

l'utilité sociale et économique ne saurait se réduire à l'équation proposée par l'analyse économique du droit.

2. Regard critique sur la confrontation du plan de cession à l'analyse économique du droit.

6 - L'analyse économique du droit défend l'idée qu'une bonne politique publique du retournement ne doit pas sacrifier l'impératif d'apurement du passif⁴. L'idée est séduisante *a priori* et va dans le sens de la jurisprudence de la chambre commerciale qui se refuse à valider des cessions d'entreprises pour un prix dérisoire⁵, mais conduirait à rejeter l'option du plan de cession chaque fois que la valeur liquidative totale des actifs cédés dépasse la valeur économique de celle-ci

7 - Cette vision réductrice, outre le fait qu'elle occulte la dimension sociale du projet, livre un raisonnement sommaire et atemporel qui conclut qu'une entreprise doit être liquidée lorsque, à l'instant de la décision, sa valeur liquidative est supérieure à sa valeur économique⁶, oubliant que répondent à ce diagnostic la plupart des débiteurs en cessation de paiements et

4. Cf. la note du Conseil d'analyse économique n° 25, octobre 2015, p. 8. www.cae-eco.fr
5. V. Cass. com., 28 sept. 2004, n° 02-11.210 : JurisData n° 2004-024988 ; D. 2005, p. 302, note M.-A. Rakotovahiny.
6. Cf. la note du Conseil d'analyse économique n° 7, juin 2013, p. 5. www.cae-eco.fr.

que la procédure collective est précisément destinée à faire le pari de leur remise à flot comme le démontrent les études économiques qui affirment, à contre-courant des idées reçues, que l'arbitrage opéré par les tribunaux français entre maintien de l'emploi et apurement du passif n'est pas si désavantageux pour les créanciers par comparaison avec les droits de nos voisins⁷.

8 - *De facto*, l'observation montre que la plupart des décisions résultent d'un complexe de déterminants, sociaux, financiers, économique-politiques, opérant une évaluation du risque pondéré à l'aulne du sacrifice imposé aux créanciers. Le facteur temps est essentiel pour évaluer le capital de réussite d'une procédure collective. D'où l'intérêt de l'introduction du plan de cession « prepack »⁸, négocié en phase préventive de conciliation, à l'instar de la sauvegarde accélérée, la prévention n'ayant cessé de gagner en importance depuis la réforme de 1994.

Mots-Clés : Plan de cession
Analyse économique du droit

7. Cf. R. Blazy, B. Chopard, A. Fimayer, J.-D. Guigou, *Entreprises en difficultés : l'arbitrage des tribunaux entre maintien de l'emploi et apurement du passif* : *Économie et statistique* 2011, n° 443, spéc. p. 63 et s.
8. C. com., art. L. 611-7 nouvelle disposition énonçant que le conciliateur « [...] peut être chargé, à la demande du débiteur et après avis des créanciers participants, d'une mission ayant pour objet l'organisation d'une cession partielle ou totale de l'entreprise qui pourrait être mise en œuvre, le cas échéant, dans le cadre d'une procédure ultérieure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ».

15 La durée de la liquidation judiciaire à l'épreuve du temps

Geoffroy BERTHELOT,

Mandataire Judiciaire Associé, SELARL MJ SYNERGIE,
Maître de Conférences Sciences Po Paris

« L'impératif essentiel, complètement méconnu dans l'état actuel du droit de la faillite, c'est l'efficacité qui commande bien évidemment, la rapidité »¹.

1 - La Loi *Badinter* n° 85-98 du 25 janvier 1985 consacre l'avènement terminologique de la notion de liquidation judiciaire dans son acception moderne². Cependant, alors qu'il constate que les procédures durent en moyenne entre 3 ans et

5 ans³, aucune durée n'est imposée par les textes. Nonobstant, même si aucune disposition de la loi de 1985 ne fixe de durée, l'article 152⁴ qui définit son principal effet qu'est le dessaisissement du débiteur détermine son point de départ et son terme. En effet, « *le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens, même de ceux qu'il a acquis à quelque titre que ce soit tant que la liquidation n'est pas clôturée. Les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont exercés pendant toute la durée de la liquidation judiciaire par le liquidateur* ». Ainsi, la

1. *Interv. Badinter, Ass. nat. 1^{re} séance 5 avril 1984 : JOAN CR 6 avr. 1984, p. 1181.*
2. En effet, il convient de préciser que la terminologie de liquidation judiciaire est apparue dans la loi du 4 mars 1889, mais s'apparentait à une procédure de règlement judiciaire, terminologie à laquelle elle sera substituée dans le décret du 20 mai 1955, et reprise dans la loi de 1967. Toutefois, la loi de 1967 créera la notion de liquidation des biens, de laquelle s'inspirera très largement de la liquidation judiciaire de 1985 dans son acception moderne. De surcroît, la réforme de 1994 prévoit que la liquidation judiciaire puisse être ouverte immédiatement, et non plus seulement à l'issue d'une période d'observation d'un redressement judiciaire, procédure jusqu'alors unique issue de la loi de 1985 qui pêchait par optimisme.

3. *Interv. Badinter, Ass. nat. 1^{re} séance 5 avril 1984 : JOAN CR 6 avr. 1984, p. 1180.*
4. Codifié à l'article L. 622-9 du Code de commerce, devenu L. 641-9, du Code de commerce.

liquidation judiciaire commence à zéro heure au jour du jugement qui l'ouvre ou la prononce⁵, et la clôture⁶, qu'elle intervienne pour extinction du passif ou insuffisance d'actif, advient par un jugement éponyme, qui « est particulièrement important pour le débiteur personne physique, dessaisi tant que dure la procédure, alors qu'il a vocation à y survivre, contrairement à la personne morale qui sera dissoute »⁷.

2 - Or, *summum jus, summa injuria*⁸, le principe historique du dessaisissement du débiteur prévu à l'article 152, relatif à tous les biens du débiteur présents et futurs jusqu'à la clôture de la procédure, conduit en théorie à « la liquidation judiciaire à perpétuité, tout au moins jusqu'à l'extinction du passif »⁹.

3 - Mais, par définition une liquidation judiciaire ne saurait être perpétuelle, et doit donc nécessairement être limitée dans sa temporalité. Rousseau a décrit ce rapport à la temporalité centrée non plus sur le temps mais sur la durée¹⁰. Il exprimait ainsi le paradoxe d'Aristote pour qui le temps n'existe pas puisqu'il est composé du passé, qui n'est plus, du futur, qui n'est pas encore, et du présent qui est évanescant, et disparaît sans cesse¹¹.

4 - On ne peut se résoudre à penser que le législateur fut animé de la théorie aristotélicienne, en se refusant à inscrire dans un certain temps les liquidations judiciaires puisqu'il constate qu'elles durent.

En effet, les procédures de liquidation judiciaire, sont empreintes de la notion de temps, dans son acception concrète des stoïciens, autrement dit de durée. À titre d'illustration, on relève qu'elles ont encore en 2005 une durée moyenne de l'ordre de 4 ans, voire beaucoup plus pour certaines. La France a d'ailleurs été condamnée à plusieurs reprises par la CEDH du fait de la longueur excessive de la procédure¹². Cette pratique est contraire à l'humanisation de la liquidation judiciaire voulue récemment par le législateur à travers les concepts d'accélération et de droit au rebond.

5 - La liquidation judiciaire ne doit donc traduire pour le débiteur que sa capacité à s'abstraire l'espace d'un instant hors de l'écoulement du temps, puisque selon Nietzsche c'est à partir de l'instant que l'homme peut agir sur la durée¹³. Et pour Spinoza¹⁴ la durée est la « continuation indéfinie de l'existence ». Or, le débiteur, une fois la liquidation judiciaire clôturée a bien vocation à continuer d'être, d'exister. Ainsi la durée de la liquidation judiciaire invite le débiteur à la durée¹⁵, néologisme qui désigne l'acte de durer, autrement dit la persévérance dans l'être, objectif clairement affirmé par le législateur.

6 - Ainsi, le législateur lors des réformes de 2005, 2008 et 2014 guidé par l'idée de simplification et de perfection des dispositifs existants, avec comme philosophie un traitement plus rapide et

plus magnanime des procédures de liquidation judiciaire¹⁶, est parvenu à déterminer un cadre spatio-temporel à la durée, dans le dessein de favoriser un rebond rapide du débiteur.

7 - Dès lors la loi du 26 juillet 2005, qui vise à presser le liquidateur à faire diligence, modifie l'article L. 622-30 ancien, qui devient l'article L. 643-9, qui dispose que le tribunal est tenu dans le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire de fixer « le délai au terme duquel la clôture de la procédure devra être examinée ». Autre mesure incitative a été d'ouvrir au débiteur, et à l'expiration d'un délai de 2 ans à tout créancier, le droit de saisir le tribunal aux fins de clôture.

8 - Le législateur a également créé une liquidation judiciaire simplifiée pour les petites entreprises ne disposant pas de bien immobilier. L'article L. 644-5 dispose que « au plus tard dans le délai d'un an à compter de la décision ayant ordonné ou décidé l'application de la procédure simplifiée, le tribunal prononce la clôture de la liquidation judiciaire »¹⁷.

9 - L'ordonnance du 18 décembre 2008¹⁸, qui poursuit la construction de la liquidation judiciaire simplifiée, crée aux côtés de la liquidation judiciaire simplifiée que l'on qualifiera dorénavant de facultative¹⁹, une liquidation judiciaire simplifiée dite obligatoire²⁰, dans laquelle le tribunal devra également prononcer la clôture dans les 12 mois.

10 - Et, le souci de célérité s'intensifie dans l'ordonnance du 12 mars 2014, au point de ramener la date de clôture de la liquidation judiciaire simplifiée dite obligatoire à 6 mois.

11 - De surcroît, le législateur qui n'est jamais animé de billes-veesées, constate qu'il est peut être hâtif, voire erroné, de qualifier le liquidateur de « procrastinateur »²¹, dès lors qu'il existe de véritables obstacles pratiques à la clôture célère des procédures. Devant ce constat, le législateur redéfinit le périmètre de l'effet réel de liquidation judiciaire, puisque dorénavant le liquidateur (C. com., art. L. 641-9, IV) ne peut, sauf accord du débiteur, réaliser les biens ou droits acquis au titre d'une succession ouverte après l'ouverture ou le prononcé de la liquidation judiciaire, ni provoquer le partage de l'indivision en résultant.

De même, l'article L. 643-9 prévoit désormais que la clôture pourra intervenir pour insuffisance d'actif, quand bien même il subsisterait des actifs, « lorsque l'intérêt de cette poursuite est disproportionné par rapport aux difficultés de réalisation des actifs résiduels ». Il est également prévu que le tribunal pourra prononcer la clôture de la procédure « lorsque cette clôture n'apparaît pas pouvoir être prononcée pour extinction du passif », alors que des procès doivent encore être menés à leur terme²².

12 - La célérité escomptée de la procédure dans le souci de mettre un terme le plus rapidement possible au régime très exceptionnel d'incapacité économique qui frappe le débiteur en liquidation judiciaire, et ainsi lui permettre de rebondir au plus

5. Cass. com., 17 mai 1989, n° 87-17.930 : Bull. civ. 1989, IV, n° 152.

6. Article 167 codifié à l'article L. 622-30, devenu l'article L. 643-9. De plus la jurisprudence rappelle régulièrement que la clôture ne peut intervenir au préjudice des créanciers en laissant des biens non réalisés. Par ex. Cass. com., 5 mars 2002, n° 98-22.646 : JurisData n° 2002-013341. De même Cass. com., 22 janv. 2008, n° 06-20.766 : JurisData n° 2008-042407, le fait pour le débiteur de n'être que nu-proprétaire n'interdit pas la réalisation de l'immeuble, et la « difficulté de réalisation ou la perspective d'un faible prix de cession ne constituent pas l'impossibilité de poursuivre les opérations de liquidation judiciaire »

7. F. Pérochon, *Entreprises en difficulté* : LGDJ, 9^e éd., n° 1246.

8. Comble du droit, comble de l'injustice. Autrement dit, Poussé jusqu'au bout, le droit peut entraîner les injustices les plus graves.

9. F. Pérochon, *Entreprises en difficulté* : LGDJ, 9^e éd., n° 1093.

10. J.-J. Rousseau, *Confessions, Rêverie du promeneur solitaire*.

11. Aristote, *Éthique à Nicomaque*.

12. Ex. CEDH, 22 sept. 2011, n° 60983/09. – CEDH, 17 janv. 2002, n° 41476/98.

13. F. Nietzsche, *Secondes considérations intempêtes*.

14. B. Spinoza, *Éthique*, II, déf. 5.

15. A. Comte-Sponville, *Dictionnaire Philosophique* : PUF, 2001, p. 318.

16. G. Berthelot, *Les aménagements de la Liquidation judiciaire issus de l'ordonnance du 12 mars 2014* : Rev. proc. coll. 2014, dossier 21.

17. Il subsiste un tempérament, puisque le tribunal pourra, par jugement spécialement motivé, d'une part, proroger la liquidation judiciaire simplifiée pour une durée qui ne pourra excéder trois mois et, d'autre part, décider, à tout moment, de retourner dans le régime général de la liquidation.

18. G. Berthelot, *Les aménagements de la Liquidation judiciaire issus de l'ordonnance du 18 décembre 2008* : JCP E 2009, 1312.

19. Articles L. 641-2-1, D. 641-10 et R. 644-1 du Code de commerce, entre 2 et 5 salariés au cours de 6 mois ayant précédé l'ouverture de la procédure collective et un chiffre d'affaires compris entre 300 001 et 750 000 € HT.

20. C. com., art. L. 641-2 et D. 641-10 : 1 salarié au cours de 6 mois ayant précédé l'ouverture de la procédure collective et un chiffre d'affaires inférieur ou égal à 300 000 € HT.

21. J. Perry, *La Procrastination* : Ed. Poche Marabout, 2014.

22. Dans cette dernière hypothèse, le tribunal désignera un mandataire ayant pour mission de poursuivre les instances en cours et de répartir, le cas échéant, les sommes perçues à l'issue de celles-ci.

vité²³, n'est plus utopique. Il n'y a plus qu'un « bond » entre liberté d'entreprendre et liberté de « ré-entreprendre »²⁴, puisque la durée moyenne est aujourd'hui ramenée à 21 mois²⁵.

13 - La pratique qui révèle que le taux de rotation des dossiers croît régulièrement traduit, au-delà des effets souhaités par le

législateur, une élévation globale du service rendu par les professionnels de la liquidation judiciaire, et sans rododromades, de leurs techniques. Ils sont donc reconnus comme des « professionnels de qualité »²⁶, « compétents »²⁷, ce qui ne peut les inscrire que dans la durée.

Mots-Clés : Liquidation judiciaire - Durée de la procédure

23. *Rapp. Xavier de Roux*, n° 2095, p. 397.

24. C. Saint-Alary-Houin, *Le « rebond » du débiteur en liquidation : vrai ou faux départ ?*, *Mél. Tricot : Dalloz - Litec* 2011, p. 579. Le rebond est encouragé par d'une part la fin du dessaisissement et d'autre part la libération du passif (non reprise des poursuites individuelles).

25. *Annuaire statistique de la justice, rapp.* 2011-2012, p. 57.

26. *Interv. P. Marchand, Ass. nat. 1^{re} séance 5 avr. 1984 : JOAN CR 6 avr. 1984, p. 1175.*

27. *Interv. Badinter, Ass. nat. 1^{re} séance 5 avr. 1984 : JOAN CR 6 avr. 1984, p. 1182.*

16 Liquidation judiciaire : vers un principe estompé de l'universalité de la faillite ?

Florence REILLE,

*Maître de conférences à l'Université de Toulon,
Membre du CDPC Jean-Claude Escarras (UMR-CNRS 7318)*

1 - Projection des règles du patrimoine sur la toile du droit des entreprises en difficulté, le périmètre de la procédure collective repose sur des principes séculaires.

Construit sur les fondations du principe d'unité du patrimoine, celui de l'universalité de la faillite en a, de longue date, répliqué les formes et les volumes. Aussi est-il traditionnellement acquis que la procédure collective, qui, pour traiter les difficultés de l'entreprise, n'a jamais cessé de s'appliquer à la personne, appréhende son patrimoine, son seul patrimoine, tout son patrimoine. Dans le cadre de la procédure de liquidation judiciaire, saisie collective des biens du débiteur, la règle emporte promesse d'une réalisation des actifs du débiteur, de ses seuls actifs, mais de tous ses actifs, au profit de la collectivité de ses créanciers.

2 - S'il est indéniable que le principe demeure, on ne peut ignorer une tendance assez récente à en relativiser la portée, notamment, mais particulièrement, pour ce qui concerne la possibilité de réaliser tous les actifs du débiteur.

3 - Sous l'empire de la loi de 1985, le principe d'universalité de la faillite ne souffrait que de rares atteintes, laissant largement intacte la vocation de la procédure de liquidation à organiser la réalisation de l'ensemble des actifs du débiteur. Certes, le droit civil refusant traditionnellement d'inclure les biens indivis dans le patrimoine des indivisaires (ou, pour le dire autrement, dans le gage commun des créanciers des indivisaires), ces derniers échappaient déjà à toute réalisation dans le cadre de la liquidation judiciaire de l'un d'eux¹. Cette restriction, pure projection des règles civilistes du patrimoine sur le droit des entreprises en difficulté, demeure sous l'empire de notre droit actuel² et ne constitue pas une dérogation frontale au principe d'universalité. N'en sont peut-être pas beaucoup plus les règles qui, de longue date encore, et sans affecter le périmètre du patrimoine du débi-

teur, restreignent cependant le droit de gage commun des créanciers. En effet, si le périmètre actif de la procédure correspond, en principe, au périmètre actif du patrimoine, cette correspondance doit tout de même être corrigée de ce qui, par exception, échappe au gage commun des créanciers. C'est ainsi que les biens figurant effectivement dans le patrimoine du débiteur, mais rendus insaisissables, à l'égard de tous, par des textes spécifiques, échappaient et échappent toujours à la saisie collective opérée par la liquidation judiciaire, c'est-à-dire au périmètre de la procédure collective³. Plus directement dérogoire, mais de portée limitée, doit être citée cette pratique ancienne et courante – pour ne pas dire unanime – dans le cadre de la liquidation judiciaire, qui consiste à s'abstenir d'inclure *effectivement* dans le périmètre de la procédure, c'est-à-dire d'appréhender, les pensions ou salaires perçus par le débiteur dessaisi. Une pratique dictée par le bon sens puisqu'en décider autrement devrait conduire à ne jamais pouvoir clôturer la procédure avant que ne soit réglée l'intégralité du passif⁴.

4 - Les quelques décennies qui nous séparent du milieu des années 80 ont vu forcer le trait des atteintes apportées au principe d'universalité, encore une fois, soit qu'elles aient été portées au principe civiliste d'unité du patrimoine, induisant un effet sur le principe *faillitiste* évoqué, soit qu'elles aient été portées directement au principe d'universalité de la *faillite*, par le droit des procédures collectives lui-même.

5 - La plupart des atteintes de la première catégorie – celles que nous évoquerons ici – relèvent d'une logique de protection de l'entrepreneur individuel.

En instaurant le statut d'EIRL, la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 a ouvert à l'entrepreneur individuel la possibilité de séparer son patrimoine personnel de son patrimoine professionnel, afin de lui permettre de cantonner les risques pris dans le cadre

1. V. S. Delrieu, *Indivision et droit des entreprises en difficulté*, in *360° Entreprises en difficulté, sous la dir. Ph. Roussel Galle : Lexis Nexis* 2012, n° 628.

2. Pour des applications récentes de la règle, v. *Cass. com.*, 7 févr. 2012, n° 11-12.787, *Bull. civ. IV*, n° 31 ; *cass. com.* 2 juin 2015, n° 12-29.405.

3. F. Pérochon, *Entreprises en difficulté : LGDJ*, 10^e éd. 2014, n° 1191.

4. F. Pérochon, *op. cit.*, n° 1154.