

Vers une consumérisation des procédures : la procédure de rétablissement professionnel

Les musiciens de jazz utilisent des instruments également empruntés en musique classique : contrebasse, trompette, piano... Pourtant leur musique est très différente. Il en va de même entre la procédure de rétablissement professionnel et la procédure de rétablissement personnel : certains instruments sont communs mais la musique est différente.

La procédure de rétablissement a environ un an, elle a été abondamment commentée et même présentée comme une innovation essentielle issue de l'ordonnance du 12 mars 2014¹. Chaque texte, chaque alinéa a été décrit. Beaucoup de choses ont été dites et beaucoup de choses ont même été répétées. Bref, l'exégèse du texte a été faite. L'objet de cette intervention ne peut donc être celui de décrire pour une énième fois la procédure de rétablissement. Cette approche était inéluctable et même nécessaire et à l'instar de Philippe Rémy², il faut admettre les bienfaits de cette approche doctrinale.

Peut-on passer à une autre étape que l'exégèse ? Après l'approche contemplative, vient nécessairement le temps de proposer des solutions aux premiers problèmes d'application suscités par la mise en œuvre du rétablissement professionnel³. En outre, si l'on en croit l'histoire de la doctrine civiliste, après le temps de l'exégèse doit venir le temps du dépassement du texte et sans doute même de la critique. Les rédacteurs d'ordonnances en cabinets sont difficilement comparables à la plume de Portalis et consorts. D'abord parce qu'en deux siècles la beauté du style a été perdue, ensuite et surtout parce que Portalis n'a fait que codifier des règles déjà existantes, compilées notamment par Domat. En somme, les rédacteurs du code civil bénéficiaient d'un avantage inouï, inconcevable aujourd'hui : le recul. Le code civil a eu une fonction plus déclarative que constitutive puisqu'il s'agissait de proclamer des règles déjà existantes. Si la réforme du droit des entreprises en difficulté entérine certaines pratiques, il n'en demeure pas moins qu'eut égard au rétablissement professionnel elle a créé. Elle a même expérimenté si l'on en croit la lecture du rapport fait au Président de la République présentant l'ordonnance. *Si Miles Dais avait des propos rassurant pour les musiciens : « N'ayez pas peur des fausses notes... cela n'existe pas »*, il n'est pas certain qu'il en aille de même en matière de légistique.

¹ P. Pétel, « Entreprises en difficulté : encore une réforme ! », JCP E, 2014, 1223.

² P. Rémy, *Eloges de l'exégèse*, Droit 1985, n°1, p. 115.

³ F. Pérochon, « De quelques questions sur le rétablissement professionnel... », BJE nov. 2014, p. 345.

Encore faut-il modérer ces propos. Comme l'intitulé de cet article l'indique il est tentant de considérer que la procédure de rétablissement professionnel résulte de l'importation d'une institution existant déjà en droit du surendettement : le rétablissement professionnel sans liquidation judiciaire. Il est vrai que la dénomination même de cette nouvelle institution du Livre 6 du code de commerce incite à le penser. Pourquoi avoir dénommé cette innovation « rétablissement » si ce n'est pour clamer le lien de filiation entre les deux mécanismes ? Reprenant en droit des entreprises en difficulté un mécanisme existant en droit de la consommation, il existerait un mouvement « vers une consumérisation des procédures ».

La consumérisation –*terme qui n'existe pas dans le dictionnaire et imposé par les directrices de cette publication !* - implique ainsi l'idée d'un rapprochement entre le droit des entreprises en difficulté et le droit de la consommation et tout particulièrement celui du surendettement. C'est cette proposition qu'il convient de vérifier. Pour qu'il y ait réellement une « consumérisation » du droit des entreprises en difficulté il faudrait :

.d'une part que les rédacteurs de l'ordonnance aient poursuivi la même finalité que le celle du droit du surendettement.

.d'autre part que les deux procédures soient identiques.

De prime abord la réponse à la première question est facile à trouver. A lire le rédacteurs et la doctrine à l'origine de cette procédure⁴, ce sont des motifs d'humanité, et même sociaux qui président à l'instauration de la procédure de rétablissement professionnel. Il s'agit de mettre un terme aux difficultés de débiteurs sans salariés n'ayant opté pour aucune structure sociétaire ou autre EIRL et ayant très peu d'actifs à réaliser (moins de 5000 euros). En somme, il est acculé par ses dettes et n'ayant pas cloisonné son patrimoine se retrouve face à une situation plus grave que d'autres entrepreneurs. L'idée est alors comme dans la procédure de rétablissement personnel sans liquidation d'effacer les dettes du débiteur sans réalisation de ses biens. En ce sens, grâce au rétablissement professionnel le droit français est plus humain que le droit allemand qui ne prévoit pas de procédure pour libérer les petits débiteurs impécunieux. Comme dans la procédure de surendettement cette procédure du Livre 6 serait motivée par la volonté de protéger l'intérêt du débiteur.

L'étonnement surgit face à cette motivation. Ces débiteurs n'étaient pas délaissés. Ils ont toujours été éligibles à la liquidation judiciaire. D'aucuns pourront rétorquer que

⁴ F.-X. Lucas et M. Sénéchal, « La procédure d'enquête pour le rétablissement professionnel », D. 2013, p. 1852.

l'avantage de cette seconde procédure résulte du fait qu'elle devrait être plus brève. En somme que le rebond devrait être plus rapide pour lui. Quelle bienveillance vis à vis de ces petits débiteurs ! Il est vrai que le rétablissement doit être prononcé dans les 4 mois. Pour autant la mise en place d'une liquidation judiciaire simplifiée et notamment dans sa forme obligatoire implique que la solution intervienne dans un délai maximum de 6 mois. Si l'on n'est pas convaincu qu'il s'agisse là de la motivation essentielle, il n'en demeure pas moins que le souci du rebond doit être pris en considération. Cela permet d'expliquer la raison pour laquelle cette procédure est très rapide est donc nécessairement très légère. Il est difficile de faire vite et bien...

S'il y a à l'origine de ce rétablissement professionnel des motifs de bienveillance à l'égard des débiteurs nul n'ignore deux autres objectifs premiers de cette procédure :

-trouver une solution pour éviter des procédures collectives coûteuses ne permettant pas d'atteindre les objectifs assignés. La radiation administrative aurait pu constituer une solution, mais impliquant une absence totale de procédure, elle eût été dangereux en raison du risque de fraude que cela faisait naître. Cette problématique et les solutions préconisées ne sont pas nouvelles elles sont présentes dès un rapport intitulé « Propositions en vue d'une réforme de la loi du 25 janvier 1985 » présenté par J.L. Vallens publié en 1993. *Rien ne se crée, rien ne se perd, tout se transforme disait Lavoisier*. La mise en place de la LJS avait pour objectif de solutionner cette difficulté.

-Mais il restait une autre difficulté d'origine statistique. Le classement de la France dans le rapport *Doing business* établi par la Banque Mondiale est victime d'un nombre impressionnant de procédures collectives. Dès lors il fallait faire sortir du giron des procédures collectives les procédures très impécunieuses. *On est bien loin des motifs d'humanité initiaux*. Comment faire ? Il suffit de les soumettre à une procédure qui ne serait pas collective... C'est chose faite avec le rétablissement personnel puisqu'il n'a pas le « génome » d'une procédure collective⁵ : ni suspension, ni interdiction des poursuites pas plus que de dessaisissement...

Les finalités de la procédure de rétablissement professionnel étant partiellement différentes de celles du rétablissement personnel, il faut nécessairement en déduire qu'il en va de même quant au régime de la procédure. Ces deux procédures sont différentes. Le phénomène de « consommation » est beaucoup moins important qu'il n'y paraît.

⁵M. Sénéchal, « Le rétablissement professionnel par effacement relatif de certaines dettes », BJE mai 2014, n°3, p. 196

On ne peut nier des points communs. Les plus apparents sont :

-la volonté de trouver une solution aux débiteurs de bonne foi dans une situation très critique

-un effet identique quant aux dettes à savoir l'effacement.

Néanmoins l'utilisation qui est faite de ces notions est tellement différente que l'on peine à assimiler rétablissement personnel et rétablissement professionnel. En somme, s'il faut dans un premier temps constater des instruments communs (I), il faut dans un second temps admettre que la musique est différente (II).

I. Des instruments identiques

Dans un premier temps il faut bien reconnaître qu'il y a une identité d'instruments. L'effacement et la bonne foi constituent indéniablement des notions importées du droit du surendettement. Il n'est pas possible de considérer que sous prétexte d'acculturation, ces termes ne désignent pas la même réalité. Le piano utilisé par Daniel Barenboim et par Michel Petrucciani était le même. Il en est de même ici : tout d'abord à propos de l'effacement (A) et ensuite à propos de la bonne foi (B).

A. L'effacement.

Tout d'abord l'effacement constituant une mesure commune au rétablissement professionnel et personnel il faut se demander s'il faut l'entendre de la même manière⁶. La réponse est affirmative. Dans les deux cas, s'agissant d'une mesure de faveur à l'égard du débiteur (1), son contenu est nécessairement identique (2).

1. Objectif identique.

L'article L. 645-11 du code de commerce attache au jugement de clôture l'effet d'effacement des dettes du débiteur. Il ne pouvait pas utiliser en matière de rétablissement

⁶ F. Macorig-Venier, « La résistance de la réserve de propriété à l'effacement des dettes », BJE 2014, n°4, p. 245.

professionnel la paralysie des poursuites dans la mesure où cette procédure n'étant pas collective il n'y a ni interdiction ni suspension des poursuites.

La difficulté résulte du fait qu'ici pas plus qu'en matière de surendettement⁷ la notion d'effacement n'a été définie. Effacer est défini dans le vocabulaire courant comme l'action consistant à faire disparaître sans laisser de trace. Cela se rapproche de l'extinction mais il n'y a pas pour autant synonymie. Dans l'effacement il y a la notion de disparition ce qui implique pour les juristes la notion de rétroactivité. L'extinction, l'action d'éteindre signifie faire cesser... L'idée de revenir sur l'existant n'existe pas.

La notion d'effacement correspond à la philosophie du surendettement. Dans cette matière en effet, le but est de désendetter des particuliers pour éviter leur marginalisation. Tout particulièrement, il s'agit de les désendetter dans un contexte où le recours au crédit est d'une extrême facilité. En d'autres termes, qu'on le veuille ou non, il s'agit de protéger le faible contre le fort. Ce dernier étant celui qui s'enrichit grâce au crédit consenti aux faibles. Ce n'est pas pour rien que le droit du surendettement relève du droit de la consommation, qu'il est traité dans un Livre III du code de la consommation s'intitulant « L'endettement », tout particulièrement à un Titre III succédant ainsi au Titre 1^{er} relatif au crédit et à un titre II relatif à l'activité d'intermédiaire. Parmi les préceptes fondateurs du droit du surendettement il faut admettre que le débiteur est en quelque sorte « victime » des crédits qui lui ont été octroyés. On considère qu'il s'est trop endetté. Son endettement résulte d'une dérive du système. Aussi, si l'on veut conserver notre système il faut en corriger les scories les plus visibles. Il faut trouver une solution pour ceux qui en sont les plus grandes victimes : celles que l'on dénomme les « victimes du système ». La bienveillance eut égard aux surendettés résulte par conséquent d'une forme de culpabilité du système. Puisqu'il s'agit d'un excès du système, il faut que celui-ci puisse en « gommer », « effacer » les excès. Le terme d'effacement est approprié en ce sens que le surendetté n'aurait jamais dû se trouver dans cette situation.

Ce sont les mêmes raisons qui président au choix opéré dans l'ordonnance du 12 mars 2014. Comme cela a été souligné pour justifier que ces débiteurs se voient déchargés de leurs dettes sans liquidation il est mis en avant la précarité dans laquelle ils se trouvent. Les rédacteurs de l'ordonnance ne se cachent d'ailleurs pas du décalque qu'ils ont opéré⁸.

⁷ F. Macorig-Venier, « L'effacement des dettes dans le droit du surendettement », Droit et Patrimoine 2009, n°184, p. 54.

⁸ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

2. Contenu identique.

Il reste à déterminer quel est le contenu de cette notion d'effacement. Doit-on considérer qu'il s'agit d'une forme d'extinction ? Si tel est le cas, sans doute aurait-il été plus sécurisant d'affirmer que ces créances sont éteintes plutôt qu'effacées. Le Professeur Macorig-Venier a pu suggérer que l'effacement, dans la mesure où il s'agit d'une mesure de faveur vis à vis du débiteur ne devrait profiter qu'à lui. Autrement dit il ne s'agirait pas d'une extinction mais d'une forme d'inopposabilité de la créance vis à vis du débiteur. Une telle proposition est séduisante. De la sorte l'effacement ne constituerait pas une exception inhérente à la dette invocable par les garants mais une exception purement personnelle au débiteur. Le créancier ne pourrait plus agir contre le débiteur mais pourrait actionner les garants. Il y aurait là une solution préservant en apparence le droit des sûretés⁹. Néanmoins si elle était retenue cela conduirait à anéantir totalement le bénéfice que pourrait tirer le débiteur de son rétablissement professionnel. En effet l'article L. 645-11 du code de commerce indique que l'effacement ne joue pas à l'égard des garants et coobligés. Par conséquent ce qu'il ne verse pas à son créancier du fait de l'effacement, il le versera à son garant qui aura été actionné après le rétablissement par le créancier. Si l'on considère que l'effacement de la dette est une exception inhérente à la dette, alors il faut admettre que la situation des garants est différente de celle qu'ils connaissent en matière de liquidation judiciaire.

Deux conséquences en découlent : -le rétablissement judiciaire n'est peut être pas qu'une liquidation judiciaire au rabais et offre peut être l'avantage au débiteur d'être définitivement à l'abri des dettes effacées.

-quant aux garants, dans la mesure où il s'agira souvent de proches du débiteur ne méritent-ils pas la même protection ? Il n'y a que lorsqu'ils ont payé avant effacement qu'ils conservent le droit de poursuivre le débiteur garanti. Ici, le législateur consent une exception nécessaire à l'effacement des dettes du débiteur. A défaut nul ne voudrait plus se porter garant pour un débiteur personne physique...

Cette approche est consacrée par la 2^{ème} chambre civile qui a considéré dans un arrêt du 27 février 2014¹⁰ rendu en matière de rétablissement personnel que l'effacement équivalait

⁹ F. Perochon, P. Roussel-Galle, « Table ronde entre liquidation, liquidation simplifiée et rétablissement professionnel », BJE, 2014, n°6, p. 403.

¹⁰ 2^{ème} civ. 27 févr. 2014, n°13-10891, Obs. F. Macorig, op. cit. ; F. Perochon « Comment en finir avec un canard sans tête ? », BJE 2014, n°4, p. 217 ; RTD civ. 2014, p. 370, obs. H. Barbier.

à l'extinction de la créance. La chambre commerciale par soucis de cohérence devrait faire de même. La discussion paraît être close.

L'effacement interdisant au créancier de récupérer son dû ne doit-on pas considérer qu'il y a atteinte au droit de propriété ? La Cour de cassation a refusé de l'admettre dans un arrêt de non renvoi d'une QPC rendu en matière de rétablissement personnel¹¹. Néanmoins qu'il soit permis d'en douter¹².

En somme l'effacement surtout assimilé à une extinction est une belle mesure de faveur eut égard au débiteur en rétablissement professionnel. Mais pour l'obtenir encore faut-il qu'il la mérite, et à cette fin qu'il soit de bonne foi.

B. La bonne foi.

La bonne foi constitue ensuite le deuxième point commun entre procédure de rétablissement professionnel et procédure de rétablissement. Pour autant, ici la bonne foi implique l'idée selon laquelle le débiteur doit mériter le rebond.

1. Notion

Bonne foi. On le sait la condition de bonne foi est importée de la procédure de surendettement. Dans ce cadre elle est exigée à tous les stades : au stade de l'ouverture puisque la situation de surendettement est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles¹³. Mais la bonne foi n'est pas seulement exigée au stade de la recevabilité. Elle est aussi une condition de fond pour l'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel¹⁴. Elle repose sur le même fondement. Pour voir ses dettes effacées, encore faut-il que le débiteur n'ait pas

¹¹ 2^{ème} civ. 19 décembre 2013, n°13-40.065, RPC mars 2014, comm. 46, S. Gjidara-Decaix ; LPA 28 avril 2014, n°84, p. 15, note T. Stefania.

¹² Les créanciers vendeurs de meubles auront tout intérêt à être titulaire d'une clause de réserve de propriété dans la mesure où l'arrêt du 27 février 2014 précité a considéré que l'effacement n'équivalant pas au paiement le créancier peut revendiquer. *Au risque de susciter une polémique il faut affirmer que cette solution est la seule cohérente eut égard au respect du droit de propriété.* Considérer le contraire en raison du caractère accessoire de la clause de réserve de propriété serait porter une très grave entorse au droit de propriété. La propriété est un *jus excluendi* et le créancier n'a accepté de transférer que pour autant qu'il serait payé. Son consentement au transfert est subordonné à ce seul événement. Tant qu'il n'est pas payé il ne consent pas au transfert de propriété. Forcer au transfert reviendrait à transférer sans son consentement, en bref à l'exproprier sans contrepartie ni motif légitime.

¹³ L. 330-1 Code de la consommation.

¹⁴ L. 331-7-3 Code de la consommation

cherché volontairement à se mettre dans cette situation au détriment de ses créanciers ou encore qu'il collabore de bonne volonté à la procédure. La bonne foi devrait être entendue de la même manière en matière de rétablissement professionnel.

Le rebond Tout spécifiquement en matière de rétablissement professionnel pour obtenir le rétablissement professionnel il ne suffit pas d'être un débiteur modeste, il faut mériter le rebond.

La prise en considération de cette finalité particulière que constitue le rebond permet de régler une difficulté. On comprend pourquoi l'ordonnance ne vise que les débiteurs en activité de L.640-2 du code de commerce et non les débiteurs ayant cessé leur activité (L. 640-3). Le rétablissement permet de bénéficier d'une procédure extrêmement courte pour pouvoir rebondir. Cette procédure s'appelle d'ailleurs le rétablissement « professionnel », il s'agit donc bien de rétablir professionnellement quelqu'un. A la retraite l'urgence est moindre pour résoudre la situation. Le débiteur ne devrait pas subir trop d'ombrage à être en liquidation judiciaire, d'autant que compte tenu de ses actifs sa procédure devrait être simplifiée et obligatoire et donc ne durer au maximum que 6 mois.

Pour mériter le rebond, il faut que l'on accorde confiance au débiteur et celle-ci sera indubitablement effritée s'il s'agit d'un « multirécidiviste ». C'est la raison pour laquelle il ne doit pas avoir fait l'objet d'une liquidation judiciaire avec clôture pour insuffisance d'actif ou d'une clôture de rétablissement professionnel dans les 5 dernières années (L 645-2 C. com.). Si tel est le cas, une liquidation judiciaire doit être ouverte. *Il ne faut pas que tomber dans l'excès d'assistanat. Un rétablissement trop facilement accordé pourrait inciter les entrepreneurs à l'imprudence.*

Surtout l'article L. 645-9 du code de commerce indique que le tribunal peut à tout moment sur rapport du juge-commissaire ouvrir la procédure de liquidation judiciaire s'il est établi que le débiteur qui a sollicité le rétablissement n'est pas de bonne foi.

Cette condition est d'autant plus nécessaire que faute de liquidation de ses biens il va rester à la tête de son patrimoine qui peut atteindre une valeur de 5000 euros. Si seuls étaient éligibles au rétablissement les débiteurs sans aucun actif cette condition de bonne foi ne serait pas nécessaire. Exclure les débiteurs sans actif de la liquidation judiciaire peut être justifié par

un simple bilan coût/avantage pour la collectivité. Il est inutile d'entamer une procédure de liquidation qui sera coûteuse alors même que nul n'en retirera aucun bénéfice. Peu importe alors, que les débiteurs méritent ou non cette procédure. *Peut-être est-ce la raison pour laquelle l'article L. 645-9 du code de commerce indique qu'en cas de mauvaise foi le tribunal « peut » prononcer une liquidation judiciaire. Quand bien même il y aurait mauvaise foi, si le débiteur n'a vraiment rien autant en terminer rapidement.* Au contraire, s'ils peuvent garder leurs biens et que rien n'est distribué aux créanciers leur sort doit être traité avec plus de circonspection. La condition de bonne foi s'impose alors.

Il importe de signaler que de subordonner le rétablissement professionnel à la bonne foi du débiteur c'est faire passer la procédure de liquidation judiciaire comme une procédure de sanction, puisque faute de bonne foi c'est cette dernière qui s'impose. Bref, c'est un peu le retour du bonnet vert en cas de faillite...

La bonne foi à laquelle il est fait référence à l'article L. 645-9 du code de commerce apparaît énigmatique¹⁵. Cet article énonce que le tribunal pourra prononcer la liquidation judiciaire en cas de mauvaise foi du débiteur ou encore si l'instruction fait apparaître des éléments susceptibles de donner lieu à des sanctions : responsabilité pour insuffisance d'actif, sanctions professionnelles, sanctions pénales. Dans le même sens la liquidation pourra être prononcée s'il apparaît des éléments susceptibles de donner lieu à penser que le débiteur a accompli des actes qui pourraient tomber sous le coup des nullités de la période suspecte. Ces trois hypothèses semblent couvrir l'essentiel des situations où l'on peut identifier une mauvaise foi du débiteur. Quelles autres situations seraient constitutives de mauvaise foi ?

La comparaison avec le surendettement est ici précieuse d'enseignements. Le débiteur sera tout simplement de mauvaise foi chaque fois qu'il ne mérite pas la clémence, soit parce qu'il a provoqué l'état dans lequel il se trouve, soit parce qu'il donne volontairement des indications erronées. En somme, on retrouve ici le contenu attribué à la bonne foi en matière de surendettement. Il faut donc que le débiteur soit de bonne foi en ce qu'il doit être considéré comme victime des aléas et d'autre part qu'il fasse preuve d'une bonne foi procédurale.

En matière de surendettement le débiteur qui voyant ses difficultés arriver continue d'avoir un train de vie dispendieux ou contracte un prêt pour s'acheter un véhicule automobile au prix extravagant ne mérite pas la bienveillance... Il en est de même en matière de

¹⁵ P. Pétel, « Entreprises en difficulté : encore une réforme ! », JCP E 2014, 1223, spéc. n°23.

rétablissement, s'il est démontré que le débiteur n'a pris aucune mesure pour limiter son endettement voir l'a aggravé sans raison, le tribunal devrait lui refuser le rétablissement.

Sur un plan procédural s'il apparaît que le débiteur dissimule ou ment il doit être déchu du rétablissement.

Pour autant en principe encore faudra-t-il prouver que le débiteur est de mauvaise foi. Conformément au droit commun le débiteur est présumé de bonne foi. En matière de surendettement il appartient au créancier ou au juge ouvrant une procédure de rétablissement personnel de renverser cette présomption¹⁶. Si la mauvaise foi n'est pas prouvée de manière circonstanciée le débiteur conserve son droit au rétablissement.

Les choses semblent différentes en matière de rétablissement professionnel. Bien entendu si la démonstration est faite qu'il y a mauvaise foi le tribunal ne devrait pas prononcer le rétablissement. Mais le tribunal devrait aussi le pouvoir dès lors qu'il existe des doutes quant à la bonne foi du débiteur quand bien même sa mauvaise foi ne serait pas véritablement démontrée.

C'est ici que l'on voit que si la bonne foi est une notion commune aux deux procédures elle n'est pas utilisée de manière identique. Bref l'instrument est le même, mais la musique est différente.

II Une musique différente.

Dans un second temps il importe de démontrer que le recours à des instruments identique ne conduit pas à jouer une musique identique selon que l'on se situe en rétablissement professionnel et personnel. La bonne foi n'y joue pas le même rôle. Dans la procédure de rétablissement professionnel, la vérification opérée est tellement superficielle qu'il faut tout d'abord admettre que le tribunal se prononce sur une apparence de bonne foi (A). Ce qui explique ensuite qu'à la différence du rétablissement personnel l'effacement prononcé soit très relatif (B).

A. L'apparence de bonne foi

¹⁶ Y. Picod, V. Valette-Ercole, « Surendettement des particuliers », Rep. Dalloz civ., n°27 et s.

Tout d'abord si la bonne foi est une notion commune elle est utilisée de manière différente dans les deux procédures. La procédure de rétablissement est trop légère pour que l'on puisse considérer que la véracité des dires du débiteur est vraiment vérifiée. La réalité de son actif pas plus que celle de son passif ne sont contrôlées (1). Le jugement de rétablissement repose essentiellement sur la seule foi accordée aux dires du débiteur. Tout doute sur la véracité de ces derniers devrait entraîner le prononcé de la liquidation judiciaire, puisqu'il y a dans ce cadre seulement la possibilité d'opérer des vérifications en bonne et due forme. Le tribunal ne prononce donc le rétablissement professionnel que sur une apparence de bonne foi (2).

1. Une procédure bien légère.

La procédure de rétablissement professionnel est tellement légère qu'elle a été surnommée « la procédure qui n'en est pas une »¹⁷.

D'abord, on peut douter que la décision d'ouverture constitue un véritable jugement. Certes le décret d'application évoque un jugement d'ouverture de la procédure de rétablissement¹⁸. Pour autant : -Le tribunal ne peut effectuer **aucune vérification** sérieuse lorsqu'il est saisi à cette fin. Faute de vérification juridictionnelle peut on parler de jugement ? Pour preuve toute la procédure qui suit n'a qu'une vocation : vérifier que les conditions que le tribunal était sensé vérifier sont réunies.

-puisque la procédure qui suit a pour objet de vérifier que les conditions sont réunies, cela signifie que la décision d'ouverture n'a aucune autorité...

Faute de vérification juridictionnelle et d'autorité de chose jugée, il est difficile de croire qu'il s'agit d'un jugement...

Une fois ce constat opéré il faut reconnaître que c'est donc l'enquête réalisée par le juge-commissaire et le mandataire judiciaire qui constitue le fondement sur lequel se base le tribunal lorsqu'il prononce le rétablissement et l'effacement des dettes. Deux promoteurs de cette procédure avaient insisté sur le fait que toute la légitimité de cette procédure reposait sur

¹⁷ F. Reille, « Une nouvelle procédure qui n'en n'est pas une : le rétablissement professionnel », RPC mars 2014, dossier 22.

¹⁸ R. 645-4 du code de commerce.

le sérieux de cette enquête et sur les vérifications approfondies du mandataire quant à la fortune du débiteur et aux circonstances dans lesquelles ses difficultés sont apparues¹⁹. Or en quatre mois sans dessaisissement il est difficile d'obtenir tous les renseignements idoines et ce tant quant à l'actif qu'au passif.

Quant à l'actif, il semble difficile dans ce délai de traquer l'existence de biens qu'aurait pu cacher le débiteur. Qui plus est, pour l'évaluation des biens il n'est prévu ni la désignation d'un inventariste, ni la réalisation d'une prise. Quant au passif il n'y a à proprement parlé pas de vérification. Le mandataire avertit les créanciers dont l'identité lui a été communiquée par le débiteur au moment de l'ouverture et les invite à lui communiquer dans le délai de deux mois le montant de leur créance. Et il n'y a rien de plus. Il faut donc admettre que c'est la déclaration de cessation des paiements en liquidation judiciaire qui « sert de fondement à l'information du juge »²⁰.

La procédure de rétablissement personnelle présente plus de garanties. Outre le fait que la commission de surendettement a déjà instruit le dossier, le juge peut même d'office faire publier un appel aux créanciers, vérifier la validité des créances, ordonner toute mesure d'instruction qu'il estime nécessaire²¹.

En somme en matière de rétablissement professionnel la procédure d'enquête ne permet pas de garantir que le patrimoine du débiteur correspond bien aux déclarations du débiteur. L'effacement n'est donc prononcé que sur la foi accordée aux déclarations du débiteur. Mais s'il existe un simple doute, compte tenu des conséquences, seule la liquidation judiciaire devrait être prononcée.

Tout doute quant à la véracité des éléments déclarés par ce dernier doit écarter la possibilité d'un effacement rapide et sans vérification idoine. Cela ne signifie pas que le débiteur est de mauvaise foi. Il n'est pas nécessaire de prouver sa mauvaise foi. Il suffit d'avoir un doute. Par conséquent le rétablissement n'est prononcé que sur une apparence de bonne foi. Dès que celle-ci est écornée, le rétablissement doit être écarté.

¹⁹ F.X. Lucas et M. Sénèchal, op. cit., n°4.

²⁰ M. Sénèchal, op. cit.

²¹ Y. Picod, V. Valette-Ercole, op. cit.

Il y a peut être là la solution à une difficulté soulevée par le texte. L'ordonnance n'indique rien pour l'hypothèse dans laquelle le débiteur a déclaré une créance et le créancier informé vient à communiquer une créance d'un montant différent. Dans ce cas, il existe un doute quant à l'exactitude des déclarations du débiteur. Dans la mesure où il n'est pas possible de faire trancher un juge sur ce point comme cela est le cas en matière de surendettement²², il faut alors ouvrir une liquidation judiciaire...

Ce mécanisme selon lequel le tribunal ne pourra prononcer le rétablissement professionnel qu'en présence d'une apparence de bonne foi est exploité par l'ordonnance elle-même. Pour mémoire aux termes de l'article L. 645-9 du code de commerce, le tribunal peut prononcer la liquidation judiciaire s'il y a des éléments qui pourraient laisser suspecter que le débiteur est passible de sanction pénales ou d'une action en responsabilité professionnelle ou encore a accompli des actes qui tomberaient sous le coup de nullités suspectes en cas de liquidation judiciaire. Dans ces hypothèses, il n'y a pas démonstration de mauvaise foi. Il n'existe qu'un simple doute de sa bonne foi²³...

En pratique sur quels éléments doit-on se baser ? Comment apprécier cette apparence de bonne foi ? Les professionnels vont faire confiance au débiteur présent dans la procédure, se rendant à chaque rendez-vous, collabore spontanément. Tous ces comportements permettent d'établir un lien de confiance.

Il faut déduire de tout cela que le jugement de rétablissement duquel découle l'effacement des dettes repose sur un fondement bien mince : la confiance faite au débiteur et de superficielles vérifications. Cela explique les raisons pour lesquelles l'effacement des dettes est beaucoup plus fragile, plus relatif qu'en matière de surendettement.

B. Un effacement relatif

²² Dans le cadre d'une procédure de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire, en cas de doute le juge d'instance peut toujours contrôler l'état du passif (L. 332-5-1 C. cons.).

²³ Puisque le débiteur n'est pas encore condamné pour insuffisance d'actif, ou pénalement il peut paraître très rude de le priver *ipso facto* du rebond qu'offre le rétablissement. Pour autant, il serait absurde de faire aboutir une procédure de rétablissement avec effacement des dettes, pour ensuite déclarer le débiteur en faillite personnelle et par conséquent autoriser une reprise générale des poursuites individuelles.

Si la bonne foi n'est pas utilisée de la même manière en matière de rétablissement professionnel et personnel, il en va de même ensuite à propos de l'effacement. Celui-ci n'est que relatif dans le cadre de la procédure de rétablissement professionnel. Non seulement parce que l'effacement est réversible : les dettes effacées peuvent réapparaître (1). Mais aussi parce que seules certaines dettes du débiteur sont effacées (2).

1. Un effacement réversible.

A la différence de l'effacement en matière de rétablissement personnel, en matière de rétablissement professionnel les dettes peuvent réapparaître.

Il y a là une véritable fausse note. En principe en vertu de l'autorité de chose jugée, ce qui est jugé est présumé comme irréfragablement vrai. Ici, le tribunal qui va clôturer atteste du fait que les conditions de l'effacement des dettes sont réunies. On ne devrait pas pouvoir revenir sur ce point en dehors de l'exercice des voies de recours.

Pourtant l'article L.645-12 indique que s'il apparaît après la clôture que le débiteur a obtenu le bénéfice de cette procédure par une description incomplète de son actif ou de son passif le tribunal, en cas de saisine du tribunal pour liquidation judiciaire, la date de cessation des paiements pourra être fixée jusqu'à 18 mois avant le jugement d'ouverture du rétablissement.

Cette décision va permettre aux créanciers dont la créance avait fait l'objet d'un effacement de recouvrer leurs droits.

Pourquoi le législateur n'ose-t-il pas donner force de vérité légale au jugement d'effacement ? Sans doute parce qu'il a pleinement conscience du caractère insuffisant des vérifications opérées.

Cette solution est opportune sur le plan de la protection des créanciers. On peut ainsi revenir sur un effacement non justifié parce qu'un actif avait été masqué alors qu'il aurait permis de désintéresser. Ou encore, il permet de rétablir une certaine égalité entre les créanciers si le débiteur a volontairement masqué un créancier pour le privilégier.

Sur le plan des principes en revanche, cela remet en cause la vérité de chose jugée attachée au jugement. L'autorité de chose jugée a une fin de pacification elle permet de

considérer comme définitivement réglé tous les conflits. Ici, compte tenu de la possibilité de remettre en cause l'effacement des dettes, on peut penser que le réflexe sera fréquent d'essayer de le remettre en cause en cas d'ouverture d'une procédure de liquidation ultérieure...

De tout cela, on peut se demander si cette procédure n'est pas plus administrative que judiciaire.

2. L'effacement de certaines dettes seulement

Dans la procédure de rétablissement personnel sans liquidation toutes les dettes au jour du jugement sont effacées même celles dont les créanciers n'ont pas été avisés pendant la procédure²⁴.

Dans la procédure de rétablissement professionnel -c'est un élément notoire de son dispositif- seules sont effacées les dettes qui ont été portées à la connaissance du juge-commissaire par le débiteur et qui ont été invités à communiquer les informations relatives à leurs créances. Toutes les créances dont les titulaires n'ont pas été avisés ne seront pas effacées.

Il en résulte un risque de fraude. On pourrait songer au débiteur qui n'indique pas l'existence d'un créancier pour favoriser ce dernier une fois le rétablissement prononcé... Certes il ne s'agit pas d'une procédure collective et l'égalité des créanciers ne constitue pas un objectif du rétablissement professionnel. Mais il est difficile d'admettre que le débiteur puisse de la sorte choisir les créanciers qui méritent paiement et ceux qui ne le méritent pas.

Au-delà de ce risque d'abus, il faut souligner l'ingéniosité du mécanisme. Il y a là la démonstration de la prise de conscience par le législateur de la légèreté de la procédure d'enquête. Comme le sérieux de la procédure repose sur la bonne foi, la participation active du débiteur, le risque de ne pas voir certaines dettes effacées le motivera sans doute à donner une liste exhaustive au mandataire...

A titre de conclusion, il faut noter que si le rétablissement professionnel est inspiré du droit de la consommation il est bien différent, tant par ses objectifs que par ses moyens. En somme pour reprendre la métaphore musicale, il ne s'agit pas de réinterpréter un morceau, il

²⁴ L. 332-5 C. cons. Le greffe fait en effet des mesures de publicité pour permettre aux créanciers qui n'auraient pas été avisés de faire tierce opposition.

s'agit avec les mêmes instruments de jouer un morceau d'un autre style. Il appartiendra alors aux praticiens de créer une musique la plus harmonieuse possible.