Droit des contrats et droit des entreprises en difficulté, continuité ou renouveau ?

Gérard Jazottes
Professeur des universités
Centre de droit des affaires
Toulouse 1 Capitole

Beaucoup a été écrit, et bien écrit, sur les rapports que le nouveau droit des obligations peut entretenir avec le droit des entreprises en difficulté[1]. Ces travaux ont mis en évidence les points d'accroche entre les deux matières, peu d'éléments permettant une démarche à la portée plus générale. En effet, il est difficile de déceler, tant dans le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 que dans la loi de ratification de l'ordonnance du 20 avril 2018, des objectifs ou des dispositions qui entreraient en résonance avec le droit des entreprises en difficulté.

Cependant, en dépit de cette ignorance, il est possible de relever des évolutions qui pourraient rapprocher les deux droits, le droit des entreprises en difficulté pouvant être vu comme précurseur [2]. Mais ce constat est insuffisant pour révéler une continuité ou un renouveau. Il convient donc de rechercher, à partir des points d'accroche dégagés par les écrits précités, de tracer les grandes lignes de ces nouveaux rapports. Un vieux slogan politique vient alors à l'esprit : « le changement dans la continuité ». En effet, il apparaît que le particularisme du droit des entreprises en difficulté est maintenu (I). Cependant, le nouveau droit des contrats pourrait avoir jeté les ferments de possibles évolutions dans la pratique (II).

I – LE MAINTIEN DU PARTICULARISME DU DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTE

La réforme du droit des contrats n'a bien évidemment pas remis en cause les caractères propres aux procédures collectives (dans la phase conventionnelle, le

[1] J.-J.Ansault, Réforme du droit des contrats et procédures collectives, BJE 2017-2, p.148, n° 114g9 ; P.Cagnoli, L. Fin-Langer, F. Petit et J.Vallansan, Réforme du droit des contrats – Incidences en droit des entreprises en difficulté, Rev.proc.coll. 2016-3, alerte 15 ; Ph.Dupichot, E. Merly, M.Sénéchal, Réforme des contrats et difficultés des entreprises, BJE 2016-5, p. 352, n° 113u8 ; M. Latina et P.-M. Le Corre, L'impact de la réforme du droit des obligations sur le livre VI du code de commerce, IFPPC 2016 ; B.Thullier, La réforme du droit commun des contrats et les cocontractants du débiteur en procédure collective, BJE 2017-3, p. 240, n° 114r7.

[2] N.Borga, L'influence du droit des entreprises en difficulté sur le droit obligations : droit dérogatoire puis droit précurseur, dans Le droit des entreprise en difficulté après 30 ans : droit dérogatoire, précurseur ou révélateur ?, dir. F.Macorig-Venier, Presses de l'université Toulouse 1 Capitole, 2017, p.199.

droit commun retrouve tout son empire). Il n'est pas porté atteinte au caractère dérogatoire (A) et au caractère judiciaire (B) du droit des procédures collectives.

A – Le caractère dérogatoire

Ce caractère dérogatoire est incontesté même si sa portée doit être nuancée[3]. Il convient de rappeler que la réforme du droit des contrats a consacré l'adage *specialia generalibus derogant*. Certes, l'adage est seulement consacré pour articuler les règles générales aux règles particulières à certains contrats, ce qui ne concerne pas directement le droit des entreprises en difficulté. Cependant, en présence d'un conflit caractérisé par une incompatibilité entre ces règles générales et les règles propres au droit des entreprises en difficulté, ces dernières doivent l'emporter.

Deux exemples illustrent le maintien de ce caractère dérogatoire. Le premier est fourni par le régime des contrats en cours[4] qui écarte toute indivisibilité, résiliation ou résolution du seul fait de l'ouverture d'une procédure, « nonobstant toute disposition légale » et, d'autre part, qui paralyse l'exception d'inexécution pour des engagements antérieurs au jugement d'ouverture de la procédure. Ces dispositions sont de nature à faire échec à la suspension par anticipation[5] de l'article 1220 du Code civil. Si cette faculté est exercée avant l'ouverture de la procédure, l'ouverture de celle-ci devrait permettre à l'administrateur de contraindre le cocontractant à la poursuite, dès lors que le contrat est en cours.

La révision pour imprévision, qui peut conduire à une résolution conventionnelle ou judiciaire, constitue le second exemple, mais plus discuté, de ce maintien. Pour certains commentateurs, dans l'hypothèse où le cocontractant prétend que l'ouverture de la procédure constitue un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat, le caractère d'ordre public du régime de la continuation des contrats devrait paralyser la révision pour imprévision. Dans un sens contraire, il a été relevé que le contrat en cours est continué tel qu'il a été conclu, avec ce nouveau droit. Cependant, au regard de la jurisprudence relative à la rupture des concours bancaire à durée indéterminée, cette révision ne devrait pas avoir pour cause l'ouverture de la procédure collective[6].

---

[3] N.Borga, op.cit..
[4] Articles L.622-13-I et L.641-11-1 – I C.com.
[5] Qui devrait trouver une pleine efficacité en conciliation.
[6] Cass.com. 1er juillet 1997, n° 95-15440.

B – Le caractère judiciaire

Si le cocontractant doit pouvoir invoquer l'abus de l'état de dépendance de l'article 1143 du Code civil dans l'hypothèse d'un contrat continué, l'action ne relevant pas du domaine des actions interrompues ou interdites[7], cette voie est fermée au créancier qui souhaiterait contester sur ce fondement les délais de paiement du plan imposés à défaut d'accord sur des délais ou des remises[8]. En effet, ces délais ne résultent pas « d'engagement » au sens de l'article 1143 du Code civil, mais du plan, décision judiciaire.

De même, la transmission des contrats à l'occasion de la cession de l'entreprise, de caractère judiciaire, n'est pas subordonnée à l'accord du cédé requis par le régime de droit commun de la cession des contrats et ne saurait constituer un abus de dépendance. Cependant, en vertu de l'article L.642-7 du Code de commerce, les contrats cédés seront exécutés aux conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure, nonobstant toute clause contraire. Le droit commun a alors vocation à s'appliquer s'agissant de l'exécution.

II – LES FERMENTS DE POSSIBLES EVOLUTIONS

Si le nouveau droit des contrats n'apporte pas de véritable renouveau dans ses rapports avec le droit des entreprises en difficulté, certaines solutions ou pratiques pourraient être renouvelées. Ce changement dans la continuité suscite de nouvelles interrogations (A) et pourrait fournir de nouveaux instruments dans la gestion des contrats (B).

A – De nouvelles interrogations

La première de ces interrogations est issue de la disparition des obligations de faire et de l'ancien article 1142 du Code civil qui visait l'inexécution de cette catégorie d'obligation. Désormais, l'exécution en nature, dans les limites de l'article 1221, est ouverte à tout créancier victime d'une inexécution. Or la Cour de cassation, sur le fondement des anciens textes, a pu juger que l'action du créancier visant à l'exécution d'une obligation de faire relevait du domaine de l'arrêt des poursuites au motif que la demande impliquait « des paiements de sommes d'argent pour une cause antérieure au jugement »[9]. Le nouveau droit des contrats pourrait justifier une modification de cette solution critiquée.

---

[7] B.Thullier, op. cit.,
[8] Ph. Dupichot et alii, op. Cit.
[9] Cass.com. 17 juin 1997, n° 94-14109.

La seconde interrogation porte sur la notion de contrat en cours confrontée à la résolution unilatérale par notification. La résolution du contrat prend effet à la date de la réception de cette notification par le débiteur, mais celui-ci peut saisir le juge pour contester la résolution. Cette contestation pourrait conduire à s'interroger sur l'existence d'un contrat en cours, notamment dans l'hypothèse où cette action serait antérieure au jugement d'ouverture. Pourrait alors être invoquée, par analogie, la jurisprudence relative à l'acquisition de la résolution en application de la clause résolutoire d'un bail commercial.

D'autres interrogations mériteraient d'être évoquées, telle que celle relative à la qualification, au regard des nullités de la période suspecte, d'un constat contractuel de nullité de l'article 1178 du Code civil conclu au cours de la période suspecte. Il a été proposé de retenir la qualification d'acte à titre onéreux[10].

B – De nouveaux instruments pour la gestion des contrats

Si, jusqu' à présent, les droits ou actions que le nouveau droit des contrats propose ont été envisagés comme pouvant contrarier le bon déroulement de la procédure, parce que mis en œuvre par le cocontractant, ils peuvent, à l'inverse, être utilisés par l'administrateur ou le liquidateur.

Pour s'en convaincre, il suffit de prendre connaissance des observations du Comité Permanent des diligences de l'IFPPC[11]. A plusieurs reprises, ces observations font état de stratégie pour la gestion des contrats. Un exemple permet de donner un aperçu de ces stratégies. Il a été rappelé que le contrat en cours, s'il est continué par l'administrateur, doit l'être tel qu'il a été conclu. Or, le nouveau droit des obligations offre la possibilité d'écarter une clause abusive dès lors que les conditions de l'article de l'article 1171 du Code civil seront remplies. Cet instrument est à la disposition de l'administrateur et du liquidateur, tout comme la révision pour imprévision ou l'abus de l'état de dépendance. Toutefois, l'utilité de ces dispositions suppose que le temps de la procédure ainsi engagée puisse être concilié avec celui de la procédure collective. Le constat conventionnel de la nullité ou les actions interrogatoires présentent également une utilité.

[10] B.Thullier, op. cit., § 5.
[11] Dans : P.-M. Le Corre et M.Latina, op.cit.

Ainsi, aucun renouveau dans les fondements ou mécanismes du droit des entreprises en difficulté n’est à attendre, mais de multiples évolutions restent possibles.