

**TOULOUSE
CAPITOLE**
Publications



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

LES CHOIX FRANÇAIS POUR FAVORISER LE REBOND DU DÉBITEUR

FRANCINE MACORIG-VENIER, BARBARA FRELETEAU

Référence de publication : La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 49, 9 Décembre 2021, 1533

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

LES CHOIX FRANÇAIS POUR FAVORISER LE REBOND DU DÉBITEUR

La directive Restructuration et insolvabilité a ouvert dans le domaine du rebond du débiteur le champ des possibles. À l'occasion de la transposition de la directive par l'ordonnance du 15 septembre dernier, quels choix français ont été faits pour favoriser le rebond du débiteur ?

1. - Le rebond du débiteur constitue un troisième axe de la directive Restructuration et insolvabilité (Titre III Remise des dettes et déchéances) en dépit d'une orientation prioritairement en faveur des créanciers. Le souci du rebond est exprimé dès le considérant 1 : « *L'objectif de la présente directive est de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur et de lever les obstacles à l'exercice des libertés fondamentales, comme la libre circulation des capitaux et la liberté d'établissement [...] la directive vise à lever de tels obstacles en garantissant que les entreprises viables et les entrepreneurs en difficulté financière ont accès à des cadres de restructuration préventive efficaces au niveau national, qui leur permettent de poursuivre leurs activités ; que les entrepreneurs honnêtes insolvable ou surendettés peuvent bénéficier d'une [...] seconde chance* »^{Note 1}. Les arrière-pensées sont claires : le rebond sert le bon fonctionnement du marché et, compte tenu des disparités constatées à l'échelon européen en la matière, une intervention était nécessaire^{Note 2}.

2. - La seconde chance visée par les textes vise à ouvrir à l'entrepreneur, débiteur personne physique honnête, des perspectives de redémarrage d'une activité entrepreneuriale en lui permettant d'être libéré du poids du passé, c'est-à-dire essentiellement du passif impayé.

3. - L'idée du rebond est présente dans le droit des entreprises en difficulté dès son apparition. La loi du 25 janvier 1985, en son article 169, posait le principe de la paralysie du droit de poursuite des créanciers après clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif. Inspirée du droit nord-américain (*discharge*) et de son approche décomplexée de l'échec entrepreneurial, la mesure fut fustigée comme valant reconnaissance d'un droit de ne pas payer ses dettes. Elle a néanmoins survécu à de nombreuses réformes, seules les exceptions posées ayant été modifiées, et pas toujours dans un sens plus restrictif. En 2014, le droit français a franchi un pas supplémentaire en faveur du rebond des personnes

physiques en instaurant la procédure de rétablissement professionnel conduisant à l'effacement de ses dettes. Toutefois, les nombreuses conditions posées ont contribué à restreindre l'application de cette procédure, par ailleurs peu connue des intéressés eux-mêmes. Pour autant, le droit français a fait figure de pionnier en la matière lors de la rédaction de la directive.

4. - La directive a de nouveau ouvert dans ce domaine le champ des possibles, si bien que l'on pouvait s'interroger sur les choix qui seraient effectués par l'ordonnance de transposition. En dépit des possibilités offertes et d'un rééquilibrage opéré au moment de la rédaction finale de l'ordonnance en faveur des débiteurs et garants personnes physiques, notamment en raison du changement de contexte économique depuis l'adoption de la directive^{Note 3}, les choix français en faveur du rebond tels qu'ils résultent de l'ordonnance du 15 septembre dernier s'avèrent limités. La compatibilité du droit français suffisait, il est vrai, à répondre aux exigences minimales. Peut-être a-t-on souhaité restreindre les modifications apportées à notre droit dans ce seul texte, tant les innovations qu'il recèle sont profondes et a-t-on remis à plus tard des changements en faveur d'un rebond plus large.

5. - Nous verrons ainsi que si l'intervention est limitée en raison de la compatibilité du droit français avec la directive, elle demeure en deçà des perspectives offertes par celle-ci.

1. Une intervention limitée en raison de la compatibilité du droit français avec la directive en matière de « rebond »

6. - Il importe de préciser en quoi le droit français était compatible avec la directive pour permettre le rebond, avant d'exposer les rares mesures adoptées dans l'ordonnance en faveur du rebond.

A. - La compatibilité du droit français avec la directive

7. - Le droit français apparaissait compatible avec la remise totale au sens de la directive. L'accès à une seule procédure pouvant conduire à une remise totale de dettes suffisait selon la directive^{Note 4}. *Apriori* le rétablissement professionnel paraît correspondre le mieux à cette procédure, dès lors qu'il permet l'effacement des dettes - mesure (originale) d'extinction des dettes selon la Cour de cassation^{Note 5}. Il est à noter cependant que la simple paralysie du droit de poursuite, telle qu'elle résulte en principe de la clôture pour insuffisance d'actif de la procédure de liquidation judiciaire est également compatible avec la notion

de remise au sens de la directive. Selon la définition donnée par l'article 2, 1, 10, la remise peut concerner l'hypothèse où l'exécution forcée est exclue ou celle dans laquelle des dettes sont annulées dans une procédure pouvant comprendre une réalisation d'actifs ou un plan de remboursement. Quant au caractère total de la remise au sens de la directive, il n'était pas au droit français sa compatibilité avec la directive. En effet, la directive admettait que soient prévues des dérogations^{Note 6}, notamment lorsque le débiteur est malhonnête ou a agi de mauvaise foi ou pour certaines dettes.

8. - En revanche, au regard du délai de remise prévu par la directive, la compatibilité du droit français semblait plus restreinte. La directive prévoyait une remise à l'issue d'un délai de 3 ans à compter de la date d'ouverture de la procédure ou de l'établissement du passif ou de la date de la décision arrêtant un plan^{Note 7}. Une fois encore, seul le rétablissement professionnel, d'une durée fixe de 4 mois, paraissait *a priori* conforme. Pour autant, la liquidation judiciaire n'était pas complètement à exclure, sa version « simplifiée » pouvant s'inscrire dans le cadre établi par la directive, dès lors que la clôture pour insuffisance d'actif obéissait aux mêmes règles, s'agissant des effets produits, que la liquidation judiciaire « ordinaire ». Contrairement à celle-ci, dont la durée n'est pas limitée^{Note 8}, la liquidation judiciaire simplifiée doit être clôturée au plus tard 1 an après l'ouverture de la procédure, sous réserve d'une prorogation de 3 mois. Pour les entreprises les plus petites, comptant au plus un salarié et dont le chiffre d'affaires hors taxe est inférieur ou égal à 300 000 €, la clôture doit intervenir dans les 6 mois, sous réserve d'une prorogation de 3 mois. La durée est ainsi bien inférieure aux 3 ans prévus par la directive et la liquidation judiciaire simplifiée est donc parfaitement compatible avec celle-ci.

9. - C'est donc sur le rétablissement professionnel et la liquidation judiciaire simplifiée que s'appuyait la conformité du droit français à la directive, avant même toute transposition. Néanmoins, quelques mesures ont été adoptées par les rédacteurs de l'ordonnance du 15 septembre 2021 de nature à élargir quelque peu les perspectives de seconde chance.

B. - Un accès facilité aux procédures permettant le rebond

10. - Les mesures de l'ordonnance facilitent l'accès aux deux procédures qui permettent le rebond au sens de la directive.

11. - Rétablissement professionnel. - S'agissant du rétablissement professionnel, l'ouverture de cette procédure judiciaire non collective a été subordonnée à de nombreuses conditions en raison des réticences qu'elle suscitait. Elles ont toutefois été assouplies au fil des réformes, assouplissement qui se confirme avec l'ordonnance du 15 septembre dernier. Parmi ces conditions, le seuil maximal de la valeur des actifs, initialement de 5 000 €, est désormais de manière définitive fixé à 15 000 € (*C. com., art. R. 645-1*)^{Note 9}. Cette mesure avait été adoptée par l'ordonnance du 20 mai 2020^{Note 10} et prolongée par la loi ASAP^{Note 11} jusqu'au 31 décembre 2021. L'ordonnance du 15 septembre a pris le relais, mettant fin à l'application de l'article 6 de l'ordonnance du 20 mai 2020 à compter du 1er octobre. Par ailleurs, en réponse aux vœux de la doctrine et compte tenu d'un contentieux naissant à cet égard, il est désormais précisé que les biens légalement insaisissables - ce qui est notamment le cas de la résidence principale du débiteur personne physique - ne sont pas pris en compte pour déterminer le seuil de 15 000 €. Une véritable aubaine, alors que la dette d'emprunt a vocation à être effacée à l'issue de la procédure...

12. - Liquidation judiciaire simplifiée. - Quant à la liquidation judiciaire simplifiée, l'absence d'actif immobilier est pour les personnes physiques la seule condition désormais requise pour son application. L'article L. 641-2, alinéa 1er est complété en ce sens. Pour les personnes morales, les exigences de seuils sont maintenues^{Note 12}. L'ordonnance pérennise ainsi également une mesure mise en place dans le contexte de la crise sanitaire par l'ordonnance du 22 mai 2020. N'est en revanche pas reprise la possibilité qu'avait prévue cette ordonnance de ne pas faire application des mesures dérogatoires mises en place pour la liquidation judiciaire simplifiée lorsque le nombre de salariés au cours des 6 mois précédant l'ouverture de la procédure est supérieur à 5. Un regret peut ici être exprimé s'agissant de l'absence de précisions relatives à l'incidence de l'insaisissabilité de la résidence principale du débiteur. Les débiteurs pourraient ainsi plus facilement accéder au rétablissement professionnel qu'à la liquidation judiciaire simplifiée. D'autres regrets peuvent encore être formulés car l'intervention du législateur français aurait pu prendre une autre tournure.

2. Une intervention en deçà des perspectives offertes par la directive

13. - Contrairement à ce qu'autorisait la directive, sur la base de critères parfois très évasifs, le législateur n'a pas intégré de nouvelles dispositions refusant ou restreignant l'accès à la remise de dettes^{Note 13}. Cela montre, de façon implicite, sa volonté d'asseoir et renforcer le droit au rebond. Pour autant, ce renforcement reste à relativiser. En effet, l'intervention du législateur est en deçà des perspectives offertes par la directive. Il est possible de regretter la persistance d'imprécisions relatives aux mesures existantes.

De plus, le législateur a certainement manqué quelque peu d'ambition, à l'occasion de la transposition de la directive.

A. - Un manque de précision

14. - L'occasion, pour le législateur français, d'apporter des précisions aux mesures déjà mises en place n'a pas été saisie.

15. - D'abord, la transposition de la directive était l'occasion, pour le législateur français, de clarifier le champ des dettes exclues de la remise. L'article 23, 4 de la directive prévoyait la possibilité pour les États membres d'exclure des classes spécifiques de créances, parmi lesquelles, les dettes garanties ou encore les dettes issues d'une responsabilité délictuelle. Or, d'une part, le législateur ne règle pas la question du sort de la caution personne physique. Deux voies étaient envisageables. Soit l'objectif du législateur est la préservation de l'intérêt du cautionnement pour le créancier, dans l'hypothèse où le débiteur fait l'objet d'une mesure légale ou judiciaire en raison de sa défaillance, auquel cas, l'effacement des dettes ne saurait profiter à la caution... (le nouvel article 2298, alinéa 2 du Code civil prévoit justement que « *la caution ne peut se prévaloir des mesures légales ou judiciaires dont bénéficie le débiteur en conséquence de sa défaillance* »^{Note 14}). Mais alors, la caution serait sans recours contre le débiteur après paiement et devrait donc supporter le poids définitif de la dette, sauf à réduire considérablement la portée du rebond. Soit l'objectif du législateur est d'accorder une « *grâce* » aux personnes physiques ayant réalisé de mauvaises affaires et de donner à l'individu une chance de « *se refaire* », auquel cas, cette clémence devrait également bénéficier à la caution personne physique. Cela n'est pas définitivement empêché par le nouvel article 2298, alinéa 2 du Code civil car il laisse place à une « *disposition spéciale contraire* ». Il est donc regrettable que le législateur n'ait pas exprimé son choix face à cette alternative. D'autre part, le législateur garde le silence au sujet des dettes issues d'une responsabilité délictuelle. L'exclusion de la dette de réparation semble aller de soi lorsque la faute n'est pas liée à l'activité professionnelle puisque le droit au rebond ne saurait prévaloir sur le devoir de réparation du préjudice causé à autrui. La question est plus épineuse lorsque la dette de responsabilité civile est issue d'un manquement à un devoir professionnel : le pardon doit-il s'étendre à ce type de dette ou l'origine délictuelle de la dette commande-t-elle que le débiteur n'en soit pas libéré ? Sur ce point encore, le silence du législateur est regrettable.

16. - Ensuite, la transposition de la directive était l'occasion de venir préciser le délai de la levée des déchéances professionnelles. Dans son article 22, la directive imposait aux États membres de veiller à ce que toute déchéance du droit d'accéder à une activité professionnelle, ou de l'exercer, prononcée en raison de l'insolvabilité de l'entrepreneur, prenne fin au plus tard à l'expiration du délai de remise de dettes ; délai lui-même fixé à 3 ans maximum à l'article 21 de la directive. Il est impossible de ne pas relever un fort décalage entre la nature prolix de la directive sur ce point et le silence du droit français. En effet, la seule chose précisée par le décret du 23 septembre 2021 en matière de faillite personnelle et d'interdiction de gérer est que l'acte de notification du jugement doit aiguiller le débiteur sur la procédure à suivre pour obtenir le relèvement de ces sanctions. Cela mis à part, rien n'est dit, dans la réforme, sur la date de fin de la déchéance. Or, une telle précision méritait sans doute d'être apportée par le législateur, tant dans le cadre du rétablissement professionnel, que dans celui de la liquidation judiciaire simplifiée et de la liquidation judiciaire non simplifiée.

17. - De ce fait on peut redouter un autre décalage, dans la pratique, entre l'objectif général poursuivi par le législateur, d'un côté, (la fin du dessaisissement et la purge des sanctions à court terme) et, d'un autre, la réalité pratique de la situation de l'entrepreneur insolvable en liquidation judiciaire, procédure qui fait toujours, statistiquement, l'objet du plus grand nombre d'ouvertures. Cette procédure implique un dessaisissement et sa durée, non limitée dans le temps, est souvent très longue en présence d'actifs immobiliers. Or, concrètement, le dessaisissement du débiteur l'empêche d'exercer pendant toute la durée de la procédure une activité indépendante. La limitation de la durée de la déchéance à 3 ans est, dans ce cadre, pure chimère. Ces remarques conduisent à énoncer un autre regret général face à la réforme, quant au droit au rebond, à savoir celui du manque d'ambition du législateur, qui, sur la base du texte européen, pouvait aller beaucoup plus loin.

B. - Un manque d'ambition

18. - Le manque d'ambition de la réforme se révèle à deux égards.

19. - D'abord, l'article 20, 1 de la directive imposant l'accès à au moins une procédure pouvant conduire à une remise de dettes totale, les États membres pouvaient aller au-delà si nécessaire. Plus précisément, la directive permettait deux innovations. *A maxima*, et au sens de l'article 21, 1, a), il semblait possible de créer une procédure de remise de dettes totale à l'issue d'un plan de remboursement, c'est-à-

dire dans le cadre d'une sauvegarde ou d'un redressement judiciaire, en faisant courir le délai de 3 ans à compter de la date de validation du plan ou de la date de commencement du plan. Ainsi, au sens de la directive, la remise totale de dettes ne semblait pas incompatible avec un remboursement partiel des dettes. Même si la directive n'imposait pas une telle mesure au législateur français, elle lui en laissait la possibilité, à condition que le remboursement partiel, auquel la remise totale des dettes était subordonnée, soit à la fois proportionnée aux revenus et actifs disponibles ou saisissables du débiteur et tienne compte de l'intérêt en équité des créanciers. *A minima*, l'article 21, 3 de la directive autorisait les États membres de dissocier, dans le cadre d'une liquidation judiciaire, le sort du débiteur personne physique de celui de la procédure en admettant un effacement de ses dettes en 3 ans, malgré la poursuite de la procédure^{Note 15}. Une telle dissociation du sort de la personne du débiteur et du cours de la procédure aurait, certes, constitué une mesure très audacieuse mais tout à fait propre à être intégrée en droit français. Cela aurait permis de pallier la difficulté déjà énoncée du respect de la durée maximum de la sanction professionnelle dans le cadre d'une liquidation judiciaire non simplifiée.

20. - Ensuite, la réforme a manqué d'ambition quant aux potentiels bénéficiaires du droit au rebond. En effet, dans son article 1, 4, la directive autorisait les États membres à étendre l'application des procédures permettant une remise des dettes contractées par des entrepreneurs insolvable aux personnes physiques insolvables qui ne sont pas des entrepreneurs. Il s'agissait ainsi de permettre un meilleur traitement des dirigeants et associés personnes physiques en leur ouvrant également un droit au rebond. Or, rien n'est prévu au sujet de la personne physique non-entrepreneur dans l'ordonnance du 15 septembre 2021.

21. - Pour autant, un projet de loi en faveur de l'activité professionnelle indépendante a été enregistré à la présidence du Sénat le 29 septembre 2021 et est en cours de discussion. Ce projet envisage de modifier les articles L. 711-1 et L. 711-2 du Code de la consommation, en élargissant les conditions d'ouverture des mesures de traitement des situations de surendettement en prenant en compte les dettes professionnelles du débiteur, personne physique, surendetté. Cette modification s'inscrirait dans le mouvement de la loi du 17 juin 2020^{Note 16} qui permet, depuis le 19 juin 2020, l'effacement de toutes les dettes, professionnelles et non professionnelles du débiteur, dans le cadre d'un rétablissement personnel avec ou sans liquidation judiciaire. Néanmoins, ces interventions éparses posent au moins deux difficultés : d'abord, un problème de lisibilité du droit positif en matière de rebond, et, ensuite, un problème d'articulation entre les différentes procédures^{Note}

Note 1 PE et Cons. UE, dir. (UE) 2019/1023, 20 juin 2019, cons. 1, relative aux cadres de restructuration préventive, à la remise de dettes et aux déchéances, et aux mesures à prendre pour augmenter l'efficacité des procédures en matière de restructuration, d'insolvabilité et de remise de dettes, et modifiant la directive (UE) 2017/1132 : JOUE n° L 172, 26 juin 2019, p. 18 ; JCP E 2019, act. 451 ; JCP E 2019, act. 493. - V. aussi, JCP E 2020, 1075 et s., La directive du 20 juin 2019 sur la restructuration et l'insolvabilité. - Quel contenu pour quelle transposition en droit français.

Note 2 B. Freleteau-Chaibrassou, F. Macorig-Venier, et L. Sautonie-Laguionie, Le droit au rebond du débiteur après la directive du 20 juin 2019 : quelles règles pour quelle réalité ? : JCP E 2020, 1078.

Note 3 P. Rossi, Entretien Réformes des sûretés et des procédures collectives : « C'est de l'horlogerie » : Dict. Perm. Diff. Entr., Veille permanente, 17 sept. 2021.

Note 4 PE et Cons. UE, dir. (UE) 2019/1023, 20 juin 2019, préc., art. 20, 1.

Note 5 V. Cass. 2e civ., 27 févr. 2014, n° 13-10.891, PB. - Adde F. Macorig-Venier, La résistance de la réserve de la propriété à l'effacement des dettes : BJE juill. 2014, n° 111j9, p. 245. - T. Stefania, L'effacement des dettes : une cause d'extinction des obligations sans paiement n'opérant aucun transfert de propriété : LPA 19 mai 2014, n° PA201409903, p. 7.

Note 6 PE et Cons. UE, dir. (UE) 2019/1023, 20 juin 2019, préc., cons. 78.

Note 7 PE et Cons. UE, dir. (UE) 2019/1023, 20 juin 2019, préc., art. 21.

Note 8 La seule contrainte légale en la matière consiste à imposer au tribunal ouvrant ou prononçant la liquidation judiciaire de fixer un délai au terme duquel l'examen de la clôture de la procédure devra être opéré, tout en précisant que ce délai pourra être prorogé (C. com., art. L. 643-9, al. 1er). Le même texte prévoit qu'à l'expiration d'un délai de deux ans à compter du jugement de liquidation, tout créancier peut demander la clôture, cette faculté étant offerte à tout moment au liquidateur, au débiteur ou au ministère public (C. com., art. L. 643-9, al. 4).

Note 9 D. n° 2021-1218, 23 sept. 2021, art. 44 : JO 24 sept. 2021, texte n° 14 ; JCP E 2021, act. 678.

Note 10 Ord. n° 2020-596, 20 mai 2020, portant adaptation des règles relatives aux difficultés des entreprises et des exploitations agricoles aux conséquences de l'épidémie de Covid-19 : JO 21 mai 2020, texte n° 8 ; JCP E 2020, act. 374.

Note 11 L. n° 2020-1525, 7 déc. 2020 : JO 8 déc. 2020, texte n° 1 ; JCP E 2020, act. 854.

Note 12 Il ne faut pas excéder 5 salariés et 750 000 € de chiffre d'affaires hors taxes.

Note 13 V. par ex. PE et Cons. UE, dir. (UE) 2019/1023, 20 juin 2019, préc., art. 23, 2, f : une dérogation peut être nécessaire « pour garantir l'équilibre entre les droits du débiteur et les droits d'un ou de plusieurs créanciers ».

Note 14 Issu Ord. n° 2021-1192, 15 sept. 2021 : JO 16 sept. 2021, texte n° 19. - V. déjà JCP E 2021, 1439, étude Ph. Dupichot.

Note 15 « Une remise de dettes totale ne fait pas obstacle à la poursuite d'une procédure d'insolvabilité qui comprend la réalisation et la distribution des actifs ».

Note 16 L. 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, art. 39 : JO 18 juin 2021, texte n° 1 ; JCP E 2020, act. 436.

Note 17 Par exemple, le sort de la dette garantie est précisé en droit du surendettement, alors qu'il ne l'est toujours pas en droit des entreprises en difficulté.