

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



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

**“Le traitement des dettes professionnelles des débiteurs surendettés
après la loi du 17 juin 2020 : du progrès, mais peut mieux faire”**

Par Francine Macorig-Venier, Professeure Université Toulouse 1 Capitole,
Directrice du Centre de droit des affaires (EA 780)

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

Le traitement des dettes professionnelles des débiteurs surendettés après la loi du 17 juin 2020 : du progrès, mais peut mieux faire

Par Francine Macorig-Venier, Professeure Université Toulouse 1 Capitole, Directrice du Centre de droit des affaires (EA 780)

Résumé : en étendant l'effacement des dettes résultant du rétablissement personnel sans liquidation ou de la clôture du rétablissement personnel avec liquidation, la loi du 17 juin 2020 unifie le sort des dettes professionnelles en cas d'effacement. La prise en compte de ces dettes demeure néanmoins imparfaite, leur existence étant toujours indifférente pour l'appréciation de la situation de surendettement.

La loi n° 2020-734 17 juin 2020, relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d'autres mesures urgentes ainsi qu'au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne contient de discrètes mais spectaculaires mesures au profit des débiteurs surendettés en situation irrémédiablement compromise ayant conduit à la recommandation d'un rétablissement sans liquidation par la commission de surendettement ou à l'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation¹. Au détour de son article 39, elle élargit significativement la portée de l'effacement des dettes emporté par le rétablissement personnel sans liquidation et par la clôture de la procédure du rétablissement personnel sans liquidation en visant les dettes professionnelles, lesquelles s'entendent des dettes « nées pour les besoins ou au titre d'une activité professionnelle »². L'élargissement de l'effacement des dettes aux dettes professionnelles par cette disposition constitue assurément une avancée notable dans le traitement de ces dettes, a priori « résiduelles » (I). Il n'en demeure pas moins que les débiteurs concernés peuvent déplorer encore l'absence de prise en compte de ces mêmes dettes au stade de l'ouverture de la procédure de surendettement (II)

I- Traitement des dettes professionnelles des débiteurs surendettés : une avancée notable

La loi du 17 juin 2020 met fin à la disparité du champ d'application des mesures d'effacement des dettes. Progressivement introduit dans le droit du surendettement³, l'effacement des dettes n'était pas doté de la même portée jusque-là.

Il est en effet à noter qu'un effacement partiel des dettes pouvait et peut toujours être imposé par la commission de surendettement à la demande du débiteur par une décision spéciale et motivée sur le fondement de l'article L. 733-4 2° du code de la consommation (anciennement article L. 331-7-1), en complément des mesures de l'article L. 733-1 (plus exactement cet effacement partiel est selon cette disposition « combiné avec les mesures mentionnées à l'article L. 733-1 du code de la consommation »). Or, ce texte n'apporte aucune restriction particulière s'agissant des dettes professionnelles, les seules restrictions applicables procédant des dispositions générales de l'article L. 711-4 (anciennement L. 333-1) excluant de toute remise, de tout rééchelonnement ou effacement, les dettes alimentaires, les réparations pécuniaires allouées aux victimes dans le cadre d'une condamnation pénale, les dettes ayant pour origine des manœuvres frauduleuses commises au préjudice des

¹ F-X Lucas, Nouveaux bouleversements du droit de la faillite, LEDEN juill. 2020, n° 113m8, p. 1 ; H. Claret, Modifications du Code de la consommation par la loi n° 2020-734 du 17 juin 2020 relative à diverses dispositions liées à la crise sanitaire, à d'autres mesures urgentes ainsi qu'au retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne, Contrats Concurrence Consommation n° 8-9, Août 2020, alerte 22.

² Cass. civ.2, 8 avr. 2004, n° 03-04013, PB : RDC 2004, 953, M. Bruschi ; Contrats, conc. consom. 2004, n° 166, G. Raymond ; RTD com. 2004, p. 820, G. Paisant

³ F. Macorig-Venier, L'effacement des dettes dans le droit du surendettement, Droit et Patrimoine 2009, n°184, p. 54

organismes de protection sociale, le tout sauf accord du créancier, ainsi que les amendes prononcées dans le cadre d'une condamnation pénale et ce, pour ces dernières, sans possibilité de dérogation. Faute d'exclusion particulière s'agissant des dettes professionnelles, la Cour de cassation a admis qu'elles pouvaient faire l'objet des différentes mesures de traitement du surendettement prévues alors par les articles L. 331-7 et L. 331-7-1, notamment de la mesure d'effacement partiel⁴. La décision avait été rendue au détriment de la CARPIMKO (Caisse autonome et de prévoyance des infirmiers, masseurs-kinésithérapeutes, pédicures-podologues, orthophonistes et orthoptistes), à propos des cotisations sociales dont était redevable à son égard le débiteur.

En matière de rétablissement personnel, au contraire, l'effacement des dettes, qui, il est vrai, est alors total⁵, sous réserve des restrictions générales précédemment énoncées, avait été limité aux seules dettes non professionnelles. Aucune exception n'avait été posée à l'origine. En 2008, la loi de modernisation de l'économie introduisit une exception concernant « la dette résultant de l'engagement que le débiteur a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société »⁶. L'engagement ainsi donné par le débiteur dirigeant de société était assurément de nature professionnelle, mais des discussions existaient lorsque le débiteur était simplement associé ou conjoint. La formulation choisie permettait d'éviter toute discussion quant à la nature professionnelle de leur engagement. Il en serait allé différemment si la question avait été soulevée à propos d'une garantie autonome ou d'une lettre d'intention souscrite par un débiteur conjoint ou associé. Tel ne sera plus le cas désormais.

Depuis le 19 juin 2020, date d'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2020, selon l'article L. 741-2 du code de la consommation, « en l'absence de contestation dans les conditions prévues à l'article L. 741-4, le rétablissement personnel sans liquidation judiciaire entraîne l'effacement de toutes les dettes, *professionnelles et non professionnelles*, du débiteur, arrêtées à la date de la décision de la commission, à l'exception des dettes mentionnées aux articles L. 711-4 et L. 711-5 et des dettes dont le montant a été payé au lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé, personnes physiques ». De manière identique l'article L. 742-22 dispose : « La clôture entraîne l'effacement de toutes les dettes, *professionnelles et non professionnelles*, du débiteur, arrêtées à la date du jugement d'ouverture, à l'exception de celles dont le montant a été payé en lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé, personnes physiques ». Les alinéas 2 de ces dispositions qui prévoyaient distinctement l'effacement de la dette résultant de l'engagement que le débiteur a pris de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société ont été supprimés.

Bien qu'introduite par la loi du 17 juin dans un contexte de crise sanitaire, la mesure d'effacement des dettes professionnelles contenue à l'article 39 ne constitue pas une mesure provisoire. Son champ d'application, contrairement à d'autres mesures adoptées dans le même contexte, n'est nullement limité dans le temps, ni à la période d'urgence sanitaire qui s'est achevée le 23 août, ni à une certaine durée de temps. Pour autant, la prise en compte des dettes professionnelles dans le droit du surendettement demeure partielle.

II- Prise en compte des dettes professionnelles : des limites et des progrès à réaliser

Au stade « final » de la procédure le régime des dettes professionnelles est désormais unifié. Les dettes professionnelles peuvent être effacées de manière semblable tant en matière de surendettement que de rétablissement personnel ; elles peuvent également être traitées

⁴ Cass. Civ.2 21 déc. 2006, n° 05-20980, PB : D. 2007, p. 370 C. Rondey ; RTDCom 2007, p. 615, G. Paisant ; RDBF 2207, n°120 (1ère espèce), S. Piédelièvre ; Revue Droit et Patrimoine juin 2007, p. 92, F. Macorig-Venier.

⁵ Sur la notion floue et discutée d'effacement partiel cf ; F. Macorig-Venier, L'effacement des dettes dans le droit du surendettement, précit.

⁶ L'hypothèse est à distinguer d'une autre exception à l'effacement posée au profit des cautions et coéditeurs solidaires ayant payé des dettes du débiteur, exception limitée dans un second temps aux seules personnes physiques.

par le plan de surendettement, ainsi que l'a admis de longue date la jurisprudence⁷. Il s'agit là d'un progrès véritable, car est ainsi permis un traitement d'ensemble du passif du débiteur. Cette situation tranche toutefois avec celle qui demeure applicable à l'ouverture de la procédure de surendettement pour la caractérisation de l'état de surendettement. Les dettes professionnelles du débiteur ne sont en effet prises en compte qu'à titre exceptionnel pour apprécier son éventuelle situation de surendettement.

L'éligibilité au droit du surendettement suppose non seulement que le débiteur ne soit pas éligible de par sa qualité au livre VI du code de commerce, c'est-à-dire qu'il n'exerce aucune activité commerciale, artisanale, agricole ou toute autre activité civile à titre professionnel et indépendant (au sens du livre VI du Code de commerce), mais également qu'il justifie au moins d'une situation de surendettement. Celle-ci s'apprécie en principe au regard des seules dettes non professionnelles du débiteur. Pour les particuliers ne relevant pas des procédures du livre VI du code de commerce, l'existence de dettes professionnelles pouvait certes paraître quelque peu surprenante/ anecdotique. Pourtant, elle s'observe dans différentes situations. Le législateur a bien été sensible à certaines d'entre elles, mais pour l'heure, il ne permet pas de toutes les englober, laissant ainsi un véritable angle mort dans le droit de la défaillance économique.

Tandis qu'à l'origine seules les dettes non professionnelles permettaient de caractériser une situation de surendettement, depuis la loi initiative économique de 2003, sont également visés certains engagements, souvent, mais pas toujours⁸, qualifiés de professionnels. Il s'agit des engagements de cautionner ou d'acquitter en tant que codébiteur solidaire la dette d'une société ou d'un entrepreneur individuel. En 2003, le législateur avait toutefois exclu les engagements consentis par le débiteur dirigeant de droit ou de fait de la société cautionnée, alors qu'il s'agissait indiscutablement d'engagements professionnels, préférant réserver la mesure de faveur aux associés ou encore au conjoint. Cette exclusion a été supprimée ensuite par la LME du 4 août 2008. L'article L. 711-1 du code de la consommation dispose en son alinéa 3 : « l'impossibilité de faire face à un engagement de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société caractérise également une situation de surendettement ».

Pour autant, d'autres dettes professionnelles de ces dirigeants ou d'autres débiteurs relevant du droit du surendettement existent. Les débiteurs dirigeants sont en effet tenus d'autres dettes professionnelles, étant sur le plan fiscal et social considérés comme exerçant une activité commerciale, tandis que selon la jurisprudence de la chambre commerciale, ils n'exercent pas une activité indépendante au sens du livre VI du code de commerce⁹. Si ces dettes fiscales et sociales sont plus importantes que les dettes non professionnelles du dirigeant, l'ouverture de la procédure de surendettement ou de rétablissement personnel est exclue. Il en va de même en cas de condamnation du dirigeant à combler l'insuffisance d'actif de la société, cette dette ayant un caractère professionnel¹⁰.

Le même raisonnement est appliqué aux associés de SCP et de sociétés d'exercice libéral¹¹.

⁷ Cass. Civ1., 2 déc. 1992, n° 91-04158, PB ; RTD com. 1993, p. 173, G. Paisant

⁸ Voir précisément à propos d'un cautionnement mais également d'un emprunt souscrit par un conjoint pour l'acquisition d'un fonds de commerce exploité par l'autre : Cass. 2e civ., 4 juin 2020, n° 19-13.734, F-D, Act. Proc. Coll. 2020/13, alerte 176, F. Petit.

⁹ A propos des gérants de SARL : Cass. Civ2, 21 janv. 2010, n° 08-19984, PB : D. 2010, p. 321, A. Lienhard ; Contrats, conc. consom. mai 2010, comm. 142, G. Raymond ; JCP E 2010, 1296, n° 2, Ph. Pétel ; JCP E 2010, 1357, Ch. Lebel ; Dr. et patrimoine 2010, n°196, p. 93, F. Macorig-Venier. – Cass.com., 26 mai 2010, n° 09-10.178, D : Dr. et patrimoine 2010, n° 196, p. 93, F. Macorig-Venier. La même solution est applicable au gérant d'EURL (Cass. 2e civ., 13 oct. 2016, n° 15-24301, PB) ou d'EARL (Cass. com., 3 oct. 2018, n° 17-17812, D.)

¹⁰ Cass. Civ.2, 12 avr. 2012, n° 11-10228, PB.

¹¹ Cass. com., 9 févr. 2010, n° 08-15.191, 08-17.144 et 08-17.670 PB : JCP E 2010, 1267, A. Cérati-Gauthier et 1296, Ph. Pétel Dr. et patrimoine 2010, n° 196, p. 83, obs. M.-H. Monsérié-Bon ; JCP

Or, si la présence de ces dettes professionnelles, souvent nombreuses et d'un montant élevé, n'exclut pas par principe les débiteurs qui en sont tenus des procédures du livre VII du code de la consommation, ainsi que l'a rappelé la jurisprudence¹², elles ne peuvent être appréhendées pour apprécier leur situation de surendettement, ce qui *de facto* les prive souvent du bénéfice de toute procédure de traitement de leur passif. Cette situation regrettable a déjà été dénoncée¹³ et il est permis de déplorer que le législateur ne se soit pas emparé de cette question malgré les diverses réformes opérées tant en droit des entreprises en difficulté qu'en droit du surendettement. N'y a-t-il au demeurant pas là une rupture d'égalité susceptible d'être soulevée devant la Cour européenne des droits de l'homme?

G 2010, act. 220, obs. J.-J. Barbière ; Cass. civ.2, 1er juin 2017, n° 16-17.077, P : RD bancaire et fin. 2017, n° 174, S. Piedelièvre ; Rev. proc. coll. 2017, n° 94, S. Gjidara-Decaix ; ibid. 2018, n° 16, B. Saintourens

¹² Voir récemment en ce sens : Cass. civ.2, 6 juin 2019, n° 18-17158, D : Gaz. Pal. 1^{er} oct. 2019, n° 359t5, p. 28, E. Mouial-Bassilana

¹³ Voir notamment P. Ganoli et K Sallhi, La répartition des procédures de surendettement et des procédures collectives d'entreprises, Rev. Proc. Coll. 2009/, p. 16 ; N. Borga, Livre VI du Code de commerce et surendettement des particuliers, concurrence ou complémentarité ?, BJE 2012 n° 5, p. 316 ; C. Regnaut-Moutier et J. Vallansan, Le périmètre d'application des procédures collectives : la répartition entre la procédure commerciale et la procédure consumériste, Rev. proc. coll. 2011, dossier 2.