

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*LA CHARGE PROCÉDURALE DU CRÉANCIER ET DU GARANT EN DROIT DES
ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ*

JULIEN THÉRON

Référence de publication : Revue des procédures collectives n° 5, Septembre 2022, dossier 30

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

LA CHARGE PROCÉDURALE DU CRÉANCIER ET DU GARANT EN DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

Indépendamment des règles substantielles qui font pencher la balance plus ou moins en faveur du créancier ou du garant, les règles procédurales ont-elles une incidence sur l'équilibre instauré par le droit des procédures collectives entre le créancier, le débiteur et le garant ?

1. - Neutralité de la règle procédurale . -

De prime abord, il n'y a pas la place pour des règles procédurales favorables aux garants et défavorables aux créanciers. Si tel était le cas, elles devraient être éradiquées. La procédure a pour fin de mettre en œuvre le droit substantiel. Il s'agit de l'ensemble des formes destinées à permettre au titulaire d'un droit de saisir un juge pour que celui-ci dise sa prétention bien ou mal fondée. La règle procédurale doit ainsi être neutre. S'il y a des règles de fond favorables aux garants, les règles procédurales devraient par nature être neutres. À défaut, il faut les dénoncer.

2. - Charge procédurale . -

Point de naïveté cependant : selon la facilité ou la difficulté qu'il y a de mettre en œuvre la procédure, le droit substantiel a plus ou moins de probabilité de se réaliser. Autrement dit, quand bien même on serait dans son bon droit, celui-ci pourrait ne pas être reconnu pour une question purement procédurale. En ce sens, on peut évoquer la notion de charge procédurale. À l'instar de la charge de la preuve, les parties supportent une charge procédurale. Si elles ne la respectent pas, leurs droits ne seront pas reconnus.

3. - Problématique. -

En procédures collectives, la charge procédurale est-elle équitablement répartie entre le créancier et le garant ? Si la question est posée aujourd'hui, c'est sans doute eu égard aux apports de l'ordonnance du 15 septembre 2021. Deux éléments pourraient avoir alourdi la charge procédurale du créancier. Si le créancier ne déclare pas, il ne pourra bénéficier de sa garantie contre des personnes physiques, que le débiteur soit en sauvegarde – c'était déjà le cas hier – ou en redressement judiciaire – ce qui est nouveau. En outre, on peut se demander si cette charge ne

s'est pas alourdie avec l'obligation qui est faite de signifier l'état des créances au garant pour pouvoir le lui opposer...

Il n'y a d'excès dans les règles procédurales que dans la mesure où ces dernières interdisent au titulaire d'un droit de faire reconnaître celui-ci. La charge procédurale est excessive si elle joue au détriment du fond. Or, il semble que tel ne soit pas le cas. La charge paraît bien répartie entre le créancier (1) et le garant (2).

1. LA CHARGE PROCEDURALE DU CREANCIER

4. - S'interroger sur la charge procédurale du créancier, c'est se demander quelles sont les règles purement procédurales qu'il doit respecter pour obtenir son dû ? Deux procédures distinctes peuvent être envisagées : d'une part, celle permettant au créancier de prendre des mesures conservatoires (A), d'autre part, la déclaration de créance lui permettant ultérieurement d'agir contre le garant personne physique (B).

A. - LA CHARGE PROCEDURALE EN MATIERE CONSERVATOIRE

5. - Difficulté d'articulation. -

L'articulation des règles de procédures collectives avec celles du Code des procédures civiles d'exécution pourrait s'avérer être un véritable casse-tête procédural pour le créancier. Néanmoins la jurisprudence a veillé à ménager les droits de ces derniers. Elle a adapté les règles procédurales normalement applicables pour rendre efficace la mesure conservatoire prise par le créancier, tant en période d'observation, que pendant l'exécution du plan.

6. - En période d'observation. -

L'ouverture d'une procédure contre le débiteur marque pour le créancier l'avènement du risque contre lequel il a souhaité se prémunir en sollicitant une garantie d'un tiers. Pourtant, on

sait que les garants personnes physiques sont protégés. Le créancier ne peut les poursuivre pendant la période d'observation (*C. com., art. L. 622-28*). Ils bénéficient d'une suspension d'action.

Le garant pourrait profiter de ce répit pour échapper à son engagement. Les conditions de mise en œuvre des mesures conservatoires sont ainsi réunies. Il existe « *des circonstances susceptibles de menacer le recouvrement d'une créance* » (*CPC exéc., art. L. 511-1*). Aussi, le créancier est autorisé pendant cette période à prendre une mesure conservatoire (*C. com., art. L. 622-28, al. 3*).

Faute d'aménagement, le droit commun s'applique. En ce domaine, la mesure conservatoire a pour fin de faire pression sur un débiteur pour le faire céder. Et si cela ne fonctionne pas alors il s'agit de passer au stade de l'exécution. C'est la raison pour laquelle en droit commun, si le créancier n'obtient pas son dû rapidement il doit passer à l'étape d'exécution sous peine de caducité de la mesure conservatoire (*CPC exéc., art. L. 511-4*). Or, cette *ratio legis* n'est pas présente en droit des entreprises en difficulté. La mesure conservatoire n'a pas pour finalité de faire pression sur le garant puisqu'il bénéficie d'une suspension des poursuites. Dans le même sens, on sait très bien que le créancier ne pourra pas passer au stade de l'exécution de sa créance dans le mois qui suit la mesure conservatoire. Il se heurte en effet à la suspension des poursuites. Aussi, il serait plus qu'opportun qu'il soit dérogé à cette exigence d'obtention d'un titre exécutoire dans le mois qui suit la mesure conservatoire. La mesure conservatoire devrait être valable le temps de la suspension des poursuites.

Faute d'un tel texte, la jurisprudence a composé pour ne pas imposer cette charge procédurale impossible à réaliser par le créancier. Elle considère que malgré la suspension des poursuites le créancier peut engager une action à l'encontre du garant. Simplement, celle-ci est suspendue jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation judiciaire^{Note 2}.

7. - Pendant l'exécution du plan. -

Cette même question se pose ensuite en cours d'exécution du plan. Depuis l'ordonnance du 15 septembre 2021, en redressement judiciaire comme tel était déjà le cas en sauvegarde judiciaire, les garants personnes physiques peuvent se prévaloir des dispositions du plan (*C. com., art. L. 626-11*)^{Note 3}. Le créancier a ici encore tout intérêt à bénéficier d'une mesure conservatoire. À cette fin il doit éviter la caducité de cette dernière et agir contre le garant pour l'obtention d'un titre exécutoire. Mais le peut-il alors que ce dernier peut opposer les remises et

délais du plan ? La jurisprudence a arrêté une solution tout à fait opportune en matière de sauvegarde judiciaire pour rendre effective la protection des droits du créancier bénéficiaire de garanties consenties par des personnes physiques. Le créancier est admis à obtenir son titre exécutoire une fois le plan arrêté, simplement l'exécution forcée ne peut être mise en œuvre tant que le plan est respecté^{Note 4}. Une telle solution doit naturellement être étendue au redressement judiciaire.

B. - LA CHARGE PROCEDURALE EN MATIERE DE DECLARATION

8. - Absence de déclaration et irrecevabilité. -

Le créancier a-t-il comme charge procédurale celle de déclarer s'il veut mettre en œuvre sa garantie ? Si le garant est une personne physique, cela semble s'imposer. Mais le cas échéant encore faut-il que sa déclaration soit recevable.

9. - Créance non déclarée. -

La survenance d'une procédure collective chez le débiteur constitue certainement un risque contre lequel les créanciers veulent se prémunir en sollicitant des garanties. Aussi, il n'y a rien de naturel à ce que le créancier soit obligé de déclarer au sein de la procédure du débiteur pour pouvoir obtenir l'exécution de la garantie. Le législateur en a pourtant décidé autrement à l'égard des garants personnes physiques. En sauvegarde, faute de déclaration, les créances ne peuvent être opposées aux garants personnes physiques pendant l'exécution du plan. L'ordonnance du 15 septembre 2021 a étendu cette inopposabilité une fois le plan exécuté (*C. com., art. L. 622-26, al. 2*) et soumet le redressement judiciaire au même régime.

On a ainsi le sentiment que le créancier se voit imposer une charge procédurale supplémentaire. Pour pouvoir rendre sa créance opposable au garant personne physique pendant l'exécution du plan ou après, il lui incombe de déclarer. Avant d'aller plus avant, il importe de rappeler que la situation était pire sous l'empire de la loi de 1985 puisque la créance non déclarée était alors considérée comme éteinte avec toutes les sûretés la garantissant. Aujourd'hui c'est, vis-à-vis des seules personnes physiques, l'inopposabilité qui guette. Surtout, dans nombre

d'hypothèses, que le créancier déclare ou ne déclare pas, son sort sera le même vis-à-vis des garants personnes physiques. Il ne pourra pas se prévaloir de sa garantie. Il ne pourra demander règlement, ni pendant l'exécution du plan (le plan lui est opposable s'il déclare, et la créance est inopposable au garant s'il ne déclare pas), ni une fois le plan exécuté (le plan est opposable en cas de déclaration, tandis que la créance est inopposable au garant faute de celle-ci).

La différence entre la créance non déclarée et déclarée à l'égard des garants personnes physiques n'a ainsi son importance qu'en cas d'inexécution du plan. Alors que le créancier devrait pouvoir agir dès le défaut de paiement du débiteur s'il a déclaré sa créance^{Note 5}, il devra attendre la résolution du plan en l'absence de déclaration.

Vis-à-vis des garants personnes morales, quelle que soit la procédure, et vis-à-vis de tous les garants en liquidation judiciaire en revanche, le défaut de déclaration peut ouvrir la voie au bénéfice de discussion de la caution. Mais il n'y a pas là un élément lié à l'évolution législative récente.

10. - Déclaration irrecevable. -

L'article L. 624-1 du Code de commerce indique désormais qu'il n'y avait lieu à la décision de rejet ou d'admission que dans la mesure où « *la demande est recevable* ». Il s'agit ici de briser un mouvement jurisprudentiel qui avait considéré que « *la décision par laquelle le juge-commissaire retient qu'une créance a été irrégulièrement déclarée... est une décision de rejet de la créance, qui entraîne, ..., son extinction* ». En somme, une irrégularité procédurale entraînait une privation de son droit pour le créancier conduisant par conséquent l'extinction de la sûreté qui la garantissait^{Note 6}.

Une telle jurisprudence était fort contestable. D'abord, il fallait noter un flottement dans la terminologie. Ces arrêts visaient une irrégularité, alors qu'il s'agissait d'une difficulté de recevabilité^{Note 7}. C'est une fin de non-recevoir qui était ainsi opposée au créancier, et non pas une exception de procédure. Ensuite, parce qu'il s'agissait d'une fin de non-recevoir, il n'était pas possible de considérer que la créance devait être considérée comme rejetée. Comme l'indique l'article 122 du Code de procédure civile la fin de non-recevoir tend à faire « *déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond* ». Faute d'examen au fond, il ne pouvait donc y avoir rejet. Et s'il ne s'était pas agi d'une fin de non-recevoir mais d'une « *irrégularité de procédure* » au sens strict du terme, elle ne pouvait pas à elle seule entraîner le rejet. La déclaration « *irrégulière* » devait être considérée comme nulle. Cette nullité n'affecte

alors que l'acte de procédure et non pas la créance. En théorie, rien n'interdit au créancier de déclarer à nouveau, la nullité de son acte n'affecte pas le fond. Simplement, il est hors délai. Il ne peut plus déclarer.

Tout concourrait ainsi à considérer qu'une déclaration irrégulière ou irrecevable ne pouvait conduire au rejet. On ne peut que se féliciter de ce que l'ordonnance du 15 septembre 2021 ait remis les choses en ordre.

On peut tirer plusieurs conséquences de la qualification d'irrecevabilité. D'abord, à la différence des exceptions de procédure (*CPC, art. 74*) elle peut être invoquée en tout état de cause. Elle peut également être régularisée en tout état de cause. La « *ratification* » n'est ni plus ni moins qu'une régularisation de cette fin de non-recevoir et doit donc pouvoir intervenir jusqu'à ce que le juge statue^{Note 8}. La charge procédurale du créancier s'en trouve ainsi allégée. Ensuite, la créance n'est nullement affectée par une décision prononçant l'irrecevabilité. Simplement le juge n'a pas pu se prononcer sur la créance. Cette dernière est nécessairement soumise au sort des créances non déclarées : l'inopposabilité.

Il apparaît ainsi, que la charge procédurale imposée au créancier pour faire valoir ses droits n'est pas excessive.

2. LA CHARGE PROCEDURALE DU GARANT

11. - Réclamation contre l'état des créances. -

Les garants ne devraient pas être plus mal traités en cas de procédure collective du débiteur que dans toute autre hypothèse de défaillance. Les règles procédurales doivent leur permettre de faire valoir les arguments qu'ils souhaitent pour échapper à leur engagement dans la même mesure qu'en droit commun.

En droit commun le garant va se défendre au moment où il est actionné par le créancier. En droit des entreprises en difficulté, les exceptions inhérentes ne pourront pas être invoquées au moment où le garant est poursuivi. Cela tient à l'autorité attachée à la décision d'admission des créances. Il doit invoquer ces exceptions par le biais d'une réclamation contre l'état des créances. Il apparaît à cet égard que les nouvelles règles rendant effective cette faculté de contester la

créance garantie sont opportunes (A) même si elles font naître des difficultés de mise en œuvre (B).

A. - OPPORTUNITE DES NOUVELLES REGLES PROCEDURALES

12. - Autorité de chose jugée. -

La décision d'admission passée en force de chose jugée fige la créance. Nul ne peut plus la remettre en cause. Le garant ne peut donc attendre d'être actionné par le créancier pour critiquer le principe, le montant, ou encore la nature de la créance définitivement admise. On comprend alors pourquoi l'ouverture d'une voie de recours à son égard est particulièrement nécessaire. Mais comment se fait-il que l'autorité de chose jugée attachée à une décision d'admission de créance s'impose aux tiers à l'instance de vérification et d'admission ? L'article 1355 du Code civil indique en effet que l'autorité de chose jugée est tridimensionnelle. Il faut que la chose demandée soit la même, que la demande soit fondée sur la même cause et que la demande soit entre les mêmes parties. Or, dans le cadre de la procédure d'admission le garant n'a pas la qualité de partie. Pourquoi ne pas lui laisser la faculté de critiquer la créance garantie dans le cadre de l'instance entre le créancier et le garant ?

Cela résulte de la nature particulière de l'admission. Lorsque le juge-commissaire admet une créance, il la considère comme valable, apte à être réglée. L'autorité de chose jugée conduit à imposer la décision du juge comme incontestable. Aussi, les créances admises doivent être considérées comme grevant de manière irréfragable le passif du débiteur. La créance existe, son montant et sa nature sont incontestables, à l'égard du débiteur comme de ses garants, coobligés ou même des associés indéfiniment responsables^{Note 9}. Il serait absurde de considérer que la solution ne s'impose qu'entre les parties à l'instance. On ne peut pas considérer que la créance existe entre elles et pas nécessairement à l'égard des autres. Il y a ainsi une autorité *erga omnes* de l'autorité attachée à l'admission.

13. - Opportunité d'un recours. -

Il faut alors souligner l'opportunité d'avoir ouvert un recours contre l'état des créances à tous les intéressés (*C. com., art. L. 624-3-1*). Dans la mesure où la situation jugée va s'imposer ultérieurement à eux sans qu'ils aient pu avancer leurs arguments, il importe de leur donner la possibilité de contester. Cela est particulièrement impérieux en droit des entreprises en difficulté. Si par exemple il n'y a pas eu de contestation la créance a été admise sans même avoir été discutée... Il est alors probable que la présomption de vérité légale attachée aux décisions ayant autorité de chose jugée soit attribuée à tort.

14. - Point de départ du délai recours. -

Aussi bienvenu que soit ce recours contre l'état des créances, encore faut-il qu'il puisse effectivement être exercé. Jusqu'au 1er octobre, ce délai était pour tous d'un mois à compter de la publication de l'état des créances. Autant dire que, sauf à ce que les garants soient le dirigeant ou un proche, ce recours était impraticable.

L'innovation issue de l'ordonnance du 15 septembre 2021 et de son décret d'application mérite ainsi approbation. Désormais, lorsqu'ils sont poursuivis, les garants tiers ne peuvent se voir opposer l'état des créances si ce dernier ne leur a pas été signifié (*C. com., art. L. 624-3-1 et R. 624-8*). À leur égard la signification fait en effet partir le délai d'un mois pour contester. On pourrait craindre que ce soit là ouvrir une boîte de Pandore au bénéfice des garants et au détriment des créanciers. Il y aurait ici une de ces fameuses « *règles procédurales* » favorables aux garants et défavorables aux créanciers. Pourtant, tel n'est à notre sens pas le cas. Il s'agit simplement de mettre les garants en position de pouvoir opposer les exceptions inhérentes à la dette.

B. - DIFFICULTES PRATIQUES

15. - Si la nouvelle règle est opportune, il faut admettre qu'elle emporte un certain nombre de difficultés. On en soulignera quelques-unes sans être ni exhaustif, ni sans doute à même de fournir systématiquement une solution.

16. - En tout premier lieu, il faut souligner un risque de contrariété de décisions. En application de l'article L. 624-3-1 du Code de commerce, faute de signification, l'état des

créances ne peut être opposé au garant. Par conséquent, une fois assigné par le créancier il pourra invoquer devant le juge de droit commun les exceptions inhérentes à la dette. Il se pourrait alors que dans ce cadre le juge considère par exemple la créance nulle alors qu'elle a été considérée comme admise vis-à-vis de la procédure. Nous arrivons là à une situation bien gênante sur le plan des principes, celle de deux décisions ayant force de vérité légale et contradictoire. Mais est-ce grave sur un plan pratique ? Il faut alors imaginer plusieurs hypothèses, et ce de manière non exhaustive.

En liquidation, si le créancier agit une fois la procédure clôturée, c'est qu'il n'a pas été réglé en son sein. Aussi, la comptabilisation à tort de cette créance n'a pas porté atteinte à la collectivité des créanciers. Cela serait en revanche préjudiciable au débiteur dans le cas où ce dernier pouvait espérer une clôture pour extinction du passif en cas de rejet de la créance.

Le risque est plus grand si le créancier agit contre le garant pendant le plan par exemple. Le cas échéant, les dividendes du plan auront été calculés en prenant en considération la créance admise, alors que celle-ci est considérée par une autre juridiction comme affectée d'un vice et ne devant pas être payée. Le créancier pourra alors se féliciter du caractère irrévocable de l'état des créances. Il n'obtiendra pas un règlement de la part du garant, mais peut récupérer « *ce qui ne lui est pas dû* » dans le cadre de la procédure collective...

La contrariété de jugement est, on le voit préjudiciable tant sur un plan théorique que pratique. Pour autant, elle n'est pas neuve. Lorsqu'un créancier agit contre le garant avant que l'état des créances ne soit arrêté, on sait que l'existence de cette instance n'impose pas au juge-commissaire de surseoir à statuer pour admettre la créance^{Note 10}. Il se peut donc que le juge admette une créance considérée comme non due par un autre jugement.

Pour éviter cela, le créancier pourrait demander un sursis à statuer au juge saisi pour statuer sur la mise en œuvre de sa garantie. Ce sursis lui permettrait alors de signifier l'état des créances et de laisser le garant former une réclamation dans ce cadre.

17. - En second lieu, il importe de se demander qui doit signifier. Le texte ne le précise pas. Il est dans l'intérêt de la procédure que l'état des créances se trouve le plus rapidement possible à l'abri des contestations. Aussi, il aurait été judicieux d'indiquer qu'une telle diligence incombe au greffé. Mais... encore faut-il connaître l'existence des différents garants. Il est vrai que le créancier doit énoncer dans sa déclaration la sûreté qui assortit sa créance, sans qu'il soit

précisé selon que la sûreté soit réelle ou personnelle (*C. com., art. L. 622-25*). Mais à ce jour la jurisprudence considère que cette obligation ne s'impose que pour les sûretés réelles.

Faute d'indication quant au débiteur de cette signification, le greffe comme le créancier doivent pouvoir signifier. Cette concurrence de compétence pour signifier est problématique. S'il y a deux significations à des dates différentes une difficulté pourrait naître quant au point de départ du délai de recours. Surtout si le greffe ne signifie pas, le créancier peut signifier quand il le souhaite. Aucun délai n'est imposé pour signifier. Le recours contre l'état des créances tardif pourrait alors être très préjudiciable à l'équilibre des solutions arrêtées. ■

Note 1 Intervention à la journée de formation organisée le 17 juin 2022 par la FNDE et la faculté de droit et de science politique de Montpellier sur le thème « *Le créancier muni de sûreté face à la procédure collective : Quelles nouvelles règles du jeu ?* », sous la direction scientifique de Marie-Pierre Dumont et Cécile Lisanti, professeurs à l'université de Montpellier.

Note 2 *Cass. com.*, 24 mai 2005, n° 03-21.043 : *JurisData* n° 2005-028553.

Note 3 *Applicable en redressement depuis modification de C. com.*, art. L. 631-20, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 15 septembre 2021.

Note 4 *Cass. com.*, 2 juin 2015, n° 14-10.673 : *JurisData* n° 2015-013166 ; *BJE sept.-oct. 2015*, p. 284, obs. N. Borga ; *Act. proc. coll. 2014*, alerte 176, obs. J. Vallansan. – *Cass. com.*, 1er mars 2016, n° 14-20.553 : *JurisData* n° 2016-003571 ; *BJE mai-juin 2016*, p. 162, obs. N. Borga ; *Act. proc. coll. 2016*, alerte 91, obs. P. Cagnoli.

Note 5 *Cass. com.*, 2 juin 2015, n° 14-10.673, *préc.*, *spéc. obs.* N. Borga : *BJE sept.-oct. 2015*, p. 284.

Note 6 *Cass. com.*, 22 janv. 2020, n° 18-19.526 : *JurisData* n° 2020-000660 ; *Rev. proc. coll. 2020*, *comm.* 52, obs. N. Borga ; *D. 2020*, p. 1857, obs. P. Cagnoli ; *RTD civ. 2020*, p. 465, obs. P. Théry. – *Et déjà Cass. com.*, 4 mai 2017, n° 15-24.854 : *JurisData* n° 2017-008388 ; *D. 2017*, p. 1941, obs. P.-M. Le Corre ; *Act. proc. coll. 2018*, alerte 140.

Note 7 Dans un des deux arrêts rendus en ce sens, il apparaît clairement que la créance avait été déclarée par un préposé dépourvu de pouvoir, dans l'autre la cour d'appel avait retenu l'irrecevabilité.

Note 8 C'est ce qui peut justifier que cette régularisation puisse intervenir dans le jeu de conclusions du créancier devant la cour d'appel (*Cass. com.*, 10 mars. 2021, n° 19-22.385 : *JurisData* n° 2021-003254).

Note 9 *Cass. com.*, 21 janv. 2021, n° 19-13.539 : *JurisData* n° 2021-001061.

Note 10 *Cass. com.*, 11 févr. 2004, n° 01-01.602 : *JurisData* n° 2004-022274 ; *Act. proc. coll. 2004*, *comm.* 82, note J. Vallansan.