

Commentaire sur la transposition des articles 20 à 23 de la Directive (in Remise de dettes et déchéances- Titre III-) en droit français (par F. Macorig-Venier, Professeure UT Capitole, CDA, Co-responsable Axe Droit de la défaillance économique).

Si la directive du 20 juin 2019 a mis en avant les créanciers, elle s'est préoccupée également du sort des débiteurs personnes physiques honnêtes dont elle souhaitait que le rebond soit favorisé. Il était en effet souligné que le caractère stigmatisant de l'insolvabilité, la déchéance du droit d'exercer une activité entrepreneuriale et l'incapacité persistante de rembourser les dettes avaient un effet dissuasif sur les créations d'entreprises, alors qu'il était établi que les entrepreneurs devenus insolvable avaient plus de chances de réussir ensuite (considérant 72)¹. Le titre III de la directive intitulé « Remises de dettes et déchéances » est ainsi consacré aux mesures destinées à favoriser le rebond de ces entrepreneurs². L'entrepreneur est plus précisément défini comme une personne physique exerçant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale (Art. 2, 1. 9).

Ces dispositions n'ont guère conduit à des modifications du droit français dans le cadre de la transposition de la Directive opérée par l'ordonnance n° 2021-1593 du 15 septembre 2021. Le droit français, pionnier en matière de rebond³, répondait (largement) aux exigences minimales posées⁴. Des mesures plus ambitieuses en faveur des débiteurs personnes physiques ont toutefois été apportées par la suite par la loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante qui prolonge en quelque sorte l'ordonnance de transposition de la directive.

Remise de dettes (Art. 20 et 21)

Le principe de l'exigence de l'accès de tout entrepreneur insolvable à une procédure aboutissant à une remise totale de dettes est posé par l'article 20. 1 de la directive, étant précisé qu'il résulte de l'article 2 1. 10) que la remise totale de dettes peut résulter de l'exclusion de toute exécution forcée ou de la « nullité » des dettes. Il est indiqué plus exactement : « l'exécution forcée à l'encontre d'un entrepreneur de ses dettes échues susceptibles de faire l'objet d'une remise est exclue ou les dettes échues ou à échoir susceptibles de faire l'objet d'une remise sont annulées en tant que telles, dans le cadre d'une procédure pouvant comprendre une réalisation d'actifs ou un plan de remboursement ou encore les deux ». Le plan de remboursement est lui-même défini (Art. 2 1. 11) comme « un programme de paiements de montants déterminés, effectués à des dates précises par un entrepreneur insolvable en faveur de créanciers, ou un versement périodique aux créanciers d'une certaine partie de revenus disponibles de l'entrepreneur pendant le délai de remise ». On observera par ailleurs que, selon l'article 20. 2, la remise totale n'est pas exclusive d'un remboursement partiel des dettes, dès lors que cette obligation de remboursement est fixée en fonction de la situation de l'entrepreneur et tient compte de l'intérêt des créanciers en équité.

Le rétablissement professionnel régi par le livre VI du code de commerce français aboutissant à un effacement de la plupart des dettes et la liquidation judiciaire, dans le cadre de laquelle des réalisations d'actifs sont effectuées, pouvant aboutir en cas de clôture pour

¹ Sur ces mesures cf. considérants 72 à 83 de la directive.

² Cf. Saint-Alary Houin C., La "seconde chance" de l'entrepreneur endetté : Vers une humanisation... modérée du droit européen de l'insolvabilité !, in Mélanges en l'honneur de L. Idot, Concurrence et Europe, Concurrences, 2022, Tome 2, p. 469.

³ Les premières mesures en la matière remontaient à la loi du 25 janvier 1985 ! Voir dernièrement sur la question Martineau-Bourgninaud V., Le rebond du débiteur, in Dossier Bilan et perspectives d'évolution du droit des entreprises en difficulté, Colloque AJDE-CDA Université Toulouse Capitole 15 oct. 2021, BJE mars-var. 2022, p. 60.

⁴ Macorig-Venier F. et Freleteau B., Les choix français pour favoriser le rebond, in Dossier Temps nouveaux pour l'entreprise en difficulté, Dir. Sautonie-Laguionie L., JCP E 2021, 1533, n° 3.

insuffisance d'actif à une paralysie définitive du droit de poursuite des créanciers, sous réserve également d'exceptions, pouvaient tous deux ainsi répondre à l'exigence de principe de la directive.

Encore fallait-il cependant que la durée du délai à l'issue duquel la remise totale pouvait opérer n'excédât pas trois ans à compter de la date d'ouverture de la procédure ne comportant pas un plan de remboursement (Art. 21 .1. b), ce à quoi correspondaient les procédures de rétablissement professionnel et de liquidation judiciaire dite simplifiée. La durée fixe de quatre mois du rétablissement professionnel répondait parfaitement à l'exigence légale, tandis que seule la « version simplifiée » de la procédure de liquidation judiciaire, limitée à un an après l'ouverture de la procédure et susceptible d'être prorogée de trois mois supplémentaire, était conforme à la durée fixée par la directive. Aucune limitation de durée n'est en effet imposée par la loi dans la liquidation judiciaire « ordinaire », les seules mesures de nature à en cantonner la durée consistant, d'une part, dans la nécessité pour le tribunal de fixer dans le jugement ouvrant ou prononçant la liquidation judiciaire un délai au terme duquel la clôture doit être examinée⁵, d'autre part, dans la possibilité pour le débiteur, le liquidateur et le ministère public de saisir à tout moment le tribunal aux fins de clôture de la procédure, toute créancier pouvant également agir en ce sens, mais à l'expiration d'un délai de deux ans à compter du jugement de liquidation judiciaire⁶.

On ajoutera que tant le rétablissement professionnel que la liquidation judiciaire satisfaisaient à l'exigence d'automatisme de la remise totale requise en principe à l'expiration du délai prévu (Art. 21. 2 al. 1^{er}), la clôture de ces procédures emportant de plein droit effacement des dettes pour l'une et paralysie du droit de poursuite pour l'autre. On observera enfin, s'agissant de la procédure de rétablissement professionnel, qu'elle est également conforme à l'exception susceptible d'être prévue à cet effet automatique selon l'alinéa 2 de l'article 21. Il est en effet précisé que les Etats membres ont la possibilité de conserver ou introduire des dispositions autorisant l'autorité judiciaire ou administrative à vérifier si les entrepreneurs ont satisfait aux obligations à remplir pour bénéficier d'une remise de dettes. L'article L. 645-9 aboutit indirectement mais certainement à ce permet au tribunal, à tout moment, sur rapport du juge commis, d'ouvrir la liquidation judiciaire s'il constate des faits susceptibles d'entraîner le prononcé des sanctions prévues par la livre VI du code de commerce ou de conduire au prononcé des nullités de la période suspecte ou même en cas de manquement à la bonne foi. Le basculement en liquidation prive l'intéressé de la mesure d'effacement et également, si certaines des sanctions du livre VI du code de commerce sont effectivement prononcées (condamnation à une mesure de faillite personnelle, condamnation aux peines de la banqueroute), du bénéfice de la paralysie des poursuites.

En dépit de la conformité acquise du droit français à la directive en matière de remises, il peut être observé que l'ordonnance du 15 septembre 2021 transposant la directive s'est efforcée d'ouvrir plus largement l'accès tant à la procédure de liquidation judiciaire dite simplifiée qu'à la procédure de rétablissement professionnel, ce qui élargit les perspectives de rebond pour l'entrepreneur personne physique. Ainsi les conditions de seuils ont-elles été définitivement supprimées pour l'application du régime simplifié de la liquidation judiciaire aux personnes physiques⁷. Seule l'absence de bien immobilier conditionne ainsi l'application du régime simplifié pour les personnes physiques. En revanche, le caractère insaisissable de l'immeuble d'habitation ne pouvait être pris en compte et excluait encore l'application de la

⁵ C. Com. Art. L. 643-9 al. 1^{er}. Cette disposition réserve par ailleurs la possibilité de prorogation du terme fixé par une décision motivée.

⁶ C. Com. Art. L. 643-9 al. 4.

⁷ Ont ainsi été pérennisées les concernant les règles posées pendant la crise sanitaire consécutive à l'épidémie de Covid-19 par l'article 6 de l'ordonnance n° 2020-596 du 20 mai 2020 et prolongées jusqu'au 31 décembre 2021 par l'article 124 de la loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique (dite loi ASAP). L'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce a cependant mis fin à l'application de ces règles à compter du 1^{er} octobre pour les procédures non ouvertes à compter de cette date. Ce sont celles prévues par cette ordonnance qui ont alors pris le relai sans apporter de modifications au fond.

liquidation judiciaire simplifiée, ce qui était dénoncé en doctrine⁸. La loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante a modifié l'article L. 641-2 afin de répondre à ces critiques. Il est désormais précisé que « toutefois, les droits mentionnés au premier alinéa de l'article L. 526-1 ne peuvent faire obstacle à l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire simplifiée ». En ce qui concerne la procédure de rétablissement professionnel, l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 a, d'une part, pérennisé le relèvement de 5000 à 15.000 euros du seuil de la valeur de l'actif en deçà duquel l'accès à la procédure est possible⁹ et, d'autre part, écarté les biens légalement insaisissables de l'appréciation de ce seuil.

Déchéances (Art. 22)

L'article 22 1 prescrit aux Etats membres de veiller à ce qu'à l'expiration du délai de remise de dettes prenne fin toute déchéance du droit d'accéder à une activité commerciale, industrielle, artisanale, ou libérale ou de l'exercer liée au seul motif de l'insolvabilité de l'entrepreneur. L'article 22 2 précise que cet effet doit se produire sans qu'il besoin de saisir une autorité administrative ou judiciaire quelconque.

Aucune mesure particulière n'a été adoptée par l'ordonnance du 15 septembre 2022, ici en raison de l'apparente conformité du droit français à la Directive, du moins si l'on raisonne sur l'impossibilité d'exercer une activité entrepreneuriale découlant du dessaisissement de l'entrepreneur engendré de plein droit par le jugement de liquidation judiciaire, dont l'ouverture est commandée par la situation du débiteur, nécessairement en état de cessation des paiements et dans l'impossibilité de redresser son entreprise, situation qui s'apparente à l'insolvabilité à laquelle se réfère la directive. L'hypothèse semble celle de la directive visant une déchéance du droit d'exercer ou poursuivre une activité indépendante au seul motif de l'insolvabilité de l'entrepreneur. Si l'on envisage la liquidation judiciaire dans son régime « ordinaire » (non simplifié), force était alors de constater un décalage avec la directive quant à la fin de la déchéance, laquelle, comme le délai de remise totale, ne doit pas excéder trois ans à compter de l'ouverture de la procédure ou de l'établissement du passif et de l'actif de l'entrepreneur. La procédure de liquidation judiciaire, non enfermée dans un cadre temporel peut en effet excéder ce délai. Or le dessaisissement du débiteur ne prend fin qu'à la clôture de la procédure de liquidation. La loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité indépendante a remédié à ce décalage en permettant à l'entrepreneur individuel soumis au nouveau statut qu'elle institue d'exercer en principe une nouvelle activité professionnelle ; ce qui a alors pour effet de créer un nouveau patrimoine professionnel distinct de celui qui est concerné par la procédure de liquidation¹⁰. La solution est d'autant plus remarquable que cet entrepreneur individuel, à l'opposé de l'EIRL, ne peut avoir qu'un seul et unique patrimoine professionnel.

L'approche liant la déchéance envisagée par la directive au dessaisissement emporté en droit français par l'ouverture de la liquidation judiciaire qui paraît *a priori* commandée par les termes de l'article 22 est néanmoins, semble-t-il, à tempérer à la lecture du considérant 83, mais également de l'article 22. 6. Le considérant 83 - passablement confus – envisage la situation où le permis ou la licence autorisant à exercer une certaine activité artisanale, industrielle, commerciale ou libérale a été retiré ou révoqué suite à une injonction de déchéance et ajoutant qu'en pareilles circonstances les Etats membres ne devraient pas être empêchés d'exiger de l'entrepreneur qu'il introduise une demande de nouveau permis ou licence après que la déchéance ait pris fin. Cela évoque une autre situation que le dessaisissement, celle où des sanctions telles que l'interdiction de gérer ou la faillite personnelle qui emporte une interdiction générale de gérer. La durée de ces sanctions, qui doit être fixée par le tribunal dans la limite de quinze ans, est susceptible d'excéder largement la durée de la procédure et les trois ans prévus par la directive. Un relèvement de ces sanctions

⁸ Macorig-Venier F. et Freleteau B., précit., n° 12.

⁹ Ce sont ici les mêmes textes que ceux qui avaient supprimé les seuils requis pour l'application de la liquidation judiciaire simplifiée qui avaient relevé le seuil de 5000 à 15.000 euros.

¹⁰ C. Com. Art. 681-2 VII.

peut être demandé par le débiteur en tout ou partie avant le terme du délai fixé s'il justifie avoir apporté une contribution suffisante au paiement du passif ou produit toutes garanties démontrant sa capacité à diriger une entreprise comme le suivi d'une formation. Ces règles n'ont pas été modifiées par l'ordonnance de transposition de la directive. Toutefois, le décret n° 2021-1218 du 23 septembre 2021 a ajouté un nouvel alinéa (1^{er}) à l'article R. 563-3 du code de commerce imposant au tribunal en cas de prononcé de la faillite personnelle ou de l'interdiction de diriger de mentionner dans l'acte de notification du jugement que la procédure pour obtenir le relèvement de ces sanctions est régie par les articles L. 653-11 et R. 653-4 du code de commerce. Cette mention, destinée à éclairer l'entrepreneur sur la possibilité de relèvement, pourrait conduire à écourter la durée de la mesure de déchéance telle que fixée par le tribunal.

L'article 22. 6 dispose que « la présente directive est sans préjudice des règles nationales relatives aux déchéances ordonnées par une autorité judiciaire ou administrative autres que celles visées à l'article 22 ».

Quant au rétablissement professionnel, s'il n'emporte contrairement à la liquidation judiciaire, aucun dessaisissement du débiteur et, par conséquent, aucune déchéance automatique du droit d'exercer une activité indépendante, on peine à imaginer qu'en pratique il puisse en être ainsi.

Dérogations (Art. 23)

L'article 23 1. de la directive réserve la possibilité pour les Etats membres de déroger aux articles 20 à 22 en maintenant ou adoptant des dispositions refusant ou limitant l'accès à la remise totale ou allongeant le délai pour l'obtenir en cas de malhonnêteté ou de mauvaise foi de l'entrepreneur insolvable. Une longue liste des diverses dérogations possibles (devant être dûment injustifiées est-il insisté) est contenue aux points suivants. On y reconnaît au passage certaines des dérogations reconnues par le droit français à la paralysie des poursuites à l'issue de la clôture de la procédure de liquidation judiciaire ou à l'effacement des dettes résultant de la clôture de la procédure de rétablissement professionnel, ce qui justifie une nouvelle fois l'absence d'adoption de mesures nouvelles à cet égard par l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021.

Au point 2 figurent les cas de restrictions ou de refus d'accès à la remise de dette. Parmi celles-ci, on note avec intérêt la possibilité de prévoir une dérogation qui s'imposerait pour garantir l'équilibre entre les droits du débiteur et les droits d'un ou plusieurs créanciers (f). Si cette disposition n'a eu aucun écho dans l'ordonnance du 15 septembre 2021, en revanche elle n'est sans doute pas étrangère à une modification apportée par la loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité indépendante à la mesure d'effacement des dettes. Cet effacement est dorénavant susceptible d'être écarté. Tel doit être le cas « lorsqu'il apparaît que le montant du passif total est disproportionné au regard de la valeur de l'actif, biens insaisissables de droit non compris »¹¹. Pour la première fois, le montant du passif est pris en considération à la clôture de la procédure. Par ailleurs, une autre modification limite la portée de l'effacement des dettes en indiquant que « ne peuvent être effacées les dettes grevant un patrimoine dont la situation n'est pas irrémédiablement compromise »¹². Le code de commerce emprunte au code de la consommation en se référant à la situation irrémédiablement compromise qu'il ne connaissait pas, probablement parce que l'appréciation est à porter distinctement sur le patrimoine personnel et sur le patrimoine professionnel. Tandis que depuis la loi du 14 février 2022 l'éligibilité de l'entrepreneur personne physique soumis au nouveau statut à la procédure de rétablissement professionnel s'apprécie au regard de l'ensemble de ses patrimoines (patrimoine professionnel et patrimoine personnel)¹³,

¹¹ C. Com. Art. L. 645-11 al. 3.

¹² C. Com. Art. L. 645-11 al. 2.

¹³ L'alinéa 2 de l'article L. 645-1 modifié par la loi du 14 février 2022 dispose « lorsque le débiteur est titulaire de plusieurs patrimoines, le seuil mentionné au premier alinéa du présent article est déterminé en prenant en compte l'ensemble de ses patrimoines ».

l'effacement des dettes doit être envisagé au regard de chacun de ses patrimoines, même si le but de la procédure désormais affichée est le « traitement simplifié du passif grevant le ou les patrimoines du débiteur personne physique ». Au-delà de la prise en compte de la directive, la limitation de la portée de l'effacement était destinée à répondre aux conséquences d'une mesure adoptée par l'ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021, conséquences que n'avaient pas mesurées ses rédacteurs. L'ordonnance, mettant fin à des divergences doctrinales, a choisi d'exclure les biens légalement insaisissables des biens dont la valeur est prise en compte pour l'appréciation du seuil d'actif de 15.000 euros en-deçà duquel l'entrepreneur doit se trouver. Ainsi la résidence principale était exclue de l'appréciation du seuil d'actif tandis que la dette d'emprunt résiduelle était soumise à la mesure d'effacement. La limitation de la portée de l'effacement serait destinée à permettre d'empêcher l'effacement de cette dette¹⁴.

Le point 3 de l'article 23 permet de déroger au délai de remise totale de trois ans et de prévoir un délai plus long lorsque sont prises des mesures de protection de la résidence principale de l'entrepreneur et de sa famille ou lorsque celle-ci n'est pas réalisée. Cela vient *a posteriori* en quelque sorte légitimer la durée de la liquidation judiciaire « ordinaire » qui en pratique excède la durée de trois ans, la résidence principale de plein droit insaisissable en droit français n'étant pas réalisée en principe dans le cadre de la procédure. Toutefois, la loi du 14 février 2022, récrivant complètement l'article L. 642-22 du code de commerce prévoit que sur la demande du débiteur et sur autorisation du juge-commissaire ou du tribunal, la réalisation de biens composant un autre patrimoine que le patrimoine professionnel ou même de biens insaisissables par les créanciers professionnels peuvent être réalisés par le liquidateur si cette cession favorise la réalisation des actifs du patrimoine saisi par l'effet de la liquidation judiciaire.

Le point 4 prévoit des dérogations possibles à la remise totale pour certaines « classes spécifiques de créances ». Six catégories sont visées, rappelant certaines des exclusions posées par le droit français tant à la paralysie des poursuites qu'à l'effacement des dettes. Parmi celles-ci figurent tout d'abord les dettes garanties. Peu importe, semble-t-il, qu'elles aient été ou non payées par le garant à la date à laquelle opère la remise. On soulignera à cet égard pour le regretter¹⁵ une différence avec les solutions du droit français : en effet, l'article L. 643-11-II fait plus exactement exception à la paralysie des poursuites résultant du jugement de clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif pour « les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie » pour lesquels il est indiqué que « ils peuvent poursuivre le débiteur *s'ils ont payé à la place de celui-ci* ». La dette garantie si elle n'a pas été payée par le tiers garant au moment de la clôture de la procédure est donc soumise à la paralysie des poursuites. Le renvoi effectué par l'article L. 645-11 du code de commerce relatif aux effets de la clôture de la procédure de rétablissement professionnel à l'article L. 643-11 II produit la même conséquence : la dette garantie non payée par le garant à cette date est effacée. Aucune de ces dispositions ne règle le sort des garants alors que les poursuites sont paralysées dans un cas et la dette effacée dans l'autre¹⁶.

¹⁴ Vallens J-L., L'entrepreneur individuel et ses patrimoines, D. 2022, p. 1269 et s ; Roussel Galle P., Dict. Perm. Difficultés des entreprises, Veille permanente du 25 fév. 2022.

¹⁵ Macorig-Venier F. et B. Freleteau B., Les choix français pour favoriser le rebond, in Dossier Temps nouveaux pour l'entreprise en difficulté, Dir. Sauton-Laguionie L., JCP E 2021, 1533, n° 15.

¹⁶ En l'absence de précision légale, le droit commun applicable aux garanties concernées devrait s'appliquer. Or, s'agissant du cautionnement dont les règles ont été profondément réformées par l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, si le nouvel article 2298 permet à la caution d'invoquer toutes les exceptions aussi bien personnelles qu'inhérentes à la date, il l'empêche par ailleurs de se prévaloir des mesures légales ou judiciaires dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance, sauf disposition spéciale contraire. En l'absence d'une telle disposition la caution peut donc être poursuivie. Il ne lui resterait alors qu'à exercer son recours personnel si ce n'est déjà fait dans la liquidation judiciaire, le nouvel article L. 622-34 permettant aux tiers garants de déclarer leur créance avant paiement pour préserver leur recours personnel.

Figurent ensuite parmi ces cas de dérogation les dettes issues de sanctions pénales ou d'une responsabilité civile, les dettes issues d'obligations alimentaires, les dettes contractées après l'ouverture de la procédure ou après l'introduction de la demande, les dettes issues de l'obligation de payer le coût de la procédure. En droit français, de manière voisine, il est fait exception à la paralysie des poursuites et à l'effacement de dettes pour les créances ayant pour origine une infraction pour laquelle la culpabilité du débiteur a été reconnue ou pour les créances portant sur des droits attachés à la personne du créancier ou pour la créance ayant pour origine des manœuvres frauduleuses au détriment des organismes de protection sociale (Art. L. 643-11 I 2° et 3° auquel il est renvoyé par l'article L. 645-11). On ajoutera que la règle de la paralysie des poursuites ne concerne que les créanciers soumis à la suspension des poursuites pendant la procédure, soit les créanciers antérieurs en principe et les créanciers postérieurs non privilégiés. Quant à l'effacement des dettes, il ne concerne que les créances antérieures à l'ouverture de la procédure de rétablissement professionnel et ce, sous réserve qu'elles aient été portées à la connaissance du juge-commissaire par le débiteur et fait l'objet de l'information adressée par le mandataire judiciaire aux créanciers d'avoir à lui communiquer le montant de leurs créances¹⁷.

Enfin, le point 5 envisage enfin des dérogations aux règles posées en matière de déchéance dont il permet aux États membres de prévoir un délai plus long, voire une durée illimitée lors que l'entrepreneur insolvable est membre d'une profession où s'appliquent des règles spécifiques en matière de réputation ou d'expertise règles qu'auraient enfreintes l'entrepreneur ou lorsqu'il est membre d'une profession liée à la gestion des biens d'autrui. On songe ici aux professionnels indépendants relevant d'un ordre professionnel doté de compétences disciplinaires et qui échappent à la faillite personnelle.

¹⁷ C. Com. Art. L. 645-11 pour les précisions sur les dettes effacées et Art. L. 645-8 pour l'information des créanciers.