. com., 16 nov. 1993, n° 91-19.570, *D.* 1994, jur., p. 57.
- Henry (L.-C.)**, obs. sous Cons. constit., 5 août 2022, QPC, n° 2022-1008, *Rev. sociétés* 2022, p. 518.
- Icard (J.)**, note sous Cass. com., 2 juin 2015, n° 13-24.714, *Cah. soc.* oct. 2015, n° 117a9, p. 494.
- Jacotot (D.)**, note sous Cass. com., 2 juin 2015, n° 13-24.714, *Rev. proc. coll.* 2015, comm. 73, p. 60.
- Jéol (M.)**, concl. Cass. ass. plén., 9 juill. 1993, n° 89-19.211, *D.* 1993, jur., p. 469.
- Jeuland (E.)**, note sous Cass. soc., 1<sup>er</sup> févr. 2000, n° 98-46.201, *JCP G* 2001, II, 10 451, p. 33.
- Jourdain (P.)**, obs. sous Cass. com., 16 nov. 1993, n° 91-19.570, *RTD civ.* 1994, p. 623.

- Lebel (C.)**, note sous Cass. ass. plén., 10 avr. 2009, n° 08-10.154, *JCP E* 2009, 2030.
- Le Corre (P.-M.)**,
- obs. sous Cass. com., 3 déc. 2003, n° 02-14.474, *Gaz. Pal.* 7 févr. 2004, p. 20.
  - obs. sous Cass. ass. plén., 4 févr. 2011, n° 09-14.619, *BJE* mai 2011, p. 130.
- Legeais (D.)**,
- obs. sous Cass. com., 13 mars 2007, n° 06-13.325, *Act. proc. coll.* 2007, n° 9, n° 107.
  - note sous Cass. 1<sup>e</sup> civ., 18 oct. 2017, n° 16-17.184, *RD bancaire et fin.* 2017, comm. 243.
- Legros (J.-P.)**, obs. Cass. com. 5 avr. 2016, n° 14-19.869, *Dr. sociétés* 2016, comm. 169.
- Lienhard (A.)**, obs. sous Cass. com., 13 mars 2007, n° 06-13.325, *D.* 2007, p. 1020.
- Likillimba (G.-A.)**, note sous Cass. com., 3 juin 1997, n° 95-15.681, *LPA* 30 janv. 1998, p. 24.
- Loiseau (G.)**, note sous Cass. com., 2 juin 2015, n° 13-24.714, *JCP S* 2015, 1278.
- Lucas (F.-X.)**,
- obs. sous Cass. crim., 27 févr. 2002, n° 01-82.594, *BJS* sept. 2002, p. 777.
  - obs. sous Cass. com. 7 janv. 2003, n° 00-13.192, *BJS* avr. 2003, p. 407.
  - note sous Cass. com., 28 sept. 2004, n° 02-12.552, *BJS*, janv. 2005, p. 34.
  - note sous Cass. com., 13 mars 2007, n° 06-13.325, *BJS* juill. 2007, p. 839.
  - obs. sous Cass. ass. plén., 4 févr. 2011, n° 09-14.619, *D.* 2011, p. 439.
  - obs. sous Conseil constit., 7 déc. 2012, QPC, n° 2012-286, *BJE* janv. 2013, p. 1.
  - obs. sous Cass. com., 4 juin 2013, n° 12-16.366, *D.* 2013, p. 2363.
  - obs. sous Cass. com., 2 juin 2015, n° 13-24.714, *Act. proc. coll.* 2015, n° 12, comm. 184.
  - obs. sous Cass. com., 12 juill. 2016, n° 15-50.008, *LEDEN* 2016, p. 1.
  - obs. sous Cass. com., 5 déc. 2018, n° 17-25.664, *D.* 2019, p. 1903.
  - obs. sous Cass. com., 12 nov. 2020, n° 19-11.972, *LEDEN* déc. 2020, n° 113v3, p. 1.
  - obs. sous T. com. Paris, 11<sup>e</sup> ch., 27 oct. 2021, n° 2021043985, *LEDEN* nov. 2021, n° 200i8, p. 1.
  - obs. sous Cass. com., 9 juin 2022, QPC, n° 22-40.008, *LEDEN* juill. 2022, n° 200y5, p. 1.
  - obs. sous Cons. constit., 5 août 2022, QPC, n° 2022-1008, *LEDEN* sept. 2022, n° 201a2, p. 1.
- Martin-Serf (A.)**, obs. sous Cass. com., 3 déc. 2003, n° 02-14.474, *RTD com.* 2004, p. 373.
- Paclot (Y.) et Roussel Galle (P.)**, obs. sous Cass. com., 13 mars 2007, n° 06-13.325, *JCP E* 2008, 2101, p. 28.
- Pasturel (M.)**, rapp. sous Cass. com., 16 nov. 1993, n° 91-19.570, *D.* 1994, jur., p. 58.
- Percerou (J.)**, note sous Cass. req., 29 juin 1908, *D.* 1910, 1, p. 233.
- Pétel (P.)**,
- note sous Cass. com., 2 juin 2015, n° 13-24.714, *JCP E* 2015, 1422.
  - obs. sous Cass. com. 5 avr. 2016, n° 14-19.869, *JCP E* 2016, 1465.
  - obs. sous Cass. com., 12 juill. 2016, n° 15-50.008, *Act. proc. coll.* 2016, n° 14, alerte 195.
- Pollaud-Dulian (F.)**, note sous Cass. ass. plén., 9 juill. 1993, n° 89-19.211, *JCP* 1993, II, 22122, p. 365.
- Reille (F.)**,
- obs. sous Cass. com., 15 déc. 2009, n° 08-20.934, *Gaz. Pal.* 16-17 avr. 2010, p. 20.
  - obs. sous Cass. com., 8 oct. 2012, QPC, n° 12-40.058, *BJS* déc. 2012, p. 866.
  - obs. Cass. com. 5 avr. 2016, n° 14-19.869, *Gaz. Pal.* 28 juin 2016, n° 269p8, p. 45.
- Reygrobellet (A.)**, note sous CA Paris 29 sept. 2016, RG n° 14/20448, *Rev. sociétés* 2017, p. 163.
- Robaczewski (C.)**, obs. sous Cass. crim., 8 juill. 2015, n° 14-84.075, *Gaz. Pal.* 19 janv. 2016, n° 254p7, p. 78.

**Saint-Alary-Houin (C.),**

- obs. sous Cass. com., 27 mars 2012, n° 10-20.077, *Dr. & patr. mensuel* 2012, p. 104, *BJE* sept. 2012, p. 269.
- note sous Cass. com., 12 juill. 2016, n° 15-50.008, *BJE* janv. 2017, n° 114d0, p. 22.

**Schlumberger (E.),** obs. sous Cass. 1<sup>e</sup> civ., 18 oct. 2017, no 16-17.184, *BJS* févr. 2018, n° 17h7, p. 79.

**Soinne (B.),** obs. sous CA Rennes, 2<sup>e</sup> ch. com., 21 nov. 2001, arrêt n° 426, *Rev. proc. coll.* 2003, p. 117.

**Théron (J.),**

- obs. sous Conseil constit., 7 déc. 2012, QPC, n° 2012-286, *Gaz. Pal.* 9 mars 2013, n° 122d5.
- note sous Cass. com., 2 juin 2015, n° 13-24.714, *Gaz. Pal.* 22 sept. 2015, p. 163.
- obs. sous Cass. com., 12 nov. 2020, n° 19-11.972, *Gaz. Pal.* 27 avril 2021, n° 420w3.

**Théry (P.),** obs. sous Conseil constit., 7 déc. 2012, QPC, n° 2012-286, *RTD civ.* 2013, p. 889.

**Vallansan (J.),**

- obs. sous Cass. com., 4 juin 2013, n° 12-16.366, *Act. proc. coll.* 2013, alerte 155.
- obs. sous Cass. com., 12 juill. 2016, n° 15-50.008, *Rev. proc. coll.* 2016, comm. 165.

**Vasseur (M.),** note sous Cass. com., 25 nov. 1986, n° 85-12.529, *D.* 1987, somm., p. 297.

## VI. Travaux législatifs, rapports et avis

**Attali (J.)** (prés.), *Rapport de la Commission pour la libération de la croissance française*, La Documentation française, 2008.

**Autorité de la concurrence**, avis n° 15-A-02 du 9 janvier 2015 *relatif aux questions de concurrence concernant certaines professions juridiques réglementées*.

**Colcombet (F.) et Montebourg (A.),** *Les tribunaux de commerce : une justice en faillite ?*, Commission d'enquête parlementaire de l'Assemblée nationale, rapport n° 1038 du 3 juillet 1998, Michel Lafon.

**Commission européenne,**

- Rapport du 17 février 2004 *sur la concurrence dans le secteur des professions libérales*.
- Communication au Parlement européen, au conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions, *Union des marchés des capitaux : des résultats, un an après le plan d'action*, 25 nov. 2021, COM (2021) 720.

**Commission juridique de la C.C.I. de Paris,** *Les professions d'administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises : Propositions de réforme*, 27 nov. 1997.

**Darrois (J.-M.),** *Rapport sur les professions du droit*, 2009.

**Ferrand (R.),** *Professions réglementées. Pour une nouvelle jeunesse*, oct. 2014.

**Inspection générale des finances,** *Rapport n° 2012-M-057-3 sur les professions réglementées*, 2013.

**Institut Français des Praticiens des Procédures Collectives (IFPPC),** *Guide des diligences des mandataires de justice et recommandations*.

**Médiateur de la République,** *Rapport au Président de la République et au Parlement par l'année 1979*, Direction des journaux officiels, 1979.

**Richelme (G.)** (dir.), *Rapport de la mission « justice économique »*, févr. 2021.

**Ricol (R.),** *Mission AGS/AJMJ*, *Rapport au Premier Ministre*, 15 avril 2021.

**Roux (X. de),** *Rapport AN*, n° 2095, Commissions des lois, enregistré le 11 févr. 2005.

Exposé des motifs du Code de commerce de 1807, présenté au corps législatif, Librairie de l'Imprimerie Impériale.

Question n° 9506, *JO Ass. nat.*, 22 janv. 1958, p. 225.



Projet de loi n° 1578 *relatif au règlement judiciaire*, enregistré le 14 juin 1983, Exposé des motifs.

Projet de loi n° 1579 *relatif aux administrateurs judiciaires, mandataires-liquidateurs et experts en diagnostic d'entreprise*, enregistré le 14 juin 1983, Exposé des motifs.

Projet de loi n° 2447 *pour la croissance et l'activité*, enregistré le 11 décembre 2014, Exposé des motifs.

*Rapport annuel de la Cour de cassation pour l'année 1997*, La documentation française, 1998  
Travaux parlementaires de la loi du 25 janvier 1985.

Rapport d'information n° 1454 du 29 novembre 2018 sur *l'évaluation de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « loi Macron »*.

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 *portant modification du livre VI du code de commerce*.



# INDEX

*Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes*

## A

**Accès à la profession** : 387 et s.

- Éviction des professionnels : 384
- Master ALED : 391

**Actes conservatoires** : 108, 312

**Actes soumis à autorisation du juge** : 161 et s.

**Action attitrée** : 85, 95, 101, 187, 198 et s.

**Action dite *ut singuli*** : 74 et s.

**Action en extension** :

- Articulation avec l'intérêt du débiteur : 112
- Conditions : 189 et s.
- Exercice par les mandataires de justice : 194 et s.
- Exercice par le créancier contrôleur : 216
- Exercice par le débiteur : 217 et s.
- Finalité : 189 et s.
- Limite de la conformité à l'intérêt collectif des créanciers : 59

**Action en nullité des actes passés durant la période suspecte** : 52 et s., 110, 223

**Action en responsabilité contre les tiers** : 114 et s.

**Action en responsabilité pour insuffisance d'actif** : 57 et s., 128 et s., 220

**Action en restitution de l'indu** : 298

**Action en substitution** : v. *Substitution*

**Action exercée dans un intérêt déterminé** : 80, 84 et s., 100, 199

**Activité économique** : 14, 168, 197, 229 et s., 256 et s., 320

**Administrateur judiciaire** :

- Constitution des classes : v. *Classes de parties affectées*
- Efficacité des actions : 105 et s.

- Exercice de la profession d'avocat : 17, 18, 401

- Nature conservatoire de la mission : 137 et s.

- Préparation de la cession : 280

- Préparation du plan : 279

- Prudence dans la gestion : 155 et s.

- Représentation du débiteur : 139 et s.

**Administrateur provisoire** : 152, 155 et s., 160, 166

**Agent** : 1, 72, 351 et s.

**Association pour la gestion du régime de Garantie des créances des Salariés (AGS)** :

- Avance des créances salariales : 470 et s.

- Concurrence dans les répartitions : 460

- Conflit avec les mandataires de justice : 470 et s.

- Observations sur la désignation des mandataires de justice : 440

**Autorité des décisions d'admission des créances** : 316 et s.

**Auxiliaire au service du tribunal** : 270 et s.

## B

**Banqueroute** : 73, 177 et s.

**Barème** : 453 et s.

**Bilan économique et social** : 414, 453 et s.

## C

**Caisse des dépôts et consignations** : 23, 48

**César Birotteau** : 1, 2

**Cessation de l'activité** : 98, 281

- Classes de parties affectées** : 321 et s.
- Accords de subordination : 329
  - Application forcée interclasse : 332
  - Communauté d'intérêt suffisante : 323
  - Fautes de l'administrateur : 337 et s.
  - Sort des détenteurs de capital : 327
  - Stratégies de l'administrateur : 330 et s.
  - Traitement des créances de l'AGS : 326

**Collectivisation des poursuites** : 30 et s.

**Commissaire à l'exécution du plan** :

- Défense de l'intérêt collectif des créanciers : 44 et s.
- Extension de la procédure : 214
- Nullités de la période suspecte : 109 et s.
- Surveillance de l'exécution du plan : 289 et s.

**Commission nationale d'inscription et de discipline (CNID)** : 384, 390, 391, 400, 405, 425

**Conciliation** : 233, 330, 445, 477

**Conflits d'intérêts** : 147, 402 et s., 434 et s., 443

**Conseil national des administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires (CNAJMJ)** : 390, 396 et s., 405, 406, 470

**Conservation droits débiteur** : 107

**Conversion de la procédure** : 279 et s.

**Créancier contrôleur** : 98 et s.

## D

**Décret du 20 mai 1955** : 5, 6, 368 et s., 390

**Décret-loi du 8 août 1935** : 57, 59, 73, 189

**Désignation des commissaires de justice** : 433 et s.

**Dessaisissement** : 154, 159 et s.

**Directive du 20 juin 2019** : 19 et s., 321 et s., 414, 421, 443 et s.

**Distinction action spécifique aux procédures collectives et exercice droits débiteur et créancier** : 199

**Distribution** :

- Prix des immeubles : 300
- Prix des meubles : 301

## E

**Effet de saisie** : 149 et s.

## F

**Financement de la poursuite de l'activité** : 48, 49, 233 et s.

**Frais de justice** : 462

- Classement des créances : 463 et s.
- Frais de conciliation : 477 et s.

## G

**Gage commun des créanciers** : 32 et s., 54 et s., 59, 60, 116, 151, 181 et s., 197, 223, 320

**Garantie d'activité** : 420 et s.

**Groupe de sociétés** : 218

## H

**Harmonisation des droits nationaux** : 21, 22

**Honoraires** : 455 et s.

- Concurrence avec l'AGS : 460
- Concurrence avec le créancier rétenteur ou propriétaire : 459
- Dossiers impécunieux : 479 et s.
- Perception : 457

## I

**Insolvency Practitioners Regulations** : 406

**Insuffisance professionnelle** : 423 et s.

**Intérêt collectif** :

- Associations : 209 et s.
- Créanciers : v. *Intérêt collectif des créanciers*
- Syndicats : 206 et s.

**Intérêt collectif des créanciers :**

- Affectation du fruit de l'action : 47 et s., 97
- Collectivisation des poursuites : 31 et s.
- Efficacité limitée de l'habilitation à agir du commissaire à l'exécution : 44 et s.
- Indemnisation des créanciers : 37 et s.

**Intérêt général :**

- Assimilation de l'intérêt de l'entreprise à l'intérêt général : 10, 229

**Intérêt social :** 236 et s.**J**

**Juge-commissaire :** 72, 99, 163 et s., 273, 307, 320, 333, 425, 428, 470

**L**

**Licenciement :** 40, 233, 246, 336

**Liquidateur judiciaire :**

- Nullités de la période suspecte : 110
- Réalisation des actifs : 297 et s.
- Responsabilité pour insuffisance d'actif : v. *Action en responsabilité pour insuffisance d'actif*

**Loi du 28 mai 1838 :** 2, 3, 72, 352 et s.

**Loi du 13 juillet 1967 :** 39, 73, 78 et s., 149, 180

**Loi du 25 janvier 1985 sur le redressement :** 7, 9, 48, 139, 229

**Loi du 25 janvier 1985 relative aux professions :** 7, 10, 381 et s.

**Loi 3 janvier 2003 :** 17, 18, 383 et s.

**Loi du 26 juillet 2005 :** 59, 80, 321, 447

**Loi du 6 août 2015 :** 17, 388 et s., 402, 435, 455

**M**

**Magistrat inspecteur :** 394, 397, 400

**Mandataire de justice :**

- Fonctions de l'administrateur : v. *Administrateur judiciaire*
- Fonction du mandataire judiciaire : v. *Mandataire judiciaire*
- Profession : v. *Statut*

**Mandataire judiciaire :**

- Action dans l'intérêt collectif des créanciers : v. *Intérêt collectif des créanciers* et *Représentation des créanciers*

**Masse des créanciers :** 12, 31 et s., 65 et s., 75 et s.

**Ministère public :** 58, 180, 184 et s., 194 et s., 245 et s., 286, 394 et s., 420 et s., 431, 445, 448

**Mission de l'administrateur :**

- Dessaisissement : 159 et s.
- Mission de représentation : 139 et s.
- Nature conservatoire : 148 et s.
- Surveillance du débiteur : 156 et s.

**Mission de police de la vie des affaires :** 201 et s.

- Action en extension : 212
- Habilitation à agir : 211 et s.
- Libération du capital : 224
- Mesures conservatoires issues de la loi *Pétroplus* : 222
- Nullités de la période suspecte : 223
- Responsabilité pour insuffisance d'actif : 220
- Responsabilité environnementale pour insuffisance d'actif : 221
- Sanction professionnels et pénales : 212

**Monopole :** 6, 20, 42, 46, 61 et s., 78 et s., 96 et s., 357

**N**

**Nature de la décision d'admission de la créance :** 308 et s.

**Nature de la demande de résolution de la cession de l'entreprise** : 295

**Nature de la demande de résolution du plan** : 291 et s.

**Nature du projet de plan** : 273 et s.

**Négociation avec les créanciers** : 321 et s.

**Nombre de professionnels** : 383, 388

## O

**Objectifs des procédures collectives** : 22, 24, 35, 50, 97, 320, 395, 411, 452

**Office suisse des faillites** : 484

*Official receiver* : 484

**Ordonnance du 15 septembre 2021** : 23, 321 et s., 463 et s., 478

**Organe de la procédure** : 266 et s., 316 et s.

## P

**Poursuite des contrats en cours** : 166 et s.

**Pouvoir** : 88 et s.

**Préjudice propre du débiteur** : 115, 116

**Préjudice subi** : 182 et s.

**Professionnalisation des syndics** : 349 et s.

- Consécration d'une organisation professionnelle nationale : 368
- Création de la première compagnie de syndics : 362 et s.
- Création des listes de syndics : 357
- Refus de la professionnalisation de la fonction de syndic : 354

**Propositions d'un professionnel par le débiteur** : 444 et s.

**Proximité du droit des saisies et des procédures collectives** : 148 et s., 152 et s.

## Q

**Qualité procédurale du mandataire judiciaire dans l'admission des créances** : 313 et s.

## R

**Réalisation de l'actif** : 297 et s.

**Rebond (droit au)** : 23, 455, 480

**Refus d'un mandat** : 432

**Rémunération des mandataires de justice** :

- Barème : 452
- Concours avec l'AGS : 462
- Perspectives d'évolution : 474

**Représentation des créanciers** :

- Action en carence : 98
- Origine contractuelle du groupement des créanciers : 68 et s.
- Retrait des prérogatives de contrôle : 72 et s.

**Responsabilité de l'administrateur judiciaire** :

- Adoption d'un plan par les classes de parties affectées : 323 et s.
- Conversion de la procédure : 285 et s.
- Élaboration du plan : 279 et s.

**Responsabilité de l'établissement de crédit** :

- Crédit ruineux : 120
- Défaut de mise en garde : 121
- Rupture abusive : 115
- Soutien artificiel : 119

**Responsabilité du commissaire à l'exécution du plan** :

- Résolution de la cession de l'entreprise : 296
- Résolution du plan de continuation : 294 et s.

**Responsabilité du dirigeant** :

- Recherchée en liquidation judiciaire : 127 et s.
- Recherchée hors liquidation judiciaire : 131 et s.

**Responsabilité du liquidateur judiciaire** :

- Réalisation et distribution des actifs : 298 et s.
- Résolution du plan de cession : 296

**Rétention (droit de)** : 323, 436, 478

**S****Sanctions pénales et professionnelles :**

177 et s.

- Articulation avec la notion d'intérêt collectif des créanciers : 180 et s.
- Limites à l'action de l'administrateur judiciaire : 186 et s.

**Sauvegarde de l'activité :**

- Préservation des capacités financières de l'entreprise : 233 et s.
- Protection des capacités de production : 231 et s.

**Sous-traitance de la mission :** 427 et s.**Statut :** 344 et s.

- Contrôle disciplinaire : 377
- Droit de présentation : 366
- Exemples étrangers : 20
- Incompatibilités d'exercice : 375, 482
- Inscription sur les listes : 371, 384 et s.

**Substitution :** 244 et s.

- Action de l'administrateur : 257 et s.
- Action des syndicats : 245 et s.
- Action du mandataire judiciaire : 260 et s.

- Action du Ministre de l'Économie en matière de pratiques restrictives de concurrence : 251 et s.
- Comparaison avec l'action oblique : 257
- Intérêt de l'entreprise : 259
- Place de la victime : 249, 253, 258, 261

**Surveillance des mandataires de justice :**

393 et s.

**Syndic :** 1, 30 et s., 68 et s.**T****Tierce opposition :** 92 et s.**Traitement de la procédure par un acteur public :** 484 et s.**U***US trustee* : 484**V****Vérification des créances :** 307 et s.





# TABLE DES MATIÈRES

<b>Remerciements</b> .....	<b>VII</b>
<b>Principales abréviations</b> .....	<b>IX</b>
<b>Sommaire</b> .....	<b>XIII</b>
<b>Introduction</b> .....	<b>I</b>
<b>Partie 1 : Les limites de la scission des fonctions des mandataires de justice</b> .....	<b>31</b>
<b>Titre 1 : La fonction du mandataire judiciaire</b> .....	<b>33</b>
Chapitre 1 : L'ambiguïté des actions du mandataire judiciaire au regard de l'objectif de paiement des créanciers.....	35
Section 1 : Les actions intentées en défense de l'intérêt collectif des créanciers .....	36
§ 1 : L'évolution de la définition de l'intérêt collectif des créanciers.....	37
I. Le renforcement de l'efficacité de l'action du syndic par la collectivisation des poursuites.....	37
A. L'extension du domaine de l'intérêt collectif des créanciers.....	37
B. La collectivisation ancienne des effets de l'action paulienne .....	41
II. La remise en cause de l'indemnisation des créanciers .....	44
A. Le recul de l'indemnisation individuelle des créanciers.....	44
B. Le possible retour à une meilleure indemnisation individuelle des créanciers .....	49
§ 2 : Les limites de l'habilitation à agir dans l'intérêt collectif des créanciers .....	55
I. La portée restreinte de l'habilitation du commissaire à l'exécution du plan à défendre l'intérêt collectif des créanciers .....	55
II. Le paradoxe de l'affectation du fruit de l'action intentée dans l'intérêt collectif des créanciers .....	60
Section 2 : Les actions spécifiques aux procédures collectives .....	64
§ 1 : La finalité ambivalente des nullités des actes passés durant la période suspecte.....	65
I. Les nullités permettant d'augmenter le gage commun des créanciers .....	66
II. Les nullités étrangères à l'augmentation du gage commun des créanciers .....	68
§ 2 : Les actions potentiellement contraires à la distribution du plus grand dividende possible.....	69
I. L'action en responsabilité pour insuffisance d'actif.....	70
II. L'action en extension de la procédure.....	74
Conclusion du Chapitre 1 .....	77
Chapitre 2 : Le monopole de la défense de l'intérêt collectif des créanciers au service de la poursuite de l'activité.....	79
Section 1 : L'explication insuffisante du monopole par la notion de représentation .....	80
§ 1 : Le dessaisissement progressif des créanciers de leurs prérogatives d'origine contractuelle .....	82
I. L'origine contractuelle du lien unissant le syndic aux créanciers dans la masse.....	84
II. Les retraits successifs des prérogatives contractuelles des créanciers par le législateur .....	89
§ 2 : La disparition de l'action dite <i>ut singuli</i> à la suite de la réforme du 25 janvier 1985 .....	93
I. Les traits communs à l'action sociale <i>ut singuli</i> et à l'ancienne action dite <i>ut singuli</i> des créanciers dans la masse.....	94
II. Les insuffisances des explications du monopole par la notion de représentation judiciaire.....	98
Section 2 : Le monopole expliqué par le caractère attitré de l'action du mandataire judiciaire .....	102
§ 1 : La justification paradoxale du monopole du mandataire judiciaire .....	103
I. L'explication technique du monopole du mandataire judiciaire.....	103
II. Les paradoxes de l'habilitation à agir dans un intérêt déterminé .....	107
A. Le choix de ne pas conserver le pouvoir de représentation du mandataire judiciaire.....	108
B. Les conséquences du changement de nature de l'action du mandataire judiciaire sur l'exercice de la tierce opposition par les créanciers .....	113
§ 2 : La conformité du monopole à l'évolution de la finalité des procédures collectives.....	115
I. La cohérence du monopole au regard de l'objectif de poursuite de l'activité .....	115
II. Le rôle du créancier nommé contrôleur.....	116
Conclusion du Chapitre 2 .....	121
<b>Conclusion du Titre 1</b> .....	<b>123</b>

<b>Titre 2 : La fonction de l'administrateur judiciaire.....</b>	<b>125</b>
Chapitre 1 : L'efficacité relative des actions de l'administrateur judiciaire .....	127
Section 1 : La finalité ambivalente des habilitations spécifiques aux procédures collectives .....	127
§ 1 : L'habilitation à conserver les droits du débiteur.....	128
§ 2 : La reconstitution du patrimoine du débiteur.....	130
Section 2 : Les restrictions à l'exercice des droits du débiteur par l'administrateur judiciaire.....	134
§ 1 : Les actions en responsabilité contre les tiers .....	134
I. La réparation du préjudice découlant d'une rupture abusive de crédit .....	135
II. La réparation du préjudice découlant du concours fautif et du défaut de mise en garde du banquier ...	139
§ 2 : Les actions en responsabilité spécifiques au droit des sociétés .....	145
I. Les actions en responsabilité intentées contre le dirigeant .....	147
A. La responsabilité du dirigeant recherchée au cours d'une liquidation judiciaire.....	148
B. La responsabilité du dirigeant recherchée hors liquidation judiciaire .....	154
II. Les actions en responsabilité intentées contre l'associé .....	157
Conclusion du Chapitre 1 .....	161
Chapitre 2 : La finalité conservatoire de la mission de l'administrateur judiciaire .....	163
Section 1 : La nature conservatoire de la mission de l'administrateur judiciaire.....	164
§ 1 : La référence inappropriée à la notion de représentation .....	164
I. La transposition des solutions rendues en liquidation judiciaire .....	169
II. L'hypothèse d'une absence de transposition des solutions retenues en liquidation judiciaire .....	172
§ 2 : La participation de l'administrateur judiciaire à une mesure d'ordre conservatoire.....	174
I. L'inscription des procédures collectives dans le champ du droit de l'exécution .....	176
II. La mission de conservation commune au droit des saisies et aux procédures collectives.....	179
Section 2 : Le principe de prudence dans la gestion de l'entreprise en difficulté .....	182
§ 1 : La surveillance du débiteur.....	184
I. Le contrôle du débiteur.....	185
II. Le dessaisissement du débiteur .....	186
§ 2 : Le contrôle des actes de gestion .....	188
I. Les actes soumis à autorisation du juge.....	188
II. Le choix portant sur la poursuite des contrats en cours.....	191
Conclusion du Chapitre 2 .....	194
<b>Conclusion du Titre 2 .....</b>	<b>195</b>
<b>Conclusion de la Partie 1 .....</b>	<b>196</b>
<b>Partie 2 : Les fonctions des mandataires de justice appréhendées au spectre de l'intérêt général</b>	<b>199</b>
<b>Titre 1 : La défense de l'intérêt général dans les actions en justice des mandataires de justice .....</b>	<b>201</b>
Chapitre 1 : L'habilitation à exercer une mission de police de la vie des affaires.....	203
Section 1 : Les limites de l'étude des prérogatives des mandataires de justice appréhendées au regard des intérêts en présence.....	204
§ 1 : Les sanctions .....	205
I. Les sanctions sollicitées par les mandataires de justice chargés de l'intérêt collectif des créanciers	207
A. Les difficultés tenant à la notion d'intérêt collectif des créanciers.....	207
B. Les difficultés tenant à l'identification du préjudice subi.....	209
II. Les sanctions sollicitées par l'administrateur judiciaire .....	216
§ 2 : L'extension de la procédure .....	219
I. La finalité de l'extension de la procédure.....	219
II. L'exercice de l'action en extension par les mandataires de justice .....	223
Section 2 : La participation des mandataires de justice à la police de la vie des affaires .....	230
§ 1 : Les manifestations d'une mission de police confiée aux mandataires de justice.....	233
I. L'habilitation à agir des syndicats et des associations dans un intérêt collectif.....	233
A. L'habilitation des syndicats à agir dans l'intérêt collectif de la profession .....	234
B. L'habilitation des associations.....	237
II. L'habilitation à agir des mandataires de justice .....	239
A. L'exercice d'une mission de police de la vie des affaires par les mandataires de justice.....	239

B. L'exercice concurrent de l'action en extension et des sanctions par le créancier nommé contrôleur et le débiteur .....	244
1. L'action en carence du créancier nommé contrôleur .....	244
2. Le droit reconnu au débiteur de solliciter l'extension de la procédure .....	246
§ 2 : La généralisation de la mission de police de la vie des affaires aux actions spécifiques aux procédures collectives .....	249
I. Les autres actions contribuant à une police de la vie des affaires .....	250
II. Les actions assurant une forme de discipline entre les créanciers .....	255
Conclusion du Chapitre 1 .....	258
Chapitre 2 : L'habilitation à se substituer dans l'intérêt de l'entreprise .....	261
Section 1 : La finalité des prérogatives des mandataires de justice .....	262
§ 1 : La place de la sauvegarde de l'activité économique dans l'ensemble des prérogatives des mandataires de justice .....	262
I. La protection des capacités de production de l'entreprise .....	264
II. La préservation des capacités financières de l'entreprise .....	266
§ 2 : L'habilitation à exercer les droits des créanciers ou du débiteur afin de sauvegarder l'activité économique .....	268
I. La préservation du patrimoine de la société <i>in bonis</i> .....	269
II. La préservation du patrimoine du débiteur en difficulté .....	276
Section 2 : L'habilitation à exercer des actions en substitution dans l'intérêt de l'entreprise .....	277
§ 1 : L'action en substitution en droit du travail et des pratiques restrictives de concurrence .....	278
I. L'habilitation des syndicats à exercer les droits des salariés .....	279
II. L'habilitation du ministre de l'Économie à exercer les droits des victimes de pratiques restrictives de concurrence .....	284
§ 2 : L'action en substitution des mandataires de justice .....	290
I. L'habilitation de l'administrateur judiciaire à exercer les droits du débiteur .....	291
II. L'habilitation du mandataire judiciaire à exercer les droits des créanciers .....	294
Conclusion du Chapitre 2 .....	298
<b>Conclusion du Titre 1 .....</b>	<b>299</b>
<b>Titre 2 : La défense de l'intérêt général dans l'assistance au tribunal .....</b>	<b>301</b>
Chapitre 1 : L'assistance apportée au tribunal statuant sur le sort de l'entreprise .....	305
Section 1 : La détermination de la réponse aux difficultés du débiteur .....	306
§ 1 : Les propositions aboutissant au sauvetage de l'entreprise .....	306
I. L'influence de la nature de la décision sur la qualification procédurale de l'intervention de l'administrateur judiciaire .....	307
A. La qualification de décision administrative .....	310
B. La qualification de décision juridictionnelle .....	313
II. La responsabilité de l'administrateur judiciaire en cas de défaillance dans la préparation du plan .....	317
§ 2 : Les demandes de conversion de la procédure ou de cessation de l'activité .....	320
I. La nécessité de convertir la procédure et de cesser l'activité .....	321
II. La fonction des mandataires de justice en cas de conversion ou cessation de l'activité .....	324
Section 2 : L'exécution de la décision du tribunal .....	327
§ 1 : La surveillance de l'exécution du plan de continuation ou de la cession de l'entreprise .....	328
I. La résolution du plan de continuation .....	328
A. La nature juridique de la demande de résolution du plan .....	328
B. La fonction du commissaire à l'exécution du plan sollicitant la résolution du plan .....	332
II. La résolution de la cession de l'entreprise .....	333
§ 2 : La réalisation des actifs .....	335
I. Les erreurs commises dans les répartitions .....	335
II. La marge de manœuvre résultant du conflit né de la chronologie des opérations de liquidation des actifs isolés .....	339
Conclusion Chapitre 1 .....	343
Chapitre 2 : L'assistance apportée au tribunal dans la prise en compte de l'expression des créanciers .....	345
Section 1 : La vérification des créances .....	345
§ 1 : La qualité de partie du mandataire judiciaire .....	347
I. L'impossibilité d'inférer la nature de la déclaration de créance de son régime .....	349
II. Les difficultés à identifier l'auteur de la prétention .....	356
§ 2 : L'influence de la fonction d'organe de la procédure sur l'appréciation de l'autorité de la décision portant sur l'admission des créances .....	359

Section 2 : La négociation de la restructuration de la dette .....	365
§ 1 : Les marges de manœuvre stratégiques afin de favoriser l'adoption du plan .....	366
I. La constitution des classes de parties affectées .....	367
A. La soumission aux classes de parties affectées.....	367
B. L'appréciation de la communauté d'intérêt suffisante au sein des classes .....	373
II. Les stratégies de l'administrateur afin de favoriser l'adoption du plan .....	375
§ 2 : Les incertitudes tenant au contrôle opéré par le tribunal .....	380
I. Les difficultés relatives à la mise en œuvre du test du meilleur intérêt des créanciers .....	381
II. Les conséquences d'une remise en cause par le tribunal de la consultation des parties affectées ...	383
Conclusion du Chapitre 2 .....	387
<b>Conclusion du Titre 2 .....</b>	<b>388</b>
<b>Conclusion de la Partie 2 .....</b>	<b>389</b>
<b>Partie 3 : Le statut des mandataires de justice .....</b>	<b>391</b>
<b>Titre 1 : La réglementation de la profession de mandataire de justice .....</b>	<b>393</b>
Chapitre 1 : La construction historique d'une profession d'auxiliaire de justice .....	395
Section 1 : L'émergence de la profession de syndic auprès des tribunaux de commerce .....	397
§ 1 : Les prémisses de la réglementation de la profession de syndic .....	398
§ 2 : La première structuration de la profession de syndic près les tribunaux de commerce .....	404
I. Le renforcement de la discipline des syndics .....	404
II. Le refus de reconnaître un droit de présentation rémunéré .....	408
Section 2 : La consécration de la profession de mandataire de justice .....	410
§ 1 : L'inscription sur les listes de syndics .....	411
§ 2 : L'organisation de la profession de syndic .....	418
Conclusion du Chapitre 1 .....	422
Chapitre 2 : La singularité d'une profession concourant à une mission d'intérêt général .....	423
Section 1 : L'accès à la profession de mandataire de justice .....	424
§ 1 : La réforme de la procédure d'inscription par la loi du 25 janvier 1985 .....	424
§ 2 : Les innovations de la loi du 6 août 2015 .....	430
Section 2 : L'exercice de la profession .....	437
§ 1 : La place de l'autorité publique dans le contrôle de l'exercice de la profession.....	437
I. L'éviction radicale des professionnels de la discipline par la loi du 25 janvier 1985.....	438
II. La restauration partielle du contrôle disciplinaire assuré par les mandataires de justice.....	440
§ 2 : Les conditions d'exercice de la profession .....	445
I. Les risques de conflits d'intérêts .....	447
II. L'insuffisance de la prévention des conflits d'intérêts .....	449
Conclusion du Chapitre 2 .....	454
<b>Conclusion du Titre 1 .....</b>	<b>455</b>
<b>Titre 2 : La distribution judiciaire des mandats .....</b>	<b>457</b>
Chapitre 1 : La désignation des mandataires de justice .....	461
Section 1 : Le choix du tribunal.....	461
§ 1 : La désignation des professionnels inscrits sur les listes .....	463
I. La distribution contrainte.....	464
A. La garantie d'activité.....	464
B. La réponse à l'insuffisance professionnelle .....	466
II. La distribution proportionnée .....	470
A. La complexité des affaires.....	470
B. Le contrôle de la distribution des mandats .....	473
§ 2 : La désignation des professionnels non inscrits sur les listes pour certaines procédures liquidatives ..	477
I. Les potentiels conflits d'intérêts .....	478
II. L'apparente simplicité des procédures .....	480
Section 2 : L'intervention du débiteur et des créanciers dans la désignation des mandataires de justice ...	482
§ 1 : La consultation de certains créanciers sur la désignation des professionnels .....	483
§ 2 : La proposition de désignation d'un professionnel par le débiteur .....	487
Conclusion du Chapitre 1 .....	493

Chapitre 2 : La rémunération des mandataires de justice .....	495
Section 1 : La détermination du barème des frais de procédure .....	496
§ 1 : La correction des incitations négatives par la réforme du 26 décembre 2006 .....	497
§ 2 : La diminution de la rémunération imposée en application de la loi du 6 août 2015.....	500
Section 2 : Le financement des honoraires des mandataires de justice.....	503
§ 1 : Le concours entre les mandataires de justice et l'AGS.....	506
I. Les incertitudes relatives à l'établissement de l'ordre des paiements.....	506
II. Les difficultés liées aux avances de l'AGS .....	513
§ 2 : Les réponses structurelles aux difficultés de payer les frais de justice .....	519
I. L'évolution des modalités de financement des acteurs de la procédure .....	521
II. L'hypothèse de l'abandon du modèle du mandat de justice.....	527
A. La levée des incompatibilités d'exercice.....	527
B. La prise en charge du traitement des difficultés par des acteurs publics .....	528
Conclusion du Chapitre 2 .....	533
<b>Conclusion du Titre 2 .....</b>	<b>534</b>
<b>Conclusion de la Partie 3 .....</b>	<b>535</b>
<b>Conclusion générale.....</b>	<b>537</b>
<b>Bibliographie .....</b>	<b>543</b>
<b>Index .....</b>	<b>573</b>
<b>Table des matières .....</b>	<b>579</b>





## **Le mandat de justice dans les procédures collectives**

Les administrateurs et les mandataires judiciaires appartiennent à des professions sans clientèle, soumises à de strictes incompatibilités d'exercice et dont l'activité dépend quasi exclusivement des tribunaux. Ce statut singulier, qui détonne dans le paysage des professions réglementées, est régulièrement remis en cause. S'interroger sur l'avenir de ces professions doit s'accompagner d'une réflexion sur la finalité des fonctions exercées par ces mandataires de justice. Depuis la loi du 25 janvier 1985, les fonctions de l'ancien syndic de faillite ont été scindées en deux. Cette évolution a été justifiée par l'idée selon laquelle la primauté donnée à l'objectif de sauvetage de l'activité commandait de confier le soin des intérêts en présence à des acteurs distincts. Pourtant, l'étude des prérogatives des mandataires de justice montre que le mandataire judiciaire n'agit pas davantage dans l'intérêt des créanciers que de l'entreprise. De même, les droits et actions de l'administrateur participent moins à la défense de l'un des intérêts au détriment des autres que d'une mission conservatoire. Il en va ainsi car, en dernier ressort, toutes les prérogatives des mandataires de justice peuvent être rapportées à une forme de défense de l'intérêt général. Ces professionnels sont conduits à exercer une police de la vie des affaires, une fonction d'auxiliaire au service du tribunal ou à contribuer au sauvetage de l'activité, finalité appréhendée par la loi du 25 janvier 1985 comme un objectif d'intérêt général. Si le statut des mandataires de justice peut être amené à évoluer, il convient donc de veiller à préserver l'indépendance de ces professionnels, au regard des intérêts en présence, afin de garantir les conditions d'une exécution satisfaisante de leur mission.

Mots-clés : mandataires de justice, fonctions des mandataires de justice, scission des professions, statut.

### **The mandat de justice in insolvency law**

*Administrateurs and mandataires judiciaires* belong to professions without a clientele, subject to strict incompatibility of practice and whose activity depends almost exclusively on the courts. This unique status, which stands out in the world of regulated professions, is regularly called into question. As one reflects upon the future of these professions, one must assess the purpose of the functions performed by these professionals. Since the law of 25 January 1985, the functions of the *syndic* have been split into two. This development was justified by the idea that the primacy given to the objective of saving the business meant that the interests involved had to be dealt with by separate actors. However, the study of the prerogatives of the insolvency practitioners shows that the *mandataire judiciaire* does not act more in the interest of the creditors than of the company. Similarly, the rights and actions of the *administrateur* are less about defending one of the interests at stake to the detriment of the others than about a conservatory mission. This is so because, ultimately, all the prerogatives of the *mandataires de justice* can be related to a form of defense of the general interest. The insolvency practitioners may thus be called upon to police business life, to act as auxiliaries in the service of the court, or to contribute to the rescue of the business, an objective apprehended by the law of 25 January 1985 as being in the general interest. If the status of *mandataires de justice* may evolve, it is therefore necessary to preserve the independence of these professionals, with regard to the interests involved, in order to guarantee the conditions for the satisfactory performance of their mission.

Keywords: insolvency practitioners, aim of the functions, splitting of the professions, status.