

La cessation des paiements : une notion déterminante et perfectible

Etude rédigée par Geoffroy **Berthelot**
doctorant à l'université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne
collaborateur de mandataire judiciaire

Procédures collectives

Sommaire

Régulièrement la notion de cessation des paiements est l'objet de l'attention du législateur et la prochaine réforme attendue de la loi du 26 juillet 2005 pourrait être l'occasion d'un toilettage. Il n'en demeure pas moins que la jurisprudence reste essentielle en la matière et que les solutions proposées peuvent laisser à l'interprète l'impression d'une (trop ?) grande souplesse, les concepts d'actif disponible et de passif exigible se révélant fort malléables.

1. - Fort d'une actualité jurisprudentielle^{Note 1}, la notion de cessation des paiements est au coeur de la « réforme de la Réforme ». En effet, la récente loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, va semble-t-il, déjà souffrir quelques modifications, puisqu'un avant-projet d'ordonnance est actuellement soumis à consultation^{Note 2}. Il prévoit notamment un ajustement de la procédure nouvelle de sauvegarde, qui passera par une amélioration de ses conditions d'ouverture en supprimant le lien avec la cessation des paiements, afin de renforcer l'attractivité de cette procédure, qui peine à s'imposer malgré quelques procédures réussies et médiatiques. Cet avant-projet envisage également en son article 32 de parfaire la définition actuelle de la cessation des paiements, par l'adjonction de la solution jurisprudentielle consacrée par l'arrêt du 27 février 2007^{Note 3} à l'alinéa 1er de l'article L. 631-1 du Code de commerce. Ainsi, cet article serait complété de la manière suivante : « le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers qui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements ». Cette question de la modification de la notion de cessation des paiements avait déjà été soulevée lors des travaux préparatoires de la loi de sauvegarde et pourtant le législateur avait choisi de maintenir, faute d'un véritable consensus autour d'une définition renouvelée, la définition de la cessation des paiements telle qu'elle avait été forgée par la jurisprudence ancienne^{Note 4} et consacrée par le législateur de 1985. Ainsi, l'article L. 631-1 du Code de commerce dispose que « *tout débiteur (...) dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, est en cessation des paiements* »^{Note 5}. Elle repose donc toujours sur les notions d'actif disponible et de passif exigible dont l'approche parfois délicate a été précisée par la jurisprudence.

2. - La référence au critère de la cessation des paiements est traditionnelle en droit français, mais son acception a évolué en même temps que les finalités dévolues aux procédures. Alors qu'initialement la cessation des paiements était assimilée à une situation désespérée ou irrémédiablement compromise, critère intéressant dans une perspective de liquidation, la jurisprudence l'a ultérieurement analysée comme une crise grave de trésorerie, laissant ainsi la porte ouverte à une nouvelle stratégie de redressement dans le cadre d'une procédure judiciaire^{Note 6}. La cessation des paiements constitue donc l'incapacité de financer le cycle normal d'exploitation de l'entreprise et pas seulement une défaillance ponctuelle du service caisse. Cette condition d'ouverture légale, commerciale et objective reste conforme aux exigences de la vie économique qui font du respect de l'échéance, « loi d'airain des commerçants »^{Note 7}, un devoir quasi-absolu^{Note 8}.

3. - Si la réforme du droit des entreprises en difficultés n'a pas transformé la notion de cessation des paiements, elle a cependant modifié sa place puisqu'elle n'apparaît plus comme un critère de répartition entre les procédures de prévention et de traitement judiciaire des difficultés. En effet, la survenance de la cessation des paiements n'est plus de nature à écarter un traitement amiable des difficultés, si la confiance des créanciers en l'entreprise n'est pas trop éoussée. Ainsi, la réforme qui a souhaité promouvoir l'anticipation prévoit à l'article L. 611-4 du Code de commerce que la nouvelle procédure de conciliation est applicable aux entreprises qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou finan-

cière avérée ou prévisible, et qui ne se trouve pas en cessation des paiements depuis plus de 45 jours. De même, la volonté anticipative du législateur, permet l'ouverture d'une procédure judiciaire de sauvegarde, innovation majeure de la réforme, sans être en cessation des paiements, dès lors qu'un débiteur « justifie de difficultés, qu'il n'est pas en mesure de surmonter, de nature à le conduire à la cessation des paiements » (C. com., art. L. 620-1). Unicité de la notion de cessation des paiements ne rime plus avec unicité du critère d'ouverture des procédures collectives. Mais, chaque critère d'ouverture y faisant expressément référence soit comme critère déterminant^{Note 9}, soit comme référent^{Note 10}, elle reste « la clef de voûte »^{Note 11} du droit des entreprises en difficulté^{Note 12}.

Assurément, la notion a glissé car sans demeurer à proprement parler « la pierre angulaire des procédures collectives », elle devient « la pierre angulaire des critères d'ouverture ». Selon un auteur^{Note 13}, « elle rode autour de la sauvegarde, menace d'anéantir la conciliation et conditionne » le redressement et la liquidation judiciaires.

4. - Dès lors, la place de la cessation des paiements est nouvelle dans l'architecture du droit des entreprises en difficultés. Le recul annoncé, pour plus de clarté, du critère de cessation des paiements est vain, car les différents critères d'ouverture font expressément référence à cette notion dans leurs définitions et créent ainsi un climat d'incertitude chez les dirigeants sociaux et les chefs d'entreprises. Ainsi, si l'objectif était de simplifier, il n'est manifestement pas atteint. D'autant qu'une pluralité mal définie conduit nécessairement à un imbroglio juridique pour les personnes à qui elle a vocation à s'appliquer.

Notre système perd donc le bénéfice d'un critère certes rigide, mais déterminant au profit d'une articulation des procédures qui devient quelque peu incertaine^{Note 14}.

Ainsi, il n'est pas sûr qu'une telle réforme atteigne l'un de ses objectifs, qui est de rassurer les chefs d'entreprise.

5. - Il ne faut pas se cacher qu'au-delà de l'apparente précision des concepts utilisés dans la définition^{Note 15}, l'utilisation de la notion de cessation des paiements est en fait assez souple, au profit d'une appréciation souveraine des juges du fond, quand bien même la Cour de cassation exercerait un contrôle. L'analyse des décisions et des arrêts de la Cour de cassation a permis de préciser le contenu de la notion de cessation des paiements, en fixant régulièrement les contours de l'actif disponible et du passif exigible et notamment en intégrant récemment^{Note 16} les notions de réserve de crédit et de moratoire dans l'interprétation respective des notions d'actif disponible et de passif exigible.

6. - Devant ce constat, il reste pertinent et fondamental de réaliser l'exégèse des composantes de la notion (1), afin d'analyser leur confrontation de nature à caractériser l'état de cessation des paiements et d'envisager des perspectives d'évolution conceptuelle (2).

1. Les composantes de la cessation des paiements

7. - L'état de cessation des paiements est, pour le chef d'entreprise, une notion qui reste trop souvent liée à l'arrêt matériel des paiements traduisant la difficulté pour lui de cerner avec exactitude la date à laquelle il est juridiquement en état de cessation des paiements.

Selon un article du journal *Les Échos* du 14 octobre 1997, « dans presque 100 % des cas, le dirigeant qui se déclare en difficulté le fait lorsque les signes de faiblesse viennent de l'indicateur le plus évident : sa trésorerie ». Mais, l'état de cessation des paiements est bien souvent antérieur à cette rupture de trésorerie. L'état de cessation des paiements est une notion juridique évolutive et non une notion purement comptable. La notion de cessation des paiements, telle que définie dans le Code de commerce, comprend, d'une part, l'actif disponible (A) et, d'autre part, le passif exigible (B) qu'il convient d'appréhender dans leurs acceptions juridiques et non comptables.

A. - L'actif disponible

8. - D'un point de vue juridique, la notion d'actif se définit, selon le vocabulaire Capitant, comme « l'ensemble des biens et droits évaluables en argent qui constituent les éléments positifs du patrimoine d'une personne et forment le gage de ses créanciers. Il s'oppose en cela à la notion de passif ». L'actif disponible qui doit être ici envisagé est celui à très court terme^{Note 17}, réalisable à bref délai^{Note 18}. Il inclut la trésorerie^{Note 19} disponible en caisse et en banque, ainsi que l'actif réalisable immédiatement, soit les effets de commerce échus ou escomptables et les valeurs cotées en bourse. Une décision récente^{Note 20} affirme que la provision d'un chèque de banque non encaissé constitue un actif disponible. En effet, la Cour de cassation précise que « l'action d'un porteur d'un chèque de banque contre le tiré se prescrivant par un an à

partir de l'expiration du délai de présentation (8 jours), la provision correspondante qui existe au profit du porteur durant le délai de prescription de cette action constitue un actif disponible ». Cette décision est commandée par les règles du droit bancaire et le caractère « indéfectiblement disponible de la créance »^{Note 21} née d'une provision d'un chèque de banque.

Par définition, les immobilisations, les stocks^{Note 22} et le réalisable à court terme sont donc exclus de l'actif disponible. La chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 27 février 2007^{Note 23}, a affirmé qu'un immeuble non encore vendu ne constitue pas un actif disponible. Cette solution est tout à fait conforme à la conception retenue de l'actif disponible. En effet, tous les biens immobiliers ne pouvant être réalisés à très court terme doivent être soustraits de l'actif disponible, quant bien même un droit de préemption, qui ne constitue qu'une étape dans la réalisation dudit bien, serait exercé.

Mais, il n'y a pas non plus de concordance entre cette notion juridique d'actif disponible et la notion comptable d'actif circulant. En effet, l'actif disponible ne constitue qu'une partie de l'actif circulant. Et, outre les éléments du bilan, l'actif disponible comprend les ouvertures de crédit^{Note 24} non utilisées^{Note 25}, en ce qu'elles autorisent, à due concurrence, le paiement de dettes arrivées à échéance. Aussi, l'octroi de crédit constitue un actif disponible à condition de relever d'un mode normal et non d'un mode artificiel pour se procurer des fonds. Anormalité qui serait révélée par le caractère ruineux du crédit consenti ou la disproportion des garanties exigées. Dans cette hypothèse, les responsabilités du dirigeant et de la banque seraient susceptibles d'être engagées^{Note 26}. Selon le professeur Françoise Pérochon^{Note 27}, dès lors que d'un côté est prise en compte l'intégralité du passif exigible, « sur l'autre plateau de la balance doit être pesée la totalité de l'actif disponible incluant les (véritables) réserves de crédit »^{Note 28}.

Toutefois, cette condition est nécessaire, mais pas suffisante, puisque la définition de l'article L. 631-1 précise que l'état de cessation des paiements suppose l'impossibilité de faire face avec son actif disponible au passif exigible.

B. - Le passif exigible

9. - Le passif exigible s'entend de l'ensemble des dettes certaines, liquides et exigibles. Ainsi, les dettes litigieuses, contestées dans leur montant ou dans leur principe, ne sont pas prises en compte dans la détermination du passif exigible, ainsi que les dettes insusceptibles d'être évaluées en argent, puisqu'elles ne sont ni certaines ni liquides^{Note 29}. De plus, sont exigibles, *stricto sensu*, les dettes échues au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective. Dès lors que les dettes sont certaines, liquides et exigibles, leur nature et leur nombre sont indifférents^{Note 30}.

Toutefois, à cette condition d'échéance, la jurisprudence a cru devoir en ajouter une autre. Dans un célèbre arrêt du 28 avril 1998^{Note 31}, la Cour de cassation précise que l'état de cessation des paiements est caractérisé par « l'impossibilité pour le débiteur de faire face à son passif exigible et exigé dès lors que le créancier est libre de faire crédit au débiteur », reportant ainsi la date d'exigibilité de sa créance. Cependant, en pratique, le créancier qui ne réclame pas le paiement de ce qui lui est dû, octroie tacitement un moratoire ou une réserve de crédit au débiteur, reportant *de facto* l'exigibilité de sa créance. Par conséquent, cette condition du caractère exigé de la créance est superfétatoire, même si certains auteurs^{Note 32} ont relevé à juste titre que l'on peut difficilement constater la défaillance du débiteur tant qu'il n'a pas été mis en demeure. Mais, il n'est pas toujours souhaitable d'attendre cette mise en demeure pour ouvrir une procédure collective, d'autant qu'elle empêcherait au débiteur lui-même, dans certains cas, d'obtenir la protection judiciaire sous prétexte que son passif est seulement exigible et non exigé. En outre, le silence du créancier qui ne réclame pas le paiement d'une dette échue peut faire l'objet de deux interprétations distinctes, la première étant une volonté réelle de faire crédit et donc d'exclure la défaillance et la cessation des paiements, et la seconde traduisant une simple négligence. La jurisprudence ne s'est donc pas engagée davantage, vers une substitution de la notion de passif exigé à celle de passif exigible, qui aurait été une interprétation *contra legem*^{Note 33}.

Seule la condition d'exigibilité se justifie et est conforme aux nécessités commerciales qui se fondent sur la notion d'échéance.

10. - Rappelons que l'exigibilité, est une notion temporelle qui caractérise le décalage dans le temps entre la naissance de l'obligation et sa mise en exécution. Ainsi, elle apparaît comme « cette qualité de l'obligation qui définit le temps de l'exécution »^{Note 34}. Cette analyse quasi-unanime^{Note 35} conduit à prendre acte de la synonymie entre les notions d'exigibilité et d'échéance. Et même, si certains^{Note 36} voient, dans cette identification, un appauvrissement conceptuel de la notion d'exigibilité, cette référence permet une meilleure appréhension de la cessation des paiements. Le terme d'échéance sera probablement mieux appréhendé par nos dirigeants et nos chefs d'entreprise que celui d'exigibilité, qui reste une notion

juridique et donc moins intelligible. L'idée économique de terme ou d'échéance, qui fait donc expressément référence au concept de crédit est mieux accueillie dans la sphère « entrepreneuriale ».

Donc pour que la cessation des paiements, dans sa définition actuelle, soit caractérisée, il faut que le passif soit exigible autrement dit que les dettes soient certaines, liquides et échues.

11. - Toutefois, l'actif disponible ou le passif exigible pris distinctement^{Note 37} ne caractérise pas l'état de cessation des paiements. En effet, conformément à la lettre de l'article L. 631-1, le débiteur doit être dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible. Dès lors, seule une appréciation de la confrontation entre ces deux notions sera révélatrice d'un état de cessation des paiements. « Il faut donc procéder à une appréciation objective des deux éléments de la balance, car il n'y a cessation des paiements que si l'actif disponible est insuffisant pour faire face au passif exigible »^{Note 38}. L'importance du passif ne sera jamais suffisante si elle n'est pas rapprochée de l'actif disponible^{Note 39}.

2. La confrontation des composantes d'une notion perfectible

12. - L'expression « faire face » de la définition légale de la cessation des paiements, qui impose une balance comparative^{Note 40} des deux concepts de passif exigible et d'actif disponible, a une connotation tant objective que subjective (**A**). Mai, la notion de cessation des paiements, qui reste délicate à appréhender, s'inscrit dans un nouveau contexte législatif qui la rend encore, (semble-t-il), moins intelligible pour les personnes à qui elle a vocation à s'appliquer (**B**).

A. - La confrontation, connotation tant objective que subjective

13. - Dans l'hypothèse où la constatation de la défaillance du débiteur résulte purement et simplement d'une analyse pour l'essentiel bilantielle^{Note 41}, cette dernière revêt, *a priori*, exclusivement une acception objective. L'état de cessation des paiements s'apprécie donc à l'aide de critères objectifs. Pourtant, la prise en compte de certains de ces critères nécessite une analyse subjective^{Note 42}. Lorsque les juges s'interrogent sur les causes du défaut de paiement, la confrontation prend un aspect subjectif, soit par la prise en compte des intentions du débiteur qui ne peut ou ne veut pas payer, soit eu égard aux créanciers qui restent libres de faire crédit au débiteur. Néanmoins, il apparaît idoine de ne pas analyser la psychologie du débiteur. Le seul fait que le débiteur ne paye pas aux créanciers ce qu'il leur doit demeure insuffisant à caractériser l'état de cessation des paiements, car il peut simplement refuser de payer^{Note 43}. La Cour de cassation a affirmé sans équivoque que le refus de paiement reste distinct de la cessation des paiements^{Note 44}. La Cour de cassation est moins catégorique dans l'analyse de la psychologie du créancier. Dans son rapport pour l'année 1997, la Cour de cassation a jugé utile de s'interroger, « s'agissant du passif pris en considération », si « les juges du fond doivent rechercher si ce passif a, effectivement, été exigé ? ». Et la Cour de cassation de répondre, qu'elle « ne l'impose que si le débiteur prétend disposer d'une réserve de crédit s'ajoutant à l'actif disponible, lui permettant de faire face au passif exigible ». Ainsi, la réserve de crédit fait partie de l'actif disponible. La notion de réserve de crédit doit être opposée à celle de passif exigible, en ce qu'elle constitue un actif disponible, dès lors qu'elle permet de payer les dettes échues. Elle empêche ainsi la caractérisation de l'état de cessation des paiements si elle est d'un montant au moins égal au passif exigible^{Note 45}. De même l'existence d'une facilité de caisse à due concurrence du passif échü empêchera la détermination de l'état de cessation de paiements. La vie commerciale s'alimente par le crédit, source même de son existence et de son dynamisme. Un commerçant, gêné occasionnellement, peut grâce au crédit faire face à ses échéances et retrouver ainsi des disponibilités.

Le crédit constitue « l'âme du commerce »^{Note 46}, « l'oxygène de l'entreprise »^{Note 47}, car « tant que le débiteur dispose d'une réserve de crédit, il a la possibilité de régler ses dettes et ne peut ainsi être considéré en état de cessation des paiements »^{Note 48}. Le crédit a toujours été étroitement lié à la notion de cessation des paiements. Déjà en 1815, un auteur écrivait « c'est la perte de crédit qui fait le véritable état de la faillite »^{Note 49}. Et plus tard, Bonnet estimerait que la cessation des paiements suppose la réunion de deux éléments : « un élément formel, l'arrêt des paiements, un élément purement juridique, la perte de son crédit par le commerçant »^{Note 50}. Mais les emprunts, ouvertures de crédit et les traites mises en circulation peuvent être autant d'expédients auxquels le commerçant fait appel en vue de retarder sa déclaration de cessation des paiements. En effet, détournés de leurs destinations normales, ces moyens sont de « simples mesures d'atermoiement »^{Note 51} destinées à procurer au débiteur une apparence de crédit ou un crédit factice.

14. - La réserve de crédit peut également résulter d'un moratoire octroyé au débiteur comme l'affirme la Cour de cassation dans un arrêt du 27 février 2007^{Note 52}. Ainsi, ce n'est pas tant l'actif disponible qui s'accroît, mais bien l'exigibilité du passif qui est retardée. Et en cette qualité, il peut entrer dans l'appréciation de l'état de cessation des paiements^{Note 53}. Il

constitue un délai supplémentaire accordé au débiteur par le créancier pour payer sa créance. Dès lors, le moratoire doit résulter d'une manifestation expresse du créancier, voire écrite. L'exigence d'un écrit comme condition *ad probationem*, serait nécessaire au débiteur sur qui repose la charge de la preuve de la non-caractérisation de l'état de cessation des paiements^{Note 54}. Mais les délais de paiements ne doivent pas être seulement hypothétiques^{Note 55}. Autrement dit, le simple fait pour un créancier d'être passif dans le recouvrement de sa créance sera insuffisant. Ce moratoire doit résulter, tout au moins, d'une manifestation de volonté expresse de la part du créancier. Par cet arrêt, la chambre commerciale vient préciser l'appréciation de la notion d'exigibilité de manière concrète et pragmatique, en tenant compte du moratoire octroyé par le créancier au débiteur. Alors même qu'une partie de la doctrine^{Note 56} opère une subtile distinction entre le fait d'accorder un crédit et celui de faire crédit, pour ne retenir que le premier comme seul susceptible de faire échec à la cessation des paiements, la jurisprudence ne l'entend pas ainsi.

Dans tous les cas, le crédit implique chez le créancier la croyance en son paiement ultérieur. Il repose donc sur « l'appréhension de l'avenir et sur la solvabilité au moins putative de son débiteur »^{Note 57}. Une telle perspective conduit nécessairement tout créancier à mesurer la confiance que mérite le débiteur et à évaluer le risque qu'il court, d'autant que le facteur risque est prégnant en matière de crédit. Mais, la notion de crédit, *stricto sensu*, se définit comme un soutien financier accordé au débiteur, qui se matérialise par le transfert de valeur. Ainsi l'aide purement morale, qui consiste en un moratoire accordé au débiteur, quand bien même il offrirait un soulagement temporaire de la trésorerie, ne peut constituer un crédit. D'autant qu'historiquement, les tribunaux relevaient fréquemment comme indice de l'état de cessation des paiements, l'existence de reports d'échéance^{Note 58}.

15. - Subséquemment, un crédit ne doit être pris en considération que lorsqu'il vient s'ajouter à l'actif disponible, solution classique retenue jusqu'alors par la jurisprudence^{Note 59}. Or, un moratoire ne fait que diminuer momentanément le passif exigible. En effet, seul l'accroissement de l'actif disponible peut faire échec à la cessation des paiements. Les moratoires attermoient le passif exigible, et en cela cette acception du crédit n'est pas conforme à la volonté du législateur de sauver les entreprises. Ainsi, le moratoire ne doit pas entrer dans l'appréciation de l'état de cessation des paiements, d'autant qu'il sera déterminant dans la réussite de la conciliation ou de la procédure collective. Considéré collectivement, sa vocation sera non plus de retarder l'ouverture d'une procédure préventive ou curative, mais de permettre davantage la poursuite de l'activité économique^{Note 60}.

16. - Cette appréciation au cas par cas par les tribunaux démontre que la cessation des paiements est une notion juridique d'interprétation dynamique s'appréciant par rapport à des normes juridiques et économiques. Il s'agit de la traduction d'une volonté des magistrats de ne pas tenir compte des notions purement comptables ou financières, mais au contraire de replacer l'entreprise dans son contexte économique en appréciant, de façon dynamique et détaillée, les éléments constitutifs de l'état de cessation des paiements. Cette attitude caractérise une approche plus « pragmatique que dogmatique »^{Note 61} et surtout démontre que la notion de cessation des paiements demeure perfectible notamment au travers de l'évolution législative.

B. - Une définition perfectible

17. - L'enjeu de la définition de la cessation des paiements demeure important^{Note 62} eu égard à la délicate question du moment le plus opportun pour ouvrir une procédure collective. Cet enjeu prend une dimension supplémentaire avec d'une part, la création de la procédure de sauvegarde car la cessation des paiements n'est plus alors qu'une perspective à venir^{Note 63}, et d'autre part, la redéfinition de la procédure de conciliation qui est ouverte aux personnes qui « *ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours.* »

18. - La volonté du législateur de 2005 consiste à permettre l'ouverture d'une procédure collective aux entreprises confrontées à une difficulté de trésorerie, sans être dans une situation de cessation des paiements avérée. En utilisant ce nouveau critère, le législateur a entendu se situer dans le prolongement d'une certaine tradition et favoriser la conciliation entre les différentes procédures collectives, puisque le choix de la procédure à ouvrir dépend, en définitive, du point de savoir si le débiteur est déjà en cessation des paiements ou s'il risque seulement de le devenir. La notion même de « *difficultés de nature à conduire à la cessation des paiements* » est assez floue, même en précisant que le débiteur ne doit pas « *être en mesure de les surmonter* ». « Seules comptent les conséquences de ces difficultés avérées sur la situation future de trésorerie du débiteur »^{Note 64}. Le problème majeur demeure pour les juges du fond d'établir un *lien de causalité direct* entre ces difficultés et un état de cessation des paiements éventuel^{Note 65}. Mais, en pratique, il appartiendra au débiteur qui voudra bénéficier de la procédure de sauvegarde de convaincre le tribunal de la réalité du risque de cessation des paiements. Devant cette difficulté, l'avant-projet d'ordonnance propose de rompre tout lien direct entre les difficultés

et la cessation des paiements^{Note 66}. Et, il convient d'approuver cette proposition, mais si elle reste insuffisante. En effet, dès lors que 90 % des procédures collectives conduisent à la liquidation judiciaire de l'entreprise et à une cessation d'activité, il convient d'inciter les chefs d'entreprise à anticiper par une meilleure appréhension de la notion de cessation des paiements, davantage que par la création d'une nouvelle procédure qui dans sa définition actuelle fait référence à cette même notion.

19. - Ainsi, une nouvelle définition et un travail pédagogique auprès des chefs d'entreprise les familiariseront avec la loi et l'économie des entreprises. La définition de la cessation des paiements doit donc être modifiée ou tout au moins améliorée afin de traiter et de pallier efficacement et de manière effective les difficultés des entreprises.

Cette évolution nécessite au préalable une rupture avec nos préceptes traditionnels afin d'annihiler les frontières entre juridique et économique, deux disciplines qui constituent la quintessence du droit commercial. Cette évolution permettra de définir avec plus de pertinence la cessation des paiements, et de répondre, enfin, aux objectifs légaux que sont la sauvegarde des entreprises, des emplois y attachés et le paiement des créanciers^{Note 67}.

Des propositions de modification ont déjà été faites, mais aucune n'a su retenir l'attention du législateur qui reste attaché, faute de mieux, à sa définition de 1985. Cinq d'entre elles peuvent être analysées succinctement :

- Certains préconisaient de définir la cessation des paiements comme « l'impossibilité de faire face au passif exigible et exigé avec l'actif circulant »^{Note 68}.

- D'autres proposaient, sans conviction, l'adjonction du terme « à échoir » à l'expression de « passif exigible », afin de précipiter le redressement judiciaire ; ou encore de sortir de la notion « d'actif disponible » les réserves de crédit octroyées aux entreprises, afin de revenir à la lettre du texte.

Ces deux propositions n'auraient conduit qu'à retarder l'ouverture de la procédure et par conséquent à l'anéantissement de tout espoir de redressement. En effet, le caractère « exigé » de la créance suppose son exigibilité et ne se réalise donc que postérieurement à l'échéance.

- Ensuite, la Chancellerie prévoyait dans l'avant-projet de réforme de compléter l'ancien article L. 621-2 du Code de commerce par un alinéa ainsi rédigé « le débiteur qui rapporte la preuve qu'il peut faire face à son passif exigible avec son actif disponible par l'effet de crédits ou de délais qui lui sont accordés n'est pas considéré comme étant en état de cessation des paiements ».

- La CCIP suggère d'insérer dans l'article L. 631-1 du Code de commerce, une précision : « une créance qui fait l'objet d'un report d'échéance accordé par le créancier n'est pas exigible » ou « le juge doit prendre en compte les reports d'échéance qui sont prouvés par le débiteur »^{Note 69}.

- Et enfin, tout récemment, l'avant-projet d'ordonnance propose de compléter l'article L. 631-1 du Code de commerce comme suit : « le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers qui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements »^{Note 70}.

20. - Or, ces précisions ne nous apparaissent pas pertinentes. En effet, à défaut d'éclairer et de rassurer les dirigeants sociaux et les chefs d'entreprise, elles semblent davantage s'immiscer dans le pouvoir souverain d'appréciation des juges. De plus, la prise en compte des reports d'échéance n'est pas conforme à la volonté anticipative du législateur.

Il serait davantage pertinent de réfléchir autour d'une définition rénovée qui, d'une part, faciliterait son identification par les chefs d'entreprises et, d'autre part, répondrait aux objectifs du législateur. Ainsi, l'article L. 631-1 du Code de commerce pourrait être rédigé comme suit : « Tout débiteur qui est dans l'impossibilité de faire face au passif échu avec son actif disponible est en cessation des paiements.

Le débiteur qui rapporte la preuve de crédits qui lui ont été octroyés dans des conditions normales et qui lui permettent de faire face au passif échu n'est pas en cessation des paiements ».

À cette fin, il convient d'user de notions plus intelligibles, telle la notion d'échéance^{Note 71}, et d'exclure les simples reports d'échéance ou moratoires, de l'appréciation de l'état de cessation des paiements.

La révision de la notion de cessation des paiements, concept charnière du droit des entreprises en difficulté, aurait du être préférée à la consécration d'une procédure nouvelle par le législateur de 2005. La procédure de sauvegarde contri-

bue davantage, « à compliquer la structure de la loi nouvelle »^{Note 72}, et ne facilite en rien l'appréhension par les chefs d'entreprise de cette dernière.

D'autant que comme l'affirme avec justesse un éminent auteur, « la complexité a souvent pour conséquence la dissuasion »^{Note 73}.

Note 1 Cass. com., 27 févr. 2007, n° 06-10.170 : JurisData n° 2007-037791 ; Gaz. Pal. 13 avr. 2007, p. 27, obs. C. Lebel ; JCP E 2007, 1833, note Ph. Roussel Galle ; D. 2007, p. 827, obs. A. Lienhard. - Cass. com., 18 mars 2008, n° 06-20.510 : JurisData n° 2008-043251 ; Rev. Lamy dr. aff. mai 2008, p. 27, obs. M. Filiol de Raimond.

Note 2 T. Monteran, Pour améliorer le droit des entreprises en difficultés, osons la réforme : Gaz. proc. coll. 24 janv. 2008, p. 3. - C. Lebel, L'ouverture de la procédure de le projet d'ordonnance « portant diverses propositions en faveur des entreprises en difficulté : Gaz. proc. coll. 27 avr. 2008, p. 3. - G. Teboul, La nouvelle réforme du droit des entreprises en difficulté : le projet d'ordonnance : Gaz. Pal. 6 avr. 2008, p. 2. - Ph. Roussel Galle, L'avant-projet d'ordonnance « portant diverses dispositions en faveur des entreprises en difficulté : JCP E 2008, act. 250. - M.-H. Monserié-Bon et C. Saint-Alary-Houin, La loi de sauvegarde des entreprises : nécessité et intérêts d'une réforme annoncée : D. 2008, chron. p. 94. - Ph. Roussel Galle, Le bloc-notes du failliste : encore une réforme ! : LPA 22 mai 2008, p. 4. - J.-L. Vallens, De la cessation des paiements à l'insolvabilité, étude : JCP G 2008, I, 148.

Note 3 Cass. com., 27 févr. 2007, n° 06-10.170, préc. note (1).

Note 4 Cass. com., 14 févr. 1978 : D. 1978, inf. rap. p. 443, note A. Honorat.

Note 5 Par dérogation à la présente définition, les établissements de crédits sont en état de cessation des paiements dès lors qu'ils ne sont pas en mesure d'assurer leurs paiements immédiatement ou à terme rapproché, selon l'article L. 613-26 du Code monétaire et financier. Cette définition est relativement floue, V. M. Cabrillac : RTD com. 1999, p. 935, n° 6 et C. Leguevaques, *Droit des défaillances bancaires : Economica, coll. Pratique du droit, 2002, spéc. n° 618 s.*, qui démontre en quoi la notion de droit commun de la cessation des paiements est inadaptée à la situation des établissements de crédit.

Note 6 A. Jacquemont, *Droit des entreprises en difficultés : LexisNexis Litec, 5e éd., 2007, n° 158*.

Note 7 B. Soinne, Surendettement et faillite : unité ou dualité de régimes : LPA 22 déc. 1997, p. 4.

Note 8 C. Birotteau de Balzac illustre de la sorte l'état de cessation des paiements, par le fait de ne pas payer à l'échéance (cité par G. Morris-Becquet in *L'insolvabilité : thèse Lyon, 2001, n° 137, p. 106*).

Note 9 Redressement et liquidation judiciaires.

Note 10 Conciliation (C. com., art. L. 611-4) et sauvegarde (C. com., art. L. 620-1).

Note 11 T. Monteran, L'état de cessation des paiements clef de voûte des procédures collectives : Rev. proc. coll. 2001, p. 1.

Note 12 G. Teboul, *La cessation des paiements : une définition sans avenir ? : Gaz. Pal. 14-15 nov. 2007, p. 6*. Selon cet auteur, « la cessation des paiements, dont la définition est restée inchangée, aurait dû rester la « clef de voûte des procédures collectives » ».

Note 13 V. Martineau-Bourginaud, Le spectre de la cessation des paiements dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises : D. 2005, p. 1358.

Note 14 J.-L. Vallens, *La réforme du droit français des entreprises en difficultés : Lamy Droit commercial, bull. act. n° 180, 2005*, « cette volonté d'afficher une procédure nouvelle, au lieu d'assouplir les conditions d'ouverture du redressement judiciaire, contribue à compliquer la structure de la loi nouvelle ».

Note 15 La structure même de la définition légale conduit à distinguer la cessation des paiements des quatre notions voisines que sont l'incident de paiement isolé (Cass. com., 25 févr. 1997, Rigaud c/ Caisse Organic des Pyrénées), l'insolvabilité (Cass. com., 17 oct. 2000 : JurisData n° 2000-006467 ; Act. proc. coll. 2000, comm. 238), le résultat déficitaire (Cass. com., 3 nov. 1992 : Bull. civ. 1992, IV, n° 343. - Cass. com., 19 mars 2002 : JurisData n° 2002-013740 ; Act. proc. coll. 2002, comm. 120, car le déficit est une notion purement comptable. V. M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés : LexisNexis Litec, 18e éd., n° 140* : « Ne pas confondre les pertes juridiques et les pertes comptables ») et la situation irrémédiablement compromise (A. Jacquemont, *Droit des entreprises en difficultés : LexisNexis Litec, 5e éd., 2007, n° 161, in fine*).

Note 16 Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-13.056 : Bull. civ. 1997, IV, n° 193 ; JCP E 1997, p. 28, § 1, obs. Ph. Petel. - Cass. com., 12 nov. 1997, n° 94-15.829 : Bull. civ. 1997, IV, n° 190. - Cass. com., 8 janv. 2002, n° 98-22.406 : JurisData n° 2002-012636. - Cass. com., 24 mars 2004, n° 01-10.927 : JurisData : 2004-022980 ; Bull. civ. 2004, IV, n° 60 ; Defrénois 2004, Art. 38066, p. 1659, obs. D. Gibirila. - Cass. com., 27 févr. 2007, n° 06-10.170, préc. note (1). - Cass. com., 18 mars 2008, n° 06-20.510, préc. note (1).

Note 17 C. Saint-Alary-Houin, F. Perochon et R. Bonhomme, P.-M. *Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives* : *Dalloz Action*, 2006/2007, n° 114, 221.11, 345.

Note 18 V. *Rapport X. de Roux*, n° 2095, p. 339.

Note 19 J. Soufflet, *La notion juridique de trésorerie* : *RJ com.* 1989, n° spéc., p. 30 ; M.-A. Lafortune, *Le périmètre de l'état de cessation des paiements du débiteur dans l'actualité jurisprudentielle* : *LPA* 25 juill. 2002, p. 14 : « la situation de trésorerie est un élément essentiel déterminant l'existence potentielle en droit français d'une situation de cessation des paiements ».

Note 20 Cass. com., 18 déc. 2007, n° 06-16.350 : JurisData n° 2007-042003 ; JCP E 2008, 1358, obs. B. Grimonprez ; Act. proc. coll. 2008, comm. 36, obs. T. Bonneau ; D. 2008, p. 83, obs. A. Lienhard.

Note 21 B. Grimonprez, *obs. préc. note (19)* ; *Gaz. proc. coll.* 2008, n° 118, p. 14, obs. C. Lebel.

Note 22 Cass. com., 18 mars 2008, n° 06-20.510, préc. note (1). Sauf s'ils sont en cours de réalisation, ils semblent pouvoir être intégrés dans l'actif disponible : V. en ce sens J.-M. Calendini : *Rev. proc. coll.* 1998, p. 33, n° 1 ; et P.-M. *Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives* : *Dalloz Action*, 2006/2007, n° 221.11.

Note 23 Cass. com. 27 févr. 2007, n° 06-10.170, préc. note (1).

Note 24 Cass. com., 17 juin 1997 : D. affaires 1997, p. 903.

Note 25 Une fois utilisée celles-ci constituent une dette.

Note 26 CA Paris, 5 oct. 1993 : *Gaz. Pal.* 28 juill. 1994 : « les crédits supplémentaires n'ont été accordés qu'en fonction de la personnalité et de la solvabilité du dirigeant ». - TGI Béthune, 17 sept. 1993 : *Rev. proc. coll.* 1993, p. 445 : « le soutien n'avait été accordé qu'en considération de la caution du dirigeant ». Tempérament prévu à l'article L. 650-1 du Code de commerce qui tend à déresponsabiliser les établissements de crédit pour leurs concours financiers.

Note 27 F. Perochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiements* : *LGDJ*, 6e éd., 2003, n° 114-1.

Note 28 V. également A. Lienhard, À propos de la notion de cessation des paiements : D. 2004, p. 1023.

Note 29 Cass. com., 22 févr. 1994 : JCP E 1994, I, 394, § 1, obs. Ph. Pétel.

Note 30 P.-M. *Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives* : *Dalloz Action*, 2006/2007, n° 221.12.

Note 31 Cass. com., 28 avr. 1998 : JCP E 1998, p. 1926, note G. A. Likillimba.

Note 32 J.-C. Boulay, *Réflexion sur la notion d'exigibilité de la créance* : *RTD com.* 1990, p. 339 ; J. Besse, *Réflexions critiques sur la formule passif exigible-passif exigé* : *Rev. proc. coll.* 2000, p. 39, pour qui la formule « passif exigible et exigé » est une tautologie, et ne signifie rien de plus que « passif exigé » ; J.-L. Courtier, *La notion de cessation des paiements* : passif exigible ou exigé : *RJ com.* 2001, p. 212.

Note 33 J. Calvo, *La notion de cessation des paiements dans les procédures collectives* : *LPA* 7 sept. 1999, p. 6.

Note 34 J.-C. Boulay, *art. préc. note (31)*, p. 340.

Note 35 J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations* : *PUF*, coll. *Thémis*, 14e éd., 1990, n° 328. - B. Starck, *Droit civil, Les obligations*, par H. Roland et L. Boyer : *Litec*, 3e éd., 1989, n° 1087. - J. Vincent et J. Prevault, *Voies d'exécution* : *Dalloz*, 16e éd., 1987, n° 66. - Y. Guyon, *Droit des affaires, Entreprises en difficulté*, t. 2 : *Economica*, 2e éd., 1989, n° 1118. - J.-C. Boulay, *art. préc. note (31)*, p. 341.

Note 36 F. Derrida, *Le crédit et le droit des procédures collectives* in Mél. R. Rodière : *Dalloz*, 1981, p. 77.

Note 37 Cass. com., 19 nov. 1996, n° 94.16-860 : JurisData n° 1996-004541.

Note 38 P.-M. *Le Corre*, *op. cit. note (29)*, n° 221.14.

Note 39 Cass. com., 26 mai 1999 : Bull. civ. 1999, IV, n° 110 ; Rev. proc. coll. 2000, p. 45, n° 1, obs. J.-M. Deleneuve. - Cass. com., 6 juill. 1999 : *ibid.* - Cass. com., 7 nov. 1989 : JCP E 1990, I, 19337 : un élément isolé peut constituer un début de preuve mais ne suffit pas à lui seul à démontrer l'état de cessation des paiements.

Note 40 Y. Chaput, *Droit des entreprises en difficulté et faillite personnelle* : PUF, 1996, n° 259, p. 205.

Note 41 M.-A. Lafortune, *Le périmètre de l'état de cessation des paiements du débiteur dans l'actualité jurisprudentielle* : LPA 25 juill. 2002, n° 148 : « Il paraît difficile de s'abstraire d'une référence aux composantes comptables de l'institution » (p. 25) et « les dirigeants (...) sont prévenus des difficultés par l'information comptable rétrospective et prévisionnelle » (p. 26).

Note 42 T. Monteran, L'état de cessation des paiements clef de voûte des procédures collectives : Rev. proc. coll. 2001, p. 1.

Note 43 Contra, Cass. com., 25 nov. 1997 : selon T. Monteran, « solution incontestablement pragmatique. Elle ne remet pas en cause le principe du non-paiement qui repose sur une volonté subjective du débiteur mais met à sa charge la preuve qu'il peut faire face avec son actif disponible à la dette dont il conteste le caractère certain et exigible » : renversement de la charge de la preuve.

Note 44 Cass. com., 27 avr. 1993 : Bull. civ. 1993, IV, n° 154. - Cass. com., 25 févr. 1997 : D. affaires 1997, p. 484. - Cass. com., 23 nov. 1999 : JurisData n° 1999-004206 ; Act. proc. coll. 2001, comm. 1. - Cass. com., 23 janv. 2001 : Rev. proc. coll. 2002, p. 55, n° 7, obs. J.-M. Deleneuve.

Note 45 Cass. com., 20 sept. 2005, n° 04-14.808.

Note 46 F. Derrida, *art. préc. note (35)*, p. 67.

Note 47 V. Martineau-Bourginaud, Le spectre de la cessation des paiements dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises : D. 2005, p. 1360.

Note 48 D. 1983, inf. rap. p. 82, obs. A. Honorat ss CA Paris, 28 avr. 1982 : arrêt qui inclut la rupture définitive de crédit de l'entreprise dans la définition, alors purement jurisprudentielle, de la cessation des paiements. V. aussi, R. Roblot, *Traité élémentaire de droit commercial* : LGDJ, 10e éd., 1986, n° 2873 ; B. Soinnie, *Traité théorique et pratique des procédures collectives* : Litec, 1987, n° 128.

Note 49 J.-M. Pardessus, *Cours de droit commercial*, t. 3 : éd. Ganery, 1815, p. 201, cité par V. Martineau-Bourginaud, *La cessation des paiements, notion fonctionnelle* : RTD com. 2002, p. 248.

Note 50 Bonnecase : *Ann. dr. com.* 1910, p. 372, cité par V. Martineau-Bourginaud, *art. préc. note (48)*.

Note 51 L. Beaudoin, De la notion de cessation des paiements : JCP G 1934, I, p. 1030.

Note 52 Cass. com., 27 févr. 2007, n° 06-10.170, *préc. note (1)*. - V aussi Cass. com., 20 juin 2000 : Rev. proc. coll. juin 2001, p. 28. - Cass. com., 4 oct. 2005, n° 04-10.055, où la Cour de cassation évoque une comparaison entre le passif exigible et l'existence d'un « crédit fournisseur ou d'autres réserves de crédit ».

Note 53 Cass. com., 12 nov. 1997 : Bull. civ. 1997, IV, n° 290. - Cass. com., 27 févr. 2007, n° 06-10.170, *préc. note (1)* ; Contra, V. Martineau-Bourginaud, Le spectre de la cessation des paiements dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises : D. 2005, p. 1360 ; P. Morvan, obs. ss Cass. com., 26 juin 1990 : D. 1991, p. 574.

Note 54 Cass. com., 13 nov. 2001 : Dict. perm. Difficultés des entreprises, bull. 220, 2002, p. 5894. - et aussi, Cass. com., 27 févr. 2007, n° 06-10.170, *préc. note (1)* : cet arrêt précise que « la société qui n'avait pas allégué qu'elle bénéficiait d'un moratoire de la part de ses créanciers (...) ».

Note 55 CA Paris, 3e ch. A, 4 nov. 2003.

Note 56 F. Perochon et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiements* : LGDJ, 5e éd., 2001, n° 114-2 ; V. Martineau-Bourginaud, *art. préc. note (48)* ; P. Morvan, obs. ss Cass. com., 26 juin 1990 : D. 1991, p. 574.

Note 57 F. Derrida, *art. préc. note (35)*, p. 77.

Note 58 Cass. com., 14 oct. 1959 : Bull. civ. 1959, III, n° 345. - Cass. com., 23 nov. 1954 : Bull. civ. 1954, III, n° 554. - Cass. com., 24 févr. 1965 : Bull. civ. 1965, III, n° 149. - Cass. com., 1er juin 1965 : Bull. civ. 1965, III, n° 349. - CA Aix-en-Provence, 25 févr. 1960 : RTD com. 1960, p. 393.

Note 59 Cass. com., 17 juin 1997, n° 95-13.056 : Bull. civ. 1997, IV, n° 193 ; JCP E 1998, p. 28, § 1, obs. Ph. Petel. - Cass. com., 12 nov. 1997, n° 94-15.829 : Bull. civ. 1997, IV, n° 190. - Cass. com., 8 janv. 2002, n° 98-22.406 : JurisData n° 2002-012636. - Cass. com., 24 mars 2004, n° 01-10.927 : JurisData n° 2004-022980 ; Bull. civ. 2004, IV, n° 60 ; Defrénois 2004, Art. 38066, p. 1659, obs. D. Gibirila.

Note 60 En effet, le concordat sous l'égide de la loi de 1967, ou le plan de sauvegarde ou de redressement aujourd'hui, aboutissent au traitement collectif des créances exigibles, ayant conduit à la caractérisation de la cessation des paiements et à l'ouverture subséquente de la procédure. Ce traitement collectif les transforme en passif à moyen voire à long terme, et expose les créanciers au risque de ne percevoir aucun dividende. Pourtant, un tel sacrifice voulu ou imposé est destiné à sauver l'entreprise.

Note 61 A. Lienhard : D. 2004, p. 1022.

Note 62 V. V. Martineau-Bourgninaud, Le spectre de la cessation des paiements dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises : D. 2005, p. 1356, qui précise que « curieusement le critère de la cessation des paiements demeure et voit même son périmètre s'élargir au domaine de la prévention ».

Note 63 En effet, selon l'article L. 620-1 du Code de commerce, le débiteur doit justifier de difficultés, qu'il n'est pas en mesure de surmonter et de nature à le conduire à la cessation des paiements.

Note 64 A. Jacquemont, *Droit des entreprises en difficultés : LexisNexis Litec, 5e éd., 2007, n° 170.*

Note 65 En ce sens notamment, V. Martineau-Bourgninaud, Le spectre de la cessation des paiements dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises : D. 2005, p. 1356 : « Il était déjà difficile pour les juges d'apprécier le critère (...), il sera encore plus délicat pour eux de dessiner les contours d'une notion qui relève désormais des seules probabilités » ou encore « Il était déjà délicat pour le juge de se plonger dans le passé pour apprécier a posteriori la date de cessation des paiements, il lui sera bien difficile de se projeter dans l'avenir, pour apprécier un état de cessation des paiements hypothétiques » (p. 1361).

Note 66 T. Monteran, C. Lebel, G. Teboul, Ph. Roussel Galle, M.-H. Monsérié-Bon et C. Saint-Alary-Houin, *réf. préc. note (2).*

Note 67 J.-Y. Chevallier, *Les conditions d'ouverture des nouvelles procédures collectives*, in *Faillites, règlements judiciaires, banqueroutes, liquidation des biens, faillite personnelle, collectif*, dir. B. Rodière, 1969, p. 78, « la notion économique de cessation des paiements n'exigerait pas seulement une analyse du passé et du présent à travers la (seule) étude du bilan et de l'organisation de l'entreprise, mais aussi, et peut-être surtout, une prévision des chances futures de l'entreprise. Or, l'évaluation de ces chances doit tenir compte non seulement des éléments propres de l'entreprise, mais aussi de nombreux éléments extérieurs tels que la conjoncture économique, la situation politique, les goûts de la clientèle, l'évolution des techniques ».

Note 68 Réaction au document d'orientation de la Chancellerie, *Rapport J. Courtiere 4 févr. 1999, p. 30.*

Note 69 F. Hastings, *Droit des faillites : la CCIP suggère des pistes de réforme : La Tribune 25 oct. 2007, p. 16.*

Note 70 V. T. Monteran, C. Lebel, G. Teboul, Ph. Roussel Galle, M.-H. Monsérié-Bon et C. Saint-Alary-Houin, *réf. préc. note (2).*

Note 71 R. Badinter, *Intervention AN, 15 oct. 1984, 1re séance : JO 4691*, qui précisait que « la notion de passif exigible retenue correspond au passif échu ».

Note 72 J.-L. Vallens, *La réforme du droit français des entreprises en difficultés : Lamy Droit commercial, bull. act. n° 180, 2005.*

Note 73 G. Teboul : LPA 25 juill. 2002, p. 12.