

Document 1 de 1



Revue des procédures collectives n° 3, Mai 2011, dossier 35

Les créanciers postérieurs méritants (1re partie)

Etude par Geoffroy **BERTHELOT**
mandataire judiciaire

Sommaire

« Le propre du génie consiste à savoir dans quels cas il faut l'unité et dans quels cas il faut des différences »^{Note 1}

1. - « Ce sont souvent les problèmes les plus pratiques qui postulent le recours aux concepts fondamentaux »^{Note 2}.

Les praticiens, pour répondre aux objectifs de la loi relative aux procédures collectives, doivent s'employer quotidiennement pour concilier des intérêts *a priori* antagonistes, à savoir ceux de l'entreprise, du débiteur et de ses créanciers. Voilà une oeuvre utopique, puisqu'il s'agit de réussir là où le législateur, lui-même, faute d'y parvenir n'a eu de cesse depuis la loi de 1967 de privilégier tantôt les intérêts des créanciers, tantôt ceux du débiteur. Mais pour autant, le législateur n'a jamais entendu déconnecter le sort des créanciers de celui des entreprises en difficulté. C'est ainsi que la loi de 2005 puis l'ordonnance du 18 décembre 2008 sont venues renforcer les droits du débiteur, mais également ceux des créanciers pour tenter de restaurer un certain équilibre.

2. - Dans ce contexte et à la lumière des objectifs historiques des procédures collectives, que sont le sauvetage de l'entreprise, des emplois y attachés et le désintéressement des créanciers, le législateur a cherché à améliorer le rôle des créanciers antérieurs et le sort des créanciers postérieurs^{Note 3}. Effectivement l'amélioration du rôle des créanciers antérieurs se caractérise notamment par la constitution de comités des créanciers, le renforcement du rôle des contrôleurs et la suppression de l'extinction de la créance non déclarée... Quant au sort des créanciers postérieurs, il est manifestement rénové en raison, d'une part, de la redéfinition de son domaine d'éligibilité au traitement préférentiel et, d'autre part et surtout, par la consécration de la priorité de paiement dont il bénéficie au rang de privilège général. L'avènement de cette nouvelle sûreté, qui, sans être « la reine des sûretés », apparaît en théorie extrêmement favorable à son titulaire, quand on sait la concurrence que l'histoire a pu créer entre la matière des procédures collectives et celle des sûretés. D'autant que la force d'une sûreté se mesure à sa résistance aux procédures collectives, contexte dans lequel on oppose traditionnellement les intérêts des créanciers, qui cherchent à se doter de garanties efficaces pour échapper au traitement collectif de la procédure collective, à ceux du débiteur, qui ne pourra se redresser qu'en se soustrayant temporairement aux velléités de ces mêmes créanciers. Le professeur Pétel^{Note 4} rappelle sagement que « la confrontation du droit des procédures collectives au droit des sûretés tient de la rivalité millénaire du glaive et du bouclier ».

3. - Mais le régime protecteur des créanciers postérieurs ainsi proclamé, ne s'est pas fait sans heurts. En effet, les objectifs annoncés par le législateur de 1985 ont montré leurs limites. Les insuffisances de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 ont été largement soulignées, voire dénoncées par la doctrine, et parmi lesquelles on relève non seulement la proportion dérisoire des redressements judiciaires, mais également et surtout les incertitudes sur le sort des créanciers antérieurs et postérieurs illustrées par une jurisprudence toujours plus abondante, qui a tenté de colmater les brèches et de combler les lacunes des textes. Cette densité jurisprudentielle est empreinte de diversification, voire d'une certaine complexification, qui est préjudiciable aux praticiens qui sont les premiers à y être confrontés. Cela fait d'ailleurs dire à un praticien que « les créanciers sont les oubliés de la procédure collective »^{Note 5}. En effet, ils n'apparaissent qu'en dernier rang dans les objectifs fixés par le législateur pour le redressement judiciaire^{Note 6}, après la poursuite de l'activité et le maintien des emplois. Pis, l'apurement du passif, objectif historique de la liquidation judiciaire, n'est même pas rappelé dans les dispositions propres à cette procédure^{Note 7}.

4. - Nonobstant il est avéré que le terme « apurement » consacré dans l'énoncé des objectifs des procédures collectives, ne vise que les créanciers antérieurs^{Note 8}, tandis que les créanciers postérieurs concourent davantage à remplir les deux premiers objectifs de la loi. C'est la raison pour laquelle, il est reconnu depuis longtemps que le règlement des créanciers postérieurs à l'ouverture de la procédure collective doit s'effectuer par préférence à celui des créanciers antérieurs, aux motifs qu'ils participent au sauvetage de l'entreprise et des emplois attachés ou qu'ils contribuent à la conservation des actifs constituant le patrimoine du débiteur.

5. - Déjà, la doctrine classique exprimait cette idée en opposant sous l'empire de la loi de 1967, les concepts de « créanciers dans la masse » pour qualifier les créanciers antérieurs, de « créanciers de la masse », pour les créanciers postérieurs. En effet, la loi de 1967 garantissait un régime de faveur aux créanciers postérieurs par le truchement de la notion de masse, personnification de la collectivité des créanciers. Mais il était difficile de justifier, faute de textes, d'un tel traitement de faveur. Pour certains auteurs, les créances postérieures naissant dans le cadre d'une procédure confiée à un mandataire de justice, devaient naturellement bénéficier d'un tel privilège. Pour d'autres, les créanciers contribuant à la conservation ou à la réalisation du gage commun des créanciers, devaient bénéficier d'un privilège proche de celui du conservateur. Autant d'arguties qualifiées d'artificielles, voire de divinatoires^{Note 9}.

6. - En effet, pour Ripert et Roblot, la seule justification idoine du traitement de faveur accordé aux créanciers postérieurs est d'ordre pratique, dès lors que ces derniers sont indispensables à la poursuite de l'activité ou à l'organisation de la liquidation^{Note 10}. Il fallait donc reconnaître le rôle majeur des créanciers postérieurs dans la réussite du sauvetage de l'entreprise ou dans la conservation des actifs en les associant à ce succès. Cela devait passer par une détermination précise de leur domaine et par l'octroi d'une situation « privilégiée »^{Note 11} les concernant.

7. - Dès lors, l'idée d'opérer et de maintenir une distinction de traitement entre les créances antérieures et postérieures au jugement d'ouverture de la procédure collective est résolument bonne. Déjà, sous l'empire de la loi de 1985, la délimitation des créances antérieures et postérieures était une question des plus délicates^{Note 12}. Pourtant, toute distinction postule un objectif déterminé. En effet, si les créances postérieures bénéficient d'un tel traitement préférentiel, c'est dans le dessein d'« appâter »^{Note 13} les fournisseurs et les apporteurs de crédits, en leur accordant en contrepartie de leurs concours, un paiement à l'échéance ou à défaut une priorité de paiement. Il s'agit, d'une part, de parvenir à financer la période d'observation et ainsi la continuation de l'exploitation, gage de la réussite de la procédure, et à terme de la pérennité de l'entreprise, ou, d'autre part, de conserver les actifs. De la sorte, l'approvisionnement de l'entreprise pendant la période d'observation est assuré. Le débiteur pourra donc reconstituer ses forces à l'abri des poursuites individuelles des créanciers antérieurs. Ainsi, voulant favoriser au maximum le financement de la poursuite d'activité, le législateur de 1985, d'une part, assurait à ces créanciers postérieurs un paiement à l'échéance et, d'autre part, instituait une priorité de paiement sur toutes les créances antérieures, à l'exception du superprivilège des salaires. Ainsi à partir du moment où il était acquis que la créance était née régulièrement après le jugement d'ouverture, celle-ci bénéficiait de la règle du paiement à l'échéance et à défaut de la priorité de paiement. Dès lors, en dépit des travaux préparatoires à la réforme qui envisageaient de cantonner le traitement de faveur aux seules créances professionnelles, la loi de 1985 a considérablement accru l'avantage accordé aux nouveaux créanciers dits créanciers postérieurs ou créanciers de la procédure.

8. - Cependant, la doctrine, qui opinait déjà pour que les seules créances professionnelles nées régulièrement après le jugement d'ouverture soient garanties pour redonner au traitement de faveur sa première vocation, a relevé la principale raison de la médiocre efficacité de la priorité ainsi accordée, qu'était leur volume excessif. En effet, la plupart des créances nées pendant la procédure ou qualifiées comme telles, bénéficiaient du régime de faveur, indépendamment de la finalité de l'opération qui en était la source et donc en contradiction manifeste avec l'objectif de redressement de l'entreprise. Ainsi, l'analyse trop littérale de l'ancien « article 40 » a conduit au gonflement du passif prioritaire, et peu importait que l'on s'éloigne de son fondement originel qu'est le financement de l'entreprise permettant son sauvetage. Pourtant, déjà sous l'empire de la loi de 1967, les dettes de la masse résultaient le plus souvent de la poursuite directe de l'activité ou de la continuation des contrats en cours. Et d'ailleurs, la jurisprudence recherchait déjà une finalité puisque ces dettes devaient être nées « pour le compte », « dans l'intérêt » ou encore « au profit » de la masse^{Note 14}.

9. - Dès lors, cette priorité de paiement instituée par la loi du 25 janvier 1985 en son article 40, qui a été d'emblée désignée par ce numéro, on parlait alors abusivement de « privilège de l'article 40 », n'a pas été accueillie sans résistance. Certains y ont vu une spoliation des créanciers munis de sûretés ; d'autres un privilège exorbitant accordé à l'entreprise en difficulté, si bien que de nombreux amendements avaient été déposés dans le dessein d'en réduire sa portée. Ainsi, il avait été suggéré de limiter ce paiement préférentiel aux créances nées de la poursuite d'activité pendant la période d'observation et de subordonner le règlement préférentiel des établissements de crédit et des fournisseurs dont le contrat se poursuit à une autorisation du tribunal^{Note 15}. Ce texte avait même fait l'objet d'un recours pour inconstitutionnalité devant le Conseil constitutionnel au motif que « les droits réels d'hypothèque et de gage constitués avant le vote de la loi sont anéantis par celle-ci ». Ce recours fût rejeté en raison du fait que le texte se borne à modifier l'ordre de priorité des paiements, garantis par les droits réels d'hypothèque et de gage, sans les supprimer^{Note 16}.

10. - Ces critiques pouvaient paraître excessives, dès lors que le droit antérieur connaissait déjà la distinction des dettes de la masse, nées de la procédure, et des dettes dans la masse, nées antérieurement au jugement d'ouverture. De surcroît, d'aucuns tentaient de trouver des fondements économiques ou juridiques à cette disposition. Certains évoquaient que les créanciers n'accorderaient jamais leur crédit à une entreprise en difficulté sans avoir une certaine garantie d'être payés. Et le Garde des Sceaux, déjà à l'époque, avait affirmé que « ce n'est pas l'empire de la générosité, c'est la loi de la nécessité qui inspire cet article »^{Note 17}. Ensuite un tel texte ne faisait que prolonger la jurisprudence accordant une priorité aux dettes de la masse en accroissant considérablement sa portée. Mais si, sous l'empire de la loi de 1967, les créanciers de la masse étaient effectivement payés avant les créanciers dans la masse, ils ne l'étaient que dans la seule mesure où ces derniers n'étaient pas titulaires de sûretés.

11. - Ce débat très animé a donc repris lors du vote de la loi du 10 juin 1994 avec « en tête de cortèges » les établissements de crédit, qui menaçaient de ne plus octroyer de prêts aux PME si l'article 40 demeurait en l'état. Or, une abrogation pure et simple était à exclure, tant cet article constitue la pierre angulaire du financement de la période d'observation dans le dessein de sauvegarder l'entreprise, de sauver les emplois et d'apurer le passif, objectifs de la procédure de redressement judiciaire. Les créanciers postérieurs jouent en principe un rôle économique et juridique particulier, puisqu'ils permettent la poursuite de l'exploitation, ou au moins, la conduite de la procédure. Devant un tel dilemme, il a été choisi de ne pas opérer de modification du texte en redressement judiciaire, mais de rétrograder le rang des créanciers postérieurs dans l'hypothèse du prononcé d'une liquidation judiciaire. Mais il en résulte indéfectiblement « une dilution de la priorité de paiement qui perd en efficacité ce qu'elle gagne en fréquence »^{Note 18}.

12. - Par conséquent, la doctrine^{Note 19} continuait de dénoncer l'incohérence et les insuffisances d'un critère essentiellement chronologique, encore aggravées par l'extension prétorienne de la catégorie des créances postérieures, et suggérait dès lors l'ajout d'un critère téléologique. La Cour de cassation en 2002 l'appelait également de ses vœux « il paraît excessif que la créance fasse l'objet d'un paiement prioritaire du seul fait qu'elle est née après le jugement d'ouverture ; il serait plus favorable au redressement des entreprises que seules les créances nécessaires à la poursuite de l'activité après le jugement d'ouverture bénéficient d'un tel traitement de faveur »^{Note 20}.

13. - Cette évolution plébiscitée par la doctrine et la Cour de cassation a été engagée par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, qui en son article 33 a profondément, d'une part, modifié le domaine des créances postérieures bénéficiant du

régime de faveur, avec pour objectif de limiter le passif postérieur aux créances utiles à la procédure, et d'autre part, érigé la priorité de paiement au statut de privilège au sens de l'article 2324 du Code civil. La diminution souhaitée du volume des créances ainsi « privilégiées » et la consécration du « privilège de procédure » devraient respectivement favoriser le paiement de celles retenues et rassurer les créanciers potentiels.

14. - Ainsi, les articles L. 622-17 et L. 641-13 du Code de commerce réservent le régime de faveur aux créances postérieures certes, mais qui sont « utiles » à la procédure ou la contrepartie d'une prestation fournie au débiteur. Les autres créances postérieures doivent désormais se soumettre aux règles de l'arrêt des poursuites individuelles et de la déclaration au passif, à l'instar des créances antérieures.

15. - Dorénavant, pour bénéficier du régime préférentiel, les créances doivent satisfaire cumulativement trois conditions. Elles doivent être nées régulièrement après le jugement d'ouverture, comme sous l'empire de la loi de 1985, mais également, innovation de la loi de 2005, être affectées aux « besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou (intervenir) en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, pour son activité professionnelle ». Ces deux conditions alternatives mettent fin aux discussions ésotériques sur la nature de la créance élue, puisqu'aujourd'hui elle doit, sous les recommandations de la Cour de cassation dans son rapport de 2002, être utile à la poursuite de l'activité. De plus, le législateur a réglementé de manière séparée le privilège dans la liquidation judiciaire à l'article L. 641-13. Cette nouvelle disposition, à l'instar de l'article L. 622-17, restreint le champ d'application du traitement préférentiel, puisqu'il vise « *les créances nées régulièrement après le jugement ouvrant ou prononçant la liquidation judiciaire pour les besoins du déroulement de la procédure, pour les besoins, le cas échéant, de la période d'observation antérieure, ou nées en raison d'une prestation fournie au débiteur, pour son activité professionnelle* » postérieure au jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire, de la sauvegarde ou du redressement judiciaire. Le législateur assure ainsi le *continuum*, puisque le traitement de faveur obtenu au cours de la période d'observation se maintient, avec des avantages différents, dans le cadre de la liquidation subséquente. Il maintient aussi « le compromis acrobatique »^{Note 21} obtenu en 1994, puisque, certains créanciers titulaires de sûretés voient leur préférence aux créanciers postérieurs méritants maintenue dans la liquidation.

16. - La détermination du domaine du « privilège de procédure » devient donc plus pertinente et, corrélativement, plus complexe. Cette nouvelle architecture des créances postérieures éligibles au régime de faveur sera certainement source de contentieux à l'avenir tant les concepts sont vagues. En effet, la doctrine s'accorde à penser que les difficultés liées à l'interprétation de la condition de postériorité de la créance vont désormais s'atténuer, mais elle n'a pas manqué d'observer que le contentieux va glisser sur le terrain de l'interprétation du nouveau critère téléologique car les nouveaux textes ne sont malheureusement pas aussi limpides que l'objectif qu'ils poursuivent. En effet, l'imprécision et la généralité des formules déterminant le critère téléologique laissent trop de place à l'interprétation. La lecture des premières analyses doctrinales révèle déjà de sérieuses divergences sur la véritable portée du resserrement du champ du privilège, incertitudes qui ne sont pas de nature à rassurer les créanciers potentiels^{Note 22}. Certes, les auteurs^{Note 23} soulignent dans un même élan que la jurisprudence devra interpréter strictement ce nouveau critère pour respecter une *ratio legis* désormais mieux affirmée, mais tous ne s'entendent pas, loin s'en faut, sur les contours de cette interprétation.

17. - Mais déjà l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008^{Note 24}, sans remettre en cause le critère téléologique, vient quelque peu le fragiliser, en supprimant de la formule « *créance née en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur* » l'exigence du lien de la créance avec l'activité professionnelle. Cette acception avait été souhaitée et obtenue par le Sénat afin « de limiter le bénéfice de la règle du paiement à l'échéance aux seules créances qui seraient nées du fait de l'activité professionnelle »^{Note 25}. D'aucuns y verront une réouverture du domaine d'éligibilité du traitement de faveur, d'autres au contraire considéreront que ce terme était surrogatoire tant l'esprit du texte y tend et que dès lors la suppression n'aura aucune portée, si ce n'est simplificatrice. En outre cette même ordonnance procède à la réécriture, bienvenue, des articles L. 622-17 et surtout L. 641-13 afin de les clarifier. Mais les modifications de l'article L. 641-13 sont telles, que si le maintien provisoire de l'activité n'est pas décidé, seules les créances nées pour les besoins du déroulement de la procédure pourront bénéficier du régime de faveur.

18. - Il est donc impérieux que les juges du fond et la Cour de cassation jouent véritablement le jeu de la réduction du

cercle des créanciers privilégiés voulu par le législateur, afin que l'entreprise ne soit pas asphyxiée^{Note 26} par les demandes en paiement.

19. - Certains auteurs précisent modestement que « la législation des procédures collectives démontre, peut-être plus que toute autre législation (...) que la pratique est toujours beaucoup plus riche que les enseignements théoriques, et que l'on ne comprend véritablement les concepts que dans les études ou les prétoires »^{Note 27}.

20. - En effet, la pratique judiciaire et la doctrine, qui ont su démontrer qu'un critère purement chronologique était inadapté à une identification pertinente des créances méritant de bénéficier du privilège de procédure, devront relever ce nouveau défi, qui consiste à circonscrire les contours du nouveau critère téléologique. Cette entreprise n'est pas aisée tant le fil est ténu, au risque de retomber dans les travers d'antan, et ainsi de faire fuir ceux que l'on tend à « appâter »^{Note 28}.

21. - Devant l'ampleur de la tâche, nous retiendrons que le périmètre des créances susceptibles de bénéficier du traitement de faveur est donc profondément remanié par la réforme (1), tandis que le régime n'a en revanche fait l'objet que de quelques retouches et semble souffrir malgré tout d'un certain affaiblissement (2).

1. Le périmètre des créanciers postérieurs « méritants » rénové

22. - Selon les articles L. 622-17 et L. 641-13 du Code de commerce, l'éligibilité au traitement préférentiel suppose la réunion de trois conditions. Tout d'abord, il s'agit, comme sous l'empire de la loi antérieure, des créances nées régulièrement après le jugement qui ouvre une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire pour le premier ou qui ouvre ou prononce une liquidation judiciaire pour le second.

23. - Ces conditions préexistantes de régularité et de postériorité sont nécessaires, mais plus suffisantes. En effet, l'article L. 622-17 exige également que la créance soit née pour les besoins du déroulement de la procédure, de la période d'observation ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période. De même, l'article L. 641-13 dispose que la créance doit être née pour les besoins du déroulement de la procédure ou du maintien provisoire de l'activité ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant ce maintien de l'activité.

24. - Le législateur érige donc en sus des conditions préexistantes (A), un critère fondé sur la finalité de la créance (B).

A. - Le maintien des conditions préexistantes

25. - Les articles L. 622-17 et L. 641-13 du Code de commerce reprennent les termes de l'ancien article L. 621-32, résultant de la codification du célèbre article 40, qui posait comme condition d'éligibilité au traitement de faveur, que la créance soit née régulièrement (1) et postérieurement (2) au jugement d'ouverture.

1° La régularité de la créance

26. - Cette exigence de régularité, critère organique, s'apprécie par rapport aux principes régissant la répartition des pouvoirs entre le débiteur et les organes de la procédure. Il convient donc de vérifier que la créance résulte d'une décision prise par la personne habilitée^{Note 29} et qu'elle ne provient pas d'un acte interdit, non autorisé par le juge-commissaire.

27. - Tout d'abord, les créances d'origine contractuelle seront normalement les plus nombreuses, qu'elles naissent de contrats poursuivis ou de contrats nouveaux. Les contrats continués devront l'être dans le respect des conditions des articles L. 622-13, L. 627-2 ou L. 641-11 du Code de commerce. Ainsi par exemple, la créance née de la poursuite d'un contrat en cours à la suite d'une décision émanant du seul débiteur ne naît pas régulièrement puisque soit cette décision relève du pouvoir de l'administrateur, soit, en l'absence d'administrateur, cette décision peut être prise par le débiteur mais avec l'avis conforme du mandataire judiciaire. Cependant, la régularité d'une créance résultant de l'exécution d'un

contrat en cours, n'est pas subordonnée à la poursuite formelle et préalable du contrat. Ainsi, tout contrat se poursuivant *a priori* de plein droit après l'ouverture de la procédure, les prestations effectuées par le cocontractant dans l'attente de la décision à intervenir sur la poursuite du contrat sont régulières^{Note 30}. Dès lors, les créances nées entre le jugement d'ouverture et l'option de non-continuation sont réputées régulières d'autant que de surcroît le cocontractant est obligé de fournir la prestation promise, et bénéficient ainsi du traitement de faveur.

28. - Ensuite, les contrats initiés après l'ouverture de la procédure collective devront être conclus dans le respect des pouvoirs du débiteur ou des organes de la procédure, sous réserve des actes de gestion courante qui accomplis par le débiteur seul sont réputés réguliers à l'égard des tiers de bonne foi dans la limite de l'article L. 622-7 du Code de commerce. Et en matière de contrats nouvellement formés, la mission confiée à l'administrateur judiciaire influera sur la régularité de la créance, contrairement au contrat continué pour lequel seule la désignation de l'administrateur judiciaire est déterminante.

29. - Ensuite, concernant les créances d'origine délictuelle, la doctrine et la jurisprudence s'accordent à les considérer régulières^{Note 31} lorsqu'elles sont nées, à l'instar des créances contractuelles, dans le respect des règles gouvernant les pouvoirs du débiteur et des organes de la procédure^{Note 32}. En d'autres termes, les dettes délictuelles remplissent le critère organique, si elles ont été engagées par le ou les organes compétents. Pourtant, on pourrait être tenté de considérer qu'une « créance délictuelle est par essence même une créance irrégulière »^{Note 33}. Un auteur, sans être aussi catégorique, observe que « l'exigence de régularité aurait permis d'être plus strict »^{Note 34}, afin de mieux répondre à l'objectif de redressement mais aussi de limiter le champ d'application du traitement de faveur^{Note 35}. Mais il n'était pas moralement concevable, sous l'empire de la loi antérieure, que « le piéton malchanceux et la victime de la pollution »^{Note 36} ne bénéficient pas du traitement préférentiel. De même, le maintien du débiteur dans les lieux après résiliation ou arrivée du terme du contrat de bail professionnel, conduira à l'allocation d'une indemnité d'occupation éligible au traitement de faveur en raison de l'occupation sans droit ni titre postérieure au jugement d'ouverture^{Note 37}.

30. - Enfin, qu'en est-il des créances qui seraient nées après l'expiration de la période d'observation, sans que le tribunal n'ait ni arrêté de plan, ni prononcé la liquidation judiciaire ? Autrement dit, le régime de faveur accordé aux créanciers postérieurs s'applique-t-il aux créances nées après l'expiration de la période d'observation légale. La réponse devrait assurément être négative, puisque ces créances bien que nées postérieurement au jugement d'ouverture, sont par définition irrégulières, puisque l'irrégularité de la procédure transpire sur la validité des créances. Cependant, la Cour de cassation en a décidé autrement en considérant que le droit de priorité est applicable aux créances nées postérieurement au jugement et dans le respect des règles gouvernant la répartition des pouvoirs et ce malgré « l'absence de décision du tribunal »^{Note 38}. Cette décision est guidée par l'équité commandant de favoriser les créanciers qui ont fait crédit à l'entreprise.

31. - Ces solutions jurisprudentielles sont évidemment transposables sous l'empire de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, puisque les articles L. 622-17 et L. 641-13 reprennent textuellement la condition de régularité telle qu'elle fut instituée à l'article 40 codifié à l'article L. 621-32 du Code de commerce.

32. - Mais à défaut de remplir ce critère de régularité, la créance ne pourra pas bénéficier du traitement préférentiel prévu aux articles L. 622-17 et L. 641-13. Et la dégénérescence en créance antérieure ne semblant viser que le défaut d'utilité, la créance sera donc probablement « hors procédure », à l'instar des créances hors la masse sous l'empire de la loi de 1967. Elle sera donc inopposable à la procédure et de ce fait ne pourra être réglée qu'après toutes les autres créances. Toutefois, il semble que son paiement constituera cependant une condition de la clôture des opérations de liquidation pour extinction du passif.

33. - En tout état de cause, cette créance régulière doit être née postérieurement au jugement d'ouverture pour espérer bénéficier du traitement préférentiel.

2° La postériorité de la créance

34. - Les articles L. 622-17 et L. 641-13 du Code de commerce disposent que les créances doivent être nées après le jugement, alors que sous l'empire de la loi antérieure, il était prévu que la créance ait son origine postérieurement au jugement.

35. - Ces nouveaux textes, « en passant de l'origine à la naissance de la créance » semblent déplacer « le curseur... de l'élément causal d'une créance à l'élément qui va permettre à celle-ci d'accéder à la vie juridique »^{Note 39}. Mais selon la doctrine^{Note 40} majoritaire, ce changement terminologique n'a aucune portée réelle, il s'agit d'une simplification purement formelle. Ainsi, la jurisprudence selon laquelle la postériorité, critère temporel ou chronologique, repose sur l'analyse du fait générateur de la créance, événement qui engendre la créance, devrait être maintenue pour délimiter la catégorie des créances antérieures de celle des créances postérieures. En effet, une fois encore la date de naissance de la créance aura une incidence sur son régime applicable. Mais bien que n'étant plus l'élément déclenchant le bénéfice du privilège comme sous l'empire de la loi antérieure, il constitue tout de même un préalable indispensable à l'étude de l'éligibilité^{Note 41}.

36. - Cependant, la détermination du fait générateur, par rapport aux notions voisines « d'origine » ou « d'exigibilité », demeure délicate. La jurisprudence effectuée en la matière un travail important et précise fermement que seule la date du fait générateur de la créance doit être prise en considération, et que son origine et son exigibilité restent indifférentes. Il est donc nécessaire, à partir de la nature de chaque créance de préciser à quel moment elle prend naissance. La variété des solutions jurisprudentielles qui n'échappe pas à la critique^{Note 42}, suppose, faute de dégager un principe, une analyse casuistique des situations juridiques, qui s'opère tant dans le domaine contractuel (a), que dans le domaine extracontractuel (b).

a) La postériorité de la créance contractuelle

37. - En matière contractuelle, il faut distinguer les contrats initiés après le jugement d'ouverture qui n'engendreront *a priori* que des créances postérieures, des contrats en cours. Pour ces derniers, la Cour de cassation pose une solution pragmatique en affirmant que la créance née de l'exécution du contrat après le jugement d'ouverture relèvera du traitement préférentiel, bien que l'ensemble des créances nées d'un contrat ait une source unique, la conclusion du contrat. Cette analyse suppose que l'on se réfère au concept de la naissance de la créance et non pas de son origine^{Note 43}. Cette créance tient effectivement son origine du contrat, mais elle naît au moment où la prestation est exécutée. C'est ainsi que « l'impérialisme des procédures collectives »^{Note 44} s'impose devant l'analyse civiliste, volontariste, pour retenir qu'un contrat conclu avant le jugement d'ouverture puisse engendrer des créances postérieures^{Note 45}. Cette solution pragmatique aura vocation à s'appliquer à l'ensemble des contrats en cours continués en vertu des articles L. 622-13 et L. 641-11 du Code de commerce, et donc surtout aux contrats à échéances successives^{Note 46}. Cette solution prétorienne n'est pas nouvelle, puisque sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, la jurisprudence admettait déjà que les prestations effectuées avant le jugement déclaratif faisaient naître des dettes dans la masse, alors que celles qui étaient réalisées postérieurement à l'ouverture de la procédure s'analysaient en des dettes de la masse.

38. - Par conséquent, « le fait générateur est fixé à la date de la prestation »^{Note 47}. Ce principe s'applique aux contrats de travail, aux contrats de bail ou de crédit-bail, et de manière générale à tous les contrats à exécution successive ou dont les effets se prolongent dans le temps^{Note 48}. Ainsi, les loyers exigibles avant le jugement d'ouverture mais correspondant à une période postérieure au jugement d'ouverture, sont couverts par les dispositions relatives aux créances postérieures^{Note 49}. Aussi, les loyers échus postérieurement au jugement d'ouverture bénéficieront du traitement préférentiel, si l'administrateur judiciaire, ou à défaut le débiteur après avis conforme du mandataire judiciaire a exigé la poursuite du contrat. Il en est de même si l'administrateur n'a pas exercé son option ou en cas de résiliation du contrat poursuivi, pour la période intermédiaire courant du jugement d'ouverture à la renonciation. En vertu de la thèse dite matérialiste retenue par la Cour de cassation, le loyer « à cheval » sur une période antérieure et postérieure au jugement d'ouverture doit être ventilé *prorata temporis* en deux créances distinctes l'une antérieure, et l'autre postérieure^{Note 50}. Concernant le contrat de travail, la prestation caractéristique est le travail fourni. Dès lors, si et seulement si ce dernier est postérieur au jugement d'ouverture, alors la créance de

salaire sera qualifiée de postérieure. Et en cas de rupture du contrat de travail, si celle-ci intervient postérieurement au jugement d'ouverture, alors les indemnités dues en cas de licenciement auront la nature de créance postérieure^{Note 51}.

39. - Mais contrairement au contrat de travail auquel les règles relatives à la continuation du contrat en cours ne s'appliquent pas, l'indemnité de résiliation du contrat poursuivi dans le cadre de l'article L. 622-13 aura par une fiction légale la nature d'une créance antérieure^{Note 52}. Pourtant, ces créances trouvent indéfectiblement leur source dans la décision de résiliation et devraient à ce titre être qualifiées de créances postérieures. Mais dans un souci d'une part de ne pas entraver la poursuite de l'activité par le règlement de ces créances d'un montant souvent élevé et d'autre part d'assurer à l'administrateur une réelle liberté d'option, le législateur de 1994 dans un premier temps, puis celui de 2005, ont exclu expressément du traitement préférentiel ces créances d'indemnités et pénalités subséquentes à la résiliation d'un contrat régulièrement poursuivi. Ce qui fait dire au professeur Philippe Roussel-Galle que « ce sont des créances antérieures, ou à tout le moins assimilées à des créances antérieures »^{Note 53}. Pourtant, la jurisprudence antérieure affirmait que le fait générateur de cette créance était la décision de l'administrateur nécessairement postérieure^{Note 54}. Selon certains auteurs, cette exclusion expresse est une reconnaissance de la nature postérieure de cette créance, et estiment qu'elles « pourraient même être qualifiées de créances nées pour les besoins de la période d'observation »^{Note 55}.

40. - Enfin, la créance d'indemnité d'occupation après résiliation ou expiration du bail constitue une créance postérieure, si l'occupation, qui en est le fait générateur, intervient après le jugement d'ouverture^{Note 56}. Mais cette créance résultant d'une occupation sans droit ni titre, faute de bail, revêt davantage la nature d'une créance extracontractuelle.

b) La postériorité de la créance extracontractuelle

41. - Davantage qu'en matière de créance contractuelle, la casuistique prend ici tout son sens. En effet, il existe autant de règles spéciales qu'il y a de créances extracontractuelles. Et chaque règle spéciale d'origine légale, réglementaire ou jurisprudentielle, précisera le fait générateur de la créance visée, qui nous permettra de déterminer sa nature antérieure ou postérieure^{Note 57}. Mais il ne saurait être question de réaliser sur ce point une étude exhaustive et nous nous bornerons donc à quelques illustrations. Nous examinerons successivement les créances fiscales et sociales les plus communément rencontrées en pratique, puis certaines créances résultant de condamnations et enfin les créances d'origine délictuelle.

42. - En pratique, les créances fiscales et sociales, d'origine légale, représentent une fraction très importante du passif, tant antérieur que postérieur, au jugement d'ouverture. Dès lors, la détermination de leur nature revêt une certaine importance, tant elle aura une influence sur la gestion de l'entreprise et de la procédure.

43. - Ainsi, **en matière fiscale** chaque impôt a son propre fondement^{Note 58} et en la matière il est important de distinguer le fait générateur de l'exigibilité qui demeure indifférente. La TVA assise sur des prestations de service a pour fait générateur l'exécution de la prestation, dont la date est voisine, en pratique, de celle de l'émission de la facture, tandis que l'exigibilité n'intervient qu'au moment de l'encaissement de l'acompte, du prix ou de la rémunération. S'agissant de la TVA assise sur les ventes, il faut rechercher la date de livraison qui est non seulement le fait générateur mais également le moment de l'exigibilité de l'impôt, lequel en pratique se situe également à une date contemporaine de celle de l'émission de la facture.

44. - La taxe d'habitation quant à elle naît de l'occupation du bien immobilier considéré au premier jour de l'année civile. Et identiquement, l'article 1400 du CGI fixe au 1er janvier de l'année, le fait générateur de la taxe foncière.

45. - Il en était de même pour la taxe professionnelle, qui selon l'article 1478 ancien du CGI était due pour l'année entière par le redevable qui exerce l'activité au premier jour de l'année civile. Mais la taxe professionnelle disparaît avec la loi de finances 2010 pour être remplacée par la Contribution Economique Territoriale (CET) qui est

composée de la cotisation foncière des entreprises (CFE) et de la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises (CVAE), deux nouveaux impôts dont les faits générateurs sont distincts. En effet, le nouvel article 1478 du CGI dispose, comme pour l'ancienne taxe professionnelle, que « *la cotisation foncière des entreprises est due pour l'année entière par le redevable qui exerce l'activité le 1er janvier* ». Et, comme auparavant, le texte prévoit une exonération partielle en cas de suppression d'activité en cours d'année. Dans cette hypothèse, la taxe professionnelle, et maintenant la CET n'est pas due pour les mois restant à courir, sauf cession ou transfert d'activité. Ainsi, le fait générateur demeure inchangé, mais le montant de l'impôt sera calculé *prorata temporis* au temps de l'exercice effectif de l'activité^{Note 59}. Quant à la CVAE l'article 1586 quinquies du CGI dispose que « *... la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises est déterminée en fonction du chiffre d'affaires réalisé et de la valeur ajoutée produite au cours de l'année au titre de laquelle l'imposition est établie ou au cours du dernier exercice de douze mois clos au cours de cette même année lorsque cet exercice ne coïncide pas avec l'année civile* ». Dès lors, la CVAE a pour fait générateur, l'expiration de l'année ou la clôture de l'exercice lorsque celle-ci ne coïncide pas avec l'année civile au cours duquel le chiffre d'affaires a été réalisé ou la valeur ajoutée produite, et non pas la réalisation et la production de ces derniers. Ainsi, le régime de cette nouvelle imposition semble s'être inspiré de celui propre à l'impôt sur le revenu ou sur les sociétés.

46. - En effet, selon la Cour de cassation, l'impôt sur le revenu ou l'impôt sur les sociétés^{Note 60} a pour origine, non pas la date de perception du revenu, mais celle l'expiration de l'année au cours de laquelle ce revenu a été perçu^{Note 61}. L'administration fiscale considère également que le fait générateur de la créance de l'impôt sur les sociétés intervient à la clôture de l'exercice lorsque celle-ci ne coïncide pas avec l'année civile ou à la date de la cessation d'activité^{Note 62}.

47. - Ensuite, l'une des premières illustrations jurisprudentielles du critère de postériorité concernait les **cotisations de sécurité sociale** afférentes à un travail fourni avant le jugement d'ouverture, mais rémunéré après. En effet, les juges du fond étaient fort divisés sur ce problème, en raison de l'article R. 243-6 du Code de la sécurité sociale, qui lie l'exigibilité des cotisations au versement des salaires. Mais la Cour de cassation n'a pas tardé à poser un principe selon lequel, peu importe la date à laquelle les salaires ont été versés, il faut tenir compte de celle à laquelle le travail a été fourni^{Note 63}. Par conséquent, les cotisations relatives à un travail effectué avant le jugement d'ouverture ne peuvent bénéficier de l'article L. 622-17 et L. 641-13, contrairement à celles afférentes à un travail réalisé après le jugement. Ainsi, lorsque les cotisations s'appliquent à la fois à la rémunération du travail fourni avant le jugement et également aux indemnités de congés payés et préavis consécutives à un licenciement prononcé après le jugement, il convient d'opérer une ventilation puisque seules les cotisations attachées aux indemnités consécutives à la rupture peuvent prétendre au bénéfice des articles L. 622-17 et L. 641-13^{Note 64}.

48. - Cette jurisprudence relative aux cotisations de sécurité sociale a été notamment étendue aux **indemnités de licenciement** des salariés qui constituent des dettes postérieures dès lors que le licenciement a été prononcé pendant la période d'observation ou après le jugement ouvrant ou prononçant la liquidation judiciaire^{Note 65}.

49. - On trouve également, la **créance environnementale** qui s'inscrit assez mal dans les objectifs du droit des entreprises en difficultés, en ce que la préservation de l'environnement par la remise en état d'un site d'exploitation et son coût ne sauraient concourir directement ni à la sauvegarde de l'entreprise, ni au maintien de l'emploi et encore moins au désintéressement des créanciers. Cependant, les installations classées n'échappant pas aux procédures collectives, il est bon de s'interroger sur le fait générateur de la créance environnementale de remise en état du site. Par un arrêt retentissant, la Cour de cassation considère que la créance environnementale naît, non pas de l'activité polluante ou de l'activité nuisible comme la logique l'imposerait, mais de l'arrêté préfectoral ordonnant, conformément à l'article L. 514-1 du Code de l'environnement, la consignation d'une somme d'argent entre les mains d'un comptable public destinée à garantir l'exécution des travaux de remise en état de l'installation classée^{Note 66}. Donc si cet arrêté préfectoral est pris postérieurement au jugement d'ouverture, la créance en résultant revêtira la nature d'une créance postérieure. La Cour de cassation confond ainsi l'origine de la créance de remise en état avec son exécution qui résulte de la sanction prononcée par le préfet. Autrement dit, comme le souligne le Professeur C. Saint-Alary-Houin, la Haute juridiction assimile « la sanction de l'obligation de réparer avec l'obligation de

réparer elle-même »^{Note 67}. Une créance ne saurait pourtant prendre naissance au moment où elle est sanctionnée. Et de surcroît, sans fait de pollution, il n'y a pas de créance de dépollution et donc pas de sanction. La créance devrait donc naître du fait de pollution ou, au plus tard, de la cessation de l'activité. En effet, l'activité étant par définition polluante, c'est au moment où elle s'arrête qu'il faut dépolluer et que naît donc la créance^{Note 68}. Mais reconnaître une telle analyse juridique, pourtant de bon sens, conduirait à ce que la créance environnementale soit toujours de nature antérieure. Par cet artifice, non seulement, l'administration a intérêt à ne pas être diligent, puisque plus elle attend pour réclamer la réparation du dommage environnemental, plus la probabilité de se voir régler croît, mais surtout cette créance souvent abyssale viendra, dans le dessein de favoriser le Trésor public, annihiler tout espoir pour les autres créanciers postérieurs d'être désintéressés.

50. - Dans le même souci d'opportunité, d'autres **créances liées à des condamnations** ont, à l'instar de la créance environnementale, pour fait générateur la décision les constatant. Il s'agit des créances de dépens ou de frais irrépétibles qui assortissent un jugement. La Haute juridiction postule uniformément depuis 2002^{Note 69} que la créance de dépens mise à la charge du débiteur trouve son origine dans la décision qui statue sur son sort. Cette position peut paraître logique, puisque la créance de dépens et d'indemnité procédurale ne peut naître sans le jugement qui la prononce^{Note 70}. Pourtant, cette analyse prétorienne semble présenter quelques lacunes au regard de la théorie processuelle qui tend à conférer une origine plus précoce, voire *in limine* des dépens et des frais^{Note 71}. C'est d'ailleurs sous cette influence processuelle que la jurisprudence antérieure^{Note 72} au revirement de 2002 précisait que la créance de dépens et de frais trouvait son origine dans l'action en justice. Mais malgré les critiques, la Cour de cassation a maintenu son revirement de 2002^{Note 73}.

51. - De même, la jurisprudence situe également dans le jugement d'annulation le fait générateur de la **créance de restitution**^{Note 74}, **sauf, paradoxalement, s'agissant des nullités de la période suspecte**^{Note 75}, **seuls cas où ce jugement ne peut être que postérieur.**

52. - Enfin, les **dommages-intérêts délictuels** naissent, à l'exception de ceux pour procédure abusive^{Note 76} qui ont pour fait générateur la décision les prononçant, à la date de la faute ou du fait dommageable. Néanmoins, concernant les créances résultant de la mise en jeu de la responsabilité du débiteur, la jurisprudence connaît une divergence entre la chambre commerciale et la chambre criminelle. En effet, cette dernière considère, à l'instar des dommages-intérêts de droit commun, que la créance naît à la date de commission des fautes, tandis que pour la chambre commerciale la créance naît de la décision constitutive, comme pour les créances de sanctions en matière de concurrence.

53. - Certains auteurs déplorent cette jurisprudence, aux motifs qu'elle fait dépendre la nature de la créance de la durée de la procédure, voire de la durée du délibéré, et donc de circonstances extérieures et aléatoires, échappant à toute rationalité. Si bien que le statut de la créance est tributaire du degré d'encombrement du rôle^{Note 77}.

54. - Cependant, il existe une limite temporelle au périmètre des créances nées postérieurement au jugement d'ouverture. En effet, sont exclues du domaine des créances postérieures, les créances qui naîtraient après la clôture de la procédure résultant du jugement arrêtant le plan ou du jugement de clôture des opérations de liquidation judiciaire.

55. - Cette casuistique autour de l'analyse du critère chronologique a conduit à un « mouvement de dilatation »^{Note 78} du terrain de l'article 40 de la loi de 1985 devenu l'article L. 621-32 du Code de commerce. De surcroît, sous l'empire de cette loi, il n'y avait aucun lien entre la créance et l'activité professionnelle du débiteur. Dès lors, le législateur de 2005 dans le dessein de renouer avec l'acceptation originelle du traitement préférentiel, a ajouté un critère téléologique, reléguant du même coup au second plan le critère chronologique, pourtant déterminant sous l'empire de la loi antérieure. Mais le fait générateur des créances n'en demeure pas moins un point essentiel du droit des procédures collectives, car il permet la distinction des créances antérieures et postérieures à l'ouverture de la procédure, sans depuis la loi de 2005 présager pour ces dernières de leur éligibilité au traitement préférentiel, qui revient au critère téléologique.

B. - L'adjonction d'un critère téléologique

56. - Une des innovations les plus marquantes de la loi de sauvegarde consiste dans l'introduction d'un critère téléologique. Selon les articles L. 622-17 et L. 641-13 tels que modifiés par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, la créance éligible au traitement préférentiel s'entend, dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire d'une créance née « *pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période* »^{Note 79} ou, dans le cadre d'une liquidation judiciaire d'une créance née « *pour les besoins du déroulement de la procédure ou du maintien provisoire de l'activité autorisé en application de l'article L. 641-10 ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant ce maintien de l'activité* »^{Note 80}. Dès lors, bien qu'elle soit nécessaire, la réunion des critères organique et temporel est aujourd'hui insuffisante à l'éligibilité au régime de faveur institué par les articles L. 622-17 et L. 641-13 du Code de commerce. Il était important que l'analyse trop littérale de l'ancien « article 40 » qui a conduit au gonflement du passif prioritaire, se recentre sur ses fondements originels à savoir le financement de l'entreprise permettant son sauvetage, le déroulement des opérations de la procédure et la conservation ou l'accroissement du patrimoine du débiteur. Le législateur en réduisant considérablement le champ d'application du traitement de faveur, a accru corrélativement la chance des créanciers élus d'être payés. Au regard de l'important enjeu pour les créanciers, il convient d'appréhender avec pragmatisme et rigueur ce nouveau critère qui impose que les créances soient nées pour les besoins de la procédure *lato sensu* (1°) ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur (2°).

1° Les besoins de la procédure *lato sensu*

57. - En dépit d'une rédaction différente, la condition de naissance pour les besoins du déroulement de la procédure (a) ou de la poursuite d'activité (b) est commune à toutes les procédures. En effet, les articles L. 622-17 et L. 641-13 visent les créances nées pour les besoins du déroulement de la procédure, de la période d'observation ou du maintien provisoire de l'activité. Cette nouvelle condition d'éligibilité au traitement préférentiel crée un lien indéfectible avec la procédure *lato sensu*, lien que la doctrine et la Cour de cassation appelaient de leurs vœux.

a) Les créances nées pour les besoins du déroulement de la procédure

58. - La notion de « besoins » revêt une acception de nécessité à la procédure de la dépense engagée. Par conséquent, les créances doivent être utiles à la procédure. Il est donc possible d'associer aux besoins du déroulement de la procédure les frais et honoraires exposés par les intervenants, greffiers, mandataires de justice et conseils du débiteur, ainsi que les frais d'expertise... Les illustrations proposées ne vont jamais au-delà^{Note 81}, si bien que les créances nées pour les besoins du déroulement de la procédure, quelles qu'elles soient, semblent se confondre avec « les frais de justice » mentionnés dans le classement des créances privilégiées^{Note 82} et qui comprennent traditionnellement la rémunération des mandataires de justice, des huissiers, des commissaires-priseurs, ou encore les frais de publicité des décisions.

59. - Or, selon un auteur^{Note 83}, « ces frais satisferont également pour la plupart au critère de la créance née en contrepartie d'une prestation ». Il condamne également ces doublons qu'il juge regrettables dans des textes dont l'efficacité sortirait grandie d'un effort de sobriété^{Note 84}, ils peuvent néanmoins rester bénins en pratique dès lors que les besoins du déroulement de la procédure demeurent clairement identifiés aux frais de justice.

60. - Mais l'autre composante des besoins de la procédure *lato sensu*, le critère des créances nées pour les besoins de la période d'observation ou du maintien provisoire d'activité, que l'on peut réunir sous l'expression des créances nées pour les besoins de la poursuite d'activité, semble plus difficile à appréhender.

b) Les créances nées pour les besoins de la poursuite d'activité

61. - Le critère des créances nées pour les besoins de la poursuite d'activité vise apparemment les dettes de l'exploitation, autrement dit les frais générés par l'activité économique. On peut craindre que ce critère porte en

germe le risque de faire mentir la promesse d'une restriction drastique du périmètre des créances privilégiées. En effet, la mention des besoins de la période d'observation ou du maintien provisoire d'activité ouvre une fenêtre dans laquelle vont pouvoir s'engouffrer des créances susceptibles de menacer la cohérence d'un édifice pourtant fraîchement restauré^{Note 85}. Ce sentiment est peut-être teinté d'un pessimisme excessif puisque tous les auteurs insistent sur l'absolue nécessité d'une interprétation étroite des nouveaux textes, voie dans laquelle la Cour de cassation devrait assez naturellement s'engager dès lors qu'elle-même avait réclamé un allègement du passif privilégié. Pourtant, l'aspect nébuleux de ce critère va à l'encontre d'une telle démarche puisque l'on donne aux juges la tâche pour le moins délicate de déterminer « l'intensité du lien d'utilité »^{Note 86} qui doit exister entre la créance et la poursuite d'activité.

62. - Cependant, les besoins de la poursuite d'activité évoquent sans conteste les frais tenant à l'exécution d'un contrat en cours régulièrement poursuivi, mais aussi d'un contrat nouvellement conclu. Il en ira ainsi des livraisons de biens et des fournitures de services y compris la mise à disposition d'une somme d'argent^{Note 87}. Autant de catégories de créances qui peuvent également être couvertes par le critère très explicite des créances nées en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur^{Note 88}.

63. - La raison d'être de ce critère se trouve donc dans les créances utiles à la poursuite de l'activité, mais qui ne sont pas la contrepartie d'une prestation. Ainsi, semblent être visées les conséquences d'une rupture d'un contrat qui s'avère inutile à la poursuite de l'activité. Tout d'abord, on trouve les indemnités et pénalités dues en cas de résiliation d'un contrat régulièrement poursuivi. Cependant, ces dernières sont expressément exclues du bénéfice du traitement de faveur par l'article L. 622-17, ce qui démontre, *a contrario*, qu'elles remplissaient les critères d'éligibilité. Ensuite, il y a les dommages-intérêts dus dans l'hypothèse de la non-continuation d'un contrat^{Note 89}. Mais encore une fois, le législateur a anticipé puisqu'il prévoit à l'article L. 622-13 que ces créances devront être déclarées au passif de la procédure collective conformément aux dispositions de l'article L. 622-24. Enfin, il reste les créances résultant de l'inexécution, de la mauvaise exécution d'un nouveau contrat ou d'un contrat régulièrement poursuivi ou encore de la résiliation d'un contrat conclu pendant la poursuite de l'activité. Mais une analyse littérale conduirait à considérer que ces créances, bien que nées régulièrement après le jugement d'ouverture ne sont pas utiles à la poursuite de l'activité. Cette analyse trop simpliste ne saurait être retenue, puisque comme l'observe justement le professeur F. Pérochon, la créance en elle-même n'a jamais d'utilité pour son sujet passif^{Note 90}. Dès lors, la majorité des auteurs s'accordent à penser que ce n'est pas la créance qui doit être utile, mais son fait générateur. Autrement dit, dans notre cas, il faut apprécier si la décision prise par l'organe habilité de rompre le contrat sert la finalité de la poursuite d'activité. Par conséquent, autant les indemnités contractuelles pour mauvaise exécution, voire inexécution d'un contrat initié pendant la poursuite d'activité, sont exclues du régime de faveur, autant les créances résultant de sa résiliation y sont éligibles. Un auteur^{Note 91} distingue à juste titre les premières créances qui sont nées à l'occasion de la procédure *lato sensu*, des secondes qui sont nées pour les besoins de la poursuite d'activité. Mais certains estiment que, d'une manière générale, les créances de responsabilité contractuelle des nouveaux contrats doivent être privilégiées car il s'agit de la contrepartie de la prestation reçue du contrat^{Note 92}, et d'autres proposent encore d'exclure par principe les frais résultant d'un contrat résilié^{Note 93}.

64. - Mais plus généralement et au-delà des créances d'origine contractuelle, le législateur nous plonge dans la perplexité, puisqu'il ne fixe pas le moment de l'appréciation de l'utilité que doit revêtir la créance. Pourtant, l'avènement de ce nouveau critère devrait remettre en cause le sort de certaines créances que la jurisprudence s'était employée à sceller à travers l'analyse du seul critère chronologique et qui pouvaient apparaître comme contestable, telles les créances d'origine délictuelle ou les créances fiscales et sociales. En ce qui concerne le sort de la créance, d'une part les auteurs s'accordent en faveur d'une appréciation de l'utilité de la créance en considération de l'utilité potentielle de l'opération dont elle est issue (son fait générateur) et non de l'utilité réelle de celle-ci qui ne peut se mesurer qu'*a posteriori*^{Note 94}. D'autre part, la doctrine est controversée, autour d'une distinction habile entre les faits générateurs simplement survenus à l'occasion de la procédure^{Note 95} et ceux qui seraient « inhérents à l'activité de la procédure en cours parce qu'ils en constituent le moyen, ou l'objet »^{Note 96}. Ainsi on déduit de la notion « pour » retenue par le législateur, que le caractère « inhérent à » la procédure de la créance, en raison de sa pertinence et

parce qu'il est commandée par le pragmatisme, doit être préféré au concept de « à l'occasion de » ou encore de « contingent »^{Note 97}. Ainsi, on pourrait par exemple considérer comme éligible au traitement préférentiel la créance de la victime d'une contrefaçon commise par le débiteur ou encore la créance d'indemnité d'occupation, et au contraire exclure celle de la victime d'un accident de la circulation. Mais encore une fois la doctrine est divisée concernant le sort de cette dernière, puisque certains estiment que les nouveaux textes doivent conduire à évincer par principe les dettes délictuelles^{Note 98}, alors que d'autres pensent explicitement ou implicitement le contraire influencés par l'exigence de protection de la victime^{Note 99} ainsi que par la volonté de moraliser les procédures collectives^{Note 100}.

65. - Au-delà du sort des créances délictuelles, les hésitations sont encore de mises en ce qui concerne les créances fiscales et sociales. Soucieux de ne pas transformer les procédures collectives en une technique pour ne pas payer ses impôts^{Note 101}, les auteurs sont partagés entre une distinction des créances liées aux opérations nécessaires aux besoins de la procédure *lato sensu* de celles plus éloignées de l'activité du débiteur^{Note 102} avec toutes les difficultés que recèle la recherche du contenu de cette distinction. Ainsi, si les auteurs partisans d'une telle distinction admettent aisément que la TVA ainsi que la fraction de l'impôt sur les sociétés ou sur les revenus rattachés à la période de poursuite d'activité sont bien liées à cette période, ils se montrent plus prudents sur le sort de l'impôt foncier et de la taxe d'habitation. De surcroît, concernant l'impôt sur le revenu ou sur les sociétés, la détermination de son caractère utile ou inutile supposera d'effectuer un fractionnement *pro rata temporis* pour la période de poursuite d'activité^{Note 103}. Il en ira de même pour les créances sociales qui sont assises sur les salaires du personnel du débiteur. Dès lors, elles bénéficieront, à l'instar des créances fiscales, du traitement préférentiel, en ce que le travail du personnel est utile à la poursuite d'activité, en respectant le fractionnement *pro rata temporis*.

66. - Il est difficile d'être exhaustif sur la litanie des incertitudes suscitées par le critère des besoins de la poursuite d'activité. Ainsi, les créances de restitution, qui profitaient de la priorité de paiement sous l'empire du droit antérieur^{Note 104}, conserveront-elles ce statut ? La doctrine est à nouveau divisée sur ce point^{Note 105} et elle est d'ailleurs susceptible de l'être sur toutes les autres créances que la pratique des affaires peut engendrer^{Note 106}.

67. - L'avènement du critère téléologique devrait faire sortir du périmètre du traitement de faveur les créances issues de condamnations^{Note 107}, mais également les indemnités contractuelles consécutives à une mauvaise exécution du contrat. En effet, ces créances certes nées à l'occasion de la procédure, ne le sont pas pour les besoins de la procédure collective ni *a fortiori* en contrepartie d'une prestation.

2° La contrepartie d'une prestation fournie au débiteur

68. - Dans le cadre d'une procédure collective^{Note 108}, le débiteur doit pour assurer le fonctionnement de la procédure et la conservation des actifs, maintenir ou restaurer une relation de confiance avec ses partenaires afin qu'ils acceptent de lui livrer des biens, de lui fournir des services ou de lui avancer des fonds en dépit de sa situation. Il semble que le législateur ait voulu que cette idée soit aussi simplement exprimée par la formule visant les créances nées en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur « pour son activité professionnelle », celle dont le législateur aurait pu, selon un auteur, se contenter^{Note 109}, en ce qu'elle est moins susceptible d'interprétation et qui peut recouvrer la quasi-intégralité des hypothèses envisagées soit directement, soit par voie d'accessoire. Mais le législateur de 2008 a remis en cause ce qui avait été, *a priori*, si bien construit et réfléchi, d'une part en supprimant purement et simplement le lien avec l'activité professionnelle (a) et d'autre part en excluant ce critère dans le cadre de la liquidation judiciaire sans maintien d'activité (b).

a) L'absence de référence à l'activité professionnelle

69. - L'ordonnance du 18 décembre 2008 a supprimé le lien entre la prestation fournie au débiteur et l'activité professionnelle de ce dernier, que le législateur s'était employé à consacrer en 2005, ensuite d'un amendement du Sénat^{Note 110}, et qu'une partie de la doctrine saluait^{Note 111}. Dorénavant, le créancier bénéficiera du traitement préférentiel dès lors que sa créance est née régulièrement après le jugement et qu'elle constitue la contrepartie d'une

prestation fournie au débiteur, même si celle-ci est née pour des besoins personnels et familiaux. Cette suppression de la référence à l'activité professionnelle laisse pour le moins perplexe. Il est suggéré de lire cette innovation au regard de l'article L. 622-7 rénové, qui ne prévoit plus la dérogation à l'interdiction des paiements des créances liées à la vie courante. Ainsi, par la suppression concomitante du lien avec l'activité professionnelle, ces créances sont maintenant susceptibles, ce dont certains se félicitent^{Note 112}, de bénéficier du traitement de faveur des articles L. 622-17 et L. 641-13, à condition toutefois qu'elles soient la contrepartie d'une prestation fournie au débiteur^{Note 113}. Il en ira de même de toutes créances nées de la vie privée du débiteur. Subséquemment, certaines créances nées pour les besoins de la vie courante ou de la vie privée du débiteur resteront exclues du traitement préférentiel, telles la redevance audiovisuelle, la taxe d'habitation ou encore la taxe foncière. En outre, même si cette solution est plus contestable^{Note 114}, pourraient être intégrées les créances nées en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur personne morale pour une activité « privée » afférentes au moins à l'exercice de ses droits propres dans la procédure collective. On assiste donc à un élargissement du domaine des créances susceptibles de bénéficier du régime de faveur. Des auteurs le regrettent au motif que « le tri entre les créances sera désormais moins sélectif qu'avant, et par voie de conséquence, le paiement effectif de ces créances, plus nombreuses, sera moins bien assuré »^{Note 115}.

70. - C'est la raison pour laquelle exiger un lien entre la créance et l'activité professionnelle du débiteur permettait tout d'abord de délimiter plus rationnellement le passif privilégié du débiteur personne physique, qui ne saurait objectivement dans le dessein de préserver son entreprise, comprendre des créances telles que les loyers d'un immeuble d'habitation et les taxes y attachées. En effet, le législateur tout en prenant le soin de circonscrire le nouveau domaine de traitement préférentiel, avait réservé un régime particulier aux créances alimentaires ainsi qu'à celles liées aux dépenses de la vie courante en les faisant échapper à l'interdiction des paiements (art. L. 622-7, al. 1er), en raison de leur importance pour la vie quotidienne du débiteur et de sa famille. Elles disposaient fort logiquement d'« un statut de neutralité au regard de la procédure »^{Note 116} de par leur nature, sans pour autant bénéficier du traitement de faveur réservé aux créances postérieures « utiles ». Le progrès réalisé par la loi de 2005, était ici réel car le mutisme de l'ancien texte avait par exemple conduit la Cour de cassation à privilégier la taxe foncière d'un immeuble pourtant non affecté à l'exploitation^{Note 117}, solution peu conforme à la finalité d'un avantage destiné aux seuls créanciers utiles à l'activité de l'entreprise. Pourtant, cette refonte des articles L. 622-7 et L. 622-17, qui vient nécessairement accroître le périmètre des créanciers élus, peut corrélativement faire survivre une telle jurisprudence.

71. - Depuis l'ordonnance de 2008, c'est donc essentiellement la condition tenant à la présence d'une contrepartie de la prestation fournie au débiteur dans le cadre de la poursuite d'activité, qui sera déterminante. La contrepartie est en effet au coeur du droit préférentiel des créanciers postérieurs, ce que le législateur de 1985 n'avait malheureusement pas pris la peine d'exprimer. Sont visés ici les « contrats nouveaux, conclus après le jugement d'ouverture »^{Note 118}, mais aussi les contrats continués dans l'attente ou ensuite de la décision de l'administrateur. La formule présente d'ailleurs l'avantage de mettre en exergue la relation étroite entre le régime des contrats en cours et celui du traitement préférentiel. Le second n'est en effet jamais que la suite chronologique du premier, puisqu'avec le régime des contrats en cours, on force la main aux cocontractants déjà présents avant l'ouverture de la procédure lorsqu'ils présentent encore une utilité réelle pour l'entreprise, et le traitement de faveur permet d'atténuer l'entorse discrétionnaire qui est faite au droit des contrats de droit commun. Mais pas seulement, ce « privilège » permet également d'appâter^{Note 119} de nouveaux partenaires que l'entreprise n'est évidemment pas en mesure de contraindre à fournir une prestation, et ainsi conclure de nouveaux contrats. Éviter la fuite des partenaires existants et conclure de nouveaux contrats, telles sont les deux clés de la réussite de la poursuite d'activité.

72. - Cette finalité commune ne doit cependant pas être poussée à l'excès dans la mesure où les contrats en cours sont soumis à une logique dirigiste, le sort du contrat se trouvant entre les mains de l'administrateur ou du débiteur, alors que la recherche d'un nouveau partenaire est profondément volontariste, puisque ce dernier prend spontanément la décision de contracter avec le débiteur soumis à une procédure collective. Malgré cette différence, ces deux cocontractants sont éligibles au traitement de faveur^{Note 120}. Pourtant leur différence n'est pas anodine, elle permet notamment de comprendre pourquoi, lorsque l'administrateur renonce à la continuation du contrat sans aucune mise

en demeure du cocontractant, les prestations postérieures à cette renonciation ne font pas naître des créances privilégiées, alors même que dans une telle situation le contrat n'est pas résilié de plein droit^{Note 121}. Dans une affaire où était en cause une créance de loyers d'un contrat de crédit-bail, la Cour de cassation a ainsi estimé que l'administrateur judiciaire ne pouvait être condamné « au paiement au titre des loyers échus postérieurement à l'ouverture du redressement judiciaire, à l'exception de ceux afférents à la période comprise entre cette ouverture et la date de la renonciation »^{Note 122}. Rendue sous l'empire de la législation antérieure, la solution ne devrait pas changer avec les nouveaux textes. Certes, les créances postérieures à la décision spontanée de non-continuation sont bien la contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, mais les admettre au sein des créances élues reviendrait à s'émanciper du régime interventionniste des contrats en cours puisque le contractant serait incité à nier la décision de non-continuation en prolongeant l'exécution d'un contrat dont l'administrateur a pourtant estimé qu'il était devenu inutile à l'entreprise^{Note 123}.

73. - Outre ce rapprochement avec les contrats en cours, l'avantage du critère de la contrepartie est qu'il n'appelle pas *a priori* d'appréciation particulière. C'est donc un gage de confiance pour les partenaires potentiels de l'entreprise qui peuvent y voir un moyen d'éviter les concurrents malvenus pour le paiement à l'échéance. Il n'est certes pas parfait dans la mesure où la formule est plus économique que juridique. Le terme de prestation n'est ainsi pas parfaitement adapté à l'obligation du vendeur de livrer la chose ou à celle du prêteur d'une somme d'argent de remettre les fonds, mais l'idée qu'il véhicule est néanmoins parfaitement claire et ne devrait pas susciter de difficultés sur ce terrain. De même, qu'il s'agisse de fournitures de biens ou de services, le raisonnement s'applique par voie d'accessoire à la TVA collectée et à l'impôt sur le revenu ou sur les sociétés attachés à ces prestations. Il en ira de même du travail fourni en vertu de contrats de travail poursuivis durant la période de maintien de l'activité, et des charges sociales afférentes par voie d'accessoire. Ce raisonnement concernant les créances de TVA et de cotisations sociales, se justifie dans la mesure où l'entreprise n'est pas le véritable débiteur, mais collecte ces sommes pour le compte du consommateur final ou du salarié.

74. - Toutefois, cette lecture compréhensive ne doit pas aller jusqu'à dénaturer le sens juridique du terme « *prestation* ». Si l'expression n'est peut-être pas adaptée à toutes les variétés d'obligations contractuelles, elle renvoie exclusivement, selon un auteur, à l'exécution d'un contrat et ne doit pas permettre d'appréhender les conséquences de son inexécution ou des situations post-contractuelles. « Fournir une prestation, c'est exécuter une obligation »^{Note 124}. Dès lors selon cette analyse contractualiste, Monsieur F. Gréau l'indemnité d'occupation par exemple devra être étudiée au regard, non pas du critère de la contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, mais de celui des besoins de la poursuite d'activité^{Note 125}. Mais d'autres, au contraire, estiment qu'une analyse matérialiste doit prévaloir, afin de permettre d'intégrer l'indemnité d'occupation à laquelle peut être condamné l'occupant illicite d'un local après l'expiration du contrat de bail^{Note 126}.

75. - Cette dernière analyse, qui à notre préférence, permet l'éligibilité au traitement de faveur d'une telle indemnité qui constitue effectivement la contrepartie d'une prestation, quand bien même on déborderait du cadre contractuel. Cependant, une fois que le bail a été résilié suivant les modalités prévues aux articles L. 622-14 et L. 641-12, il appartient au propriétaire de se montrer diligent et d'obtenir au plus vite la restitution des locaux. En effet, lui accorder un paiement préférentiel ne saurait être un moyen de l'inciter soit à ignorer la résiliation décidée par l'administrateur, soit à retarder l'initiative par ce dernier d'une résiliation. Certes, l'occupation illicite est le plus souvent le fait d'une résistance du débiteur^{Note 127}. Ainsi, la notion de prestation doit s'entendre de façon objective, économique, voire matérialiste. L'appréciation des juges du fond devra se limiter au fait que le débiteur ait effectivement profité d'une prestation après le jugement, ce qui semble laisser peu de place aux incertitudes.

76. - Mais bien que certaines prestations doivent être fournies au débiteur en liquidation judiciaire pour notamment assurer la conservation des actifs, le législateur a supprimé ce critère dans le cadre de la liquidation judiciaire sans maintien d'activité.

b) L'exclusion de la liquidation judiciaire sans maintien d'activité

77. - Dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire sans maintien de l'activité, une difficulté de rang s'annonce difficilement surmontable pour la simple raison qu'elle est inhérente à l'ambiguïté congénitale de la nouvelle formule de l'article L. 641-13 qui exclut du traitement préférentiel les créances nées en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur. Une analyse littérale conduit à considérer qu'il n'y a pas de prestation fournie au débiteur en liquidation judiciaire ou qu'aucune prestation ne mérite contrepartie. Sinon, il est loisible de penser que le législateur, dans sa démarche simplificatrice, a considéré que cette formule était surrogatoire, car éminemment incluse dans le terme « du déroulement de la procédure ». Cette dernière analyse doit être immédiatement écartée puisque la formule n'a pas été supprimée du texte, mais simplement affectée à la poursuite d'activité.

78. - Il faut donc se résigner à l'analyse littérale qui pousse à éconduire le créancier qui fournit une prestation au débiteur en liquidation judiciaire sans maintien d'activité.

79. - Cette rupture brutale n'a, semble-t-il, pas été mesurée par le législateur quant à son impact sur la liquidation judiciaire. Le concept de prestation fournie au débiteur pour son activité professionnelle prévu sous l'empire de la loi de 2005 commandait que l'arrêt de l'activité de l'entreprise en liquidation n'était pas nécessairement incompatible avec ce critère inscrit à l'article L. 641-13. En effet, lorsque l'entreprise arrête son activité, elle doit préparer sa disparition définitive^{Note 128}. Or préparer sa disparition, c'est encore être en activité car cela nécessite de faire appel à des contractants qui doivent naturellement pouvoir bénéficier d'un paiement privilégié de la prestation qu'ils accomplissent^{Note 129}. Autrement dit, l'acception d'activité au sens du traitement préférentiel doit s'entendre plus largement que l'activité au sens de l'article L. 641-10, alinéa 1er. Le législateur de 2008 ne l'a cependant pas vu ainsi, en décidant non seulement de rompre le lien avec l'activité professionnelle mais aussi et surtout de ne considérer les prestations fournies au débiteur que dans le cadre du maintien de l'activité.

80. - Cette exclusion volontaire ou involontaire du législateur conduit, nous semble-t-il, à l'impossibilité pour le liquidateur de régler toutes créances nées d'un contrat en cours, tels les loyers ou l'assurance. Dès lors, sauf à ajouter à la loi en interprétant très largement la seule expression de « besoins du déroulement de la procédure » prévue en liquidation sans maintien de l'activité, les créances nées régulièrement après le jugement de liquidation judiciaire, et en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, devront être déclarées au passif^{Note 130}. Et, l'analyse littérale et cloisonnée des critères^{Note 131} conjuguée à la règle selon laquelle le jugement de liquidation judiciaire n'entraîne pas la résiliation de plein droit des contrats, conduira à une situation inique dans laquelle les cocontractants devront fournir leur prestation tout en déclarant leur créance au passif. Ainsi le bailleur-créancier devra déclarer l'intégralité des créances courant jusqu'à la fin du contrat de bail, tout en laissant son local à la disposition du débiteur^{Note 132}. Il en est de même pour l'assureur, qui devra maintenir les garanties et déclarer sa créance au passif de la procédure. Mais aussi du salarié qui bien que licencié à l'initiative du liquidateur ne pourra prétendre au règlement des créances indemnitaires consécutives au licenciement intervenu en liquidation judiciaire.

81. - Par conséquent dans le cadre de la liquidation judiciaire sans maintien d'activité, la contraction des créances élues atteint son paroxysme. Le professeur P. Le Cannu affirme donc que dans le cadre d'une liquidation judiciaire sans maintien d'activité « le bénéfice du privilège est clairement réservé à ceux des frais de justice qui sont nées postérieurement à l'ouverture de la procédure collective et pour les besoins du déroulement de cette procédure »^{Note 133}, seul critère subsistant.

82. - Cependant, cette analyse un peu radicale doit à notre sens être relativisée. En effet, s'il ne fait aucun doute que les créances d'origine délictuelle nées régulièrement et postérieurement au jugement de liquidation échappent au traitement préférentiel, il ne peut en être ainsi des créances d'origine contractuelle. En effet, la liquidation judiciaire n'a pas pour effet d'entraîner la résiliation de plein droit des contrats en cours, si bien que les cocontractants du débiteur doivent continuer à fournir une prestation pour laquelle le texte issu de l'ordonnance de 2008 ne prévoit plus de contrepartie. Il faut donc rechercher si cette prestation imposée ne l'est pas dans le cadre du déroulement de la procédure. Or, la liquidation judiciaire a vocation à réaliser les actifs et payer le passif. Par conséquent, le déroulement de la procédure peut s'entendre de la conservation et la valorisation des actifs qui devront être réalisés par le mandataire liquidateur dans le cadre de cette procédure. Ainsi, et même si cela revient au même, ce n'est pas

au titre d'une contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, mais en raison de l'utilité du maintien du contrat pour le déroulement de la procédure, que le créancier sera éligible au traitement préférentiel. Il en sera ainsi des créances de loyers postérieurs au jugement de liquidation judiciaire, ou encore et surtout des créances consécutives à la rupture des contrats de travail, ou des échéances du contrat d'assurance, des travaux de démontage de machines, de déménagement... Cette interprétation extensive du texte, commandée par l'équité et la sécurité juridique, a déjà été retenue par la Cour de cassation, au visa de l'article L. 641-13 du Code de commerce, dans sa version antérieure à l'ordonnance de 2008, dans un arrêt de la chambre sociale du 16 juin 2010 qui qualifie expressément « les créances indemnitaires résultant de la rupture du contrat de travail de créances nées pour les besoins de la procédure, que l'activité ait été provisoirement maintenue ou pas »^{Note 134}. Elles bénéficient donc du traitement préférentiel institué à l'article L. 641-13 du Code de commerce.

83. - Concernant, les autres cocontractants exposés ci-dessus, il faudra attendre que la jurisprudence prenne position devant le caractère laconique de l'article L. 641-13 qui se voudra pragmatique, afin de ne pas nuire au bon déroulement de la procédure de liquidation judiciaire. À défaut, dans le cadre d'une liquidation judiciaire sans maintien de l'activité, le périmètre du traitement de faveur sera extrêmement restrictif, et l'expression du Professeur C. Saint-Alary-Houin, du « paria » de la liquidation judiciaire, jusqu'alors réservée au bailleur-créancier pourra s'étendre à l'ensemble des créanciers tenus de fournir une prestation au débiteur sans obtenir la moindre contrepartie.

84. - Ce nouveau critère téléologique tend à rendre sa véritable essence, trop longtemps bafouée, au principe du traitement préférentiel.

85. - Par conséquent, il faut se féliciter de la consécration du critère téléologique qui devrait entraîner le revirement d'un certain nombre de décisions jurisprudentielles, et ainsi réduire sensiblement les créanciers susceptibles de bénéficier du régime de faveur^{Note 135}. Il faudra donc que les juges du fond jouent véritablement le jeu de la réduction du périmètre du traitement de faveur et que la Cour de cassation veille au strict respect de l'analyse juridique, matérialiste et pragmatique du nouveau critère téléologique. La tâche s'annonce des plus délicates, mais elle conditionne la réussite des différentes procédures collectives. Il est donc essentiel que le domaine des créanciers privilégiés corresponde véritablement à ce qui justifie l'octroi de ce traitement privilégié et l'application de son régime.

(à suivre)

Note 1 Montesquieu, *De l'esprit des lois*, L. XXIX, chap. XVIII.

Note 3 Expression consacrée aux créanciers bénéficiant du traitement préférentiel de l'ancien article 40 - codifié à l'article L. 621-32 du Code de commerce - et aussi aujourd'hui des articles L. 622-17 et L. 641-13.

Note 4 P. Pétel, *Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II* : JCP E 2009, 1049.

Note 5 F. Legrand, *Mise en oeuvre des sûretés : Dr. et patrimoine* 2009, n° 187, p. 74.

Note 6 Et la sauvegarde aussi aujourd'hui.

Note 7 En ce sens, F. Macorig-Venier et C. Saint-Alary-Houin, *La situation des créanciers dans la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises* : RD bancaire et fin. janv.-févr. 2006, p. 60, qui précisent que « la préoccupation de parvenir à l'apurement du passif demeure essentielle, particulièrement dans les liquidations judiciaires qui représentent toujours 90 % des procédures ».

Note 8 Puisqu'en principe, il ne devrait pas y avoir de passif postérieur.

Note 9 G. Ripert et R. Roblot, *Traite de droit commercial* : LGDJ, 2000, t. 2, n° 3062.

Note 10 G. Ripert et R. Roblot, *Traite de droit commercial* : LGDJ, 2000, t. 2, n° 3062.

Note 11 Au sens commun.

Note 12 M. Cabrillac, *L'article 40 de la loi nouvelle et le nouveau privilège de procédure* : *Rev. proc. coll.* 1986/1, p. 13, qui affirme que « l'article 40 est certainement l'une des dispositions les plus importantes de la loi nouvelle et l'une de celles qui ont fait le plus fleurir la controverse ».

Note 13 F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté - Instruments de crédits et de paiement* : LGDJ, 8e éd. 2009, n° 303 s.

Note 14 *Cass. com.*, 21 nov. 1972 : *D.* 1974, p. 213, note Rodière ; *Gaz. Pal.* 1973, II, p. 603. - *Cass. com.*, 15 janv. 1973 : *Bull. civ.* 1973, IV, n° 21 ; *Banque* 1973, p. 1053, note Martin. - *Cass. com.*, 17 déc. 1973 : *Bull. civ.* 1973, IV, n° 364 ; *D.* 1974, inf. rap. p. 70 ; *RTD com.* 1973, p. 883, n° 16, obs. Houin.

Note 15 *Rapp. Thyraud, Sénat*, n° 54, p. 273.

Note 16 *Cons. const.*, 18 janv. 1985 : *Journal Officiel du 19 Janvier 1985* ; *D.* 1986, p. 425, obs. Renoux.

Note 17 *JOAN débats*, 6 avr. 1984, 3e séance, p. 1269, cité par C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté* : Montchrestien, 6e éd. 2009, n° 591, p. 326.

Note 18 F. Pérochon, *Le sort des créanciers postérieurs* : *LPA* 10 juin 2004, p. 16.

Note 19 V. notamment, P. Pétel, *Pour une relecture de l'article L. 621-32* : *Mél. Guyon*, 2003, p. 917. - G. Jazottes : *Rev. Lamy dr. aff. mars* 2005, p. 132, spéc. p. 135. - C. Saint-Alary-Houin : *LPA* 9 nov. 2004, p. 11, n° 22 et s. - M. Cabrillac et P. Pétel : *JCP E* 2003, 1396. - F. Pérochon : *LPA* 10 juin 2004, n° 17.

Note 20 *C. cass.*, rapp. 2002, p. 30.

Note 21 F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté - Instruments de crédits et de paiement* : LGDJ, 8e éd. 2009, n° 303, p. 298.

Note 22 F. Gréau, *Pour un véritable privilège de procédure* : *LPA* 12 juin 2008, n° 118, p. 4.

Note 23 C. Saint-Alary-Houin, *Créanciers postérieurs* : *Rev. proc. coll.* 2005, n° 3, p. 221. - F. Pérochon, *Le sort des créanciers postérieurs* : *LPA* 2004, n° 116, p. 16. - G. Jazottes, *Le privilège des créanciers postérieurs. Quel périmètre ?* : *RLDA* 2005, n° 80, p. 132.

Note 24 *C. com.*, art. L. 641-13 : « Sont payées à leur échéance les créances nées régulièrement après le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire pour les besoins du déroulement de la procédure ou du maintien provisoire de l'activité autorisée en application de l'article L. 641-10 ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant ce maintien de l'activité ».

Note 25 J.-J. Hyst, *Débats Sénat, séance 30 juin 2005*, cité par F. Reille, in *Les retouches apportées au sort des créanciers postérieurs élus* : *Gaz. Pal.* 7 mars 2009, n° 6.

Note 26 F. Gréau, *Pour un véritable privilège de procédure* : *LPA* 12 juin 2008, n° 118, p. 4.

Note 27 P.-M. Le Corre et T. Montéran, *La loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, présentation* : *Gaz-Pal.* 1er sept. 2005, p. 2.

Note 28 F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté - Instruments de crédits et de paiement* : LGDJ, 8e éd. 2009, n° 303 et s.

Note 29 Récemment, *Cass. com.*, 30 mars 2010, n° 09-10.729, à propos de la régularité d'une créance d'honoraires d'avocat.

Note 30 *Cass. com.*, 16 oct. 1990 : *D.* 1990, inf. rap. p. 261 ; *RD bancaire et fin.* 1991, p. 73, obs. M.-J. Campana et J.-M. Calendini ; *JCP E* 1991, I, 73, n° 4, note M. Cabrillac et Ph. Pétel ; *RTD com.* 1991, p. 462, obs. A. Martin-Serf. - *Cass. com.*, 9 avr. 1991 : *JCP E* 1991, p. 73, obs. M. Cabrillac et Ph. Pétel.

Note 31 *Contra* C. Saint-Alary-Houin, *La situation des créanciers postérieurs à l'ouverture de la procédure* : *Les annales de l'université de Toulouse*, t. 34, p. 218. - Cet auteur considère que les créances délictuelles étant par nature irrégulières devraient être exclues dans tous les cas, du champ d'application de l'article 40.

Note 32 *Cass. com.*, 13 oct. 1998 : *Act. proc. coll.* 1998, comm. 139, obs. P. Pétel ; *JCP G* 1999, I, 103, p. 75, obs. M. Cabrillac et Ph.

Pétel ; RTD com. 1999, p. 978, obs. A. Martin-Serf.

Note 33 *M. Cabrillac, L'article 40 de la loi nouvelle et le nouveau privilège de procédure : Rev. proc. coll. 1986-1, p. 13.*

Note 34 *F. Pérochon et R. Bonhomme, Entreprises en difficulté - Instruments de crédits et de paiement : LGDJ, 8e éd. 2009, n° 309, p. 306.*

Note 35 *V. aussi, F. Gréau, Pour un véritable privilège de procédure : LPA 12 juin 2008, n° 118, p. 4.*

Note 36 *F. Pérochon et R. Bonhomme, Entreprises en difficulté - Instruments de crédits et de paiement : LGDJ, 8e éd. 2009, n° 309, p. 306.*

Note 37 *Cass. com., 25 janv. 1994 : JCP E 1994, II, 629, note Rossi.*

Note 38 *Cass. com., 9 juin 1992 : D. 1993, somm. p. 5, obs. F. Derrida.*

Note 39 *P.-M. Le Corre, Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises : D. 2005, p. 2299.*

Note 40 *V. notamment, F. Pérochon, Le sort des créanciers postérieurs : LPA 10 juin 2004, n° 116, p. 16.*

Note 41 *M. Béhar-Touchais, La date de naissance de la créance issue d'un contrat synallagmatique à exécution successive : LPA 9 nov. 2004, p. 41.*

Note 42 *C. Saint-Alary-Houin, La date de naissance des créances en droit des procédures collectives : LPA 9 nov. 2004, p. 11.*

Note 43 *Ph. Roussel Galle, Réforme du droit des entreprises en difficulté, de la théorie à la pratique : Litec, coll. Professionnels, 2e éd. 2007.*

Note 44 *F. Pérochon et R. Bonhomme, Entreprises en difficulté - Instruments de crédits et de paiement : LGDJ, 8e éd. 2009, n° 306-2. - V. également, G. Teboul, Le sort des contrats pendant les procédures collectives : quels choix opérer ? : Gaz. Pal. 2004, p. 938, qui précise que « Le droit commun des contrats entretient des relations complexes avec le droit des procédures collectives. L'ordre public attaché au traitement judiciaire des difficultés des entreprises imprégné par l'impératif de la sauvegarde de l'entreprise, qui va parfois prévaloir sur l'échange des consentements ».*

Note 45 *C'est la thèse économique, dite aussi matérialiste.*

Note 46 *Exemple : Le contrat de vente, contrat par nature instantané, souffre également la distinction entre l'origine de la créance et son fait générateur : Cass. com., 3 avr. 2001 : Rev. proc. coll. 2002, n° 2, p. 101, n° 5, obs. C. Saint-Alary-Houin, La Cour de cassation persiste dans sa conception extensive du fait générateur de la créance, en considérant que la créance naît de la livraison et non du contrat de vente.*

Note 47 *S. Sabathier, Le droit des obligations à l'épreuve du droit des procédures collectives : thèse Toulouse, 2000, n° 27, citée par C. Saint-Alary-Houin, La date de naissance des créances en droit des procédures collectives : LPA 9 nov. 2004, n° 224, p. 11.*

Note 48 *Cass. com., 2 oct. 2001 : Rev. proc. coll. 2002, p. 264, n° 1, obs. M.-P. Dumont. - En ce qui concerne les honoraires du commissaire aux comptes quand sa mission se poursuit après le jugement d'ouverture.*

Note 49 *Cass. com., 28 mai 2002, n° 99-19.766 : Rev. proc. coll. 2003, p. 148, n° 10, obs. C. Saint-Alary-Houin.*

Note 50 *Cass. com., 28 mai 2002, n° 99-12.275 : D. 2002, p. 2124, obs. A. Lienhard ; Act. proc. coll. 2002-13, comm. 172, obs. J. Vallansan ; JCP E 2003, 231, p. 268, obs. P. Pétel ; RTD com. 2002, p. 726, n° 3, obs. A. Martin-Serf ; Rev. proc. coll. 2003, p. 146, n° 4, obs. C. Saint-Alary-Houin.*

Note 51 *Cass. com., 19 mai 1992, n° 90-16.962 : JCP E 1992, I, 168, n° 19, obs. P. Pétel. - Cass. soc., 2 juin 1992 : JCP E 1992, I, 195, n° 14, obs. P. Pétel. - Cass. soc., 16 juin 2010 : Rev. proc. coll. 2010, comm. 245, obs. G. Berthelot.*

Note 52 *Cass. com., 15 oct. 2002, n° 00-10.898 : D. 2002, p. 2942, obs. A. Lienhard ; Act. proc. coll. 2002-19, comm. 248, note Ph. Roussel-Galle ; Dr. et patrimoine 2003, n° 113, p. 95, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; JCP E 2003, 194, p. 218, obs. M. Cabrillac ; RTD com. 2003, p. 166, obs. A. Martin-Serf. - Cass. com., 29 oct. 2002 : Rev. proc. coll. 2003, p. 147, obs. C. Saint-Alary-Houin.*

Note 53 *Ph. Roussel-Galle, Réforme du droit des entreprises en difficulté, de la théorie à la pratique : Litec, coll. Professionnels, 2e éd. 2007, n° 446.*

Note 54 *Cass. com., 9 juill. 1996, n° 94-11.856.*

Note 55 S. Becque-Ickowicz : LPA 8 févr. 2006, p. 48. - P. Pétel : Rev. proc. coll. 2006, p. 142, n° 14. - F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté - Instruments de crédits et de paiement* : LGDJ, 2010, n° 307.

Note 56 Cass. com., 30 mars 2005, n° 01-11.620 : D. 2005, p. 1083, obs. A. Lienhard ; JCP E 2005, 639, p. 711, obs. M. Cabrillac ; RTD com. 2006, p. 478, obs. A. Martin-Serf.

Note 57 V. notamment, C. Saint-Alary-Houin, *La date de naissance des créances en droit des procédures collectives* : LPA 9 nov. 2004, n° 224, p. 11, qui précise que « le fait générateur d'une créance extracontractuelle est souvent, non pas la source de la créance, mais l'événement qui rend possible le paiement de la créance ou encore le moment où la sanction est prononcée ».

Note 58 V. notamment, B. Lagarde, *Traité économique et fiscal de la sauvegarde des entreprises* : Lagarde, 2009. - B. Lagarde, *Le Trésor public : un créancier comme les autres* : Gaz. Pal. 2005, 3, doct. p. 3007. - B. Soinne, *Les notions « d'origine », de « fait générateur » et « d'exigibilité » de la créance en droit fiscal et dans le droit des procédures collectives* : Rev. proc. coll. 1987/2, p. 1.

Note 59 Il s'agit d'hypothèses de liquidations judiciaires d'une part sans poursuite d'activité, et d'autre part avec poursuite d'activité durant laquelle aucune cession n'interviendrait.

Note 60 Cass. com., 16 déc. 2008, n° 08-12.142 : D. 2009, p. 164, obs. A. Lienhard.

Note 61 Cass. com., 12 juill. 1994, n° 90-18.265 : JCP E 1995, I, 417, obs. Ph. Pétel. - Cass. com., 14 janv. 2004, n° 01-03.663 : Rev. proc. coll. 2004, p. 244, n° 4, obs. C. Saint-Alary-Houin.

Note 62 Selon l'instruction de la direction de la comptabilité publique du 23 septembre 1997, n° 97-102-A34, citée par B. Lagarde, *Traité économique et fiscal de la sauvegarde de l'entreprise*, 2010 : éd. Bernard Lagarde, p. 289.

Note 63 Cass. com., 8 nov. 1988 : D. 1989, jurispr p. 36, note A. Honorat ; Rev. proc. coll. 1989, p. 227, obs. Dureuil ; JCP E 1989, II, 15468, obs. M. Cabrillac ; RTD com. 1989, p. 137, n° 6, obs. A. Martin-Serf. - Cass. com., 18 juill. 1989 : D. 1989, somm. p. 288, obs. A. Honorat. - Cass. com., 7 nov. 1989 : Rev. proc. coll. 1990, p. 235, n° 14, obs. C. Saint-Alary-Houin. - Cass. 2e civ., 16 sept. 2010, n° 09-16.182.

Note 64 Cass. com., 20 févr. 1990 : D. 1991, somm. p. 3, obs. F. Derrida. - Cass. com., 10 juill. 1990 : D. 1990, inf. rap. p. 192.

Note 65 Cass. soc., 19 déc. 1990 : Bull. civ. 1990, V, n° 679. - Cass. soc., 16 juin 2010 : Rev. proc. coll. 2010, comm. 245, obs. G. Berthelot.

Note 66 Cass. com., 17 sept. 2002 : D. 2002, p. 2735, obs. A. Lienhard ; Rev. proc. coll. 2002, p. 100, obs. C. Saint-Alary-Houin ; RTD com. 2003, p. 167, obs. A. Martin-Serf ; JCP E 2003, 197, obs. D. Voinot. - Pour aller plus loin sur la question, D. Voinot, *Le sort des créances dans la procédure collective : l'exemple de la créance environnementale* : RTD com. 2001, p. 281.

Note 67 C. Saint-Alary-Houin : Rev. proc. coll. 2003, n° 2, p. 147, n° 7.

Note 68 C. Saint-Alary-Houin, *La date de naissance des créances en droit des procédures collectives* : LPA 9 nov. 2004, n° 224, p. 11.

Note 69 Cass. com., 11 juin 2002, n° 00-12.289. - Cass. 3e civ., 12 juin 2002, n° 00-19.038 : Bull. civ. 2002, IV, n° 104 et III, n° 138 ; JCP E 2003, 231, n° 13, obs. M. Cabrillac et P. Pétel ; D. 2002, p. 2121, obs. A. Lienhard et p. 2642, obs. N. Fricero ; RTD com. 2002, p. 724, obs. A. Martin-Serf ; RD bancaire et fin. 2002, comm. 145, obs. F.-X. Lucas. - Cass. soc., 12 févr. 2003, n° 99-42.985 : *JurisData* n° 2003-017596 ; Bull. civ. 2003, V, n° 50 ; D. 2003, p. 768 ; RTD com., 2003, p. 371, n° 6, obs. A. Martin-Serf ; *Procédures* 2003, comm. 145, note C. Laporte, « la créance des dépens et des frais résultant de l'application de l'article 700 du Nouveau Code de procédure civile mise à la charge du débiteur trouve son origine dans la décision qui statue sur ces dépens et frais et entre dans les prévisions de l'article L. 621-32 du Code de commerce lorsque cette décision est postérieure au jugement d'ouverture de la procédure collective ».

Note 70 P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives* : Dalloz-Action 2010-2011, p. 769.

Note 71 G. Berthelot, *Les créances de frais irrépétibles et de dépens : créances postérieures méritantes, bien qu'inutiles !* : Rev. proc. coll. 2010, étude 18.

Note 72 Cass. com., 9 déc. 1997, n° 95-18.300 : Bull. civ. 1997, IV, n° 328 ; D. 1998, p. 381, note M. Pasturel ; RTD com. 1998, p. 931, obs. A. Martin-Serf ; Rev. proc. coll. 1998, p. 296, n° 14, obs. C. Saint-Alary-Houin. - Cass. com., 17 févr. 1998, n° 95-18.686 : Bull. civ. 1998, IV, n° 76 ; RTD com. 1998, p. 940, obs. A. Martin-Serf ; Rev. proc. coll. 1999, p. 158, n° 9, obs. M.-H. Monsérié. - Cass. com., 24 nov. 1998, n° 94-19.698 : Bull. civ. 1998, IV, n° 280 ; D. 1999, somm. p. 188, obs. A. Honorat ; RTD com. 1999, p. 977, obs. A. Martin-Serf. - Cass. com., 4 janv. 2000, n° 97-12.628. - Cass. soc., 18 juill. 2000, n° 98-42.864. - Cass. com., 3 avr. 2002, n° 99-15.174 : Rev. proc. coll. 2002, p. 265, n° 13, obs. M.-P. Dumont.

Note 73 Cass. 3e civ., 7 oct. 2009, n° 08-12.920 : Act. proc. coll. 2009, comm. 287 ; JCP E 2009, 2194, obs. J. Vallansan ; D. 2009, p. 2548, obs. A. Lienhard ; Gaz. Pal. 8-9 janv. 2010, p. 19, obs. L.-C. Henry ; obs. crit. G. **Berthelot** in *Les créances de frais irrépétibles et de dépens : créances postérieures méritantes, bien qu'inutiles !* : Rev. proc. coll. 2010, étude 18.

Note 74 Cass. com., 13 mai 2003 : JCP E 2003, 1396, n° 16, obs. M. Cabrillac et Ph. Pétel.

Note 75 Cass. com., 30 oct. 2000 : Bull. civ. 2000, IV, n° 171 ; D. 2000, p. 427, obs. A. Lienhard ; Act. proc. coll. 2000-19, comm. 239, obs. J. Vallansan ; JCP E 2001, 219, n° 9, obs. Ph. Pétel ; D. 2001, p. 618, obs. J. Honorat ; RTD com. 2001, p. 236, obs. A. Martin-Serf ; Dr. et patrimoine juin 2001, p. 112, obs. H. Monsérié-Bon.

Note 76 Cass. com., 11 juin 2003 : Bull. civ. 2003, IV, n° 96 ; D. 2003, p. 2174, obs. A. Lienhard.

Note 77 M. Cabrillac et Ph. Pétel, ss Cass. com., 11 juin 2002 : JCP G 2003, p. 351. - C. Saint-Alary-Houin, *La date de naissance des créances en droit des procédures collectives* : LPA 9 nov. 2004, n° 224, p. 11. - G. **Berthelot**, *Les créances de frais irrépétibles et de dépens : créances postérieures méritantes, bien qu'inutiles !* : Rev. proc. coll. 2010, étude 8.

Note 78 M. Cabrillac et Ph. Pétel : JCP G 2003, p. 351. - V. Aussi, F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté - Instruments de crédits et de paiement* : LGDJ, 8e éd. 2009, n° 303 et s.

Note 79 C. com., art. L. 622-17, I, dans sa rédaction issue de l'Ord. n° 2008-1345, 18 déc. 2008 pour la sauvegarde et C. com., art. L. 631-14 y renvoyant pour le redressement.

Note 80 C. com., art. L. 641-13 dans sa rédaction issue de l'Ord. n° 2008-1345, 18 déc. 2008.

Note 81 V. cependant, F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté - Instruments de crédit et de paiement* : LGDJ, 8e éd. 2009, n° 313, qui évoquent « les créances engendrées par l'exécution d'un contrat en cours auquel l'administrateur n'a pas renoncé » en remarquant toutefois que pour ces créances « le critère de la prestation fournie est par ailleurs satisfait ».

Note 82 Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, les frais de justice sont inscrits exclusivement dans le classement externe, et donc priment les créances postérieures élues. V. *infra*.

Note 83 F. Gréau, *Pour un véritable privilège de procédure* : LPA 12 juin 2008, n° 118, p. 4.

Note 84 F. Gréau, *Pour un véritable privilège de procédure* : LPA 12 juin 2008, n° 118, p. 4.

Note 85 F. Gréau, *Pour un véritable privilège de procédure* : LPA 12 juin 2008, n° 118, p. 4.

Note 86 Ph. Roussel-Galle, *La réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005* : *Litec*, 2005, n° 266.

Note 87 Rapp. X. de Roux, n° 2095, p. 220.

Note 88 F. Pérochon, *Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005* : *Gaz. Pal.* 7 sept. 2005, p. 57, n° 20 et 29. - F. Gréau, *Pour un véritable privilège de procédure* : LPA 12 juin 2008, n° 118, p. 4, qui dénonce encore une fois le risque de doublons.

Note 89 Cass. com., 5 oct. 2010, n° 09-70.249, « la créance d'indemnités de rupture, n'étant pas née pour les besoins du déroulement de la procédure ou en contrepartie d'une prestation, est soumise aux dispositions de l'article L. 622-24 du Code de commerce ».

Note 90 F. Pérochon, *Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005* : *Gaz. Pal.* 2005, n° 250, p. 61.

Note 91 F. Pérochon, *Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005* : *Gaz. Pal.* 2005, n° 250, p. 62. - F. Pérochon, *Le sort des créanciers postérieurs* : LPA 2004, n° 116, p. 16.

Note 92 M. et S. Cabrillac, Ch. Mouly et Ph. Pétel, *Droit des sûretés* : *Litec*, 8e éd. 2007, n° 663.

Note 93 C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté* : *Montchrestien*, 6e éd. 2009, n° 603, in fine.

Note 94 Ph. Pétel, *Les créanciers postérieurs* : *Rev. proc. coll.* 2006, n° 15, p. 144 (l'auteur ne limite d'ailleurs pas ce critère aux seules créances délictuelles). - C. Saint-Alary-Houin écarte ce critère, mais elle retient toutefois une conception large en admettant qu'une créance délictuelle puisse être privilégiée si elle est née « à l'occasion de la poursuite de l'activité » (*Dr. entr. en diff.* : *Montchrestien*, 6e éd. 2009, n° 603).

Note 95 Ph. Pétel, *Les créanciers postérieurs* : Rev. proc. coll. 2006, n° 16, p. 144. - Cet auteur soutient cette interprétation au regard de trois éléments : la nécessité d'assurer la sécurité juridique, le souci de responsabiliser le chef d'entreprise et les organes de la procédure, et la volonté du législateur, lequel a, semble-t-il, souhaité améliorer les règles concernant les créanciers postérieurs et non pas « élargir sévèrement le privilège de procédure ».

Note 96 F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté - Instruments de crédit et de paiement* : LGDJ, 8e éd. 2009, n° 313. - F. Pérochon, *Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005* : Gaz. Pal. 2005, n° 250, p. 61. - C. Saint-Alary-Houin, *Créanciers postérieurs, Les apports de la réforme* : Rev. proc. coll. 2005, p. 221. - Implicitement en ce sens, A. Jacquemont, *Droit des entreprises en difficulté* : Litec, 2009, n° 360, in fine.

Note 97 Favorable à cette notion, P.-M. Le Corre, *La taxe foncière, une créance postérieure méritante ?* : Gaz. Pal. 15-16 oct. 2010, p. 12. - Cet auteur propose que la notion de « créance née pour les besoins de la période d'observation ou de la poursuite d'activité en liquidation judiciaire » recouvre « la créance contingente par rapport à la procédure collective ». Par opposition à « la créance née pour les besoins de la procédure collective » qui doit nécessairement « être inhérente à la procédure collective ».

Note 98 Assez nettement, P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives* : Dalloz action, 2010-2011, n° 453-22. - Plus tempérés, S. Becqué-Ickowicz, *La réforme des procédures collectives. La loi de sauvegarde article par article, sous la dir. de F.-X. Lucas et H. Lécuyer* : LGDJ, 2006, p. 124 et note n° 88. - M. Jeantin et P. Le Cannu, *Entreprises en difficulté* : Précis Dalloz, 7e éd. 2007, n° 770.

Note 99 Ph. Pétel, *Les créanciers postérieurs* : Rev. proc. coll. 2006, n° 15, p. 144.

Note 100 F. Pérochon, *Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005* : Gaz. Pal. 2005, n° 250, p. 61.

Note 101 M. Jeantin et P. Le Cannu, *Entreprises en difficulté* : Précis Dalloz, 7e éd. 2007, n° 770, in fine.

Note 102 F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté - Instruments de crédit et de paiement* : LGDJ, 8e éd. 2009, n° 314-1. - C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté* : Montchrestien, 6e éd. 2009, n° 604. - A. Jacquemont, *Droit des entreprises en difficulté* : Litec, 2009, n° 361. - B. Lagarde, *Le Trésor public : un créancier comme les autres* : Gaz. Pal. 2005, 3, doct. p. 3007.

Note 103 B. Lagarde, *Le Trésor public : un créancier comme les autres* : Gaz. Pal., 2005, 3, p. 3007. - F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté - Instruments de crédit et de paiement* : LGDJ, 8e éd. 2009 (ces auteurs optent cependant pour la solution précédente). - M. et S. Cabrillac, Ch. Mouly et Ph. Pétel, *Droit des sûretés* : Litec, 8e éd. 2007, n° 663 (ces auteurs excluent uniquement « les créances d'impôts relatifs à des biens hors entreprises »). - G. Jazottes, *Le privilège des créanciers postérieurs. Quel périmètre ?* : Rev. Lamy dr. aff. mars 2005, suppl., p. 132. - P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives* : Dalloz action, 2010-2011, n° 453-22 (qui opte pour cette logique uniquement pour l'impôt sur le revenu). Nuancé, A. Lienhard, *Le nouveau privilège de procédure : entre restauration et éclatement*, Mél. Simler : Dalloz, 2006, p. 486.

Note 104 Par exemple, Cass. com., 15 nov. 2005 (restitution d'un acompte suite à la caducité du contrat) : Bull. civ. 2005, IV, n° 227 ; LPA 2006, n° 40, p. 6, note F. Vinckel. - Et hormis celles consécutives aux nullités de la période suspecte.

Note 105 Certains estiment que ces créances doivent être privilégiées lorsque la somme à restituer a été remise après le jugement d'ouverture (M. et S. Cabrillac, Ch. Mouly et Ph. Pétel, *Droit des sûretés* : Litec, 8e éd. 2007), d'autres souhaitent les exclure par principe parce qu'elles ne répondent pas aux besoins de la procédure (A. Lienhard, *Le nouveau privilège de procédure : entre restauration et éclatement*, Mél. Simler : Dalloz, 2006, p. 488. - F. Vinckel, note ss Cass. com., 15 nov. 2005 : LPA 2006, n° 40, p. 6).

Note 106 On songe par exemple à la question des créances environnementales liées à l'obligation de remettre les lieux en état : exclues par certains du privilège (C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté* : Montchrestien, 6e éd. 2009, n° 603), elles sont admises par d'autres au moins au prorata de la durée d'exploitation après le jugement d'ouverture (G. Jazottes, *Le privilège des créanciers postérieurs. Quel périmètre ?* : Rev. Lamy dr. aff. mars 2005, suppl., p. 132). Un auteur n'écarte également pas l'idée que la créance résultant d'une condamnation pénale afférente à un détournement de TVA puisse être une créance privilégiée dans la mesure où elle est liée au prix de la prestation (S. Rétif, note ss Cass. crim., 17 janv. 2007 : JCP E 2007, 1607).

Note 107 Créances d'origine délictuelle (dommages et intérêts, dépens, frais irrépétibles, astreintes...), créances environnementales, créance de restitution... En ce sens, G. Jazottes, *Le privilège des créances postérieures : quel périmètre ?* : Rev. Lamy dr. aff. mars 2005, n° 80, p. 132. - C. Saint-Alary-Houin, *Créanciers postérieurs* : Rev. proc. coll. 2005, p. 219. - G. Berthelot in *Les créances de frais irrépétibles et de dépens : créances postérieures méritantes, bien qu'inutiles !* : Rev. proc. coll. 2010, étude 18.

Note 108 Sauvegarde et redressement judiciaire ou liquidation judiciaire avec maintien d'activité.

Note 109 F. Gréau, *Pour un véritable privilège de procédure* : LPA 12 juin 2008, n° 118, p. 4.

Note 110 Rapp. J.-J. Hyest, n° 335, p. 205.

Note 111 F. Pérochon, *Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005* : *Gaz. Pal.* 2005, n° 250, p. 61.

Note 112 V. notamment, F. Reille, *Les retouches apportées au sort des créanciers postérieurs élus* : *Gaz. Pal.* 6 et 7 mars 2009, p. 38.

Note 113 P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives* : *Dalloz-Action*, 2010-2011, p. 795.

Note 114 V. sur ce point les observations critiques de F. Pérochon, *Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005* : *Gaz. Pal.* 2005, n° 250, p. 61.

Note 115 F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté - Instruments de crédit et de paiement* : *LGDJ*, 8e éd. 2009, n° 312-2.

Note 116 A. Lienhard, *Le nouveau privilège de procédure : entre restauration et éclatement*, *Mél. Simler* : *Dalloz*, 2006, p. 489.

Note 117 *Cass. com.*, 14 nov. 2000 : *Rev. proc. coll.* 2002, p. 210, obs. Ph. Neau-Leduc.

Note 118 P.-M. Le Corre, *Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises* : *D.* 2005, p. 2299.

Note 119 F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté - Instruments de crédit et de paiement* : *LGDJ*, 8e éd. 2009, n° 303.

Note 120 À défaut, les créances nées d'un contrat initiés pendant la poursuite de l'activité devront être déclarées conformément à l'article R. 622-22 du Code de commerce.

Note 121 La Cour de cassation estime en effet que le cocontractant doit agir en justice pour faire prononcer la résiliation (*Cass. com.*, 19 mai 2004 : *Bull. civ.* 2004, IV, n° 100 ; *D.* 2004, p. 1668, obs. A. Lienhard ; *JCP E* 2004, 1292, n° 13, obs. Ph. Pétel ; *LPA* 2004, n° 157, p. 17, note P.-M. Le Corre). - C'est uniquement en présence d'une mise en demeure préalable que le contrat est résilié de plein droit (*Cass. com.*, 18 mars 2003 : *Bull. civ.* 2003, IV, n° 47 ; *D.* 2003, p. 972, obs. A. Lienhard ; *JCP E* 2003, 1396, n° 12, obs. M. Cabrillac ; *RTD com.* 2004, p. 152, obs. A. Martin-Serf).

Note 122 *Cass. com.*, 18 sept. 2007 : *Bull. civ.* 2007, IV, n° 200 ; *D.* 2007, p. 2393, obs. A. Lienhard ; *ibid.* p. 2767, obs. I. Orsini ; *JCP G* 2008, I, 117, n° 13, obs. Ph. Pétel.

Note 123 F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté - Instruments de crédit et de paiement* : *LGDJ*, 8e éd. 2009, n° 312. - Pour ces auteurs, « la prestation n'est pas fournie pour, mais plutôt à l'encontre des besoins de la procédure ».

Note 124 F. Gréau, *Pour un véritable privilège de procédure* : *LPA* 12 juin 2008, n° 118, p. 4.

Note 125 Pour ainsi l'exclure du traitement préférentiel, encore que l'occupation même illicite puisse être utile à la poursuite de l'activité.

Note 126 F. Pérochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté - Instruments de crédit et de paiement* : *LGDJ*, 8e éd. 2009. - A. Lienhard, *Le nouveau privilège de procédure : entre restauration et éclatement*, *Mél. Simler* : *Dalloz*, 2006, p. 487 et 488. - Ph. Pétel, *Les créanciers postérieurs* : *Rev. proc. coll.* 2006, p. 142, n° 13. - P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives* : *Dalloz Action*, 2010/2011, n° 453.23. - Contra. F. Gréau, *Pour un véritable privilège de procédure* : *LPA* 12 juin 2008, n° 118, p. 4.

Note 127 Ou d'une négligence du mandataire de justice.

Note 128 F. Gréau, *Pour un véritable privilège de procédure* : *LPA* 12 juin 2008, n° 118, p. 4.

Note 129 En ce sens, A. Lienhard, *Le nouveau privilège de procédure : entre restauration et éclatement*, *Mél. Simler* : *Dalloz*, 2006, p. 487, qui donne comme exemples les travaux de démontage des machines ou des prestations de déménagement et qui souligne que le législateur s'est volontairement gardé de poser le critère de la poursuite de l'activité.

Note 130 En ce sens, P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives* : *Dalloz-Action*, 2010-2011, p. 796.

Note 131 V. *supra*.

Note 132 En ce sens, T. Tarrow, *Le bailleur et le redressement judiciaire du preneur* : *Administrer* 2007, n° 403, p. 47, cet auteur précisait déjà avant la réforme de 2008 que le bailleur subissait une « perte pure et simple des loyers, si le preneur est finalement mis en liquidation judiciaire ».

Note 133 P. Le Cannu, *La poursuite de l'activité* : *Dr. et patrimoine* 2009, n° 187, p. 73.

Note 134 G. Berthelot, *ss Cass. soc.*, 16 juin 2010 : *Rev. proc. coll.* 2010, comm. 245.

Note 135 En effet, l'avènement du critère téléologique doit logiquement faire échapper du périmètre du privilège les créances issues de condamnations (DI, dépens, *CPC*, art. 700, astreinte...), mais également les indemnités contractuelles pour mauvaise exécution, et encore l'ensemble des créances délictuelles. En ce sens, G. **Berthelot**, *Les créances de dépens et de frais irrépétibles : créances méritantes bien qu'inutiles !* : *Rev. proc. coll.* 2010, étude 18. - G. Jazottes, *Le privilège des créanciers postérieurs : Quel périmètre ?* : *Rev. Lamy dr. aff.* mai 2005, n° 80, p. 132. - C. Saint-Alary-Houin, *Créanciers postérieurs* : *Rev. proc. coll.* 2005, p. 219. - F. Pérochon, *Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005* : *Gaz. Pal.* 7 et 8 sept. 2005, p. 57, qui distingue selon que la créance est née à l'occasion de celle née pour les besoins de la procédure, pour ne retenir que les secondes.

Note 2 H. Motulsky, *Écrits*, t. 2, *Études et notes sur l'arbitrage* : Dalloz, 1974, p. 44.