



Le conjoint du débiteur en procédure collective

Awaline Guile

► To cite this version:

Awaline Guile. Le conjoint du débiteur en procédure collective. *Revue juridique de l'Océan Indien*, 2013, 17, pp.87-157. hal-02545781

HAL Id: hal-02545781

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-02545781>

Submitted on 17 Apr 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

DROIT DES AFFAIRES

Le conjoint du débiteur en procédure collective

Awaline GUILLE

Master II Droit notarial

Université de La Réunion – Faculté de droit et d'économie – Promotion 2010/2011

Résumé :

Comment parvient-on à concilier les droits des créanciers du débiteur, et les droits du conjoint du débiteur ?

Il se pose alors le problème de la place du conjoint dans la procédure collective ouverte à l'égard du débiteur. Le sujet est à développer. Il l'est doublement, au plan théorique et au plan pratique. Au plan théorique, il appelle, en premier lieu, à faire la synthèse des débats qui ont eu lieu, en second lieu à confronter les solutions acquises aux dispositions de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises afin de mettre en exergue les permanences et les innovations. Cette démarche rejoint au fond la quête de l'égalité entre époux dans les régimes matrimoniaux.

La relation du conjoint à la procédure du débiteur est duale. Le premier volet représente le conjoint in bonis maintenu à l'extérieur de la procédure. Le second volet représente le conjoint soumis à une procédure collective.

Summary :

How do we reconcile the rights of creditors of the debtor, and rights of the debtor's spouse? This raises the issue of the role of the spouse in the collective proceedings opened against the debtor. The subject is developed. It is doubly so, in theory and practice. In theory, he calls, first, to summarize the discussions that took place, second to compare the solutions obtained with the provisions of the Act of 26 July 2005 on the Protection of businesses to highlight the continuities and innovations. This approach basically joined the quest for equality between spouses in matrimonial.

The relationship of the spouse of the debtor in the proceedings is dual. The first component is the spouse in bonis maintained outside of the procedure. The second component is the spouse subject to a collective.

« *Mariage et procédures collectives font-ils bon ménage ?* »¹

C'est la réponse à cette question que recherche la présente étude consacrée au conjoint du débiteur soumis à une procédure collective.

Il faut insister sur la signification juridique des termes employés.

Le conjoint est la personne² unie à une autre par le mariage³ à l'exclusion donc du partenaire ayant souscrit un pacte civil de solidarité ou du concubin.

Le débiteur désigne la personne contre laquelle est ouverte une procédure collective. Une telle procédure peut être ouverte aussi bien à l'encontre d'une personne physique qui exerce la profession de commerçant, d'artisan, d'agriculteur ou de professionnel indépendant y compris une profession libérale que d'une personne morale de droit privé⁴ éprouvant des difficultés dans le cadre de sa profession.

La procédure collective est le terme générique désignant toute procédure dans laquelle le règlement des dettes et la liquidation éventuelle des biens du débiteur ne sont pas abandonnés à l'initiative individuelle de chaque créancier, mais organisés de manière à ce que tous les créanciers puissent faire valoir leurs droits.

Depuis la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005⁵, complétée par un décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005, modifiée par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008⁶, le droit des entreprises en difficulté est inclus dans le livre sixième du Code de commerce intitulé : « *Des difficultés des entreprises* ». Ce livre distingue le traitement amiable⁷ du traitement judiciaire⁸ des difficultés.

Le traitement amiable permet de détecter de manière précoce les difficultés et d'en favoriser la résolution amiable par un accord intervenant entre le débiteur et les créanciers qui le souhaitent. Il s'agit d'un traitement négocié qui repose essentiellement sur la volonté des créanciers. Ce traitement peut prendre la forme d'un mandat *ad hoc*⁹ ou d'une procédure de conciliation¹⁰ qui remplacent le règlement amiable.

¹ Com., 20 juin 1995 « De la conciliation des règles des régimes matrimoniaux et des procédures collectives », *LPA*, 1996, n° 47, A. HONORAT.

² Homme ou femme.

³ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, Quadrige Dicos Poche, 2007, 8^{ème} éd.

⁴ Articles L. 611-4, L. 611-5 (conciliation), L. 620-2 (sauvegarde), L. 631-2 (redressement judiciaire) et L. 640-2 C. com. (liquidation judiciaire).

⁵ Applicable aux procédures collectives ouvertes à compter du 1^{er} janvier 2006.

⁶ Applicable aux procédures collectives ouvertes à compter du 15 février 2009.

⁷ Titre I du livre sixième du C. com.

⁸ Titres II, III et IV du livre sixième du C. com. concernant respectivement la procédure de sauvegarde, le redressement judiciaire et la liquidation judiciaire.

⁹ Article L. 611-3 C. com.

À la différence du traitement amiable, le traitement judiciaire ne repose pas sur le bon vouloir des créanciers du débiteur, elle les soumet à une discipline collective. Depuis la loi du 25 juillet 2005, il existe trois modes de traitement judiciaire des difficultés : la sauvegarde¹¹, le redressement judiciaire¹² et la liquidation judiciaire¹³.

Innovation éponyme de la loi du 26 juillet 2005, la sauvegarde est une procédure réservée au débiteur¹⁴ qui n'est pas en cessation des paiements, mais appréhende de s'y trouver bientôt, la loi l'autorise alors, à se placer sous la protection de la loi, afin de réorganiser son entreprise avec les meilleures chances de succès.

Le redressement judiciaire, qui était en quelque sorte la procédure de droit commun sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, concerne le débiteur qui est en cessation des paiements et dont l'entreprise est susceptible d'être redressée après l'adoption par le tribunal de la procédure d'un plan de redressement¹⁵. Contrairement au droit antérieur, qui distinguait un régime général et un régime simplifié applicable aux petites entreprises, il n'est pas fait de différenciation selon l'importance de l'entreprise.

La liquidation judiciaire est applicable au débiteur également en cessation des paiements, mais qui est dans l'impossibilité d'assurer, par l'élaboration d'un plan de redressement, la continuation de leur entreprise. Toutefois cette procédure permet encore le sauvetage de l'entreprise qui peut être cédée à un repreneur dans le cadre de la réalisation des actifs. Est ainsi partiellement reprise l'ancienne technique du plan de cession définie dans la loi du 25 janvier 1985 qui, détachée de l'ancien redressement judiciaire, est maintenant intégrée à la liquidation judiciaire en tant que modalité de réalisation des actifs. Une procédure simplifiée¹⁶ est obligatoire si l'actif du débiteur ne comprend pas de bien immobilier et si le nombre de ses salariés au cours des six mois précédant l'ouverture de la procédure ainsi que son chiffre d'affaires hors taxes sont respectivement égaux ou inférieurs à un salarié et 300.000 €¹⁷. Elle est facultative lorsque l'actif du débiteur ne comprend pas de bien immobilier et si le nombre de salariés au cours des derniers mois précédant l'ouverture de la

¹⁰ Articles L. 611-1 à L. 612-5 C. com.

¹¹ Articles L. 620-1 à L. 627-4 C. com.

¹² Articles L. 631-1 à L. 632-4 C. com.

¹³ Articles L. 640-1 à L. 644-6 C. com.

¹⁴ Voir notamment en doctrine F. VOINOT, « La nouvelle procédure de sauvegarde », *Gaz. Palais*, 7 septembre 2005 p.24 ; G. JAZOTTES, « Les innovations des procédures de sauvegarde et redressement judiciaire », *RPC*, 2005.358, G. BLANC.

¹⁵ Ancien plan de continuation.

¹⁶ Dénommée « liquidation judiciaire simplifiée ».

¹⁷ Articles L. 641-2 al. 1 et D. 641-10 al. 1 C. com.

procédure sont respectivement égaux ou inférieurs à cinq salariés et dont le chiffre d'affaires hors taxes est égal ou inférieur à 750.000 € euros¹⁸.

Dans la présente étude, il s'agira plus précisément d'engager une réflexion sur la condition juridique d'un conjoint dont l'époux¹⁹ est soumis au traitement judiciaire des difficultés. L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'un débiteur marié impose de combiner les règles issues de cette matière avec celles provenant du droit de la famille, patrimonial et extra patrimonial. Le fait est que la confrontation de ces deux matières est une chose délicate.

Au fil des réformes du droit des régimes matrimoniaux et du droit des procédures collectives, la situation du conjoint du débiteur a progressivement évolué.

Sous l'empire de la législation napoléonienne, le sort du conjoint du failli qui ne pouvait être à l'époque que son épouse suivait celui de son époux. La situation qui lui était réservée était peu enviable aussi bien au regard des dispositions du Code civil régissant les régimes matrimoniaux que des règles gouvernant la faillite édictées par le Code de commerce. En effet, la femme du failli devait non seulement répondre pour partie des dettes contractées par son mari en vertu de la solidarité familiale, mais encore la législation sur la faillite contenait des règles dérogeant au droit commun des régimes matrimoniaux. Afin de déjouer les fraudes et de parer aux transferts de biens dans le patrimoine de la femme du failli, le Code de commerce consolidait, au moyen de la présomption mucienne, les droits des créanciers à son détriment, de sorte que même si le prononcé de la faillite devait être cantonné au mari, son épouse en subissait très largement les conséquences, y compris sur son patrimoine personnel. Ainsi, par application de la présomption mucienne, les biens acquis pendant le mariage par le conjoint du débiteur étaient présumés avoir été acquis par le commerçant failli ou soumis au règlement judiciaire, avec des deniers provenant de l'exercice du commerce, et devaient être réunis à la masse de son actif (anc. article 542 C. com.).

La doctrine a jugé très rigoureuse la situation du conjoint du failli et a démontré qu'elle est de nature à dissuader de l'adoption d'un régime de communauté de biens qui avait eu la faveur du législateur lors de la rédaction du Code Napoléon. Le législateur paraît avoir eu conscience que le sort réservé à la femme du failli était, plus que de raison, sévère. Il a entrepris de l'améliorer par la loi du 28 mai 1838 sur les faillites et banqueroutes qui a atténué la solidarité familiale tout en maintenant, par crainte de fraude des époux, des dispositions défavorables au conjoint. Malgré ces dispositions, le conjoint restait indirectement très exposé aux conséquences du prononcé d'une procédure collective à l'encontre de son époux.

¹⁸ D. 641-10 al. 2 C. com.

¹⁹ Homme ou femme.

La volonté de faire échec à la fraude des époux a toutefois longtemps justifié le maintien des dispositions défavorables au conjoint, avant que les dernières d'entre elles ne soient supprimées par la loi du 13 juillet 1967. Seules subsistent les règles relatives à l'inopposabilité des libéralités et des avantages matrimoniaux, du reste aujourd'hui bilatéralisées.

La femme mariée a progressivement échappé à la puissance maritale par les lois du 13 juillet 1907, du 13 juillet 1965 et du 23 décembre 1985 et s'est vue reconnaître une pleine capacité, pour enfin pouvoir en jouir effectivement.

Cette évolution du statut du conjoint du débiteur marié n'est pas seule à l'origine du croisement des règles du droit des procédures collectives et du droit des régimes matrimoniaux. L'évolution du statut du débiteur mis en procédure collective est également à la source des interactions entre ces deux matières juridiques.

Sous l'empire de la législation napoléonienne, le Code de commerce de 1807 réservait au débiteur l'application d'un droit spécifique s'assignant la double fonction de sanctionner et d'éliminer les débiteurs en « *faillite* », et, d'organiser la liquidation du patrimoine du failli au profit de l'ensemble des créanciers placés sur un pied d'égalité, et en imposant à ces derniers une discipline collective : la faillite est alors une procédure collective d'exécution des biens du débiteur dans l'intérêt de ses créanciers. La contrainte par corps²⁰ était automatiquement ordonnée contre la personne du failli et son actif était vendu pour payer son passif selon une procédure collective.

Les lois ultérieures promulguées au XIXe siècle ont amorcé un assouplissement des règles de la faillite, sous l'influence de la bourgeoisie libérale. Les sanctions applicables au débiteur ont été allégées en même temps qu'a été supprimée d'une façon générale la prison pour dette (sauf en matière fiscale).

La loi du 13 juillet 1967²¹ consacre une évolution majeure : le sort de l'homme (chef d'entreprise) doit être distingué de celui de l'entreprise. Les tribunaux sont alors invités à procéder à une double analyse. D'une part, l'entreprise peut faire l'objet d'un règlement judiciaire (si son redressement paraît envisageable après un accord avec ses créanciers) ou d'une liquidation des biens dans le cas contraire. D'autre part, le débiteur peut être sanctionné en raison de son comportement passé, indépendamment du sort de l'entreprise : ces sanctions peuvent être civiles²², professionnelles²³ ou pénales²⁴.

²⁰ Mesure privative de liberté exécutée en maison d'arrêt et prononcée par un tribunal répressif contre les condamnés de droit commun qui n'acquittent pas le montant de ses dettes.

²¹ Applicable aux procédures collectives ouvertes avant le 31 décembre 1985.

²² Le paiement de tout ou partie des dettes sociales.

²³ Par ex. interdiction d'exercer le commerce.

²⁴ Banqueroute.

Avec le passage à la loi du 25 janvier 1985, le législateur a modifié son optique, le droit de la faillite et devenu le droit des entreprises en difficulté. L'objectif est d'aboutir au sauvetage de l'entreprise, privilégiant ainsi cet objectif par rapport au paiement des créanciers. Parachevant l'œuvre de la loi du 13 juillet 1965 en étendant aux biens communs l'égalité entre époux qui était déjà acquise quant à la gestion de leur patrimoine propre, la réforme résultant de la loi du 23 décembre 1985 a aussi dépouillé la femme des dispositions discriminatoires qui lui étaient favorables.

Dans la présentation, la cloison paraît étanche entre le droit des régimes matrimoniaux et le droit des procédures collectives. Mais à l'application, les procédures collectives ont une influence variable sur les régimes matrimoniaux. En effet, au droit des procédures collectives marqué par la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif, s'oppose le droit patrimonial de la famille, protecteur de l'intérêt commun des membres de ce groupement. Il importe dès lors de savoir dans quelle mesure le droit de la sauvegarde, du redressement et de la liquidation judiciaires prend en considération la situation familiale du débiteur : comment parvient-on à concilier les droits des créanciers du débiteur, et les droits du conjoint du débiteur ?

Il se pose alors le problème de la place du conjoint dans la procédure collective ouverte à l'égard du débiteur. Le sujet est à développer. Il l'est doublement, au plan théorique et au plan pratique. Au plan théorique, il appelle, en premier lieu, à faire la synthèse des débats qui ont eu lieu, en second lieu à confronter les solutions acquises aux dispositions de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises afin de mettre en exergue les permanences et les innovations. Cette démarche rejoint au fond la quête de l'égalité entre époux dans les régimes matrimoniaux.

La relation du conjoint à la procédure du débiteur est duale. Le premier volet représente le conjoint *in bonis* maintenu à l'extérieur de la procédure (I). Le second volet représente le conjoint soumis à une procédure collective (II).

I.- Le conjoint du débiteur extérieur à la procédure collective de son époux

« *Pour le meilleur et pour le pire...* » Solennelles lors de leur prononcé, ces paroles revêtent un accent de sentence à l'encontre de l'époux *in bonis* lorsqu'est ouverte une procédure collective contre son conjoint. Sera étudiée dans cette première partie la situation du conjoint du débiteur lorsqu'il n'est pas

soumis à une procédure collective²⁵. Pour cela, il est nécessaire de raisonner en deux temps et d'examiner la situation du conjoint *in bonis* et de ses créanciers à deux moments clés de la procédure collective, c'est-à-dire pendant (A) et à l'issue de ladite procédure (B).

A.- La situation du conjoint *in bonis* à l'égard des créanciers du débiteur pendant la procédure collective

L'étude de la situation du conjoint *in bonis* à l'égard des créanciers du débiteur pendant la procédure collective nécessite de déterminer les droits de ces créanciers sur les biens personnels du conjoint (1), mais aussi sur les biens communs ou indivis aux époux.

1/ Les droits des créanciers du débiteur en procédure collective sur les biens personnels du conjoint *in bonis*

En application de l'article 225 C. civ.²⁶, les biens personnels du conjoint *in bonis* échappent aux créanciers du débiteur (a). Ce principe n'est pas intangible (b).

a/ L'exclusion de principe de la procédure collective des biens personnels du conjoint *in bonis*

En principe, l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'un époux n'a aucune incidence sur le patrimoine personnel du conjoint *in bonis* qui reste hors de portée des créanciers du débiteur. Le conjoint *in bonis* doit, par conséquent, être autorisé à reprendre les biens qu'il a mis à la disposition de son époux. Afin d'éviter que les époux ne transfèrent frauduleusement, lors des opérations de reprise de biens personnels, des biens du patrimoine du débiteur dans celui de son conjoint, les arts. L. 624-5, L. 624-9 et L. 624-10 C. com. encadrent les modalités d'exercice de la reprise. Une fois ces modalités examinées, on s'attachera aux effets de la reprise.

À la lecture de l'article L. 624-5 C. com.²⁷, il apparaît que la propriété du conjoint *in bonis* sur les biens, objets de la reprise, doit être prouvée en application des règles de son régime matrimonial. La reprise de ses biens

²⁵ On le désignera comme « conjoint *in bonis* ». Selon le Vocabulaire CORNU, l'expression « *in bonis* » est un terme latin signifiant « *dans ses biens* » aujourd'hui encore utilisés pour désigner le débiteur qui est à la tête de son patrimoine, maître de ses biens, par opposition à celui qui est dessaisi de ses pouvoirs de gestion en raison notamment d'une liquidation judiciaire.

¹ L'article 225 C. civ. (texte applicable quel que soit le régime matrimonial des époux) dispose que : « Chacun des époux administre, oblige et aliène seul ses biens personnels ».

²⁷ L'article L. 624-5 C. civ. dispose que : « Le conjoint du débiteur soumis à une procédure de sauvegarde établit la consistance de ses biens personnels conformément aux règles des régimes matrimoniaux et dans les conditions prévues par les articles L. 624-9 et L. 624-10 ».

personnels doit s'effectuer dans les conditions de l'action en revendication ou demande en restitution.

La preuve du caractère propre ou personnel des biens doit administrée selon les règles du régime matrimonial du conjoint ; dès lors, il convient de distinguer selon qu'il est marié sous le régime légal de la communauté ou sous un régime séparatiste.

Les époux mariés à défaut de contrat de mariage préalable sont soumis au régime légal de la communauté des articles 1400 et s. C. civ. Sous ce régime, il existe une présomption de communauté qui doit être renversée par le conjoint *in bonis*.

Le conjoint *in bonis* qui veut soustraire ses biens propres²⁸ à la procédure collective doit renverser la présomption²⁹ de communauté énoncée à l'article 1402 C. civ. L'article précité dispose que : « *Tout bien, meuble ou immeuble, est réputé acquêt de communauté si l'on ne prouve qu'il est propre à l'un des époux, par application d'une disposition de la loi* ». Comme toute présomption, celle de l'article 1402 C. civ. est fondée sur la vraisemblance, la probabilité : il y a plus de chance que le bien ait été acquis pendant le mariage que par donation. Cette présomption est favorable aux créanciers du débiteur puisqu'à défaut de preuve contraire le bien reste inclus dans l'actif du débiteur.

S'agissant d'une présomption simple³⁰, elle peut être renversée par le conjoint *in bonis*, cependant, le mode de preuve n'est pas libre. En effet, le conjoint *in bonis* qui entend démontrer la nature propre du bien doit se plier aux modes de preuves prévus par l'article 1402 C. civ.

Cet article conduit à distinguer deux situations.

Première situation : lorsque les biens portent en eux-mêmes la preuve ou la marque de leur origine, le caractère propre de ces biens n'a pas à être démontré par des éléments extrinsèques. Cette hypothèse concerne, au premier chef, les biens propres par nature de l'article 1404 C. civ. : vêtements et linges à l'usage personnel d'un époux, souvenir de famille et, d'une manière plus générale, tous les droits exclusivement attachés à la personne. Il est peu probable, si ce n'est impossible, que de tels biens aient été mis par le conjoint *in bonis* à la disposition du débiteur.

²⁸ Articles 1404, 1405 al. 1, 1406, 1407, 1434, 1436 C. civ.

²⁹ La présomption est la conséquence que la loi ou le juge tire d'un fait connu à un fait inconnu dont l'existence est redue vraisemblable par le premier, procédé technique qui entraîne, pour celui qui en bénéficie, la dispense de prouver le fait inconnu (article 1352 C. civ.), difficile ou impossible à établir directement à charge de rapporter la preuve plus facile du fait connu.

³⁰ Présomption légale qui peut être combattue par la preuve contraire (selon des modalités déterminées limitativement ou le régime ordinaire des preuves, suivant les cas).

Deuxième situation : dans les autres cas, le conjoint *in bonis* doit établir sa propriété personnelle selon les modes de preuves posés à l'article 1402 al. 2 C. civ. Cet article pose un principe et une exception. Le principe est la preuve par écrit. On exige normalement un inventaire ou une autre preuve préconstituée. Cela désigne un écrit spécialement destiné à établir l'origine du bien : ainsi, pour les meubles présents³¹, un inventaire dressé par les époux, de leurs meubles respectifs. L'exception consiste en ce que, à défaut d'écrit, le juge peut admettre la preuve par témoignage et présomptions, s'il constate que cette absence est due à l'impossibilité matérielle ou morale (article 1348 C. civ.), où s'est trouvé l'un des époux de s'en procurer un. C'est donc un accès à la preuve par tous moyens, excluant uniquement la commune renommée, laquelle n'est jamais admissible qu'en vertu d'un texte formel.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 23 décembre 1985 modifiant l'article 1414 C. civ., le conjoint *in bonis* peut établir la preuve de l'existence de gains et salaires portés sur un compte-courant ou de dépôt et qui, bien qu'étant communs³², échappent partiellement au droit de poursuite des créanciers du débiteur. Il peut demander que soit laissée à sa disposition une somme correspondant à son choix, soit au montant des gains et salaires versés sur le compte dans le mois précédant la saisie, soit au montant moyen mensuel des gains et salaires versés au compte dans les douze mois précédant la saisie³³.

Les modes de preuve de la propriété personnelle du conjoint diffèrent lorsqu'il est marié sous un régime séparatiste.

Le conjoint *in bonis* peut être marié sous le régime de la séparation de biens ou sous celui de la participation aux acquêts. Ces deux régimes sont des régimes matrimoniaux conventionnels que les futurs époux doivent donc décider d'adopter par contrat de mariage pour y être soumis.

La charge de la preuve du caractère personnel des biens, objets de la reprise, dépend de l'existence ou non de présomptions de propriété dans le contrat de mariage.

En l'absence de présomption de propriété dans le contrat de mariage, le conjoint *in bonis* doit prouver par tous moyens qu'il a la propriété exclusive du bien qu'il veut soustraire à la procédure collective³⁴. Les biens sur lesquels le conjoint *in bonis* ne peut justifier d'une propriété exclusive sont réputés être

³¹ L'article 1405 al. 1 C. civ. définit les biens présents comme ceux dont les époux ont la propriété ou la possession avant le mariage.

³² Les gains et salaires des époux mariés sous le régime légal sont des biens communs cf. 1^{ère} Civ., 8 février 1978 : Bull. civ. I n° 53 ; D. 1978. IR. 238, note D.-R. MARTIN ; *Defrénois* 1978, article 31764, p. 879, note G. CHAMPENOIS ; *JCP N* 1981. II. 114, note H. THUILLIER ; *RTD civ.* 1979. 592 s., note R. NERSON et J. RUBELLIN-DEVICHI.

³³ D. n° 92-755 31 juillet 1992, article 48.

³⁴ L'article 1538 C. civ dispose : « Tant à l'égard de son conjoint que des tiers, un époux peut prouver par tous les moyens qu'il a la propriété exclusive d'un bien ».

indivis pour moitié aux époux³⁵. Le titre de propriété constitue bien sûr le mode de preuve le plus sûr, cependant, ce document est rarement établi lorsqu'il s'agit d'opérations portant sur des meubles corporels. Toutefois, pour les meubles présents, un tel titre résultera de l'énumération figurant dans le contrat de mariage ou d'inventaire dressé contradictoirement par les parties, pour les meubles futurs, il pourra se trouver dans un acte de donation, un testament, un acte de partage. La possession constitue le mode normal de preuve de la propriété mobilière. La jurisprudence ne l'exclut pas en la matière, du moins pour les meubles qui ne sont pas susceptibles d'un usage commun, l'essentiel est que la possession soit individualisée. Le conjoint *in bonis* peut également apporter la preuve de sa propriété exclusive par le biais de témoignages et d'indices. Pour les meubles acquis à titre onéreux, il est prudent pour le conjoint *in bonis* de conserver ses factures, les certificats de garantie ou d'origine. La Cour de cassation semble reconnaître aux factures la valeur d'une présomption simple de propriété³⁶.

Les présomptions de propriété dans le contrat de mariage sont opposables aux créanciers du débiteur³⁷. Contrairement au conjoint *in bonis* commun en biens ou séparé de biens en l'absence de présomptions conventionnelles, la charge de la preuve pèse sur les créanciers du débiteur et non plus sur le conjoint *in bonis*. Il ne s'agit que de présomption simple de sorte que les créanciers peuvent établir par tous moyens que le bien n'appartient pas à l'époux que la présomption désigne. Cela est favorable au conjoint *in bonis* car à défaut de renversement de la présomption par le créancier, son droit de propriété est établi. Ce dernier n'aura qu'à exercer sa reprise dans les conditions des actions en revendication ou demande en restitution.

Le conjoint *in bonis* doit établir sa propriété exclusive conformément aux règles de preuve posées par l'article 1538 C. civ. Ainsi, d'une part, la règle est celle de la liberté absolue des moyens de preuve. D'autre part, les clauses de présomptions de propriété contenues, le cas échéant, par le contrat de mariage sont, sauf clause contraire, opposable aux créanciers du débiteur, ces derniers étant cependant admis à renverser lesdites présomptions de propriété par tous moyens.

Une fois le droit de propriété du conjoint *in bonis* établi, ce dernier doit exercer sa reprise dans les conditions des actions en revendication ou demande en restitution.

Le renvoi de l'article L. 624-5 C. com. aux articles L. 624-9 et L. 624-10 du même code a pour effet de rendre applicables les dispositions relatives à la

³⁵ L'article 1538 C. civ. pose une présomption d'indivision.

³⁶ 1^{ère} Civ., 10 mars 1993, *Bull. civ. I* n° 107.

³⁷ Article 1538 al. 2 C. civ. dispose : « Les présomptions de propriété énoncées au contrat de mariage ont effet à l'égard des tiers aussi bien que dans les rapports entre époux, s'il n'en a été autrement convenu ».

revendication des meubles ou à la demande en restitution à la reprise par le conjoint *in bonis* de ses biens personnels. Le conjoint *in bonis* doit exercer sa reprise sous forme d'une demande en restitution lorsque le contrat de mise à disposition du bien (contrat de bail...) ou de vente a été régulièrement publié avant le jugement d'ouverture³⁸. En revanche, en l'absence de contrat ou de contrat publié régulièrement avant le jugement d'ouverture, le conjoint *in bonis* doit exercer sa reprise sous forme d'une action en revendication.

Il existe une condition propre applicable à la reprise sous forme d'une action en revendication et des conditions communes à l'action en revendication et à la demande en restitution.

Depuis la loi de 2005, la reprise sous forme d'une action en revendication doit être faite dans le délai de trois mois suivant la publication du jugement d'ouverture au B.O.D.A.C.C.³⁹. C'est un délai préfix⁴⁰, peu importe que le bien fasse l'objet d'un contrat en cours⁴¹. Le conjoint *in bonis* doit être vigilant puisque la loi ne prévoit aucune possibilité de relevé de forclusion. À défaut, le bien reste inclus dans l'actif de la procédure collective.

Les autres conditions sont communes aux deux actions.

Ces conditions tiennent à l'existence en nature et à la forme de la demande.

Le conjoint *in bonis* doit établir que le bien meuble qu'il revendique est celui-là même qu'il a remis au débiteur⁴², c'est ainsi qu'il est exigé que le bien se retrouve en nature entre les mains du débiteur à la date du jugement d'ouverture, c'est dire l'importance de l'inventaire prévu par l'article L. 622-6 C. com. Cette condition est appréciée souverainement par les juges du fond.

Lorsque le bien a été incorporé à un autre bien, la reprise est admise à condition que la séparation du bien puisse s'effectuer sans qu'ils en subissent un dommage (au sens d'altération matérielle)⁴³.

Lorsque l'époux débiteur a entre les mains un bien de même espèce et de même quantité que le bien, objet de la reprise, la loi présume que les choses semblables entre les mains du débiteur sont la propriété du revendiquant. Il s'agit d'une présomption irréfragable.

³⁸ Articles L. 624-10 et R. 624-15 C. com.

³⁹ Article L. 624-9 C. com.

⁴⁰ C'est-à-dire ni susceptible d'interruption ni de suspension.

⁴¹ La distinction qui existait depuis la loi du 10 juin 1994 entre les biens faisant ou non l'objet de contrats en cours au jour du jugement d'ouverture a été abrogée par l'ordonnance du 18 décembre 2008.

⁴² C'est-à-dire non transformé en un bien d'une autre nature ni incorporé à un autre bien ni mélangé à d'autres biens de même espèce.

⁴³ Article L. 624-16 al. 3 C. com.

En cas de revente du bien avant l'ouverture de la procédure, le meuble n'existe plus en nature chez le débiteur à l'ouverture de la procédure de sorte que le conjoint *in bonis* ne peut pas le revendiquer entre ses mains. Il ne peut davantage le revendiquer entre les mains du tiers acquéreur, ce dernier étant protégé par l'article 2276 C. civ. Afin d'améliorer le sort du conjoint *in bonis* dépossédé, l'article L. 624-18 C. com. lui permet de revendiquer le prix si deux conditions sont remplies : le prix ne doit pas avoir été entièrement payé par le tiers acquéreur au débiteur-revendeur à l'ouverture de la procédure collective et le bien meuble revendu doit avoir existé en nature à la date de la délivrance du bien au tiers acquéreur et non pas à l'ouverture de la procédure collective. Il importe peu que le bien ait été transformé, incorporé ultérieurement par le sous-acquéreur⁴⁴. Lorsque ces conditions sont satisfaites, la demande du conjoint *in bonis* doit être exercée à la fois contre son époux et le sous-acquéreur.

La forme de la reprise est la deuxième condition commune à l'action en revendication et à la demande en restitution.

Le conjoint *in bonis* doit adresser sa demande par L.R.A.R. à l'administrateur judiciaire. Une copie de cette demande est adressée au mandataire judiciaire. L'administrateur ne peut acquiescer à la demande qu'avec l'avis du débiteur.

À défaut d'administrateur judiciaire⁴⁵, la demande est adressée directement au débiteur, qui ne peut acquiescer qu'avec l'accord du mandataire judiciaire. Cette règle est totalement inadaptée au cas du conjoint *in bonis* qui doit adresser la lettre à son propre domicile (si les époux habitent ensemble, ce qui est la situation la plus courante).

En cas de liquidation judiciaire, la demande sera adressée au liquidateur qui devra également obtenir l'accord du débiteur pour acquiescer.

À ce stade, la saisine directe du juge-commissaire par le conjoint *in bonis* est irrecevable, la jurisprudence considère la présentation de la demande au mandataire de justice comme un préalable obligatoire⁴⁶.

En cas de contestation ou à défaut d'acquiescement dans le délai d'un mois à compter de la réception de la demande, le conjoint *in bonis* doit, sous peine de forclusion, saisir le juge-commissaire, qui dispose d'un délai d'un mois pour statuer. Ce délai d'un mois court au jour de l'expiration du délai de réponse d'un mois reconnu pour acquiescer. La décision du juge-commissaire peut faire l'objet d'un recours devant le tribunal ayant ouvert la procédure collective dans

⁴⁴ Com., 5 novembre 2003: *Act. pro. coll. 2004-1 n° 7 p.1*, note A. JACQUEMONT.

⁴⁵ Article L. 621-4 al. 2 C. com. : la désignation d'un administrateur judiciaire est facultative pour le tribunal lorsque le nombre de salariés est inférieur à vingt et lorsque le chiffre d'affaire n'excède pas trois millions d'euros.

⁴⁶ Com., 2 octobre 2001 *JCP E* 2002-175 n° 13, note M. CABRILLAC et PH. PETEL.

les dix jours de sa notification, le jugement étant lui-même susceptible de voies de recours.

Lorsque les modalités de la reprise ne sont pas satisfaites, la reprise du conjoint n'est pas possible et son droit de propriété est inopposable à la procédure collective, en conséquence, le bien reste dans l'actif du débiteur. Les organes de la procédure collective sont libres de procéder à sa réalisation. Il convient de nuancer cette affirmation en soulignant deux tempéraments.

Premier tempérament : si le bien n'a pas été réalisé pendant la procédure collective et que le bien est encore entre les mains du débiteur, le conjoint *in bonis* retrouve le droit de revendiquer le bien dans les conditions du droit commun⁴⁷. La solution paraît indiscutable : aucune disposition ne prévoit que la forclusion du propriétaire qui n'a pas revendiqué dans le délai entraîne l'extinction de son droit. Dès lors que la sanction est limitée à l'inopposabilité à la procédure collective, la fin de la procédure collective doit mettre fin à la sanction.

Second tempérament : en cas de résolution du plan de sauvegarde ou redressement⁴⁸, le conjoint *in bonis* peut revendiquer la propriété du bien dans la seconde procédure, et cela quand bien même il n'avait pas fait valoir son droit dans la première. C'est l'indépendance des procédures collectives qui justifie cette solution.

Lorsque les modalités de la reprise sont satisfaites, la propriété du conjoint *in bonis* est opposable à la procédure collective du débiteur ; corrélativement, le bien objet de la reprise ne figure plus à l'actif de la procédure. La restitution du bien peut être immédiate, différée ou n'avoir jamais lieu.

La demande en revendication emporte de plein droit demande en restitution du bien⁴⁹. La restitution du bien, objet de la reprise, peut être différée ou ne jamais avoir lieu.

Lorsque le bien, objet de la reprise, fait l'objet d'un contrat en cours⁵⁰ au jour de l'ouverture de la procédure et que l'administrateur judiciaire a opté pour la continuation de ce contrat en application des dispositions de l'article L. 622-13 II C. com., la restitution effective du bien intervient au jour de la résiliation

⁴⁷ Com., 4 janvier 2000 *Act. proc. coll.* 2000/4 n° 40 ; D. 2000 jur. p. 533 note E. LE CORRE-BROLY ; R.J. com. 2000, p. 266 note C. DUMESNIL-ROSSI et L. SANTANA.

⁴⁸ La résolution du plan de sauvegarde ou de redressement peut intervenir dans les deux cas prévus à l'article L. 626-27 I C. com. à savoir l'inexécution de ses engagements par le débiteur ou lorsque la cessation des paiements du débiteur est constatée au cours de l'exécution du plan.

⁴⁹ Article R. 624-13 *in fine* C. com.

⁵⁰ A. MARTIN-SERF, Le contrat en cours est un contrat « *en cours d'existence et en cours d'exécution* » au jour du jugement d'ouverture, *chron. RJC* n° spé. nov. 1992, p. 9 ets.

ou du terme du contrat⁵¹. Cette disposition ajoutée par l'ordonnance du 18 décembre 2008 remplace le mécanisme de point de départ différé du délai de revendication qui existait auparavant.

Le bien qui existait à l'ouverture de la procédure collective peut avoir disparu en cours⁵². La restitution matérielle du bien du conjoint *in bonis* est impossible. Cette utilisation « au profit de la procédure collective » a toujours fondé au moins l'octroi à l'ancien propriétaire, soit au conjoint *in bonis*, d'une créance postérieure privilégiée correspondant au prix ou à la valeur de son bien, complétée autant qu'il est possible par les textes ou par la jurisprudence en engageant la responsabilité personnelle de l'administrateur ou du mandataire judiciaire.

Le principe de mise en sécurité du patrimoine du conjoint *in bonis* s'efface dans deux circonstances : en cas de fraude et d'engagement du conjoint *in bonis*.

b/ L'attraction dans la procédure collective des biens personnels en cas de fraude ou d'engagement personnel du conjoint *in bonis*

Par exception, les créanciers du débiteur peuvent voir leur droit de gage étendu aux biens personnels du conjoint *in bonis* en cas de fraude et/ou lorsqu'il est garant du débiteur.

Presque « naturellement », le mariage est propice à l'accomplissement d'actes frauduleux. En effet, le débiteur en difficulté peut être tenté de soustraire un maximum de ses biens à la procédure collective imminente en les transférant à son conjoint. Redoutant les transferts de biens du débiteur dans le patrimoine de son conjoint, le code de commerce⁵³ décide, entre autres mesures, que le prononcé de la procédure collective emporte la perte des libéralités et des avantages que le débiteur lui a consentis. De sorte qu'il est interdit au conjoint du débiteur qui était agriculteur ou exerçait une activité commerciale, artisanale ou toute autre activité professionnelle indépendante d'exercer dans la procédure aucune action à raison des avantages faits par l'un des époux à l'autre, dans le contrat de mariage ou pendant le mariage. Et vice versa, par mesure d'équité, les créanciers ne peuvent pas non plus se prévaloir des avantages consentis par le conjoint au débiteur.

Les créanciers disposent en outre à l'encontre du conjoint *in bonis* d'actions leur permettant de revendiquer les biens détournés de la procédure ou de contester les actes qui leur causent préjudice. En effet, face à la fraude⁵⁴, les

⁵¹ Article L. 624-10-1 C. com.

⁵² Par ex : la consommation ou la revente du bien.

⁵³ Art L. 624-8 C. com.

⁵⁴ La fraude à la loi se définit comme un acte régulier en si accompli dans l'intention d'éluder une loi impérative ou prohibitive et qui, pour cette raison, est frappé d'inefficacité par la jurisprudence ou par la

créanciers disposent de recours issus du droit des procédures collectives et du droit commun.

Pour sanctionner la fraude, le droit des procédures collectives permet à certains organes de la procédure d'exercer l'action en rapport et l'action en nullité de la période suspecte. Ces deux actions ont pour finalité de reconstituer le patrimoine du débiteur.

À supposer que le conjoint *in bonis* parvienne à prouver sa qualité de propriétaire en application de l'article L. 624-9 C.com. ou de l'article L. 624-10 C. com., l'administrateur ou le mandataire judiciaire peut faire obstacle à la reprise en exerçant l'action en rapport de l'article L. 624-6 C.com.⁵⁵ Cette action prive d'effets l'artifice par lequel, le débiteur encore *in bonis*, anticipant l'ouverture d'une procédure collective ultérieure, fait acquérir un bien par son conjoint en vue de le faire échapper aux poursuites des créanciers. Le bien sera réintégré dans le patrimoine de celui qui l'aura financé.

Après avoir déterminé le domaine de prédilection de l'action en rapport, on examinera les moyens de preuve à la disposition du mandataire ou de l'administrateur judiciaire puis les moyens de défense dont dispose le conjoint *in bonis* face à une telle action.

Dans les régimes de communauté, les mécanismes de récompense évitent les transferts de biens ou valeurs entre patrimoines des époux. Il a ainsi été jugé qu'un immeuble bâti sur le terrain propre du conjoint *in bonis*, pendant la durée du mariage à l'aide de fonds provenant de la communauté, constituant lui-même un propre, sauf récompense, les dispositions de l'article L. 624 -6 C.com. ne sont pas applicables⁵⁶.

Le champ d'application de l'article L. 624-6 C. com. vise essentiellement le conjoint *in bonis* marié sous un régime séparatiste. Dans un tel régime, un bien acquis au nom d'un époux séparé de biens lui appartient quelles que soient les sources de financement de cette acquisition. Par le jeu de cette action, une forme de subrogation est instituée : la qualité de propriétaire est reconnue à l'époux débiteur qui a payé de ses deniers personnels le prix de l'acquisition réalisée au nom du conjoint, alors qu'une application du seul régime de séparation de biens conduirait à écarter tout lien entre le titre de propriété et le financement de l'acquisition, le propriétaire étant l'époux au nom duquel l'acquisition a été faite, même si le prix a été payé totalement ou partiellement avec des deniers du conjoint⁵⁷.

loi.

⁵⁵ L'article L. 624-6 C.com. dispose : « Le mandataire judiciaire ou l'administrateur peut, en prouvant par tous les moyens que les biens acquis par le conjoint du débiteur l'ont été avec des valeurs fournies par celui-ci, demander que les acquisitions ainsi faites soient réunies à l'actif ».

⁵⁶ Com., 24 juin 2003 : *Bull. civ.* 2003, IV n°105 ; *D.* 2003 Jur. p. 2167, note PH. DELMOTTE.

⁵⁷ Com., 23 janvier 1996 : *Bull. civ.* n° 24 ; *D.* 1999, somm. p. 19, note V. BREMOND.

Le mandataire judiciaire ou l'administrateur judiciaire doit prouver que l'acquisition a été faite avec des valeurs fournies par le débiteur. Rappelant la présomption mucienne, l'action en rapport s'en distingue puisque la charge de la preuve de la provenance des fonds pèse sur le mandataire judiciaire ou l'administrateur judiciaire. Ces derniers disposent des mêmes « armes » probatoires qui sont celles d'un époux séparé de biens ou de son créancier. Dès lors, il faut admettre que l'administrateur ou le mandataire puisse invoquer la présomption d'indivision posée par l'article 1538 al. 3 C. civ. afin de prouver que les valeurs utilisées pour l'acquisition litigieuse étaient indivises, et donc en partie fournies par l'époux débiteur.

Que se passe-t-il si le bien a été aliéné par le conjoint *in bonis* avant l'ouverture de la procédure collective ?

Dans ce cas, la doctrine considère qu'en ce cas l'action en réunion d'actif devrait s'exécuter en valeur.

Le succès de l'action en rapport n'est pas subordonné à la condition du paiement intégral du prix des biens acquis.

Comment faire application de l'article L. 624-6 C. com. lorsque le débiteur n'a que partiellement financé l'acquisition réalisée par le conjoint *in bonis* ?

Puisque la réintégration porte sur la propriété intégrale du bien acquis au nom de l'époux *in bonis*, il serait logique de faire jouer la loi de la majorité et de considérer que seul un paiement de plus de la moitié du prix d'acquisition opéré par le débiteur peut ouvrir la voie à l'action en rapport. Dans ce cas, le conjoint *in bonis*, qui a financé moins de la moitié du prix de l'acquisition faite en son nom, perdrait en ce cas la propriété de ce bien et deviendrait simple créancier de son conjoint, tenu de déclarer sa créance s'il est encore dans les délais pour le faire. En revanche, s'il a financé au moins la moitié du prix, le conjoint *in bonis* devrait conserver la propriété du bien, à charge pour lui de rembourser le débiteur (*solvens*) en sa qualité par exemple de prêteur, de mandant ou de donateur. Ce n'est pas la solution retenue par la jurisprudence qui décide que la restitution porte sur le bien acquis, et non sur les deniers fournis. Le bien est considéré comme étant la propriété du débiteur, corrélativement, le conjoint *in bonis* perd tout droit réel sur ce bien.

À plusieurs reprises, la Chambre commerciale⁵⁸ a validé le recours à la preuve par « retranchement » consistant à déduire de l'absence d'activité professionnelle et de capitaux personnels du conjoint *in bonis* la nécessaire fourniture de valeurs par l'époux débiteur pour payer l'acquisition litigieuse. Le

⁵⁸ Com., 14 février 1989, *Rev. proc. coll.* 1991, p. 240 obs B. SOINE.

juge se contente de plus en plus d'une simple présomption de fraude, il s'agit d'une présomption du fait de l'homme.

Si l'on conjugue ces facultés avec la solution consacrée en 1996, on devine que, par le jeu des règles probatoires, la présomption mucienne est quasiment et pratiquement rétablie, tant il sera difficile au conjoint *in bonis*, au regard notamment du caractère fongible des deniers, de la fréquente confusion de ces derniers, et du nombre répandu de comptes joints entre époux séparés de biens, d'apporter la preuve de la nature exclusivement personnelle des valeurs ayant servi à acquérir le bien litigieux.

Le conjoint *in bonis* peut-il invoquer le fait que le jugement de divorce ait été prononcé avant l'ouverture de la procédure collective pour échapper à l'action en rapport ?

La Chambre commerciale précise que le succès de l'action n'est pas subordonné à la condition que le mariage soit en cours à la date d'ouverture de la procédure collective du débiteur⁵⁹.

Le conjoint du débiteur est-il admis à prouver que les valeurs fournies par le débiteur ont une cause existante et licite (prêt, libéralité, rémunération, remboursement d'une dette antérieure, etc.) ?

La doctrine est très partagée sur cette question. Certains auteurs⁶⁰, notamment au motif que la cause de l'acquisition est absente du texte de l'article L. 624-6 C. com. refusent toute portée à l'établissement que le versement de valeurs par l'époux failli était causé. D'autres⁶¹ estiment que, pour s'opposer à l'action en rapport, le conjoint *in bonis* peut établir que la fourniture de deniers par son époux débiteur trouve sa cause dans un acte ou un fait juridique antérieur ou concomitant au versement.

La Cour de cassation⁶², sans trancher la question, suggère un début de réponse. L'arrêt a rejeté le pourvoi du conjoint *in bonis* qui soulevait le fait que l'action en rapport « *ne peut être ordonnée lorsque ce financement trouve sa cause dans l'aide apportée par l'épouse à l'activité professionnelle du débiteur* », parce que le conjoint n'apportait aucun élément permettant d'établir, « *même approximativement* », ni l'importance de l'activité du débiteur ni l'existence d'une activité non rémunérée excédant la contribution aux charges du mariage. La Cour de cassation ne s'est prononcée que sur la question de la preuve et non sur la question de la recevabilité d'une telle preuve pour faire obstacle à l'action en rapport. Tout au moins, peut-on penser que sa position

⁵⁹ Com., 16 janvier 2007 : *Bull. civ.* 2007, IV, n° 3.

⁶⁰ M. STORCK, P. RUBELLIN, C. THIBIERGE.

⁶¹ P. LE CANNU, PH. PETEL, RIPERT ET ROBLOT, F-X. LUCAS.

⁶² Com., 10 janvier 2006 : *Bull. civ.* IV n°3.

n'est pas hostile à la recevabilité d'une telle preuve et que cette décision suggère une prochaine consécration de ce moyen de défense de l'époux *in bonis*.

Aux époux séparés de biens qui, au moment d'établir leur contrat de mariage ou lors de l'acquisition d'un bien par l'époux non professionnel, s'inquièteraient de l'éventuelle dégradation future de la situation professionnelle de l'un d'entre eux, le notaire doit rappeler que l'acquisition faite, même partiellement, au moyen de valeurs fournies par l'époux susceptible de faire l'objet d'une procédure collective est frappée d'une indéniable et imprévisible précarité. Ainsi, au regard de l'incertitude entourant encore la possibilité pour l'époux *in bonis* d'apporter la preuve de la cause exacte du versement litigieux, le notaire doit conseiller à ces derniers *soit* de dissocier le versement des fonds de l'acquisition elle-même, en établissant un contrat de prêt, de donation ou de rémunération, *soit* de n'effectuer un tel financement qu'à l'occasion, non pas d'une acquisition, mais de l'amélioration d'un bien personnel de l'époux *in bonis*, par exemple l'édification d'un ouvrage sur un terrain personnel à cet époux.

Le second recours institué par le droit des procédures collectives est l'action en nullité de la période suspecte. Les nullités de la période suspecte sont une arme efficace à la disposition du mandataire judiciaire pour annuler les actes frauduleux accomplis par le débiteur au préjudice des créanciers, avec un effet *erga omnes*. Avant d'envisager la mise en œuvre de l'action en nullité, il faut au préalable définir la période suspecte. La période suspecte est la période s'écoulant entre la date de la cessation des paiements⁶³ et le jour du jugement d'ouverture du redressement⁶⁴ ou de la liquidation judiciaire⁶⁵. Cette période est inconcevable dans la procédure de sauvegarde qui est exclusive de tout état de cessation des paiements⁶⁶. Plus exactement, pour la Cour de cassation, « *la période suspecte débute la première heure du jour fixé pour la date de la cessation des paiements* »⁶⁷. Par conséquent, les actes accomplis le jour même du jugement d'ouverture sont réputés, en vertu de la rétroactivité du jugement à zéro heure de sa date, accomplis après le jugement d'ouverture et ne tombent donc pas sous le coup des nullités de la période suspecte⁶⁸. Cette période est propice à la fraude : le débiteur aux abois triche volontiers en essayant de « sauver les meubles » et d'organiser son insolvabilité en transférant le maximum de ses biens à son conjoint.

⁶³ Le Tribunal fixe, dans le jugement d'ouverture, la date de cessation des paiements, « *s'il y a lieu* ». À défaut de fixation, la cessation des paiements est réputée intervenue à la date du jugement qui la constate. Elle peut être reportée une ou plusieurs fois, sans pouvoir remonter à plus de dix-huit mois avant le jugement (article L. 631-8 al. 1 et 2 C. com.).

⁶⁴ Articles L. 632-1 à L. 632-4 C. com. dans leur rédaction issue de l'ordonnance du 9 décembre 2010.

⁶⁵ Renvoi de l'article L. 641-14 C. com. aux arts précités note 34.

⁶⁶ Article L. 620-1 C. com.

⁶⁷ Com., 28 septembre 2004, *D.* 2004, AJ, p. 2716.

⁶⁸ Com., 19 janvier 1999, *Rev. proc. coll.* 2002, p. 273.

L'acte doit avoir été fait depuis la cessation des paiements, et avant le jugement d'ouverture de la procédure collective ; à défaut, cet acte est inattaquable sur le terrain des nullités de la période suspecte. Par exception, les actes translatifs à titre gratuit faits dans les six mois précédant la cessation des paiements peuvent être annulés (maximum de 24 mois).

L'acte doit relever d'un cas de nullité de droit ou relative. L'article L. 632-1 I C. com.⁶⁹ énumère limitativement onze hypothèses de nullité obligatoire frappant les actes intrinsèquement anormaux compte tenu de la cessation des paiements du débiteur. S'agissant de nullité de droit, le tribunal n'a aucun pouvoir d'appréciation, il doit prononcer la nullité et la bonne ou mauvaise foi du conjoint est indifférente. Sont nuls de plein droit dès lors qu'ils sont accomplis pendant la période suspecte :

- les actes à titre gratuit translatifs de propriété⁷⁰ : c'est ainsi que la donation consentie par le débiteur à son conjoint pendant la période suspecte doit être annulée⁷¹ et cela peu importe sa forme⁷² ou son montant. L'action en nullité est exercée directement contre le conjoint *in bonis* donataire. Le bien donné réintègre l'actif du conjoint-donateur. Si le conjoint *in bonis* a aliéné le bien donné, le sous-acquéreur devra restituer le bien, indépendamment de sa bonne ou mauvaise foi. L'annulation de la donation entraîne *ipso facto* l'annulation de la vente subséquente. Outre les donations, tombent sous le coup de ce l'article L.

⁶⁹ L'article L. 631-1 I C. com. dispose que : « I.- Sont nuls, lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation des paiements, les actes suivants :

1° Tous les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière ;

2° Tout contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie ;

3° Tout paiement, quel qu'en ait été le mode, pour dettes non échues au jour du paiement ;

4° Tout paiement pour dettes échues, fait autrement qu'en espèces, effets de commerce, virements, bordereaux de cession visés par la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises ou tout autre mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires ;

5° Tout dépôt et toute consignation de sommes effectués en application de l'article 2075-1 du code civil, à défaut d'une décision de justice ayant acquis force de chose jugée ;

6° Toute hypothèque conventionnelle, toute hypothèque judiciaire ainsi que l'hypothèque légale des époux et tout droit de nantissement ou de gage constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées ;

7° Toute mesure conservatoire, à moins que l'inscription ou l'acte de saisie ne soit antérieur à la date de cessation de paiement ;

8° Toute autorisation et levée d'options définies aux articles L. 225-177 et suivants du présent code ;

9° Tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire, à moins que ce transfert ne soit intervenu à titre de garantie d'une dette concomitamment contractée ;

10° Tout avenant à un contrat de fiducie affectant des droits ou biens déjà transférés dans un patrimoine fiduciaire à la garantie de dettes contractées antérieurement à cet avenant ;

11° Lorsque le débiteur est un entrepreneur individuel à responsabilité limitée, toute affectation ou modification dans l'affectation d'un bien, sous réserve du versement des revenus mentionnés à l'article L. 526-18, dont il est résulté un appauvrissement du patrimoine visé par la procédure au bénéfice d'un autre patrimoine de cet entrepreneur.

⁷⁰ Cela vise tous les actes d'appauvrissement sans contrepartie.

⁷¹ Com., 17 décembre 1985 pourvoi n° 83.15.659.

⁷² Par ex. : Com., 25 février 1986 : Bull. civ. IV n°30 : donation-partage.

632-1 1° C. com., le partage consécutif à un changement de régime matrimonial ou à un divorce qui étant déséquilibré révélerait une donation⁷³, la remise de dettes consenties par le conjoint au débiteur... ;

- le contrat commutatif⁷⁴ manifestement déséquilibré, en d'autres termes, tout contrat nettement lésionnaire. Le texte ne précisant pas la notion de disproportion notable, il est revenu à la jurisprudence de le faire. La Cour de cassation a, à plusieurs reprises, appliqué la nullité au partage de la communauté intervenu après le changement de régime matrimonial⁷⁵, du divorce ou de la séparation de corps des époux⁷⁶ ;

- le paiement des dettes non échues ou échues, mais réglées selon un mode de paiement non communément admis. Doit être annulé le paiement du débiteur son conjoint *in bonis* afin, là encore, de dissiper une partie de son patrimoine.

Les actes qui ne sont pas énoncés à l'article L. 632-1 C. com. peuvent être annulés par le juge. S'agissant de cas de nullité facultative, le juge dispose d'un pouvoir d'appréciation quant à l'opportunité de prononcer la nullité. Les nullités facultatives visent les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière réalisés dans les six mois précédant la cessation des paiements⁷⁷ ainsi que les paiements des dettes échues et des actes à titre onéreux. Dans cette dernière hypothèse, les époux pourraient être tentés de frauder les créanciers en effectuant des remises en compte courant bancaire. Les cas recoupant cette hypothèse sont en réalité innombrables, mais l'extension aux propres du conjoint *in bonis* est cohérente, cette fois encore. En effet, la fraude aux droits des créanciers du débiteur est directement liée à la connaissance que le conjoint *in bonis* a de la situation du débiteur, de son état de cessation des paiements. La

⁷³ Com., 28 mars 1995, *Bull. civ.* IV n°111.

⁷⁴ L'article 1104 C. civ. définit le contrat commutatif comme « celui dans lequel chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne ou de ce que l'on fait pour elle ». Il s'agit donc d'un contrat synallagmatique à titre onéreux dans lequel les parties connaissent l'importance de leurs obligations réciproques dès la conclusion du contrat. Le contrat commutatif s'oppose au contrat aléatoire.

⁷⁵ Com., 28 mars 1995: *Rev. proc. coll.* 1996, p. 448, note B. LEMISTRE ; Com., 30 juin 2004, n° 01-14.552 ; Com., 9 juillet 2002, n° 99-14.400.

⁷⁶ Com., 25 janvier 2000, n° 97-21.119 ; *Act. proc. coll.* 2000, comm. 68, note F.-X. LUCAS ; D. 2000, jurispr. p. 104, note A. LIENHARD ; *Dr famille* 2000, comm. 48, note H. LECUYER ; Com., 30 juin 2004, n° 01-14.552; 1ère Civ., 3 juin 2003, n° 01-17.971, *Bull. civ.* 2003, I, n° 136, p. 107 ; *Act. proc. coll.* 2003, comm. 179, note J. VALLANSAN ; la Cour de cassation a récemment précisé que « l'état liquidatif de communauté compris dans la convention définitive réglant les effets du divorce ou de la séparation de corps sur demande conjointe, conclue après la date de cessation des paiements, n'échappe pas aux nullités des actes accomplis pendant la période suspecte, même si cet acte contient des dispositions relatives aux créances alimentaires ou de prestations compensatoires » (Com., 7 novembre 2006, n° 04-18.650, *Bull. civ.* 2006, IV, n° 216). Cet arrêt indique bien que pour décider si la nullité de la période suspecte est applicable, il convient de prendre en compte la conclusion de la convention et non la date de l'homologation. Ainsi, une convention conclue avant la période suspecte mais homologuée pendant cette période ne pourrait pas être remise en cause.

⁷⁷ Article L. 632-1 II C. com.

volonté de frauder est donc patente et le principe qui veut que les propres du conjoint *in bonis* soient en sécurité n'a alors, logiquement, plus lieu d'être.

L'action en nullité est de la compétence exclusive du tribunal saisi de la procédure collective. Elle est exercée par l'administrateur judiciaire, le mandataire judiciaire, le commissaire à l'exécution du plan ou le liquidateur, le ministère public⁷⁸ et le créancier contrôleur en cas de carence du mandataire judiciaire⁷⁹. Ni le débiteur, ni les créanciers ne peuvent agir. Lorsque la nullité est prononcée, le bien réintègre l'actif de l'époux débiteur.

Outre les actions issues du droit des procédures collectives, les créanciers peuvent exercer personnellement les recours issus du droit commun.

Le droit commun recèle d'un certain nombre de mécanismes permettant aux créanciers du débiteur soumis à une procédure collective d'exercer individuellement des poursuites contre le conjoint dans des hypothèses où il aurait commis une fraude. On songe ici à l'action paulienne, l'action oblique et la tierce opposition.

L'action paulienne⁸⁰ offre aux créanciers un moyen de se protéger de sa fraude consistant à diminuer son patrimoine et donc à affaiblir leur gage. L'action paulienne se résout en une simple inopposabilité, de sorte que la validité de l'acte n'est pas affectée, et ses effets ne sont pas remis en cause entre les époux.

Sans être subsidiaire par rapport aux nullités de la période suspecte, l'action paulienne est cependant résiduelle du fait des conditions plus restrictives qui commandent sa mise en œuvre puisque le créancier doit prouver la fraude. Elle permet aux créanciers d'atteindre des actes qui échappent aux nullités de la période suspecte. Il en est ainsi des actes qui ont été conclus en dehors de la période suspecte. En particulier, l'acte de partage résultant d'un changement de régime matrimonial peut dans certains cas être contesté par la voie de l'action paulienne. Il en va ainsi d'un partage fictif cachant une donation pure et simple.

Un créancier peut aussi intenter une action oblique. L'article 1166 C. civ. permet aux créanciers du débiteur d'exercer un droit que leur débiteur n'a pas exercé par négligence. Elle permet aux créanciers du débiteur d'atteindre les biens personnels du conjoint *in bonis* en exerçant eux-mêmes les droits de leur débiteur, de sorte que là encore, ils peuvent faire échec à la fraude des époux placés en situation délicate, ce qui est parfaitement cohérent. L'action oblique peut être mise en œuvre en cas de partage gravement lésionnaire, ce qui permet aux créanciers du débiteur d'obtenir la rescision de plus du quart que leur

⁷⁸ Article L. 632-4 C. com.

⁷⁹ Article L. 622-20 C. com.

⁸⁰ Article 1167 al. 1 C. civ. dispose que : « Ils (les créanciers) peuvent aussi, en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits ».

débiteur, pour organiser son insolvabilité, néglige d'exercer contre son conjoint *in bonis*⁸¹ ; en cas de divorce sur requête conjointe dont une stipulation prévoit que l'époux débiteur transférera à son conjoint *in bonis* une partie de son patrimoine ; et plus généralement en cas de divorce ; lorsque les modalités de la prestation compensatoire leur sont préjudiciables.

À côté de l'action paulienne et l'action oblique, les créanciers disposent d'une protection spécifique contre un changement de régime matrimonial frauduleux.

Lorsque le changement de régime matrimonial des époux est soumis à homologation par le juge⁸², le changement de régime peut être contesté par les créanciers par la voie de la tierce opposition. Ceux-ci n'ont cependant pas de droit acquis au maintien du régime matrimonial, et ils ne peuvent faire échec au changement de régime au seul motif que le nouveau statut leur serait moins favorable. Pour autant, l'intérêt de la famille ne peut justifier une fraude aux droits des créanciers. Mais les juges sont généralement très réticents à présumer la fraude du seul fait des difficultés financières d'un époux⁸³.

De plus, si fraude il y a, celle-ci ne se révèle la plupart du temps que lors des opérations de partage qui font suite au changement de régime matrimonial. Pour cette raison, la tierce opposition est recevable « *lors même que la fraude que le changement de régime est destiné à permettre s'est matérialisée dans le partage* »⁸⁴. Le report de l'appréciation aux opérations de partage n'est en réalité qu'une garantie toute relative puisque d'une part, le partage n'est entouré d'aucune publicité ; et d'autre part, la liquidation n'est enfermée dans aucun délai, alors que la tierce opposition doit être formée dans l'année du jugement d'homologation. Passé ce délai, les créanciers ne sont plus admis à contester un partage consommé auquel ils n'ont pas fait opposition, sauf à recourir à l'action paulienne dans les cas limités où elle est recevable.

Les créanciers du débiteur ont également accès au patrimoine du conjoint *in bonis* lorsque ce dernier s'est porté garant du débiteur. Le principe d'exclusion des biens personnels de l'actif de la procédure collective s'efface lorsque le conjoint s'est engagé aux côtés du débiteur en tant que garant ou en présence d'une solidarité légale.

⁸¹ Cass. civ., 22 janv. 1980, *Bull. civ. I*, n° 32, *D.* 1980 IR. 400, note D. MARTIN en cas de divorce sur requête conjointe dont une stipulation prévoit que l'époux débiteur transférera à son conjoint *in bonis* une partie de son patrimoine ; et plus généralement en cas de divorce ; lorsque les modalités de la prestation compensatoire leur sont préjudiciables.

⁸² L'homologation est obligatoire en cas d'opposition des créanciers ou en présence d'enfant mineur (article 1397 C. civ.).

⁸³ J-Y CAMOZ, « Le rôle du juge et la notion de fraude à l'occasion d'un changement de régime matrimonial », *JCP* 1989 éd. N. I. 283.

⁸⁴ Cass. civ., 23 févr. 1972, *D.* 1973. 157, note E. POISSON ; *JCP* 1972. II. 17175, note J. PATARIN ; *Gaz. Pal.* 1972. 2. 535 ; *Defrénois* 1973. 195, note GUIMBELLOT.

Avant de dégager les modalités de poursuite du conjoint *in bonis*, il faut déterminer si le défaut de déclaration de la créance a une incidence sur l'engagement du conjoint.

Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, le défaut de déclaration de créances sur les garants du débiteur dépendait de la nature de la garantie, ce qui n'est plus le cas depuis la loi du 26 juillet 2005.

Quelle était l'incidence du défaut de déclaration de la créance sur un cautionnement⁸⁵ sous l'empire de la loi de 1985 ?

La loi du 25 janvier 1985 sanctionnait le défaut de déclaration des créances par l'extinction de la dette. L'extinction de la dette constituait une exception inhérente à la dette que le conjoint *in bonis* caution pouvait invoquer pour être totalement déchargé. Cette solution était parfaitement justifiée au regard du caractère accessoire du cautionnement⁸⁶ (article 2313 C. civ.). Le cautionnement apparaissait comme une garantie fragile. Le créancier se trouvait privé de sa garantie au moment où il en a le plus besoin, d'autant plus que la jurisprudence conférait à cette extinction une très large portée.

D'abord, la caution était déchargée même si le défaut de déclaration de la créance ne lui causait aucun préjudice. Ensuite, la libération profitait même à la caution, ayant été condamnée par décision définitive, dès lors que l'extinction de la créance préexistait à cette condamnation et qu'il n'avait pas encore payé le créancier à la date du jugement d'ouverture⁸⁷. Enfin, la jurisprudence assimilait à l'absence de déclaration le rejet de la déclaration ou la déclaration irrégulière faite par une personne non habilitée à représenter le créancier⁸⁸. Toutes ces solutions avaient été rendues en matière de cautionnement et n'avaient jamais été étendues à d'autres sûretés personnelles. La Cour de cassation⁸⁹ a toujours

⁸⁵ Le cautionnement est une sûreté personnelle qui est défini à l'article 2288 C. civ. : « *Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même* ».

⁸⁶ Le caractère accessoire est une dépendance juridique : l'obligation de la caution est juridiquement dépendante de l'obligation principale : si l'obligation principale est atteinte d'une cause d'extinction, cette cause d'extinction se répercute sur l'obligation de la caution.

⁸⁷ Com., 5 décembre 1995 : *Bull. civ. IV* n°277 ; *Rev. proc. coll.* 1996, 226 n°2, note E. KERCKHOVE ; *JCP E* 1996 I, 554 n°18, note M. CABRILLAC ; Com., 8 juillet 2003 n°00-17.708, *RD banc. et fin.* 2004/1 p.29 n°30, note F-X. LUCAS.

⁸⁸ Les conditions de la représentation étaient particulièrement strictes en ce domaine : les déclarations effectuées par un préposé nécessitaient une délégation de pouvoirs, qui ne pouvait pas être implicitement établie par la fonction du déclarant (Com., 4 juillet 2000) ; les déclarations conférés à un mandataire n'étaient régulières que si celui-ci bénéficiait d'un pouvoir spécial et seulement si le mandat pouvait être prouvé par écrit ; il ne pouvait être suppléé au mandat spécial et écrit par un commencement de preuve par écrit complété par d'autres éléments (Ass. Plén., 26 janvier 2001, *Bull. Ass. Plén.* n°1).

⁸⁹ Com. 19 janvier 1993, « *arrêt Bonfanti* », *Bull. civ. IV* n°25 ; *JCP* 1993 II 22056, note PH. PETEL ; *D.* 1993, p. 331, note A. HONORAT et J. PATARIN.

refusé aux codébiteurs solidaires⁹⁰ le droit de se prévaloir du défaut de déclaration, en qualifiant celle-ci d'exception personnelle, inopposable selon l'article 1208 C. civ. Il en allait de même pour les garants autonomes⁹¹. Cette jurisprudence a le mérite de préserver les droits du créancier bénéficiaire d'un engagement solidaire ou d'une garantie autonome.

Depuis le 1^{er} janvier 2006, le défaut de déclaration de créances n'emporte plus leur extinction, mais leur inopposabilité à la procédure collective empêchant le créancier de participer aux répartitions de dividendes⁹². L'inopposabilité de la créance non déclarée n'emporte plus, en revanche, la libération des garants accessoires du débiteur. Sur ce point, la réforme du droit des procédures collectives a donc renforcé l'efficacité du cautionnement.

Il est à craindre que la nouvelle protection des créanciers puisse être remise en cause par la jurisprudence.

Dans l'hypothèse où la créance non déclarée serait garantie non seulement par un cautionnement, mais également par une sûreté réelle, le conjoint *in bonis* pourrait, sans doute, en se fondant sur l'article 2314 C. civ. c'est-à-dire l'exception de défaut de subrogation⁹³, obtenir sa libération, puisque le défaut de déclaration de la créance rend la sûreté réelle inopposable à la procédure et constitue bien, dès lors, une perte d'un droit préférentiel dans lequel le conjoint *in bonis* eût pu être subrogé, perte imputable à la seule négligence du créancier et causant à la caution un préjudice.

En outre, dans l'hypothèse où le créancier ne serait garanti que par un cautionnement et serait donc seulement chirographaire, le conjoint *in bonis* caution pourrait encore tenter d'être déchargé, sur le fondement de la responsabilité contractuelle, et par voie de compensation entre sa propre dette et dommages-intérêts qu'il réclamerait au créancier, pour avoir omis de déclarer sa créance. Dans ce second cas, le risque de la libération du conjoint *in bonis* caution semble plus faible que dans le premier, car, si le défaut de déclaration pouvait sans doute être qualifié de négligence fautive, le préjudice en rapport

⁹⁰ La solidarité passive fait obstacle à la division de la dette, elle suppose que plusieurs débiteurs sont tenus, envers un ou plusieurs créancier(s) d'une obligation unique. Le créancier peut exiger de l'un quelconque des débiteurs le paiement de l'intégralité de la dette.

⁹¹ L'article L. 2321 C. com. définit la garantie autonome en ces termes : « *La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues. Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre. Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie. Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie* ».

⁹² Article L. 622-26 C. com : solution implicite en 2005 et expressément posée par l'ordonnance de 2008.

⁹³ L'article 2314 C. civ. dispose : « *la caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits hypothèques, et privilèges du créancier ne peut plus par le fait de ce créancier s'opérer en faveur de la caution* ». Le jeu de l'exception de défaut de subrogation suppose que trois conditions soient réunies : l'existence de « droits, hypothèques et privilèges » ; leur perte par la faute exclusive du créancier ; un préjudice en résultant pour la caution.

direct avec cette faute prête davantage à confusion (l'existence même d'un préjudice né de la perte du recours pourra être discutée dès lors que la caution, ayant usé de déclaration, disposera d'un recours personnel efficace).

Il faut, dès à présent, s'intéresser aux modalités de poursuite du conjoint *in bonis*.

On verra successivement les questions du moment de la poursuite du montant des poursuites et des recours à la disposition du conjoint *in bonis* caution.

L'interdiction des poursuites édictées à l'article L. 622-21 I C. com.⁹⁴ ne concerne que certaines poursuites exercées contre le débiteur et laisse entière la liberté d'action du créancier contre les tiers, notamment le conjoint *in bonis* garant du débiteur. La règle ci-dessus énoncée est utilement relayée par une autre disposition : l'article L. 622-28 al. 2 C. com.⁹⁵ fait bénéficier d'un arrêt des poursuites pendant la période d'observation les « *personnes physiques cautions, coobligées ou ayant donné une garantie autonome* ».

Pendant la période d'observation, le conjoint *in bonis* garant du débiteur pourrait être tenté d'utiliser ce répit pour organiser son insolvabilité. C'est pour cela que l'article L. 622-28 al. 3 C.com. autorise le créancier à prendre des mesures conservatoires : or, l'article 215 du décret du 31 juillet 1992 requiert, à peine de caducité, que le créancier introduise l'action visant à obtenir un titre exécutoire dans le mois qui suit l'exécution de cette mesure. La jurisprudence décide finalement qu'il peut engager cette action sans enfreindre la règle de l'arrêt des poursuites, celle-ci entraînant en revanche la suspension immédiate de l'instance durant toute la période d'observation ; l'instance pourra ensuite être simplement reprise par le créancier après le jugement arrêtant le plan de redressement (le cas échéant, au terme du délai de deux ans maximum accordé par le tribunal) ou prononçant la liquidation judiciaire.

Depuis la loi du 26 juillet 2005 et dans la procédure de sauvegarde exclusivement, l'article L. 622-28 al. 1 C. com. autorise au conjoint *in bonis* garant du débiteur à se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts à compter du jugement d'ouverture.

Le conjoint *in bonis* caution dispose de deux recours à l'encontre du débiteur. Ces recours s'imposent tout naturellement : la caution est engagée pour un autre, ce n'est qu'un garant, il est normal qu'elle puisse exercer un recours à l'encontre du débiteur principal.

⁹⁴ L'article L. 622-21 I 1° C. com. dispose : « *Le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance n'est pas mentionnée au I de l'article L. 622-17 et tendant : 1° A la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent (...)* ».

⁹⁵ Articles L. 631-14 et jusqu'à l'ordonnance de 2008 : article L. 643-1 C.com. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a supprimé le renvoi effectué à l'article L. 643-1 précité.

Dans le but de rétablir l'équilibre entre le patrimoine de la caution et celui du débiteur, équilibre rompu par le paiement de la caution, le Code civil offre à la caution deux types de recours en remboursement : le recours personnel⁹⁶ et le recours subrogatoire⁹⁷. L'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur principal ne remet pas en cause ces recours.

Pour exercer le recours personnel, il suffit que la caution ait payé sans que le créancier l'ait obligatoirement poursuivie dès lors que le paiement est valable et libératoire pour le débiteur principal. Le recours personnel présente essentiellement deux avantages par rapport au recours subrogatoire. Le principal avantage tient à son assiette puisqu'il permet à la caution de réclamer au débiteur une indemnisation complète de tous les débours provoqués directement ou indirectement par le cautionnement. L'autre avantage que peut présenter le recours personnel réside dans l'indépendance de son régime par rapport à celui de l'action du créancier. Il est ainsi soumis à un délai de prescription nouveau et autonome, en principe quinquennal⁹⁸, quelles que soient la nature et la durée restant à courir de la prescription de la dette principale.

Le recours subrogatoire, c'est l'action même du créancier contre le débiteur, qui est transmise à la caution par le mécanisme de la subrogation personnelle légale. Il bénéficie d'un double fondement textuel : d'une part, l'article 1251-3° C. civ. (subrogation légale au profit de celui tenu pour un autre) ; d'autre part, l'article 2306 C. civ., qui n'est qu'une application du précédent. Le recours subrogatoire est en revanche plus sûr que le recours personnel, car il transfère à la caution la créance *accipiens* avec tous ses accessoires. La caution peut ainsi bénéficier de tous les droits et avantages que le créancier s'était ménagés contre le débiteur principal, dès lors qu'il existe un lien suffisamment étroit avec la créance acquittée et que ces droits ne sont pas empreints d'un caractère propre.

La caution peut-elle exercer ses recours pendant le déroulement de la procédure collective ?

Comme tout créancier antérieur, la caution⁹⁹ subit une restriction de ses droits. L'interdiction du paiement des créances antérieures¹⁰⁰ et la suspension des poursuites individuelles à l'égard du débiteur notamment les actions qui tendent au paiement¹⁰¹ empêchent la caution d'exercer ces recours. Le conjoint *in bonis* doit déclarer sa créance selon les modalités des arts. L. 622-24, L. 622-25 C. com. À défaut de déclaration dans le délai de déclaration initiale de droit

⁹⁶ Article 2305 C. civ.

⁹⁷ Article 2306 C. civ.

⁹⁸ Article 2224 C. civ.

⁹⁹ Le contrat de cautionnement ayant été conclu avant l'ouverture de la procédure collective, le fait générateur est antérieur à la procédure collective.

¹⁰⁰ Article L. 622-7 C. com.

¹⁰¹ Article L. 622-21 I C. com.

commun de deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture au B.O.D.A.C.C.¹⁰², le conjoint *in bonis* est forclos, par conséquent, sa créance est inopposable à la procédure collective. Il ne pourra poursuivre le débiteur qu'à l'issue de la procédure collective. La possibilité pour le conjoint *in bonis* d'obtenir du juge-commissaire le relevé de forclusion semble très difficile au regard des liens l'unissant au débiteur.

Le recours anticipé n'est pas un recours subrogatoire, puisque la subrogation dans les droits du créancier ne peut s'opérer qu'à la suite d'un paiement et que, par hypothèse, le recours préventif intervient avant celui-ci. Lorsque le débiteur est en « faillite »¹⁰³, le recours anticipé prend la forme d'une déclaration de la créance de la caution à la procédure collective ouverte contre le débiteur. Cette déclaration se justifie par le fait que « la créance de la caution qui agit avant paiement contre le débiteur principal, sur le fondement de l'article 2309 du C.civ. » prend « naissance à la date de l'engagement de la caution » non à celle du paiement¹⁰⁴.

Le conjoint *in bonis*, bien que ne s'étant pas volontairement porté garant de la dette de son époux, peut être tenu aux côtés de son époux débiteur. Indépendamment de toute fraude ou de tout engagement personnel, le conjoint *in bonis* demeure tenu solidairement avec son époux. On songe à la solidarité ménagère de l'article 220 C. civ. ou à l'obligation solidaire au paiement de certains impôts. En application de l'article 220 C. civ., le conjoint *in bonis* sera tenu solidairement du paiement des cotisations obligatoires au profit d'organismes sociaux¹⁰⁵.

2/ Les droits du conjoint *in bonis* et de ses créanciers sur les biens communs ou indivis

Après avoir exposé les dangers du régime légal de la communauté de biens réduite aux acquêts (a), on tentera de remédier aux conséquences les plus néfastes en opérant des choix appropriés (b).

a/ Les dangers du régime légal de la communauté de biens réduite aux acquêts

Le sort des biens communs en cas de procédure collective d'un époux emporte des conséquences désastreuses.

¹⁰² Article R. 622-24 C. com.

¹⁰³ Article 2309 2° C. civ.

¹⁰⁴ Com., 3 février 2009.

¹⁰⁵ 1^{ère} Civ., 10 mars 1998 : *Dr. fam.* 1998 n°71 : les cotisations obligatoires au profit d'organismes sociaux sont des dettes ménagères au sens de l'article 220 C. civ.

Le principe de l'attraction des biens communs dans la procédure collective connaît une exception.

Les dettes nées du chef d'un époux pendant le mariage engagent ses biens propres et les biens communs. En conséquence, si cet époux est soumis à une procédure collective, ses créanciers voient non seulement les biens propres de leur débiteur, mais encore les biens communs, composer l'actif de la procédure, et ce dès le jugement d'ouverture. C'est l'effet réel de la procédure. Seront donc englobés dans l'actif, objet de la procédure collective, tous les biens communs sur lesquels, à titre individuel, les créanciers de l'époux auraient pu se payer.

Ce principe n'est pas absolu. Le principe d'engagement des biens communs du chef d'un seul époux ne peut être absolu, car il n'est pas sans danger. Un sort spécifique est réservé aux gains et salaires du conjoint. Parce qu'ils constituent une sorte de minimum alimentaire, qu'ils sont, le plus souvent, l'unique source de revenus de chaque époux, parce qu'aussi ils sont soumis au pouvoir exclusif du conjoint qui les perçoit, ils doivent être soustraits aux engagements inconsiderés de l'autre époux. Ainsi en a décidé le législateur en 1985 en modifiant l'article 1414 C. civ.

Concernant les gains et salaires économisés, il faut semble-t-il, se référer à la solution adoptée pour l'application de l'article 223 C. civ. en matière de pouvoirs de gestion et de disposition. Les gains et salaires échappent aux créanciers du conjoint tant que l'époux qui les perçoit conserve sur eux un pouvoir exclusif. En revanche, dès lors que ce pouvoir exclusif cesse, ils doivent tomber sous l'emprise commune des deux époux, ils doivent pareillement tomber sous l'emprise des créanciers de chacun d'eux. Appliqué à la procédure collective, cela signifie que les gains et salaires du conjoint *in bonis* dès lors qu'ils ont été économisés peuvent être appréhendés par les créanciers de son époux.

L'attraction des biens communs n'est pas sans conséquence. Les conséquences de l'attraction des biens communs doivent s'apprécier aussi bien l'égard du conjoint *in bonis* qu'à l'égard de ses créanciers. Les pouvoirs de gestion concurrente, exclusive et conjointe dont est investi le conjoint *in bonis* commun en biens sont malmenés par l'ouverture de la procédure collective. L'ouverture de la procédure collective à l'égard de son époux, vient perturber les pouvoirs de gestion concurrente et exclusive dont est en principe investi son conjoint. Aux termes de l'article 1421 C. civ., « *chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer (...)* ». Ce pouvoir de gestion concurrente est en principe reconnu à chaque époux pour les actes peu risqués pour la communauté¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Par exemple, la vente de biens corporels, ou la conclusion d'un bail d'habitation.

Or l'appréhension des biens communs par la procédure collective ne risque-t-elle pas de faire obstacle au pouvoir du conjoint ?

Une réponse positive s'impose en cas de liquidation judiciaire du débiteur (ou après l'adoption d'un plan de cession). Dans cette hypothèse, en raison du dessaisissement frappant le débiteur (article L. 641-9 C. com.), tous les biens communs inclus dans la procédure sont administrés par le liquidateur qui va par conséquent exercer les droits et actions de l'époux dessaisi. Dès lors les décisions relatives à la vente d'un bien commun, rendues à l'encontre de l'époux en liquidation judiciaire, représenté par son liquidateur, sont opposables au conjoint *in bonis*. Ce dernier n'est donc pas recevable à former tierce opposition. En d'autres termes, c'est donc le liquidateur qui va exercer les pouvoirs de gestion concurrente du débiteur privant alors le conjoint de son pouvoir sur la communauté. Pour preuve, il a d'ailleurs été décidé que l'époux *in bonis* ne peut donner à bail, même précaire, un immeuble commun compris dans l'actif de la procédure.

En l'absence de liquidation judiciaire, la solution sera a priori différente. Pendant la période d'observation, le conjoint *in bonis* subit le même traitement que son époux débiteur. Une distinction doit donc être faite en fonction de la présence ou non d'un administrateur.

En l'absence d'administrateur judiciaire, le débiteur garde la libre disposition de ses biens. Par conséquent, ses droits, ses pouvoirs de gestion concurrente et ceux de son conjoint sur les biens communs ne devraient pas être affectés.

En présence d'un administrateur, tout dépend de l'étendue de sa mission. S'il s'est vu conférer une mission de surveillance¹⁰⁷ ou une mission d'assistance¹⁰⁸, aucune difficulté ne semble se poser. Les époux, et donc le conjoint, conservent en principe l'administration de la communauté. En revanche, si l'administrateur a reçu une mission de représentation en cas de redressement judiciaire, le débiteur est dessaisi paralysant ainsi les pouvoirs d'administration des deux époux.

Le même raisonnement vaut d'ailleurs pour son pouvoir de gestion exclusive. L'article 1421 alinéa 2 C. civ. dispose que : « L'époux qui exerce une profession séparée a seul le pouvoir d'accomplir les actes d'administration et de disposition nécessaires à celle-ci ». Ainsi, à supposer que le conjoint gère lui aussi un fonds de commerce ou un fonds libéral, il peut alors gérer seul les biens communs affectés à sa profession. Cette exclusivité est paralysée en cas de procédure collective. En réalité, la gestion exclusive dévolue à chaque époux ne connaissant pas de prolongement sur le plan du passif, il en résulte que tous les

¹⁰⁷ Uniquement en sauvegarde.

¹⁰⁸ En sauvegarde ou redressement judiciaire.

biens communs sont engagés pour régler les dettes contractées par l'un des époux sans qu'il doive être tenu compte de leur affectation.

Par conséquent, lorsque l'un des époux est soumis à une procédure collective, tous les biens communs seront en principe intégrés dans l'actif de la procédure, y compris, le cas échéant, les biens professionnels affectés à la gestion exclusive de son conjoint, neutralisant alors ses pouvoirs. Toutes les solutions énoncées plus haut pour la gestion concurrente peuvent donc être transposées ici. Elles résultent seulement de l'application de l'article 1413 C. civ.

Les pouvoirs de gestion concurrente et exclusive du conjoint *in bonis* ne sont pas les seuls à être malmenés du fait de l'ouverture de la procédure collective, le pouvoir de cogestion est également affaibli. En communauté, les époux ne peuvent l'un sans l'autre accomplir un certain nombre d'actes importants portant sur les biens communs par exemple, les actes à titre gratuit entre vifs, la constitution de droits réels sur les immeubles communs ou encore l'aliénation des immeubles communs ou des fonds dépendant de la communauté pour ne citer que quelques exemples (arts. 1422, 1424 et 1425 C. civ.). Le consentement des deux époux est donc, dans de telles hypothèses, nécessaire.

Or une telle exigence de cogestion perdure-t-elle lorsqu'un des époux est soumis à une procédure collective ? Le consentement du conjoint *in bonis* doit-il être recueilli lorsqu'un bien commun est vendu dans le cadre de la procédure ?

En réalité, tout dépendra de la nature forcée ou non de la vente. La cogestion est évincée pour toutes les opérations de réalisation des biens communs accomplies en liquidation judiciaire (ou après un plan de cession). Dans ce cas, le liquidateur peut vendre des biens communs après autorisation du juge-commissaire sans recueillir l'accord du conjoint. Toutes les aliénations sont affranchies des exigences de cogestion, car, quelle que soit la forme de l'aliénation¹⁰⁹, elle n'en est pas moins forcée. Il s'agit d'une technique de règlement des dettes du débiteur ne supposant ni son consentement ni celui de son époux. L'indisponibilité n'emporte pas insaisissabilité. La solution acquise depuis la loi du 13 juillet 1967 n'a jamais été discutée. Tout au plus le conjoint a-t-il le droit d'être entendu selon l'article R. 624-12 C. com. aux termes duquel « *Le conjoint du débiteur doit être entendu ou dûment convoqué avant toute décision autorisant la vente des biens de la communauté* ». À défaut, un recours contre l'ordonnance du juge-commissaire pour violation du droit d'être entendu devrait lui être ouvert. En outre, en cas de saisie immobilière, certaines formalités doivent être respectées à son égard (article 2195 C. civ.). En tout état de cause, le produit de la vente ainsi réalisée est intégralement versé au liquidateur ; le conjoint ne saurait prétendre à quelque titre que ce soit à une partie du prix. Si la cogestion est évincée en présence d'une vente forcée, il faut admettre qu'à l'inverse, le consentement du conjoint du débiteur devra être

¹⁰⁹ Par ex. enchères publiques, adjudication amiable ou vente de gré à gré.

requis lorsque la vente d'un bien commun est volontaire. Tel sera le cas, par exemple, si l'aliénation intervient pendant la période d'observation, ou après le jugement arrêtant un plan de sauvegarde ou de redressement. Une fois encore, le droit commun de la gestion de la communauté retrouve alors tout son empire. En définitive, la cogestion n'est pas totalement exclue dans le cadre d'une procédure collective. Son domaine d'application, tel qu'il est déterminé par le Code civil, est respecté. Le consentement du conjoint du débiteur devra donc être requis chaque fois que la vente est consentie volontairement par le débiteur, en revanche, elle sera écartée lorsque l'aliénation est forcée puisqu'il ne s'agit dans ce cas que du simple exercice du droit de poursuite des créanciers du débiteur

L'intégration des biens communs dans l'actif de la procédure collective a nécessairement des incidences sur la situation des créanciers du conjoint *in bonis*.

Avant de voir la solution retenue par la Cour de cassation (2), il convient d'exposer les données du problème résultant de la présence des créanciers du conjoint *in bonis*. Compris dans l'actif de la procédure, les biens communs sont le gage des créanciers du débiteur, mais aussi de ceux du conjoint *in bonis*. La bilatéralisation de l'obligation à la dette autorise les créanciers du conjoint *in bonis* à poursuivre le règlement de leur créance sur l'ensemble des biens communs ; alors que les créanciers du débiteur sont soumis à la procédure qui restreint leur droit de poursuite en organisant leur règlement (ou l'absence de règlement) collectif sur ces mêmes biens. Faire prévaloir les règles découlant du régime matrimonial aboutirait de fait à privilégier les créanciers du conjoint au préjudice de ceux pris dans la procédure. Pour autant, les créanciers du conjoint *in bonis* ne peuvent se voir évincés du seul fait de la procédure collective de l'autre époux et doivent pouvoir réclamer leur dû sur les biens communs au même titre que les créanciers du débiteur. Afin d'éviter une situation de blocage et puisqu'il n'est pas juridiquement admissible de considérer ou bien que les créanciers du conjoint *in bonis* sont supérieurs en droit à ceux du débiteur, ou bien qu'ils sont étrangers à la procédure, le juge a dû composer avec les deux corps de règles opposés que sont le droit des entreprises en difficulté et le droit de la famille. Une solution de compromis en est ressortie. Sauf à diriger leurs poursuites sur les biens propres de leur débiteur personnel, les créanciers du conjoint *in bonis* n'échappent pas aux conséquences du prononcé de la procédure collective contre l'autre époux. Ils conservent leur droit de poursuite sur les biens communs, mais ils subissent la procédure et viennent en concours, selon leur rang, avec les créanciers du débiteur. La Cour de cassation¹¹⁰ a tranché en faveur de la participation des créanciers du conjoint *in bonis* à la procédure pourtant ouverte à l'encontre du seul débiteur ; puis à les soumettre à l'obligation

¹¹⁰ Ass. Plén. 23 décembre 1994 : arrêt de principe, *Bull. civ. inf C. cass.* n°402, 1^{er} février 1995, p. 1 concl. de M. l'avocat général ROEHICH ; rapport de M. le Conseiller Y. CHARTIER, *D.* 1995, p. 145 ; note F. DERRIDA, *JCP* 1995 II 22401, note D. RANDOUX, *Rép. Defrénois* 1995 article 36040 p. 444 note G. CHAMPENOIS.

de déclaration de créance qui s'impose aux créanciers comme condition de leur participation à la répartition de l'actif, alors que leur propre débiteur est pourtant extérieur à la procédure collective du conjoint du débiteur.

Il faut donc considérer que pendant la période d'observation, les créanciers du conjoint *in bonis* sont soumis à la discipline collective de la procédure ouverte à l'encontre du débiteur. Bien que la Cour de cassation ait fondé sa décision sur le dessaisissement qui frappe le débiteur en liquidation judiciaire et qui a un caractère exceptionnel pendant la période d'observation, les restrictions découlant du « moratoire général » qui suit l'ouverture de la procédure doivent s'étendre aux créanciers du conjoint. L'inverse aboutirait en effet à leur conférer un privilège qui leur est nié à la phase définitive, et à remettre en cause le caractère collectif et égalitaire de la procédure. L'hésitation n'est d'ailleurs plus permise depuis quelques arrêts rendus ensuite¹¹¹, les contraignant à la déclaration de créance, dont il faut déduire qu'ils sont entièrement soumis à la procédure. Ils doivent y prendre place selon leur rang, et seront à cet égard primés par les créanciers postérieurs au jugement d'ouverture qui sont en principe payés à échéance. Comme les créanciers antérieurs et les créanciers postérieurs non privilégiés dont la créance est née régulièrement du débiteur, ils doivent donc être soumis à l'arrêt des poursuites individuelles, à l'interdiction de l'inscription des sûretés.

Aux dangers de la communauté, on a proposé quelques remèdes, remèdes au nombre desquels ne figure pas le changement de régime matrimonial tardif¹¹².

¹¹¹ Com. 14 mai 1996 et 14 octobre 1997 : les juridictions du fond ne semblent pas devoir opposer de résistance Cass. civ., 1^{ère}, 14 févr. 1996, *JCP G*. IV. 852.

¹¹² Après deux années d'application du régime matrimonial conventionnel ou légal, les époux peuvent convenir dans l'intérêt de la famille de le modifier par un acte notarié par exception soumis à l'homologation du tribunal de grande instance (article 1397 al. 1 C. civ.). La décision de changer de régime matrimonial revêt un caractère personnel et ne saurait entrer dans le champ du dessaisissement d'un débiteur en procédure collective (Com., 20 décembre 1982). Si les époux optent, comme dans la grande majorité des cas, pour le passage d'un régime de communauté à un régime séparatiste, les déconvenues qui les attendent sont à la mesure des espoirs qu'ils avaient placés dans le changement de régime matrimonial. Loin de protéger les époux, le changement de régime matrimonial a pour effet d'étendre le gage des créanciers dont la créance est née pendant le mariage (Les biens qui étaient communs avant le changement de régime matrimonial tombent dans l'indivision post-communautaire et constituent ainsi, comme lorsqu'ils étaient des biens communs sous le régime de la communauté, des biens saisissables par les créanciers du ménage qui pourront agir dessus comme ils pouvaient le faire en régime communautaire (Cass. civ., 24 décembre 1915). Le passage d'un régime communautaire à un régime séparatiste entraîne donc corrélativement la mutation des créanciers qui deviennent des créanciers de l'indivision. Puisque chaque époux répond ainsi de la moitié des dettes entrées de son chef dans la communauté, les créanciers de l'indivision peuvent donc agir contre le conjoint *in bonis* pour la moitié de leur créance. On voit apparaître clairement l'effet pervers : si le conjoint *in bonis* était resté soumis au régime de la communauté légale, les créanciers n'auraient pu agir que contre les biens communs alors qu'en passant au régime séparatiste, ils peuvent atteindre jusqu'aux biens propres du conjoint *in bonis* à concurrence de la moitié de leur créance. Or, il faut bien avouer que l'application de ce principe par le juge à l'indivision post-communautaire est totalement incohérente en pratique. L'indivision post-communautaire repose sur l'idée que chaque époux va

b/ Les remèdes proposés face aux dangers du régime légal de la communauté de biens réduite aux acquêts

Le remède miraculeux n'existe pas. Néanmoins, des choix judicieux des époux peuvent leur permettre de limiter les effets les plus malheureux attachés à la survenance d'une procédure collective. Ce sera le cas lorsqu'ils se seront souciés tout à la fois de choisir *ab initio* un régime matrimonial séparatiste et d'organiser le patrimoine de l'entreprise de l'époux exploitant.

Un régime séparatiste est incontestablement préférable à celui du régime légal à la condition que les époux en respectent la discipline. Les époux ont le choix entre le régime de la séparation de biens et la participation aux acquêts. Deux masses de biens coexistent en cas de régime de séparation de biens : les biens personnels des époux et les biens indivis entre les époux. Sous le régime de la séparation de biens, chaque époux conserve en principe la propriété individuelle et exclusive de ses biens. Contrairement au régime légal, peu importe la date et la nature (gratuite ou onéreuse) de l'acquisition. Par ailleurs, l'époux marié sous ce régime « *conserve l'administration, la jouissance et la libre disposition de ses biens personnels* »¹¹³. Corrélativement à l'indépendance de l'actif et à l'autonomie de gestion dont chacun des époux est titulaire sur son patrimoine, l'article 1536 al. 2 C. civ. dispose que « *chacun d'eux reste seul tenu des dettes nées en sa personne avant ou pendant le mariage* ». Ainsi est-il clair que, sous réserve des dispositions du régime primaire¹¹⁴, chacun supporte seul le passif qu'il a fait naître, avant ou pendant le mariage. C'est dire qu'en cas d'ouverture d'une procédure collective contre l'un des époux, les créanciers de l'époux débiteur ne peuvent saisir que les biens personnels de leur débiteur et non à ceux de son conjoint¹¹⁵. Si la séparation de biens consacre la propriété individuelle de chaque époux, ce régime n'est toutefois pas exclusif de l'existence d'une indivision entre les époux.

Quelle est l'incidence de l'ouverture d'une procédure collective d'un époux à l'égard des biens indivis ?

L'ouverture d'une procédure collective n'a pas véritablement d'incidence sur les droits du conjoint du débiteur lorsque l'indivision est née avant le jugement d'ouverture. Il en va ainsi en présence d'une indivision conventionnelle entre époux séparés de biens ou d'une indivision postcommunautaire résultant d'un divorce ou d'un changement de régime matrimonial opposable à la procédure collective. Dans ce cas, il est en effet acquis que les créanciers du débiteur soumis à la procédure collective sont essentiellement des créanciers personnels de l'indivisaire au sens de l'article 815-17 al. 2 C. civ. Les biens

recevoir des biens communs et qu'en conséquence il doit répondre de la moitié des dettes communes.

¹¹³ Article 1536 al. 1 C. civ.

¹¹⁴ Notamment les articles 215 al. 3, 219 et 220-1 C. civ.

¹¹⁵ Sous réserve de la fraude ou de l'engagement du conjoint cf. *supra*.

indivis échappent donc à l'emprise de la procédure collective : ils sont hors procédure. Il en résulte dès lors deux conséquences.

Première conséquence : le conjoint *in bonis* continue de disposer de toutes les prérogatives attachées à sa qualité d'indivisaire. Il peut demander le partage, voire l'attribution préférentielle d'un bien, sous réserve, le cas échéant en cas de liquidation judiciaire, de mettre en cause le liquidateur. De même, le conjoint coïndivisaire garde l'entière faculté d'engager sa quote-part, celle-ci n'étant pas affectée par l'existence d'une procédure collective. Il pourra donc valablement consentir à ses créanciers personnels une hypothèque sur sa quote-part indivise. Cependant, en pratique cela n'intéressera pas les banquiers.

Deuxième conséquence : l'exclusion des biens indivis du périmètre de la procédure collective emporte une autre conséquence. Hors procédure, les biens indivis ne peuvent pas être réalisés par les organes de la procédure collective. Ces derniers peuvent seulement, à l'instar de tout créancier personnel d'un indivisaire, provoquer le partage en application de l'article 815-17 al. 3 C. civ. Par conséquent, le liquidateur est fondé à agir sans obtenir l'autorisation du juge-commissaire comme l'a réaffirmé la Cour de cassation¹¹⁶. Le conjoint *in bonis* a alors le choix, s'il n'a pas discuté la voie de la licitation et proposé d'acquérir la part indivise du débiteur :

- *soit*, de laisser opérer le partage, dans ce cas, le liquidateur peut seulement appréhender la part indivise du débiteur dans le bien et restituer au coïndivisaire l'excédent. La Chambre commerciale dans un arrêt du 7 avril 2009, a en effet rappelé que le liquidateur n'est pas fondé à répartir l'intégralité du prix de vente de l'immeuble indivis ;

- *soit*, de stopper l'action en partage en réglant le passif du débiteur. Toutefois, cette action n'est envisageable que si le conjoint connaît le montant exact du passif, ce qui suppose qu'il soit vérifié et fixé. À défaut, l'action en partage ne saurait être exercée. De toute façon, rares sont les occasions où le conjoint sera prêt pour des raisons personnelles ou sentimentales à acquitter le passif du débiteur...

Hors procédure, les biens indivis n'échappent pas pour autant à toute poursuite. Ils peuvent toujours être appréhendés par les créanciers de l'indivision au sens de l'article 815-17 al. 1 C. civ. Il s'agit soit de créanciers dont la créance

¹¹⁶ Com. 12 novembre 2008 : en l'espèce, la question se posait à propos d'un immeuble acquis en indivision par des époux séparés de biens. Après la mise en liquidation judiciaire de l'époux, le liquidateur avait assigné les époux en licitation partage. Or les époux soutenaient que cette action était irrecevable au motif que le mandataire devait au préalable obtenir l'autorisation du juge-commissaire. Cassant la décision des juges du fond, la chambre commerciale a considéré que « *lorsqu'un immeuble dépend d'une indivision préexistante à l'ouverture de la procédure collective de l'un des époux, le liquidateur représentant des créanciers personnels de cet indivisaire, est fondé à solliciter la licitation de l'immeuble en application de l'article 815-17 al. 3 C. civ. sans avoir à demander l'autorisation préalable du juge-commissaire* ».

résulte de la conservation ou la gestion des biens indivis ; soit, de créanciers bénéficiant du chef de tous les indivisaires d'une hypothèque sur le bien indivis ; soit enfin, de créanciers qui auraient pu agir sur les biens indivis avant l'indivision dans le cas d'une dissolution de la communauté. Ces créanciers conservent le droit d'être payés avant tout partage (article 815-17 al. 1 C. civ.). Aussi en cas de licitation demandée par le liquidateur, ils peuvent parfaitement demander à être payés sur la totalité du prix avant les créanciers de la procédure collective. De même et surtout, ils disposent du droit de saisir et de faire vendre les biens indivis et donc de conserver le prix à concurrence de leurs créances. Leur droit de poursuite est hors procédure puisqu'il s'exerce sur des biens qu'elle n'atteint pas. Toutefois, dans ce cas, le créancier agissant devra obtenir l'autorisation du juge-commissaire. L'ordonnance du juge se substitue au commandement aux fins de saisie pour l'époux en liquidation judiciaire. Quant au conjoint *in bonis*, un commandement de droit commun devra lui être délivré. En tout état de cause, le liquidateur ne saurait s'opposer aux prétentions du créancier saisissant. Tout au plus le reliquat de la saisie pourra être partagé entre le mandataire et le coïndivisaire maître de ses droits.

Une objection à l'encontre du régime de séparation de biens peut être, on le sait, d'ordre psychologique. Les époux peuvent préférer la mise en commun de leurs biens comme toile de fond de leur union plutôt que de séparer leurs fortunes en optant pour un régime pouvant apparaître d'essence plus individualiste. La réponse consiste à opter pour le régime de la participation aux acquêts. La participation aux acquêts est un régime *sui generis* qui permet au conjoint *in bonis* de préserver ses biens personnels ainsi que ses pouvoirs de gestion. Le régime de la participation aux acquêts est un régime *sui generis* qui associe une indépendance patrimoniale des époux pendant le mariage à une égale répartition en valeur des acquêts entre les époux, à la dissolution du régime. Selon le moment auquel on se situe, durant le régime ou à sa dissolution, le régime de la participation aux acquêts s'apparente donc tantôt au régime de la séparation de biens, tantôt au régime de communauté légale, mais sans jamais se confondre avec l'un ou l'autre de ces deux régimes. Il a ainsi, à tout moment, une nature propre : c'est bien un régime *sui generis* pour l'étude duquel on ne peut se satisfaire de renvoyer successivement aux règles relatives au régime de la séparation de biens et à celles qui régissent la communauté légale. Contrairement aux époux mariés sous le régime légal et à l'instar de ceux mariés sous la séparation de biens, les époux mariés sous le régime de la participation aux acquêts restent personnellement propriétaires de tous les biens, y compris de l'ensemble des revenus, qu'ils ont acquis aussi bien avant que pendant le mariage, quel qu'en ait été le mode d'acquisition, à titre onéreux ou à titre gratuit. La conséquence de cette autonomie des patrimoines des époux est l'absence de tout bien commun, de toute masse commune. La notion d'acquêt ne fait son apparition qu'à la dissolution du régime et ne représente qu'une valeur comptable, une somme d'argent, déduite de la confrontation du patrimoine originaire et du patrimoine final de chacun des époux.

Les dettes contractées par un époux, avant ou pendant le mariage, restent personnelles à ceux-ci. À l'absence de masse commune correspond l'absence de tout passif commun.

L'époux en procédure collective n'engage donc que son patrimoine personnel. Les créanciers de l'époux débiteur ne peuvent ainsi exercer leur droit de suite que sur le patrimoine du débiteur sans pouvoir atteindre les biens du conjoint de ce dernier¹¹⁷.

Sous réserve des dispositions du régime primaire, l'article 1569 al. 1 C. civ. pose le principe de la gestion indépendante de leurs biens par chacun des époux, quels que soient la date et le mode d'acquisition du bien ou le type d'acte de gestion à effectuer (conservation, administration ou disposition). Chaque époux a ainsi le pouvoir exclusif de gérer, en toute indépendance, son patrimoine personnel. De sorte que l'ouverture de la procédure collective à l'encontre d'un époux n'affecte pas son conjoint dans la gestion de ses biens personnels.

Si le risque contre lequel il s'agit de se prémunir est celui de voir les créanciers d'un des époux menacer l'actif du ménage, sa prévention peut aussi passer par une organisation adéquate du patrimoine de l'entreprise. L'idée va être de conférer une autonomie au « patrimoine professionnel » de l'époux exploitant, de façon à faire en sorte que seuls les actifs professionnels soient offerts en gage aux créanciers dont la créance est née dans un cadre professionnel.

Pour protéger son patrimoine personnel, le conjoint exploitant peut décider d'exploiter son activité dans le cadre d'une société dotée de la personnalité morale¹¹⁸, ou utiliser d'autres techniques sans création de la personnalité morale. Le principe d'autonomie de la personne morale ne doit pas être surestimé. La société dotée de la personnalité morale permet une séparation du patrimoine de l'entreprise et du patrimoine personnel de l'entrepreneur. Le conjoint exploitant doit prendre soin de ne pas choisir une société à responsabilité illimitée, car il serait tenu indéfiniment du passif social.

L'époux exploitant a le choix entre l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée¹¹⁹ et la Société par actions simplifiée unipersonnelle¹²⁰. Ces deux sociétés constituent une technique efficace de protection du patrimoine, reposant sur la constitution d'une société dotée de la personnalité morale.

¹¹⁷ Sous réserve de la fraude ou de l'engagement du conjoint *cf. supra*.

¹¹⁸ Société pluripersonnelle ou unipersonnelle on raisonnera sur le cas de l'époux entrepreneur individuel.

¹¹⁹ E.U.R.L.

¹²⁰ S.A.S.U.

Le conjoint associé unique n'est pas tenu des dettes en cours de vie de l'E.U.R.L. : toute société dispose d'un patrimoine propre, clairement distinct de celui de ses associés. Et lorsque la société est à responsabilité limitée, les créanciers sociaux ne peuvent exercer leur droit de gage que sur le patrimoine de la société et non sur celui des associés. Néanmoins, le principe de mise à l'abri du patrimoine de l'exploitant souffre de nombreuses exceptions.

L'écran de la personnalité morale peut se transformer un écran de fumée lorsque l'époux exploitant accorde aux créanciers de la société des garanties, mais aussi lorsque ce dernier a commis une faute.

Combien de chefs d'entreprise peuvent, par principe, refuser à tous leurs créanciers l'octroi d'un cautionnement ?

La protection du fait de la création d'une personne morale se révèle bien souvent n'être qu'un leurre. L'efficacité cette technique n'est garantie que pour autant que l'époux exerçant l'activité professionnelle refuse l'ouverture de toute brèche dans la citadelle que constituent ses actifs domestiques. Le souci de protection des actifs professionnels cède, bien souvent, devant les nécessités du crédit. En effet, la grande majorité des créanciers obtient généralement du conjoint associé unique un cautionnement, une garantie à première demande, voire une hypothèque, le plus souvent avec renonciation au bénéfice de discussion¹²¹.

En cas de clôture de la procédure pour insuffisance d'actif, la situation du conjoint associé engagé en qualité de caution ou garant à première demande est pire que celle de l'entrepreneur individuel mis en liquidation judiciaire : le créancier peut mettre en œuvre la garantie et lui demander de payer les dettes de la société. Or, les créanciers perdent leur droit d'action contre l'entrepreneur individuel (article L. 643-11 I C. com.) sauf en cas de fraude.

Par ailleurs, si par sa faute, l'associé a contraint la société au dépôt de bilan, il peut être tenu responsable de l'insuffisance d'actif s'il a commis une faute de gestion¹²² : la dette de responsabilité est alors imputée sur le patrimoine des époux. Si les dettes ne sont pas acquittées, la faillite personnelle du dirigeant peut être prononcée et, par voie de conséquence, la confusion des patrimoines, ajoutant un drame familial à l'échec économique sans faculté de rebond... En sus de ces sanctions civiles, des sanctions pénales peuvent être prononcées contre

¹²¹ Le bénéfice de discussion est défini à l'article 2298 C. civ. selon ces termes : « *La caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, qui doit être préalablement discuté dans ses biens, à moins que la caution n'ait renoncé au bénéfice de discussion, ou à moins qu'elle ne se soit obligée solidairement avec le débiteur ; auquel cas l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires.* »

¹²² Article L. 651-2 C. com.

l'associé unique, qu'elles soient spécifiques aux procédures collectives¹²³ ou non¹²⁴.

Afin de cloisonner son patrimoine personnel et son patrimoine professionnel, l'époux exploitant n'est pas obligé d'avoir recours à la création d'une personne morale. Plusieurs choix s'offrent à l'époux entrepreneur : l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, la fiducie-gestion, la déclaration d'insaisissabilité. Ces techniques présentent toutes un inconvénient commun : elles rendent plus difficile le financement qui est quand même la condition *sine qua non* de toute activité économique.

Depuis la loi Novelli n° 2010-658 du 15 juin 2010, la notion de patrimoine d'affectation fait partie de notre système juridique. L'entrepreneur peut décider de constituer deux patrimoines distincts, l'un privé, l'autre professionnel¹²⁵. Le patrimoine non affecté, protégé des créanciers professionnels de l'entrepreneur, se compose, par défaut, de l'ensemble des biens, droits et obligations qui ne dépendent pas des patrimoines affectés. Pour connaître sa consistance, il faut donc se tourner vers celle du ou des patrimoines affectés. Le patrimoine affecté est *a minima* composé de l'ensemble des biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire et qui sont nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle¹²⁶.

Quelle est l'efficacité de l'E.I.R.L. lorsque l'entrepreneur est soumis à une procédure collective ?

C'est l'ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010 qui a adapté le droit des entreprises en difficulté au régime de l'E.I.R.L. Avec l'E.I.R.L., la procédure collective frappe un patrimoine et non un débiteur. En conséquence, une procédure collective ouverte dans le cadre d'une activité professionnelle n'affecte que le patrimoine dédié à cette activité¹²⁷. Les autres patrimoines demeurent à l'abri de cette procédure. Seuls les créanciers ayant pour gage le patrimoine affecté par la procédure collective sont soumis aux affres de la procédure. Les créanciers antérieurs, qui ont pour gage l'entier patrimoine du débiteur, restent libres de saisir les biens non affectés ; mais ils doivent se soumettre aux règles de la procédure s'ils souhaitent être payés sur les biens affectés. Seuls les actifs du patrimoine frappé par la procédure sont figés¹²⁸. L'unicité de procédure tombe avec l'unicité du patrimoine.

¹²³ Article L. 654-8 C. com.

¹²⁴ Article L. 654-1 C. com. en cas de la banqueroute.

¹²⁵ A compter du 1^{er} janvier 2013 il sera possible constituer plusieurs d'E.I.R.L.

¹²⁶ Article L. 526-6 al. 2 C. com.

¹²⁷ Article L. 680-1 C. com.

¹²⁸ Article L. 680-6 C. com.

Le principe du traitement patrimoine par patrimoine de la faillite connaît toutefois certaines limites heureuses pour la sécurité du crédit¹²⁹.

L'époux exploitant peut aussi recourir à la fiducie. Il résulte de la définition posée à l'article 2011 C. civ.¹³⁰ que le fiduciaire doit agir dans un but déterminé au profit du bénéficiaire. Et si le constituant peut avoir la qualité de bénéficiaire, il ne peut pas cumuler la qualité de fiduciaire¹³¹. La fiducie à la française n'apparaît donc pas, à première vue, comme un outil destiné à la protection patrimoniale du constituant.

En s'appuyant sur la fiducie-gestion¹³², l'époux entrepreneur a deux possibilités. Première possibilité : l'époux exploitant isole dans le patrimoine fiduciaire un ou plusieurs biens qu'il souhaite protéger de ses créanciers professionnels. Son actif professionnel demeure alors dans son patrimoine. Il continue ainsi de gérer son entreprise. Une convention d'usage ou de jouissance est conclue avec le fiduciaire pour que le constituant puisse gérer librement l'actif fiduciaire. Deuxième possibilité : l'époux exploitant procède inversement, en transférant dans le patrimoine d'affectation son actif professionnel. Il conserve ainsi ses biens non professionnels, hors d'atteinte des créanciers professionnels, qualifiés de créanciers de la fiducie. Une convention de mise à disposition lui assure la gestion de son fonds de commerce ainsi que de l'immeuble commercial le cas échéant.

La fiducie-gestion constitue donc théoriquement une alternative plausible à l'E.I.R.L. Précisons simplement que si l'actif à transférer dans le patrimoine fiduciaire relève d'une communauté conjugale, outre la nécessité d'obtenir au préalable l'accord de l'époux de l'entrepreneur puisque la mise en fiducie fait perdre la propriété au constituant¹³³, le contrat de fiducie doit à peine de nullité être établi par acte notarié¹³⁴.

Les biens fiduciaires ne peuvent être appréhendés ni par les créanciers personnels du constituant, ni par ceux du fiduciaire. Les biens transférés au fiduciaire entrent dans le patrimoine fiduciaire sans pour autant lui appartenir définitivement puisqu'il devra les restituer après les avoir conservés ou gérés. Ils

¹²⁹ La protection patrimoniale peut céder si le chef d'entreprise consent une sûreté et notamment un cautionnement, dès lors, le droit d'accès au patrimoine personnel au profit de ses créanciers professionnels est rétabli. Cette protection peut être partiellement remise en cause sur le fondement de la responsabilité pour insuffisance d'actif après liquidation judiciaire.

¹³⁰ L'article 2011 C. civ. définit la fiducie comme « l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ».

¹³¹ Article 2016 C. civ.

¹³² La fiducie-gestion consiste à confier la gestion de biens à un tiers de confiance, le fiduciaire, qui doit les rétrocéder à une date déterminée.

¹³³ Article 1424 C. com.

¹³⁴ Article 2012 C. civ.

ne font pas partie de son patrimoine personnel, mais prennent place dans un patrimoine d'affectation. Ainsi, l'ouverture d'une procédure collective prononcée à l'encontre du fiduciaire n'a aucune incidence sur le patrimoine fiduciaire¹³⁵.

Contrairement à l'E.I.R.L., l'opposabilité du patrimoine fiduciaire s'impose également aux créanciers antérieurs, à l'exception de ceux qui sont titulaires d'une sûreté publiée antérieurement au contrat de fiducie leur conférant un droit de suite¹³⁶. À dire vrai, les créanciers antérieurs ne sont pas totalement dépourvus de droit d'agir. L'entrepreneur constituant est en effet titulaire d'une créance de restitution de l'actif fiduciaire. Seulement, la restitution n'a vocation à intervenir qu'au terme conventionnel ou légal de la fiducie-gestion. D'ailleurs, si l'actif transféré dans le patrimoine fiduciaire relevait d'une communauté conjugale, le sort des créanciers du conjoint de l'entrepreneur serait identique : la saisie ne pourrait plus porter que sur la créance de restitution, commune aux époux.

La fiducie-gestion n'est toutefois pas la panacée. Il n'est pas avéré que la protection promise soit aussi efficace. D'abord, toute diminution frauduleuse d'actifs de la part du constituant, rendant exsangue le patrimoine de ce dernier, demeurerait inefficace à l'égard de ses créanciers¹³⁷. Ensuite, le décès de l'entrepreneur emporte obligatoirement extinction de la fiducie-gestion¹³⁸ : la protection ne peut donc pas être transmise aux héritiers. Enfin, si le patrimoine fiduciaire ne constitue le gage que des seuls titulaires de créances nées au titre de sa conservation ou de sa gestion¹³⁹, la réciproque n'est pas vraie. En cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant forme ainsi le gage commun des créanciers de la fiducie, à moins que le contrat de fiducie n'ait transféré tout ou partie de ce passif au fiduciaire¹⁴⁰. Le contrat de fiducie peut toutefois limiter l'obligation au passif fiduciaire au seul patrimoine fiduciaire : dans ce cas, le droit de gage des créanciers de la fiducie, pourvu qu'ils aient accepté ladite clause, ne portera que sur le patrimoine fiduciaire¹⁴¹. Encore faut-il obtenir l'accord des créanciers. C'est ici qu'apparaît l'utilité de combiner l'E.I.R.L. avec la fiducie-gestion : l'actif professionnel dépend du patrimoine affecté du chef d'entreprise, tandis que les biens à protéger, restés dans un premier temps dans le patrimoine non affecté, seront apportés dans un second temps à la fiducie-gestion. En cas de confusion des patrimoines de l'E.I.R.L., la fiducie-gestion fera office de bouclier jusqu'au décès de l'entrepreneur. Sauf si une procédure collective est prononcée à l'encontre de l'entrepreneur... Par hypothèse, l'entrepreneur sera l'unique bénéficiaire de la

¹³⁵ Article 2024 C. civ.

¹³⁶ Article 2025 al. 1 C. com.

¹³⁷ Article 2025 al. 1 C. civ.

¹³⁸ Article 2029 C. civ.

¹³⁹ Article 2025 al. 1 C. civ.

¹⁴⁰ Article 2025 al. 2 C. civ.

¹⁴¹ Article 2025 al. 3 C. civ.

fiducie. Or, d'une part, le transfert fiduciaire est soumis aux nullités de la période suspecte¹⁴². D'autre part, lorsque le constituant est l'unique bénéficiaire de la fiducie, la liquidation judiciaire entraîne la résiliation de plein droit du contrat de fiducie¹⁴³. La fiducie-gestion se révèle particulièrement inadaptée à l'objectif de protection patrimoniale face au droit des entreprises en difficulté. Et c'est logique puisqu'elle n'a pas été conçue dans cette perspective. La fiducie-gestion n'est donc pas d'une sécurité absolue. Elle conserve cependant un intérêt en complément d'un autre mécanisme de protection. Il est tout de même à craindre que le banquier refuse ce montage.

Depuis la loi du 1^{er} août 2003, dite « Dutreil », l'entrepreneur est autorisé à déclarer insaisissables ses droits sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale. La loi du 4 août 2008, dite L.M.E., a élargi le champ d'application de la déclaration d'insaisissabilité à tous les biens immobiliers (pleine propriété, usufruit, nue-propriété, quotes-parts indivises) que l'entrepreneur n'a pas affectés à son usage professionnel.

Si un immeuble est partiellement utilisé pour les besoins professionnels de l'entrepreneur, la partie non affectée à un usage professionnel ne peut faire l'objet de la déclaration que si elle est désignée dans un état descriptif de division. Une individualisation est donc nécessaire. Cependant, il arrive que celle-ci soit assez complexe voire impossible, par exemple lorsque l'entrepreneur n'utilise qu'une seule pièce de sa résidence principale dans laquelle il a élu domicile. Dans cette hypothèse, l'article L. 526-1 C. com. admet exceptionnellement que l'insaisissabilité peut porter sur toute la résidence principale sans qu'un état descriptif de division soit nécessaire.

L'E.I.R.L. et la déclaration d'insaisissabilité peuvent être combinés. On songe à l'entrepreneur individuel qui a divisé son patrimoine en affectant l'une de ses activités professionnelles au patrimoine professionnel. Au moyen d'une déclaration d'insaisissabilité, il peut protéger ses actifs immobiliers restés dans le patrimoine privé des créanciers issus de ses autres activités professionnelles, elles aussi restées dans le patrimoine privé (au moins jusqu'au 1^{er} janvier 2013).

La situation du conjoint *in bonis* pendant la procédure collective ayant été exposée, il convient de se pencher sur son sort à l'issue de la procédure collective.

B.- La situation du conjoint *in bonis* et de ses créanciers à l'issue de la procédure collective

On examinera successivement la situation du conjoint *in bonis* à l'issue de la procédure collective (1) et celle de ses créanciers (2).

¹⁴² Article L. 632-10° C. com.

¹⁴³ Article L. 641-12-1 C. com.

1/ La situation du conjoint *in bonis* à l'issue de la procédure collective

À l'issue de la procédure collective, on pourrait penser que le conjoint *in bonis* retrouve l'intégralité de prérogatives sur tous les biens communs ou indivis. Si cela est vrai lorsqu'un plan de sauvegarde ou de redressement a été prononcé **(a)** cette affirmation doit être nuancée en cas de plan de cession ou de liquidation judiciaire **(b)**. En effet, le conjoint *in bonis* subit les règles propres à chaque type de solution proposée par le juge au débiteur.

a/ Conjoint *in bonis* et plan de sauvegarde ou de redressement

Le principe selon lequel le débiteur et son conjoint recouvrent l'intégralité de leurs pouvoirs de gestion souffre d'un tempérament.

L'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement rétablit le débiteur dans tous les pouvoirs qui étaient les siens avant l'ouverture de la procédure collective. Le débiteur qui était en redressement judiciaire est réputé *in bonis* et celui qui était sous une procédure de sauvegarde n'est plus soumis à ce régime. On en déduit corrélativement que le conjoint *in bonis* retrouve ses pouvoirs sur les biens communs ou indivis.

Quelle est l'incidence d'un plan sur l'engagement du conjoint *in bonis* caution ?

La loi oblige à distinguer entre le plan de sauvegarde et le plan de redressement.

Lorsque le débiteur obtient un plan de sauvegarde, les délais du plan profitent au conjoint *in bonis* ayant une des qualités posées à l'article L. 622-28 C. com. (article L. 626-11 C. com.). Cette faveur conçue pour inciter les débiteurs à demander l'ouverture d'une sauvegarde ne s'applique pas en cas de plan de redressement. L'article L. 631-20 C. com. l'écarte expressément¹⁴⁴. Le créancier peut donc en principe poursuivre le conjoint *in bonis* garant du débiteur dès l'adoption du plan de redressement et dans les conditions du droit commun, tandis qu'il subira, au contraire, les dispositions du plan pour son recours contre le débiteur (si la créance a été déclarée).

À ce principe doit être apportée une limite. Les pouvoirs du débiteur et donc de son conjoint sont limités par les différentes dispositions du plan (par exemple, programme d'embauche, conclusion d'un contrat de franchise, etc.). L'un et l'autre doivent agir sous la surveillance du commissaire à l'exécution du plan et la mission de l'administrateur est redéfinie afin de lui attribuer les pouvoirs nécessaires à la mise en œuvre du plan.

¹⁴⁴ L'article L. 631-20 C. com. dispose : « les coobligés et les personnes ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome ne peuvent se prévaloir des dispositions du plan ».

b/ Conjoint *in bonis* et plan de sauvegarde ou de redressement

La situation de principe du débiteur et de son conjoint en cas de plan de cession ou du prononcé de la liquidation judiciaire peut connaître divers aménagements. La cession imposée judiciairement au débiteur a des répercussions sur son conjoint puisque le juge détermine librement quels biens, notamment parmi les biens communs, vont devoir être cédés : il pourra s'agir d'un fonds de commerce, d'un immeuble s'il est indissociable de l'exploitation de l'entreprise, de droits sociaux, à condition toutefois que ces biens ou droits ne soient pas des biens propres ou personnels au conjoint *in bonis* et que les biens ou droits cédés constituent « un ensemble d'éléments d'exploitation qui forment une ou plusieurs branches complètes d'activités » (article L. 642-1 al. 2 C. com.). Selon le droit fiscal, constitue une branche, l'ensemble des éléments d'actif et de passif d'une société qui forment, du point de vue de l'organisation, une exploitation autonome, c'est-à-dire un ensemble capable de fonctionner par ses propres moyens.

En régime de communauté, la cession de l'entreprise ainsi envisagée est avant tout une vente forcée. Or, dans cette hypothèse, l'article 1424 C. civ. ne s'applique pas au cas de vente forcée. Dès lors, le consentement du conjoint *in bonis* n'est pas nécessaire.

Ce principe est assorti d'aménagement. Le pouvoir réglementaire a édicté une règle tendant à améliorer le respect des droits du conjoint *in bonis*. En sauvegarde, l'article R. 624-12 C.com. énonce que le conjoint *in bonis* doit être entendu ou dûment convoqué avant toute décision autorisant la vente des biens communs. De même, si au cours de la procédure, la dissolution de la communauté existant entre le débiteur et son conjoint devient opposable aux tiers, ce conjoint doit être entendu ou dûment convoqué avant toute décision autorisant la vente des biens de l'indivision. Ces règles sont reprises en redressement judiciaire, étant précisé que sont alors visées les ventes autorisées, mais également ordonnées (article R. 631-30 C. com.) et en liquidation judiciaire (article R. 641-30 C. com.). Ces dispositions nouvelles, sans révolutionner la situation du conjoint *in bonis*, n'en sont pas moins importantes en ce sens qu'elles permettent de mieux assurer la protection de ses droits.

Outre la situation du conjoint *in bonis* à l'issue de la procédure collective, il faut se pencher sur celle de ses créanciers à l'issue de cette procédure.

2/ La situation des créanciers du conjoint *in bonis* à l'issue de la procédure collective

Le jugement arrêtant le plan de sauvegarde ou de redressement ainsi que le plan de cession doit s'étendre aux créanciers du conjoint *in bonis*.

Le jugement arrête le plan, en rend les dispositions opposables à tous¹⁴⁵ et par conséquent, aux créanciers du conjoint *in bonis*. Après exécution du plan par le débiteur, les créanciers du conjoint *in bonis* ne sont plus frappés par la règle de la suspension des poursuites. Ils vont donc s'empresse d'exercer des poursuites sur les biens communs, alors même que l'entreprise qui était en sauvegarde ou en redressement judiciaire est encore bien fragile.

En cas de plan de cession, les créanciers du conjoint *in bonis* perdent leur droit de poursuite sur les biens communs inclus dans le plan. Ils sont en concours avec les créanciers du débiteur pour la répartition du prix de cession, selon les mêmes modalités que dans une liquidation judiciaire. Quid si le bien commun inclus dans le plan était grevé de sûretés garantissant un engagement pris par le conjoint *in bonis* ? Quelle sera la portée des dispositions de l'article L. 642-12 C. com.¹⁴⁶ ?

Il faut maintenant étudier la situation du conjoint du débiteur soumis à une procédure collective.

II.- Le conjoint du débiteur soumis à la procédure collective

Pour être soumis à une procédure collective, le conjoint du débiteur doit satisfaire à certaines conditions (A). Ces conditions satisfaites, on étudiera les effets d'une telle procédure sur le conjoint du débiteur et ses créanciers (B).

A.- Les causes d'ouverture de la procédure collective à l'égard du conjoint du débiteur

Les causes d'ouverture d'une procédure collective à l'égard du conjoint du débiteur varient selon que ce dernier est soumis à une procédure distincte (1) ou identique (2) à celle de son époux.

1/ Le conjoint du débiteur soumis à une procédure collective distincte de celle de son époux

Pour être soumis à une procédure collective distincte de celle de son époux, le conjoint doit remplir deux séries de conditions : d'une part, les conditions tenant à sa personne (a) et, d'autre part, les conditions tenant à sa

¹⁴⁵ Article L. 626-11 C. com.

¹⁴⁶ L'article L. 642-12 C. com. dispose que : « la charge des sûretés immobilières et mobilières spéciales garantissant le remboursement d'un crédit consenti à l'entreprise pour lui permettre le financement d'un bien sur lequel portent ces sûretés est transmise au cessionnaire ».

situation économique (b). L'ouverture de la procédure va entraîner la mise en place des organes de la procédure¹⁴⁷.

a/ Les conditions tenant à la personne du conjoint du débiteur

Le conjoint du débiteur doit être soit associé d'une société créée de fait, soit co-exploitant.

Pourquoi ne pas soumettre la société créée de fait à une procédure collective ?

La société créée de fait n'ayant pas la personnalité morale, elle ne peut pas faire l'objet d'une procédure collective, seuls ses associés peuvent en faire l'objet. La preuve de la qualité d'associé du conjoint du débiteur¹⁴⁸ permet, si d'autres conditions sont réunies, d'ouvrir une procédure collective à son égard. Les modes de preuve de cette société diffèrent selon qu'elle est administrée par le conjoint associé ou par un tiers.

Le conjoint du débiteur qui satisfait aux conditions d'ouverture de la procédure de sauvegarde peut demander au tribunal l'ouverture d'une telle procédure¹⁴⁹. Pour cela, il doit prouver l'existence de la société créée de fait et sa qualité d'associé. Il doit établir que les trois éléments constitutifs du contrat de société sont réunis : apports¹⁵⁰, *affectio societatis*¹⁵¹, la participation aux gains et la contribution aux pertes. C'est dire que le conjoint du débiteur doit alors rapporter la preuve qu'il s'est comporté comme un véritable associé, non comme un simple conjoint. Cette preuve peut être administrée par tous moyens¹⁵².

La preuve d'une telle société est simplifiée lorsqu'elle est apportée par un tiers. Une personne visée à l'article L. 631-5 al. 1 et 2 C. com.¹⁵³ peut chercher à

¹⁴⁷ Doivent être obligatoirement désignés par le tribunal ouvrant la procédure collective et quelle que soit la procédure : un juge-commissaire, un mandataire judiciaire, et le cas échéant, un représentant des salariés. Peuvent être désignés : un à cinq créanciers contrôleurs, un ou plusieurs administrateurs judiciaires et des experts en diagnostic d'entreprise.

¹⁴⁸ Article L. 620-1 C. com. : seul le débiteur peut demander l'ouverture de la sauvegarde.

¹⁴⁹ Article L. 620-1 C. com.

¹⁵⁰ L'apport en numéraire est un apport de somme d'argent. L'apport en nature est l'apport en propriété ou en jouissance d'un bien autre que de l'argent ou une industrie. A défaut de fortune personnelle, une personne peut apporter son industrie, c'est-à-dire son talent, son savoir-faire qu'il mettra à la disposition de la société. Le conjoint qui participe à l'activité de son époux fait au minimum un apport en industrie ; ce n'est certes pas du capital au sens juridique, mais c'est une valeur qui a son poids et qui est créatrice de richesse.

¹⁵¹ L'*affectio societatis* est souvent entendu comme la volonté des associés de collaborer ensemble, sur un pied d'égalité, au succès de l'entreprise. Il s'induit de la participation effective du conjoint à la direction et à la marche de l'affaire ; certes, il n'y a pas eu de déclaration en bonne et due forme, c'est un partage quotidien, sur le tas, des soucis de l'œuvre commune.

¹⁵² Articles 1871 et 1873 C. civ.

¹⁵³ Les Articles L. 631-4 et L. 631-5 al. 1 et 2 C. com. (redressement judiciaire) et L. 640-4 et L. 640-5 C. com. (liquidation judiciaire) disposent que « *Lorsqu'il n'y a pas de procédure de conciliation en cours, le tribunal peut également se saisir d'office ou être saisi sur requête du ministère public aux*

prouver l'existence d'une société créée de fait afin de soumettre le conjoint du débiteur au redressement judiciaire ou à la liquidation judiciaire. La difficulté pour le créancier, le Ministère public, et le tribunal est de parvenir à démontrer *l'affectio societatis* c'est-à-dire que le conjoint est allé au-delà de la simple entraide familiale. Pour pallier ce risque, la Cour de cassation autorise les tiers à invoquer la simple apparence d'une société créée de fait. L'assouplissement est conséquent puisque « *l'apparence d'une société créée de fait s'apprécie globalement, indépendamment de l'existence apparente de chacun de ses éléments* »¹⁵⁴. Ainsi, à la différence de l'époux qui revendique sa qualité d'associé créée de fait, les tiers n'ont plus à rapporter la preuve de l'existence des trois éléments constitutifs du contrat de société. Ils devront simplement démontrer que les époux se sont apparemment comportés comme des associés. Le conjoint qui crée à l'égard d'un tiers l'apparence d'une société dont il serait l'un des associés est tenu de l'obligation envers ce tiers¹⁵⁵.

Depuis quelques dizaines d'années, les juges délaissent la qualification de société créée de fait au profit de l'exploitation en commun. La co-exploitation se caractérise par l'égalité des prérogatives et des responsabilités. Le conjoint du débiteur peut être qualifié de co-exploitant de droit ou de co-exploitant de fait.

Le conjoint du débiteur est considéré comme co-exploitant de droit lorsqu'il appartient « officiellement » à l'une des quatre catégories socioprofessionnelles mentionnées à l'article L. 620-2 C. com.¹⁵⁶ c'est-à-dire lorsqu'il est commerçant, artisan, agriculteur ou professionnel indépendant.

Après avoir dégagé l'interprétation faite par la jurisprudence de l'article L. 121-3 C. com., on s'intéressera à la définition du commerçant.

Selon la lettre de l'article L. 121-3 C. com.¹⁵⁷, il serait donc impossible pour des époux d'être tous deux commerçants en exploitant le même fonds. Toutefois l'interprétation qui en est faite par la jurisprudence est différente. En effet, la Cour de cassation dans un arrêt rendu en 1991¹⁵⁸ a repris sa

fins d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire (ou de liquidation judiciaire).

Sous cette même réserve, la procédure peut aussi être ouverte sur l'assignation d'un créancier, quelle que soit la nature de sa créance. »

¹⁵⁴ Com., 29 mars 1994 : *Bull. Joly* 1994 p. 665, note J. VALLANSAN ; Com., 8 juillet 2003 : *RJDA* 2003 n°11 n°1068.

¹⁵⁵ Com., 15 novembre 1994 : *Rev. sociétés* 1995 p.33, note J-J. BARBIERI ; *Defrénois* 1995 p.679 note J. HONORAT.

¹⁵⁶ Articles L. 631-1 (redressement judiciaire) et L. 640-2 C. com. (liquidation judiciaire).

¹⁵⁷ L'article L. 121-3 C. com. dispose que : « *le conjoint d'un commerçant n'est réputé lui-même commerçant que s'il exerce une activité commerciale séparée de celle de son époux* ».

¹⁵⁸ Com., 15 octobre 1991 : *Bull. civ. IV* n° 286, *JCP E* 1992, 136, note M. CABRILLAC et PH. PETEL : arrêt selon lequel *est coexploitant le conjoint d'une commerçante, qui non seulement entretenait avec les clients du magasin de son épouse des relations suivies et fréquentes et avait une procuration sur le compte bancaire, mais qui avait aussi conclu le contrat d'assurance du magasin ; en outre, son nom, comme celui de son épouse, figurait dans la publicité du magasin.*

jurisprudence traditionnelle¹⁵⁹ : le conjoint d'un commerçant qui participe à l'exploitation de l'autre peut parfaitement être déclaré commerçant dès lors qu'il répond à la définition du commerçant posée à l'article L. 121-1 C. com. L'article L. 121-3 C. com. n'emporte donc toujours qu'une présomption simple de non commercialité. Il sert à rappeler aux juges que le fait pour un conjoint d'aider son époux commerçant ne suffit pas à le rendre lui-même commerçant. La charge de la preuve pèse sur la personne qui souhaite renverser la présomption de non-commercialité. Le conjoint doit répondre à la définition du commerçant posée à l'article L. 121-1 C. com. c'est-à-dire l'exercice au nom et pour son compte d'actes de commerce par nature¹⁶⁰ à titre de profession habituelle. L'immatriculation au R.C.S. ne joue qu'un rôle de preuve. Le conjoint commerçant de droit, un créancier, le ministère public ou le tribunal d'office peut demander l'ouverture d'une procédure collective au tribunal de commerce.

Depuis la loi du 23 décembre 1985, l'artisan peut faire l'objet d'une procédure collective. L'artisan est celui dont les revenus professionnels proviennent essentiellement de son travail manuel et qui ne spéculé ni sur la matière première ni sur le travail d'autrui. Alors que la loi du 25 janvier 1985 s'en tenait au critère de l'activité pour soumettre l'artisan au droit des procédures collectives, la codification de 2000 a modifié le domaine de la loi du 25 janvier 1985 en ne visant plus que l'artisan inscrit au répertoire des métiers, conséquence : seul l'artisan de « droit » bénéficiait d'une procédure collective. Il a fallu attendre l'ordonnance du 18 décembre 2008 pour que cette erreur soit réparée, désormais et comme en 1985, il faut s'en tenir au seul critère de l'activité.

La loi 30 décembre 1988 a étendu l'application du droit des procédures collectives aux agriculteurs sous réserve de quelques adaptations¹⁶¹. L'agriculteur est celui qui exerce une activité au sens de l'article L. 311-1 C. rur. à titre de profession habituelle et à titre personnel. Contrairement au commerçant, l'inscription du conjoint agriculteur au registre de l'agriculture ne crée aucune présomption de qualité d'agriculteur, et par conséquent, n'a qu'une valeur de formalité indicative.

L'application des procédures collectives aux « personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé » est l'œuvre de la loi de sauvegarde des entreprises. Lorsque le conjoint

¹⁵⁹ Com., 27 mai 1986 : *Bull. civ.* 1986, IV, n° 101 ; *RTD com.* 1986, p. 514, note J. DERRUPPE ; *Gaz. Pal.* 1986, 2, pan. jurispr. p. 235 ; Com., 15 juill. 1987 : *Bull. civ.* 1987, IV, n° 183 ; *RTD com.* 1988, p. 421, note J. DERRUPPE ; *Rev. proc. coll.* 1988, p. 34, note P. DIDIER.

¹⁶⁰ Les actes de commerce par nature sont énoncés par l'article L. 110-1 C. com.

¹⁶¹ Ainsi, les procédures de redressement et de liquidation judiciaires ne peuvent être ouvertes « *que si le président du tribunal de grande instance a été préalablement saisi, préalablement à l'assignation d'une demande tendant à la désignation d'un conciliateur* » (Articles L. 631-5 alinéa 3 : redressement judiciaire et L. 640-5 alinéa 3 C.com.)

exerce à titre individuel une profession libérale soumise à un statut législatif ou dont le titre est protégé, le tribunal statue après avoir entendu ou dûment appelé, dans les mêmes conditions, l'ordre professionnel ou l'autorité compétente le cas échéant¹⁶².

Le conjoint qui participe à la profession de son époux échappe à la procédure collective ouverte à l'égard de ce dernier et ne peut pas faire l'objet d'une telle procédure, tant qu'il demeure étranger à la co-exploitation de fait. Après avoir défini les statuts de conjoint collaborateur et d'associé, on étudiera l'hypothèse dans laquelle le conjoint collaborateur ou salarié se mue en co-exploitant de fait.

La loi distingue le conjoint d'un commerçant, d'un artisan ou d'un professionnel libéral du conjoint d'agriculteur. Depuis la loi du 2 août 2005, le conjoint d'un chef d'entreprise artisanale, commerciale ou libérale qui y exerce de manière régulière une activité professionnelle doit opter pour l'un des trois statuts existants de conjoint : collaborateur, salarié ou associé¹⁶³.

Le conjoint collaborateur travaille dans l'entreprise de son époux, de façon subordonnée, mais sans rémunération. Ce statut est subordonné à une mention au R.C.S.¹⁶⁴. Il bénéficie d'un mandat légal lui permettant d'accomplir « *les actes d'administration concernant les besoins de l'entreprise* »¹⁶⁵. Si les actes de disposition sont exclus du mandat, le conjoint collaborateur est néanmoins associé à la gestion de l'entreprise pour les actes nécessaires à son exploitation¹⁶⁶. Ce mandat présente une utilité certaine lorsque les biens composant l'exploitation ne sont pas communs aux deux époux, mais personnels au conjoint, chef d'entreprise. Le conjoint salarié est lié à l'exploitant par un contrat de travail et soumis au droit social ; dès lors qu'il participe effectivement à l'entreprise ou à l'activité de son époux à titre professionnel et habituel et qu'il perçoit une rémunération horaire minimale égale au salaire minimum de croissance. Il n'y a donc pas à rechercher si un lien de subordination existe entre époux dès lors qu'il est établi que le conjoint participe effectivement à l'activité ou à l'entreprise et est rémunéré. Le lien de subordination est présumé. Lorsque son époux est en procédure collective, en tant que salarié, le conjoint du débiteur est un créancier superprivilégié au sein de la masse des créanciers¹⁶⁷ et il peut prétendre au paiement des salaires qui n'ont pas fait l'objet d'avance de la part de l'A.G.S.

¹⁶² Articles L. 621-1 al 2 (sauvegarde), L.631-7 (redressement judiciaire) et L. 641-1 C. com. (liquidation judiciaire).

¹⁶³ Article L. 121-4 C.com.

¹⁶⁴ Article L. 121-6 C. com.

¹⁶⁵ Article L. 121-6 C. com. précité.

¹⁶⁶ Il peut s'agir, par exemple, de la vente de marchandises, de la réception des paiements, de l'acquisition du matériel d'équipement.

¹⁶⁷ Article L. 621-32, C. com.

Le Code rural¹⁶⁸ prévoit également un statut de collaborateur ou de salarié pour le conjoint de l'exploitant qui exerce une activité professionnelle régulière. Le conjoint est collaborateur s'il dispose du mandat d'accomplir les actes d'administration nécessaire à l'exploitation. Le conjoint collaborateur n'a pas la qualité d'agriculteur et, à ce titre, ne relève pas du domaine des procédures collectives.

L'adoption par le conjoint du statut de collaborateur ou salarié ne le protège pas du risque d'ouverture à son égard d'une procédure collective.

Le conjoint collaborateur, salarié ou n'ayant opté pour aucun de ces statuts qui participe personnellement aux décisions de gestion ou les met en œuvre auprès des tiers se mue en co-exploitant de fait pouvant ainsi faire l'objet d'une procédure collective distincte, à condition que soient démontrées en sa personne les conditions d'ouverture d'une telle procédure. Ainsi le conjoint du débiteur sortant de son statut peut être qualifié, selon les circonstances, de commerçant de fait, d'artisan de fait ou d'agriculteur de fait.

Le commerçant de fait répond à la définition de commerçant posée à l'article L. 121-1 C. com. mais à la différence du commerçant de droit il n'est pas immatriculé au R.C.S. Il est admis que le défaut d'inscription ne s'oppose pas à l'ouverture à l'encontre du commerçant de fait d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire. Il aurait été en effet trop facile que le commerçant de fait échappe à ses obligations et responsabilités, en omettant de s'inscrire au R.C.S. La difficulté majeure pour les créanciers, le Ministère public, le tribunal est de déterminer à partir de quand la participation du conjoint à l'activité de son époux peut être tenue pour une exploitation¹⁶⁹. En revanche, sous l'empire de la loi de 1985, la Cour de cassation¹⁷⁰ considérait que le commerçant de fait ne pouvait pas demander l'ouverture d'une procédure collective. L'hésitation est permise depuis l'entrée en vigueur du nouvel article L. 620-2 C. com. : faut-il inclure le commerçant de fait dans la catégorie des « autres personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante » ou faut-il considérer, comme antérieurement, que la référence au commerçant immatriculé exclut nécessairement le commerçant de fait des procédures ? Il appartiendra à la jurisprudence de trancher entre une application littérale du nouveau texte, qui conduit à assimiler certainement un commerçant de fait à une personne physique

¹⁶⁸ Article L. 321-5 C. rur.

¹⁶⁹ Ainsi, lorsque le conjoint passe les commandes auprès des fournisseurs, dispose de la signature sur le compte commercial de l'entreprise, négocie avec les clients, effectue des actes de disposition sur certains actifs professionnels, il peut être qualifié de commerçant de fait. En revanche, une simple aide occasionnelle apportée à l'autre époux ou lorsque le conjoint n'est qu'un simple exécutant salarié ne suffit pas à le qualifier de commerçant de fait.

¹⁷⁰ Com. 25 mars 1997 : *Bull. civ. IV* n° 83 ; *D.* 1997, somm. p.311 note A. HONORAT ; *Bull. Joly* 1997 p. 589 note J. VALLANSAN ; *Defrénois* 1998, p. 248 note P. LE CANNU ; Com., 11 février 2004 : *Act. proc. coll.* 2004-7 n° 92 note F-X. LUCAS.

exerçant une activité professionnelle indépendante, et la difficulté à reconnaître le bénéfice d'un droit à une personne dans une situation irrégulière.

L'extension de la qualité d'artisan est une question nouvelle suscitée par l'arrivée de l'artisan dans la sphère des procédures collectives. L'exercice en commun d'une activité artisanale permet de retenir la qualité d'artisan des co-exploitants, mais ne fonde pas leur engagement solidaire.

Les solutions dégagées pour l'artisan peuvent être transposées au cas du conjoint de l'agriculteur. Le T.G.I. de Poitiers, dans un jugement en date du 18 mars 1992, a reconnu la qualité de co-exploitant à une épouse, salariée, qui avait conclu les baux aux côtés de son mari, signé les prêts en qualité de co-emprunteur, et qui produisait des attestations faisant état d'une activité excédant « *l'aide normale et courante du conjoint d'agriculteur* ».

Le conjoint du débiteur s'il répond aux conditions tenant à sa personne doit se trouver dans une situation économique particulière justifiant qu'il soit soumis à une procédure collective.

b/ Les conditions tenant à la situation économique du débiteur

Sous l'empire de la législation antérieure, l'état de cessation des paiements constituait une frontière entre le traitement amiable et le traitement judiciaire des difficultés. L'état de cessation des paiements était incompatible avec le traitement amiable.

La loi du 26 juillet 2005 est partie du postulat qu'il fallait anticiper sur le traitement des difficultés des entreprises et qu'il n'était pas nécessaire d'attendre l'état de cessation des paiements pour que le « chef d'entreprise » se place sous la protection de la justice. La procédure de sauvegarde est exclusive de toute cessation des paiements, ce qui justifie qu'elle ne puisse être sollicitée que par le conjoint débiteur, tandis que la conciliation peut bénéficier au conjoint exploitant s'il est en cessation des paiements depuis moins de quarante-cinq jours¹⁷¹.

Les difficultés justifiant l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ne sont pas les mêmes que celles entraînant l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire.

Pour solliciter le bénéfice d'une procédure de sauvegarde, le conjoint doit, sans être en cessation des paiements, justifier de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter¹⁷². L'article L. 620-1 C. com. ne précise pas la nature de ces difficultés, alors même que celles-ci constituent dorénavant le critère

¹⁷¹ Article L. 611-4 C. com.

¹⁷² Article L. 620-1 al. 1 C.com.

essentiel. Elles sont aussi bien d'ordre juridique, que d'ordre financier ou économique. Il n'est plus nécessaire, comme avant l'ordonnance de 2008, de démontrer que celles-ci rendent prévisible une cessation des paiements, et donc d'établir le lien entre les difficultés rencontrées et cette cessation¹⁷³.

L'objectif de la sauvegarde est d'offrir au conjoint en difficulté, avant de se trouver en situation de défaillance financière, la protection de la justice qui la préservera de la poursuite de ses créanciers pendant le temps nécessaire à l'élaboration d'un plan de sauvegarde. Le conjoint qui sollicite le bénéfice de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde doit prouver l'existence de ces difficultés.

Le conjoint doit démontrer qu'il ne peut pas surmonter seul ces difficultés et justifier les raisons pour lesquelles il ne peut pas les juguler. Cette preuve est indispensable afin d'éviter que la procédure de sauvegarde soit utilisée aux fins de procéder à des restructurations de pure opportunité sous couvert de la juridiction compétente.

Le conjoint peut rapporter cette preuve par tous moyens, puisqu'il s'agit d'une situation de fait. Il revient cependant aux tribunaux d'apprécier lesdites raisons, car ce qui paraît « insurmontable » pour les uns, ne l'est pas nécessairement pour les autres.

Ladite preuve est également essentielle, dans la mesure où le tribunal saisi de la demande ne doit pas ouvrir une telle procédure, si « l'entreprise » ne se heurte pas à des difficultés sérieuses qu'il peut surmonter lui-même¹⁷⁴. Mais, il doit procéder à cette ouverture dès lors qu'il constate l'existence de difficultés que le conjoint n'est pas en mesure de surmonter. Tout en s'assurant que le conjoint ne connaît pas encore cette situation, la juridiction n'a cependant pas à se préoccuper de ce qu'il se trouve sur le point d'être en cessation des paiements.

L'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire postule la caractérisation d'un état de cessation des paiements. Le constat de la cessation des paiements suffit pour demander l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Le conjoint débiteur a quarante-cinq jours pour saisir le tribunal compétent à cette fin¹⁷⁵. Lorsque la dégradation de la situation de l'entreprise est profonde, le tribunal ne peut qu'ordonner sa liquidation. L'état de cessation des paiements reste capital, lorsqu'il est question d'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire. Il convient d'en définir précisément les contours. La date de cessation des paiements présente

¹⁷³ C.A. Lyon, 31 mai 2006 : *RTD com* 2006, p. 625 n°12, note A. MARTIN-SERF et p.675 note J-L. VALLENS ; *Rev. proc. coll.* 2006 n°3 p. 253, note PH. ROUSSEL GALLE.

¹⁷⁴ C.A. Lyon, 29 juin 2006 : *Act. proc. coll.* 18/2006 n° 216.

¹⁷⁵ Articles L. 631-4 al 1 (redressement judiciaire) et L. 640-4 al. 1 C. com. (liquidation judiciaire)

également des intérêts de premier plan. C'est pourquoi il y a place pour une détermination précise de celle-ci. Pendant longtemps, le seul fait de l'arrêt des paiements ne suffisait pas à caractériser la cessation des paiements ; la Cour de cassation exigeait une situation désespérée ou irrémédiablement compromise¹⁷⁶. Puis la Chambre commerciale¹⁷⁷ a défini cette notion floue comme étant « l'impossibilité pour le débiteur de faire face à son passif exigible avec son actif disponible ». Dans le prolongement de l'article 3 de la loi du 25 janvier 1985, l'article L. 631-1 al. 1 C.com.¹⁷⁸, consacre cette définition prétorienne. La cessation des paiements suppose l'existence de deux composants : le passif exigible et l'actif disponible qui seront le support de la démonstration de l'état de cessation des paiements.

L'état de cessation des paiements suppose l'existence de deux composants : le passif exigible et l'actif disponible.

Le passif pris en compte pour la définition de la cessation des paiements est le passif exigible, la cessation des paiements se distingue donc de l'insolvabilité¹⁷⁹. Le passif exigible s'entend de l'ensemble des dettes certaines¹⁸⁰, liquides¹⁸¹ et exigibles¹⁸². La nature de la dette impayée¹⁸³ est indifférente. L'état de cessation des paiements est-il caractérisé par l'impossibilité de faire face au passif exigible et/ou exigé ?

La Cour de cassation¹⁸⁴ a penché pour la deuxième interprétation en définissant le passif exigible dans les termes suivant : « Attendu que le passif à prendre en considération pour considérer l'état de cessation des paiements est le passif exigible et exigé, dès lors que le créancier est libre de faire crédit au débiteur ». Selon cette jurisprudence, il conviendrait que la dette soit exigée, c'est-à-dire que le paiement a été demandé puisque, sauf cas exceptionnel, une mise en demeure est nécessaire pour constater la défaillance d'un débiteur. Cette jurisprudence a été critiquée puis l'exigence du passif exigible/exigé retarde l'ouverture de la procédure collective et, par conséquent, réduit les chances de redressement.

¹⁷⁶ La situation irrémédiablement compromise est une situation sans issue, désespérée.

¹⁷⁷ Com., 14 février 1978 : *Bull. civ. IV* n° 66.

¹⁷⁸ Article L. 640-1 al. 1 C. com. (liquidation judiciaire).

¹⁷⁹ L'insolvabilité est une situation de déséquilibre entre le passif et l'actif : il y a insolvabilité quand le passif au sens juridique du terme, c'est-à-dire le total des dettes (soit, en termes comptables, le passif externe) est supérieur à l'actif, c'est-à-dire à la valeur totale des éléments d'actifs (immobilisations corporelles et incorporelles, stocks, créances, liquidités...)

¹⁸⁰ C'est-à-dire indiscutées dans son existence et son montant.

¹⁸¹ C'est-à-dire être évaluées en argent.

¹⁸² C'est-à-dire être échues et susceptibles d'exécution forcée.

¹⁸³ Com., 8 mars 1994 : *Bull. civ. IV* n°102 retenant l'état de cessation des paiements en présence d'une seule dette.

¹⁸⁴ Com., 28 avril 1998 : *Defrénois* 1998, 948 n°1, note P. LE CANNU ; *JCP* 1998, 1926 note G. LIKILLIMBA ; *Rev. proc. coll.* 2002/6 n°69 ; *RTD com.* 1999 p.187, note A. LAUDE ; sur cette question, J. BESSE, « *Réflexions critiques sur la formule « passif exigible et exigé »*, *Rev. proc. coll.* 2000, p.39.

Par la suite, la Cour de cassation¹⁸⁵ a abandonné la référence au passif exigé. Il appartient donc au conjoint débiteur, qui soutient qu'une dette échue et dont le paiement n'est pas réclamé ne rentre pas dans son passif exigible, de rapporter la preuve d'une volonté, réelle et sérieuse, de son créancier de lui faire crédit. Le conjoint débiteur est en cessation des paiements s'il ne parvient pas à faire face à son passif exigible avec son actif disponible.

L'actif disponible inclut l'existant en caisse et en banque¹⁸⁶ ; le réalisable susceptible d'une conversion immédiate en disponible ; les réserves de crédit ou les moratoires dont le conjoint débiteur bénéficie de la part de ses créanciers, dès lors qu'ils lui permettent de faire face au passif exigible¹⁸⁷. Cette disposition issue de l'ordonnance de 2008 consacre la jurisprudence précitée de 2007.

Il convient en revanche d'exclure de l'actif disponible les immobilisations¹⁸⁸ ; les stocks, compte tenu du caractère très aléatoire de leur valeur de réalisation¹⁸⁹, d'un fonds de commerce.

Il convient de déterminer sur qui pèse la charge de la preuve et l'appréciation de cette preuve. La cessation des paiements doit être prouvée par celui qui demande l'ouverture de la procédure¹⁹⁰. S'agissant d'un fait juridique, la preuve est libre. Les juges doivent apprécier la preuve de l'état de cessation des paiements. Les juges du fond sont souverainement investis du pouvoir de constater les circonstances constitutives de la cessation des paiements. Cependant, il appartient à la Cour de cassation de vérifier la qualification juridique attribuée par les juges aux faits qui leur ont été soumis. La cessation des paiements doit exister au jour où il statue et subsister au jour du jugement. Ce n'est plus le cas si entre-temps, le conjoint a obtenu des concours financiers d'un établissement de crédit¹⁹¹.

Les contours de l'état de cessation des paiements étant définis, il faut s'attacher à l'importante question de la date de la cessation des paiements. L'examen de la date de cessation des paiements conduit à étudier sa détermination avant de préciser les modalités procédurales de sa fixation. La fixation initiale de la date de cessation des paiements est régie par les

¹⁸⁵ Com., 17 juin 1997 : *JCP E* 1998 n°1/2 p. 28, note PH. PETEL - Com. 27 février 2007 : *Bull. civ. IV* n°65 - Com., 18 mars 2008 : *D.* 2008 act. jur. p. 982, note A. LIENHARD ; *RTD com.* 2008 p. 628, note J-L. VALLENS.

¹⁸⁶ Com., 24 mars 2004 n° 01-10927 ; *D.* 2004 1022 note A. LIENHARD ; *APC* 2004 n°110 note J. VALLANSAN.

¹⁸⁷ Article L. 631-1 C. com.

¹⁸⁸ Com., 27 février 2007 préc. selon lequel l'actif n'est pas disponible lorsqu'il est constitué de deux immeubles non encore vendus mais sur lesquels porte un droit de préemption.

¹⁸⁹ Com., 17 mai 1989 : *Bull. civ. IV* n°152.

¹⁹⁰ Com., 23 janvier 2001 : *Rev. proc. coll.* 2002 p. 55 note J.-M. DELENEUVILLE, selon lequel le créancier poursuivant doit prouver que l'actif disponible d'un artisan ne lui permet pas, au jour où la cour d'appel statue, de faire face à son passif exigible.

¹⁹¹ Com., 24 mars 2004 : *RJDA* 8-9/2004 n°1009.

dispositions de l'article L. 631-8 C. com.¹⁹². S'il s'avère, au jour où statue la juridiction, que l'état de cessation des paiements ne fait aucun doute, mais qu'une hésitation existe quant à sa date, la juridiction fixera alors une date de cessation des paiements qui pourra n'être que provisoire. Cette date pourra être ultérieurement reportée sans pouvoir être antérieure de plus de dix-huit mois à la date du jugement d'ouverture¹⁹³. L'étude des modalités procédurales de fixation de la date de cessation des paiements conduit à préciser les contours de l'action en report, ainsi que les voies de recours contre le jugement de recours.

L'administrateur, le mandataire judiciaire, le liquidateur ou le ministère public peut demander le report de la date de cessation des paiements¹⁹⁴. Cette demande peut être faite par voie de requête conjointe ou d'assignation dirigée contre le débiteur, sa présence à l'audience étant nécessaire, le débiteur exerçant ici un droit propre. Aucune disposition ne précise l'ouverture d'une voie de recours spécifique sur le jugement de report, de sorte que le droit commun des voies de recours en matière de procédures collectives a vocation à s'appliquer. Le conjoint qui exerce ici un droit propre, qui subsiste donc même en liquidation judiciaire en dépit du dessaisissement, peut interjeter appel du jugement de report dans les dix jours de la notification. Le conjoint débiteur a intérêt à exercer cette voie de recours. En effet, l'absence de déclaration par le débiteur de l'état de cessation des paiements dans les quarante-cinq jours de sa survenance est punissable de l'interdiction de gérer.

Le conjoint du débiteur peut se voir étendre la procédure collective ouverte à l'encontre de son époux. On parle d'extension de la procédure initiale et non plus d'ouverture.

2/ Le conjoint du débiteur soumis à la procédure collective de son époux

La Cour de cassation a introduit dans le droit des entreprises en difficultés, deux techniques d'extension d'une procédure collective : l'extension sur le fondement de la confusion des patrimoines et l'extension sur le fondement de la fictivité. Cette création prétorienne a été consacrée par la loi de sauvegarde à l'article L. 621-2 al. 2 C. com.¹⁹⁵. La fictivité ne pouvant concerner qu'une personne morale, elle ne peut fonder l'extension de la procédure du débiteur à son conjoint, c'est-à-dire que seule l'extension pour confusion des patrimoines

¹⁹² L'article L. 631-8 C. com. dispose que : « *le tribunal fixe, la date de cessation des paiements. A défaut de détermination de cette date, la cessation des paiements est réputée être intervenue à la date du jugement qui la constate* ».

¹⁹³ Article L. 631-8 al.2 C. com. Par exception, la décision intervenant avant ces dix-huit mois qui homologue l'accord de conciliation rend, sauf fraude, impossible le report de cessation des paiements antérieurement. La solution est parfaitement logique puisque préalablement à l'homologation, le juge a vérifié que le conjoint débiteur n'était plus ou pas en cessation des paiements.

¹⁹⁴ Article L. 631-8 al. 3 C. com.

¹⁹⁵ Sur renvoi par les articles L. 631-7 (redressement judiciaire) et L. 641-1 I C. com. (liquidation judiciaire).

est recevable (a). Une fois l'extension caractérisée, celle-ci va produire des effets spécifiques (b).

a/ La confusion des patrimoines cause d'extension de la procédure collective du débiteur à son conjoint

Seront successivement examinés les critères de la confusion des patrimoines et la mise en œuvre d'une telle extension. Le conjoint auquel la procédure est étendue n'a pas à satisfaire aux conditions d'ouverture d'une procédure collective, la jurisprudence retient d'autres critères.

Si l'époux débiteur doit répondre aux exigences légales posées par les arts. L. 620-1 et L. 620-2 C. com.¹⁹⁶, en revanche, la qualité de son conjoint auquel la procédure est étendue importe peu. C'est ici que réside la différence entre l'ouverture d'une procédure distincte qui suppose que le conjoint du débiteur satisfasse personnellement aux conditions d'ouverture de la procédure collective et l'extension de procédure dans laquelle ces conditions ne sont pas nécessaires.

La jurisprudence retient d'autres critères pour caractériser la confusion des patrimoines. La confusion des patrimoines, non définie par la loi, repose selon la jurisprudence sur deux critères alternatifs¹⁹⁷, mais parfois cumulés : la confusion des comptes et les relations financières anormales. La confusion des patrimoines est une notion de fait laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, mais la Cour de cassation contrôle étroitement la motivation.

La confusion des comptes révèle une imbrication d'une telle ampleur entre le patrimoine de chacun des époux, qu'il s'avère impossible de les dissocier : les éléments de l'un se retrouvent dans l'autre et réciproquement. Les époux mis en cause se sont comportés comme s'ils avaient un seul et même patrimoine. Ce second critère est plus flou. Il correspond à des transferts patrimoniaux effectués par une action, une abstention, mais en toute hypothèse, sans justification, ayant entraîné un déséquilibre patrimonial significatif. La confusion s'applique plus facilement aux époux séparés de biens parce qu'en communauté, les bénéfices sont communs, la nature commune ou propre de l'actif professionnel étant indifférente. Il ne faut cependant pas déduire l'existence d'une confusion des patrimoines de l'application des règles des régimes matrimoniaux, il est normal que le conjoint *in bonis* vive des bénéfices réalisés dans le cadre de l'activité de son conjoint, il faut prouver qu'il y a eu enrichissement du patrimoine propre du conjoint du débiteur.

¹⁹⁶ Articles L. 631-1 et L. 631-2 C. com. (redressement judiciaire) ; L. 640-1 et L. 640-2 C. com. (liquidation judiciaire).

¹⁹⁷ Com. 4 juillet 2000 : *Bull. civ.* IV n°138.

Une fois l'un de ces critères satisfait, il faut s'intéresser à la mise en œuvre de l'extension. Après avoir identifié le demandeur à l'action en extension et le défendeur à cette action, on examinera les voies de recours contre le jugement d'extension.

La compétence appartient au tribunal qui a ouvert la procédure initiale, ce que la loi du 26 juillet 2005 prévoit désormais explicitement¹⁹⁸. L'action en extension peut être initiée par le tribunal se saisissant d'office, la demande de l'administrateur judiciaire¹⁹⁹, du liquidateur, du mandataire judiciaire²⁰⁰ et du ministère public²⁰¹. Ni le débiteur²⁰² ni son conjoint n'ont qualité pour présenter une demande d'extension. C'est dire que le conjoint n'est pas maître de l'extension de procédure. Le demandeur à l'action doit prouver la confusion des patrimoines.

La demande en justice doit être dirigée contre le conjoint du débiteur. L'extension de la procédure du débiteur à son conjoint déjà soumis à une telle procédure comporte des limites. La loi du 26 juillet 2005 a repris ces dernières pour la procédure de sauvegarde, c'est pour le moins curieux. En effet, l'ouverture d'une procédure de sauvegarde résulte exclusivement de la volonté du débiteur. La procédure de sauvegarde va donc être étendue au conjoint du débiteur qui n'a rien demandé. Il y a un aspect sanction qui est peu compatible avec l'esprit de la procédure de sauvegarde.

L'action en extension n'est plus recevable lorsqu'un plan de redressement a été arrêté à l'égard du débiteur²⁰³ ou lorsque la liquidation judiciaire a été clôturée²⁰⁴.

Pour qu'il y ait jonction des procédures collectives, il faut qu'il existe une certaine comptabilité entre les deux procédures. Ainsi, le redressement judiciaire du débiteur ne peut être étendu à son conjoint en liquidation judiciaire. Une difficulté se présente lorsque la procédure à étendre est la sauvegarde, dès lors que le conjoint du débiteur est en redressement ou en liquidation judiciaire. En ce cas, en effet, la procédure à étendre postule l'absence d'état de cessation des paiements, alors que le conjoint du débiteur est déjà en cessation des paiements. Il faut alors, semble-t-il, s'interroger pour savoir si le débiteur et son conjoint sont ou non en cessation des paiements. Si tel est le cas, la procédure de

¹⁹⁸ Article L. 621-2 al. 1 C. com.

¹⁹⁹ Com., 30 mars 1999 : *Bull. civ. IV* n°76, selon lequel l'administrateur devrait agir par voie d'assignation ; CA Montpellier, 31 juillet 1991 : *D.* 1991, jur. p. 474 note F. DERRIDA.

²⁰⁰ C.A. Paris 5 novembre 1993 : *D.* 1994, somm. p.41, note F. DERRIDA ; *RJ com.* 1995 p. 69 note X. VINCENT.

²⁰¹ Articles L. 621-2 al.2 (sauvegarde), L. 631-7 (redressement judiciaire) et L. 641-1 I C. com.

²⁰² Com., 28 mai 2002 : *RJDA* 1/2003 n°42.

²⁰³ Article L. 621-2 alinéa 1 C.com.; Com., 4 janvier 2000 : *RJDA* 3/2000 n°302 ; *D.* 2000, Act. jur. p. 72 note A. LIENHARD ; *JCP G* 2000 I 249 n° 1, note PH. PETEL ; *RTD com.* 2000, p. 464 note J-L. VALLENS.

²⁰⁴ Com., 11 juillet 1995 : *Bull.civ. IV* n° 208.

sauvegarde initiale semble devoir être convertie en redressement judiciaire à l'occasion du jugement d'extension. Au contraire, s'il n'y a pas cessation des paiements, seule la procédure de sauvegarde semble devoir être poursuivie unitairement.

À la diligence du greffier, le jugement est signifié au débiteur et à son conjoint dans les huit jours du prononcé. Il est communiqué dans ce délai aux mandataires de justice désignés, au procureur de la République et au trésorier-payeur général des départements au sein desquels se situe le siège du débiteur. Dans les quinze jours de son prononcé, le jugement d'extension au conjoint du débiteur donne lieu aux publicités traditionnelles (*R.C.S., répertoire des métiers, B.O.D.A.C.C., J.A.L.*)²⁰⁵.

La décision statuant sur l'extension est assimilée à un jugement d'ouverture ; connaît aussi un même régime que ce jugement et est-elle publiée dans le même délai. Le conjoint dispose des mêmes voies de recours, il peut donc interjeter appel.

Il n'empêche que, compte tenu de l'unicité de la procédure (*cf. infra.*), le jugement qui prononce l'extension ne rétroagit pas au jour du jugement initial d'ouverture²⁰⁶. Il s'ensuit qu'un créancier s'estimant lésé par le jugement d'extension, peut former une tierce opposition par une déclaration au greffe dans les dix jours de la publication du jugement au B.O.D.A.C.C. (article L. 623-2 C.com.).

b/ Effet et conséquences de l'extension de la procédure

Le principe d'unicité de procédure domine l'extension de procédure. Cette règle entraîne de nombreuses conséquences. La procédure est simplifiée : une seule procédure est initialement ouverte, puis étendue au conjoint. L'unicité de la procédure entraîne le placement du débiteur et de son conjoint dans une situation juridique unique. Il s'ensuit notamment que les règles légales en cours lors de l'ouverture de la procédure collective conservent leur validité après le jugement d'extension au conjoint du débiteur prononcé par la suite. Les conséquences tirées du principe d'unicité de procédure sont multiples. Les conséquences de l'unicité sont au nombre de quatre : la juridiction compétente, la solution retenue et la date de cessation des paiements et les créanciers.

L'objectif de la mesure d'extension d'apurer le passif par le regroupement des actifs compris dans les différents patrimoines implique une unité de la procédure collective. À cette fin, le tribunal initialement saisi pour l'ouverture de la procédure collective du débiteur demeure compétent (article L. 621-2 al. 2 C.com.). Cette disposition unifie la procédure : elle permet ainsi au tribunal de

²⁰⁵ Article R. 621-8-1 al. 3 C. com. renvoyant à l'article R. 621-8 C. com.

²⁰⁶ Com., 28 septembre 2004.

commerce d'étendre une procédure qu'il ouvre ou qu'il a déjà ouverte au conjoint du débiteur qui n'est ni commerçant ni artisan, c'est-à-dire alors même qu'il n'est pas compétent à son égard. À l'inverse, le T.G.I. a possibilité de prononcer une extension au conjoint qui est commerçant ou artisan.

Ladite procédure porte sur une seule masse active et passive constituée de ces patrimoines et a une seule et même issue. Le tribunal doit ainsi adopter une solution unique pour le débiteur et son conjoint.

La date de la cessation des paiements est à l'égard du conjoint celle qui aura été fixée lors du jugement d'ouverture. Par conséquent, la période suspecte est la même pour chaque époux. Peu importe par conséquent que les actes passés par le conjoint soient antérieurs de plus de dix-huit mois au jugement d'extension.

L'unicité de la procédure collective implique que le juge qui statue sur la demande de report de la date de cessation des paiements des débiteurs concernés détermine cette date à partir de la comparaison entre le passif exigible et l'actif disponible de deux époux.

B.- Les effets de la procédure collective à l'égard du conjoint du débiteur et de ses créanciers

Pour prendre toute la mesure des effets de la procédure collective à l'égard du conjoint du débiteur et de ses créanciers, il convient de distinguer selon que la procédure est une sauvegarde ou un redressement judiciaire (1) ou une liquidation judiciaire (2).

1/ Le conjoint du débiteur soumis à une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire

La situation du conjoint débiteur et de ses créanciers doit être examinée à deux moments clés de la procédure de sauvegarde ou redressement judiciaire : lors de la période d'observation (a) et après le jugement arrêtant le plan de sauvegarde ou de redressement (b).

a/ La situation du conjoint du débiteur et de ses créanciers pendant la période d'observation

La période d'observation²⁰⁷ est la phase pendant laquelle l'entreprise est observée tant sur son passé, pour identifier ses difficultés, que sur son avenir,

²⁰⁷ C'est une période qui s'écoule du jour du jugement d'ouverture de la procédure collective à celui du jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation judiciaire (article L. 622-11 C. com.) ; voir du jour du jugement d'ouverture à celui où lorsque les difficultés qui ont justifiées l'ouverture de la procédure ont disparu, le tribunal y met fin à la demande du débiteur (article L. 622-12 C. com.). Elle

pour envisager les éventuelles possibilités d'un redressement. Depuis la loi de 2005, cette période est commune aux procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire. Et, dans l'ensemble, les règles applicables en procédure de sauvegarde le sont également en cas de redressement judiciaire. Les quelques différences s'expliquent par le fait qu'en période d'observation d'un redressement judiciaire, le débiteur n'ayant pas réussi à anticiper la cessation des paiements, la confiance dont il bénéficie est amoindrie.

Pendant la période d'observation, le conjoint du débiteur doit se soumettre aux contraintes de gestion et patrimoniales. Par ailleurs, l'ouverture de la procédure collective et donc la période d'observation n'est pas sans incidence sur la situation des créanciers du conjoint débiteur.

Pendant cette période de maintien d'activité, les règles de gestion sont toutefois aménagées. Même si le débiteur continue en principe à gérer son entreprise, des règles spéciales régissent l'administration de celle-ci. Les articles L. 622-1 à L. 622-33 C. com. pour la procédure de sauvegarde ainsi que les articles L. 631-10 à L. 631-21 C. com. pour la procédure de redressement judiciaire invitent à déterminer quelles sont les contraintes patrimoniales, mais surtout de gestion qui pèsent sur le débiteur pendant cette période. Les contraintes patrimoniales se manifestent par la nécessité d'un inventaire et par diverses informations sur le patrimoine du conjoint débiteur.

Aux termes de l'article L. 622-6 al. 1 C.com.²⁰⁸, un inventaire du patrimoine du débiteur ainsi que de ses garanties doit être dressé. Il est nécessaire de dresser cet état des lieux le plus tôt possible afin d'éviter les disparitions frauduleuses d'actifs et d'avoir une connaissance rapide de la situation patrimoniale du débiteur pour apprécier au plus vite les chances de redressement.

L'inventaire est réalisé par le conjoint s'il est soumis à une procédure de sauvegarde²⁰⁹ et par un commissaire-priseur judiciaire, un huissier de justice, un notaire ou un courtier en marchandises assermenté s'il est en redressement judiciaire²¹⁰.

est *a priori* d'une durée maximale de six mois. Elle peut toutefois être renouvelée une fois par décision motivée à la demande de l'administrateur, du débiteur ou du ministère public (et non plus seulement du procureur de la République). Il est à noter que le renouvellement ne peut plus être ordonné d'office par le tribunal. En outre, la période d'observation continue de pouvoir être exceptionnellement prolongée à la demande du procureur de la République par décision motivée du tribunal, pour une durée maximale de six mois (articles L. 621-3 et R. 621-9 C.com.). Il est aussi mis en place une prorogation spéciale pour les exploitations agricoles, le tribunal pouvant proroger la durée de la période d'observation en fonction de l'année culturale en cours et des usages spécifiques aux productions de l'exploitation (article L. 621-3 alinéa 3 C.com.).

²⁰⁸ Par renvoi de l'article L. 631-14 al. 2 C.com. pour le redressement judiciaire.

²⁰⁹ Article L. 622-6 al. 2 C. com.

²¹⁰ Article L. 631-9 al. 2 C. com.

Le conjoint débiteur doit remettre à l'administrateur et/ou au mandataire judiciaire la liste des biens gagés, nantis²¹¹ ainsi que celle des biens dont il n'est pas propriétaire, et qui peuvent être revendiqués par des tiers. Cette liste sera annexée à l'inventaire.

Il doit également fournir la liste de ses créanciers avec l'indication de son identité, du montant des sommes dues au jour du jugement d'ouverture, des sommes à échoir et de leur date d'échéance, des sûretés et privilèges dont chaque créance est assortie ; la liste des principaux contrats en cours, ce qui implique de ne communiquer que ceux qui influenceront sur la trésorerie du débiteur ; la liste des instances en cours auxquelles il est partie.

Le défaut de communication de ces différents renseignements est l'une des hypothèses d'interdiction simple de gérer du débiteur.

Le conjoint qui exerce une activité professionnelle indépendante doit signaler s'il a procédé à une déclaration d'insaisissabilité de sa résidence principale afin d'attirer l'attention du mandataire judiciaire en cas de projet de vente de l'immeuble. En revanche, il en est dispensé lorsqu'il est immatriculé au R.C.S. ou au répertoire des métiers dans la mesure où la déclaration est inscrite sur ces registres.

En application de l'article L. 622-5 C. com., « *dès le jugement d'ouverture, tout tiers détenteur est tenu de remettre à l'administrateur ou, à défaut, au mandataire judiciaire, à la demande de celui-ci, les documents et livres comptables en vue de leur examen* ». Ainsi, ce tiers ne peut pas faire obstacle à cette exigence en exerçant son droit de rétention pour obtenir le paiement d'une somme d'argent constituant une créance antérieure au jugement d'ouverture.

Outre les contraintes patrimoniales, le conjoint doit faire face à des contraintes de gestion. Les contraintes de gestion naissent de la nomination par le tribunal d'un administrateur judiciaire. Ces contraintes ne font pas obstacle à l'exercice par le conjoint de certains droits propres à l'exception des actes qui lui sont interdits par la loi. Si pendant la période d'observation, les principes sont la poursuite d'activité et le maintien du débiteur à la tête de son entreprise²¹², les conditions de celles-ci diffèrent quelque peu selon qu'elle intervient dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou d'une procédure de redressement judiciaire. Le principe de gestion par le débiteur subit une atténuation lorsque le tribunal désigne un ou plusieurs administrateurs judiciaires lui attribuant une mission de surveillance, d'assistance ou de représentation.

²¹¹ Article R. 622-4 al. 3 C. com.

²¹² Articles L. 622-1 I (sauvegarde) et L. 631-21 al. 2 C.com. (Redressement judiciaire).

Cette mission ne peut être attribuée que dans la sauvegarde. Elle consiste en un contrôle *a posteriori* des opérations effectuées par le conjoint débiteur. S'il ne s'agit pas d'un acte interdit et donc nul²¹³, l'acte accompli par le conjoint reste valable aussi inopportun soit-il. L'administrateur ne peut pas contraindre le conjoint à accomplir un acte déterminé²¹⁴. Il ne peut pas davantage en droit faire obstacle à la conclusion d'un acte qu'il condamne. Il ne peut que demander au tribunal de transformer sa mission en une mission d'assistance²¹⁵.

La mission d'assistance est concevable tant dans la procédure de sauvegarde que dans celle de redressement judiciaire. Elle implique la double signature du conjoint et de l'administrateur judiciaire pour les opérations en cause.

Le tribunal peut confier à l'administrateur une mission de représentation. Cette mission est inconcevable dans la sauvegarde puisqu'elle implique la substitution totale ou partielle de l'administrateur au conjoint, qui dans cette mesure est dessaisi de ses pouvoirs et représenté par l'administrateur judiciaire.

Les actes accomplis par le conjoint en méconnaissance de la mission confiée par le tribunal à l'administrateur judiciaire sont inopposables à la procédure collective²¹⁶. Par exception, la loi sauve les actes de gestion courante²¹⁷ accomplis par le débiteur de toute sanction : ils sont réputés valables à l'égard des tiers de bonne foi²¹⁸. Conformément au droit commun²¹⁹, la bonne foi est présumée, il appartient au demandeur à l'action en inopposabilité de prouver la mauvaise foi du tiers.

Malgré la nomination d'un administrateur judiciaire, le conjoint conserve l'exercice de pouvoirs propres. Le conjoint exerce sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration qui ne sont pas compris dans la mission de l'administrateur²²⁰ c'est-à-dire tous les pouvoirs qui ne lui ont pas été expressément attribués par le tribunal et par la loi²²¹. Il conserve également l'exercice de certains droits comme le monopole pour former des recours à

²¹³ Par exemple, le paiement d'une créance antérieure au jugement d'ouverture (article L. 622-7 C. com.)

²¹⁴ A l'exception, en théorie, un acte conservatoire (article L. 622-24 C. com.)

²¹⁵ Article L. 622-1 IV C. com.

²¹⁶ Cass. soc., 28 juin 2001 : le licenciement est valable entre les parties mais est inopposable à la procédure collective.

²¹⁷ Les actes de gestion courante sont les actes qui entrent dans l'activité habituelle de l'entreprise.

²¹⁸ Article L. 622-3 al. 2 C. com.

²¹⁹ Article 2268 C. civ.

²²⁰ Articles L. 622-3 al. 1 et L. 631-14 al. 1 C. com.

²²¹ Quel que soit la répartition des pouvoirs décidée par le tribunal entre le conjoint et l'administrateur, certains actes sont toujours interdits au débiteur et sont réservés exclusivement à l'administrateur judiciaire : le pouvoir d'opter pour la continuation ou l'abandon des contrat en cours (Articles L. 622-13 et L. 631-14 al. 1 C. com.), la résiliation du bail des locaux affectés à l'activité de l'entreprise (article L. 622-14 C. com.) et le fonctionnement sous sa seule signature des comptes bancaires ou postaux du débiteur interdit bancaire (article L. 622-1 V C. com.). Si le conjoint accomplit l'un de ces actes, l'acte est frappé de nullité, la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant est indifférente.

l'égard de certaines décisions prises dans le cadre de la procédure collective²²² ; exercer seul les actions à caractère éminemment personnel²²³.

Il est des actes que la loi interdit au conjoint débiteur d'accomplir. L'article L. 622-7 C.com. interdit à compter du jugement d'ouverture au débiteur et à l'administrateur judiciaire de payer les créances antérieures²²⁴ et les créances postérieures non privilégiées à l'exception du paiement des créances alimentaires, du paiement par compensation de créances connexes, du paiement contre retrait d'un bien et du paiement provisionnel d'un titulaire de sûreté en cas de vente. Tout intéressé ou le ministère public peut demander au tribunal d'annuler le paiement interdit (nullité absolue). L'action doit être exercée dans un délai de trois ans à compter du paiement²²⁵. La réception par le conjoint débiteur du paiement interdit est sanctionnée pénalement, comme l'est le versement correspondant, si le *solvens* avait connaissance, lors du paiement, de la situation du débiteur²²⁶.

Par ailleurs, l'autorisation préalable, spéciale et écrite du juge-commissaire est nécessaire pour tous les actes visés à l'article L. 622-7 C.com.

Il n'y a pas que la situation du débiteur à être perturbée pendant la période d'observation, celle de ses créanciers l'est aussi. Les créanciers antérieurs et postérieurs non méritants subissent de plein fouet l'ouverture de la procédure collective de leur débiteur. Le contraste est flagrant avec les créanciers postérieurs qui ne subissent aucune de ces contraintes.

Seront successivement étudiés l'accroissement des obligations pesant sur les créanciers antérieurs et postérieurs non privilégiés et les restrictions de leurs prérogatives.

Au titre de l'accroissement des obligations des créanciers antérieurs et postérieurs non privilégiés figure la déclaration des créances. Ces créanciers à l'exception des salariés, leurs représentants ou préposés doivent déclarer (en pratique par écrit) leurs créances entre les mains du mandataire judiciaire. Les premiers doivent déclarer leur créance dans les deux mois de la publication du jugement d'ouverture au B.O.D.A.C.C.²²⁷, il s'agit d'un délai préfix. Tandis que les seconds doivent déclarer leur créance dans les deux mois à compter de la date d'exigibilité de leur créance. Le défaut de déclaration dans le délai légal rend la créance inopposable à la procédure²²⁸. Pour éviter cette sanction, le

²²² Par exemple, à l'encontre du jugement d'ouverture de la procédure collective ou arrêtant le plan, la décision modifiant la mission de l'administrateur.

²²³ Par exemple, les actions en divorce ou en réparation d'un préjudice personnel.

²²⁴ Est antérieure la créance dont le fait générateur est survenu avant l'ouverture de la procédure collective. L'antériorité peut être établie par tous moyens.

²²⁵ Article L. 622-7 III C.com.

²²⁶ Article L. 654-8 C. com.

²²⁷ Article R. 622-24 C. com.

²²⁸ Article L. 622-26 C. com.

créancier retardataire peut demander au juge-commissaire qu'il le relève de forclusion, ce qui n'est admis qu'à de strictes conditions²²⁹. Lorsqu'il est accordé, le créancier retardataire ne peut concourir aux répartitions des dividendes que pour ceux postérieurs à sa demande.

La déclaration de créances faite s'ensuit une procédure de vérification par le mandataire judiciaire en présence du conjoint débiteur, de l'administrateur (en cas de mission de représentation) et des créanciers contrôleurs.

Au titre des limitations des droits des créanciers antérieurs et postérieurs non privilégiés on recense trois règles qui découlent du principe d'égalité et qui contribuent à geler le passif du conjoint débiteur : l'interdiction des paiements et son corollaire l'interdiction des poursuites individuelles, l'arrêt ou l'interruption des voies d'exécution, l'arrêt du cours des intérêts et l'arrêt du cours des inscriptions.

Prolongeant l'interdiction des paiements, l'interdiction des poursuites individuelles²³⁰ a pour effet d'interdire ou d'interrompre les actions contre le conjoint débiteur tendant au paiement d'une somme d'argent ou à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement de sommes d'argent. Ces créanciers ne peuvent ainsi obtenir du juge qu'il ordonne un paiement désormais interdit au conjoint débiteur par l'article L. 622-7 C.com.

L'article L. 622-21 II C. com. prévoit l'arrêt et l'interdiction des voies d'exécution tant sur les meubles que sur les immeubles, de ces créanciers.

Le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts²³¹ : la créance cesse de produire intérêt, les intérêts qui auraient dû normalement être calculés pour la période suivant le jugement d'ouverture sont définitivement perdus pour le créancier. Cependant, afin d'encourager le crédit à moyen et long terme, la règle de l'arrêt du cours des intérêts est écartée pour les « *intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus* »²³².

Enfin, dernière pièce du dispositif assurant le gel du passif, l'article L. 622-30 C. com. interdit l'inscription, après le jugement d'ouverture, des hypothèques, nantissemements et privilèges constitués antérieurement sur des biens appartenant au conjoint débiteur et les actes ou jugements constitutifs ou

²²⁹ Première condition : la demande en relevé de forclusion doit être formée dans le délai préfix de six mois à compter de la publication du jugement d'ouverture au B.O.D.A.C.C. Deuxième condition : le créancier doit prouver que le conjoint débiteur a volontairement omis de le faire figurer dans la liste des créanciers qu'il doit remettre aux organes de la procédure collective, soit que cette défaillance n'est pas dû à son fait.

²³⁰ Article L. 622-21 C. com.

²³¹ Article L. 622-28 al 1 C.com.

²³² Article L. 622-28 al. 1 C. com.

translatifs de droit réel, solution en accord avec l'effet saisie collective immédiat du jugement d'ouverture.

À l'inverse des créanciers antérieurs et postérieurs non privilégiés, les créanciers postérieurs méritants du conjoint sont soumis à un traitement privilégié.

Les articles L. 622-13 et L. 622-17 C. com. réservent un traitement préférentiel à certains créanciers dont la créance présente trois conditions : la naissance pendant la période d'observation, la régularité de la créance : la créance doit être née de la poursuite d'activité et dans le respect de la répartition des pouvoirs des personnes participant à la procédure collective et la créance doit être utile²³³.

Quel est le fondement de ce droit de priorité ?

La sauvegarde et le redressement judiciaire ayant pour objectif premier de faciliter la réorganisation de l'entreprise en vue de permettre la poursuite de l'activité économique²³⁴, il faut trouver les moyens d'y parvenir. Il faut que l'entreprise se procure du crédit. Or ses partenaires vont hésiter à poursuivre ou entreprendre de nouvelles relations avec elle. Ils ne vont accepter de contracter avec elle que s'ils ont l'assurance d'être payés. C'est ce qui explique leur droit de priorité sur les créanciers antérieurs se manifestant en principe par le paiement à l'échéance et par le droit à paiement privilégié.

Tandis que les créanciers antérieurs ne peuvent être payés pendant la période d'observation, les créanciers postérieurs privilégiés échappent à l'interdiction des paiements édictée par l'article L. 622-7 C. com. L'administrateur ou le conjoint débiteur doit, sur les fonds disponibles, payer intégralement les créances postérieures privilégiées au fur et à mesure de leur exigibilité, c'est-à-dire de leur échéance, sans que leurs titulaires aient à subir la procédure de déclaration et vérification des créances. Tant qu'il existe des fonds disponibles, l'échéance est la seule cause de préférence.

Les créanciers postérieurs méritants, impayés à l'échéance de leurs créances, bénéficient d'un véritable privilège général qui porte sur l'ensemble des meubles et immeubles du conjoint débiteur²³⁵. Ils sont payés prioritairement aux autres créanciers, y compris ceux bénéficiant d'une sûreté, notamment d'une hypothèque. Le paiement prioritaire des créanciers postérieurs privilégiés excepte certaines créances qui les devancent : les créances garanties par le

²³³ C'est le cas lorsque la créance est née en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant la période d'observation : créance contractuelle née de la poursuite d'un contrat en cours ; ou née pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation.

²³⁴ Articles L. 620-1 al. 1 (sauvegarde) et L. 631-1 al. 2 (redressement judiciaire) C. com.

²³⁵ Articles L. 622-17 II et L. 631-14 al. 1 C. com.

superprivilège des salaires, les créances garanties par le privilège des frais de justice, les créances garanties par le privilège de conciliation.

La situation du conjoint débiteur et de ses créanciers pendant la période d'observation étant désormais connue, il faut examiner cette même situation, mais pendant l'exécution du plan.

b/ La situation du conjoint débiteur et de ses créanciers avant et pendant l'exécution du plan

Lors de l'élaboration du plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire, aussi bien le conjoint débiteur que ses créanciers sont consultés.

Le conjoint débiteur n'est pas le seul à être consulté lors de l'élaboration du plan de sauvegarde ou de redressement, ses créanciers le sont aussi.

L'administrateur judiciaire doit dresser un bilan économique, social et le cas échéant environnemental de l'entreprise, qui « *précise l'origine, l'importance et la nature des difficultés de l'entreprise* »²³⁶. Il s'agit de décrire et d'expliquer la situation présente de l'entreprise, dont les difficultés doivent être analysées. Pour établir le bilan économique et social, l'administrateur bénéficie, selon l'article L. 623-1 al. 1 C.com. du concours du conjoint débiteur. Compte tenu du bilan économique et social, l'administrateur propose en principe un projet de bilan de plan de sauvegarde ou redressement judiciaire.

En l'absence d'administrateur judiciaire, il n'est prévu ni bilan ni rapport de l'administrateur, mais seulement un projet de plan préparé par le conjoint débiteur, qui doit consulter les divers intéressés²³⁷. Ce projet doit être déposé au greffe et donne lieu à un rapport du juge-commissaire au vu duquel statue le tribunal²³⁸.

Lors de l'élaboration du projet de plan, il faut en outre consulter les créanciers du débiteur. Dans la perspective d'adoption d'un plan, l'article L. 626-5 C. com. prévoit une procédure de consultation sur d'éventuels délais de paiement ou remises de dettes qu'ils sont prêts à consentir au conjoint débiteur. Depuis la loi du 26 juillet 2005, cette consultation peut être individuelle ou collective. On ne parlera pas de cette seconde modalité, les seuils (150 salariés et 20 millions d'euros) de constitution étant trop élevés.

La consultation individuelle peut avoir lieu par écrit (L.R.A.R.). À défaut de réponse dans les trente jours à compter de la réception de la lettre, l'accord du créancier est réputé acquis.

²³⁶ Article L. 623-1 al. 2 C. com.

²³⁷ Article L. 627-3 C. com.

²³⁸ Article L. 627-4 C. com.

Quels sont les pouvoirs de gestion du conjoint du débiteur pendant l'exécution du plan ? Que se passe-t-il en cas d'inexécution du plan ?

Le conjoint débiteur qui bénéficie d'un plan est maintenu à la tête de l'entreprise sauf stipulation de cession totale incluse dans le plan de redressement. Sauf à respecter les engagements prévus dans le plan et à ne payer les créanciers que dans les modalités prévues par le plan, il recouvre l'intégralité de ses pouvoirs. Cependant, la procédure n'est pas encore terminée et certains organes sont encore nécessaires. C'est ainsi que le jugement arrêtant le plan désigne un commissaire à l'exécution du plan²³⁹ dont la durée de la mission est calquée sur celle de la durée de l'exécution du plan²⁴⁰. Il doit veiller à l'exécution du plan, il donne son avis sur toute demande de modification du plan. Il peut former appel de la décision statuant sur la modification du plan. Il a qualité pour demander la résolution du plan. Il peut agir en nullité de la période suspecte²⁴¹ ou se constituer partie civile dans le cadre d'instances pénales pour banqueroute²⁴².

En cas de difficultés, le conjoint peut demander la modification du plan. S'il n'exécute pas le plan, il est possible de demander l'exécution forcée du plan ou sa résolution. Pour prévenir toute inexécution, le conjoint peut demander au tribunal une modification substantielle dans les objectifs et les moyens du plan²⁴³. Si le conjoint débiteur ne paie pas spontanément les dividendes prévus par le plan, le commissaire à l'exécution du plan peut agir en exécution forcée contre lui pour obtenir la remise des fonds²⁴⁴. C'est une disposition théorique, car si le conjoint ne s'exécute pas c'est bien souvent parce qu'il ne le peut pas, il est déjà en cessation de paiement. Il existe deux situations susceptibles d'entraîner la résolution du plan : l'inexécution dans les délais prévus par le conjoint débiteur des engagements du plan ou l'état de cessation des paiements. La résolution est prononcée par le tribunal sur demande du créancier, commissaire à l'exécution du plan, du ministère public ou d'office par le tribunal. Cette résolution s'accompagne de l'ouverture d'une nouvelle procédure collective : un redressement ou une liquidation selon que le redressement de l'entreprise est encore possible.

Au contraire, le conjoint débiteur occupe dans la liquidation judiciaire une situation qui se situe aux antipodes de celle rencontrée dans la sauvegarde et le redressement judiciaire.

²³⁹ Article L. 626-25 C. com.

²⁴⁰ Article L. 626-25 C. com.

²⁴¹ Article L. 632-4 C. com.

²⁴² Art L. 654-17 C. com.

²⁴³ Article L. 626-26 C. com. Par ex. : la demande de nouveaux délais de paiements, de réviser les objectifs du plan à la baisse.

²⁴⁴ Article L. 626-27 al. 1 C. com.

2/ Le conjoint du débiteur soumis à une procédure de liquidation judiciaire

Le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire a des effets importants non seulement sur la situation du conjoint débiteur, dont il entraîne le dessaisissement (a), mais aussi sur celle de ses créanciers (b).

a/ Le dessaisissement du conjoint débiteur : principe et exceptions

La liquidation judiciaire est une saisie collective des biens du débiteur en vue du paiement de ses créanciers placés sur un pied d'égalité. Cette conception traditionnelle a pour corollaire le principe suivant : le débiteur est dessaisi de ses pouvoirs. Ce principe connaît des limites.

L'ouverture²⁴⁵ de la liquidation judiciaire emporte de plein droit dessaisissement du conjoint débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens tant que la procédure n'est pas clôturée. Ce principe posé à l'article L. 641-9 I C. com. emporte plusieurs conséquences. Le dessaisissement du conjoint débiteur se manifeste tant au regard des biens saisis que des actes soumis au dessaisissement. Le dessaisissement rend inopposables à la procédure collective et non pas nuls, les actes irrégulièrement accomplis par le débiteur²⁴⁶.

La lettre de l'article L. 641-9 C. com. implique de considérer que le dessaisissement a une portée générale et impérative. Il vise en effet, « *les biens acquis à quelque titre que ce soit* ». Peu importe donc que les biens en cause soient ou non, liés à l'activité professionnelle du conjoint débiteur.

Le dessaisissement s'étend à tous les biens présents et à venir du conjoint débiteur. Il porte sur ses biens propres ou personnels, mais aussi sur les biens communs²⁴⁷ y compris la partie saisissable du salaire. La situation d'indivision est souvent génératrice de difficultés. À cet égard il est régulièrement jugé que le dessaisissement s'étend aussi à l'exercice de ses droits dans l'indivision²⁴⁸.

²⁴⁵ Le dessaisissement court à compter de la date du jugement de liquidation judiciaire et non de sa publication. La règle est d'application constante (Com., 18 janv. 1967 : *RTD com.* 1967, p. 869, n° 28, note R. HOUIN ; Com., 13 oct. 1980 : *Bull. civ.* 1980, IV, n° 330 ; *D.* 1981, inf. rap. p. 220, note F. DERRIDA ; *RTD com.* 1982, p. 128, note P. MERLE). Le point de départ du dessaisissement part même de la première heure du jour où est prononcée la liquidation judiciaire (Com., 17 mai 1989 : *JCP G* 1990, II, 21464, note M. BEAUBRUN – Com., 18 janv. 2000 : note A. PERDRIAU ; *Procédures* 2000, comm. 126 ; *Gaz. Pal.* 2002, 2, jurispr. p. 1873, note R. DANIELOU).

²⁴⁶ Com., 1^{er} février 2000 : *RJDA* 5/2000 n°577 – Com., 26 avril 2000 : *Bull. civ.* IV n° 81 ; *D.* 2000, act. jur. p. 264 note A. LIENHARD ; *JCP E* 2000 n°40 p.1562, note P. PETEL ; *LPA* 28 février 2001, n°42 p.16, note C. PAQUETTE-DESSAIGNE.

²⁴⁷ Ass. Plénière, 23 décembre 1994 (arrêt précité).

²⁴⁸ Com., 3 décembre 2003 : *Act. proc. coll.* 2003, comm. 60 : le liquidateur est habilité à demander le partage de l'indivision sur le fondement de l'article 815 C. civ.

Le dessaisissement prive le conjoint débiteur de toute faculté d'accomplir un quelconque acte d'administration²⁴⁹ ou de disposition²⁵⁰ sur ses biens. Les exemples sont multiples. Ainsi, le débiteur ne peut, en principe, plus exercer seul les voies de recours²⁵¹ ; il ne peut agir en nullité²⁵², ni en vertu d'une action oblique²⁵³ ; il ne saurait réaliser lui-même son actif ; il ne peut faire fonctionner son compte bancaire, ni procéder à aucun paiement, y compris par compensation, sauf entre deux dettes connexes²⁵⁴. Il ne peut sans l'intervention du liquidateur, conclure la convention définitive réglant les conséquences de son divorce²⁵⁵.

Il faut s'intéresser aux conséquences du dessaisissement. Le dessaisissement du conjoint en liquidation judiciaire entraîne la nomination par le tribunal d'un liquidateur et lui interdit d'exercer une profession indépendante.

Le liquidateur est nommé par le tribunal dans le jugement d'ouverture, le tribunal pouvant ensuite si nécessaire le remplacer²⁵⁶. Il doit vérifier les créances ou achever leur vérification, et procéder aux opérations de réalisation des biens figurant à l'actif pour en répartir le produit entre les créanciers. Par ailleurs, il a seul qualité pour exercer les droits et actions patrimoniaux du conjoint débiteur en liquidation judiciaire²⁵⁷.

Tout au long de la procédure de liquidation judiciaire, le conjoint débiteur se trouve interdit d'exercer une activité susceptible de connaître une procédure collective, c'est-à-dire en qualité de commerçant, d'artisan, d'agriculteur ou de professionnel indépendant²⁵⁸. Les actes accomplis en violation de l'interdiction doivent être déclarés inopposables à la procédure collective. En outre, ils exposent le conjoint débiteur contrevenant à la mise sous faillite personnelle.

Le principe du dessaisissement du conjoint débiteur connaît des limites. Le dessaisissement du conjoint débiteur n'affecte pas les biens insaisissables et il conserve certains pouvoirs. Le dessaisissement n'affecte pas la personne du conjoint débiteur qui n'est frappé d'aucune incapacité ou interdiction de gérer

²⁴⁹ Selon le Vocabulaire juridique CORNU, l'acte d'administration est défini ainsi : « Opération de gestion normale, acte ordinaire d'exploitation d'un bien ou d'une masse de bien englobant l'expédition des affaires courantes et la mise en valeur naturelle d'un patrimoine (entretien, assurance, dépôt, prêt etc.) »

²⁵⁰ Selon le Vocabulaire juridique CORNU, l'acte de disposition est défini ainsi : « opération grave qui entame ou engage un patrimoine, pour le présent ou pour l'avenir dans ses capitaux ou sa substance ».

²⁵¹ Com., 14 mars 1995 : *D.* 1995, jurispr. p. 373, note F. DERRIDA ; *RJDA* 1995, n° 1043. – Com., 26 mai 1998 : *Act. proc. coll.* 1998, comm. 100.

²⁵² Com., 19 janvier 1999 : *Act. proc. coll.* 1999, comm. 72.

²⁵³ Com., 3 avril 2001 : *Bull. civ.* 2001, IV, n° 71 ; *JCP E* 2001, 1473, n° 16, note PH. PETEL ; *RTD civ.* 2001, p. 882 à 884, note J. MESTRE et B. FAGES ; *D.* 2001, p. 1728 ; *RTD com.* 2001, p. 770, note J.-L. VALLENS ; *RD bancaire et fin.* 2001, comm. 118, p. 164, note F.-X. LUCAS.

²⁵⁴ Com., 10 mars 1987 : *Bull. civ.* 1987, IV, n° 66.

²⁵⁵ Com., 26 avril 2000 : *Bull. civ.* 2000 IV n° 81 ; *D.* 2000 n°11, note Y. CHAPUT.

²⁵⁶ Article L. 641-1 II et III C. com.

²⁵⁷ Article L. 641-9 C. com.

²⁵⁸ Article L. 641-9 III renvoyant à l'article L. 640-2 C. com.

du seul fait du prononcé de la liquidation judiciaire. L'article L. 641-15 C. com. prévoit quelques exceptions au dessaisissement notamment les biens déclarés insaisissables par la loi (par ex. les indemnités et créances à caractère alimentaire²⁵⁹).

Le conjoint en liquidation judiciaire conserve malgré le dessaisissement certains pouvoirs traditionnels ou propres. En dépit de la liquidation judiciaire, le conjoint débiteur conserve quelques prérogatives. Il peut ainsi se porter partie civile. Il peut, entre autres, réaliser seul des actes conservatoires, exercer certaines voies de recours telles que l'appel du jugement de report de la date de cessation des paiements²⁶⁰, l'appel ou le pourvoi en cassation du jugement de liquidation judiciaire²⁶¹. Il accomplit les actes et exerce les droits et actions qui ne sont pas compris dans la mission du liquidateur. Ce même droit est reconnu pour les actions à caractère mixte, mêlant intimement le caractère personnel et les incidences patrimoniales, par exemple une demande de pension alimentaire, une requête en homologation de changement de régime matrimonial. La difficulté est alors pour la jurisprudence de déterminer au cas par cas ce qui, du caractère personnel ou du caractère patrimonial, doit être privilégié. Il a été jugé que les actions en séparation de biens ou en homologation de partage de communauté nécessitaient l'intervention du liquidateur²⁶².

b/ Le sort des créanciers du conjoint débiteur

Le jugement de liquidation judiciaire modifie les droits de certains créanciers. Après avoir réalisé des opérations de liquidation, le liquidateur répartit le produit de la vente selon un ordre établi entre créanciers.

La modification des droits des créanciers du conjoint en liquidation judiciaire se manifeste en premier lieu, par la déchéance du terme et en second lieu, par l'arrêt des poursuites.

Le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire rend exigibles les créances non échues²⁶³. Cette exigibilité immédiate se justifie par le fait que l'accumulation soudaine d'un passif ne peut plus nuire l'entreprise dont le redressement est définitivement compromis.

Les créanciers subissent une restriction de leurs droits.

²⁵⁹ Com., 5 février 2002 : *D.* 2002 Act. jurispr. 887 ; *Dr et patr.* 2002 n°106 p.107 note M-H. MONSERIER-BON ; *Rev. proc. coll.* 2002 257 note C. LEBEL.

²⁶⁰ Com., 1^{er} mars 2005 : *D.* 2005 Act. jurispr. p. 953 note A. LIENHARD.

²⁶¹ Article L. 661-1 I 2° C. com.

²⁶² Com., 26 avril 2000 : *Bull. civ.* IV n°81 p.71.

²⁶³ Article L. 641-4 al. 2 C. com. La liquidation judiciaire emporte exigibilité immédiate des dettes, sauf lorsque le maintien de l'activité est décidé afin d'envisager un plan de cession d'entreprise. Dans ce cas, l'exigibilité immédiate est reportée au jugement arrêtant le plan de cession (texte préc.).

Le jugement d'ouverture emporte à ce titre les mêmes conséquences que l'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire : arrêt des poursuites, arrêt du cours des intérêts, arrêt des inscriptions.

Afin d'accélérer les opérations de liquidation, les créanciers titulaires d'un privilège spécial, d'un nantissement ou d'une hypothèque et le trésor public pour ses créances privilégiées peuvent exercer leur droit de poursuite individuelle, dès lors que même s'ils ne sont pas encore admis, ils ont déclaré leurs créances. Cette prérogative est subordonnée à la condition que la liquidation n'ait pas entrepris la liquidation des biens grevés dans le délai de trois mois à compter du jugement d'ouverture²⁶⁴.

Comme dans la procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire, les créances doivent être vérifiées. Le liquidateur doit vérifier le passif. Par exception, l'article L. 641-4 al. 2 C. com. prévoit qu'il n'est pas procédé à la vérification des créances chirographaires, s'il apparaît que le produit de la réalisation de l'actif sera entièrement absorbé par les frais de justice et les créances privilégiées. À cette fin, le liquidateur, dans les deux mois de son entrée en fonction, remet au juge-commissaire un état mentionnant l'évaluation des actifs et du passif privilégié et chirographaire. Au vu de cet état, le juge-commissaire décide s'il y a lieu ou non, conformément à l'article L. 641-4 C. com., d'engager ou de poursuivre la vérification des créances chirographaires.

L'actif réalisé, le liquidateur procède à la répartition du produit des cessions entre les créanciers.

Exception faite des créanciers exclus de la répartition des dividendes, la répartition des dividendes entre les créanciers est régie par la loi. Les créanciers qui n'ont pas déclaré leur créance et, le cas échéant, à défaut de relevé de forclusion sont exclus de la répartition des dividendes. La répartition entre les créanciers admis et reconnus se fait en fonction d'un classement et le paiement s'effectue selon des modalités bien précises²⁶⁵.

Le sort des créances nées régulièrement postérieurement à la liquidation judiciaire est réglé dans des dispositions particulières à la liquidation judiciaire (article L. 621-13 C. com.), sur le modèle de l'article L. 621-17. C'est-à-dire que les créances utiles doivent être payées à échéance et sont privilégiées alors que les autres devront être déclarées. Seul change l'ordre de paiement des créances postérieures privilégiées par rapport aux créanciers antérieurs.

Quel est le sort de la communauté lorsque les deux époux sont successivement mis en liquidation judiciaire ?

²⁶⁴ Article L. 641-2 al. 1 C. com.

²⁶⁵ Article L. 641-4 al. 2 C. com.

Le tribunal de commerce de Romans dans un jugement en date du 4 octobre 2000 a rendu une décision remarquée. Dans cette hypothèse, les juges du fond ont refusé d'accorder la priorité à la première liquidation judiciaire et ont inclus en même temps le bien commun dans les deux procédures. Au plan pratique, ce montage fictif opéré par les juges consulaires pose des difficultés : faudra-t-il payer d'abord les créanciers du premier époux débiteur ou serait-il possible de désintéresser les créanciers de la seconde liquidation ? Dans cette dernière hypothèse, il faudrait alors admettre qu'ils n'ont même pas besoin de déclarer leur créance à la liquidation judiciaire de la première procédure puisque les juges intègrent le bien commun dans la seconde de sorte qu'ils seront à leur tour avertis. Surtout, que faudra-t-il décider si les créanciers du premier époux débiteur déclarent leur créance à cette procédure et oublient de le faire lors de la seconde ? Il faudrait considérer, dans la logique des choses, que leur créance est inopposable...

Conclusion

La situation du conjoint d'un débiteur en difficulté varie selon qu'il reste extérieur ou soumis à une procédure collective. Contrairement au conjoint soumis à une procédure collective, le conjoint *in bonis* subit les conséquences, mais ne profite pas de ses avantages. C'est pour cela que certains auteurs et notamment Monsieur Pascal Rubellin ont proposé de modifier l'appréhension de la difficulté en cessant de voir dans l'extension au conjoint *in bonis* une faculté abandonnée à la discrétion du tribunal, mais une faveur qui lui serait réservée, lui permettant, si tel est son intérêt, de demander à être soumis à la procédure collective de son époux. L'extension de la procédure collective à la demande du conjoint *in bonis* présenterait deux avantages : concilier les intérêts des époux, donc celui de la famille, et permettre d'assurer l'égalité entre tous les créanciers des époux. Cependant, l'extension de la procédure collective sur demande du conjoint *in bonis* se heurte à un obstacle qui est que le droit des procédures collectives n'a pas pour finalité de protéger le conjoint et la famille du débiteur. Admettre une telle extension sur la demande du conjoint serait contraire à l'esprit de ce droit.