

KARL LAFAURIE

*La force obligatoire du contrat
au regard des procédures d'insolvabilité*

SOUS LA DIRECTION DE
MONSIEUR LE PROFESSEUR GUILLAUME WICKER



UNIVERSITÉ MONTESQUIEU – BORDEAUX IV

MASTER II RECHERCHE DROIT PRIVÉ APPROFONDI – DOMINANTE DROIT CIVIL

ANNÉE UNIVERSITAIRE : 2012-2013

HOMMAGES

Je remercie très sincèrement mon directeur de recherches, le Professeur Guillaume WICKER, pour sa disponibilité, son aide précieuse et sa clairvoyance dont j'espère profiter encore longtemps.

En cette fin de cycle universitaire, que soient également remerciés tous les enseignants qui, depuis mon entrée à l'Université, par leurs qualités et leurs exigences, m'ont donné goût au droit, et m'ont donné l'envie de poursuivre une carrière universitaire.

Un grand merci enfin à mes parents, ma famille et mes proches pour l'aide morale et matérielle qu'ils m'ont apportée et, qu'ils – je n'en doute pas – m'apporteront toujours.

C'est avec beaucoup de peine que je rajoute ce paragraphe pour rendre hommage à la mémoire de Maître Philippe CORNET. Humblement, cher Philippe, je comptais t'offrir ce travail dont le sujet avait suscité l'intérêt du fin spécialiste du droit des entreprises en difficulté que tu étais. Humblement, je le dédie à ta mémoire.

ABRÉVIATIONS UTILISÉES

<i>Adde</i>	Ajouter
al.	Alinéa
art.	Article
art. préc.	Article précité
<i>ALD</i>	<i>Actualités législatives Dalloz</i>
Asso.	Association
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation</i>
C. Ass.	Code des assurances
C. Civ.	Code civil
C. Com.	Code de commerce
C. Consom.	Code de la consommation
C.M.F.	Code monétaire et financier
CA	Cour d'appel
Cass. Civ.	Arrêt de chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Com.	Arrêt de chambre commerciale de la Cour de cassation
<i>CCC</i>	<i>Contrats – concurrence – consommation</i>
<i>Cf.</i>	<i>Confer</i> (se référer à)
chron.	Chronique
coll.	Collection
comp.	Comparer
<i>contra</i>	En sens contraire
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>D. Affaires</i>	<i>Dalloz Affaires</i>
<i>D. H.</i>	<i>Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz</i>
<i>Deffrénois</i>	<i>Répertoire Deffrénois</i>
Diff.	Diffusion
<i>Dr. & Patrimoine</i>	<i>Droit et patrimoine</i>
éd.	Edition
<i>eod. loc.</i>	<i>Eodem loco</i> (au même endroit)
fasc.	Fascicule
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (au même endroit)
<i>in</i>	Dans (référence d'un article au sein d'un ouvrage collectif)

<i>infra</i>	Ci-dessous
<i>JCP E</i>	<i>Juris-Classeur Périodique (La semaine juridique), édition entreprise</i>
<i>JCP G</i>	<i>Juris-Classeur Périodique (La semaine juridique), édition générale</i>
<i>JCP N</i>	<i>Juris-Classeur Périodique (La semaine juridique), édition notariale</i>
<i>J.-Cl. conc. Consum</i>	<i>Juris-Classeur Concurrence et consommation</i>
<i>J.-Cl. proc. coll.</i>	<i>Juris-Classeur Procédures collectives</i>
L.	Loi
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>LPA</i>	<i>Les petites affiches</i>
n ^{o(s)}	Numéro(s)
not.	Notamment
obs.	Observations
<i>op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i> (œuvre citée)
p.	Page
pan.	Panorama
PU	Presses universitaires
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
rappr.	Rapprocher de
<i>Rép. civ. Dalloz</i>	<i>Répertoire de droit civil, Dalloz</i>
<i>RDC</i>	<i>Revue des contrats</i>
<i>RJ com.</i>	<i>Revue de jurisprudence commerciale</i>
<i>RLDA</i>	<i>Revue Lamy Droit des Affaires</i>
<i>RLDC</i>	<i>Revue Lamy Droit civil</i>
<i>RPC</i>	<i>Revue des procédures collectives</i>
<i>RRJ</i>	<i>Revue de la recherche juridique – Droit prospectif</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commerciale</i>
s.	suivants
Somm. com.	Sommaire commenté
Sous la dir.	Sous la direction de (ouvrage collectif, mémoire ou thèse)
spéc.	Spécialement
<i>Supra</i>	Ci-dessus
th. préc.	Thèse précitée
V.	Voir
V ^o	<i>Verbo</i> (mot)
vol.	Volume

SOMMAIRE

Introduction

PREMIÈRE PARTIE

L'IRREVOCABILITE DU CONTRAT AU REGARD DES PROCEDURES D'INSOLVABILITE

CHAPITRE 1. Le domaine de l'atteinte à l'irrévocabilité du contrat

Section I – La limitation du domaine de l'atteinte au droit des entreprises en difficulté

Section II – Vers un élargissement du domaine des atteintes à l'irrévocabilité

CHAPITRE 2. Le régime de l'atteinte à l'irrévocabilité du contrat

Section I – La nature des atteintes à l'irrévocabilité du contrat

Section II – L'appréhension des atteintes à l'irrévocabilité du contrat par la théorie générale du contrat

SECONDE PARTIE

L'INTANGIBILITE DU CONTRAT AU REGARD DES PROCEDURES D'INSOLVABILITE

CHAPITRE 1. Les conditions de l'atteinte à l'intangibilité du contrat

Section I – Les conditions positives : la situation économique du débiteur obérée

Section II – Les conditions négatives : les difficultés exclues

CHAPITRE 2. Le régime de l'atteinte à l'intangibilité du contrat

Section I – La nature des atteintes à l'intangibilité du contrat

Section II – L'appréhension des atteintes à l'intangibilité du contrat par la théorie générale du contrat

Conclusion générale

INTRODUCTION

1. Dieu et l'homme, la force obligatoire et les procédures d'insolvabilité. L'un est perfection, l'autre ne l'est pas. A tel point qu'il est difficile d'imaginer qu'un lien puisse exister entre les deux. Ainsi, leurs mains se rapprochent mais ne se touchent pas. Il reste que le lien qui unit Dieu et l'homme, c'est que le premier a créé le second. On dit aussi que l'un est fait à l'image de l'autre. Telle sont les idées qu'inspire *La Création d'Adam*, trônant sur les plafonds de la Chapelle Sixtine. Force obligatoire et règles des procédures d'insolvabilité, malgré leurs antagonismes, pourraient-elles, elles aussi, avoir un lien, au point même que l'on puisse dire que les secondes sont à l'image de la première ? Ou bien sont-elles tellement inconciliables que leur coexistence dans le monde juridique ne peut être que le résultat d'une fiction ?

2. Présentation du principe de la force obligatoire des contrats. Il faut déjà faire remarquer que le principe de la force obligatoire du contrat a largement précédé les règles du droit de l'insolvabilité. Alors que ces dernières ne se sont véritablement bien établies qu'au cours du XX^e siècle¹, le principe de la force obligatoire du contrat, semble aussi vieux que l'humanité², ce qui n'est pas étonnant quand on sait qu'il est souvent assimilé à une loi naturelle³. La force obligatoire du contrat signifie en effet qu'« *une obligation née du contrat s'impose aux contractants avec la même force qu'une obligation légale* »⁴, il impose le respect des stipulations, des promesses des parties, résultant du contrat⁵. Dès l'époque romaine, le contrat est assimilé à une loi régissant les rapports entre les parties⁶, mais le principe de la force obligatoire, conformément au formalisme qui domine à l'époque, ne s'applique qu'aux contrats revêtus des formes prescrites par la loi⁷. Le principe voit son domaine s'étendre sous l'ère féodale, le respect de la parole donnée ayant pris de l'importance dans le cadre de la vassalité⁸. Suite au déclin du droit à l'époque franque et celui de la féodalité, le respect de la parole donnée connaît au XIII^e siècle une recrudescence sous l'influence des glossateurs canonistes et des théologiens, auxquels on doit le développement de la maxime « *pacta sunt servanda* », d'ailleurs attribuée au Pape Grégoire IX (1155-1241)⁹.

¹ V. *infra*, n°4-5

² V. J.-B. WHITTON, La règle *pacta sunt servanda* : *Recueil des cours de l'Académie de droit international* (RCADI), 1934, III, n°5, p.164 qui fait remonter ce principe à la Chine ancienne, entre 1100 et 500 avant Jésus-Christ, où Confucius l'éleva au rang des grands principes moraux dont la violation est déshonorante tant pour l'homme que pour la société.

³ V. notamment, H. CAPITANT, Le régime de la violation des contrats : *D.H.* 1934, chron. p. 1. : « *le respect de la signature, c'est-à-dire l'obligation de tenir ce qu'on a promis (...) relève de la morale aussi bien que du droit. C'est un principe aussi vieux que la société* ». V. *infra*, n°9

⁴ H. & L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, tome 2, 1^{er} volume : Obligations, théorie générale* : 9^e éd. par F. CHABAS : Montchrestien, 1995, n°721

⁵ Pour une critique de la définition de la force obligatoire limitée aux obligations des parties : V. P. ANCEL, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat : *RTD civ.* 1999, p. 771 et s. ; V. *infra*, n°1

⁶ V. D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations* : Economica, coll. « Corpus histoire du droit », 2^e éd., 2012, p. 473

⁷ En vertu de la maxime *Ex nudo pacto actio non nascitur* (du pacte nu ne naît pas d'action). V. J. GAUDEMET et E. CHEVREAU, *Droit privé romain* : Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 3^e éd., 2009, p.274

⁸ V. B. WHITTON, La règle *pacta sunt servanda*, art. cit., n°5, p.171

⁹ V. H. ROLAND et R. BOYER, *Adages du droit français* : Litec, 4^e éd., 1999, n°308

Les rédacteurs du Code civil n'avaient plus qu'à reprendre le principe qui avait été formulé par Domat dans son *Traité des lois* (XII, 19) et dans les *Lois civiles* (I, I, II, VII) : « *les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de loi à ceux qui les ont faites : elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement commun ou par les autres voies...* »¹⁰, formule que l'on retrouve paraphrasée à l'article 1134 du Code civil, code dont les rédacteurs étaient fortement marqués par l'idée du respect de la parole donnée¹¹. Ainsi le principe de la force obligatoire du contrat imprègne-t-il, à travers cet article, notre droit positif des contrats. Si le contenu exact de la notion a pu faire l'objet de quelques débats¹², il est assez largement admis que l'article 1134 implique que, d'une part, le lien qui existe entre les parties ne puisse faire l'objet d'aucune modification¹³, et que d'autre part, ce lien ne puisse être rompu unilatéralement par l'une des parties¹⁴. La force obligatoire du contrat se traduit ainsi par l'intangibilité et l'irrévocabilité du contrat¹⁵.

3. Notion de « procédures d'insolvabilité ». La présente étude se propose de soumettre ce principe de la force obligatoire au regard des « procédures d'insolvabilité ». Que recouvre cette notion ? Si l'on prend une définition assez large et pas trop technique du terme¹⁶, l'insolvabilité correspond à l'état de l'insolvable, c'est-à-dire de celui « *qui ne peut pas payer ce qu'il doit* »¹⁷. Une procédure d'insolvabilité est donc un processus juridictionnel visant à traiter des situations où un débiteur ne paie pas ses dettes, ou plus largement rencontre des difficultés pour honorer ses engagements. L'expression procédure d'insolvabilité permet ainsi de recouvrir tant les procédures concernant les entreprises en difficulté, dites procédures collectives, que les procédures concernant les particuliers surendettés, dites procédures de surendettement des particuliers. Cette expression est d'ailleurs utilisée en droit supranational¹⁸. Cette notion doit être préférée à celle de « procédures collectives » dans la mesure où celle-ci ne permet pas d'englober les procédures dédiées aux entreprises et celles dédiées aux particuliers, ces dernières n'ayant pas toutes,

¹⁰ V. D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, op. cit., p. 479

¹¹ V. J.-E.-M. PORTALIS, *Présentation au Corps législatif et exposé des motifs du chapitre VI : des nullités et de la résolution de la vente* : « *A Dieu ne plaise que nous voulions affaiblir le respect qui est dû à la foi des contrats ! Mais il est des règles de justice qui sont antérieures aux contrats eux-mêmes, et desquelles les contrats tirent leur principale force* ».

¹² P. ANCEL, Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, art. cit., qui considère que la force obligatoire du contrat ne se résume pas simplement à la création d'obligations par le contrat, lequel a aussi des effets non obligationnels. Comp. : G. WICKER, *Les fictions juridiques – Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, thèse Perpignan : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 253, 1997, n^{os} 151 et s., assimilant le contrat à l'obligation, laquelle fait l'objet d'une analyse dualiste, entre rapport obligatoire (en vertu duquel le créancier peut exiger une prestation du débiteur) et rapport d'obligation (assujettissement du débiteur au contrat). Un auteur, en accord avec le second, d'ailleurs (G. WICKER, Force obligatoire et contenu du contrat in *Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats*, sous la dir. P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET : Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2003, p.153, n^o13, note 56 qui y voit davantage « *une querelle de mots qu'une opposition de fond* »), a fait remarquer la proximité de ces deux positions (L. SAUTONIE-LAGUIONIE, *La fraude paulienne*, thèse : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 500, 2008, n^o 124)

¹³ ce qui se déduit notamment de l'alinéa 1^{er} de l'article 1134 : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* »

¹⁴ ce qui se déduit davantage de l'alinéa 2 de l'article 1134 : « *Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise* »

¹⁵ Sur la distinction de l'intangibilité et de l'irrévocabilité du contrat et son importance, V. *infra*, n^o13

¹⁶ Sur la notion technique d'insolvabilité, comparée à celle de cessation des paiements, V. *supra*, n^o109

¹⁷ ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, sous la dir. G. CORNU : PUF, 8^e éd., 2007, V^o « Insolvable »

¹⁸ V. not. Règlement (CE) n^o1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 « relatif aux procédures d'insolvabilité ».

malgré certaines évolutions, de caractère véritablement collectif¹⁹. Les procédures d'insolvabilité sont donc les procédures collectives des entreprises et les procédures de surendettement, et c'est sur les législations qui leur sont afférentes que portera la présente étude²⁰; c'est à partir de ces législations que sera porté un regard sur le principe de la force obligatoire du contrat.

Il n'y a donc pas un droit de l'insolvabilité, mais des droits de l'insolvabilité, dont l'histoire est spécifique à chacun.

4. Evolution du droit des procédures collectives des entreprises. Point n'est besoin de retracer l'histoire du droit des entreprises en difficulté, dont l'évolution qui va du débiteur coupé en morceaux à la distinction de l'homme et de l'entreprise est parfaitement et clairement expliquée par les ouvrages²¹. Il est plus utile, dans le cadre de la présente étude, de mettre en exergue les principales lignes de force qui ont fait basculer le droit des procédures collectives des entreprises d'un « *droit moralisateur* » à un « *droit thérapeute* »²² et qui ont conduit ce droit à porter atteinte au principe de la force obligatoire du contrat. A cet égard, il semble pouvoir être établie une césure, du reste classique²³, entre ce qui est désigné comme « le droit des faillites » et le « droit des entreprises en difficulté », césure marquée par la loi du 13 juillet 1967²⁴. Avant cette loi en effet, les procédures collectives avaient pour seule finalité le paiement des créanciers, et donc aucune mesure d'atteinte au principe de la force obligatoire du contrat n'était prévue²⁵. La loi de 1967 a à cet égard marqué un tournant avec l'apparition d'une certaine faveur pour le débiteur et surtout le but de sauvegarde de l'entreprise. C'est en effet sous son empire qu'est né, certes timidement, le régime des contrats en cours²⁶, première manifestation de l'atteinte au principe d'irrévocabilité du

¹⁹ V., sur ce sujet, M.-A. FRISON-ROCHE, Le caractère collectif des procédures collectives : *RJ com.* 1996, p. 293 ; A. REYGROBELLET, caractère collectif de la procédure et traitements du surendettement des particuliers : *Rev. proc. coll.*, mai-juin 2012, Dossier 20, p. 99 et s.

²⁰ Il convient de noter que procédures collectives des entreprises et procédures de surendettement ne sont pas les deux seuls types de procédures d'insolvabilité. Elles n'en demeurent pas moins les principales. Quatre autres types de procédures d'insolvabilité peuvent être relevés : celles affectant les établissements de crédit et entreprises d'investissement (CMF, art. L.612-24 et s. ; V. T. BONNEAU et F. DRUMMOND, *Droit des marchés financiers* : Economica, coll. « Corpus droit privé », 3^e éd., 2010, n°935 et s.), celles affectant les entreprises d'assurances (C. Assur., art. L.310-25 et s. ; V. B. BEIGNER, *Droit des assurances* : Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 2011, n°46) celles affectant les copropriétés (Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965, art. 29-1 A et s. ; V. C. SAINT-ALARY-HOUIN, Les copropriétés en difficulté : l'irruption du droit de l'entreprise dans le droit des biens in *Mélange en l'honneur de Jean Pailluseau : Aspects organisationnels du droit des affaires* : Dalloz, 2003, p. 457 et s. ; C. REGNAUT-MOUTIER, le traitement des difficultés des syndicats des copropriétaires : *RPC* mai-juin 2010, Etude 12, p. 18 et s. ; *Adde* : Sénat, rapport de C. DILAIN sur les copropriétés en difficulté, *Étude de législation comparée* n° 236 - 28 mai 2013) et enfin celles spécifiques aux particuliers en Alsace-Moselle (C. Com., L.670-1 et s. ; V. M. STORK, La faillite civile en Alsace-Moselle : *Dr. & Patrimoine*, octobre 1998, p. 62 et s.)

²¹ V. R. SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit des affaires* : Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 1989, n°71 et s., n°435 et s., n°750 et s. ; F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté* : LGDJ, 9^e éd., 2012, n°2 et s. ; J. PAILLUSSEAU, Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté (ou quelques réflexions sur la renaissance (?)... d'un droit en dérive), in *Études offertes à Roger Houin* : Dalloz, 1985, p. 109 et s.

²² Pour reprendre les intitulés des parties de l'article de M.-H. RENAULT, La déconfiture du commerçant - Du débiteur sanctionné au créancier victime : *RTD. com.* 2000.533

²³ V. F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n°1 ; J. PAILLUSSEAU, art. cit.

²⁴ Loi n°67-563 du 13 juil. 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes

²⁵ L'existence de la procédure bien connue réservée aux « débiteurs malheureux et de bonne foi » ne déroge en rien à cette idée, car c'était simplement sur le plan des sanctions du débiteur qu'elle différait de la faillite classique.

²⁶ Loi n°67-563 du 13 juil. 1967, art. 38 : « *Le syndic conserve en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise à l'autre partie* ».

contrat²⁷. C'est aussi avec l'ordonnance n°67-820 du 23 septembre 1967 qu'a été mise en place la suspension provisoire des poursuites, imprimant à la procédure un véritable caractère économique²⁸. C'est néanmoins avec les dispositions de la loi du 25 janvier 1985²⁹ que la mutation la plus profonde du droit des entreprises en difficulté, dont le socle est encore constitué par celles-là³⁰, s'est produite. Si l'on se limite aux évolutions concernant la force obligatoire du contrat, on notera le développement du régime dérogatoire des contrats en cours³¹, le développement des plan de cession, de continuation, avec des règles toujours plus protectrices de l'intérêt de l'entreprise³² et surtout cette bouleversante innovation que constitue l'interdiction de la reprise des poursuites après la clôture de la procédure de liquidation pour insuffisance d'actif³³, et qui a tant fait couler d'encre³⁴. C'est donc principalement dans cette loi que se fixent les atteintes au principe de la force obligatoire du contrat, la loi du n°94-475 du 10 juin 1994, connue pour un retour à une certaine faveur pour les créanciers, ne les ayant pas véritablement remises en cause. Quant à la loi n°2005-854 du 26 juillet 2005 et l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008, elles n'ont pas sur ce point apporté de grands changements³⁵, si ce n'est que quelques retouches textuelles.

5. Naissance et évolution du droit de l'insolvabilité des particuliers. L'histoire du traitement de l'endettement des particuliers est beaucoup moins riche et ancienne que celle de du droit des entreprises en difficulté, mais elle est sûrement plus percutante³⁶. Jusqu'à la loi du 31 décembre 1989, concernant le surendettement des particuliers, le législateur n'avait rien envisagé de plus que la possibilité pour le juge d'octroyer des délais de grâce avec les lois de 1936³⁷. L'histoire des procédures d'insolvabilité des particuliers³⁸ ne démarre donc qu'avec la loi Neiertz du 31 décembre 1989³⁹. En termes d'atteinte à la force obligatoire du contrat, l'histoire s'amorce néanmoins rigoureusement, puisque, si cette loi met en place une procédure de conciliation, dont la caractéristique est de nécessiter un accord des créanciers pour que des modifications soient apportées dans le rapport contractuel, elle a également créé une procédure judiciaire, autonome et pouvant être mise en œuvre sans qu'une tentative de conciliation ait eu lieu, et dont les règles permettent au juge d'introduire des assouplissements

²⁷ V. *infra*, n°s 17 et s.

²⁸ V. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté* : Montchrestien, coll. « Domat », 7^e éd., 2011, n°32

²⁹ Loi n°85-88 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises

³⁰ V. F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n°11 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n°40 qui classe cette loi dans « *Le droit contemporain des entreprises en difficulté* »

³¹ Loi du 25 janvier 1985, art. 37

³² Loi du 25 janvier 1985, art. 100 et s.

³³ Loi du 25 janvier 1985, art. 169

³⁴ V. B. DUREUIL et J. MESTRE, La purge des dettes par l'article 169 de la loi du 25 janvier 1985 : *RPC* 1989, p. 389 ; J.-L. COURTIER, Considérations sur l'article 169 de la loi du 10 juin 1994, *LPA* 1995, p.12

³⁵ Des modifications importantes du domaine et de l'articulation des procédures collectives ont néanmoins eu un impact indirect certain. V. *infra*, n°7

³⁶ V. S. GJIDARA-DECAIX, *J.-Cl. conc. consom.*, V° Surendettement des particuliers, fasc. 1140, n°s 1 et s.

³⁷ Lois du 25 mars et 20 août 1936, qui ont conduit G. RIPERT à écrire son fameux article « Le droit de ne pas payer ses dettes » (*D.H.* 1936, p.57).

³⁸ Pour une étude originale de l'endettement des particuliers avant le Code civil : V. J.-L. THIREAU, Techniques et procédures de désendettement dans l'ancien droit français *in le surendettement des particuliers* (actes du colloque *La dette et ses acteurs*, 5-6 octobre 1995, Angers), sous la dir. M. GARDAY : Anthropos (diff. Economica), 1997, p. 127 et s.

³⁹ Loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles ;

significatifs, allant jusqu'à la réduction de dette pour les prêts immobiliers⁴⁰. L'évolution du droit du surendettement n'a ensuite consisté qu'à intensifier les atteintes pouvant être portées à la force obligatoire du contrat, avec cette étape très importante qu'est le vote de la loi Borloo du 1^{er} août 2003⁴¹, instaurant une procédure de rétablissement personnel, réservée aux cas les plus désespérés et permettant l'effacement total des dettes du débiteur. L'évolution fut parachevée par la loi n°2010-636 du 1^{er} juillet 2010 qui modifia l'architecture de la procédure et permit l'effacement des dettes des débiteurs dépourvus de tout bien sans qu'ait lieu de liquidation de leur patrimoine⁴².

6. La généralité des atteintes à la force obligatoire en droit comparé. Les atteintes au principe de la force obligatoire du contrat *via* des procédures d'insolvabilité sont-elles une spécificité française ? L'évolution qui vient d'être présentée n'a absolument rien de spécifique. Il faut d'ailleurs noter que le droit français est loin d'être pionnier en matière d'atteinte à l'intangibilité du contrat et au droit au paiement des créanciers. On doit effectivement citer le fameux mécanisme anglo-saxon de la *discharge* qui consiste à effacer les dettes du débiteur⁴³ et dont on retrouve la consécration dans une décision de la Cour suprême des Etats Unis de 1934⁴⁴. Comme le montre M. VALLENS, les remises imposées de dettes ont ensuite connu un véritable essor : Japon en 1952, Royaume-Uni en 1986, Allemagne en 1995, Italie en 2003⁴⁵. Certes, les modalités d'effacement diffèrent⁴⁶, mais le résultat reste que tous ces Etats ont accepté, dans l'intérêt du redressement de l'entreprise, d'admettre des atteintes à la force obligatoire du contrat. Les atteintes à l'irrévocabilité du contrat, c'est-à-dire les hypothèses de révocation unilatérale, notamment présentes en droit des entreprises en difficulté sont quant à elles d'autant moins originales que dans certains pays, le maintien du contrat n'est jamais une règle absolue. Ainsi, dans la *common law*, l'exécution contractuelle n'est pas une fin en soi, le contrat peut être exécuté ou ne pas l'être, auquel cas celui qui n'exécute pas engage sa responsabilité et doit verser des dommages-intérêts au créancier⁴⁷. C'est la théorie de la « rupture efficace »⁴⁸, qui a pour conséquence de donner une toute autre dimension au principe d'irrévocabilité du contrat. L'autre caractéristique que partagent le droit français et les droits étrangers est l'ordre d'apparition des procédures d'insolvabilité et

⁴⁰ V. *infra*, n°152

⁴¹ Loi n°2003-710 du 1^{er} août 2003 relative à la ville et à la rénovation urbaine

⁴² V. *infra*, n°163

⁴³ V. J.-L. VALLENS, *L'insolvabilité des entreprises en droit comparé* : Joly éditions (coll. Pratique des affaires), 2010, n°s 142 et s. ; H. MUIR WATT, *Personal Insolvency en droit anglais : un autre découpage* : *Gaz. Pal.*, 26, 27 février 2003, p. 17

⁴⁴ Cour Suprême, 30 avril 1934, *Local Loan vs. Hunt*, 293 US 234, 244 (1934), cité par J.-L. VALLENS, *op. cit.* n°142, soulignant que les procédures d'insolvabilité ont pour but « *l'intérêt public aussi bien que l'intérêt privé, du fait qu'elles accordent au débiteur malheureux mais de bonne foi qui abandonne à ses créanciers les biens qui lui appartiennent à la date de la faillite, une nouvelle chance dans la vie et un champ libre pour de nouvelles entreprises, non entravé par la pression des dettes préexistantes et le découragement qui en résulte* » (nous soulignons)

⁴⁵ J.-L. VALLENS, *op. cit.* n°144

⁴⁶ V. Notamment en droit allemand, où l'interdiction des poursuites n'intervient pas, comme en France, au moment de la clôture de la procédure, mais au bout d'une période de bonne conduite de six ans : V. W. MERLE, *Le droit allemand à travers l'Insolvenzordnung* : *Gaz. Pal.*, 26, 27 février 2003, p.20

⁴⁷ V. C. POPIBEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat – Etude comparative*, thèse : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 498, 2008, n°s 420 et s.

⁴⁸ V. J. ROCHFELD, *La rupture efficace, in Droit et économie des contrats*, sous la dir. C. JAMIN : LGDJ, coll. « Droit & économie », 2008, p. 35 et s.

leur dualisme. A part, principalement, les droits anglo-saxon⁴⁹ et allemand⁵⁰, particuliers et entreprises font l'objet de législations particulières pour ce qui concerne le traitement de leurs difficultés, et les procédures d'insolvabilité des particuliers ont généralement été créées de manière tardive, si on compare leur date d'apparition à celle des droits des procédures collectives des entreprises⁵¹. Mais c'est aussi de cette manière que s'est élargi le domaine des procédures d'insolvabilité, dont il convient de retracer l'évolution en droit français.

7. Extension du domaine des procédures d'insolvabilité. L'étude de l'évolution des droits de l'insolvabilité doit permettre de mettre en exergue un autre élément fondamental : l'élargissement du domaine des droits de l'insolvabilité et des personnes susceptibles d'y être soumises. Pour ce qui est des procédures collectives des entreprises⁵², jusqu'en 1967, seuls les commerçants y étaient éligibles. La loi du 13 juillet 1967 a considérablement élargi le domaine en ouvrant les procédures collectives à tous les groupements dotés de la personnalité morale, qu'ils aient un objet civil ou commercial⁵³. En même temps qu'elle mettait en place des dispositifs fortement attentatoires à la force obligatoire du contrat⁵⁴, la loi du 25 janvier 1985 élargissait quant à elle le domaine du droit des entreprises en difficulté aux artisans⁵⁵. Ce fut ensuite au tour des agriculteurs de se voir ouvrir l'accès aux procédures collectives, en vertu de la loi du 30 décembre 1988⁵⁶. Enfin, la loi du 26 juillet 2005 opéra un élargissement très important du domaine des procédures collectives en les ouvrant à « *toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé* »⁵⁷. Toute personne juridique exerçant une activité professionnelle⁵⁸, même l'EIRL⁵⁹, peut donc faire l'objet d'une procédure collective. Pour ce qui est des procédures collectives des entreprises, on peut aisément dire que leur domaine d'élection ne peut être plus large puisque toute personne exerçant une activité de nature professionnelle peut prétendre faire l'objet, en cas de difficultés, d'une procédure collective. La création, par la loi du 31 décembre 1989, d'un droit de l'insolvabilité ouvert à tout particulier, personne physique, pour ses dettes personnelles a bouclé le domaine du traitement de l'insolvabilité.

Pour faire le bilan de ce domaine des droits de l'insolvabilité, il peut être relevé que quasiment toute personne est éligible à l'une des procédures d'insolvabilité établies par la loi.

⁴⁹ V. H. MUIR WATT, *Personal Insolvency* en droit anglais : un autre découpage, art. cit., p. 21 et s.

⁵⁰ V. W. MERLE, Le droit allemand à travers l'*Insolvenzordnung*, art. cit., p. 17 et s.

⁵¹ J.-L. VALLENS, *op. cit.* n° 152

⁵² V. J. VALLANSAN, L'évolution des personnes assujetties à la procédure collective : 1985-2005 : *Revue Lamy Droit des affaires*, 26 mars 2005, n°80, p.12 s

⁵³ V. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 363 et s.

⁵⁴ V. *supra*, n°4

⁵⁵ V. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *ibid.*, n°357

⁵⁶ Loi n° 88-1202 du 30 décembre 1988 relative à l'adaptation de l'exploitation agricole à son environnement économique et social, modifiant l'article 2 de la loi du 25 janvier 1985. V. J. DAVID, Le désendettement en agriculture, in *Droit civil, procédure, linguistique juridique : Ecrits en hommage à Gérard Cornu* : PUF, 1995, p.101

⁵⁷ C. Com. art. L.620-2, L.631-2, L.640-2 ; V. S. Rétif, L'extension des procédures collectives aux professions libérales : *Dr. & Patrimoine*, mars 2006, p.95

⁵⁸ que ce soit de droit ou de fait, l'ordonnance du 18 décembre 2008 ayant remplacé « artisans » et « commerçants » par « activités artisanales » et « activités commerciales ».

⁵⁹ L'ordonnance n°2010-1512 du 9 décembre 2010 l'ayant intégrée au droit des procédures collectives

D'abord, toutes les personnes morales sont comprises dans le domaine du droit des entreprises en difficulté. Pour ce qui est des personnes physiques, tout particulier, qui a des dettes personnelles, peut faire l'objet d'une procédure de surendettement. Pour ce qui est des exploitants professionnels, l'évolution du domaine du droit des entreprises en difficulté a abouti à une ouverture à tout type de personne exerçant une activité professionnelle, de toutes les natures.

Seuls deux doutes sont à relever : les associés à risque illimité et les dirigeants condamnés, à cause de leurs fautes de gestion, à honorer les dettes de leur entreprise qui a été liquidée⁶⁰. Alors que la situation du dirigeant caution a été spécifiquement envisagée par le législateur consommériste pour lui ouvrir les procédures de surendettement⁶¹, rien n'est prévu pour les associés à risque illimité ou dirigeants responsables pour insuffisance d'actif. Le problème de ces personnes est qu'elles ne peuvent faire l'objet d'une procédure collective des entreprises dans la mesure où la personnalité morale de la société fait écran. Seule cette dernière peut faire l'objet d'une procédure collective, les dirigeants et associés, n'exerçant pas quant à eux une activité indépendante, puisqu'ils ont exercé leur activité au nom de la société⁶². Mais ces personnes ne semblent pas bénéficier davantage des mesures du droit du surendettement. En effet, l'article L.330-1 du Code de la consommation définit la situation de surendettement comme l'impossibilité de faire face aux dettes non professionnelles, les dettes professionnelles étant définies par la Cour de cassation comme celles nées « *pour les besoins ou au titre d'une activité professionnelle* »⁶³. Or, comme l'a montré un auteur, il ne fait guère de doute que la dette résultant de la responsabilité pour insuffisance d'actif d'un dirigeant ou née de l'engagement illimité d'un associé existe au titre d'une activité professionnelle⁶⁴. De telles dettes ne pourraient donc pas être prises en compte pour établir la situation de surendettement du débiteur, ce qui ne signifie pas, par ailleurs, que si cette situation de surendettement était établie sur la base d'autres dettes personnelles, ces dettes professionnelles ne bénéficieraient pas elles aussi des dispositions du droit du surendettement⁶⁵. Une telle situation apparaît difficilement concevable, surtout pour les associés à risque illimité de bonne foi⁶⁶, lesquels mériteraient le même traitement qui a été réservé aux cautions dirigeantes par la loi de 2008. Il n'en demeure pas moins que, sous réserve de ces cas très particuliers, le domaine des droits de l'insolvabilité a connu une

⁶⁰ V. *infra*, n°129

⁶¹ C. Consum. art. 330-1 (modification issue de la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie)

⁶² Telle est la position de trois arrêts très remarquables de la chambre commerciale : Cass. Com. 9 février 2010, n°08-17.670, 08-15.191 et n°08-17.144 : *Bull. civ* IV, n°35 ; *RPC* 2010-2, étude 6, conclusions R. BONHOMME ; *JCP E* 2010, 1296, n°1 obs. PETEL ; la position est la même pour les dirigeants : Cass. Com. 12 novembre 2008 : *Bull. civ* IV, n°191 ; *D.* 2008.2929

⁶³ Cass. Civ. 2^e, 8 avril 2004, n°03-04.013 : *Bull. civ* II, n°190 ; *CCC* 2004, comm. 166, obs. G. RAYMOND

⁶⁴ K. SALHI, La répartition des procédures de surendettement et des procédures collectives d'entreprises : *RPC*, juillet-août 2009, p. 18, n°11

⁶⁵ C'est ce qu'expliquent très justement Hélène AUBRY, Elise POILLOT, Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD : *D.* 2013 pan.945, à propos d'un arrêt de la deuxième chambre civile (Cass. Civ. 2^e, 12 avr. 2012, n° 11-10.228, *D.* 2012. 1120, obs. V. AVENA-ROBARDET) qui a décidé que l'action en comblement de passif « *n'exclut pas en soi le bénéfice des mesures de traitement de surendettement* ». Comme l'expliquent les auteurs, effectivement, une telle responsabilité n'exclut pas le bénéfice des mesures du droit du surendettement, mais les dettes qui en résultent sont professionnelles et ne peuvent être prises en compte pour établir la situation du surendettement.

⁶⁶ Contrairement aux dirigeants fautifs. V. *infra*, n°129

expansion considérable, ce qui, dans la perspective de l'étude du principe de la force obligatoire du contrat, est fondamental.

8. Enjeux de la confrontation du principe de la force obligatoire aux droits de l'insolvabilité. L'étude du domaine des procédures d'insolvabilité conduit au constat de l'« émergence d'un droit de la défaillance économique »⁶⁷, en mesure d'innover tout contrat, dans la mesure où toute personne peut être admise à une procédure d'insolvabilité. C'est quand on a compris l'extension et l'ampleur de ce domaine que l'on mesure et devient sensible à l'impact que peuvent avoir les droits de l'insolvabilité sur la conception du principe de la force obligatoire du contrat. Sachant que les droits de l'insolvabilité portent incontestablement atteinte au principe de la force obligatoire du contrat et que de surcroît, tout contrat peut passer sous les fourches caudines du droit de la défaillance économique, une réflexion sur le principe de la force obligatoire du contrat s'impose. En effet, cette ampleur des atteintes à la force obligatoire du contrat n'est-elle alors pas propre à envisager une conception renouvelée de ce principe ? Une telle question semble essentielle dans la mesure où, comme il a été dit, tout cocontractant, que ce soit d'une personne morale, d'une personne physique, professionnelle ou non est exposé au risque de voir un jour son contrat malmené et ce par des atteintes au principe de la force obligatoire du contrat. Si le caractère attentatoire à la force obligatoire des mesures des droits de l'insolvabilité est toujours souligné, aucune réflexion sur le principe même de la force obligatoire du contrat n'est à ce propos véritablement proposée. Il suffit d'ailleurs de se reporter aux manuels de droit des obligations pour se rendre compte qu'il n'est jamais fait état de ces atteintes quand est présenté le principe de la force obligatoire du contrat⁶⁸. Tout au plus trouve-t-on dans de tels manuels quelques remarques sur les règles des droits de l'insolvabilité quand est présentée l'exécution forcée ou encore l'extinction de l'obligation⁶⁹. Une telle situation est le reflet de la conception qu'a la doctrine de la force obligatoire qui n'a, en fait, pas beaucoup évolué depuis qu'elle est établie : malgré l'évolution des discussions portant sur le fondement du principe, ce dernier est toujours vu comme un absolu dont les dérogations constituent des anomalies.

9. Conception classique de la force obligatoire du contrat. Qu'elle la fonde sur l'autonomie de la volonté ou sur l'autorité donnée par la loi à la volonté⁷⁰, la doctrine a toujours eu et continue dans sa majorité à avoir une conception idéalisée du principe de la force obligatoire du contrat, dont il ressort que ce principe a valeur absolue et qu'une fois que le contrat est formé, il doit et ne peut que produire tous ses effets. Si l'on part d'abord du

⁶⁷ C. SAINT-ALARY-HOUIN, Le périmètre du droit de la défaillance économique – Propos introductifs : *RPC* 01/2011, p.51 n°2

⁶⁸ Sauf erreur de notre part, aucun manuel classique et contemporain de droit des obligations ou de droit des contrats n'en fait état, à part l'introduction du manuel de M. LARROUMET qui évoque cette atteinte par le droit du surendettement : C. LARROUMET, *Droit civil, Tome III : Les obligations, le contrat* : Economica, 6^e éd., 2007, n°142

⁶⁹ V. notamment : J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Traité de droit civil – Le régime des créances et des dettes* : LGDJ, 2005, n°1231 et s. ; J. FRANÇOIS, *Traité de droit civil : Tome 4, Les obligations, Régime général* : Economica, coll. « Corpus droit privé », 2^e éd., 2011, n°262 et s.

⁷⁰ Pour une présentation complète et critique des fondements donnés par la doctrine au principe de la force obligatoire, V. G. WICKER, *Les fictions juridiques, op.cit.*, n°s 13 et s. ; V. aussi : A. SIRI, L'évolution des interprétations du principe de la force obligatoire du contrat de 1804 à l'heure présente : *RRJ* 2008,2, p. 1339 et s.

fondement, encore très présent aujourd'hui, de l'autonomie de la volonté, la force obligatoire est fondée sur une donnée extra-juridique, une donnée morale qui est le respect de la parole donnée. On est donc sur un fondement de la force obligatoire du contrat qui est antérieur au droit. A partir de là, si le droit récupère purement et simple cette idée pour fonder le principe, la force obligatoire du contrat devient une donnée générale et abstraite. Ainsi, dès lors que l'on vérifie si la parole a été donnée de façon satisfaisante, que le consentement est libre et éclairé, il n'y a plus matière à discuter, le contrat doit produire tous ses effets et aucune dérogation n'est acceptable. Si le fondement de la force obligatoire procédant de la théorie positiviste est différent, le résultat est le même : c'est la loi qui donne à la volonté un pouvoir créateur de droit, mais elle ne fait que « *concrétiser la norme pacta sunt servanda* »⁷¹. Aussi, par sa vision purement formelle du phénomène juridique, le cloisonnement du fait et du droit qu'elle établit⁷², et la séparation absolue entre la procédure et la norme qui en résulte⁷³, la force obligatoire du contrat ne peut être envisagée aussi que de façon absolue, et formelle. Une telle conception qui cantonne les conditions d'établissement de la force obligatoire du contrat au moment de la formation du contrat ne peut que déboucher sur une vision statique de la force obligatoire du contrat⁷⁴. Quel que soit le fondement donné à la force obligatoire du contrat, ce principe est présenté comme inébranlable, une fois que les conditions de son édification (la volonté, la présupposition légale) sont présentes. La comparaison de cette présentation avec l'ampleur du domaine de son atteinte par les droits de l'insolvabilité ne peut que conduire au constat d'une faille dans la présentation du système juridique.

10. Faille dans la présentation du système juridique. Est-il soutenable de présenter encore la force obligatoire du contrat comme un principe absolu alors qu'il vient d'être montré que tout contrat pouvait finalement voir sa force obligatoire malmenée ? Une réponse négative s'impose, d'autant qu'elle peut être confirmée par la qualification des règles des droits de l'insolvabilité par rapport au principe de la force obligatoire. Il a été relevé que les règles des droits de l'insolvabilité sont présentées en doctrine comme des atteintes au principe de la force obligatoire du contrat. Il est en effet évident que des règles qui imposent le maintien d'un contrat malgré des inexécutions, permettent une révocation unilatérale du contrat ou encore l'allègement voire l'effacement d'obligations sont des exceptions au principe. Mais la qualification peut aller plus loin et il ne semble pas exagéré de qualifier ces règles de fictions juridiques. En effet, alors qu'une exception « *déroge à la logique de l'application d'un ou plusieurs concepts* », la fiction quant à elle « *contrevient à la logique des concepts concourant à la formulation technique de la règle de principe* »⁷⁵. Or, plus qu'à l'application du concept même, c'est à la logique du principe de la force obligatoire du contrat, logique du respect de la parole donnée qui a concouru à la formulation technique de

⁷¹ G. WICKER, *Les fictions juridiques, op.cit.*, n°34

⁷² *Ibid.*, n°37

⁷³ *Ibid.*, n°38

⁷⁴ *Ibid. eod. loc.*, critiquant la théorie positiviste : « *une fois créée, la norme, quittant le monde des faits, échappe à son auteur pour intégrer l'ordre juridique* »

⁷⁵ *Ibid.*, n°3.3. C'est nous qui soulignons.

cette règle, qu'il est porté atteinte. Il suffit de lire DEMOLOMBE pour s'en convaincre : « *Que toute convention, légalement formée, doive tenir lieu de loi aux parties, cela est d'évidence ! Cet effet-là est essentiel ! puisque, autrement la convention elle-même n'existerait pas (art. 1101)* »⁷⁶. La formule précitée de CAPITANT, faisant du respect de la force obligatoire du contrat une règle autant morale que juridique⁷⁷ confirme bien que les atteintes au principe de la force obligatoire du contrat, plus que des exceptions, peuvent être qualifiées de fictions. Cette qualification de fiction ne permettra pas néanmoins, en elle-même, de donner la solution à ce problème. Néanmoins, elle a cet intérêt que, lorsqu'elle est retenue, elle « *manifeste les limites de la systématisation du droit en soulignant l'insuffisance des concepts qu'elle met en œuvre* »⁷⁸. C'est donc à la conclusion de l'imperfection du concept de force obligatoire du contrat que doit conduire cette qualification de fiction. Or, « *l'étude des fictions doit être conçue comme le moyen d'un approfondissement de l'analyse juridique en vue de leur intégration dans la construction du droit* »⁷⁹. C'est donc à un travail de renouvellement du concept de la force obligatoire du contrat que nous invite cette qualification, renouvellement qui doit passer par l'intégration, dans la construction du droit, et notamment ici, dans la théorie générale du contrat, des règles des droits de l'insolvabilité, encore présentées en marge et sans aucun rattachement au droit du contrat.

11. Atteintes à la force obligatoire, politique juridique et technique juridique. Un tel travail a cet avantage d'éviter le guêpier de controverses qui relèveraient plus de la politique juridique que de la technique juridique et qui voileraient la véritable ambition de la présente étude, voire même obérerait la qualité de ses résultats tant ces débats sont complexes et ne se satisfont pas d'idées arrêtées et appuyées sur des démonstrations trop rapides. Il faut en tout cas bien rappeler que l'atteinte au principe de la force obligatoire du contrat pose des problèmes et implique des controverses morales et économiques. D'un point de vue moral, porter atteinte à la force obligatoire du contrat peut être mal accueilli si l'on s'en tient au respect de la parole donnée. Cela peut aussi être apprécié et atténué si l'on est sensible à la situation d'exclusion des infortunés, loin hélas d'être tous de mauvaise foi et irresponsables, qui ne sont plus en mesure de faire face à leurs engagements. D'un point de vue économique⁸⁰, les deux avis se défendent également : l'un consiste à considérer qu'un Etat qui admet que des contrats soient unilatéralement rompus et que des dettes soient effacées n'est pas économiquement attirant ; l'autre consiste à dire qu'une telle politique est essentielle, que c'est encourager l'entrepreneuriat et la bonne marche de l'économie que de donner un droit à un nouveau départ plutôt que laisser des agents qui ne seront jamais

⁷⁶ C. DEMOLOMBE, *Cours de Code napoléon*, Tome 1, n°387, p.371

⁷⁷ V. *supra*, note 3. *Adde* : formule de PORTALIS citée n°2 note 11

⁷⁸ G. WICKER, *V° Fiction*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. D. ALLAND et S. RIALS : PUF, coll. « Quadrige », 2003

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Sur les aspects économiques du débat, V. J.-F. BRUN, J.-L. COMBES, P. MOTEL COMBES, Une analyse économique du surendettement des particuliers : *LPA* 21 mai 1999, n°101, p. 7 et s. ; *Adde* : E. MACKAAY, L'efficacité du contrat – une perspective d'analyse économique du droit in *L'efficacité du contrat*, sous la dir. G. LARDEUX : Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2011, p. 31 et s. ; F. TERRE, Droit de la faillite ou faillite du droit ? : *RJ. com.* 1991.1, p.1 et s

efficaces voire même néfastes pour l'économie. De telles considérations interviennent en amont du droit et relèvent de la politique juridique et non de la technique juridique. Tel n'est pas notre rôle ici de donner une appréciation sur ces données politiques⁸¹.

12. Ambition : une nouvelle confrontation des droits de l'insolvabilité avec la force obligatoire. La présente étude ne s'inscrit donc pas dans une démarche de destruction, liée à des considérations de politique juridique, mais de construction, démarche à laquelle oblige d'ailleurs la qualification de fiction qui a été faite. Ce n'est donc pas à l'épreuve des procédures d'insolvabilité qu'est soumise la force obligatoire du contrat mais à leur regard. Cette ambition qui consiste à confronter de manière renouvelée, et détachée des considérations de politique juridique, la force obligatoire avec les règles spéciales qui l'atteignent n'est pas nouvelle. Il faut en effet citer à cet égard les travaux des solidaristes⁸², mais aussi d'autres auteurs⁸³ qui ont proposé une nouvelle interprétation de la force obligatoire du contrat, notamment en la fondant sur « *l'attente raisonnable du destinataire de la promesse* »⁸⁴, ou encore sur des notions comme celles de bonne foi, de loyauté ou de confiance⁸⁵, notions que l'on retrouve au demeurant dans le projet des principes de droit européen des contrats⁸⁶. Nous rejoignons les auteurs qui ne se satisfont pas de telles présentations, qui se limitent à un caractère relativiste sans assurer une « *prévisibilité des solutions* » et débouchant sur un « *droit mou* »⁸⁷. Fort de ces remarques, c'est donc à une autre présentation du caractère relatif de la force obligatoire du contrat que nous nous attacherons, laquelle devra être plus précise, plus tangible. Dans cette perspective, plutôt que de relativiser à l'extrême le principe de la force obligatoire du contrat en le remplaçant par des principes au contenu flou, et qui, à notre sens, ne permettent en rien de faire avancer la compréhension de la portée obligatoire du contrat, il s'agira d'utiliser la richesse de la théorie générale du contrat pour présenter de façon précise le contenu actuel du principe de la force obligatoire, et ce à l'aide de notions techniques, juridiques, connues pour leur développement ou leur émergence en droit positif. L'avantage d'une telle présentation est qu'elle permettra d'intégrer, comme le nécessite la résolution de la fiction juridique qui a été dégagée, les atteintes à la force

⁸¹ Pour l'explication d'une démarche identique, dont nous nous sommes inspiré : P. ANCEL, Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes : *Dr. & Patrimoine*, mai 1998, p.89 ; aussi : P. ANCEL, La force obligatoire du contrat – Jusqu'où faut-il la défendre in *La nouvelle crise du contrat*, sous la dir. D. MAZEAUD et C. JAMIN : Dalloz, coll. « thèmes et commentaires », p. 165-166.

⁸² V. C. THIBIERGE-GUELFUCCI, Libres propos sur la transformation du droit des contrats : *RTD civ.* 1997, p. 357 et s. ; D. MAZEAUD, La réduction des obligations contractuelles : *Dr. & Patrimoine*, mars 1998, p.58 et s. ; D. MAZEAUD, Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? in *L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré* : Dalloz : Litec : PUF, 1999, p.621, n°29 ; C. JAMIN, Brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil : *D.* 2002, chron. p. 901

⁸³ B. OPPETIT, L'endettement et le droit, in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida* : Dalloz, 1991, p. 295 et s. ; J. CARBONNIER, Introduction, in *L'évolution contemporaine du Droit des contrats* : PUF, 1986, p. 29 et s

⁸⁴ B. OPPETIT, L'endettement et le droit, art. cit., p.310 ; V. aussi en ce sens : J. CARBONNIER, Introduction, art. cit., p.35 ; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations* : Dalloz, coll. « Précis », 10^e éd. 2009, n°42

⁸⁵ V. *infra*, n°85

⁸⁶ V. G. WICKER, Force obligatoire et contenu du contrat, art. cit., textes cités n°2, notes 9, 10, 11 et 12

⁸⁷ *Ibid.*, n°2 et 3 ; rapp. Y. LEQUETTE, Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser* : LexisNexis : Dalloz, 2012, p.886, qui considère que les solidaristes se placent, dans leurs combats, « sur le mauvais terrain, celui d'une approche essentiellement politique visant à l'élaboration d'un "monde contractuel meilleur", alors que le problème était d'abord juridique »

obligatoire du contrat dans le système juridique, ici plus précisément dans la théorie du contrat, et ce à l'aide de notions connues et usitées en droit des contrat, ce qui permet de donner au système le maximum de cohérence et de clarté.

13. Démarche : confrontation sous l'angle des deux composantes de la force obligatoire du contrat. Maintenant qu'il a été envisagé de proposer une présentation précise, au plus près possible de la théorie générale du contrat, du contenu actuel du principe de la force obligatoire du contrat, il semble opportun d'orienter cette présentation autour de ce qu'exprime techniquement la force obligatoire du contrat. Or, la définition de la force obligatoire du contrat, à l'aide du texte qui la consacre, à savoir l'article 1134 alinéas 1 et 2⁸⁸ fait apparaître que la force obligatoire du contrat implique d'une part que le contrat soit irrévocable et d'autre part intangible⁸⁹. L'irrévocabilité du contrat, imposée par l'article 1134 alinéa 2, concerne l'existence du contrat lui-même. Ce principe implique qu'une fois que le contrat est formé, une partie ne peut le révoquer unilatéralement. En revanche, et c'est de l'article 1184 que cela se déduit, l'inexécution par une partie justifie la révocation du contrat par l'autre⁹⁰. Le principe d'irrévocabilité, c'est l'impossibilité de révoquer unilatéralement le contrat, mais c'est aussi ce corollaire que sont les conséquences de l'inexécution, et notamment la résolution ou résiliation du contrat. Quant à l'intangibilité du contrat, imposée par l'article 1134 alinéa 1, elle concerne davantage l'existence des obligations procédant du contrat, et, en somme, l'exécution du contrat. En vertu de ce principe, les parties doivent respecter les obligations auxquelles elles se sont engagées et exécuter le contrat conformément à ce qui est prévu, sans qu'une révision de ce dernier soit possible. Intangibilité et irrévocabilité sont ainsi les deux principes par lesquels s'exprime techniquement la force obligatoire du contrat. Leur différence semble impliquer une étude séparée de ceux-ci. Le fait que l'étude de ce principe s'effectue au regard des droits de l'insolvabilité justifie d'autant plus cette différenciation, les atteintes portées à l'irrévocabilité du contrat et à l'intangibilité du contrat procédant de règles tout à fait différentes, mais identiques chez les deux législations lorsqu'il s'agit de déroger à l'un ou l'autre des principes. Ces principes étant néanmoins complémentaires pour définir le principe de la force obligatoire, leur étude distincte, si elle permet de dégager les mêmes lignes d'évolutions et d'opérer les mêmes rattachements à la théorie générale du contrat, aboutira à une présentation précise et homogène du contenu actuel du principe de la force obligatoire du contrat.

Le plan de la présente étude sera donc le suivant :

Première partie : L'irrévocabilité du contrat au regard des procédures d'insolvabilité

Seconde partie : L'intangibilité du contrat au regard des procédures d'insolvabilité

⁸⁸ V. *supra*, n°1

⁸⁹ V. C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, thèse : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 380, 2002, n°15

⁹⁰ V. *infra*, n°14

PREMIÈRE PARTIE

L'IRREVOCABILITE DU CONTRAT

AU REGARD DES PROCEDURES D'INSOLVABILITE

14. L'irrévocabilité du contrat et son corollaire, la résolution pour inexécution. C'est de la force obligatoire du contrat en ce qu'elle implique l'irrévocabilité du contrat, à savoir l'impossibilité de le révoquer, d'y mettre fin, sans l'accord des parties, dont il est ici question. Une fois qu'il a exprimé son accord, le contractant ne peut, par sa seule volonté, se défaire de son obligation et mettre fin au contrat. Cette règle issue de l'article 1134 alinéa 2, expression par excellence de la force obligatoire du contrat, a un corollaire logique inscrit à l'article 1184 du Code civil : l'inexécution d'un contractant donne droit à son cocontractant de résoudre le contrat. Si le fondement de cette résolution est discuté⁹¹, il ne fait aucun doute que cette théorie est une conséquence directe du principe de la force obligatoire du contrat. Comme le soulignent justement des auteurs, « *c'est précisément parce que les contractants sont tenus de respecter leurs engagements, que l'anéantissement du contrat peut être imposé, comme sanction, à celui qui y défaille* »⁹². Le regard sera donc porté sur l'application en matière de procédures d'insolvabilité du principe de l'irrévocabilité du contrat, en ce qu'il interdit la révocation du contrat sans l'accord des deux parties et en ce qu'il permet cette révocation en cas d'inexécution.

15. L'atteinte inégale au principe par les procédures d'insolvabilité. Un simple survol des règles du droit des entreprises en difficulté et du droit du surendettement des particuliers conduit à cette conclusion que seul le premier, avec le régime des contrats en cours et les plans de cession, comporte des dispositions intéressant directement les contrats et portant atteinte au principe d'irrévocabilité. Sous réserve d'un élément⁹³, cette remarque est vraie. Elle n'en est pas moins regrettable, l'existence d'un régime des contrats en cours plus abouti en matière de droit du surendettement étant souhaitable.

16. Plan. Il n'est resté pas moins que le domaine de l'atteinte à l'irrévocabilité du contrat (Chapitre 1.) par les procédures d'insolvabilité est encore limité au droit des entreprises en difficulté. Au vu des récentes avancées en matière de droit du surendettement, il apparaît néanmoins que l'extension de ce domaine est inéluctable, la conséquence en serait alors que tout contrat pourrait subir ces atteintes. Le régime de ces atteintes (Chapitre 2), en passe de concerner tous les contrats, devra alors être mis en relation avec la théorie générale du contrat, ce qui permettra de renouveler la vision du principe d'irrévocabilité du contrat et par la même de la force obligatoire du contrat.

⁹¹ V. G. WICKER, *Les fictions juridiques*, thèse cit., n^{os} 302 et s. et les auteurs cités note 31 p.283

⁹² J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations. Tome 1, L'acte juridique* : Sirey, 15^e éd., 2012, n^o379.

⁹³ Le droit du surendettement s'est doté d'un « embryon » de régime des contrats en cours : V. *infra*, n^{os} 39 et s.

CHAPITRE 1.

Le domaine de l'atteinte à l'irrévocabilité du contrat

17. Manifestations de l'atteinte. Le principe d'irrévocabilité du contrat impliquant une interdiction de la rupture unilatérale du lien contractuel et la possibilité de la révocation du contrat en cas d'inexécution par l'une des parties, les atteintes à ces principes se manifestent lorsqu'une rupture unilatérale est permise, ou encore lorsque, malgré l'inexécution de son cocontractant, un contractant n'est pas autorisé à demander la révocation du contrat.

18. Consécration de l'atteinte. C'est dans le régime des contrats en cours que l'atteinte au principe de l'irrévocabilité du contrat est la plus significative en matière de procédures d'insolvabilité. Les règles qui le régissent permettent en effet, dans certaines hypothèses, la rupture du contrat à la convenance du débiteur soumis à la procédure, ou encore empêchent les cocontractants de demander la résolution du contrat pour inexécution⁹⁴. Timidement introduite à l'article 38 de la loi du 13 juillet 1967⁹⁵, l'idée d'un régime dérogatoire des contrats en cours a été développée par la loi du 25 janvier 1985⁹⁶. Le droit des faillites, se muant à la même époque en droit des entreprises en difficulté, se dotait alors d'un véritable régime des contrats en cours qui devait encore être développé par la loi du 10 juin 1994, celle du 26 juillet 2005 et enfin par l'ordonnance du 18 décembre 2008. A cette date pourtant, et alors que sa naissance remonte à la loi du 31 décembre 1989 et son large déploiement à la loi du 1^{er} août 2003, le droit du surendettement des particuliers n'était pas doté de telles règles. C'est par la petite porte et de manière inaperçue⁹⁷ qu'est entré en droit du surendettement un « embryon » de régime des contrats en cours. Une loi du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière⁹⁸ a effectivement ajouté à l'article L.331-3-1 du Code de la consommation, *in fine*, un alinéa comparable à l'article L.622-13 I. du Code de commerce relatif au régime des contrats en cours pour les entreprises en difficulté. L'assimilation semble donc être en route, et c'est heureux. D'une limitation du domaine de l'atteinte au droit des entreprises en difficulté (section I), le droit de l'insolvabilité semble se diriger vers un élargissement du domaine des atteintes à l'irrévocabilité (section II).

⁹⁴ Le régime de ces atteintes sera précisé dans le chapitre suivant.

⁹⁵ V. *supra*, n°4. Sur l'analyse du régime sous la loi de 1967, V. L. BOYER, L'incidence de la faillite sur les contrats en cours : *Ann. Sc. soc. Toulouse, Tome XXIII*, 1975, p. 101 et s. Sur la faiblesse du régime de la loi de 1967, V. C. BRUNETTI-PONS, La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives : *RTD com.* 2000, p. 784, n°2 ; J. VALLANSAN, Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Continuation des contrats en cours – Droit commun : *J.-Cl. proc. coll.*, fasc. 2335, n°s 2 et 3.

⁹⁶ Article 37. V. J. VALLANSAN, *ibid.* Aussi, sur la présentation du régime des contrats en cours issu de la loi du 25 janvier 1985, V. *RJ com.* nov. 1992, n° spécial (Colloque de Deauville, juin 1992).

⁹⁷ Hormis, à notre connaissance, le récent et très instructif article de T. STEFANIA, Le sort des contrats en cours en droit du rétablissement personnel : *D.* 2013, p.384 et s.

⁹⁸ Loi n°2010-1249 du 22 octobre 2010, art. 39. Cf. *Code de la consommation commenté* : Dalloz, 2012, p. 611.

Section I – La limitation du domaine de l’atteinte au droit des entreprises en difficulté

19. Particularisme du droit des entreprises en difficulté. Force est de constater que le principe d’irrévocabilité du contrat n’est mis à l’épreuve que dans la législation particulière aux entreprises en difficulté⁹⁹. Cette remarque doit étonner quand on sait que les particuliers se sont vu reconnaître un droit propre pour que soient traitées leurs difficultés¹⁰⁰. C’est pourquoi l’identification du domaine de l’atteinte (§1), qui aboutit au constat que seul le droit des procédures collectives des entreprises est concerné, doit être suivie de l’explication du fondement de la limitation de ce domaine au droit des entreprises en difficulté (§2).

§1 – Identification du domaine de l’atteinte

20. Nécessité de l’étude. Il a été souligné qu’il est principalement dérogé au principe d’irrévocabilité du contrat en matière de procédures collectives des entreprises, et ce dans le cadre du régime des contrats en cours. Pour mesurer l’impact que peuvent avoir ces atteintes sur le principe d’irrévocabilité, et, plus largement, sur le principe de la force obligatoire du contrat, il convient de relever quels types de contractants peuvent se voir appliquer ces règles particulières, et quels types de contrats peuvent voir leur irrévocabilité théorique atteinte. Ainsi l’analyse du domaine quant aux personnes (A.) et du domaine quant aux contrats (B.) permettra-t-elle d’apprécier la sphère de relativité du principe d’irrévocabilité.

A. Le domaine quant aux personnes

21. Personnes soumises aux procédures collectives des entreprises. Consacré par des dispositions insérées dans le livre sixième du Code de commerce¹⁰¹ intitulé « Des difficultés des entreprises », le régime des contrats en cours s’applique aux personnes relevant des dispositions dudit livre. Or, on sait quelle a été l’évolution du domaine des procédures collectives des entreprises¹⁰² : d’une procédure réservée à la base aux commerçants, on est passé à un droit ouvert à tous les professionnels : commerçants, personnes morales de droit privé, artisans, agriculteurs et depuis plus récemment (2005), les personnes exerçant une profession indépendante ou protégée par un titre (professions libérales). *Rationae personae*, le régime des contrats en cours a un large domaine, aussi large que celui des entreprises en

⁹⁹ En dehors des procédures collectives, on peut relever pour les entreprises une disposition particulière portant atteinte à l’irrévocabilité des contrats et liée aux difficultés que peut connaître une entreprise : l’article L.313-12 du Code monétaire et financier dispose que « *L’établissement de crédit n’est pas tenu de respecter un délai de préavis, que l’ouverture de crédit soit à durée indéterminée ou déterminée, (...) au cas où la situation de ce dernier s’avèrerait irrémédiablement compromise.* Un contrat à durée déterminée peut donc être rompu unilatéralement par le seul constat de la situation irrémédiablement compromise de l’entreprise. V. A. ALBARIAN, Le droit de rupture unilatérale des contrats bancaires pour cause de perte de confiance : l’exemple de l’ouverture de crédit : *LPA* 30 déc. 2010, n°260, p. 3 et s.

¹⁰⁰ V. *supra*, n°4

¹⁰¹ Articles L.622-13 du Code de commerce (titre II du livre sixième, « De la sauvegarde »), L. 631-14 du Code de commerce (titre III du livre sixième, « Du redressement judiciaire »), L.641-11-1 du Code de commerce (titre IV du livre sixième, « De la liquidation judiciaire »)

¹⁰² V. *supra*, n°7

difficulté. *Grosso modo*¹⁰³, toute personne exerçant une activité professionnelle peut donc y être soumise, et seuls les particuliers y échappent.

22. Personnes soumises à tout type de procédures collectives des entreprises. Si le régime des contrats en cours constitue l'«*une des pièces maîtresses du sauvetage de l'entreprise en procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire*»¹⁰⁴, elle n'en reste pas moins aussi un outil utile en matière de liquidation, notamment lorsqu'est envisagé un plan de cession¹⁰⁵. Quoique leur importance puisse ne pas être semblable, les trois types de procédures collectives existant en matière de droit des entreprises en difficulté sont dotés d'un régime des contrats en cours. Il est précisé à l'article L.622-13 du Code de commerce pour la procédure de sauvegarde, l'article L.631-14 applicable à la procédure de redressement judiciaire y fait directement renvoi et le contenu de l'article L.641-11-1 applicable à la liquidation judiciaire en est très proche. Il en résulte que toute personne soumise à une procédure collective réglementée au livre sixième du Code de commerce se verra appliquer le régime des contrats en cours. Le domaine quant aux contrats est aussi large.

B. Le domaine quant aux contrats

23. Les « contrats en cours ». Que signifie l'expression « contrat en cours », inscrite à l'article L.622-13, et qui détermine les contrats concernés par les règles du régime des contrats en cours ? Selon la formule limpide d'un auteur, « *c'est un contrat en cours d'exécution et c'est un contrat en cours d'existence* »¹⁰⁶. Ces conditions sont bien connues¹⁰⁷ et peuvent être ainsi résumées : le contrat doit exister au jour du jugement d'ouverture, ce qui suppose qu'il soit formé avant cette date et qu'il n'ait pas été éteint avant cette date (survenance d'un terme, rupture du contrat déjà acquise) et il ne doit pas avoir produit ses effets avant l'ouverture de la procédure, c'est-à-dire que la prestation caractéristique du contrat n'ait pas encore été fournie. Appliquée à notre champ d'étude, cette règle ne pose pas de difficulté particulière : il n'y a atteinte au principe d'intangibilité que pour les contrats qui existent, c'est-à-dire ceux qui sont déjà nés et qui ne sont pas encore morts.

24. Tout contrat en cours. Il est inutile de s'étendre ici sur les controverses qui ont pu exister à propos de l'exclusion de contrats du fait de leur nature particulière, l'essentiel dans le cadre de la présente étude étant de mesurer l'étendue du domaine du régime des contrats en cours. Or, comme l'a relevé M. JACQUEMONT, « *la généralité des termes utilisés par la loi interdit de limiter a priori ce droit d'option à certains types de contrats* »¹⁰⁸. C'est ainsi que la jurisprudence refuse toute restriction fondée sur la typologie du contrat,

¹⁰³ V. les réserves émises *supra*, n°7

¹⁰⁴ M.-L. COQUELET, *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit* : Dalloz, coll. « Hypercours », 4^e éd., 2011, n°192

¹⁰⁵ V. *infra*, n°s79 et s.

¹⁰⁶ A. MARTIN-SERF, Les contrats en cours avant option de l'administrateur : *RJ com. nov.* 1992, n° spécial, p.9.

¹⁰⁷ V. F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, n°s 680 et s. ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n°s 548 et s. ; A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté* : LexisNexis, 7^e éd., 2012, n°s 383 et s. ; M. JEANTIN, P. LE CANNU, *Droit commercial – Entreprises en difficulté* : Dalloz, coll. « Précis », 7^e éd., 2007, n°s 689 et s.

¹⁰⁸ A. JACQUEMONT, *op. cit.*, n°380

notamment pour les contrats *intuitu personae*¹⁰⁹. Il ne faut donc tenir compte que des exceptions posées par la loi : sont exclus les contrats de travail et la fiducie (article L. 622-13 VI). Hormis ces exceptions particulières, tout contrat est donc concerné.

25. Conclusion du paragraphe. Au terme de l'analyse du domaine de l'atteinte au principe de l'irrévocabilité, il est peut être affirmé qu'à partir du moment où on est en présence de personnes professionnelles, tout contrat est destiné à se voir appliquer les règles du régime des contrats en cours, ce qui fait de son domaine un domaine très étendu. Reste à comprendre pourquoi le domaine est limité au droit des entreprises en difficulté.

§2 – Fondement de la limitation du domaine au droit des entreprises en difficulté

26. Une spécificité liée à la nouvelle vision du traitement des difficultés des entreprises. Si l'on s'en tient au rôle qui était assigné au droit des procédures collectives avant le dernier tiers du XX^e siècle, il est difficile de comprendre l'existence d'un régime des contrats particulier. Mais il est très couramment souligné qu'à partir de 1967, d'un droit des faillites tendant à sanctionner le débiteur et satisfaire au mieux les créanciers, on est passé à un droit des entreprises en difficulté plus compréhensif du débiteur et surtout plus dynamique, tourné « *vers le futur qui commande que tous les moyens juridiques soient mis en œuvre pour réussir* »¹¹⁰. Prenant conscience de la diversité des intérêts en présence, du poids économique – à court terme et à long terme – des entreprises, le législateur a compris qu'il devenait indispensable de mettre l'accent sur le sauvetage plutôt que l'élimination des débiteurs. On aboutit alors à un « *droit du maintien de l'activité et des restructurations économiques* »¹¹¹, animé par de nouveaux objectifs, à la tête desquels se trouvent la sauvegarde et la survie de l'entreprise. La spécificité du débiteur expliquait ainsi l'importance de son sauvetage, et explique aujourd'hui encore la nécessité de règles particulières. Corrélativement, c'est à partir du moment que l'on comprend cette évolution que l'on mesure qu'au vu de leur importance, une attention particulière doit être portée sur les contrats, « *support(s) indispensable(s) à la poursuite des activités* »¹¹² et par là même instruments incontournables de sauvegarde des entreprises. En plus de leur importance, le particularisme des contrats qui structurent l'activité de l'entreprise invite à justifier qu'un traitement particulier leur soit réservé. C'est la conjugaison de ces deux éléments qui permet de comprendre la spécificité du régime des contrats en cours dans le droit des entreprises en difficulté : la spécificité du débiteur en difficulté (A.), qui mérite une attention toute particulière, et la spécificité des contrats (B.)

¹⁰⁹ Cass. Com. 8 déc. 1987 : *JCP G* 1988, II, 20927, note M. JEANTIN

¹¹⁰ M.-H. MONSERIE, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, thèse Toulouse : Litec, coll. « Bibliothèque du droit de l'entreprise », 1994, n°3. V. *supra*, n°4

¹¹¹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.*, n°4

¹¹² E. JOUFFIN, *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, thèse Paris, LGDJ, 1998, n°121

A. Spécificité tenant au débiteur en difficulté

27. Diversité des intérêts. L'autel du droit des entreprises en difficulté est susceptible de recevoir davantage de sacrifices que celui du droit commun tant les intérêts en présence sont variés. L'entreprise représente en effet une entité importante en son sein (1.) mais aussi dans son environnement (2.). C'est pourquoi le débiteur professionnel, mérite, par ses qualités, un traitement particulier qui permette d'assurer au mieux sa sauvegarde.

1. Une entité importante en son sein

28. Intérêt de l'entreprise. Plusieurs réalités recouvrent la notion d'entreprise, mais à chaque fois, ce sont des intérêts méritant une protection particulière. L'entreprise, lorsqu'elle est exploitée individuellement, renferme l'intérêt de l'entrepreneur individuel, qui n'est pas des moindres « *dans un pays qui a besoin d'entrepreneurs* »¹¹³, de personnes créant de la richesse. Lorsque l'entreprise est exploitée sous forme de société, davantage d'intérêts en ressortent, puisqu'en plus des dirigeants qui la font fonctionner, des associés ont investi. Si l'entreprise est touchée, c'est donc plusieurs acteurs de l'économie, aux rôles aussi divers qu'indispensables, qui seront atteints.

29. Intérêt double des salariés. L'importance d'une entreprise est encore plus patente quand elle comprend des salariés. Il est inutile d'insister sur les conséquences néfastes de la fermeture d'une entreprise sur ses salariés et sur l'emploi. Il convient aussi de souligner qu'en plus de leur emploi, les salariés ont aussi, lorsque les difficultés de l'entreprise sont graves, des créances de salaire à faire valoir. S'il existe un système d'assurance des risques courus par les salariés du fait de l'insolvabilité de leur employeur, celui-ci ne traite que d'une manière partielle les risques sociaux et d'ailleurs n'est pas accessible à tous les membres de l'entreprise puisque les dirigeants sociaux en sont exclus¹¹⁴.

2. Une entité importante dans son environnement

30. Intérêt des partenaires contractuels. L'entreprise n'a pas que des créanciers puissants tels le fisc ou les banques et qui supportent facilement sa disparition et son insolvabilité. Elle a en effet le plus souvent une multitude de partenaires contractuels de petite et moyenne taille qui comptent sur elle, sur ses paiements pour être viables. Les conséquences d'une liquidation judiciaire ne peuvent être que désastreuses : en plus de ne pas satisfaire le débiteur, la liquidation se solde la plupart du temps par une clôture pour insuffisance d'actif, avec cette conséquence que les créanciers ne seront pas ou peu payés. Il faut ajouter à cela, la perte, par sa liquidation, d'un partenaire contractuel qui pouvait être régulier et important. On voit bien comment la chute d'une entreprise peut entraîner celle des autres.

31. Intérêt du marché. Plus que les partenaires directs de l'entreprise, l'économie locale, nationale peut souffrir de la défaillance d'une entreprise quelle que soit sa taille.

¹¹³ M. JEANTIN, P. LE CANNU, *op. cit.*, n°13

¹¹⁴ *Ibid.*

L'intérêt du marché est immédiat : si une entreprise est liquidée, cela fait un agent économique en moins sur le marché. Les préoccupations nationales ne sont pas, elles non plus, absentes dans la législation des procédures collectives¹¹⁵.

32. Bilan. La diversité de ces intérêts et l'impact considérable que peut avoir la disparition d'une entreprise sur ceux-ci fait comprendre combien il est important, avant de se préoccuper des paiements et de la sanction du débiteur, de tout mettre en œuvre pour assurer la survie de l'entreprise. Les contrats ont à cet égard un rôle primordial¹¹⁶, mais leur spécificité et le contexte de difficultés, et donc de risque d'inexécutions, dans lequel ils s'inscrivent implique que des règles particulières leur soient appliquées.

B. Spécificité tenant aux contrats

33. Nécessité d'un traitement rapide. Pourquoi avoir une attention particulière pour les contrats et pourquoi les soumettre à ces règles spéciales ? La réponse se trouve dans le besoin d'un traitement immédiat et efficace des difficultés de l'entreprise. Pour maintenir l'entreprise, il faut agir sur le siège de son potentiel économique, lequel est indiscutablement son tissu contractuel, et dont le rôle est donc prépondérant. Le problème est que l'on a souvent affaire à des contrats de longue durée et dont la nature pose des difficultés au vu du principe d'irrévocabilité du contrat. Or, si l'on veut que le contrat soit un « *instrument de la stratégie de l'entreprise* »¹¹⁷, il faut que des règles particulières soient appliquées. Ces règles s'expliquent donc par la spécificité des contrats quant à leur rôle (1.) et par la spécificité des contrats quant à leur nature (2.).

1. Spécificité des contrats quant à leur rôle

34. Le contrat, « Moteur d'activité des entreprises »¹¹⁸. Les contrats structurent l'organisation des entreprises et rythment leur activité. Comme l'écrit le Professeur Philippe PETEL, « *l'entreprise vit et fonctionne grâce à une multitude de contrats. Elle est logée, approvisionnée, financée par contrat* »¹¹⁹. L'auteur poursuit d'ailleurs en soulignant que parfois, un seul contrat conditionne l'intégralité de l'activité de l'entreprise ; c'est le cas de la concession, de la franchise ou du mandat. Il apparaît alors que de par leur rôle et leur caractère essentiel, ces contrats méritent une protection efficace. Telle est la raison de la mise en place, par la loi du 25 janvier 1985, d'un véritable régime particulier des contrats en cours. Il s'agit, dès la période d'observation, et donc rapidement, d'assurer la stabilité et la cohérence du tissu contractuel de l'entreprise, en conservant les contrats essentiels à la survie de l'entreprise et en éliminant les contrats lourds qui menacent sa pérennité.

¹¹⁵ Sur celles-ci et les incidences sur le marché, V. M. JEANTIN, P. LE CANNU, *op. cit.*, n°14 et s.

¹¹⁶ Sur le lien entre l'évolution du rôle des procédures collectives et la question des contrats en cours, V. BRUNETTI-PONS, La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives, art cit. p. 784, n°s 2 et s.

¹¹⁷ A. LAUDE, La non-continuation des contrats dans les procédures collectives in *La cessation des relations contractuelles d'affaires* (Colloque de l'Institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, 30-31 mai 1996) : PUAM, 1997, p.111

¹¹⁸ A. LAUDE, art. cit., p.110

¹¹⁹ P. PETEL, Le sort des contrats conclu avec l'entreprise en difficulté : *LPA* 18 mai 1992, n°60, p. 24

35. Rattachement de ces contrats à une catégorie doctrinale. Il peut être fait à cet égard un rapprochement à la catégorie de contrats qu'avait dégagée il y a quelques décennies Michel CABRILLAC¹²⁰. Dans son article, l'auteur propose une distinction entre les contrats de situation, contrats présentant une influence majeure et directe sur l'activité de l'entreprise, et les contrats d'occasion, « *qui correspondent à des opérations épisodiques qui ne mettent pas en jeu l'existence de l'entreprise* »¹²¹. Cette distinction, qui a marqué certains esprits¹²², et qui a été reprise par d'autres auteurs¹²³, nous permet de constater que l'entreprise est le lieu privilégié d'utilisation des contrats dits de situation, indispensables à son fonctionnement, et qu'il est donc logique que ce soit le droit des entreprises en difficulté qui s'est inquiété du sort des contrats en cours en cas d'insolvabilité du débiteur.

2. Spécificité des contrats quant à leur nature

36. Des contrats de longue durée. En plus de présenter un poids et un rôle important dans l'entreprise, les contrats organisant l'entreprise sont des contrats de longue durée¹²⁴. Or, cette donnée est fondamentale pour expliquer la nécessité d'un régime spécial des contrats en cours dérogeant au principe d'irrévocabilité du contrat. En effet, ce facteur « longue durée » peut être soit un atout qu'il faut absolument conserver, soit un poids dont l'entreprise voudrait bien se délester ; or, d'une part, une inexécution (qui a pu intervenir une fois durant la longue vie du contrat) permet la résolution du contrat et peut ainsi ébranler le premier dessein ; d'autre part, le principe d'irrévocabilité empêche le second impératif de se réaliser. On réalise alors combien la nature des contrats, de longue durée, le principe d'irrévocabilité du contrat, et les besoins de l'entreprises peuvent mal s'accorder. Ainsi s'explique la nécessité d'un régime dérogatoire s'appliquant aux contrats en cours des entreprises en difficulté.

37. Conclusion du paragraphe et de la section. En définitive, la limitation du domaine de l'atteinte au principe d'irrévocabilité du contrat, qui reste large au vu de l'étendue du domaine du droit des entreprises en difficulté et du régime des contrats en cours, peut bien s'expliquer lorsque l'on étudie plus avant l'importance des contrats pour les entreprises et leur nature, et que l'on mesure la dimension des intérêts en présence. Il reste que cette explication, qui justifie bien l'existence d'un régime des contrats en cours, n'est pas suffisante pour motiver une inertie à propos des contrats des particuliers. Cela semble de plus en plus compréhensible tant il est manifeste que notre droit se dirige vers un élargissement des atteintes à l'irrévocabilité.

¹²⁰ M. CABRILLAC, Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale, in *Mélanges dédiés à Gabriel Marty* : Université des sciences sociales, 1978, p. 275

¹²¹ M. CABRILLAC, art. cit, n°8

¹²² Cf. D. MAINGUY, Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats, in *Mélanges Michel Cabrillac* : Dalloz : Litec, 1999, p. 165

¹²³ Cf. F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux* : Dalloz, coll. « Précis », 9^e éd., 2011, n°23

¹²⁴ A ce propos, les auteurs, lorsqu'ils abordent la notion de contrat en cours, soulignent bien que les contrats instantanés peuvent être concernés, mais que la majorité concerne les contrats à exécution successive. En ce sens, notamment C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.*, n°550

Section II – Vers un élargissement du domaine des atteintes à l’irrévocabilité

38. Idée de l’élargissement de l’atteinte aux particuliers. Si le droit des entreprises en difficulté est bien fondé à recevoir, de par les spécificités de son public, un régime spécifique des contrats en cours, cela n’empêche pas de se demander s’il n’y aurait pas un intérêt à soumettre aussi les particuliers connaissant une procédure de surendettement à un régime des contrats en cours. Ce rapprochement pourrait d’ailleurs sembler d’autant moins inconcevable qu’il a déjà été plaidé d’unifier les procédures d’insolvabilité¹²⁵. Il reste que la question de l’opportunité d’un régime des contrats en cours en droit du surendettement des particuliers n’a manifestement pas suscité d’intérêt¹²⁶. Le débat aurait pu rebondir lorsque la loi du 22 octobre 2010¹²⁷ a rajouté à l’article L.331-3-1 du Code de la consommation, *in fine*, un alinéa intégrant une disposition relative aux contrats en cours. Il n’en a rien été. Cette nouveauté constitue pourtant l’amorce d’une extension au droit du surendettement (§1) propre à envisager la possibilité d’un traitement de droit commun pour les particuliers (§2).

§1 – L’amorce d’une extension au droit du surendettement

39. Une nouveauté timide. L’introduction du dernier alinéa de l’article L.331-3-1 dans le droit du surendettement est à notre sens un élément marquant dans l’extension du domaine de l’atteinte à l’irrévocabilité du contrat puisque tout particulier est appelé à y être soumis. Il reste que, sur le fond, la règle est beaucoup moins aboutie qu’en droit des entreprises en difficulté. Si l’on peut donc constater l’introduction d’un régime des contrats en cours en droit du surendettement (A.), celle-ci ne constitue qu’une extension limitée du domaine de l’atteinte au principe d’irrévocabilité (B.).

A. L’introduction d’un régime des contrats en cours en droit du surendettement

40. Présentation de la règle¹²⁸. En vertu de l’article L.331-3-1 alinéa 5 du Code de la consommation, « *Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune*

¹²⁵ B. SOINNE, « surendettement » et « faillite » : unité ou dualité des régimes : *RPC*, 1998-1, p. 1 et s.

¹²⁶ Les écrits relatifs à la comparaison du droit des entreprises en difficulté et le droit du surendettement sont pourtant nombreux : J.-P. SORTAIS, « Faillite » et surendettement : quelques éléments pour une comparaison *in Procédures collectives et droit des affaires : morceaux choisis : Mélanges en l’honneur d’Adrienne Honorat* : Frison-Roche, 2000, p. 227 et s ; B. SOINNE, *art. cit.* ; C. REGNAUT-MOUTIER et J. VALLANSAN, « Faillite » des entreprises et surendettement des particuliers – Etude comparative et prospective *in Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron* : LGDJ, 2009, p. 443 et s. ; Ph. PETEL, La procédure de rétablissement personnel et les procédures collectives du Code de commerce : *CCC*, octobre 2005, Dossier 15, p.29 et s. ; S. LEDAN, Analyse comparative de la procédure de surendettement des particuliers et celle relative à la sauvegarde des entreprises : *CCC* juin 2006, p. 5 et s, et juillet 2006, p.5 et s., mais aucun n’aborde cette question des contrats en cours.

¹²⁷ Loi n°2010-1249 du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière, art. 39. *Cf. Code de la consommation commenté* : Dalloz, 2012, p. 611.

¹²⁸ La règle étant passée inaperçue ou ayant peu intéressé, les écrits doctrinaux qui y font référence sont très peu nombreux. On peut citer l’ouvrage *Surendettement des particuliers*, Dalloz référence, 2012-2013, par F. FERRIERE et V. AVENA-ROBARDET, n°232.32 qui évoque simplement son existence sans l’analyser. Il reste l’article de T. STEFANIA, Le sort des contrats en cours en droit du rétablissement personnel : *D.* 2013, p. 384 et s. qui l’analyse très précisément.

indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de la décision déclarant la recevabilité de la demande ». Cette formule, reprenant mot à mot celle de l'article L.622-13 I. du Code de commerce, consacre l'existence d'un régime des contrats en cours en matière de droit du surendettement. Cette disposition rend ainsi inefficace toute clause résolutoire fondée sur l'ouverture d'une procédure de surendettement.

41. Champ d'application de la règle. L'article L.331-3-1 est inclus dans le chapitre I du Titre III du Code de la consommation (« Traitement des situations de surendettement »), intitulé « De la procédure devant la commission de surendettement des particuliers ». S'applique-t-il seulement aux procédures de traitement du surendettement ou s'applique-t-il aussi à la procédure de rétablissement personnel ? L'avis donné par M. STEFANIA, selon lequel cet article s'applique à toutes les procédures du droit du surendettement¹²⁹, semble pouvoir être partagé. S'il est difficile, tant l'architecture du titre III relatif aux procédures de surendettement est complexe et peu claire, de se prononcer sur le premier argument de l'auteur s'appuyant sur la position de l'article dans un chapitre qui concernerait les dispositions communes du droit du surendettement¹³⁰, l'argument selon lequel « *la décision de recevabilité est indissociable de l'ouverture des procédures de surendettement puisqu'elle vise à déclarer recevable* »¹³¹ semble décisif. En effet, l'article L.331-3-1 énonce les conséquences de la décision de recevabilité de la demande. Or, cette décision est la première que prend la commission de surendettement, avant de se prononcer sur l'orientation du dossier (vers la procédure ordinaire ou la procédure de rétablissement personnel). C'est la raison pour laquelle il peut être affirmé que la disposition relative aux contrats en cours, relevant des conséquences directes de la décision de recevabilité, s'applique pour les particuliers soumis à une procédure de surendettement quel que soit le type de procédure. Ainsi l'atteinte à l'irrévocabilité est-elle étendue, mais dans une mesure encore limitée.

B. Une extension limitée du domaine de l'atteinte au principe d'irrévocabilité

42. Pauvreté de la règle de l'article L.331-3-1. Sans entrer dans le détail du régime de l'atteinte à l'irrévocabilité¹³², la comparaison des textes relatifs aux contrats en cours en matière de procédures collectives des entreprises et ceux du droit du surendettement révèle que ces derniers ne porte pas une atteinte large au principe d'irrévocabilité. En effet, contrairement aux dispositions du livre VI du Code de commerce, l'article L.331-3-1 n'édicte aucune règle particulière sur le régime de la poursuite des contrats en cours dans les procédures de surendettement¹³³. Il se limite à interdire toute clause résolutoire fondée sur

¹²⁹ T. STEFANIA, art. cit., n°2

¹³⁰ Il est effectivement difficile de soutenir cela car force est de reconnaître que la plupart des dispositions du chapitre I concernent la procédure ordinaire de traitement du surendettement. D'ailleurs, on retrouve dans la section relative à la procédure de rétablissement personnel des dispositions reprenant mot pour mot celles du chapitre I, ce qui est le cas notamment des conséquences de l'ouverture du jugement. Si les dispositions du chapitre I avaient été réellement des dispositions de droit commun, une telle reprise n'aurait pas été effectuée.

¹³¹ T. STEFANIA, *eod. loc.*

¹³² sur lequel, *infra*, n°56 et s.

¹³³ V. T. STEFANIA, art. cit., n°4

l'ouverture d'une procédure de surendettement et proclame ainsi une règle d'ordre public selon laquelle tout contrat doit être poursuivi malgré l'ouverture d'une procédure de surendettement. Sans plus de précision de la part de cet article, et en l'absence de règles précises telles que celles qui existent en droit des entreprises en difficulté¹³⁴, il ne peut être soutenu que les créanciers ne peuvent plus se prévaloir de l'exception d'inexécution dans l'hypothèse où le débiteur ne paierait pas les créances antérieures¹³⁵. Les conséquences du principe de la force obligatoire semblent ici être encore bien sauvegardées.

43. Bilan. Incontestablement, avec cette nouvelle disposition, un pas est fait dans le sens d'un développement d'un régime des contrats en cours et donc d'une extension de l'atteinte au principe d'irrévocabilité. Mais en l'absence de dispositions particulières permettant, comme en matière de droit des entreprises en difficulté, de révoquer unilatéralement le contrat ou maintenir un contrat malgré des inexécutions, on ne peut pas dire que, *de lege lata*, l'atteinte au principe d'irrévocabilité a vu son domaine beaucoup s'étendre. Ces velléités du législateur sont regrettables et pour de nombreuses raisons, l'idée de la possibilité *de lege ferenda* d'un traitement de droit commun peut être émise.

§2 – La possibilité d'un traitement de droit commun pour les particuliers

44. Un problème de nature économique abordé en dehors des procédures de surendettement. L'étude du droit du surendettement des particuliers a fait apparaître que le problème des contrats n'a pas fait l'objet d'un traitement complet tel qu'il existe en droit des procédures collectives, notamment pour régler les difficultés que peuvent entraîner leur irrévocabilité. Il a été remarqué¹³⁶ que les contrats pour lesquels le principe d'irrévocabilité était le plus gênant en cas de difficultés étaient les contrats de longue durée. Or, ces contrats longs ne sont pas l'apanage des professionnels et entreprises. Tout particulier est lié par des contrats de longue durée (bail, prêt, contrats d'abonnement...), contrats qui peuvent, lorsque des problèmes de trésorerie surviennent, se révéler inutilement lourds. Pourquoi a-t-on pu alors écarter aussi facilement le problème des contrats en cours en droit de l'insolvabilité ? Parce que l'on a justement dans la réglementation des contrats des clauses de sorties qui prennent en compte ces considérations économiques. Cet usage répandu dans les contrats spéciaux (de droit commun ou du droit de la consommation) doit conduire à se demander s'il ne serait pas opportun qu'il fasse l'objet d'un traitement de droit commun en cas d'insolvabilité des particuliers comme c'est le cas pour les entreprises. Ainsi l'existence d'un traitement ponctuel de la révocation des contrats (A.) montre-t-elle l'intérêt d'un traitement de droit commun (B.).

¹³⁴ Il est fait ici référence notamment à l'article L.622-13, 1° al. 2 du Code de commerce qui dispose que « *le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagement antérieurs au jugement d'ouverture* »

¹³⁵ *Contra* : T. STEFANIA, art. cit., n°13

¹³⁶ V. *supra*, n°36

A. L'existence d'un traitement ponctuel de la révocation des contrats

45. Plan. L'hypothèse de difficultés financières chez le débiteur est envisagée dans la réglementation même des contrats. On trouve en effet un traitement de la révocation des contrats dans la réglementation des contrats spéciaux (1.) et dans la réglementation des contrats de consommation (2.).

1. Le traitement de la révocation des contrats dans la réglementation des contrats spéciaux

46. Problème propre aux contrats à exécution successive. Il est évident que le nombre de contrats concernés par les difficultés posées par le principe d'irrévocabilité est beaucoup moins important pour les particuliers que pour les entreprises car les contrats touchés ne sont pas les contrats à exécution instantanée mais ceux qui sont à exécution successive, les contrats de longue durée. Or, ces types de contrats ne sont pas légion chez les particuliers. Certains n'en sont pas moins essentiels.

47. Bail d'habitation. On pense en premier lieu au bail d'habitation, contrat de longue durée par lequel tout particulier est engagé s'il n'est pas propriétaire de son logement. Les dispositions qui régissent ce contrat¹³⁷ envisagent-elles une clause de sortie pour le locataire en cas de difficultés financières ? Indirectement, oui. D'abord, il peut être relevé que le bail d'habitation est un contrat à durée déterminée, donc privant le contractant de la liberté de résiliation unilatérale. L'article 12 de la loi du 6 juillet 1989 permet pourtant au locataire de mettre fin au contrat à tout moment, et ce de manière discrétionnaire. Le locataire n'a donc pas besoin de faire état du motif qui le pousse à résilier unilatéralement le contrat. Ce motif peut évidemment être le coût du loyer, devenu trop important. Ce n'est pas ici que la prise en compte des difficultés économiques du locataire est la plus patente : les règles relatives aux conditions du congé délivré par le locataire prennent quant à elles directement en compte ce facteur. En effet, alors que le délai de préavis imposé au locataire est en principe de trois mois¹³⁸, celui-ci peut être réduit à un mois « *en cas (...) de perte d'emploi* » ou « *en faveur (...) des bénéficiaires du revenu minimum d'insertion ou du revenu de solidarité active* »¹³⁹. La jurisprudence a d'ailleurs précisé à propos des bénéficiaires du RMI (aujourd'hui RSA), que la date depuis laquelle le versement de l'allocation a commencé est indifférente¹⁴⁰. La situation économique du locataire et ses chances d'insolvabilité sont donc bien prises en compte par le droit spécial du bail d'habitation.

48. Mandat. Le contrat de mandat, en tant que contrat spécial, peut être évoqué. Néanmoins, il ne s'agit pas d'un contrat très courant chez les particuliers. Il reste que l'article

¹³⁷ Loi n°89-462 du 6 juillet 1989. V. *Rép. civ. Dalloz*, V° Baux d'habitation et mixtes (rapports locatifs individuels : loi 6 juill. 1989), par N. DAMAS ; F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n°s 537 et s. ; J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation* : Dalloz, coll. « Précis », 8^e éd., 2010, n°s 436 et s.

¹³⁸ Loi du 6 juillet 1989, article 15 I. alinéa 2

¹³⁹ Loi du 6 juillet 1989, article 15 I. alinéa 2

¹⁴⁰ Cass. Civ. 3^e, 18 février 2003, n°01-13303 : *Bull. civ.* III, n°39 ; *D.* 2004 p. 843 obs. N. DAMAS

2003 du Code civil vise en son troisième alinéa « *la déconfiture, soit du mandant, soit du mandataire* » comme cause d'extinction du mandat. On peut néanmoins douter de la valeur de cette règle datant de 1804 au vu des dispositions du droit des procédures collectives et du surendettement qui prohibent toute résolution ou résiliation du seul fait de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité¹⁴¹.

2. Le traitement de la révocation des contrats dans la réglementation des contrats de consommation

49. L'importance du prêt d'argent. La place prépondérante du prêt dans notre société est bien connue. L'économie d'endettement a conduit les entreprises, pour investir, à emprunter¹⁴², mais les ménages se sont aussi inscrits dans cette lignée¹⁴³. Les règles du droit de la consommation sont venues protéger les particuliers qui empruntent et envisagent l'atteinte à l'irrévocabilité lorsque la situation du débiteur est délicate.

50. Crédit à la consommation. A la fois « *contrat de tous les plaisirs* » et « *contrat de tous les dangers* »¹⁴⁴, le crédit à la consommation a un caractère très général : c'est « *une opération qui permet à une personne d'obtenir immédiatement une prestation dont elle paiera la valeur plus tard* »¹⁴⁵. Ce peut être un crédit mobilier ou un crédit immobilier. Ce prêt d'argent, utilisé par les particuliers renferme des dangers que les exceptions au principe de l'irrévocabilité du contrat, posées par le droit de la consommation, permettent d'éviter. C'est le cas de la possibilité offerte au consommateur de revenir sur l'acceptation du contrat quatorze jours après celle-ci¹⁴⁶, faculté de rétractation qui est discrétionnaire. La réglementation des crédits affectés, à savoir destiné au financement d'un bien ou d'un service, est elle aussi caractéristique de cette atteinte : dans cette hypothèse, où le consommateur contracte à la fois avec un vendeur, et un prêteur, la loi a consacré un lien rendant indivisibles ces contrats¹⁴⁷. Ainsi, si l'opération (la vente, par exemple) pour laquelle le prêt avait été conclu n'a pas lieu, ce dernier est résolu¹⁴⁸. De même, si le crédit sur le fondement (exprès) duquel une opération a été conclue n'est pas obtenu, l'opération est résolue¹⁴⁹. Ces règles permettent d'éviter, par la révocation, de créer une situation d'insolvabilité (en étant débiteur du prix d'une opération sans avoir les moyens d'honorer son obligation) ou d'éviter un crédit inutile (et souvent cher) lorsque l'opération pour laquelle il avait été contracté est annulée. On voit ainsi comment la situation économique du consommateur est prise en compte pour permettre de révoquer un contrat qui était pourtant valablement formé.

¹⁴¹ En ce sens, T. STEFANIA, art. cit., n°2, note 14

¹⁴² S. GJIDARA, *L'endettement et le droit privé*, thèse : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 316, 1999, n°32

¹⁴³ *Ibid.*, n°35

¹⁴⁴ F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 862

¹⁴⁵ J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *op. cit.*, n° 327

¹⁴⁶ C. Consom., art. L.311-12. V. J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *op. cit.*, n° 356 et s.

¹⁴⁷ V. M.-Th. CALAIS-AULOY, *Fondement du lien juridique unissant vente et prêt dans le prêt lié* : *JCP*. 1984. I. 2144 ; S. BROS, *Les contrats interdépendants : actualité et perspectives* : *D*. 2009. p. 960.

¹⁴⁸ Article L.312-12 du Code de la consommation : « *L'offre est toujours acceptée sous la condition résolutoire de la non-conclusion, dans un délai de quatre mois à compter de son acceptation, du contrat pour lequel le prêt est demandé* ».

¹⁴⁹ Article L.312-16 du Code de la consommation.

51. Bilan. En définitive, il a pu être constaté que les contrats de longue durée concernant les particuliers, et, de par leur nature, les plus exposés au problème de l'irrévocabilité, voyaient cette difficulté résolue dans la législation même des contrats en question, propre à expliquer le désintéret qui a été porté au régime des contrats en cours en matière de surendettement. L'intéret d'un traitement de droit commun en la matière apparaît pourtant essentiel.

B. L'intéret d'un traitement de droit commun

52. Une alternative au droit spécial des contrats. Si l'atteinte à l'irrévocabilité du contrat pour des raisons économiques ne s'inscrit pas à travers une réglementation des contrats en cours dans le droit du surendettement, elle n'existe pas moins dans le droit spécial des contrats. Est-ce pour autant la panacée ? Il y a fort à en douter. Une alternative est envisageable, et elle semble plus opportune : c'est celle d'un traitement de droit commun des contrats en cours des particuliers en difficulté, solution meilleure car permettant un traitement plus large (1.) et plus complet (2.).

1. Un traitement plus large

53. L'appréhension de tout contrat. L'introduction de dispositions particulières dans chaque contrat peut avoir un intéret lorsqu'il est nécessaire d'utiliser une règle précise et adaptée au seul contrat dont il est question¹⁵⁰. Le problème est que si on veut que tout contrat puisse, en cas de difficulté d'un contractant, faire l'objet d'un traitement particulier permettant d'atteindre le principe d'irrévocabilité pour les besoins de la cause, une disposition particulière est nécessaire pour chaque contrat. Autant dire qu'à une époque où se multiplient les types de contrats, où la pratique façonne régulièrement des contrats innommés, le but est impossible à atteindre par ce biais-là. Cette vicissitude se mesure déjà aujourd'hui : quand un particulier fait l'objet d'une procédure de surendettement, il est impossible de mettre fin à ses contrats d'abonnement téléphonique (notamment lorsque le débiteur en a souscrit plusieurs), télévisuel, internet, multimédia, de loisirs (cinéma, magazines, diverses collections...) qu'il serait pourtant nécessaire de « trier » afin de ne conserver que les abonnements véritablement utiles et dont le prix serait compatible avec le budget du débiteur surendetté¹⁵¹. D'autres contrats mériteraient un tel traitement : locations de matériels divers non utilisés, locations d'automobiles faisant doublon avec un abonnement de transport, contrats d'entreprise de longue durée superflus, etc., autant de contrats dont la suppression garantirait « *un nouveau départ* »¹⁵² du débiteur, par la simple révocation de contrats sans qu'il soit déjà question d'un anéantissement des obligations qui en étaient nées auparavant. Seule l'instauration d'un régime des contrats en cours comparable à celui existant en matière de procédures collectives

¹⁵⁰ Ce qui est le cas de la règle réduisant le délai du congé en matière de bail ; V. supra, n°47

¹⁵¹ En ce sens, T. STEFANIA, art. cit., n°16

¹⁵² T. STEFANIA, art. cit., eod. loc.

des entreprises permettrait d'appréhender tout contrat et rendrait ainsi plus efficace le traitement de la situation du débiteur surendetté.

2. Un traitement plus complet

54. L'appréhension de la situation par une analyse économique efficace.

L'instauration d'un régime des contrats en cours en matière de surendettement aurait également cet avantage sur les dispositions particulières à chaque contrat de permettre, par le biais de l'option (donnée au débiteur ou à un représentant)¹⁵³, de permettre une sélection des contrats en évinçant comme il a été dit ceux qui sont inutiles ou trop lourds, mais en permettant aussi de conserver, malgré des inexécutions, les contrats favorisant un rétablissement de la situation du débiteur. La conservation d'un logement dont le loyer est raisonnable peut en effet s'avérer nécessaire, notamment si l'on est dans une situation ou à une période où il est difficile de se reloger ; de même, l'inscription dans un établissement privé de formation, si elle se révèle propre à envisager des perspectives encourageantes pour le futur professionnel du débiteur, doit être maintenue malgré des incidents de paiement. C'est ainsi qu'une analyse globale de la situation économique du débiteur et de l'efficacité économique de ses contrats, impliquant le maintien de certains et l'élimination d'autres, permettra une meilleure efficacité du traitement de sa situation. La création d'un droit d'option dans le cadre d'un régime des contrats en cours pour les particuliers se révèle alors à cet égard particulièrement opportune.

55. Conclusion du chapitre. L'étude du domaine de l'atteinte à l'irrévocabilité du contrat a permis de mesurer que, si la prépondérance du droit des entreprises en difficulté en la matière était bien fondée, et avait des raisons propres, cela n'impliquait pas pour autant que les nécessités du droit du surendettement ne justifiaient pas de leur côté l'existence de règles dérogeant au principe d'irrévocabilité du contrat. Ce besoin peut d'ailleurs se mesurer à l'aune de l'étude des droits spéciaux à chaque contrat, qui fait apparaître l'existence éparse de mesures dérogeant au principe d'irrévocabilité. Pour plus d'efficacité, un traitement de droit commun est à souhaiter, lequel aurait pour conséquence de rendre le domaine de l'atteinte à l'irrévocabilité du contrat très large. Cet élargissement du domaine, conjugué avec la rigueur de son régime, qu'il convient d'étudier maintenant, doit conduire à réfléchir sur le contenu du principe de l'irrévocabilité du contrat.

¹⁵³ V. *infra*, n°76

CHAPITRE 2.

Le régime de l'atteinte à l'irrévocabilité du contrat

56. Irrévocabilité du contrat et finalités du droit des entreprises en difficulté.

L'atteinte à l'irrévocabilité du contrat ne se manifeste aujourd'hui qu'en droit des entreprises en difficulté, mais il est tout à fait probable qu'elle concerne un jour tout contrat¹⁵⁴. D'où l'importance de connaître le contenu, le régime de cette atteinte pour mesurer ce qu'il reste du principe d'irrévocabilité du contrat quand un contrat subit l'épreuve des difficultés d'un contractant. Il peut d'ores et déjà être annoncé que l'atteinte est particulièrement importante depuis la loi du 25 janvier 1985¹⁵⁵ ; un auteur avait d'ailleurs pu dire au lendemain de cette loi que la théorie des obligations contractuelles « *a subi l'œil du cyclone* »¹⁵⁶. Il faut dire que le rôle conféré au droit des procédures collectives et l'importance comprise des contrats dans cette optique de sauvegarde de l'entreprise ne peut qu'aller à l'encontre du principe d'irrévocabilité du contrat : la survie de l'entreprise n'étant possible que si l'on maintient les contrats essentiels de l'entreprise et si l'on élimine les contrats inutiles, le sacrifice de la force obligatoire du contrat est inéluctable. Cet objectif de sauvegarde ayant avec le temps été de plus en plus exacerbé, le résultat est qu'il existe aujourd'hui un régime des contrats en cours fortement dérogoire au principe d'irrévocabilité du contrat. Il n'est pas étonnant d'ailleurs aujourd'hui que l'atteinte à l'irrévocabilité du contrat soit l'un des plus grands enjeux des procédures collectives des entreprises, comme l'ont montré certaines affaires récentes¹⁵⁷.

57. Impact d'un régime dérogoire s'inscrivant dans un large domaine sur le principe d'irrévocabilité. Le domaine dans lequel s'illustre ce régime fortement dérogoire est, on l'a montré, très large (vis-à-vis des personnes, et des contrats) et a encore vocation à s'élargir pour un jour toucher peut-être tout contrat et tout contractant. Un tel phénomène ne peut que conduire à reconsidérer le principe d'irrévocabilité du contrat, celui-ci ne risquant d'être épargné dans le futur dans aucune situation. Cette reconsidération doit nécessairement passer, non par une relativisation sans analyse du principe, mais par une explication qui peut être trouvée dans la théorie générale du contrat. C'est la raison pour laquelle l'étude de la nature des atteintes à l'irrévocabilité du contrat (section I) montre la nécessité de l'appréhension des atteintes à l'irrévocabilité du contrat par la théorie générale du contrat (section II).

¹⁵⁴ V. *supra* n°19 et s. ; n°38 et s.

¹⁵⁵ V. *supra*, n°4

¹⁵⁶ D. MARTIN, La sécurité contractuelle à l'épreuve du redressement judiciaire : *JCP N* 1986, p. 180 et s.

¹⁵⁷ Il est fait ici référence à l'affaire *Cœur Défense*, qui a fait l'objet d'un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 8 mars 2011 (numéro de pourvoi 10-13.988). La recevabilité du débiteur en difficulté à une procédure collective était en l'espèce cruciale au vu des enjeux financiers, lesquels reposaient essentiellement sur une obligation contractuelle à laquelle le débiteur voulait échapper. Les discussions s'étaient cristallisées justement sur ce but poursuivi par la société qui a obtenu satisfaction (V. not. *APC* 2011-7, comm. 106, note SAINTOURENS ; *D.* 2011.919 note LE CORRE ; *JCP E* 2011, 163, n°1 obs. PETEL ; B. FAGES, Cœur défense contre Canal de Craponne ? obs. sous Cass. Com. 8 mars 2011 : *RTD civ.* 2011, p. 351)

Section I – La nature des atteintes à l’irrévocabilité du contrat

58. Atteinte aux deux corollaires du principe d’irrévocabilité. La nature des atteintes à l’irrévocabilité du contrat découle du contenu même du principe, tel qu’il a été expliqué¹⁵⁸ : il est dérogé au principe d’irrévocabilité du contrat lorsque le contrat est révoqué sans l’accord des deux parties ou lorsqu’il est maintenu alors qu’une inexécution justifiait sa résolution ou résiliation. On retrouve ces deux types d’atteintes dans le droit des entreprises en difficulté, la première se manifestant par le maintien des contrats utiles à l’entreprise en difficulté (§1) et la seconde par l’anéantissement des contrats contraires à l’intérêt de l’entreprise en difficulté (§2).

§1 – L’atteinte par le maintien des contrats utiles à l’entreprise en difficulté

59. Régime des contrats en cours. L’atteinte procédant du maintien des contrats utiles à l’entreprise en difficulté trouve son siège dans les dispositions dites du régime des contrats en cours, présentes dans les procédures de sauvegarde (art. L.622-13 C. com.), de redressement (art. L. 631-14 C. com.) et de liquidation judiciaire (art. L.641-11-1 C. com). Ces dispositions édictent des règles quasiment identiques et portant des atteintes de même nature au principe d’irrévocabilité du contrat. En vertu de ces textes, le maintien du contrat utile à l’entreprise est permis par sa continuation en dépit des prévisions contractuelles (A.) et en dépit d’inexécution contractuelles (B.).

A. La continuation du contrat en dépit des prévisions contractuelles

60. Irrévocabilité des clauses prévoyant la résolution. Le régime des contrats en cours a pour première conséquence, et c’est ainsi que débute le texte qui le régit, de neutraliser les prévisions contractuelles sur la résolution du contrat pour cause d’ouverture d’une procédure collective. Ces règles sont intangibles en raison du caractère d’ordre public du régime des contrats en cours (1.) et ont cette conséquence de rendre inefficaces les prévisions conventionnelles relatives à l’ouverture d’une procédure collective (2). Ce n’est tout de même pas ici que l’atteinte au principe d’irrévocabilité est la plus dynamique.

1. Le caractère d’ordre public du régime des contrats en cours

61. Règle d’ordre public. « *Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution du contrat ne peut résulter du seul fait de l’ouverture d’une procédure de sauvegarde* »¹⁵⁹. Cette formule consacre le caractère d’ordre public de l’intangibilité du contrat vis-à-vis de l’ouverture d’une procédure collective, aucune disposition, conventionnelle et même légale ne pouvant en disposer autrement. Le texte initial de 1985 était venu consacrer une jurisprudence construite sous la

¹⁵⁸ V. *supra*, n°13

¹⁵⁹ C. Com., art. L.622-13, I. ; renvoi de l’article L.631-14 sur le redressement, et disposition identique à l’article L.641-11-1 sur la liquidation judiciaire. Pour plus de simplicité, ce sera l’article L.622-13 qui sera cité.

législation de 1967 par laquelle la Cour de cassation avait rendu inefficaces les pactes commissaires¹⁶⁰. Cette règle d'ordre public a pour conséquence de rendre inefficaces toutes dispositions légales décidant de l'extinction d'un contrat par le seul fait d'une ouverture d'une procédure collective, comme c'est le cas de l'article 2003 du Code civil relatif au mandat¹⁶¹. Mais c'est surtout cette conséquence de l'inefficacité des dispositions conventionnelles qu'il est intéressant d'étudier ici.

2. L'inefficacités des prévisions conventionnelles relatives à l'ouverture d'une procédure collective

62. Présentation de l'inefficacité des clauses. En vertu de l'article L.622-13 I., sont inefficaces les clauses contractuelles qui ont pour effet d'entraîner la résolution ou résiliation d'un contrat en cas d'ouverture d'une procédure collective. De telles clauses doivent être réputées non écrites. La nullité a aussi été admise pour une clause contractuelle fondée sur l'état de cessation des paiements du cocontractant¹⁶². En revanche, cette règle ne permet pas, selon la Haute juridiction, d'annuler les clauses statutaires d'exclusion dans les sociétés pour cause de procédure collective d'un associé, pourtant considérées comme un contrat entre associés¹⁶³.

63. Impact de la règle sur le principe d'irrévocabilité. D'un premier abord, il pourrait être tiré comme conclusion qu'une telle règle, rendant inefficaces des prévisions contractuelles, fruit d'un accord de volontés, est une atteinte à la force obligatoire du contrat. Il faut néanmoins rappeler que l'article 1134 ne donne force obligatoire qu'aux conventions « *légalement formées* » ; il ne peut donc être question d'atteinte à la force obligatoire d'une convention qui contenait une clause qui était illicite. En réalité, la question de l'atteinte de la force obligatoire du contrat dans ce cadre ne peut se poser que par rapport à la question de l'application de la loi dans le temps. En effet, la loi du 25 janvier 1985, qui a fait naître cette règle, a été considérée applicable aux procédures ouvertes à compter du 1^{er} janvier 1986¹⁶⁴. Or, comme l'a fait remarquer un auteur, « *il se peut qu'un débiteur, mis en redressement judiciaire après cette date, ait conclu, avant cette date, des contrats en cours au jour du jugement d'ouverture, (...) la clause résolutoire, insérée en de tels contrats, est privée d'efficacité du fait de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle* »¹⁶⁵. On voit comment le principe d'irrévocabilité est écarté au profit des nouvelles dispositions légales. Cela reste néanmoins un détail à côté de la continuation du contrat imposée en dépit des inexécutions contractuelles.

¹⁶⁰ Cass. Com., 17 mars 1975 : *D.* 1975, jurispr. p. 553, note F. DERRIDA

¹⁶¹ *V. supra*, n°48

¹⁶² Cass. Com., 2 mars 1993 : *JCP G* 1993, IV, 1162

¹⁶³ Cass. Com., 8 mars 2005 : *JCP E* 2005, 1046, n° 9, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER.

¹⁶⁴ En vertu de l'article 240 de ladite loi.

¹⁶⁵ J.-F. MONTREDON, La théorie générale du contrat à l'épreuve du nouveau droit des procédures collectives : *JCP E* 1988, 16156, p. 272, n°26

B. La continuation du contrat en dépit des inexécutions contractuelles

64. Atteinte équilibrée. Le principe d'irrévocabilité a un corollaire essentiel qui a déjà été présenté : la possibilité de révoquer le contrat en cas d'inexécution du cocontractant. Le droit spécial que constitue le droit des entreprises en difficulté, dans l'optique de ses objectifs qui ont été expliqués¹⁶⁶, porte une atteinte à ce principe en imposant à l'article L.622-13 le maintien des contrats en cours. Néanmoins, la loi du 10 juin 1994, caractérisée par sa mansuétude envers les créanciers, est venue tempérer cette atteinte en redonnant sa vigueur à la force obligatoire du contrat dans certaines situations. Ainsi s'exerce un « mouvement de balancier »¹⁶⁷ entre le droit des obligations et le droit des entreprises en difficulté, la rigueur du principe général du maintien des contrats en cours (1.) étant atténuée par un contrepoids assurant un équilibre des intérêts (2.)

1. La rigueur du principe général du maintien des contrats en cours

65. Plan. La rigueur du principe général du maintien des contrats en cours se mesure durant la période d'observation (a.) et au-delà de la période d'observation (b.).

a. La portée du principe durant la période d'observation

66. Présentation de la règle. Le principe qui ressort de l'article L.622-13 I. alinéa 1 précité et de l'alinéa 2 disposant que « *Le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture* » est clair : l'ouverture d'une sauvegarde (et des autres procédures) n'a aucune incidence sur les contrats en cours liant le débiteur soumis à la procédure et ses contractants, et surtout efface en quelque sorte les inexécutions antérieures à l'ouverture de la procédure.

67. Impuissance du cocontractant. Le régime des contrats en cours est régi par « *une règle implicite mais fondamentale : tant qu'aucune décision n'a été prise, le contrat continue à lier les parties* »¹⁶⁸. Ainsi, si l'on regarde le rôle des parties, la poursuite des contrats est avant tout involontaire. En vertu de l'article L.622-13 I. alinéa 2, le cocontractant doit continuer à remplir ses obligations, ce qui signifie qu'il ne peut se prévaloir de l'exception d'inexécution¹⁶⁹, et il ne peut pas non plus en vertu de l'article L. 622-21 I. agir en résolution du contrat pour défaut de paiement de somme d'argent¹⁷⁰. En l'absence de décision des parties, le jugement d'ouverture a donc pour conséquence d'imposer le maintien des contrats et d'interdire toute action en résolution fondée sur un défaut de paiement de somme d'argent ou toute exception d'inexécution de la part du créancier. Le régime des contrats en cours fait donc tomber ces deux outils fondés sur le principe d'irrévocabilité du contrat.

¹⁶⁶ V. *supra*, n°26 et s.

¹⁶⁷ M.-H. MONSERIE, Aperçu sur les apports récents de la confrontation du droit des procédures collectives et du droit des obligations, in *Prospectives du droit économique – Dialogues avec Michel Jeantin* : Dalloz, 1999, p. 430, n°3

¹⁶⁸ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, n°705

¹⁶⁹ V. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.*, n°562 ; M.-H. MONSERIE, thèse cit., n°76 et s.

¹⁷⁰ Cet article laisse ainsi ouverte la possibilité d'agir en résolution du contrat, malgré le principe de continuation des contrats en cours, pour d'autres causes que l'absence de paiement, mais cela représente une infime minorité des causes des inexécutions dans le cadre de difficultés. Le principe est donc vigoureux, la plupart des actions en résolution étant fermées.

68. Pouvoirs de l'administrateur. Si le créancier, n'a aucune marge de manœuvre dans cette situation, l'administrateur va quant à lui pouvoir confirmer cette poursuite des contrats. La poursuite involontaire devient alors volontaire. En effet, l'article L.622-13 II¹⁷¹ et l'article L.622 III, 1^o¹⁷² combinés offrent un droit d'option à l'administrateur pour continuer ou non le contrat, dont la décision de poursuite peut être spontanée ou tacite¹⁷³. Malgré l'inexécution de ses obligations, le débiteur peut voir son contrat continué et ce en vertu de la seule décision de son représentant qu'est l'administrateur. Cette atteinte à l'irrévocabilité du contrat, permise par une « *purge des inexécutions antérieures* »¹⁷⁴ se poursuit au-delà de la période d'observation.

b. La portée du principe au-delà de la période d'observation

69. Pérennité des contrats dans les plans. Une fois la période d'observation terminée, on pourrait imaginer que l'article L.622-13 qui s'y applique ne joue plus. Il n'en est rien. Quel que soit le plan adopté à l'issue de cette période, la purge des inexécutions subsiste. C'est ainsi que dans le cadre du plan de cession, le cessionnaire ne répond pas des inexécutions du cédant¹⁷⁵. De même, dans le cadre d'un plan de sauvegarde (et du plan de redressement, dont le régime est souvent rapproché sur de nombreux points), le cocontractant ne peut pas davantage se prévaloir des inexécutions antérieures à l'ouverture de la procédure que durant la période d'observation¹⁷⁶. Pour reprendre la formule d'un auteur, dans tous ces cas, « *la procédure collective a, sur ce point, apuré le passé* »¹⁷⁷; l'atteinte au principe d'irrévocabilité du contrat s'effectue donc d'une façon très large dans les procédures collectives. Ce n'est quand même pas sans contreparties.

2. Les contrepois du principe assurant un équilibre des intérêts

70. Protection des intérêts des créanciers¹⁷⁸. Si Madame CAMPANA parle « *d'enfant chéri de la procédure* » à propos du cocontractant dont le contrat a été continué¹⁷⁹, c'est bien que sa situation, malgré les atteintes au principe d'irrévocabilité du contrat, demeure utilement protégée. Tel était l'objet en grande partie de la loi du 10 juin 1994. Les atténuations qui en résultent peuvent procéder, indirectement d'améliorations dans les

¹⁷¹ « *L'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur* ».

¹⁷² « *Le contrat en cours est résilié de plein droit : 1° Après une mise en demeure de prendre parti sur la poursuite du contrat adressée par le cocontractant à l'administrateur et restée plus d'un mois sans réponse. Avant l'expiration de ce délai, le juge-commissaire peut impartir à l'administrateur un délai plus court ou lui accorder une prolongation, qui ne peut excéder deux mois, pour se prononcer* »

¹⁷³ Cass. Com. 20 juin 2000, n°97-18.204 : D. 2000.343 note PISONI. Cette décision fait suite à une mise en demeure faite par le créancier. En l'absence de mise en demeure, le contrat est automatiquement continué.

¹⁷⁴ Ph. PETEL, *Procédures collectives* : Dalloz, coll. « cours », 7^e éd., 2011, n°239

¹⁷⁵ Cass. Com. 1^{er} octobre 1997, n°94-22.145 : JCP E 1998 p. 29, n°5 obs. CABRILLAC

¹⁷⁶ En ce sens : F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n°925 ; M.-J. CAMPANA, Les effets de la poursuite des contrats en cours : RJ. com. 1992, n° spécial, p.46, n°9 ; P. PETEL, Le sort des contrats conclu avec l'entreprise en difficulté : LPA 18 mai 1992, n°60, p. 28, n°29 ; contra : C. SAINT-ALARY-HOUIN, op. cit., n°892

¹⁷⁷ M. JEANTIN, cité par C. SAINT-ALARY-HOUIN, op. cit., n°892

¹⁷⁸ Sur ce rétablissement de l'équilibre, V. not. C. BRUNETTI-PONS, La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives, art. cit. n°15 et s. et n°32 et s. ; A. JACQUEMONT, op. cit., n°394 et s.

¹⁷⁹ M.-J. CAMPANA, art. cit., n°1

conditions de paiement du créancier, propres à assouplir les conséquences de l'atteinte au principe d'irrévocabilité, ou directement d'une valorisation de la force obligatoire du contrat.

71. Amélioration des conditions du paiement. Plusieurs mesures permettent de sécuriser la situation du créancier en lui assurant de meilleures conditions de paiement du contrat continué. Il faut avant tout remarquer que les créances nées des contrats continués entrent dans la catégories des créances privilégiées¹⁸⁰ de l'article L.622-17 dont l'efficacité n'est plus à démontrer¹⁸¹ : le créancier doit être payé à l'échéance et bénéficie, à défaut, d'un privilège général puissant. Ces conditions favorables du paiement du créancier sont d'ailleurs évoquées dans les dispositions mêmes de l'article L.622-13 II : « *L'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur. Lorsque la prestation porte sur le paiement d'une somme d'argent, celui-ci doit se faire au comptant, sauf pour l'administrateur à obtenir l'acceptation, par le cocontractant du débiteur, de délais de paiement* ». Ainsi, dès lors que l'administrateur a opté pour la continuation du contrat, le débiteur doit s'acquitter de sa dette et respecter ses obligations. Cette règle compense de la sorte le non-paiement des créances antérieures et assure au cocontractant une bonne exécution du contrat continué. Parmi les mesures qui permettent au créancier de compenser l'atteinte à l'irrévocabilité et le protéger dans la phase de continuation du contrat, on citera enfin la possibilité d'invoquer la responsabilité de l'administrateur qui a poursuivi le contrat alors qu'il apparaissait au moment de cette décision que le débiteur ne serait pas en mesure d'honorer ses obligations.

72. Alourdissement de la précarité du contrat continué. La situation du créancier est également améliorée en ce que la force obligatoire du contrat retrouve de sa vigueur. En effet, la purge ne concerne que les inexécutions antérieures, ce qui signifie que les inexécutions postérieures peuvent être sanctionnées dans le cadre des règles du droit commun. Mieux encore, en cas d'inexécution, la résolution intervient, en vertu de l'article L.622-13 III. 2° de plein droit¹⁸². Le principe d'irrévocabilité, qui implique aussi la résolution du contrat en cas d'inexécution, retrouve donc d'autant plus de vigueur que cette résolution est automatique. On a donné une seconde chance au débiteur, mais s'il échoue à nouveau, plus aucune chance ne lui est donnée. On voit comment l'atteinte au principe d'irrévocabilité du contrat peut être atténuée dans ce cadre là ; celle portée par l'anéantissement des contrats contraires à l'intérêt de l'entreprise en difficulté peut l'être tout autant.

¹⁸⁰ V. F. PEROCHON, *op. cit.*, n°709, qui considère que les critères de l'article L.622-17 I sont automatiquement satisfaits, ce qui peut être, semble-t-il, atténué puisque depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, la créance doit être utile à la procédure. Il faut donc que la continuation du contrat ait elle-même été utile à la procédure et au redressement du débiteur.

¹⁸¹ Cf. not. J. CHAPUT, Le financement de la période d'observation et l'article 40 de la loi : *RJ com.* 1993, 221, F. PEROCHON, *op. cit.*, n°743 et s.

¹⁸² Cette règle ne s'applique pas en revanche pour les baux : l'article L.622-14 dispose que le bailleur ne peut agir en résolution pour défaut de paiement des loyers et charges afférents à l'occupation postérieure au jugement d'ouverture qu'au terme d'un délai de trois mois à compter du jugement d'ouverture.

§2 – L’atteinte par l’anéantissement des contrats contraires à l’intérêt de l’entreprise en difficulté

73. Révocation unilatérale. L’atteinte au principe d’irrévocabilité est celle qui consiste à révoquer un contrat unilatéralement, c’est-à-dire sans l’accord des deux parties. C’est toujours dans les dispositions relatives aux contrats en cours du droit des entreprises en difficulté que l’on trouve cette atteinte. Cette possibilité s’inscrit là aussi dans la perspective de sauvegarde du débiteur, en permettant de le débarrasser des contrats contraires à l’intérêt de son entreprise, contrats lourds ou inutiles. On retrouve aussi cette démarche en cas de cession de l’entreprise dans le but d’améliorer son efficacité. Ainsi l’atteinte à l’irrévocabilité du contrat procède-t-elle de l’anéantissement des contrats inutiles pour la sauvegarde du débiteur (A.) et de l’anéantissement des contrats inutiles pour l’efficacité du plan de cession (B.).

A. L’anéantissement des contrats inutiles pour la sauvegarde du débiteur

74. Equilibre des intérêts. Comme lorsqu’il s’agissait de maintenir, contre le principe de la force obligatoire du contrat, un contrat inexécuté, l’anéantissement des contrats inutiles pour la sauvegarde du débiteur s’opère sans oublier les intérêts du cocontractant « victime » de l’atteinte à l’irrévocabilité du contrat. Il sera en effet montré que l’anéantissement, dérogatoire car relevant d’une décision unilatérale (1.) n’en reste pas moins respectueux des intérêts du cocontractant (2.).

1. Un anéantissement relevant d’une décision unilatérale

75. Plan. L’anéantissement peut être le fruit de l’option initiale de l’administrateur déjà évoquée¹⁸³ (a.) ou intervenir durant la période postérieure à l’option (b.).

a. L’option initiale (art. L.622-13 III. 1° et L.622-13 IV.)

76. Deux modes de révocation. Alors qu’il ressortait des textes antérieurs à l’ordonnance du 18 décembre 2008 une marge d’initiative étroite du débiteur pour demander l’anéantissement du contrat qui lui apparaissait comme inutile ou trop lourd¹⁸⁴, l’administrateur peut décider de mettre fin de deux manières à un contrat dont il estime la révocation opportune. Tout d’abord, en vertu de l’article L.622-13 III. 1°, « *Le contrat en cours est résilié de plein droit : Après une mise en demeure de prendre parti sur la poursuite du contrat adressée par le cocontractant à l’administrateur et restée plus d’un mois sans réponse* ». La rupture du contrat relève là du comportement passif de l’administrateur. Mais elle peut, en vertu de l’article L.622-13 IV. être le fruit d’une décision expresse de

¹⁸³ V. *supra*, n°68

¹⁸⁴ V. F. MACORIG-VENIER, La rupture des contrats : *LPA* 6 septembre 2000, n°178, n°29, qui fait état de la controverse doctrinale opposant les auteurs considérant que seul le silence de l’administrateur un mois après sa mise en demeure permet cet anéantissement, les auteurs considérant qu’une réponse négative peut venir à la suite de l’option, et les auteurs considérant que l’administrateur peut, dès l’ouverture de la procédure, se prononcer expressément pour la rupture des contrats. V., pour le premier avis, not. A. LAUDE, La non-continuation des contrats dans les procédures collectives, art. préc., p.117 ; pour les deuxième et troisième avis, V. M.-J. CAMPANA, La résiliation de plein droit des contrats en cours : *LPA* 8 juillet 1996, n°82, p. 11 et s.

l'administrateur, en l'absence de mise en demeure¹⁸⁵ : « *A la demande de l'administrateur, la résiliation est prononcée par le juge-commissaire* ». Pour des raisons que nous expliquerons¹⁸⁶, le débiteur n'a ici qu'un « *pouvoir d'initiative* » et non « *un pouvoir de décision* »¹⁸⁷ quant à la révocation du contrat. Il n'en reste pas moins que le juge peut décider, en contradiction totale avec le principe d'irrévocabilité du contrat, de l'anéantissement d'un contrat sans que le cocontractant exprime son accord, et ce parce que le contrat n'est plus intéressant pour lui. Une telle révocation unilatérale est également possible après l'option.

b. La période postérieure à l'option (art. L.622-13 II.)

77. Révocation anticipée par l'administrateur. En règle générale, c'est à l'ouverture de la procédure collective que l'administrateur opère une sélection en éliminant les contrats inutiles et lourds. Il se peut néanmoins qu'il n'ait pas parfaitement anticipé le futur et que certains contrats continués se révèlent encore trop lourds au vu des capacités financières du débiteur. C'est pourquoi l'article L.622-13 II. prévoit que « *S'il s'agit d'un contrat à exécution ou paiement échelonnés dans le temps, l'administrateur y met fin s'il lui apparaît qu'il ne disposera pas des fonds nécessaires pour remplir les obligations du terme suivant* ». Il s'agit là encore d'une « *résiliation pour inexécution anticipée dérogatoire au droit commun puisqu'il anticipe (...) l'inexécution du débiteur* »¹⁸⁸. Encore une fois, dans l'intérêt du débiteur et pour éviter que sa situation s'aggrave, des atteintes au principe d'irrévocabilité du contrat sont permises. Cela n'empêche pas un certain encadrement.

2. Une anéantissement respectueux des intérêts du cocontractant

78. Contrôle de la décision de l'administrateur en l'absence de mise en demeure. L'analyse concrète de la situation permet de comprendre quand la révocation unilatérale peut mettre en danger les intérêts du cocontractant. Lorsque la révocation est le résultat du silence du débiteur ou d'une réponse négative suite à la mise en demeure, c'est que le cocontractant envisageait cette rupture. En effet, un cocontractant ne désirant pas que les liens contractuels avec son débiteur soient rompus a intérêt à ne pas le mettre en demeure de se prononcer sur la continuation du contrat, puisque celle-ci est de principe et intervient en dehors de toute expression de volonté¹⁸⁹. Ce n'est donc que lorsque l'administrateur prend l'initiative de la rupture du contrat, en vertu de l'article L.622-13 IV., que les intérêts du cocontractant, souhaitant le maintien du contrat, peuvent être compromis. Cette éventualité avait suscité en doctrine des inquiétudes tout à fait légitimes, notamment à propos du sort du bail commercial

¹⁸⁵ Une autre hypothèse de résiliation émanant du représentant du débiteur existe dans la procédure de liquidation judiciaire : l'art. L.641-11-1, III., 3° permet au liquidateur de résilier unilatéralement le contrat en cours lorsque la prestation du débiteur porte sur le paiement d'une somme d'argent (on présume ici qu'il n'en aura pas les moyens, donc on résilie le contrat).

¹⁸⁶ V. *infra*, n°78

¹⁸⁷ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n°726

¹⁸⁸ F. PEROCHON, *op. cit.*, n°715

¹⁸⁹ V. C. REGNAUT-MOUTIER, *Le partenaire contractuel du débiteur en faillite in Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation – Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross* : PU Nancy, 2009, p. 507-508

lorsque le bailleur est en procédure collective¹⁹⁰ : le bailleur peut-il résilier en vertu des dispositions des contrats en cours le bail d'un local dans lequel le preneur exploite son entreprise ? Une réponse positive entraînerait des conséquences redoutables. C'est pourquoi, depuis l'ordonnance de 2008, l'article L.622-13 IV. soumet cette résiliation à l'accord du juge et à la condition qu'elle soit « *nécessaire à la sauvegarde du débiteur et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant* ». Seule une rupture utile dans la perspective du redressement du débiteur et respectueuse des intérêts des cocontractants est possible, ce qui atténue les conséquences de l'atteinte au principe d'irrévocabilité. Si les choses semblent équilibrées et claires pour ce qui est de l'anéantissement des contrats dans le cadre du régime des contrats en cours, il n'en va pas de même dans le cadre du plan de cession.

B. L'anéantissement des contrats inutiles pour l'efficacité du plan de cession

79. Une nouvelle sélection des contrats. Un plan de cession¹⁹¹ intervient par hypothèse à l'issue de la période d'observation. Il est alors permis d'imaginer qu'un certain nombre de contrats, notamment les contrats inutiles, et trop lourds, ont déjà été révoqués durant cette période *via* le régime des contrats en cours. Il reste que la cession de l'entreprise peut faire apparaître, pour son efficacité, la nécessité de rompre un certain nombre de contrats. Les dispositions relatives à la cession des contrats prévoient en effet la continuation des seuls contrats nécessaires au maintien de l'activité (1.), ce qui a fait naître un débat portant sur le sort des contrats non continués (2.).

1. La continuation des seuls contrats nécessaires au maintien de l'activité

80. Règle liée à l'objectif de survie de l'entreprise cédée. L'objectif du plan de cession étant de favoriser la survie de l'entreprise, il est inutile de céder une entreprise accablée par des contrats ruineux ou sans intérêts. C'est la raison pour laquelle l'article L.642-7 du Code de commerce dispose que « *Le tribunal détermine les contrats de crédit-bail, de location ou de fourniture de biens ou services nécessaires au maintien de l'activité* ». C'est à ce moment là d'ailleurs que l'on mesure combien le contrat adopte la nature de bien, comme certains auteurs se sont attachés à le qualifier¹⁹².

81. Conséquences du pouvoir souverain du tribunal. Il ressort de l'article précité que le tribunal décide souverainement du maintien ou non des contrats de l'entreprise cédée. Comme pour les contrats en cours, aucune disposition contractuelle ne doit entraver le choix du tribunal, et les inexécutions antérieures à la procédure collective sont aussi purgées¹⁹³. On

¹⁹⁰ V. F. KENDERIAN, Le bail commercial relève-t-il du régime des contrats en cours en cas de procédure collective du bailleur ? : *D.* 2003, p. 610 et s ; C. TIRVAUDEY-BOURDIN, Le bail commercial à l'épreuve de la procédure collective du bailleur : *RPC* 2004, p. 30 et s. ; M.-H. MONSERIE, La continuation du contrat de bail : *LPA*, 8 juillet 1996, n°82, p. 15 et s. ; *Adde* ; C. REGNAUT-MOUTIER, Le partenaire contractuel du débiteur en faillite, art. cit., spéc. p. 515.

¹⁹¹ Qui peut être arrêté dans le cadre d'une liquidation judiciaire, mais aussi au cours du redressement judiciaire ou même, pour une cession de branche d'activité, d'une sauvegarde (V. F. PEROCHON, *op. cit.*, n°1162, note 284)

¹⁹² M.-H. MONSERIE, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, thèse cit., n°s 253 et s. ; E. JOUFFIN, *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises une procédure collective*, thèse cit., n°s 115 et s.

¹⁹³ V. *supra*, n°69

a ainsi un mécanisme de cession judiciaire forcée de contrat assez remarquable, mais qui en réalité atteint davantage le principe de liberté contractuelle¹⁹⁴ que celui d'irrévocabilité du contrat. Il n'en demeure pas moins qu'à défaut d'être mentionnés dans le plan de cession, les contrats ne sont pas cédés. Qu'advient-il de ceux-ci ? Faute de précisions par la loi, le sort des contrats non continués est incertain, d'où un débat assez important sur leur cas.

2. Le débat portant sur le sort des contrats non continués

82. Données du débat avant l'ordonnance du 18 décembre 2008. Si l'article L.642-7 prévoit précisément le régime des contrats cédés, absolument rien n'est prévu sur la non-cession des contrats. Economiquement, la solution la plus logique serait de considérer ces contrats comme caducs¹⁹⁵, en somme de leur attribuer le même sort que les contrats révoqués pour cause de leur lourdeur ou de leur inutilité dans le régime des contrats en cours. Il fallait néanmoins reconnaître, avec le Professeur LE CORRE, qu'une telle solution n'était pas juridiquement tenable¹⁹⁶, jusqu'à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 18 décembre 2008 du moins. En effet, en l'absence de dispositions précises sur cette question¹⁹⁷, c'est le droit commun des contrats qui doit s'appliquer. Ainsi, ni l'auteur de l'inexécution, ni ses représentants, ni le juge¹⁹⁸ ne peuvent mettre en œuvre la résiliation d'un contrat non continué. Seul le cocontractant pourrait demander cette résiliation : le contrat n'étant pas cédé et le débiteur ne continuant pas l'activité de l'entreprise cédée, les obligations mises à sa charge en vertu du contrat ne seraient plus respectées, et le cocontractant pourrait ainsi demander la résolution du contrat pour inexécution. Ce raisonnement a été suivi par la Cour de cassation, par deux arrêts de cassation, l'un comportant un attendu très clair selon lequel « *les contrats non repris dans le plan de cession totale ne se trouvent pas résiliés par l'effet du jugement arrêtant ce plan* »¹⁹⁹ et l'autre considérant que commet un excès de pouvoir le tribunal qui résilie un contrat non inclus dans le plan de cession²⁰⁰.

83. Données actuelles du débat. Le débat doit changer d'orientation depuis que l'ordonnance du 18 décembre 2008 a donné un nouveau pouvoir à l'administrateur pour demander au juge-commissaire la résiliation d'un contrat²⁰¹. En matière de sauvegarde (et, du fait du renvoi de l'article L.631-14, de redressement), l'article L.622-13, IV. permet en effet à l'administrateur de demander une telle résiliation à condition que ce soit nécessaire à la

¹⁹⁴ Pour le cocontractant uniquement, puisque le repreneur a la faculté de refuser la cession de certains contrats : V. B. THULLIER, Cession judiciaire des contrats et loi de sauvegarde des entreprises : moins de pouvoirs pour le juge : *D.* 2006.130

¹⁹⁵ V. déjà en ce sens, C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.*, n°1168 ; également, M. JEANTIN et P. LE CANNU, *op. cit.*, n°1029

¹⁹⁶ P.-M. LE CORRE, Le sort du contrat non cédé dans le plan de cession : *JCP E* 2006, n°2671, p.1987 et s. ; également en ce sens : A. JACQUEMONT, *op. cit.*, n°909.

¹⁹⁷ Et il n'était pas possible de donner une portée générale à l'article L.622-13 alinéa 2 en vigueur avant l'ordonnance de 2008, l'administrateur ne pouvant mettre fin qu'aux contrats à exécution ou paiement échelonnés et que s'il apparaissait que le débiteur n'aurait pas les fonds pour remplir les obligations du terme suivant ; V. P.-M. LE CORRE, *art. cit.*, n°10

¹⁹⁸ P.-M. LE CORRE, *art. cit.*, n°s 12 et s. : la loi ne prévoit pas pour le juge de constater la résiliation d'un contrat pour non-cession en plan de cession, mais seulement pour des cas particuliers.

¹⁹⁹ Cass. Com., 6 octobre 2009, n°07-15.325 : *Bull. civ.* IV n°120 ; *D.* 2009.2484 obs. A. LIENHARD ; *JCP E* 2010, 1011, n°6 obs. Ph. PETEL.

²⁰⁰ Cass. Com., 10 mars 2009, n° 07-16.325, inédit : *APC* 2009-8, n°128 obs. PETIT.

²⁰¹ V. *supra*, n°76

sauvegarde et ne porte pas atteinte aux intérêts du cocontractant ; en matière de liquidation, l'article L.641-11-1 IV. donne la même faculté au liquidateur. Il semble alors aujourd'hui tout à fait envisageable que l'administrateur, ou – ce sera le cas le plus fréquent – le liquidateur puisse demander au juge-commissaire la résiliation du contrat, ce qui ne préjudicie pas au cocontractant et est nécessaire aux opérations de liquidation. Cette évolution est heureuse, car économiquement logique. Elle élargit le champ d'atteinte à l'irrévocabilité du contrat.

84. Conclusion de la section. Au terme de cette étude, il convient d'insister sur le caractère fortement dérogoire des règles relatives aux contrats en cours et à la cession des contrats. L'atteinte au principe d'irrévocabilité procède soit de la révocation unilatérale du contrat soit du maintien d'un contrat inexécuté. Ces atteintes sont nombreuses (elles ont même vocation à s'élargir) et leur caractère dérogoire est très fort. Au vu de la nature de ces atteintes, il est difficilement soutenable de les présenter encore comme de simples exceptions au principe d'irrévocabilité du contrat, d'où l'intérêt de concevoir autrement ce principe en traduisant ces atteintes dans la théorie générale du contrat.

Section II – L'appréhension des atteintes à l'irrévocabilité du contrat par la théorie générale du contrat

85. Nécessité d'un rattachement à la théorie générale du contrat. Quand on prend conscience de l'importance de l'atteinte au principe d'irrévocabilité du contrat, composante de la force obligatoire du contrat, portée par les droits de l'insolvabilité, on ne peut qu'être étonné de l'absence de signalisation de ce phénomène dans les ouvrages présentant le droit des contrats²⁰². La présentation relativiste qu'en font certains auteurs dans des articles plus précis n'est pas plus satisfaisante. En effet, redéfinir la force obligatoire²⁰³ du contrat à l'aide de notions aussi floues que la « bonne foi », la « loyauté »²⁰⁴, l'« attente raisonnable »²⁰⁵, ou la « confiance »²⁰⁶ ne serait pas propre à donner une vision plus précise et plus tangible du principe de la force obligatoire du contrat²⁰⁷. Certes, il serait au moins fidèlement fait état de la relativité du principe de la force obligatoire du contrat, mais rien n'indiquerait dans quelle mesure, quand, pourquoi et comment l'atteinte au principe pourrait intervenir. Aussi, ne serait-ce pas le champ d'application du principe plutôt que le principe lui-même qu'il conviendrait de préciser ? A notre sens, le principe de la force obligatoire du contrat doit

²⁰² V. *supra*, n°8

²⁰³ V. H. LECUYER, Redéfinir la force obligatoire du contrat ? : *LPA* 6 mai 1998, n°54, p. 44 et s.

²⁰⁴ sur celles-ci : D. MAZEAUD, Constats sur le contrat, sa vie, son droit : *LPA*, 6 mai 1998, n°54, p. 8 et s. *passim* ; D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit – Mélanges en hommage à F. Terré* : Dalloz, 1999, p. 603 et s., *passim*

²⁰⁵ sur celle-ci : B. OPPETIT, L'endettement et le droit in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida* : Dalloz, 1991, p. 310 ; également : J. CARBONNIER, Introduction, in *L'évolution contemporaine du Droit des contrats, Journées Savatier (Poitiers, 24-25 octobre 1985)* : PUF, 1986, p. 35

²⁰⁶ sur celle-ci : J. CARBONNIER, Introduction, art. cit., p. 34-35

²⁰⁷ Pour une critique de ces notions floues, notamment de la bonne foi : V. G. WICKER, Force obligatoire et contenu du contrat, art. cit., p.153, n°2 ; comp. : E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?* : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 264, 1997, n°138 qui voit la preuve dans ces présentations, auxquelles on peut ou non adhérer, « qu'il n'y a pas dans la théorie générale du contrat que des normes ».

rester le même : à partir du moment où la présupposition légale est remplie, le contrat devrait produire ses effets conformément à l'article 1134 du Code civil. Si c'est le champ d'application qu'il convient de redéfinir, c'est en fait sur la présupposition légale qu'il faut jouer puisqu'elle conditionne la force obligatoire du contrat. Il nous semble que la cause, dans une conception renouvelée, serait la plus à même de permettre d'appréhender ces cas présentés comme une atteinte au principe d'irrévocabilité²⁰⁸ (A.). Cette atteinte intervenant au cours de l'exécution du contrat, il convient également de présenter l'appréhension des effets de l'atteinte (B.) par la théorie générale du contrat envisageable.

§1 – L'appréhension des cas de l'atteinte par une conception renouvelée de la cause

86. Vertu explicative de la cause. Selon un auteur, « *L'utilisation renouvelée de la notion de cause doit permettre de renforcer la puissance retrouvée du droit commun face au colonialisme expansif des droits spéciaux* »²⁰⁹. Bien qu'il puisse parfois être justifié²¹⁰, nous ne partageons pas pleinement cet avis. Il ne s'agit pas ici de lutter contre l'existence d'un droit spécial (droit du surendettement, droit des entreprises en difficulté)²¹¹, mais de mieux expliquer ses solutions et les relier à la théorie générale des contrats. Il semble que cette notion qu'est la cause puisse, en tant que clause générale à vertu explicative²¹², remplir ce rôle de manière satisfaisante. Encore faut-il avoir une conception renouvelée de la notion de cause (A.) et une conception renouvelée du moment de l'appréciation de la cause (B.).

A. Une conception renouvelée de la notion de cause

87. Absence de danger d'une telle conception. La conception renouvelée de la cause ici proposée, n'est pas, il faut l'admettre, celle communément admise par la doctrine²¹³, et malgré certains soubresauts²¹⁴, la jurisprudence n'y semble pas plus attachée²¹⁵. La présente démarche doit néanmoins rester à l'abri de critiques qui consisteraient à craindre qu'une conception trop large de la cause préjudicie à la sécurité juridique. En effet, d'une part, il s'agit ici de s'appuyer sur des décisions jurisprudentielles aujourd'hui globalement bien

²⁰⁸ V. déjà en ce sens : G. WICKER, Force obligatoire et contenu du contrat, art. cit., p. 154, n°4 ; B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, sous la dir. G. WICKER, Mémoire, Bordeaux IV, 2009-2010 (thèse également en préparation sur ce sujet sous la direction du Professeur L. SAUTONIE-LAGUIONIE), p. 56, considérant que « *La cause est la notion qui permet de déterminer l'étendue et la limite de la force obligatoire du contrat* ».

²⁰⁹ J.-M. GUEGUEN, Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle : *D.* 1999, chron. p. 352

²¹⁰ ce qui est le cas pour les clauses abusives que vise l'auteur, l'arrêt *Chronopost* qui utilise la cause permettant de pallier la limitation de la réglementation de ces clauses aux consommateurs.

²¹¹ Sur la nécessité de règles spéciales pour compléter des instruments insuffisamment précis comme la cause : V. G. WICKER, La réforme du droit français des contrats : de la cause à la causalité juridique, in *Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe* : Sellier, 2009, p.51

²¹² V. G. WICKER, art. cit., *passim*, et not. p. 54 : « *L'énoncé d'une règle générale traduit dans la matière contractuelle le principe de causalité qui commande l'ensemble de la vie du contrat de sa formation jusqu'à son extinction ou son anéantissement. Même lorsqu'elle n'est pas prescriptive, la règle générale a au minimum une vertu explicative. La cause, ou l'intérêt est en tout premier lieu un principe explicatif* ».

²¹³ Pour une présentation de la conception classique de la cause : G. WICKER, art. cit., p. 39 et s.

²¹⁴ G. WICKER, art. cit., p. 42 et s.

²¹⁵ V. récemment, F. ROME, La cause à l'arrêt ! *D.* 2013.1201

acceptées et surtout de présenter la cause sous son aspect non prescriptif mais explicatif²¹⁶. Il s'agit simplement ici de montrer que la cause, comme élément de la présupposition légale de l'article 1134, pourrait exprimer les limites du principe de la force obligatoire du contrat. La conception renouvelée de la cause ici soutenue consisterait à rapprocher la cause de l'utilité du contrat (1.) et la cause de la capacité d'exécution des parties (2.).

1. Cause et utilité du contrat

88. Amorce jurisprudentielle. Si classiquement, la cause est entendue comme la justification objective de l'engagement²¹⁷, en général déduite de la seule nature du contrat (la contreprestation par exemple pour les contrats synallagmatiques), la jurisprudence semble également apprécier le contrat « *au regard de son utilité concrète pour les parties* »²¹⁸. En effet, dans un célèbre arrêt de la première chambre civile du 3 juillet 1996²¹⁹, la Cour de cassation a accepté d'annuler un contrat de location de cassettes vidéos en vue de l'établissement d'un point club vidéo au motif que l'économie du contrat ne permettait pas, *ab initio*, de rendre rentable l'exploitation. Si la destinée d'un tel arrêt est assez incertaine²²⁰, même s'il faut remarquer qu'il n'a jamais été directement remis en cause, un tel mouvement jurisprudentiel démontre au moins qu'une autre conception de la cause est envisageable, d'autant plus si on l'utilise non comme un instrument substantiel mais comme un instrument formel permettant d'expliquer certains phénomènes contractuels²²¹.

89. Application aux cas de difficultés du débiteur. C'est d'ailleurs le phénomène des contrats en cours que la cause, envisagée comme l'utilité du contrat pour les parties, permettrait bien d'expliquer. En effet, il a été exposé que les règles du régime des contrats en cours permettaient de révoquer un contrat apparaissant inutile ou trop lourd au débiteur en difficulté²²². Ces règles, permettant une révocation unilatérale du contrat, apparaissent comme une atteinte au principe d'irrévocabilité du contrat. Or, si l'on admet que la cause puisse représenter l'utilité du contrat pour les parties, il n'est pas exagéré de voir dans les solutions du droit des entreprises en difficulté une application de la cause, comme condition de l'engagement du débiteur et d'admettre qu'un contrat qui serait trop coûteux et trop lourd à supporter ne soit plus causé et justifierait donc qu'il soit éteint. L'irrévocabilité du contrat, supposant que la présupposition légale, et donc la cause, soient présentes, n'aurait donc plus à s'appliquer dans une telle situation. Par où l'on voit que la règle de l'article L.622-13, qui

²¹⁶ pour reprendre les mots du Professeur WICKER dans la citation précitée.

²¹⁷ La formule est du Professeur WICKER : G. WICKER, *La réforme du droit français des contrats : de la cause à la causalité juridique*, art. cit., p. 47

²¹⁸ G. WICKER, *Force obligatoire et contenu du contrat*, art. cit., n°4, p.155

²¹⁹ Cass. Civ. 1^{re}, 3 juillet 1996 : *D.* 1997.500, note Ph. REIGNE ; *JCP G* 1997.I.4015, n°4-5, obs. F. LABARTHE

²²⁰ En ce sens : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations*, op. cit., n°262, constatant « *un certain reflux* » de cette subjectivisation de la cause.

²²¹ Il faut ajouter qu'une telle conception n'est pas tant empreinte de subjectivisme. Il suffit de relire HEBRAUD pour s'en convaincre : « *La cause est formée par les données matérielles et juridiques et l'image que s'en fait la volonté pour agir sur les premières en utilisant les secondes* » (P. HEBRAUD, *Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques*, in *Mélanges offerts à J. Maury*, Tome 2 : Dalloz-Sirey, 1960, p. 445)

²²² V. *supra*, n°76

pourrait *a priori* être une fiction²²³ tant elle ébranle la présentation classique du principe de la force obligatoire du contrat, trouverait une explication, propre à faire tomber cette fiction, dans une conception renouvelée de la cause. A l'inverse, lorsque le contrat se révèle indispensable pour la continuation de l'entreprise, qu'il présente donc une utilité fondamentale pour le débiteur, cette cause devrait l'emporter sur le droit du cocontractant de demander la résolution du contrat, demande qui peut elle-même être fondée sur la cause²²⁴. Une sorte de conflit de causes s'opérerait ainsi ici²²⁵, lequel serait réglé par le principe de faveur pour le contrat²²⁶.

2. Cause et capacité d'exécution des parties

90. Amorce jurisprudentielle et légale. Un autre rattachement de la cause à la capacité d'exécution des parties est envisageable. On peut d'ailleurs, avec le Professeur WICKER, constater que la Cour de cassation a, certes, sans faire référence à la cause, « sanctionné l'impossibilité subjective, c'est-à-dire tenant à la personne du débiteur »²²⁷, dans un célèbre arrêt du 17 juin 1997²²⁸ relatif à un cautionnement excessif²²⁹. Certes, le fondement de la sanction n'est pas la cause et la nature de la sanction n'est pas la nullité mais la responsabilité civile, mais comme l'explique M. WICKER, on peut néanmoins constater avec ce courant jurisprudentiel que « l'état de fortune de la caution constitue une condition dont dépend l'efficacité, plus spécialement, l'étendue, de son propre engagement »²³⁰. Ces solutions ont été consacrées par le législateur consommériste aux articles L.313-10 et L.341-4 du Code de la consommation²³¹ qui font de la disproportion de l'engagement de la caution non plus un cas de responsabilité du créancier mais un cas d'inefficacité de l'engagement de la caution. L'inefficacité de l'engagement est clairement fondée sur l'impossibilité pour la caution de s'exécuter, sur les capacités financières de la caution, impossibilité subjective qu'il est possible de rattacher à la cause.

91. Application aux cas de difficultés du débiteur. Un renouvellement de la conception de la cause en tant qu'instrument explicatif est alors assez aisément envisageable dans ce sens. En effet, envisager que des parties s'engagent réciproquement sous la réserve de l'impossibilité de faire face à un contrat trop lourd financièrement à supporter ne semble pas exagéré : le contrat n'ayant plus d'intérêt pour l'une des parties, et ne permettant pas à l'autre

²²³ Pour la définition de ce terme, V. *supra*, n°10

²²⁴ Pour une explication du fondement de la résolution pour inexécution, V. G. WICKER, *Les fictions juridiques – Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, thèse cit., n°s 302 et s.

²²⁵ Conflit entre la cause du côté de l'obligation du débiteur, qui est l'utilité du maintien du contrat et la cause de la résolution du contrat pour le créancier

²²⁶ V. *infra*, n°s94-95

²²⁷ G. WICKER, Force obligatoire et contenu du contrat, art. cit., n°4, p.155

²²⁸ Com. 17 juin 1997, *Macron* : *Bull. civ. IV*, n°188 ; *JCP E* 1997, II, 1007, note LEGEAIS ; *D.*1998.208, note CASEY ; comp. : Com., 8 octobre 2002, *Nahoum* : *Bull. civ. IV*, n°136, *JCP E* 2002, 1730, note LEGEAIS ; *D.*2003.414, note KOERING

²²⁹ Sur le cautionnement et le principe de proportionnalité : V. Ph. SIMLER, *Cautionnement – garanties autonomes – garanties indemnitaires* : LGDJ, coll. « traités », 4 éd., 2008, n°245 et s. ; Y. PICOD, Proportionnalité et cautionnement – Le mythe de Sisyphe, in *Etudes de droit de la consommation – Liber amicorum J. Calais-Auloy* : Dalloz, 2004, p. 843 et s. ; *Adde* : S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, thèse : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 335, 2000

²³⁰ G. WICKER, Force obligatoire et contenu du contrat, art. cit., n°4, p.155, note 20

²³¹ V. O. CUPERLIER et A. GORNY, L'engagement disproportionné de la caution après la loi n°2003-721 du 1^{er} août 2003 sur l'initiative économique : *JCP E* 2004, n°1475 p. 1576

d'espérer qu'elle sera payée, n'a plus de cause. C'est bien cette réalité que semble refléter le droit des entreprises en difficulté. Lorsque l'article L.622-13 II. et IV. autorise le représentant du débiteur à révoquer un contrat qu'il estime trop lourd pour le débiteur ou pour l'exécution duquel le débiteur n'a pas les moyens suffisants²³², il ne fait que constater la disparition de la cause du contrat, propre à justifier son extinction. Encore faut-il admettre que l'appréciation de la cause puisse se faire au moment de l'exécution du contrat.

B. Une conception renouvelée du moment de l'appréciation de la cause

92. Amorce jurisprudentielle et légale. La présentation classique consiste encore à faire de la cause un simple instrument de l'appréciation de la validité du contrat au moment de sa formation²³³. Il n'en demeure pas moins que l'étude de certaines décisions de justice permet d'atténuer ce constat. C'est notamment le cas du courant jurisprudentiel sanctionnant de caducité les contrats dont la cause a disparu dans le cadre d'un ensemble contractuel²³⁴. Ainsi par exemple, a été considéré comme caduc pour défaut de cause un prêt qui avait été contracté en vue de financer une cession de fonds de commerce qui a été finalement annulée²³⁵. D'autres arrêts participent de ce mouvement²³⁶, et le législateur est venu en relai des juges²³⁷ pour ces solutions faisant de la cause un instrument d'appréciation de l'intérêt du contrat durant son exécution. Cela serait propre à expliquer les solutions du droit des entreprises en difficulté où l'inutilité du contrat apparaît durant l'exécution. Reste à traduire sur le plan de la théorie générale du contrat les effets de ce qui est présenté comme une atteinte au principe d'irrévocabilité du contrat mais qui peut donc être fondé sur la cause.

§2 – L'appréhension des effets de l'atteinte

93. Appréhension des deux types d'atteinte. L'étude des atteintes au principe d'irrévocabilité a révélé deux types d'atteinte : l'une consistant à maintenir le contrat malgré son inexécution, l'autre consistant à mettre fin unilatéralement au contrat. Maintenant qu'un fondement a pu être trouvé à l'une et l'autre de ces atteintes, il convient de trouver la traduction juridique de ces mécanismes. A cet égard, il semble que l'appréhension du maintien du contrat puisse se faire au travers du principe de faveur pour le contrat²³⁸ (A.) et l'appréhension de la révocation du contrat par la caducité (B.)

²³² V. *supra*, n^{os}76-77

²³³ Pour une présentation attachée à ce principe, et faisant un état assez restreint des atténuations au principe : J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat* : LGDJ, 2006, n^{os} 969 et s.

²³⁴ V. G. WICKER, La réforme du droit français des contrats : de la cause à la causalité juridique, art. cit., p. 43

²³⁵ Cass. Civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 1997, n^o95-15.642 : *Bull. civ.* I, n^o224 ; *D.* 1998. Somm. com. p.110 obs. D. MAZEAUD

²³⁶ Cass. Com. 15 juin 1999, n^o97-12.093 : *JCP G* 2000. I. 272, n^o9 obs. A. CONSTANTIN ; Cass. Civ. 1^{re}, 10 mai 2005, n^o03-11.301, inédit, cité et analysé par J. GHESTIN, *op. cit.*, n^o584 ; Cass. Civ. 2^e, 29 juin 1999, n^o92-16.788, inédit, cité et analysé par J. GHESTIN, *op. cit.*, n^o405, sur l'intégration d'une vente de terrains dans la création d'un lotissement

²³⁷ C. Consum., art. L. 311-31, qui subordonne le prêt à la vente et art. L.311-23 qui subordonne la vente au prêt. V. J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*, *op. cit.*, n^{os} 359 et 360. V. *supra*, n^o50

²³⁸ Sur ce principe : G. LE NOAC'H, *Le principe de faveur pour le contrat*, sous la dir. L. SAUTONIE-LAGUIONIE, Mémoire, Bordeaux IV, 2011-2012 ; ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs*, sous la dir. G. WICKER et J.-B. RACINE : Société de Législation comparée, Vol. 7, 2008, n^o44 et s.

A. L'appréhension du maintien du contrat : le principe de faveur pour le contrat

94. Présentation du principe de faveur pour le contrat. Dégagé par la doctrine italienne²³⁹, et trouvant diverses applications tant en droit interne qu'en droit comparé²⁴⁰, le principe de faveur pour le contrat « *impose de préférer la solution qui conserve une efficacité au contrat à celle qui conduirait à son anéantissement* »²⁴¹. Si l'on trouve diverses manifestations de ce principe, notamment en matière d'interprétation du contrat, celui-ci n'a pas été dégagé en droit positif. Une telle proposition existe dans le projet de Cadre Commun de référence à l'article 0 : 204 qui dispose que « *lorsque le contrat est sujet à interprétation, ou lorsque sa validité ou son exécution est menacée, l'efficacité du contrat doit être préférée si son anéantissement nuit aux intérêts légitimes de l'un des contractants* ». Se manifestant par la « *protection préférentielle d'un intérêt juridique* »²⁴², ce principe semble devoir être fondé sur la cause²⁴³ dans la mesure où celle-ci peut être rapprochée de l'utilité du contrat²⁴⁴ et qu'elle peut aussi se confondre avec la notion d'intérêt²⁴⁵.

Ce principe a pour conséquence d'imposer le maintien du contrat dans des cas où son anéantissement est envisageable, à savoir trois hypothèses : lorsque le contrat est sujet à interprétation, lorsque sa validité est menacée ou lorsque son exécution est menacée²⁴⁶. C'est la satisfaction d'un besoin essentiel, la protection d'un intérêt digne d'une protection particulière, qui impose ce maintien du contrat et qui fonde cette faveur pour le contrat²⁴⁷.

95. Lien du principe avec le régime des contrats en cours. Il semble possible de mettre en relation les solutions prévoyant la continuation des contrats en cours²⁴⁸ avec le principe de faveur pour le contrat. En effet, l'entreprise dont il s'agit d'assurer la sauvegarde renferme une multitude d'intérêts dont l'importance a été présentée²⁴⁹. Cet intérêt est plus important que celui qu'a le cocontractant à demander la résolution du contrat. Or, l'anéantissement des contrats utiles à l'entreprise risquant de mettre à mal l'intérêt de l'entreprise, digne de la plus haute considération, il faut éviter que cet anéantissement ait lieu. Tel est l'esprit des règles de la continuation des contrats en cours de l'article L.622-13 du Code de commerce, lequel n'est en fait qu'une mise en œuvre du principe de faveur pour le contrat. Qu'en est-il des contrats anéantis dans l'intérêt de l'entreprise ?

²³⁹ M.-C. DIENER, *Il contratto in generale*, Giuffrè editore, Milano, 2002, cité par G. LE NOAC'H, *Le principe de faveur pour le contrat*, Mémoire préc., n°15, note 63

²⁴⁰ V. *Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs, op. cit.*, n°53 et s.

²⁴¹ *Ibid.*, n°44

²⁴² G. LE NOAC'H, *Le principe de faveur pour le contrat*, Mémoire préc., n°4

²⁴³ *Ibid.*, n°71 et s.

²⁴⁴ V. *supra*, n°88

²⁴⁵ V. J. CARBONNIER, *Droit civil, Tome 2, Les biens, Les obligations* : PUF, coll. « Quadrige », 2004, n°979 ; comp. G. WICKER, *Les fictions juridiques – Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, thèse cit., n°108 qui y voit une notion plus restrictive dans la mesure où elle implique d'envisager l'acte juridique du point de vue du sujet et non dans sa globalité.

²⁴⁶ *Projet de cadre commun de référence, Principes contractuels communs, op. cit.*, n°44

²⁴⁷ On mesure alors aisément les rapports qu'entretient ce principe avec la cause.

²⁴⁸ V. *supra*, n°59 et s.

²⁴⁹ V. *supra*, n°27-28

B. L'appréhension de la révocation du contrat : la caducité

96. Définition de la caducité. Quel mécanisme permet d'expliquer la révocation du contrat décidée par le droit des entreprises en difficulté, dont il a été expliqué que le fondement était la cause ? Le moment et la cause de l'extinction du contrat impliquent que seule la caducité permet de traduire cette extinction. Faisant l'objet depuis la dernière décennie d'un engouement doctrinal remarquable²⁵⁰, la caducité est définie comme la sanction de « *la disparition, après la formation du contrat, d'une de ses conditions de validité* »²⁵¹. « *Se glissant dans l'interstice laissé libre (...) entre nullité sanctionnant un vice originel et résolution sanctionnant une inexécution fautive* »²⁵², la caducité permet d'écarter les autres sanctions de l'acte qui pourraient être envisagées et correspond parfaitement à l'hypothèse des actes révoqués en vertu du régime des contrats en cours.

97. Des causes d'inefficacité du contrat survenant dans son exécution. Les contrats rendus inefficaces en vertu de l'article L.622-13 du Code de commerce sont éteints, comme il a été expliqué, en raison de la disparition de leur cause au cours de l'exécution du contrat²⁵³. En effet, au cours de son exécution, le contrat n'apparaît plus utile, ou le débiteur n'est plus en mesure financièrement de le supporter, ce qui implique la disparition de la cause du contrat. Cette disparition de la cause étant postérieure à la formation du contrat, on est dans un cas de caducité. Cela permet d'ailleurs de confirmer que « *la cause est certainement l'une des notions qui ont permis de mettre la caducité contractuelle à l'honneur* »²⁵⁴.

98. Des causes d'inefficacité ne préjugant pas d'une inexécution. Pour qu'il y ait caducité, encore faut-il que ce soit bien un vice objectif du contrat qui commande sa révocation, et non une inexécution fautive, auquel cas on aurait affaire à une résolution ou résiliation. La résolution ou résolution du contrat intervient, selon l'article 1184 du Code civil, en cas d'inexécution. Or, si l'on se réfère aux magistrats écrits de feu le Professeur Denis TALLON, l'inexécution doit se confondre avec la faute²⁵⁵. Seule cette inexécution, par définition donc fautive, permet la mise en œuvre de la résolution et des dommages-intérêts qui y sont attachés. Or, peut-on parler d'inexécution pour les cas où la loi autorise le débiteur à mettre fin au contrat ? Certains l'admettent²⁵⁶, nous le contestons, et ce en rappelant ce qui a déjà été expliqué : si le contrat est révoqué, c'est parce qu'il n'est plus causé, et non à cause

²⁵⁰ Cf., dans l'ordre chronologique : F. GARRON, *La caducité du contrat (étude de droit privé)*, thèse : PUAM, 2000 ; V. WESTER-OUISSSE, La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer : *JCP G* 2001. I. 290, p.181 ; R. CHAABAN, *La caducité des actes juridiques – étude de droit civil*, thèse : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 445, 2006 ; M.-C. AUBRY, retour sur la caducité en matière contractuelle : *RTD civ.* 2012.625

²⁵¹ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Tome 1, Contrat et engagement unilatéral* : PUF, coll. « Thémis droit », 3^e éd., 2012, p.462

²⁵² Y. LEQUETTE, Préface à la thèse de R. CHAABAN, *op. cit.*

²⁵³ V. *supra*, n^{os}89 et 91

²⁵⁴ C. AUBRY, retour sur la caducité en matière contractuelle, art. cit., p.636

²⁵⁵ D. TALLON, L'inexécution du contrat : pour une autre présentation : *RTD civ.* 1994.228 ; D. TALLON, Pourquoi parler de faute contractuelle ? in *Ecrits en hommage à Gérard Cornu* : PUF, 1995, p.429

²⁵⁶ A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n^o400 dont l'argument est que « l'état de redressement judiciaire – a fortiori celui justifiant une procédure de sauvegarde – n'est jamais un cas de force majeure », constat un peu réducteur dans la mesure où tout n'est pas soit force majeure, soit faute...

d'une faute du débiteur, d'où la caducité. Une telle solution est propre à remettre en cause certaines décisions jurisprudentielles qui utilisent parfois une terminologie inadaptée²⁵⁷, et aussi à remettre en cause l'attribution de dommages-intérêts au créancier du fait de la rupture dans la mesure où elle n'est pas fautive mais commandée par la loi.

99. Conclusion du chapitre. L'étude du droit des entreprises en difficulté a fait apparaître un régime de nature particulièrement dérogatoire au principe d'irrévocabilité du contrat : alors que ce principe impose, pour la révocation du contrat, soit le *mutuus disensus*, soit l'existence d'une inexécution imputable au débiteur, le régime des contrats en cours et les règles relatives aux cessions de contrats envisagent la révocation d'un contrat sans l'accord des deux parties et le maintien du contrat en dépit des inexécutions du débiteur. Au regard du principe d'irrévocabilité du contrat, ces règles apparaissent particulièrement dérogatoires, au point qu'elles pourraient être présentées comme des fictions. Néanmoins, une étude plus ouverte et reliée aux notions fondamentales de la théorie générale du contrat permet d'expliquer de telles règles et de les relier à la théorie générale du contrat. En effet, les cas d'atteintes au principe d'irrévocabilité pourraient être traduits par le concept de cause dans la mesure où est à chaque fois en cause l'utilité du contrat ou la capacité d'exécution des parties. La cause justifierait donc qu'un contrat inutile ou trop lourd soit révoqué, laquelle révocation constituerait en fait une caducité ; la cause justifierait aussi qu'un contrat soit maintenu malgré les inexécutions, maintien qui pourrait être mis en relation avec le principe de faveur pour le contrat.

100. Conclusion de la partie. L'étude du domaine des atteintes au principe d'irrévocabilité, encore appelé à s'élargir par l'introduction en droit du surendettement d'un régime des contrats en cours, doit alerter le juriste : les contrats échappant à de telles atteintes sont plus rares que ceux qui sont exposés à ce risque. Un tel constat rend la présentation du principe d'irrévocabilité, composante de la force obligatoire du contrat comme un principe absolu indéfendable. L'étude du régime de ces atteintes doit nécessairement confirmer ces affirmations tant elles sont importantes, graves. Dès lors, la solution de « facilité » serait d'en conclure que le principe d'irrévocabilité du contrat est un principe relatif, et de l'expliquer avec des notions floues telles que l'attente légitime du créancier ou la solidarité contractuelle. Pareille démarche n'aiderait pas à comprendre et à délimiter d'une façon précise le principe de la force obligatoire du contrat et de traduire également de façon précise les atteintes qui y sont portées. Tel est en revanche le résultat que permettrait d'obtenir l'utilisation de la notion de cause, dans une conception renouvelée. L'atteinte, qui serait en fait fondée sur la cause, ne constituerait en réalité que la caducité du contrat ou l'expression du principe de faveur. La même démarche sera effectuée pour le principe d'intangibilité du contrat.

²⁵⁷ Cass. Com. 15 février 2000 : D.2000.364 obs. Ph. DELEBECQUE ; *Deffrénois* 2000, 1118, note D. MAZEAUD qui prononce la résiliation du contrat de crédit-bail lié à un contrat de prestations d'image qui a été résilié. Ce n'est pas la résiliation du contrat de crédit-bail qui aurait dû être prononcée mais la caducité.

SECONDE PARTIE

L'INTANGIBILITE DU CONTRAT

AU REGARD DES PROCEDURES D'INSOLVABILITE

101. Intangibilité du contrat et force du lien obligatoire. Est abordée à présent la force obligatoire du contrat en ce qu'elle implique l'intangibilité du contrat, à savoir l'impossibilité de modifier les obligations qu'il a fait naître, impossibilité qui s'impose aux parties et au juge. Ce principe n'est en fait qu'un dérivé de celui de la force du lien obligatoire²⁵⁸. En vertu de ce principe, le débiteur est tenu d'exécuter la prestation due, d'exécuter son obligation au profit de son créancier. Ce principe vaut que l'obligation ait pour source un fait juridique²⁵⁹ ou un acte juridique²⁶⁰. La présente étude ayant pour objet la force obligatoire du contrat, il ne sera donc question ici que de la force du lien obligatoire né du contrat, qui n'est rien d'autre que le principe d'intangibilité du contrat²⁶¹.

102. Rôle équivalent des procédures de surendettement et des procédures collectives dans l'atteinte au principe. Alors qu'il a été montré qu'en matière d'atteinte au principe d'irrévocabilité, seul le droit des entreprises en difficulté s'était véritablement illustré²⁶², un constat tout à fait différent doit être fait pour ce qui est du principe d'intangibilité. L'explication est simple : on ne décide de modifier, d'anéantir des obligations que lorsqu'on n'a pas le choix, que lorsque la situation du débiteur est grave. Or, si le droit des procédures collectives a cette particularité d'avoir comme but essentiel de tenter d'assurer la survie, le redémarrage d'une entreprise, l'autre but qui est de liquider le patrimoine d'un débiteur dont la situation est irrémédiablement compromise et d'apurer son passif est commun à toute procédure d'insolvabilité, puisque c'est une issue que peuvent immanquablement connaître tant des entreprises que des particuliers.

103. Plan. Il reste que ces atteintes étant très graves, plus graves d'ailleurs que celles portées à l'irrévocabilité du contrat, puisque ce sont des obligations déjà nées qui peuvent disparaître, elles ne peuvent être décidées sans conditions. Les difficultés du débiteur doivent être assez graves et son comportement irréprochable pour que le bénéfice de telles atteintes lui soit reconnu. C'est pourquoi l'étude du régime de l'atteinte (Chapitre 2.) devra être précédée de celle des conditions de l'atteinte à l'intangibilité du contrat (Chapitre 1.).

²⁵⁸ Pour une étude de celui-ci, indépendamment de sa source contractuelle ou délictuelle : H. & L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, tome 2, 1^{er} volume : Obligations, théorie générale, op. cit.*, n°720 et s.

²⁵⁹ Ces obligations naissant directement de la loi (par exemple, article 1382)

²⁶⁰ Le caractère obligatoire des engagements nés d'un contrat étant reconnu par l'article 1134 alinéa 1^{er}.

²⁶¹ L'étude des atteintes à la force du lien obligatoire par les procédures d'insolvabilité montre de toute manière que ce sont principalement les obligations contractuelles qui sont touchées, étant donné qu'il existe des réticences à réviser des obligations délictuelles (en tout cas une grande partie d'elles, à savoir celles constituant une infraction et celles réparant un préjudice corporel). V. P. ANCEL, *Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes : Dr. & Patrimoine*, mai 1998, p.89 et note 7.

²⁶² Cf. Première partie, not. Chapitre 1 (n°19 et s.)

CHAPITRE 1.

Les conditions de l'atteinte à l'intangibilité du contrat

104. La nécessité de ces conditions. L'atteinte à l'intangibilité du contrat, qui implique, *a minima*, une révision de l'obligation contractuelle ou, *a maxima*, un effacement d'une dette, est tellement grave qu'elle ne peut être mise en œuvre que lorsque la situation du débiteur le requiert absolument²⁶³. Il faut bien être conscient qu'une telle atteinte a pour conséquence de favoriser les intérêts du débiteur au détriment de ceux du créancier²⁶⁴. Elle n'est donc soutenable que si elle est parfaitement fondée.

105. Démarche partagée par les procédures d'insolvabilité. Les législations des procédures d'insolvabilité ont tout à fait intégré cette nécessité. Force est de reconnaître en effet qu'il n'est décidé de telles mesures dérogatoires que lorsque la situation économique du débiteur est particulièrement grave. On n'est plus du tout dans le même esprit que pour le régime des contrats en cours et des atteintes au principe d'irrévocabilité qui intervenaient durant la période d'observation et qui concernaient tout débiteur²⁶⁵, sans distinction de degrés de difficultés. Une gradation s'observe en effet dans la prise de ces mesures, que ce soit dans les procédures de surendettement ou les procédures collectives : plus la situation du débiteur est obérée, plus les atteintes au principe d'intangibilité sont nombreuses. Un autre élément n'a pas échappé aux deux législations particulières : le débiteur ne bénéficiera de cette aide que s'il le mérite, autrement dit que s'il n'a pas été de mauvaise foi, ou inexcusable. Droit des entreprises en difficulté et droit du surendettement partagent ainsi, pour ce qui est de l'atteinte à l'intangibilité du contrat, des conditions positives, la situation économique du débiteur obérée (section I), et des conditions négatives, excluant certaines difficultés (section II).

Section I – Les conditions positives : la situation économique du débiteur obérée

106. Démarches communes des deux législations. L'essence d'une procédure d'insolvabilité est de régler une situation économique défailante. Il est alors évident qu'il soit exigé, tant dans les procédures collectives des entreprises que les procédures de surendettement des particuliers, pour que leurs dispositions dérogatoires soient mises en œuvre, des difficultés économiques. De surcroît, il a été compris dans les deux législations que la gravité des difficultés pouvant avoir plusieurs degrés, plusieurs types de procédures, adaptées à ces difficultés, devaient exister. C'est ainsi que l'on constate l'exigence commune

²⁶³ V. F. MACORIG-VENIER, L'effacement des dettes dans le droit du surendettement : *Dr. & Patrimoine*, sept. 2009, p.55

²⁶⁴ Les raisons de ces mesures de faveur ont été déjà exposées (survie, relance de l'entreprise, droit à un nouveau départ de l'entrepreneur ou du particulier, lutte contre l'exclusion sociale) ; il ne s'agit pas ici de les discuter.

²⁶⁵ V. *supra* n°22

de difficultés économiques (§1) et l'existence commune de degrés de difficultés dans les deux types de procédures (§2).

§1 – L'exigence commune de difficultés économiques dans les deux types de procédures

107. Points de convergence et points de divergence. L'ampleur des difficultés est le critère commun des deux types de procédures, critère qui permet de justifier que des atteintes soient portées à l'intangibilité des contrats. Ainsi convergent les procédures collectives des entreprises et les procédures de surendettement des particuliers. Elles divergent quant aux sources des difficultés : la première ne les prend pas en compte alors que la seconde ne prend en compte que les difficultés non professionnelles. Ainsi l'ampleur des difficultés constitue-t-elle le facteur commun (A.) et la source des difficultés le facteur de dissociation des procédures d'insolvabilité (B.).

A. L'ampleur des difficultés, facteur commun des procédures d'insolvabilité

108. L'exigence de difficultés considérées comme importantes. Que l'on étudie le droit des entreprises en difficulté ou le droit du surendettement, on ne peut que constater que la mise en œuvre de leurs règles ne peut pas résulter de difficultés légères. En matière de procédures collectives des entreprises, la procédure la plus légère, à savoir la procédure de sauvegarde, ne peut être ouverte que si l'intéressé est en mesure de justifier « *de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter* »²⁶⁶. L'exigence n'est certes plus aussi stricte qu'elle a pu l'être naguère²⁶⁷, mais elle demeure assez réductrice, une difficulté qu'un débiteur n'est pas en mesure de surmonter, sous-entendu seul, étant assez grave pour que cela nécessite des mesures dérogatoires. Toujours en droit des entreprises en difficulté, c'est la cessation des paiements qui est le critère d'ouverture clé : cette notion est définie à l'article L.631-1 du Code de commerce ; il s'agit de l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif exigible²⁶⁸, difficulté encore plus grave que celle évoquée précédemment.

On voit donc bien que le droit des entreprises en difficulté conditionne assez strictement l'application de ses règles dérogatoires. Il en va de même en matière de droit du surendettement, l'article L.331-2 exigeant une situation de surendettement, laquelle est définie par l'article L.330-1 du Code de la consommation comme « *l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir* ». Là encore, la difficulté n'est pas anodine : le débiteur n'est plus en mesure de payer ses dettes.

²⁶⁶ C. com., art. L.620-1. V. F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n^{os} 364 et s.

²⁶⁷ c'est-à-dire avant l'ordonnance du 18 décembre 2008, puisque ces difficultés devaient être de nature à conduire le débiteur à la cessation des paiements. Sur cette évolution, V. not. B. SAINTOURENS, Les conditions d'ouverture des procédures après l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté : *RPC* janvier-février 2009, Dossier 4 p. 40 et s.

²⁶⁸ Pour plus de précisions, V. *infra*, n^o 109

109. Différence des notions qualifiant les difficultés. Mise à part la condition moins exigeante pour la procédure de sauvegarde qui s'explique bien par les finalités particulières du droit des entreprises en difficulté²⁶⁹, il faut constater une différence entre l'exigence de « cessation des paiements » en matière de procédures collectives des entreprises et d'une « situation de surendettement » en matière de procédures d'insolvabilité des particuliers²⁷⁰. La différence est que la première expression, si l'on suit l'article L.631-1 précité, prend uniquement en compte l'actif disponible (biens du débiteur qui peuvent être employés immédiatement ou très rapidement pour régler ses dettes) et le passif exigible (dettes dont on peut immédiatement réclamer le paiement) pour vérifier la situation financière du débiteur. Or, en matière de surendettement, on apprécie toutes les composantes du patrimoine du débiteur : tous les biens comptent et toutes les dettes comptent, même celles qui ne pourront être réclamées que plus tard. Si l'on peut reconnaître avec M. PETEL que « *si elles sont bien distinctes, les deux situations sont, à l'évidence, voisines* »²⁷¹, il n'en demeure pas moins que leur différence est fondamentale et bien justifiée. Celui qui est en cessation des paiements n'est pas forcément insolvable parce un débiteur peut disposer de nombreux bien immobiliers, et être en cessation des paiements parce qu'il ne dispose pas assez de liquidités pour faire face à son passif exigible. Mais si le critère avait été l'insolvabilité du débiteur, les résultats seraient catastrophiques, ce ne serait même pas la peine d'ouvrir un redressement²⁷². On sait en effet que l'intérêt de la procédure collective est qu'elle s'ouvre le plus tôt possible. D'un autre côté, même si la notion de cessation des paiements n'a pas l'avantage de celle de surendettement de permettre une « *vision prospective* »²⁷³, elle n'empêche pas un débiteur sentant venir des difficultés de recourir à la procédure de sauvegarde. Plus que ces notions, la source des difficultés marque une véritable frontière entre les deux types de procédure.

B. La source des difficultés, facteur de dissociation des procédures d'insolvabilité

110. Procédures collectives des entreprises, question de personnes. Une véritable différence existe entre les conditions d'ouverture des deux types de procédures en ce qui concerne la source des difficultés. En effet, en matière de droit des entreprises en difficulté, la recevabilité à la procédure n'est qu'une question de qualité du débiteur, jamais de nature de dette²⁷⁴. En effet, les articles L.620-2, L.631-2 et L.640-2 posent que les procédures collectives sont applicables aux différentes personnes qu'ils désignent (commerçants,

²⁶⁹ On a en effet ici une condition plus large (des difficultés que le débiteur n'est pas en mesure de surmonter) qui ne fait pas référence à une insolvabilité constatable parce que le but des procédures collectives des entreprises en difficulté est de sauver des entreprises encore saines. Or, le meilleur moyen d'arriver à ce résultat est de traiter le plus en amont possible ces difficultés, et donc d'ouvrir assez largement les procédures. V. J.-P. Marty, De la cessation des paiements... aux difficultés prévisibles : *RLDA*, mars 2005, supplément au n°80, p.21 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, De nouvelles procédures pour de nouvelles stratégies : *RPC* 2007, p.13 ; *Adde* : Rapport de J.-J. Hyst, n°335 (2004-2005), p.30

²⁷⁰ Sur cette question, V. A. REYGROBELLET, La notion de surendettement face à la cessation des paiements : *Gaz. Pal* 26, 27 février 2003, p. 312 ; J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation, op. cit.*, n°528

²⁷¹ P. PETEL, Surendettement des particuliers et difficultés des entreprises – Brève étude de droit français comparé interne in *Etudes de droit de la consommation – Liber amicorum J. C. Auloy* : Dalloz, p.838, n°6

²⁷² L. SAUTONIE-LAGUIONIE, *Droit des procédures collectives*, Cours de Master 1, Bordeaux IV, 2011-2012

²⁷³ P. PETEL, Surendettement des particuliers et difficultés des entreprises, art. cit. p.839, n°8

²⁷⁴ V. F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, n°s 263 et s.

personnes morales, agriculteurs, etc.), lorsqu'elles sont en difficulté sans faire mention du type de dettes devant être prises en compte pour apprécier la situation économique, ce qui signifie que les personnes désignées peuvent prétendre faire l'objet d'une procédure collective dès lors qu'elles remplissent les conditions posées, sans qu'on vérifie si ce n'est pas à cause de dettes personnelles que la situation est ainsi obérée. On appréhende globalement le patrimoine du débiteur²⁷⁵. Tel n'est pas le cas pour en matière de surendettement.

111. Procédures d'insolvabilité des particuliers, question de dettes. L'appréciation de la situation de surendettement des particuliers ne se fait pas quant à elle selon une approche globale du patrimoine du débiteur. Cette appréciation ne se fait pas *rationae personae* mais *rationae materiae*. En effet, dans la définition donnée par l'article L.330-1 de la situation de surendettement exigée par l'article L.331-2²⁷⁶, seules sont prises en compte les dettes non professionnelles²⁷⁷ du débiteur. Les difficultés qui conditionnent l'application du droit du surendettement ne peuvent donc être que des difficultés non professionnelles, alors qu'en droit des entreprises en difficulté, c'est la qualité de la personne qui compte, pas la nature des difficultés. Ainsi se distinguent les exigences de chacune de ces procédures. Quoiqu'il en soit, on retrouve toujours dans ces deux législations des degrés dans les difficultés.

§2 – L'existence commune de degrés de difficultés dans les deux types de procédures

112. Gradation commune en fonction de la gravité de la situation. Si, comme il a été montré, les difficultés auxquelles s'intéressent tant les procédures collectives des entreprises que les procédures de surendettement des particuliers sont toujours d'ordre économique, les situations donnant naissance à ces difficultés sont diverses. C'est pour cette raison que le législateur, tant dans les procédures des entreprises que dans les procédures des particuliers, s'est employé à « *enrichir, au gré des réformes, la gamme des procédures permettant au particulier comme à l'entrepreneur de trouver une structure de traitement adaptée à sa situation* » avec cette « *idée commune (...) d'une gradation des procédures selon la gravité des situations* »²⁷⁸. On peut à cet égard, et en excluant celle du traitement amiable²⁷⁹, dégager deux gammes de procédures dans chacune de ces législations : celles envisageant les difficultés laissant espérer un redressement du débiteur (A.) et celles envisageant les difficultés traduisant une situation irrémédiablement compromise (B.).

²⁷⁵ V. F. PEROCHON, *op. cit.*, n° 343 qui considère que cette règle respecte ainsi le principe d'unité du patrimoine.

²⁷⁶ V. *supra*, n°7

²⁷⁷ Sur cette exigence, V. S. GJIDARA-DECAIX, *J.-Cl. conc. consom.*, V° Surendettement des particuliers, fasc. 1140, n°34 ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Les contrats de consommation, règles communes* : LGDJ, coll. « Traité de droit civil », 2013, n°834, n°844 et s.

²⁷⁸ C. REGNAUT-MOUTIER et J. VALLANSAN, « Faillite » des entreprises et surendettement des particuliers – Etude comparative et prospective, in *Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron* : LGDJ, 2009, p. 445

²⁷⁹ Ces procédures ne portent en effet pas d'atteinte au principe d'irrévocabilité car tout repose sur le consentement des parties.

A. Les difficultés laissant espérer un redressement du débiteur

113. Droit des entreprises en difficulté : sauvegarde et redressement. Le premier degré des difficultés est celui qui, n'étant pas d'une gravité trop importante, laisse espérer un redressement du débiteur. En matière de droit des entreprises en difficulté, ces problèmes sont appréhendés par la procédure de sauvegarde et la procédure de redressement. La première traite les difficultés les moins graves (bien qu'elles le demeurent assez pour mériter des dispositions particulières), l'article L.620-1 exigeant des difficultés que le débiteur n'est pas en mesure de surmonter. La procédure de redressement est quant à elle plus grave puisqu'elle suppose que le débiteur soit en état de cessation des paiements²⁸⁰. Il n'en demeure pas moins que de telles difficultés ne sont pas irrémédiables et c'est bien la philosophie des procédures de sauvegarde et de redressement que de permettre la survie du débiteur en faisant aboutir la procédure à un plan (de sauvegarde ou de redressement) qui permettra au débiteur de réorganiser son entreprise afin d'en poursuivre l'exploitation. On remarque d'ailleurs, comme cela ressort de l'ouvrage de Madame PEROCHON²⁸¹, cette identité de finalités en comparant les articles L.631-1²⁸² et L.620-1²⁸³ du Code de commerce. Dans ces procédures où les conditions d'ouverture sont plus souples (en ce qu'elles exigent des difficultés modérément graves), il est évident que les atteintes au principe d'intangibilité seront moins énergiques²⁸⁴.

114. Droit du surendettement : procédure ordinaire de traitement du surendettement. On retrouve le même esprit dans la procédure ordinaire de traitement du surendettement. L'article L.331-6 dispose en effet que dans le cadre de cette procédure, la commission de surendettement « *a pour mission de concilier les parties en vue de l'élaboration d'un plan conventionnel de redressement approuvé par le débiteur et ses principaux créanciers* » mais elle peut aussi « *imposer* » certaines mesures à cette fin. Cette procédure dite ordinaire de surendettement s'ouvre lorsque le débiteur est dans l'impossibilité de faire face à l'ensemble des dettes exigibles ou à échoir²⁸⁵. On voit bien là encore, et l'étude des mesures qui peuvent être prises le confirme²⁸⁶, qu'il s'agit d'une procédure ayant pour but de redresser la situation du débiteur sans liquider son patrimoine, mais simplement en réorganisant ses relations avec ses créanciers. On est loin de la procédure de rétablissement personnel qui traite une situation incurable.

B. Les difficultés traduisant une situation irrémédiablement compromise

115. Droit des entreprises en difficulté : liquidation judiciaire. C'est à un degré différent qu'il est passé lorsque les procédures envisagent la situation irrémédiablement

²⁸⁰ C. Com., art. L.631-1, V. *supra*, n°108

²⁸¹ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n°s 250

²⁸² « *La procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif* ».

²⁸³ Deuxième phrase : « *Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif* ».

²⁸⁴ V. *infra*, n°s 143 et s.

²⁸⁵ C. Consom., art. L.330-1. V. *supra*, n°108

²⁸⁶ V. *infra*, n°s 146 et s.

compromise du débiteur. C'est le cas en droit des entreprises en difficulté de la liquidation judiciaire. L'article L.640-1 indique en effet qu'il est institué une procédure de liquidation judiciaire qui est ouverte aux débiteurs « *en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible* ». L'article complète en précisant la finalité d'une telle procédure, « *destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens* ». La lourdeur des mesures, fortement attentatoires au principe d'intangibilité, que met en œuvre cette procédure s'explique ainsi par la gravité de la situation des débiteurs.

116. Droit du surendettement : rétablissement personnel²⁸⁷. On retrouve une procédure de type similaire en droit du surendettement, ce qui révèle que la législation consumériste a elle aussi instauré des degrés dans le traitement des difficultés des particuliers. Il s'agit ici de la procédure de rétablissement personnel, se manifestant par des atteintes graves (effacement), et qui est ouverte lorsque « *le débiteur se trouve dans une situation irrémédiablement compromise* » (art. L.330-1 al. 3 C. Consom.). Il est à noter que ce type de procédure est caractérisé par son dualisme²⁸⁸ : lorsque le débiteur n'a pas d'actif réalisable, il est fait l'économie de l'intervention du juge, le rétablissement se faisant sans liquidation ; en revanche, lorsque l'état du patrimoine du débiteur impose sa liquidation, le juge est compétent pour cette procédure dite de rétablissement personnel avec liquidation.

117. Bilan. L'atteinte au principe d'intangibilité, dont il sera montré qu'elle est de surcroît graduée, n'est donc permise que dans la mesure où la situation économique du débiteur est gravement obérée. L'étude de cette condition positive doit être suivie de celle des conditions négatives qui atténuent et expliquent bien l'impact de cette atteinte.

Section II – Les conditions négatives : les difficultés exclues

118. Eviction des difficultés provenant d'agissements frauduleux. Envisager de porter atteinte au principe d'intangibilité, et ce d'autant plus dans le cadre d'un traitement collectif, n'est soutenable que si la dette est saine. En effet, d'une part, il n'est pas tolérable de faire bénéficier un débiteur de mesures qui lui sont favorables s'il s'est mis de mauvaise foi dans une telle situation. D'autre part, il n'est pas non plus acceptable de faire supporter à l'ensemble des créanciers de la procédure les conséquences d'une situation qui a été encouragée voire engendrée par un créancier de mauvaise foi. C'est pour cette raison qu'il existe des règles qui traitent de ces situations frauduleuses et qui ont pour conséquence directe²⁸⁹ ou indirecte²⁹⁰ de ne pas faire appliquer les règles de la procédure collective et donc l'atteinte au principe d'intangibilité du contrat. Sont ainsi exclues du bénéfice des règles

²⁸⁷ Ph. PETEL, La procédure de rétablissement personnel et les procédures collectives du Code de commerce : CCC, octobre 2005, Dossier 15, p.29 et s.

²⁸⁸ S. GJIDARA-DECAIX, *J.-Cl. conc. consom.*, V° Surendettement des particuliers, fasc. 1140, n°133

²⁸⁹ En excluant le débiteur de mauvaise foi de la procédure d'insolvabilité ou en refusant de lui faire bénéficier de mesures de faveur.

²⁹⁰ En excluant la dette ou le contrat frauduleux de la procédure

déroatoires les difficultés frauduleusement causées par le cocontractant (§1) et les difficultés abusivement causées par le débiteur (§2).

§1 – Les difficultés frauduleusement causées par le cocontractant

119. Différence de méthode des deux législations. Bien que le résultat soit globalement le même, à savoir évincer le contrat qui a précipité la défaillance du débiteur, et ainsi ne pas appliquer les exceptions au principe d'intangibilité aux difficultés injustement causées par un créancier, droit de la consommation et droit des entreprises en difficulté utilisent des méthodes tout à fait différentes. Cela impose donc une étude séparée des solutions propres au droit de la consommation (A.) et des solutions propres au droit des entreprises en difficulté (B.).

A. Les solutions propres au droit de la consommation

120. Sanction de l'acte même indépendamment de la procédure. Contrairement au droit des entreprises en difficulté, le droit de la consommation sanctionne les actes ruineux pour le débiteur indépendamment du fait qu'une procédure d'insolvabilité soit ouverte ou non à son égard²⁹¹. Les sanctions du soutien abusif du prêteur et du cautionnement disproportionné étayent ce constat.

121. Soutien abusif du prêteur²⁹². L'idée bien connue en droit étranger, notamment en droit suisse²⁹³ de « prêt responsable » gagne du terrain en droit français pour sanctionner les dispensateurs de crédits qui, de mauvaise foi, proposent des crédits à des débiteurs déjà ruinés. Il a en effet été instauré en droit de la consommation par la loi du 1^{er} juillet 2010²⁹⁴ des dispositions imposant aux prêteurs professionnels des obligations précontractuelles d'information, se traduisant notamment par l'exigence de fourniture d'explications permettant à l'emprunteur de déterminer si le contrat est adapté à ses besoins et à sa situation financière²⁹⁵. En cas de manquement à cette obligation, le prêteur peut être déchu partiellement ou totalement du droit aux intérêts²⁹⁶. Il est aussi responsable civilement des fautes qu'il commet, ainsi que de celles que commettent les intermédiaires de crédit²⁹⁷, ce qui implique qu'il peut être conduit, à titre de réparation, à diminuer la dette de l'emprunteur,

²⁹¹ Une disposition du droit du surendettement peut être citée, mais sa portée est difficile à mesurer puisque l'article L.331-7 al. 7 invite la commission de surendettement à prendre « *en compte la connaissance que pouvait avoir chacun des créanciers, lors de la conclusion des différents contrats, de la situation d'endettement du débiteur* » quand elle impose certaines mesures aux créanciers. V. P. ANCEL, Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes : *Dr. & Patrimoine*, mai 1998, p.91

²⁹² V. J. DJOUDI et F. BOUCARD, la protection de l'emprunteur profane : *D.* 2008. 500 ; G. RAYMOND, Loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation. Commentaire : *CCC* 2010, étude 11 ; V. VALETTE-ERCOLE Vers un crédit responsable ? : *JCP G* 2010, n° 28, 779, p. 1440

²⁹³ V. B. STAUDER, Le « prêt responsable ». L'exemple de la nouvelle loi suisse sur le crédit à la consommation, *in Etudes de droit de la consommation – Liber amicorum J. Calais-Auloy* : Dalloz, 2004, p. 1029

²⁹⁴ Loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010

²⁹⁵ C. Com., art. L. 311-8

²⁹⁶ C. Com., art. L. 311-48 al. 2

²⁹⁷ C. Com., art. L. 311-47 al. 3

bien que les conditions à ce niveau-là soient assez strictes²⁹⁸. Ainsi, en cas de mauvaise foi du cocontractant, une réparation est octroyée au débiteur pour compenser l'aggravation des difficultés qui ont pu être causées par son cocontractant, avec cette conséquence qu'en cas de procédure d'insolvabilité, les autres créanciers n'auront pas à supporter cette aggravation.

122. Cautionnement disproportionné²⁹⁹. Suite à un mouvement jurisprudentiel fort remarqué³⁰⁰, la loi du 1^{er} août 2003³⁰¹ est venue réglementer les cautionnements souscrits par des personnes physiques envers des créanciers professionnels. Les articles L.313-10 et L.341-4 du Code de la consommation posent le principe selon lequel la caution doit présenter une capacité financière suffisante pour assurer le paiement de la dette principale en cas de défaillance de l'emprunteur. Le recours à la caution par l'établissement de crédit, en cas de défaillance du débiteur, ne sera donc pas possible si, au moment de sa conclusion, l'engagement de la caution était manifestement disproportionné à ses biens et revenus³⁰². La sanction de la disproportion n'est donc plus comme cela avait été décidé en jurisprudence la responsabilité de l'établissement de crédit mais l'impossibilité pour cet établissement d'exercer des poursuites contre la caution. Une telle sanction permet ainsi de préserver une caution de la ruine que pourrait entraîner un tel acte disproportionné et préserve aussi ses créanciers d'un appauvrissement qui résulterait d'un comportement déloyal d'un autre créancier. Cette mesure, avec celle sanctionnant le soutien abusif du prêteur, peut être prise à tout moment, sans qu'il soit nécessaire qu'il existe une procédure de surendettement ouverte. Tel n'est pas le cas des mesures correctives du droit des entreprises en difficulté.

B. Les solutions propres au droit des entreprises en difficulté

123. Sanctions prononcées dans le cadre d'une procédure collective. Bien qu'il soit censé être plus averti qu'un simple particulier, l'entrepreneur peut être victime de comportement déloyaux de ses cocontractants aggravant sa situation. Il arrive aussi que ces actes aient été accomplis avec la complicité du débiteur. Quoi qu'il en soit, contrairement au droit de la consommation, ces actes ne sont sanctionnés qu'une fois la procédure ouverte.

124. Soutien abusif du prêteur. Comme en matière de droit de la consommation, le soutien abusif du prêteur à l'égard d'une entreprise peut être sanctionné. Mais cette sanction ne peut être mise en œuvre que dans le cadre d'une procédure collective. L'article L.650-1 du Code de commerce dispose qu'en cas d'ouverture d'une procédure collective, « *les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties*

²⁹⁸ Cass. Civ. 1^{re}, 22 mai 2008 : CCC 2008, comm. 217, obs. G. RAYMOND ; Cass. Com. 20 oct. 2009 : D. 2009.2607 obs. DELPECH

²⁹⁹ V. les références citées *supra*, n°90

³⁰⁰ V. not. les célèbres arrêts *Macron* et *Nahoum* : Com. 17 juin 1997, préc. ; Com. 8 octobre 2002, préc. ; V. *supra*, n°90

³⁰¹ Loi n°2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique

³⁰² C. Consum., art. L. 313-10.

prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnés à ceux-ci »³⁰³. Cela signifie qu'*a contrario*, les créanciers qui ont frauduleusement, fautivement³⁰⁴ accordé des concours au débiteur, se sont immiscés dans sa gestion ou ont pris en contrepartie de ces concours des sûretés disproportionnées peuvent voir leur responsabilité engagée³⁰⁵. Le texte, visant des créanciers ayant consenti des concours, est large puisqu'il vise tant les établissements de crédit que les cocontractants ayant accordé des délais de paiement au débiteur³⁰⁶. L'action en responsabilité exercée par le débiteur ou son représentant permet ainsi de ne pas faire peser sur l'ensemble des créanciers l'alourdissement du passif engendré par ce soutien abusif puisque la dette qui en résulte est prise en charge par le créancier fautif. L'atteinte à l'intangibilité du contrat n'est alors que plus juste, puisqu'elle ne s'applique qu'à des dettes saines.

125. Nullités de la période suspecte. Un autre outil permet, de manière plus dynamique, de sanctionner des actes frauduleux appauvrissant le débiteur : ce sont les nullités de la période suspecte, dont le régime est applicable dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaire³⁰⁷. La sanction de la nullité peut être appliquée à des actes passés par le débiteur durant la période (dite suspecte) s'inscrivant entre la date de cessation des paiements, établie par le tribunal de la procédure, et le jugement d'ouverture. Cette nullité est communément reconnue comme ayant pour objet de sanctionner la fraude du débiteur³⁰⁸. Mais la mauvaise foi du cocontractant est elle aussi bien évidemment présente : elle est raisonnablement présumée pour les actes frappés de nullité de droit³⁰⁹ et elle est requise pour les actes frappés de nullité facultative³¹⁰ et au final, c'est bien lui, et pas le débiteur, qui est avantagé par cet acte, et ce au détriment des autres créanciers. C'est pour cette raison que ces actes sont annulés, pour que notamment les atteintes portées au principe d'intangibilité soient plus légitimes : l'acte fondant un enrichissement illégitime des créanciers de mauvaise foi étant annulé, les autres créanciers ne supporteront pas les conséquences de cet acte.

126. Bilan comparatif. L'analyse comparée des instruments correctifs des actes frauduleusement accomplis par les créanciers et aggravant les difficultés du débiteur n'est pas aisée. Il faut néanmoins constater cette grande différence qui est celle de leur domaine : pour

³⁰³ V. F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 154 et s. ; J. MOURY, La responsabilité du fournisseur de crédit dans le marc de l'article L.650-1 du Code de commerce : D. 2006.1743

³⁰⁴ La remarque est importante car la Cour de cassation est assez stricte sur ce critère : il faut que le concours soit en lui-même fautif. V., en ce sens : Cass. Com. 27 mars 2012, n°10-20077 : D. 2012.870 obs. LIENHARD

³⁰⁵ Cette sanction est issue de la réforme de 2005 et se caractérise par son caractère restrictif, pour mettre fin à la sévérité du régime antérieur, qui pouvait conduire à condamner des créanciers sur le fondement de fautes qui n'étaient pas forcément évidentes. C'est pour cela que l'on peut dire aujourd'hui qu'est en place un régime ne sanctionnant véritablement que les créanciers de mauvaise foi.

³⁰⁶ Cass. Com., 16 octobre 2012, n°11-22.993 : Bull. civ. IV, n° 1003

³⁰⁷ V. articles L.632-1 à L.632-4 du Code de commerce, auxquels renvoie l'article L.641-14 du Code de commerce.

³⁰⁸ G. RIPERT et R. ROBLOT, par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, *Droit commercial*, tome 2, *Effets de commerce, banque, contrats commerciaux, procédures collectives* : LGDJ, 17^e éd., 2004, n°3107 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n°1023 ; A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n°493 ; *Adde* : L. SAUTONIE-LAGUIONIE, *La fraude paulienne*, thèse cit., n°411, qui démontre que la fraude fonde toute nullité des périodes suspectes en incluant aussi le domaine des atteintes à l'égalité des créanciers

³⁰⁹ C. Com., art. L.632-1 I. De par la nature de ces actes, le cocontractant ne peut ignorer qu'il constitue un acte d'appauvrissement et qu'il préjudicie les autres créanciers. V. L. SAUTONIE-LAGUIONIE, op. cit., n°411

³¹⁰ C. Com., art. L.632-2.

les particuliers, ces instruments sont indépendants de toute procédure d'insolvabilité alors qu'en matière professionnelle, ils ne peuvent jouer que dans le cadre d'une procédure collective. Si l'avantage du droit de la consommation est de permettre de faire jouer cette correction à tout moment et de manière préventive, son grand inconvénient est qu'aucun palliatif, mise à part peut-être l'action oblique, ne peut être envisagé, alors qu'en matière de procédures collectives, les actions pourront être mises en œuvre par de nombreuses personnes³¹¹. Le domaine de ces correctifs est également bien plus large en matière de procédures collectives, on ne se limite pas aux deux hypothèses qui ont pu être présentées en matière de droit de la consommation. Une telle comparaison fait prendre conscience de l'intérêt qu'aurait un régime des nullités des périodes suspectes³¹² en droit du surendettement.

§2 – Les difficultés abusivement causées par le débiteur

127. Différence de méthode des deux législations. Le débiteur peut parfois être le seul responsable de sa situation, à l'exclusion donc de tout comportement illégitime de ses cocontractants. Il apparaîtrait à cet égard inacceptable qu'un débiteur qui s'est, de manière inexcusable, retrouvé dans une situation d'insolvabilité grave bénéficie de mesures aussi importantes et préjudiciables pour les cocontractants que celles qui portent atteinte au principe d'intangibilité. Droit de la consommation et droit des entreprises en difficulté écartent de façon différente le débiteur du bénéfice de leurs mesures³¹³. Il faut là aussi aborder d'une part les solutions propres au droit de la consommation (A.) et d'autre part les solutions propres au droit des entreprises en difficulté (B.).

A. Les solutions propres au droit de la consommation

128. La bonne foi du débiteur, condition d'ouverture de la procédure de surendettement. L'article L.330-1 du Code de la consommation conditionne le bénéfice de la procédure de surendettement à la bonne foi du débiteur. Cette exigence de bonne foi se poursuit durant la procédure puisqu'une déchéance est possible en cas d'agissements condamnables du débiteur définis à l'article L.333-2 du Code de la consommation³¹⁴. S'il est vrai que cette condition « *rappelle l'image du "débiteur malheureux et de bonne foi" auquel était réservé, jadis, le bénéfice du concordat* »³¹⁵, elle est beaucoup plus souple, si bien qu'elle n'est pas loin de constituer aujourd'hui une coquille vide³¹⁶. Il faut en effet comprendre qu'il est très difficile et très rare que la mauvaise foi du débiteur propre à

³¹¹ On pense notamment à l'exercice de l'action en nullité de la période suspecte qui est ouverte au représentant du débiteur, au représentant des créanciers et au ministère public (art. L.632-4 C. com.)

³¹² Qui a cet avantage d'avoir des conditions plus souples que l'action paulienne. V. L. SAUTONIE-LAGUIONIE, *op. cit.*, n°412

³¹³ V. la comparaison effectuée par A. BENABENT : La question de la bonne foi dans les procédures collectives : *Gaz. Pal.* 26, 27 février 2003, p.37 et s.

³¹⁴ V. S. GJIDARA-DECAIX, *J.-Cl. conc. consom.*, V° Surendettement des particuliers, fasc. 1140, n°s 19 et s.

³¹⁵ P. PETEL, Surendettement des particuliers et difficultés des entreprises, art. cit. p.837, n°5

³¹⁶ En ce sens, A. BENABENT, art. cit. p.38 ; P. ANCEL, Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes, art cit. p.92 ; P.-L. CHATAIN DE FERRIERES, Surendettement des particuliers et des familles : la bonne foi à l'épreuve de la jurisprudence : *JCP E* 1992. I. 124

l'exclure de la procédure soit retenue. Cela est dû, d'abord, au fait que la Cour de cassation a, depuis 1991, posé que la bonne foi se présume³¹⁷ et pendant longtemps, seuls les créanciers pouvaient soulever la mauvaise foi³¹⁸. Aussi, la Cour de cassation se livre à un contrôle de la motivation qui restreint les motifs que peuvent invoquer les juges du fond pour caractériser la mauvaise foi du débiteur³¹⁹ : ainsi, le seul constat de l'imprévoyance du débiteur ne suffit-il pas à le considérer de mauvaise foi³²⁰. Enfin, un comportement de mauvaise foi peut avec le temps être excusé lorsque des efforts du débiteur sont constatés...³²¹. Il reste que certains comportements sont considérés de mauvaise foi, notamment l'incompatibilité des dépenses au train de vie³²², des déclarations mensongères³²³ ou encore des comportements déloyaux³²⁴. Il existe également un tel contrôle du comportement du débiteur en droit des entreprises en difficulté, mais il n'intervient qu'*a posteriori*.

B. Les solutions propres au droit des entreprises en difficulté

129. La mauvaise foi du débiteur, condition de la sanction dans les procédures collectives des entreprises. Si la fameuse évolution de la séparation de l'homme et de l'entreprise a conduit à ne plus considérer le débiteur en faillite comme une personne indésirable et malhonnête, le droit des entreprises en difficulté n'a pas moins conservé des mesures sanctionnant les débiteurs de mauvaise foi. La spécificité du but du droit des entreprises en difficulté empêche néanmoins de faire de la bonne foi du débiteur une condition d'ouverture de la procédure, tout simplement, et on se raccroche à la première idée, parce que l'homme et l'entreprise sont distincts, et parce que l'entreprise, du fait de la diversité des intérêts qui poignent derrière, nécessite des mesures de sauvetage³²⁵. C'est pour cette raison que la mauvaise foi du débiteur fait l'objet de sanctions particulières, indépendantes de la question de l'ouverture de la procédure collective³²⁶.

Pour ce qui est de l'étude des atteintes au principe d'intangibilité du contrat, c'est la responsabilité pour insuffisance d'actif et la reprise générale des poursuites par les créanciers qui nous intéressent. En effet, ces sanctions permettent de compenser l'interdiction de reprise

³¹⁷ Cass. Civ. 1^{re}, 4 avril 1991 : *Bull. civ.* I, n°124 ; *D.* 1992, I.R. p.151

³¹⁸ Cass. Civ. 13 juin 1995 : *D.* 1996, somm. p.79, note P.-L. CHATAIN DE FERRIERES, retenant que le juge n'avait pas le pouvoir de soulever d'office la mauvaise foi du débiteur. Depuis la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008, qui a inséré un article L.141-4 dans le Code de la consommation, le juge peut soulever d'office un tel élément. V., en ce sens, S. GJIDARA-DECAIX, *J.-Cl. conc. consom.*, V° Surendettement des particuliers, fasc. 1140, n°25

³¹⁹ En ce sens, P. ANCEL, Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes, art cit, p.92

³²⁰ Cass. Civ. 1^{re}, 14 mai 1992 : *RTD com.* 1992.864 obs. PAISANT

³²¹ V. l'arrêt, cité par A. BENABENT (art. cit., p.38), du 5 janvier 2000 considérant comme un effort pour alléger ses charges la rupture d'un concubinage par le débiteur !

³²² CA Paris, 13 janvier 2009 : *RPC* 2009 comm. 65, note S. GJIDARA-DECAIX

³²³ Cass. Crim. 13 janvier 2010 : *CCC* 2010 comm. 143, note G. RAYMOND

³²⁴ Cass. Civ. 2^e, 2 juillet 2009, n°08-16.392, inédit.

³²⁵ V. déjà en ce sens : F.-X. LUCAS, L'ouverture de la procédure collective : *LPA* 10 juin 2004, p. 4, n°26 ; G. WICKER, La légitimité de l'intérêt à agir, in *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux - Mélanges en l'honneur d'Yves Serra* : Dalloz, 2006, p. 473, n°25, note 72

³²⁶ Sur ces sanctions : F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n°s 1275 et s. et n°s 1476 et s. ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficultés*, op. cit. n°s 1250 et s. *Adde* : Ph. ROUSSEL GALLE, que reste-t-il du caractère sanctionnateur des procédures ? *RPC* 2012-3, dossier 17

des poursuites³²⁷ par l'obligation du débiteur de réparer l'insuffisance d'actif³²⁸ lorsqu'il était dirigeant de la personne morale liquidée ou par la reprise des poursuites des créanciers³²⁹ contre le débiteur entrepreneur individuel. Responsabilité pour insuffisance d'actif et reprise générale des poursuites trouvent toutes les deux un fondement moral : « *le débiteur n'est pas digne de la générosité légale* »³³⁰ car il a fraudé (art. L.643-11 IV. C. Com.), a commis des fautes de gestion (art. L.651-2 C. Com. ; renvoi à la faillite personnelle par l'art. L.643-11 III. 1° C. Com.) ou a déjà fait l'objet d'une faillite il y a moins de cinq ans (art. L.643-11 III., 3° C. Com.). Avec ces sanctions, on peut considérer que l'atteinte à l'intangibilité du contrat est finalement limitée voire exclue.

130. Bilan comparatif. La différence entre les procédures de surendettement et les procédures collectives des entreprises réside donc dans le moment où est appréciée la bonne foi du débiteur et, partant, sur les conséquences du constat de la mauvaise foi. En effet, la bonne foi étant une condition d'ouverture de la procédure de surendettement, le constat de la mauvaise foi empêche cette ouverture, ce qui a pour conséquence directe d'empêcher toute atteinte à l'intangibilité du contrat. En revanche, en matière de difficultés des entreprises, la mauvaise foi n'est prise en compte non pour ouvrir la procédure collective mais pour sanctionner un débiteur indigne, et indemniser les cocontractants qui ont dû subir les atteintes à l'intangibilité du contrat. Il peut alors être constaté que la mauvaise foi du débiteur constitue une véritable condition négative de la procédure de surendettement alors que c'est davantage un mécanisme de rééquilibrage et de sanction en droit des entreprises en difficulté. Cette différence s'explique très bien et est tout à fait fondée : l'entreprise, quel que soit le comportement de ses dirigeants, doit avant tout être sauvée et donc toujours pouvoir faire l'objet d'une procédure collective.

131. Conclusion du chapitre. Il résulte de l'étude des conditions de l'atteinte au principe d'intangibilité du contrat qu'une telle altération n'est possible que dans des cas dont le domaine est parfaitement circonscrit (avec des exigences précises quant à la nature et l'importance des difficultés du débiteur) et uniquement si le débiteur est légitime à en bénéficier. Il ne sera aussi porté atteinte à ce principe qu'une fois les contrats et créances illicites évincés. Un tel préalable était nécessaire pour appréhender le régime de l'atteinte à l'intangibilité du contrat.

³²⁷ Sur celle-ci, V. *infra*, n°155

³²⁸ C'est la responsabilité pour insuffisance d'actifs des articles L.651-1 et s.

³²⁹ C. Com., art. L.643-11 III., IV.

³³⁰ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n°1276

CHAPITRE 2.

Le régime de l'atteinte à l'intangibilité du contrat

132. Importance quantitative de l'atteinte. S'il a été montré que plus de précautions étaient prises lorsqu'il s'agissait de porter atteinte au principe d'intangibilité du contrat (prise en compte des degrés de difficulté du débiteur, sanction de la mauvaise foi plus dynamique), il ne faut pas en déduire que cette atteinte risque d'avoir un poids moindre que celle portée au principe d'irrévocabilité. En effet, elle est, au moins, égale. Cette opinion peut être avancée au vu des chiffres relatifs aux procédures collectives des entreprises : en 2012, sur 54094 procédures ouvertes, 1248 étaient des sauvegardes, 15548 des redressements et 34501 des liquidations³³¹. Quand on sait que ce sont ces deux derniers types de procédures qui portent le plus d'atteintes à l'intangibilité du contrat, on comprend que le domaine de cette atteinte est important. De même, alors qu'il n'existe pas de règles globales portant atteinte à l'irrévocabilité du contrat en droit du surendettement, ce dernier est très riche en atteintes au principe d'intangibilité. Les chiffres relatifs à ces procédures sont aussi très importants : en 2012, 60399 mesures recommandées ou imposées par la commission ont été homologuées, 67411 mesures de rétablissement personnel ont été prises³³². L'atteinte à l'intangibilité du contrat se manifeste donc dans tout type de contrat, pour tout public et en masse.

133. Importance qualitative de l'atteinte. Quel est le contenu exact de ces atteintes ? La connaissance du régime de cette atteinte permettra de mesurer ce qu'il reste du principe de l'intangibilité du contrat quand l'un des cocontractants fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité. Or, c'est bien cette atteinte-là qui fait le plus couler d'encre en termes d'atteintes à la force obligatoire, tant elle est forte. Il faut dire que ces atteintes interviennent à un moment où la situation du débiteur est très grave voire irrémédiablement compromise. Sauf à laisser le débiteur dans cette situation, seuls des délais, réduction d'intérêts, réduction ou effacements de dettes peuvent être envisagés pour mettre fin à cette situation. Quand on sait qu'en 1937, JOSSERAND considérait que le « roc » qu'était la force obligatoire du contrat était devenu « *sable mouvant* »³³³, on se demande quelle substance liquide, magmatique ou désagrégée lui servirait pour la qualifier aujourd'hui... Mais ceci est finalement peu intéressant : le droit positif est ainsi, et constater que le principe de la force obligatoire est affaibli n'aide guère à articuler ces notions et donner une image compréhensible et fidèle de la théorie générale du contrat. Il est pourtant nécessaire, au vu de l'importance quantitative et qualitative de l'atteinte au principe de l'intangibilité du contrat d'en rendre compte au niveau de la théorie générale du contrat dont un certain renouvellement permettrait de présenter le principe de la force obligatoire du contrat tel qu'il est aujourd'hui. Dans cette perspective, une

³³¹ Source : site du conseil national des greffiers des tribunaux de commerce (www.cngtc.fr), onglet observatoire statistiques

³³² Source : site de la banque de France (www.banque-France.fr), onglet missions, protection du consommateur, surendettement,

³³³ L. JOSSERAND, Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats : *RTD civ.* 1937, p. 1 et s., n°18, note 12

appréhension des atteintes à l'intangibilité du contrat par la théorie générale du contrat (section II) suivra l'étude de la nature des atteintes à l'intangibilité du contrat (section I).

Section I – La nature des atteintes à l'intangibilité du contrat

134. Discussion sur les distinctions envisageables. L'atteinte à l'intangibilité du contrat consiste en une atteinte au contenu de l'obligation contractuelle³³⁴. L'atteinte à ce principe se manifeste par le fait que l'obligation ne sera pas exécutée telle qu'elle avait été envisagée dans son contenu ou ses modalités d'exécution. On pourrait alors être tenté d'envisager cette atteinte sous deux aspects. D'une part, l'atteinte aux modalités d'exécution, qui consiste seulement à modifier la façon dont sera exécutée l'obligation sans que celle-ci soit touchée dans son contenu (l'exemple type est l'octroi de délais). D'autre part, l'atteinte affectant directement l'obligation en la réduisant ou en l'effaçant. Cette distinction apparaît néanmoins trop formelle, dans la mesure où toute atteinte aux prévisions des parties relatives à l'exécution de l'obligation a des conséquences financières et implique au final une réduction de la créance³³⁵. Pour mieux rendre compte de l'atteinte au principe d'intangibilité, ce qui permettra aussi d'opérer un rattachement plus évident avec la théorie générale du contrat, il semble plus opportun de distinguer les atteintes procédant d'un allègement des obligations du débiteur, qui constituent en quelque sorte une révision de l'obligation, et l'effacement total de l'obligation. Seront donc étudiées l'atteinte par l'allègement des obligations du débiteur (§1) puis l'atteinte par l'anéantissement des obligations du débiteur (§2).

§1 – L'atteinte par l'allègement des obligations du débiteur

135. Plan. Aucune classification particulière ne s'impose lorsqu'il s'agit d'envisager les différents cas d'allègement qui se rencontrent. Il semble néanmoins plus logique et plus clair de distinguer les allègements qui interviennent immédiatement à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité de ceux qui interviennent après la période d'observation, et qui sont plus variables. Il sera donc étudié dans un premier temps les allègements résultant de la période d'observation (A.) et ceux résultant des opérations de la procédure (B.). Ces mesures d'allègements peuvent se retrouver dans tout type de procédure, mais davantage dans celles où les difficultés du débiteur ne sont pas les plus graves.

A. Les allègements résultant de la période d'observation

136. Identité de méthode en droit du surendettement et droit des entreprises en difficulté. Il existe tant en droit du surendettement qu'en droit des entreprises en difficulté une période d'observation, période qui suit l'ouverture de la procédure et qui sert à analyser la situation du débiteur afin de prendre une décision sur le sort qu'il faudra lui réserver (plan,

³³⁴ V. *supra*, n°101

³³⁵ Déjà en ce sens : D. MAZEAUD, La réduction des obligations contractuelles : *Dr. & Patrimoine*, mars 1998, p.59 ; F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, n°968

liquidation...). Bien que le terme ne soit pas employé, contrairement au droit des entreprises en difficulté³³⁶, il existe bien une période de ce type en droit du surendettement³³⁷. On retrouve durant cette période les mêmes genres de mesures dans les deux types de procédures, mesures portant atteinte au principe d'intangibilité et qui prennent effet de plein droit³³⁸ du fait de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité : des mesures relatives aux intérêts des créances (1.) et des mesures relatives à l'exigibilité des créances (2.).

1. Les mesures relatives aux intérêts des créances

137. Incidence de l'arrêt du cours des intérêts sur le principe d'intangibilité. La législation des procédures collectives des entreprises et celle des procédures d'insolvabilité prévoient toutes deux, de manières néanmoins différentes³³⁹, l'arrêt du cours des intérêts pendant la période d'observation. Une telle mesure porte une atteinte flagrante au principe d'intangibilité du contrat. Cette atteinte est très forte tout d'abord pour les contrats prévoyant des paiements échelonnés avec des intérêts, que l'intérêt ait été conventionnellement convenu ou s'applique en vertu de la loi. Comme le relèvent des auteurs, « *la loi prive donc les établissements de crédit d'un droit de créance qu'ils puisent généralement dans la convention les liant à leurs débiteurs* »³⁴⁰. L'atteinte est aussi perceptible dans tout type de contrat, quant aux intérêts de retard : le contenu initial du contrat n'est pas respecté puisqu'il est dérogé aux conséquences qu'il emporte, les obligations qu'il fait naître étant modifiées et le retard n'étant pas sanctionné comme la loi le prévoit de manière supplétive.

138. L'arrêt du cours des intérêts pour le débiteur professionnel. En droit des entreprises en difficulté, l'arrêt du cours des intérêts intervient de plein droit au moment de l'ouverture de la procédure collective, l'article L.622-28³⁴¹ disposant que « *le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que tous intérêts de retard et majorations* ». Notons qu'en plus des intérêts, cette atteinte à l'intangibilité du contrat concerne aussi les majorations conventionnellement prévues. Une seule exception à ce texte est posée, ce sont les intérêts résultant des contrats de prêt conclus pour une durée de plus d'un an ou les paiements échelonnés sur plus d'un an, et ce pour favoriser le crédit³⁴².

139. L'arrêt du cours des intérêts pour le débiteur particulier. En matière de surendettement, l'arrêt du cours des intérêts opère de plein droit, mais simplement pour les créances visées par l'article L.331-6 du Code de la consommation, à savoir « *les créances figurant dans l'état du passif définitivement arrêté par la commission ou le juge* ». L'arrêt du

³³⁶ V. not. C. Com., art. L.620-1 alinéa 2 : « *La procédure de sauvegarde donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation...* »

³³⁷ Certains auteurs (V. VIGNEAU, G.-X. BOURIN, C. CARDINI, *Droit du surendettement des particuliers* : LexisNexis, coll. « Droit & professionnels », 2^e éd., 2012, n°249 et s.), la présentent comme « *la phase préparatoire commune aux procédures* » ; d'autres (F. FERRIERE et V. AVENA-ROBARDET, *Surendettement des particuliers*, *op. cit.*, p. 125 et s.), comme la période des « *travaux préparatoires* ».

³³⁸ P. ANCEL, *Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes*, art. cit., p. 92

³³⁹ V. *infra*, n°138-139

³⁴⁰ V. VIGNEAU, G.-X. BOURIN, C. CARDINI, *Droit du surendettement des particuliers*, *op. cit.*, n°293

³⁴¹ auquel font renvoi les articles L.631-14 (redressement judiciaire) et L.641-3 (liquidation judiciaire)

³⁴² F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n°636

cours des intérêts s'effectue ici, non de plein droit au jour du jugement d'ouverture, mais simplement une fois l'état du passif du débiteur arrêté par la commission ou le juge et uniquement à l'égard des dettes y figurant. La différence reste minime et l'atteinte identique.

2. Les mesures relatives à l'exigibilité des créances

140. Droit des entreprises en difficulté. C'est encore de plein droit en matière de procédures collectives des entreprises que l'exigibilité des créances est mise entre parenthèses, du fait de l'ouverture de la procédure. En effet, l'article L.622-21 I. du Code de commerce dispose que « *Le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers* » (sauf les créances postérieures de l'articles L.622-17 I), tendant soit à la condamnation du débiteur pour défaut de paiement d'une somme d'argent, soit à demander la résolution pour inexécution pour défaut de paiement de somme d'argent. Cette règle a un corollaire important à l'article L.622-7 qui interdit au débiteur le paiement de toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture. Bien que contre toute logique, et peut-être à cause d'une erreur dans la conception de la notion de « paiement », les textes ne coïncident pas, ces restrictions ne touchent pas les obligations n'ayant pas pour objet une somme d'argent³⁴³. Il reste que la jurisprudence est peu claire sur ce sujet³⁴⁴. Ces dispositions en tout cas ont pour conséquence d'empêcher le paiement d'obligations exigibles. Le droit du créancier à l'exécution de l'obligation est pourtant une conséquence du principe de la force obligatoire du contrat, et c'est porter atteinte à l'intangibilité du contrat que de permettre que le paiement d'une obligation n'intervienne pas à la date prévue.

141. Droit du surendettement. Cette atteinte est moins clairement établie en matière de surendettement, même si elle est tout autant effective. En effet, si, comme en droit des entreprises en difficulté³⁴⁵, sont suspendues ou interdites les procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur³⁴⁶, c'est autre chose, et certains auteurs semblent le confondre³⁴⁷, qu'interdire, comme le fait l'article L.622-21, d'agir en justice pour condamner au paiement d'une obligation. Or, aucune interdiction de ce genre n'est posée dans le Code de la consommation. Ce qui peut sembler comme un oubli est compensé par l'existence d'une interdiction pour le débiteur de payer tout ou partie des créances autres qu'alimentaires³⁴⁸. On a donc, en droit du surendettement, comme en droit des entreprises en difficulté, une disposition empêchant le paiement d'une obligation comme l'exigerait le principe de la force obligatoire. Le principe d'intangibilité du contrat est donc atteint dès l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ; les dérogations s'intensifient avec les opérations de la procédure.

³⁴³ Alors que le principe d'interdiction des paiements et les termes de l'article L.622-7 semblent interdire tout paiement

³⁴⁴ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n°614 et s.

³⁴⁵ C. Com., art. L.621-22 ; V. F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n°618 et s.

³⁴⁶ C. Consom., art. L.331-3-1 alinéa 1^{er}.

³⁴⁷ V. VIGNEAU, G.-X. BOURIN, C. CARDINI, *Droit du surendettement des particuliers*, op. cit., n°317, qui comparent l'article L.331-3-1 du Code de la consommation interdisant les **procédures d'exécution** à l'article L. 622-21 du Code de commerce qui interdit les **actions en justice** aux créanciers.

³⁴⁸ C. Consom., art. L.331-3-1 alinéa 2. V. V. VIGNEAU, G.-X. BOURIN, C. CARDINI, op. cit., n°s 365 et s.

B. Les allègements résultant des opérations de la procédure

142. Choix de la présentation. Une fois la situation du débiteur analysée, le tribunal de la procédure d'insolvabilité doit orienter le débiteur et prendre les mesures qui s'imposent. En droit des entreprises en difficulté, on parle de plan ; en droit du surendettement, cette notion n'est pas employée³⁴⁹, et ce n'est d'ailleurs qu'à ce moment là que le débiteur fait l'objet d'une procédure spécialement nommée : durant la phase d'observation, des effets de droit se produisent³⁵⁰, mais il n'y a pas de procédure ouverte à proprement parler. Au vu des différences qu'il existe à ce niveau entre les deux législations, notamment dues à l'absence de caractère collectif parfait de la procédure de surendettement, une étude distincte de celles-là s'impose : les allègements dans les procédures collectives des entreprises (1.) seront donc présentés avant les allègements dans les procédures de surendettement des particuliers (2.)

1. Dans les procédures collectives des entreprises : les plans

143. Principales atteintes. L'atteinte au principe d'intangibilité dans l'élaboration des plans s'observe notamment dans l'imposition de délais uniformes de paiement (a.) et dans l'imposition de remises partielles de dette (b.).

a. L'imposition de délais uniformes de paiement

144. Atteinte substantielle. Dans le cadre d'un plan conventionnel de sauvegarde ou de redressement, les créanciers peuvent accorder des délais de paiement au débiteur. Mais cette faveur, résultant de la volonté du cocontractant, ne peut être qualifiée d'atteinte à l'intangibilité du contrat. C'est en revanche le cas lorsque, dans un plan, le juge impose des délais uniformes de paiement³⁵¹. Il faut bien avoir à l'esprit que l'imposition de délais a quelque chose de plus fort que l'interdiction des poursuites de la période d'observation³⁵² : elle affecte la nature même de la dette³⁵³. Alors que l'interdiction des poursuites et l'interdiction des paiements ne concernent que l'exercice d'une action, l'imposition de délais concerne l'exigibilité même de la dette. La conséquence est que contrairement à la première mesure, la dette, n'étant exigible, ne fait pas courir d'intérêts de retard³⁵⁴ ; aussi, l'imposition des délais a cet avantage, en ne rendant pas exigible la dette, d'empêcher le créancier de faire jouer l'exception d'inexécution ou d'agir en résolution pour inexécution³⁵⁵. La créance qui résulte du contrat est véritablement affectée, réduite, car son exécution ne peut être demandée le jour contractuellement prévu, et aucune conséquence de ce retard n'est compensée pour le

³⁴⁹ Par la loi, en tout cas. En doctrine, V. V. VIGNEAU, G.-X. BOURIN, C. CARDINI, *Droit du surendettement des particuliers* : LexisNexis, coll. « Droit & professionnels », 2^e éd., 2012, n°446 qui parlent de « plan de désendettement ».

³⁵⁰ V. *supra*, n°136 et s.

³⁵¹ C. Com., art. L.628-18 al. 4, qui vise les créanciers récalcitrants, c'est-à-dire qui n'ont pas voulu accorder de délais ou de remises au débiteur dans le cadre du plan. V. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n°914

³⁵² V. *supra*, n°140

³⁵³ Déjà en ce sens : P. ANCEL, *Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes*, art. cit., p. 94

³⁵⁴ La comparaison n'a néanmoins pas une grande portée ici puisque même durant la période d'observation où seules les poursuites sont interrompues, le cours des intérêts est arrêté. V. *supra*, n°138

³⁵⁵ Là aussi, la différence est atténuée par les dispositions du régime des contrats en cours et l'interdiction d'agir en résolution du contrat. V. *supra*, n°67

créancier. On voit combien la distinction entre remise de délais et remise de dettes est proche³⁵⁶. Tout cela conduit à penser que l'imposition de délais, qui affecte la créance au fond et modifie les prévisions contractuelles, constitue une véritable atteinte à l'intangibilité du contrat. Un contrat devait être exécuté à telle date, et une modalité, un terme a été ajouté sans l'accord du créancier, sa créance étant alors substantiellement modifiée.

b. Les remises partielles de dette

145. Caractère facultatif de l'atteinte. Il n'existe pas à proprement parler de possibilité pour le juge, dans le cadre des plans, d'imposer un allègement de l'obligation par des remises partielles de dettes. Néanmoins, les créanciers à qui est imposé le respect des délais uniformes de paiement peuvent, en vertu de l'article L.626-19 du Code de commerce, choisir d'être payés dans délais plus brefs mais voir en contrepartie leur dette réduite proportionnellement. On ne peut pas dire pour autant qu'on est en présence d'une remise de dette, consentie par le cocontractant. Celui-ci ne fait qu'un choix entre deux atteintes au principe d'intangibilité qui lui sont proposées : voir sa créance affectée d'un terme, ou voir sa créance réduite. Le droit du surendettement est plus riche en mesures d'allègements.

2. Dans les procédures de surendettement des particuliers

146. Mesures imposées et recommandées par la commission de surendettement. Si aucune conciliation n'est possible, l'article L.331-7 du Code de la consommation, prévoit, dans le cadre de la procédure de traitement ordinaire du surendettement, que la commission de surendettement impose un certain nombre de mesures aux créanciers. Ces mesures, qui seront envisagées dans un premier temps, sont des mesures indirectes d'allègement de l'obligation (a.). Il en est d'autres beaucoup plus rigoureuses que la commission peut seulement recommander, c'est-à-dire proposer à l'homologation du juge. Ces mesures, envisagées dans un second temps, sont des mesures directes d'allègement de l'obligation (b.).

a. Les mesures indirectes d'allègement de l'obligation

147. Mesures imposées par la commission de surendettement. Depuis la loi Lagarde du 1^{er} juillet 2010³⁵⁷, la commission peut directement imposer aux créanciers certaines mesures qui devront être respectées. Ces mesures sont énumérées à l'article L.331-7 du Code de la consommation³⁵⁸ et portent toutes atteinte au principe d'intangibilité du contrat.

148. Rééchelonnements et suspensions d'exigibilité. En vertu des articles L.331-7 1^o et L.331-7 4^o, la commission de surendettement peut imposer des rééchelonnements et des suspensions d'exigibilité des dettes du débiteur. Pour ce qui est du rééchelonnement, celui-ci peut s'étendre sur une durée de huit ans maximum ou, s'il s'agit d'un emprunt en cours, la

³⁵⁶ D. MAZEAUD, La réduction des obligations contractuelles : *Dr. & Patrimoine*, mars 1998, p.66

³⁵⁷ Loi n°2010-737 du 1^{er} juillet 2010

³⁵⁸ Pour une présentation simple et complète : N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Les contrats de consommation, règles communes, op. cit.*, n^{os} 871 et s.

moitié de la durée restant à courir³⁵⁹. Le même article précise que ces dettes peuvent en même temps être différées. Pour ce qui est de la suspension de l'exigibilité des créances, celle-ci peut aller jusqu'à deux ans, et elle est en principe accompagnée de la suspension du cours des intérêts³⁶⁰. Force est de reconnaître que les délais de rééchelonnements et de suspension sont très importants. Inutile d'insister sur l'atteinte à l'intangibilité du contrat que porte une telle mesure³⁶¹ qui peut transformer le paiement immédiat d'une obligation pure et simple en paiement à la fois différé et échelonné sur une durée qui peut être de huit ans, voire plus, et de surcroît ne pas être exigible pendant deux ans.

149. Réduction du taux de l'intérêt. Selon l'article L.331-7 3°, la commission peut aussi « *Prescrire que les sommes correspondant aux échéances reportées ou rééchelonnées porteront intérêt à un taux réduit qui peut être inférieur au taux de l'intérêt légal sur décision spéciale et motivée et si la situation du débiteur l'exige* ». Il y est rajouté que le taux ne peut jamais dépasser le taux légal. Cette dernière précision, de portée générale, est une atteinte directe à l'intangibilité du contrat en ce qu'elle réduit à néant les prévisions contractuelles qui pouvaient avoir introduit un taux d'intérêt conventionnel supérieur au taux légal. Pour ce qui est de la réduction du taux d'intérêt, le constat est le même : on modifie la prévision des parties, on modifie la norme contractuelle, ce qui constitue une atteinte à l'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil. Et comme le relève Madame SAUPHANOR-BROUILLAUD, « *l'altération de la force obligatoire des contrats (...) est d'autant plus importante que l'allègement de cette dette d'intérêts peut aller jusqu'à son effacement* »³⁶².

150. La modification des règles d'imputation des paiements. Au titre des mesures indirectes mais bien réelles d'allègement de l'obligation que peut imposer la commission, il faut enfin citer l'imputation des paiements qui peut se faire sur le capital en vertu de l'article L.331-7 2° du Code de la consommation. Il peut être soutenu que cette règle constitue une atteinte au principe d'intangibilité du contrat dans la mesure où la loi du contrat est celle des parties, et à défaut, celle des dispositions supplétives du Code civil. Or, l'article 1254 décidant que le paiement partiel d'une dette productrice d'intérêts s'impute en priorité sur les intérêts, cette règle du droit du surendettement qui va à son encontre perturbe la loi originelle du contrat et porte atteinte à l'intangibilité du contrat.

b. Les mesures directes d'allègement de l'obligation

151. Mesures recommandées par la commission de surendettement et homologuées par le juge. L'article L.331-7-1 donne une liste de mesures particulièrement fortes dont

³⁵⁹ C. Consom., art. L.331-7 1°

³⁶⁰ C. Consom., art. L.331-7 4°

³⁶¹ V. B. GRIMONPREZ, *De l'exigibilité en droit des contrats*, thèse Poitiers : Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 2006, n°19 et n°429, cité par N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Les contrats de consommation, règles communes, op. cit.*, n°875 qui voit dans ses dettes qui « *ne recouvreront jamais leur exigibilité initiale* » une « *perturbation dans l'exigibilité dans le contrat* », « *manifestation éclatante (...) d'une entorse à la conception traditionnelle de la force obligatoire du contrat* ».

³⁶² N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Les contrats de consommation, règles communes, op. cit.*, n°877

la commission de surendettement peut faire la recommandation, recommandation que le juge homologue.

152. Réduction du montant de la dette d'emprunt immobilier et effacement partiel de dette. L'article L.331-7-1 1° prévoit une réduction de dette dans un cas particulier : en cas de vente forcée d'un bien immobilier, s'il reste malgré la vente un montant dû à l'établissement de crédit ayant fourni les sommes nécessaires à l'acquisition de ce bien, celui-ci peut faire l'objet d'une réduction dans des proportions qui permettent, s'il y a un échelonnement, au débiteur de vivre convenablement. Il s'agit ici d'un véritable effacement partiel de dette incontestablement et fortement dérogoire au principe d'intangibilité du contrat. L'article L.331-7-1 2° permet quant à lui à la commission de recommander « *l'effacement partiel de toute dette* », expression qui nous dispense de toute remarque supplémentaire sur l'atteinte à l'intangibilité du contrat et nous conduit à envisager l'anéantissement des obligations du débiteur.

§2 – L'atteinte par l'anéantissement des obligations du débiteur

153. Différence de mots ou différence de fond ? L'atteinte visée ici sous le mot générique « anéantissement », au sens de « réduire à néant », est celle, présente dans les procédures collectives des entreprises et de surendettement, qui consiste à effacer le passif du débiteur soumis à la procédure. Comment, techniquement, se manifeste ce « droit à un nouveau départ », cet apurement de passif ? A suivre les textes, et notamment le vocable qui y est employé, droit des entreprises en difficulté et droit du surendettement utiliseraient *a priori* des techniques différentes, l'une consistant à, sans toucher à la dette elle-même, mettre fin au droit de poursuite des créanciers, l'autre consistant à « effacer » purement et simplement la dette. Il sera constaté que les différences sont en réalité minces. Montrons-le en étudiant successivement l'anéantissement des obligations du débiteur en droit des entreprises en difficulté, simple extinction des poursuites (A.) et l'anéantissement des obligations du débiteur en droit du surendettement qui est présenté comme un effacement de dette (B.).

A. L'anéantissement des obligations du débiteur en droit des entreprises en difficulté : une simple extinction des poursuites

154. Conséquences de la seule extinction des poursuites. « *En droit des entreprises en difficulté, les créances ne disparaissent que rarement à tout jamais...* »³⁶³. La remarque du Professeur MONSERIE-BON est très juste. Il faut dire que les textes ne déclarent pas, en droit des entreprises en difficulté, les dettes éteintes. Seul le droit de poursuite des créanciers est éteint. La loi en tire des conséquences aussi justes que logiques : la dette n'étant pas éteinte, s'il n'est plus possible de poursuivre le créancier, il est encore possible de poursuivre les

³⁶³ M.-H. MONSERIE-BON, L'effacement des dettes dans le droit des entreprises en difficulté : *Dr. & Patrimoine*, septembre 2009, p.69

garants. L'extinction du droit de poursuite contre le débiteur (1.) se double donc de la survie du droit de poursuite contre les garants (2.).

1. L'extinction du droit de poursuite contre le débiteur

155. La clôture pour insuffisance d'actif. Fruit d'une innovation mise en œuvre par la loi du 25 janvier 1985, et objet de moult controverses, la clôture pour insuffisance d'actif intervient uniquement dans la procédure de liquidation judiciaire, lorsque la procédure doit être close, faute d'actifs suffisants pour désintéresser les créanciers³⁶⁴. L'article L. 643-11 I. du Code de commerce dispose en effet que « *Le jugement de clôture de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur...* ». Ce n'est donc pas une extinction de dette qui est prévue, mais la paralysie des actions des créanciers. Il s'agit d'un mécanisme visant « *la neutralisation des droits conférés au créancier et non pas en amont la disparition de la créance* »³⁶⁵. Cette interdiction de reprise des poursuites s'applique à toutes les dettes du débiteur, sauf exceptions mentionnées aux I., II., III. et IV. de l'article L.643-11 du Code de commerce³⁶⁶. S'il n'y a pas à proprement parler d'effacement de la dette, il n'en reste pas moins que la conséquence dans les rapports entre les créanciers et le débiteur est d'une importance capitale : plus aucune poursuite n'est possible, le droit au paiement des créanciers disparaît. C'est évidemment une atteinte grave au principe d'intangibilité du contrat, celui-ci donnant naissance à des obligations qui finalement ne seront pas exécutées, et ce de manière licite³⁶⁷.

156. Incidences de la clôture sur les contrats. Au titre des particularités de l'interdiction des poursuites par rapport à l'effacement de dettes, certains auteurs soulignent que la dette n'étant pas affectée, le débiteur se trouve dans une situation d'inexécution qui permet au créancier de l'invoquer pour soulever l'exception d'inexécution ou même résoudre le contrat³⁶⁸. Deux remarques doivent être faites pour atténuer cette particularité : d'abord, il n'est pas évident techniquement qu'un contrat disparaisse du fait de la disparition des obligations d'une partie ; inversement, un contrat peut avoir pris fin alors que des obligations n'ont pas encore été exécutées. Aussi, en matière de liquidation judiciaire, le régime des contrats en cours a pour principe de maintenir les contrats, mais ils ne sont continués que si le liquidateur le décide et ce, si le débiteur est en mesure d'exécuter le contrat continué³⁶⁹. Or, en cas de liquidation judiciaire d'un débiteur dont la situation est désespérée, celui-ci n'a en principe pas les moyens de continuer les contrats, lesquels sont donc révoqués. On voit donc bien comment contrat et dettes peuvent être distincts et surtout qu'il n'est pas nécessaire que les dettes soient effacées pour que le contrat soit anéanti. La clôture n'a en effet pas d'incidence sur les contrats car mécaniquement, ils sont déjà éteints.

³⁶⁴ C. Com., art. L.643-9 ; C. Com., art. L.643-11

³⁶⁵ M.-H. MONSERIE-BON, L'effacement des dettes dans le droit des entreprises en difficulté, art. cit., p.66

³⁶⁶ Sur les exceptions liées au mauvais comportement du débiteur : V. *supra*, n°129

³⁶⁷ Comp. C. CHABAS, *L'inexécution licite du contrat*, thèse : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 380, 2002.

³⁶⁸ J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Traité de droit civil – Le régime des créances et des dettes*, op. cit. n°1290

³⁶⁹ C. Com., art. L. 641-11-1 II.

157. Forclusion pour défaut de déclaration de créance. Un autre cas d'interdiction des poursuites doit être signalé : celui intervenant en cas d'absence de déclaration des créances de la part d'un créancier³⁷⁰. Or, depuis la réforme du 26 juillet 2005, l'absence de déclaration n'entraîne plus l'extinction de la créance mais l'inopposabilité de la créance à la procédure. On est dans une situation proche de celle de la clôture pour insuffisance d'actif : le droit du créancier à demander le paiement de sa créance est anéanti³⁷¹, bien que la créance existe toujours³⁷². Ceci n'est pas sans conséquences pour les garants.

2. La survie du droit de poursuite contre les garants

158. Interdiction des poursuites des créanciers (clôture pour insuffisance d'actif). Le fait que la dette ne soit pas effacée a cette conséquence tout à fait logique que les engagements des garants qui y sont attachés subsistent. L'interdiction des poursuites n'affecte pas la dette en elle-même mais le rapport entre les créanciers et le débiteur. Le « *fond du droit* » n'étant pas, contrairement au « *droit à l'exécution forcée* »³⁷³, touché, l'obligation de la caution qui y est accessoire subsiste. Ainsi, la clôture de la procédure pour insuffisance d'actif ne fait pas perdre aux créanciers leur droit de poursuite à l'encontre de la caution. La sauvegarde de la force obligatoire du contrat, accessoire, de cautionnement permet ainsi d'atténuer les conséquences de l'atteinte à l'intangibilité du contrat principal. Cette solution résulte au départ d'un arrêt très clair de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 8 juin 1993³⁷⁴, et elle a été implicitement confirmée par la loi du 10 juin 1994 reconnaissant à l'article 169³⁷⁵ le droit de la caution ou du coobligé qui a payé à la place du débiteur d'exercer un recours contre ce dernier.

159. Recours de la caution. La caution peut donc être poursuivie par les créanciers, mais l'article L.643-11 II. lui octroie un droit de recours après paiement contre le débiteur. Bien que des auteurs aient soutenu que seul le recours personnel était envisageable³⁷⁶, la Cour de cassation, a, à raison³⁷⁷, dans un arrêt du 12 mai 2009, considéré que le recours subrogatoire était aussi envisageable, solution qui avait déjà été préconisée par un illustre

³⁷⁰ C. Com., art. L.622-26

³⁷¹ Ce qui, depuis un récent arrêt du 22 mai 2013, n'est pas considéré comme inconstitutionnel : Com. 22 mai 2013, n°14-40.008 (n°584 F-D-QPC) : D.2013.1269

³⁷² Il faut signaler que la solution n'est pas aussi évidente en cas de clôture pour insuffisance d'actif, certains auteurs considérant que les créanciers n'ayant pas déclaré leur créance peuvent poursuivre le débiteur après une clôture pour insuffisance d'actifs. Pour une présentation de cette thèse, et sa critique, V. F. PEROCHON et Ph. ROUSSEL GALLE, Controverse amicale sur la non reprise des poursuites après clôture de la liquidation judiciaire pour extinction du passif, *in Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot* : Dalloz : Lexis Nexis, 2010, p.559

³⁷³ P. ANCEL, Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes : *Dr. & Patrimoine*, mai 1998, p.97

³⁷⁴ Cass. Com., 8 juin 1993 : *Bull. civ.*, IV, n°230 : « *si, en application de l'article 169 de la loi du 25 janvier 1985, les créanciers ne recouvrent pas l'exercice individuel de leur action contre le débiteur dont la liquidation judiciaire a fait l'objet d'une clôture pour insuffisance d'actif, ils conservent, la dette n'étant pas éteinte, le droit de poursuite à l'encontre de la caution du débiteur* ».

³⁷⁵ Aujourd'hui, article L.643-11 II du Code de commerce

³⁷⁶ E. BROCARD, *La loi n°94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises* : *ALD.*, 1994, comm. lég. p.169 ; Ph. SIMLER, *Cautionnement – garanties autonomes – garanties indemnitaires*, *op. cit.*, n°578 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Traité de droit civil, op. cit.*, n°1292.

³⁷⁷ V. N. MARTIAL-BRAZ, Les recours de la caution au cœur de la tempête ! *D.* 2013 p.935 et s.

auteur³⁷⁸. Il reste que ce recours risque fortement d'être illusoire³⁷⁹, au vu de la situation du débiteur, sauf si celui-ci voit sa situation améliorée avant l'écoulement du délai de prescription. Faudrait-il supprimer pour autant ce recours de la caution ? Cette question, éminemment politique, est très délicate : allant à l'encontre de la nature et du but du contrat de cautionnement, elle ne trouverait pas forcément de logique et de fondement satisfaisant quand on sait que les cautions sont souvent des personnes physiques, non professionnelles et que leur intérêt est aussi digne de protection que celui d'un débiteur en faillite.

160. Forclusion pour défaut de déclaration de créance. Depuis que la loi du 26 juillet 2005 a transformé la sanction du défaut de déclaration des créances (inopposabilité de la créance à la procédure et non plus extinction de la créance)³⁸⁰, il est évident que le créancier peut poursuivre la caution malgré ce défaut de déclaration. Cette nouvelle disposition met fin à la controverse portant sur la question de savoir si la caution peut, en vertu de l'article 2306, demander d'être déchargée à cause de la négligence du créancier lui empêchant d'exercer un recours subrogatoire³⁸¹.

L'étude de l'effacement de la dette, sémantiquement différente, va montrer que les solutions sont quasiment identiques en matière de surendettement.

B. L'anéantissement des obligations du débiteur en droit du surendettement : un effacement de la dette³⁸²

161. Effet sur la dette et sur le contrat. Avant d'être introduite par la loi du 29 juillet 1998³⁸³, la notion « d'effacement de dette » était absente du droit positif. Il n'existe aucune définition légale, d'où l'importance d'en dégager le contenu exact pour savoir exactement quelle incidence a cet effacement sur la dette. Aussi, dans la mesure où il n'existe pas de régime des contrats en cours et de dispositions relatives à l'anéantissement du contrat, il apparaît intéressant de s'interroger sur ce qu'il advient du contrat une fois la dette effacée. L'étude des effets de l'effacement sur les dettes (1.) sera donc suivie de celle des effets de l'effacement sur les contrats (2.).

1. Les effets de l'effacement sur les dettes

162. Plan. Comme pour le droit des entreprises en difficulté, il est nécessaire d'étudier les effets de l'effacement à l'égard du débiteur (a.) et à l'égard des garants (b.), étude qui permettra de montrer la proximité des deux législations.

³⁷⁸ F. PEROCHON (et R. BONHOMME), *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement* : LGDJ, 7^e éd., 2006, n°503, cité par N. MARTIAL-BRAZ, Les recours de la caution au cœur de la tempête !, art. cit., n°15

³⁷⁹ En ce sens : P. ANCEL, art. cit., p.98

³⁸⁰ C. Com., art. L.622-26. V. *supra*, n°160

³⁸¹ Sur celle-ci, et l'arrêt de la Cour de cassation du 12 juillet 2011 (Cass. Com. 12 juillet 2011, n°09-71.113) rejetant une telle demande d'une caution, V. N. MARTIAL-BRAZ, Les recours de la caution au cœur de la tempête !, art. cit., n°5 et s.

³⁸² Il faut noter qu'il existe un autre type d'atteinte en droit du surendettement qui est le relevé de forclusion en cas de défaut de déclaration des créances (C. Consom., art. L.332-7). La sanction n'étant pas différente de celle du droit des entreprises en difficultés (V. *supra*, n°160), aucun développement n'y sera consacré. Cf. F. MACORIG-VENIER, L'effacement des dettes dans le droit du surendettement, art. cit., p.61 et s.

³⁸³ Loi n°98-657 du 29 juillet 1998

a. A l'égard du débiteur

163. Rétablissement personnel. Introduite par la loi du 1^{er} août 2003³⁸⁴, la procédure de rétablissement personnel s'apparente à la procédure de liquidation judiciaire : il s'agit de vendre les biens d'une personne dont la situation est irrémédiablement compromise afin d'apurer son passif. Néanmoins, depuis la loi du 1^{er} juillet 2010³⁸⁵, il existe une procédure de rétablissement personnel sans liquidation judiciaire, applicable aux personnes n'ayant aucun bien appréciable en argent, qui se déroule sous l'autorité de la commission de surendettement (et non du juge) et qui a pour seule finalité d'effacer les dettes du débiteur. Quoi qu'il en soit, qu'il s'agisse du rétablissement sans liquidation judiciaire, ou du rétablissement avec liquidation mais faisant apparaître un passif plus lourd que l'actif, le résultat final est l'apurement des dettes restantes. Les articles L.332-5 et L.332-9 posent « *l'effacement de toutes les dettes non professionnelles du débiteur* », à l'exception de certaines d'entre elles (notamment de réparation d'un préjudice corporel, amendes et dettes alimentaires). Cet effacement s'oppose à tous les créanciers, même ceux qui n'auraient pas été signalés par le débiteur en l'absence d'opposition à la décision deux mois après sa publication³⁸⁶.

164. Doutes sur la nature juridique. Il n'est pas évident de définir cet « effacement de dette ». Comme ont pu le relever des auteurs³⁸⁷, cette notion n'est pas une remise de dette, faute d'accord des créanciers ; elle ne recouvre pas non plus une hypothèse de sanction des créanciers. Les auteurs avancent à raison nous semble-t-il que l'effacement ne concernerait que le droit de poursuite et « *ne traduirait de cette façon qu'une atteinte limitée au vinculum juris* »³⁸⁸. On peut aisément affirmer que cet effacement, qui dans tous les cas, interdit au créancier de demander le paiement au débiteur, n'en reste pas moins une atteinte importante au principe d'intangibilité du contrat. Affirmer cependant que ce n'est en réalité pas la dette qui est vraiment effacée, mais le lien de droit a des conséquences importantes à l'égard des garants. Leur étude permettra de se convaincre de la véritable nature de l'effacement.

b. A l'égard des garants

165. Ambiguïté de la loi. L'effacement d'une dette devrait impliquer l'absence de recours contre le garant. C'est bien ce qu'exprimait un auteur en expliquant que la nuance entre effacement et arrêt des poursuites est « *notable car cela va permettre au créancier (en droit des entreprises en difficulté) d'agir contre la ou les cautions s'il y en a* »³⁸⁹. En effet, c'est une tautologie que dire que l'effacement de la dette concerne la dette elle-même. Mais la remarque est importante, car si on envisage les obligations de la caution, il faut remarquer que cette dernière a normalement le droit d'opposer non les exceptions personnelles au débiteur

³⁸⁴ Loi n° 2003-710 du 1 août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine

³⁸⁵ Loi n°2010-737 portant réforme du crédit à la consommation

³⁸⁶ C. Consum., art. L.332-5 al. 3

³⁸⁷ J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Traité de droit civil, op. cit.*, n°1294.

³⁸⁸ J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Traité de droit civil, op. cit., eod. loc.*

³⁸⁹ M.-J. CAMPANA, L'effacement des dettes : *Gaz. Pal.*, 26, 27 février 2003, p.45

mais les obligations inhérentes à la dette³⁹⁰. Or, l'effacement d'une dette devrait constituer une exception opposable au créancier par la caution. Il ne semble pas qu'il en ait été décidé ainsi par le législateur consumériste.

Il faut néanmoins souligner l'ambiguïté des textes et le désaccord que cela suscite en doctrine. D'un côté, comme il a été dit, le droit du surendettement décide de l'effacement de la dette du débiteur. D'un autre, l'article L.332-5 alinéa 2 du Code de la consommation énonce que les créances payées en lieu et place du débiteur par la caution ou le coobligé personne physique échappent à l'effacement. Cette seconde disposition ruine en partie à notre sens le contenu de la première, ou du moins fait apparaître une contradiction. En effet, comment admettre qu'un garant puisse agir contre un débiteur dont la dette a été effacée ? Le droit du cautionnement implique en effet que le paiement de la dette cautionnée fasse naître une créance chez la caution envers le débiteur. Que cette créance naisse avant ou après la décision d'effacement, l'article L.332-5 alinéa 2 ne distingue pas et donne au créancier malgré tout un recours à la caution. Il semble bien que cette contradiction fasse apparaître le caractère maladroit et erroné de l'expression « effacement de dette » : le texte énonce que la caution échappe à l'effacement de dette, mais la réalité est, semble-t-il, qu'il n'y a pas d'effacement de dette, mais simplement, comme en droit des entreprises en difficulté, une simple paralysie, interdiction des actions des créanciers³⁹¹. Il en résulterait, et c'est ce qui ressort implicitement de l'article L.332-5 alinéa 2³⁹² que le créancier puisse à tout moment, c'est-à-dire avant ou après « l'effacement » agir contre la caution³⁹³.

2. Les effets de l'effacement sur les contrats

166. Vicissitudes de l'absence de prévisions textuelles. Une remarque rapide doit être faite sur l'absence de dispositions relatives à l'anéantissement des contrats du débiteur faisant l'objet d'un rétablissement personnel et ses conséquences. En droit des entreprises en difficulté, le régime des contrats en cours prévoit l'anéantissement des contrats dont l'exécution est impossible³⁹⁴ ; les contrats du débiteur faisant l'objet d'une liquidation judiciaire, mécaniquement et inexorablement, prennent fin rapidement après l'ouverture de cette procédure, notamment quand la situation est irrémédiablement compromise et qu'aucune cession n'est envisageable³⁹⁵. L'absence de régime des contrats en cours pour les particuliers empêche qu'un phénomène aussi commode se produise. Il en résulte que c'est selon le droit commun que les contrats devraient être anéantis, et donc par la voie de la résolution pour inexécution, laquelle inexécution est constatée par l'effacement de dette³⁹⁶. Or, la résolution implique des restitutions, ce qui perturbe la logique de la liquidation opérée par le

³⁹⁰ V. Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière* : Dalloz, coll. « Précis », 6^e éd., 2012, n°48

³⁹¹ En ce sens : N. MARTIAL-BRAZ, Les recours de la caution au cœur de la tempête, art. cit. n°15, note 24

³⁹² De la même manière que des conséquences implicites doivent être tirées de l'art. L.643-11 II C. Com. V. *supra*, n°158

³⁹³ En ce sens : N. MARTIAL-BRAZ, art. cit., *eod loc.* ; M. BOURASSIN, Sûretés et surendettement des particuliers : *LPA* 10 oct. 2012, p. 4, n°s 76 et 77 ; J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Traité de droit civil, op. cit.*, n°1311 ; *contra* : F. MACORIG-VENIER, L'effacement des dettes dans le droit du surendettement, art. cit., p.58

³⁹⁴ C. Com., art. L.622-13 II, art. L.641-11-1 II. V. *supra*, n°s 76-77

³⁹⁵ V. *supra*, n°156

³⁹⁶ En ce sens : J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU, *Traité de droit civil, op. cit.*, n°1307

rétablissement. Si cette remarque doit être atténuée sur le plan pratique, étant donné que le patrimoine du débiteur est vide, elle fait prendre conscience une nouvelle fois de l'utilité d'un régime des contrats en cours en droit du surendettement³⁹⁷ et les ambiguïtés et incohérences de certaines de ses dispositions, qui mériteraient de s'inspirer du droit des entreprises en difficulté qui apparaît comme plus abouti. La proximité des deux législations permet néanmoins d'appréhender d'une manière assez homogène ces atteintes à l'intangibilité du contrat par la théorie générale du contrat.

Section II – L'appréhension des atteintes à l'intangibilité du contrat par la théorie générale du contrat

167. Identité de démarche avec le principe d'irrévocabilité. Encore plus que le principe d'irrévocabilité, le principe d'intangibilité nécessite une nouvelle approche. Le domaine de son atteinte est en effet encore plus large que le premier, puisque toute personne et tout contrat peut être touché, et la nature des atteintes est particulièrement marquée puisque celles-ci peuvent aller jusqu'à la négation définitive du droit au paiement du créancier. Là aussi, la rigueur des atteintes conduit à la qualification de fiction juridique, tant on est aux antipodes du concept de la force obligatoire du contrat. A cet égard, la même démarche que celle de l'appréhension du principe d'irrévocabilité sera effectuée. Nous rappellerons simplement ici l'inutilité et l'inopportunité d'une présentation du principe d'intangibilité du contrat avec des concepts mous tels que celui de l'attente légitime du créancier et signalons à nouveau notre préférence pour une présentation plus concrète et plus juridique du lien que peuvent avoir ces atteintes avec la théorie générale du contrat afin de donner une image plus fidèle du principe d'intangibilité et, partant, de la force obligatoire du contrat. A cette fin, l'appréhension des cas de l'atteinte doit passer une nouvelle fois par une conception renouvelée de la cause (§1), ce qui impliquera d'envisager les effets de cette atteinte (§2).

§1 – L'appréhension des cas de l'atteinte par une conception renouvelée de la cause

168. Appréhension des conditions positives et négatives de l'atteinte. Si le domaine de l'atteinte au principe d'intangibilité est particulièrement large, il a été montré qu'il ne s'exerce pas sans conditions³⁹⁸. En effet, il existe d'abord des conditions positives à cette atteinte portant sur la situation du débiteur et des conditions négatives, liées au comportement des parties et qui limite le domaine de cette atteinte. Il sera montré que la notion de cause peut là aussi expliquer le régime de ces atteintes. La cause apparaît en effet comme la notion justificative de l'atteinte (A.) mais aussi des limites de l'atteinte (B.).

³⁹⁷ V. *supra*, n^{os} 52 et s.

³⁹⁸ V. *supra*, n^{os} 104 et s.

A. La cause comme notion justificative de l'atteinte

169. Cause objective et capacité d'exécution. Une conception quelque peu renouvelée de la cause a permis d'expliquer les solutions présentées comme une atteinte au principe d'irrévocabilité³⁹⁹. Conçue comme l'utilité du contrat, cette notion permet d'expliquer qu'un contrat dont on ne peut plus espérer la production de ses effets dans l'état actuel des choses doit subir des modifications. Néanmoins, plus que l'utilité du contrat, c'est la capacité d'exécution des parties, pouvant être rattachée à la cause⁴⁰⁰, et connaissant certaines consécutions en droit positif (*Cf.* arrêt *Macron* et loi Dutreil), qui explique ces atteintes à l'intangibilité du contrat : le débiteur n'étant plus en mesure d'exécuter le contrat tel que prévu initialement, ce dernier ne permet plus de satisfaire le but que poursuivaient les parties. La satisfaction du but contractuel implique donc une modification des obligations nées du contrat. L'atteinte au principe d'intangibilité du contrat trouve donc son fondement dans la disparition de la cause au cours de l'exécution du contrat. C'est aussi la cause, mais cette fois-ci subjective, qui explique que l'atteinte puisse être refusée à certaines personnes.

B. La cause comme notion justificative des limites de l'atteinte

170. Rôle de la cause subjective. A part l'hypothèse de la responsabilité pour insuffisance d'actif, qui existe en raison de l'écran de la personnalité morale, tous les cas présentés comme des conditions négatives à l'atteinte du principe d'intangibilité du contrat peuvent être reliés à la cause subjective, instrument de contrôle de la licéité du contrat.

171. Nullités de la période suspecte, fraude et cause subjective. Il a été montré que dans le but d'assainir la situation du débiteur, certains contrats, fruits d'une fraude du débiteur partagée par le créancier, devaient être annulés⁴⁰¹, en vertu des règles des nullités de la période suspecte. Comment se justifie cette annulation ? Les travaux du Professeur SAUTONIE-LAGUIONIE ont eu comme résultat intéressant d'établir un lien entre les nullités de la période suspecte et la fraude paulienne, mais aussi entre la fraude paulienne et la cause subjective. L'auteur démontre en effet⁴⁰², en accord avec une grande partie de la doctrine⁴⁰³, que les nullités de la période suspecte sanctionnent une fraude paulienne du débiteur, celui-ci diminuant l'actif de son patrimoine de manière frauduleuse, et ce avec le concours de son cocontractant qui ne peut ignorer le caractère frauduleux de l'acte. Mais cette fraude paulienne, qui affecte l'acte, peut, plus avant, être qualifiée de cause illicite de l'acte frauduleux, laquelle justifie alors sa nullité⁴⁰⁴. Il semble en effet que, comme toute fraude d'ailleurs⁴⁰⁵, la fraude paulienne puisse s'analyser comme la cause de l'acte⁴⁰⁶, laquelle est

³⁹⁹ V. *supra*, n°86 et s.

⁴⁰⁰ V. *supra*, n°92 et not. G. WICKER, Force obligation et contenu du contrat, art. préc., n°4

⁴⁰¹ V. *supra*, n°125

⁴⁰² L. SAUTONIE-LAGUIONIE, *La fraude paulienne*, thèse préc., n°411

⁴⁰³ V. les auteurs cités par Madame SAUTONIE-LAGUIONIE au n°409, note 33

⁴⁰⁴ L. SAUTONIE-LAGUIONIE, *La fraude paulienne*, thèse préc., n°s 560 et s.

⁴⁰⁵ Sur les rapports de la cause et de l'adage *fraus omnia corrumpit* : V. J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale* : LGDJ, 4^e éd., 1994, n°832

illicite⁴⁰⁷. C'est donc bien la cause subjective qui permet d'expliquer les nullités de la période suspecte qui constitue elle-même une limite à l'atteinte du principe d'intangibilité.

172. Bonne foi, légitimité de l'intérêt à agir et cause subjective. Un rapprochement voisin peut être effectué avec l'exigence de bonne foi comme condition de recevabilité du débiteur à la procédure de surendettement⁴⁰⁸. A cet égard, un auteur a récemment mis en évidence les potentialités d'une notion délaissée voire contestée en doctrine : la légitimité de l'intérêt à agir⁴⁰⁹. Cette condition de l'action en justice, dont les critiques ne sont pas justifiées⁴¹⁰, semble bien se retrouver, certes avec une consécration légale expresse, à l'article L.330-1 du Code de la consommation, ce que M. WICKER a d'ailleurs déjà relevé⁴¹¹. Bien que cette condition de bonne foi constitue plus une condition de l'action qu'une condition du bien-fondé de la demande⁴¹² un rattachement à la cause, non comme notion et condition substantielle mais comme notion explicative peut être opéré : en effet, et une formule d'éminents processualistes le montre bien⁴¹³, l'intérêt à agir peut être rapprochée de la notion de cause, mais entendue largement comme « *cause de la situation litigieuse* »⁴¹⁴.

Or, lorsque cet intérêt n'est pas légitime, on peut dire que la cause elle-même n'est pas légitime. A ce propos, l'utilisation, de la cause subjective pour contrôler la licéité du contrat est dans la grande majorité des auteurs limitée à l'adéquation de la cause à l'ordre public et aux bonnes mœurs et donc à l'intérêt général. Un auteur a néanmoins récemment démontré qu'une telle vision était restrictive et que la cause pouvait aussi permettre de contrôler des atteintes à des intérêts privés⁴¹⁵. Tel peut également être l'objet de la condition d'intérêt légitime à agir qui protège tant des intérêts d'ordre général que privés. La bonne foi, qui conditionne le bénéfice de mesures attentatoires aux intérêts des cocontractants, pourrait ainsi être rapprochée de la cause subjective. On mesure donc bien ici combien ces deux notions peuvent être proches et donc comment les limitations des atteintes à l'intangibilité du contrat peuvent être mises en relation avec des grands principes et notions du droit.

173. Comparaison avec la mauvaise foi sanctionnée en droit des entreprises en difficulté. Il ne peut être fait une transposition parfaite de ces solutions avec celles sanctionnant la mauvaise foi en droit des entreprises en difficulté, à savoir la reprise générale

⁴⁰⁶ L. SAUTONIE-LAGUIONIE, *La fraude paulienne*, thèse préc., n°s 582 et s.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, n°s 594 où l'auteur démontre que l'illicéité repose non sur une atteinte à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, mais sur une atteinte à la loi du contrat et plus exactement à l'article 1165 du Code civil. Signalons également que cette qualification n'est pas sans conséquences sur le régime des restitutions et l'éventuelle application de l'adage *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*. V. L. SAUTONIE-LAGUIONIE, *ibid.*, n°s 679 et s.

⁴⁰⁸ C. Consom. art. L.330-1. V. *supra*, n°128

⁴⁰⁹ G. WICKER, La légitimité de l'intérêt à agir, in *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux - Mélanges en l'honneur d'Yves Serra* : Dalloz, 2006, p. 455 et s.

⁴¹⁰ *Ibid.*, n°s 4-8

⁴¹¹ *Ibid.*, n°25

⁴¹² Ce qui montre bien qu'elle se rattache à la légitimité de l'intérêt à agir, et ce qui est confirmé par la nature de sa sanction qui est une fin de non-recevoir (Cass. Civ. 1^{re}, 31 mars 1992 : D. 1993.149, note P. ANCEL et M.-C. RONDEAU-RIVIER, cité par G. WICKER, La légitimité de l'intérêt à agir, art. cit., n°25)

⁴¹³ « *L'intérêt à agir peut se définir comme le profit, l'utilité ou l'avantage que l'action est susceptible de procurer au plaideur* » (L. CADIET et E. JEULAND, *Droit judiciaire privé* : 4^e éd. Litec, 2004, n°465, cités par G. WICKER, *ibid.*, n°9.)

⁴¹⁴ G. WICKER, *ibid.*, n°9

⁴¹⁵ G. WICKER, La réforme du droit français des contrats : de la cause à la causalité juridique, art. cit., p.63

des poursuites par les créanciers et la responsabilité pour insuffisance d'actif⁴¹⁶. Pour ce qui est de la première, rappelons que la mauvaise foi du débiteur lui interdit de bénéficier de l'interdiction des poursuites des créanciers suite à une clôture de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif. Il a été montré qu'une telle solution, plutôt que la bonne foi comme condition de recevabilité, était pleinement justifiée, au vu des objectifs des procédures collectives des entreprises⁴¹⁷. Les solutions sont donc quelque peu différentes. Doit-on en conclure que le rattachement à la légitimité de l'intérêt à agir et à la cause est alors lui aussi impossible ? Non. Il est tout à fait envisageable de voir dans ces règles, ces sanctions une déchéance sanctionnant le non respect d'une incombance⁴¹⁸ : il incombait au débiteur non pas seulement d'exécuter les prestations (au sens économique) qu'il avait promises, il devait aussi avoir un comportement loyal, diligent, propre à permettre la réalisation de l'objet de l'engagement⁴¹⁹. Or, en se mettant de manière fautive dans une situation d'insolvabilité, le débiteur n'a pas respecté cette incombance. Le non respect de cette catégorie spécifique de devoir qu'est l'incombance est la déchéance⁴²⁰ et c'est bien une déchéance que représente la reprise générale des poursuites des créanciers dans la mesure où elle fait perdre l'avantage que procurait la clôture pour insuffisance d'actif et l'interdiction des poursuites normalement prévue par la loi. Cette sanction peut à cet égard être rapprochée de la fin de non recevoir⁴²¹ attachée à la condition de légitimité dans l'action, et donc à la légitimité de la cause.

La responsabilité pour insuffisance d'actif est une sanction différente pour le même type acte, différence qui ne s'explique pas par autre chose que l'écran de la personnalité morale⁴²². La responsabilité civile n'est en fait qu'un moyen moins immédiat de sanctionner la faute du débiteur qui a causé un préjudice à ces créanciers que la fin de non-recevoir⁴²³. Reste à étudier comment se manifestent ces mécanismes sur le plan des effets du contrat.

§2 – L'appréhension des effets de l'atteinte

174. Appréhension des deux types d'atteintes. Les deux grandes manifestations de l'atteinte sont l'allègement de l'obligation et, plus grave encore, la négation de cette obligation⁴²⁴. Maintenant qu'il a été observé que ces deux atteintes pouvaient trouver leur fondement dans la notion de cause, il faut à présent, toujours dans cette perspective de rattachement des droits de l'insolvabilité à la théorie générale du contrat, trouver une

⁴¹⁶ V. *supra*, n°129

⁴¹⁷ V. *supra*, n°129

⁴¹⁸ Sur cette notion, V. G. WICKER, La légitimité de l'intérêt à agir, art. cit., n°29 et s. ; B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, mémoire précité ; pour une vision critique : V. G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, thèse Tours : Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2012, n°474 et s.

⁴¹⁹ G. WICKER, *ibid.*, n°29

⁴²⁰ B. FRELETEAU, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, mémoire précité, p. 76 et s. ; comp. : F. LUXEMBOURG, *La déchéance des droits, contribution à l'étude des sanctions civiles*, thèse Paris II : éd. Panthéon-Assas DL, 2008, p. 54 et s.

⁴²¹ G. WICKER, *ibid.*, n°29

⁴²² Cette sanction s'applique en effet aux dirigeants de personnes morales, contrairement à la reprise générale des poursuites qui s'applique aux entrepreneurs individuels. V. *supra*, n°129

⁴²³ V., déjà ce sens : G. WICKER, La légitimité de l'intérêt à agir, art. cit., n°23

⁴²⁴ V. *supra*, n°134

traduction juridique de l'effet de ces atteintes. La réduction, notion peu connue mais en phase de développement, semble refléter ces réalités. Nous montrerons en effet que l'appréhension de l'allègement des obligations pourrait se faire avec la notion de réduction (A.), tout comme l'appréhension de l'extinction du droit au paiement (B.).

A. L'appréhension de l'allègement des obligations par la réduction

175. Définition de la réduction. Définie assez peu précisément par le *Vocabulaire juridique* comme l'« action de ramener l'acte juridique à certains de ses éléments »⁴²⁵, la réduction semble être davantage que cela. S'il est vrai qu'elle a pour conséquence de retrancher à l'acte juridique certains de ses éléments, il faut compléter cette définition en évoquant la source de ce mécanisme. Or, le constat de ses différentes manifestations semble devoir l'assimiler à une sanction, et plus particulièrement la sanction d'un excès⁴²⁶. Ainsi, la réduction se rencontre-t-elle lorsqu'un contrat est déséquilibré à l'égard d'un majeur protégé⁴²⁷, quand le montant d'honoraires ou de rémunérations est trop élevé⁴²⁸, quand une libéralité excède la réserve héréditaire⁴²⁹, quand une convention d'indivision excède cinq ans⁴³⁰, etc⁴³¹. Cette sanction de l'excès qu'est la réduction s'est sensiblement développée ces dernières années, dans le mouvement de recherche d'équilibre contractuel⁴³², avec notamment la réduction des obligations, qu'elle passe par l'octroi de délais⁴³³, la réduction d'une sanction pécuniaire⁴³⁴ ou la réduction de l'obligation elle-même⁴³⁵.

176. Rattachement des allègements de la dette à la réduction. Il apparaît assez naturel de rattacher toutes les hypothèses d'allègement de l'obligation (réduction du taux d'intérêt, octroi de délais...⁴³⁶) à cette catégorie de sanction qu'est la réduction. C'est bien en effet un excès que constatent les droits de l'insolvabilité, excès que l'on a traduit par la cause et qui résulte de l'incapacité du débiteur de faire face à des obligations beaucoup trop lourdes. Cette réduction, hypothèse particulière de révision, intervient, comme il est demandé par une partie de la doctrine en matière d'imprévision, pour corriger un déséquilibre intervenant au moment de l'exécution du contrat. C'est encore la réduction qui permet de traduire juridiquement, l'« effacement » de la dette.

⁴²⁵ *Vocabulaire juridique*, sous la dir. G. CORNU, V° Réduction

⁴²⁶ V. D. BAKOUCHE, *L'excès en droit civil*, thèse Paris II : LGDJ, coll. « bibliothèque de droit privé », tome 432, 2005

⁴²⁷ C. Civ., art. 435 et 465

⁴²⁸ par exemple : Cass. Civ. 3^e, 5 décembre 1973 : *JCP* 1974. IV. 25

⁴²⁹ C. Civ., art. 918 et s.

⁴³⁰ C. Civ., art. 1873-3

⁴³¹ V. F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, les obligations* : Dalloz, coll. « Précis », 10^e éd. 2009, n°421 ; *Adde* : D. MAZEAUD, La réduction des obligations contractuelles : *Dr. & Patrimoine*, mars 1998, p.58 et s

⁴³² Sur celui-ci : L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, thèse : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 366, 2002

⁴³³ Loi n°91-650 du 9 juillet 1991 ayant créé l'article 1244-1 (dont l'origine remonte aux lois du 25 mars et 20 août 1936)

⁴³⁴ Loi n°85-1097 du 11 octobre 1985 modifiant l'article 1152 du Code civil

⁴³⁵ Il est ici fait référence à la législation du droit du surendettement. V. *supra*, *passim*.

⁴³⁶ V. *supra*, n°s 135 et s.

B. L'appréhension de l'extinction du droit au paiement par la réduction

177. La réduction d'une obligation civile en obligation naturelle⁴³⁷. Le point de départ du raisonnement doit résider dans l'étude de « l'effacement de la dette » résultant des clôtures des procédures d'insolvabilité en cas d'insuffisance d'actif. Il a été montré qu'il ne s'agissait pas en réalité, tant en droit des entreprises en difficulté qu'en droit du surendettement, de véritables effacements de dettes dans la mesure où seul était touché le droit à exécution du créancier⁴³⁸. Preuve en est l'engagement de la caution qui subsiste⁴³⁹. D'où l'erreur de considérer ces mécanismes comme de nouveaux cas d'extinction de l'obligation. Les auteurs qui se sont intéressés à cette question, en déduisent dans la majorité que ces clôtures ont pour effet d'éteindre l'action mais de laisser subsister une obligation naturelle⁴⁴⁰. Dans sa récente thèse, le regretté Grégoire FOREST, tout en écartant l'analyse dualiste de l'obligation pour expliquer la disposition de l'article L.643-11 II.⁴⁴¹, en a aussi déduit l'existence d'une obligation dite imparfaite⁴⁴² du créancier que le garant doit exécuter⁴⁴³. Ainsi, d'obligation civile, l'obligation du débiteur se serait convertie, réduite, par l'effet de la clôture de la procédure, en obligation naturelle, avec les conséquences que cela implique : le créancier ne peut poursuivre le débiteur, lequel peut quand même valablement payer sa dette sans pouvoir ensuite en réclamer restitution (C. Civ., art. 1235 al. 2).

178. Compatibilité de la solution avec l'engagement de la caution. Il faut signaler qu'une telle conception ne s'expose pas au risque d'une contestation qui soutiendrait qu'il ne peut y avoir obligation naturelle dans la mesure où celle-ci est cautionnée et exigible à l'égard de la caution, alors qu'une obligation naturelle ne peut être garantie⁴⁴⁴. Il faut en effet souligner que ce n'est pas une obligation naturelle qu'a cautionnée au départ la caution mais une véritable obligation ; or, il est possible de cautionner une obligation qui peut, par la suite, tomber⁴⁴⁵ et les exceptions personnelles, parmi lesquelles on peut aisément classer cette réduction en obligation naturelle, ne peuvent pas être invoquées par la caution⁴⁴⁶. Ainsi s'expliquent les solutions du droit des entreprises en difficulté et du droit du surendettement qui, tout en niant le droit au paiement du créancier, admettent la poursuite de la caution.

⁴³⁷ Sur l'obligation naturelle : J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale, op. cit.*, n°735 et s. ; H. & L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, par F. CHABAS, *Tome I, Premier Volume, Introduction à l'étude du droit* : Montchrétien, 12^e éd., 2000, n°359 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, Tome 3, Le rapport d'obligation* : Sirey, coll. « Université », 7^e éd., 2011, n°68 et s. ; pour une analyse critique : M. JULIENNE, *Obligation naturelle et obligation civile* : D. 2009.1709

⁴³⁸ V. *supra*, n°s 158 et 164

⁴³⁹ V. *supra*, n°s 159 et 165

⁴⁴⁰ V. F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.*, n°1265 ; J. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale, op. cit.*, n°746 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, *Tome 2, Effets de commerce, banque, contrats commerciaux, procédures collectives* : LGDJ, 17^e éd., 2004, n°3275

⁴⁴¹ G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, thèse cit., n°468

⁴⁴² que l'auteur assimile à l'obligation naturelle et qui constitue une dette assortie d'une créance incomplète. V. *Ibid.*, n°450

⁴⁴³ *Ibid.*, n°469

⁴⁴⁴ V. GHESTIN, G. GOUBEAUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale, op. cit.*, n°758 ; H. & L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, par F. CHABAS, *op. cit.*, n°368

⁴⁴⁵ C. Civ. art. 2289. V. H. & L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *ibid.*, *eod. loc.*

⁴⁴⁶ C. Civ. art. 2313. al. 2

179. Conclusion du chapitre. L'étude conjuguée du droit des entreprises en difficulté et du droit du surendettement des particuliers a fait apparaître un régime de nature particulièrement dérogoire au principe d'intangibilité du contrat : alors que ce principe postule l'inamovibilité des obligations nées du contrat, lesquelles doivent être fidèlement exécutées, les procédures d'insolvabilité des entreprises et des particuliers prévoient des modifications substantielles des obligations contractuelles, telles que l'octroi de délais, l'effacement partiel de dettes ou encore la négation pur et simple du droit au paiement du créancier. Au regard du principe d'intangibilité du contrat, ces règles apparaissent particulièrement dérogoires, au point qu'elles pourraient être présentées comme des fictions. Néanmoins, une étude plus ouverte et reliée aux notions fondamentales de la théorie générale du contrat permet d'expliquer de telles règles et de les relier à la théorie générale du contrat. En effet, les cas d'atteintes au principe d'intangibilité pourraient être, comme il a été fait pour les atteintes à l'irrévocabilité, traduits par le concept de cause dans la mesure où est à chaque fois en cause la capacité d'exécution des parties. La cause justifierait donc qu'un contrat dont l'exécution n'est plus à espérer soit révisé. C'est bien ce à quoi procèdent droit des entreprises en difficulté et droit du surendettement, et ce qui pouvait être présenté comme des atteintes peut être qualifié juridiquement de réduction de l'obligation : il faut remarquer d'une part que l'octroi de délai, bien que ne la réduisant pas, touche la substance de l'obligation et réduit ainsi le droit de créance du créancier ; d'autre part, ce qui est présenté comme un effacement de dette ne constitue en réalité à chaque fois qu'une réduction de l'obligation dans la mesure où il demeure toujours une obligation naturelle, ce qui permet d'expliquer l'engagement des garants.

180. Conclusion de la partie. L'étude du domaine des atteintes au principe d'intangibilité caractérisé par son étendue tant quantitative que qualitative, démontre, encore mieux que pour celui des atteintes au principe d'irrévocabilité, la fragilité de ce principe. En effet, tout contrat peut voir les obligations qu'il a produites réduites et les études statistiques montrent bien, tant en droit des entreprises en difficulté qu'en droit du surendettement, que ces atteintes sont bien réelles et tangiblement mises en œuvre. Un tel constat rend la présentation du principe de l'intangibilité du contrat, composante de la force obligatoire du contrat, comme un principe absolu, indéfendable. L'étude du régime de ces atteintes, dont la conclusion vient de souligner la vigueur, et l'importance de leur caractère dérogoire, ne peut que confirmer ces affirmations. Comme pour le principe d'intangibilité, la présentation relativiste de ces atteintes, sur appui de notions floues, ne peut être retenue car elle ne permettrait pas du tout de présenter de manière fidèle le contenu du principe d'intangibilité du contrat. En revanche, l'utilisation de la notion de cause, dans une conception renouvelée aurait cette vertu. L'atteinte, qui serait en fait fondée sur la cause, ne constituerait en réalité que la révision, la réduction des obligations nées du contrat.

CONCLUSION GÉNÉRALE

181. Les tenants. Une étude précise et fidèle du principe de la force obligatoire du contrat imposait que le principe d'irrévocabilité du contrat et le principe d'intangibilité du contrat soient décortiqués et soumis chacun de leur côté au regard des droits de l'insolvabilité. Cette étude s'est révélée fructueuse dans la mesure où les mêmes conclusions ont été tirées de l'épreuve à laquelle étaient soumis ces principes pourtant différents. En effet, l'un comme l'autre se voient atteints par les procédures d'insolvabilité sur un domaine très important, lequel ne peut être d'ailleurs appelé qu'à s'élargir encore. Aussi le régime de l'atteinte à chacun de ces principes s'est-il révélé particulièrement vigoureux à un point tel qu'il n'est plus concevable de considérer la force obligatoire du contrat comme un principe absolu. En effet, il n'est pas exagéré mais très réaliste de dire que tout contractant est exposé au risque d'une rupture du contrat sans son accord ou encore d'une réduction de sa créance.

182. Les aboutissants. Le constat de l'étendue et de l'importance de ces exceptions, lesquelles peuvent d'ailleurs être qualifiées de fictions ne peut qu'être le signe de la faille de la présentation actuelle du concept de force obligatoire du contrat et suppose un renouvellement de la conception de ce principe. Celle-ci doit passer par le concept de cause, lequel est assez souple pour permettre d'expliquer que lorsqu'un contrat est inutile, trop lourd et que son exécution n'est plus qu'une illusion, sa rupture voire sa révision est justifiée pour atteindre le but des parties, celui qui est le plus raisonnablement envisageable. Ainsi cette utilisation du concept de cause, qui n'a pas vocation à bouleverser le contrôle des conditions de formation du contrat, mais à expliquer la vie du contrat, son exécution et les conditions du maintien de l'engagement contractuel, serait alors propre à donner une place cohérente dans l'ordre juridique aux règles des procédures d'insolvabilité.

Une telle proposition a cet avantage d'éviter la dénaturation du principe même de la force obligatoire dont pourrait résulter la modification de sa formulation⁴⁴⁷. L'article 1134 du Code civil ne donnant sa plénitude au principe de la force obligatoire du contrat que dans la mesure où la présupposition légale est présente et que la loi n'en a pas décidé autrement, la précision des conditions du maintien de l'engagement *via* la notion de cause ne perturbe en rien le contenu même du principe. Elle permet simplement de rendre sa cohérence à l'ordre juridique et de montrer que la technique juridique doit être en mesure d'exprimer fidèlement les choix de politique juridique que le législateur a opérés, indépendamment de tout jugement de valeur. Tel est le plaidoyer de cette modeste contribution à cette noble et colossale quête, qui, en marche depuis quelques années, vise à « restaurer le droit du contrat »⁴⁴⁸.

⁴⁴⁷ V. par exemple, D. MAZEAUD, La réduction des obligations contractuelles, art. cit., p. 68, qui propose de modifier l'article 1134 en rédigeant l'alinéa 2 ainsi : « Elles peuvent être révoquées ou révisées de leur consentement mutuel, pour les causes que la loi autorise et lorsqu'un déséquilibre excessif prive le contrat de toute cohérence ou de tout intérêt pour l'un des contractants ».

⁴⁴⁸ D. ATIAS, Restaurer le droit du contrat : D. 1998, chron. p. 137 et s.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux

- AUBERT (J.-L.), COLLART DUTILLEUL (F.), *Le contrat – Droit des obligations* : Paris : Dalloz, coll. « Connaissances du droit », 4^e éd., 2010
- CALAIS-AULOY (J.) et TEMPLE (H.), *Droit de la consommation* : Dalloz, coll. « Précis », 8^e éd., 2010
- CARBONNIER (J.), *Droit civil, Tome 2, Les biens, Les obligations* : PUF, coll. « Quadrige », 2004
- COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (Ph.), *Contrats civils et commerciaux* : Dalloz, coll. « Précis », 9^e éd., 2011
- COQUELET (M.-L.), *Entreprises en difficulté, Instruments de paiement et de crédit* : Dalloz, coll. « Hypercours », 4^e éd., 2011
- DEROUSSIN (D.), *Histoire du droit des obligations* : Economica, coll. « Corpus histoire du droit », 2^e éd., 2012
- FABRE-MAGNAN (M.), *Droit des obligations, Tome 1, Contrat et engagement unilatéral* : PUF, coll. « Thémis droit », 3^e éd., 2012
- FERRIERE (F.) et AVENA-ROBARDET (V.), *Surendettement des particuliers* : Dalloz référence, 2012-2013
- FLOUR (J), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Les obligations. Tome. 1, L'acte juridique* : Sirey, coll. « Université » 15^e éd., 2012
- FLOUR (J), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (E.), *Droit civil, Les obligations, Tome 3, Le rapport d'obligation* : Sirey, coll. « Université », 7^e éd., 2011
- FRANÇOIS (J.), *Traité de droit civil : Tome 4, Les obligations, Régime général* : Economica, coll. « Corpus droit privé », 2^e éd., 2011
- GHESTIN (J.), BILLIAU (M.), LOISEAU (G.), *Traité de droit civil – Le régime des créances et des dettes* : Paris : LGDJ, 2005
- GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.) et FABRE-MAGNAN (M.), *Traité de droit civil, Introduction générale* : Paris : LGDJ, 4^e éd., 1994
- JACQUEMONT (A.), *Droit des entreprises en difficulté* : LexisNexis, 7^e éd., 2012
- JEANTIN (M.), LE CANNU (P.), *Droit commercial – Entreprises en difficulté* : Dalloz, coll. « Précis », 7^e éd., 2007, n^{os} 689 et s
- LARROUMET (C.), *Droit civil, Tome III : Les obligations, le contrat* : Economica, 6^e éd., 2007, n^o142
- MAZEAUD (H. & L.), MAZEAUD (J.) et CHABAS (F.), *Leçons de droit civil, par F. CHABAS, Tome I, Premier Volume, Introduction à l'étude du droit* : Montchrétien, 12^e éd., 2000
- MAZEAUD (H. & L.), MAZEAUD (J.) et CHABAS (F.), *Leçons de droit civil, tome 2, 1^{er} volume : Obligations, théorie générale* : 9^e éd. par F. CHABAS : Montchrétien, 1995
- PEROCHON (F.), *Entreprises en difficulté* : LGDJ, 9^e éd., 2012
- RIPERT (G.) et ROBLLOT (R.), *Traité de droit commercial, par Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, Tome 2, Effets de commerce, banque, contrats commerciaux, procédures collectives* : LGDJ, 17^e éd., 2004
- SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des entreprises en difficulté* : Montchrestien, coll. « Domat », 7^e éd., 2011
- SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.), *Les contrats de consommation, règles communes* : LGDJ, coll. « Traité de droit civil », 2013
- SIMLER (Ph.), *Cautionnement – garanties autonomes – garanties indemnitaires* : LGDJ, coll. « traités », 4^e éd., 2008
- SZRAMKIEWICZ (R.), *Histoire du droit des affaires* : Montchrestien, coll. « Domat droit privé », 1989
- TERRE (F.), SIMLER (Ph.), LEQUETTE (Y.), *Droit civil, les obligations* : Dalloz, coll. « Précis », 10^e éd. 2009
- VIGNEAU (V.), BOURIN (G.-X.), CARDINI (C.), *Droit du surendettement des particuliers* : LexisNexis, coll. « Droit & professionnels », 2^e éd., 2012

II. Thèses, et ouvrages et documents spéciaux

- ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE, Principes contractuels communs - Projet de cadre commun de référence, sous la dir. G. WICKER et J.-B. RACINE : Société de législation comparée, Volume 7, 2008
- BAKOUCHE (D.), *L'excès en droit civil*, thèse Paris II : LGDJ, coll. « bibliothèque de droit privé », tome 432, 2005
- CHABAS (C.), *L'inexécution licite du contrat*, thèse : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 380, 2002
- CHAPUT (Y. sous la dir.), *L'apurement des dettes – Solution au surendettement* : Paris : Litec, 1998
- FOREST (G.), *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, thèse Tours : Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », 2012
- FRELETEAU (B.), *Devoir et incombance en matière contractuelle*, sous la dir. G. WICKER, Mémoire, Bordeaux IV, 2009-2010
- GHESTIN (J.), *Cause de l'engagement et validité du contrat* : Paris : LGDJ, 2006
- GJIDARA (S.), *L'endettement et le droit privé*, thèse : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 316, 1999
- JOUFFIN (E.), *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, thèse Paris, LGDJ, 1998
- LE NOAC'H (G.), *Le principe de faveur pour le contrat*, sous la dir. L. SAUTONIE-LAGUIONIE, Mémoire, Bordeaux IV, 2011-2012
- LUXEMBOURG (F.), *La déchéance des droits, contribution à l'étude des sanctions civiles*, thèse Paris II : éd. Panthéon-Assas DL, 2008
- MONSERIE (M.-H.), *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, thèse Toulouse, Litec, coll. « Bibliothèque du droit de l'entreprise », 1994
- PERRU (E.), *L'impayé*, thèse : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 438, 2005
- POPIBEAU-DEHAULLON (C.), *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat – Etude comparative*, thèse : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 498, 2008
- SAUPHANOR (N.), *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, thèse : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 326, 2000
- SAUTONIE-LAGUIONIE (L.), *La fraude paulienne*, thèse Bordeaux : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 500, 2008
- SAVAUX (E.), *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?* : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 264, 1997
- VALLENS (J.-L.), *L'insolvabilité des entreprises en droit comparé* : Paris : Joly éditions, coll. « Pratique des affaires », 2010
- WICKER (G.), *Les fictions juridiques – Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, thèse Perpignan : LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 253, 1997

III. Articles et chroniques

- ALBARIAN, (A.) Le droit de rupture unilatérale des contrats bancaires pour cause de perte de confiance : l'exemple de l'ouverture de crédit : *LPA* 30 décembre 2010, n°260, p.3 et s.
- ANCEL (P.), Droit au recouvrement de sa créance ou droit de ne pas payer ses dettes : *Dr. & Patrimoine*, mai 1998, p.88 et s.
- ANCEL (P.), Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat : *RTD civ.* 1999, p. 771 et s.
- ANCEL (P.), La force obligatoire du contrat – Jusqu'où faut-il la défendre in *La nouvelle crise du contrat*, sous la dir. D. MAZEAUD et C. JAMIN : Paris : Dalloz, coll. « thèmes et commentaires », p. 163 et s.
- ATIAS (D), Restaurer le droit du contrat : *D.* 1998, chron. p. 137 et s.
- AUBRY (H.), POILLOT (E.), SAUPHANOR-BROUILLAUD (N.) : *D.* 2013 pan.945
- AUBRY (M.-C.), Retour sur la caducité en matière contractuelle : *RTD civ.* 2012, p.625 et s.
- AYNES (L.), Crise économique et rapports de droit privé in *Droit de la crise : crise du droit ? Les incidences de la crise économique sur l'évolution du système juridique* : Paris : LGDJ, 1997, p. 57

BARRIERE DE L'ISLE (G.), Le maintien par voie d'autorité du rapport contractuel arrivé à son expiration, *in La tendance à la stabilité du rapport contractuel, Etudes de droit privé*, sous la dir. Paul DURAND : Paris : LGDJ, 1960, p. 301

BENABENT (A.), La question de la bonne foi dans les procédures collectives : *Gaz. Pal.*, 26, 27 février 2003, p. 37

BERLIOZ-HOUIN (B.) et **BERLIOZ (G.)**, Le droit des contrats face à l'évolution économique, *in Études offertes à Roger Houin : problèmes d'actualité posés par les entreprises* : Paris : Dalloz, 1985, p. 3

BOCCARA (B.) Procédures collectives et contrats en cours : La loi de réforme du 10 juin 1994 : *JCP E* 1994, Etude 385 p. 411 et s.

BOURASSIN (M.), Sûretés et surendettement des particuliers : *LPA* 10 oct. 2012, p. 4,

BOYER (L.), L'incidence de la faillite sur les contrats en cours, *Ann. Sc. soc. Toulouse, Tome XXIII*, 1975, p. 101 et s.

BROS (S.), Les contrats interdépendants : actualité et perspectives : *D.* 2009. p. 960.

BRUN (J.-F.), **COMBES (J.-L.)**, **MOTEL COMBES (P.)**, Une analyse économique du surendettement des particuliers : *LPA* 21 mai 1999, n°101, p. 7 et s.

BRUN (P.), Le droit de revenir sur son engagement : *Dr. & Patrimoine*, mai 1998, p.78 et s.

BRUNETTI-PONS (C.), La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives : *RTD com.* 2000, p. 783 et s.

CABRILLAC (M.), Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale, *in Mélanges dédiés à Gabriel Marty* : Toulouse : Université des sciences sociales, 1978, p. 275

CADIET (L.), Interrogations sur le droit contemporain des contrats, *in Le droit contemporain des contrats*, sous la dir. L. CADIET : Paris : Economica, 1987, p. 28 et s.

CALAIS-AULOY (J.), L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats : *RTD civ.* 1994 p. 239 et s.

CALAIS-AULOY (M.-Th.), Fondement du lien juridique unissant vente et prêt dans le prêt lié : *JCP.* 1984. I. 2144

CAMPANA (M.-J.), Les effets de la poursuite des contrats en cours : *RJ. com.* 1992, n° spécial, p.43

CAMPANA (M.-J.), La résiliation de plein droit des contrats en cours : *LPA* 8 juillet 1996, n°82, p. 11

CAMPANA (M.-J.), L'effacement des dettes : *Gaz. Pal.*, 26, 27 février 2003, p.44

CARBONNIER (J.), Introduction, *in L'évolution contemporaine du Droit des contrats, Journées Savatier (Poitiers, 24-25 octobre 1985)* : Paris : PUF, 1986, p. 29 et s.

CHAPUT (Y.), Endettement des entreprises, Rapport français, *in L'endettement, Travaux association Capitant*, t. XLVI : Paris : Société de législation comparée, 1997, p 421 et s.

CHAPUT (Y.), Les plans de sauvegarde et de redressement : renaissance légale de l'homme et de l'entreprise ? *in Etudes de Droit privé : Mélanges offerts à Paul Didier* : Paris : Economica, 2008, p.115 et s.

CHATAIN (P.-L.), La loi n°89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles : *ALD* 1990, p. 44 et s.

CHAZAL (J.-P.), De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du code civil : *RTD civ.* 2001, p. 265 et s.

CUPERLIER (O.) et **GORNY (A.)**, L'engagement disproportionné de la caution après la loi n°2003-721 du 1^{er} août 2003 sur l'initiative économique : *JCP E* 2004, n°1475 p. 1576

DAVID (J.), Le désendettement en agriculture, *in Droit civil, procédure, linguistique juridique : Ecrits en hommage à Gérard Cornu* : Paris : PUF, 1995, p.101

DEVEZE (J.), Petites grandeurs et grandes misères de la sollicitude à l'égard du dirigeant caution personne physique, *in Liber amicorum Philippe Merle* : Paris : Dalloz, 2012, p. 165 et s.

DJOUDI (J.) et **BOUCARD (F.)**, la protection de l'emprunteur profane, *D.* 2008. 500

DUBOIS (P.) et **TERRIER (G.)**, Réflexions sur l'article 93, alinéa 3, de la loi du 25 janvier 1985 – Rédaction loi n°94-475 du 10 juin 1994, article 55, *in Prospectives du droit économique – Dialogues avec Michel Jeantin* : Paris Dalloz, 1999, p. 389 et s.

DUREUIL (B.) et **MESTRE (J.)**, La « purge » des dettes par l'article 169 de la loi du 25 janvier 1985 : *RPC* 1989 p. 389 et s.

FAGES (B.), Cœur défense contre Canal de Craponne ? obs. sous Com. 8 mars 2011 : *RTD civ.* 2011, p. 351

FRISON-ROCHE (M.-A.), Le caractère collectif des procédures collectives : *RJ com.* 1996, p. 293

GENICON (T.), Réflexions sur la dimension politique de la technique juridique en droit des contrats, in *Le juriste en droit des contrats : oppositions juridiques ou oppositions politiques ? in La place du juriste face à la norme*, Trav. Asso. H. Capitant, Journées nationales, Rennes : Dalloz, 2012, p. 85 et s.

GERARDIN (N.), Le créancier, la caution et le débiteur surendetté : *LPA* 31 mars 2000, n°65, p. 5 et s.

GJIDARA-DECAIX (S.), Le nouveau visage des procédures de surendettement des particuliers – Présentation de la loi du 1^{er} juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation : *RPC* juillet-août 2010, Etude 20 p. 10 et s.

GJIDARA-DECAIX (S.), *J.-Cl. conc. consom.*, V° Surendettement des particuliers, fasc. 1140

GRYNBAUM (L.), Vers un droit de rétractation généralisé ? : *RDC* 2005, p. 527 et s.

GUYON (Y.), Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives, in *Le contrat au début du XXI^e siècle – Etudes offertes à Jacques Ghestin* : Paris : LGDJ, 2001, p. 405 et s.

HEBRAUD (P.), Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques, in *Mélanges offerts à J. Maury*, Tome 2 : Dalloz-Sirey p. 419

HUGON (C.), L'approche théorique de la procédure de rétablissement personnel : *CCC*, octobre 2005, Dossier n°10, p. 13 et s.

JAMIN (C.), Révision et intangibilité du contrat ou la double philosophie de l'article 1134 du Code civil : *Dr. & Patrimoine*, mars 1998, p.46 et s.

JAMIN (C.), Brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil : *D.* 2002, chron. p. 901

KENDERIAN (F.), Le bail commercial relève-t-il du régime des contrats en cours en cas de procédure collective du bailleur ? : *D.* 2003, p. 610 et s.

KHAIRALLAH (G.), Le droit commun de la faillite internationale à l'heure du droit européen de l'insolvabilité, in *Liber amicorum Philippe Merle* : Paris : Dalloz, 2012, p. 417 et s.

KULL (A.), L'intégration du droit de la consommation dans le BGB in *La réforme du droit allemand des obligations - Colloque du 31 mai 2002 et nouveaux aspects*, sous la dir. F. RANIERI, C. WITZ : Paris : Société de législation comparée, 2004

LAGARDE (X.), Analyse prospective et comparatiste de la loi sur le rétablissement personnel : *RD banc. et fin.* Septembre-octobre 2006, p. 55 et s.

LAUDE (A.), La non-continuation des contrats dans les procédures collectives in *La cessation des relations contractuelles d'affaires* (Colloque de l'Institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, 30-31 mai 1996) : PUAM, 1997, p.110

LEBEL (C.), Le paiement à l'épreuve des procédures collectives, in *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation – Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross* : Nancy : PU Nancy, 2009, p. 449 et s.

LE COBRE-BROLY (E.), La résiliation de plein droit des contrats du fait de la liquidation judiciaire non assortie d'une période de poursuite provisoire d'activité : *JCP E* 2005, comm. 1423, p. 1565 et s.

LE CORRE (P.-M.), Le sort du contrat non cédé dans le plan de cession : *JCP E* 2006, n°2671, p.1987

LE CORRE (P.-M.), La poursuite des associés de sociétés sous procédure collective par les créanciers : *JCP E* 2008, 1326

LE CORRE (P.-M.), La créance non déclarée au passif et le jeu de la prescription, in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot* : Paris : Dalloz : Lexis Nexis, 2010, p.469

LECUYER (H.), Redéfinir la force obligatoire du contrat ? : *LPA* 6 mai 1998, n°54, p. 44 et s.

LEDAN (S.), Analyse comparative de la procédure de surendettement des particuliers et celle relative à la sauvegarde des entreprises : *CCC*, juin 2006, p. 5 et s, et juillet 2006, p.5

LEQUETTE (Y.), Retour sur le solidarisme : le rendez-vous manqué des solidaristes français avec la dogmatique juridique, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser* : Paris : LexisNexis : Dalloz, 2012, p.879

MACKAAY (E.), L'efficacité du contrat – une perspective d'analyse économique du droit in *L'efficacité du contrat*, sous la dir. G. LARDEUX : Paris : Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2011, p. 31 et s.

MACORIG-VENIER (F.), La rupture des contrats : *LPA* 6 septembre 2000, n°178, p. 22 et s.

MACORIG-VENIER (F.), L'effacement des dettes dans le droit du surendettement : *Droit & Patrimoine*, septembre 2009, p.54 et s.

MAINGUY (D.), Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats, in *Mélanges Michel Cabrillac* : Paris : Dalloz : Litec, 1999, p. 165

MARTIAL-BRAZ (N.), Les recours de la caution au cœur de la tempête ! *D.* 2013 p.935 et s.

MARTIN (D.), La sécurité contractuelle à l'épreuve du redressement judiciaire : *JCP N* 1986, p. 180

MARTIN (D.), Le contrat à l'épreuve du redressement judiciaire in *Le droit contemporain des contrats*, sous la dir. L. CADIET : Paris : Economica, 1987, p. 141 et s.

MARTIN-SERF (A.), Les contrats en cours avant option de l'administrateur : *RJ. com.* novembre 1992, n° spécial (Le sort des contrats en cours dans le redressement), p.8 et s.

MATHIEU-IZORCHE (M.-L.), La loi sur le rétablissement personnel : questions de situation : *D.* 2003, p. 610 et s.

MAZEAUD (D.), Endettement des particuliers, Rapport français, in *L'endettement, Travaux association Capitant*, t. XLVI : Paris : Société de législation comparée, 1997, p 127 et s.

MAZEAUD (D.), La réduction des obligations contractuelles : *Dr. & Patrimoine*, mars 1998, p.58 et s.

MAZEAUD (D.), Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique – Rapport de synthèse présenté au 94^e Congrès des notaires : *Deffrénois*, 1998, art. 36 874, p. 1137 et s.

MAZEAUD (D.), « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? », in *L'avenir du droit – Mélanges en hommage à F. Terré* : Dalloz, 1999, p. 603 et s

MAZEAUD (D.), Droit commun du contrat et droit de la consommation – Nouvelles frontières ? in *Etudes de droit de la consommation – Liber amicorum J. Calais-Auloy* : Paris : Dalloz, 2004

MAZEAUD (D.), Regards positifs et prospectifs sur « le nouveau monde contractuel » : *LPA*, 7 mai 2005, n°92 p. 47 et s.

MERLE (W.), Le droit allemand à travers l'Insolvenzordnung : *Gaz. Pal.*, 26, 27 février 2003, p. 17

MONSERIE (M.-H.), Aperçu sur les apports récents de la confrontation du droit des procédures collectives et du droit des obligations, in *Prospectives du droit économique – Dialogues avec Michel Jeantin* : Paris : Dalloz, 1999, p. 429 et s.

MONSERIE-BON (M.-H.), L'effacement des dettes dans le droit des entreprises en difficulté : *Dr. & Patrimoine*, septembre 2009, p.64 et s.

MONSERIE-BON (M.-H.), Associés de société civile et procédure collective : une rencontre réussie ? in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot* : Paris : Dalloz : Lexis Nexis, 2010, p.547

MONTERAN (T.), L'influence des procédures collectives sur la poursuite et la fin des contrats : *Gaz. pal.* sept.-oct. 2003, p. 2716 et s.

MONTREDON (J.-F.), La théorie générale du contrat à l'épreuve du nouveau droit des procédures collectives : *JCP E* 1988, 16156, p. 268 et s.

MOURY (J.), La responsabilité du fournisseur de crédit dans le marc de l'article L.650-1 du Code de commerce, *D.* 2006.1743

MUIR WATT (H.), *Personnal Insolvency* en droit anglais : un autre découpage : *Gaz. Pal.*, 26, 27 février 2003, p. 17

OPPETIT (B.), L'endettement et le droit in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida* : Paris : Dalloz, 1991, p. 295 et s.

PAILLUSSEAU (J.), Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté (ou quelques réflexions sur la renaissance (?)... d'un droit en dérive) in *Etudes offertes à Roger Houin* : Dalloz, 1985, p. 109

PAISANT (G.), Du redressement judiciaire civil à la faillite civile ? : *CCC*, juin 1991, p. 1 et s.

PAISANT (G.), Que reste-t-il de l'intangibilité du contrat ? Introduction : *Dr. & Patrimoine*, mars 1998, p.42 et s.

PAISANT (G.), La réforme de la procédure de traitement du surendettement par la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre les exclusions : *RTD com.* 1998, p. 743 et s.

PEROCHON (F.) et ROUSSEL GALLE (Ph.), Controverse amicale sur la non reprise des poursuites après clôture de la liquidation judiciaire pour extinction du passif, in *Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot* : Paris : Dalloz : Lexis Nexis, 2010, p.559

PETEL (Ph.), Le sort des contrats conclu avec l'entreprise en difficulté : *LPA* 18 mai 1992, n°60, p. 24

PETEL (Ph.), Surendettement des particuliers et difficultés des entreprises – Brève étude de droit français comparé interne in *Etudes de droit de la consommation – Liber amicorum J. C. Auloy* : Paris : Dalloz, 2004, p.835 et s.

PETEL (Ph.), La procédure de rétablissement personnel et les procédures collectives du Code de commerce : *CCC*, octobre 2005, Dossier 15, p.29 et s.

PETEL (Ph.), Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II : *JCP E* 2009, 1049 p. 27 et s.

PICOD (Y.), Proportionnalité et cautionnement – Le mythe de Sisyphe, in *Etudes de droit de la consommation – Liber amicorum J. Calais-Auloy* : Dalloz, 2004, p. 843 et s.

RAYMOND (G.), Quatrième étape pour le surendettement : le redressement personnel : *CCC*, août-sept. 2003, p. 7 et s.

REGNAUT-MOUTIER (C.), Le partenaire contractuel du débiteur en faillite in *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation – Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross* : Nancy : PU Nancy, 2009, p. 503 et s.

REGNAUT-MOUTIER (C.), le traitement des difficultés des syndicats des copropriétaires : *RPC* mai-juin 2010, Etude 12, p. 18 et s.

REGNAUT-MOUTIER (C.) et **VALLANSAN (J.)**, « Faillite » des entreprises et surendettement des particuliers – Etude comparative et prospective, in *Mélanges dédiés à la mémoire du doyen Jacques Héron* : Paris : LGDJ, 2009, p. 443 et s.

REGNAUT-MOUTIER (C.) et **VALLANSAN (J.)**, Le périmètre d'application des procédures collectives : la répartition entre la procédure commerciale et la procédure consumériste : *RPC* janvier 2011 p. 55

REYGROBELLET (A.), La notion de surendettement face à la cessation des paiements : *Gaz. Pal* 26, 27 février 2003, p. 312

REYGROBELLET (A.), caractère collectif de la procédure et traitements du surendettement des particuliers : *RPC.*, mai-juin 2012, Dossier 20, p. 99 et s.

ROCHFELD (J.), La rupture efficace, in *Droit et économie des contrats*, sous la dir. C. JAMIN : Paris : LGDJ, coll. « Droit & économie », 2008, p. 35 et s.

ROSENBERG (J.), Incidence de la loi n°89-1010 du 31 décembre 1989 sur le Droit civil français : *Gaz. Pal.* 1991, Doctrine 1, p. 3 et s.

ROUHETTE (G.), « Droit de la consommation » et théorie générale du contrat, in *Etudes offertes à René Rodière* : Paris : Dalloz, 1982, p. 247 et s.

ROUHETTE (G.), La force obligatoire du contrat, Rapport français in *Le contrat aujourd'hui – comparaisons franco-anglaises*, sous la dir. D. TALLON et D. HARRIS : Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence (coll. « Bibliothèque de droit privé », tome 196), 1987, p. 27 et s.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.) et **SAINT-ALARY (B.)**, Le dirigeant caution : *Droit & Patrimoine*, mars 1996, p.42

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), Les copropriétés en difficulté : l'irruption du droit de l'entreprise dans le droit des biens in *Mélange en l'honneur de Jean Pailluseau : Aspects organisationnels du droit des affaires* : Paris : Dalloz, 2003, p. 457 et s.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), L'effacement des dettes (introduction) : *Droit & Patrimoine*, septembre 2009, p.53

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), Le périmètre du droit de la défaillance économique – Propos introductifs : *RPC* janvier 2011, p.51

SAINTOURENS (B.), Les conditions d'ouverture des procédures après l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté : *RPC* janvier-février 2009, Dossier 4 p. 40

SALHI (K.), La répartition des procédures de surendettement et des procédures collectives d'entreprises : *RPC.*, juillet-août 2009, p. 16 et s

SALVAT (O.), La situation des garants : *RPC* juin 2006, p. 147 et s.

SIRI (A.), L'évolution des interprétations du principe de la force obligatoire du contrat de 1804 à l'heure présente: *RRJ* 2008,2, p. 1339 et s.

SOINNE (B.), « surendettement » et « faillite » : unité ou dualité des régimes : *RPC.*, 1998-1, p. 1 et s.

SORTAIS (J.-P.), Le surendettement des particuliers en droit comparé : *LPA* 21 mai 1999, n°101, p. 16

SORTAIS (J.-P.), « Faillite » et surendettement : quelques éléments pour une comparaison in *Procédures collectives et droit des affaires : morceaux choisis : mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat* : Paris : Frison-Roche, 2000, p. 227 et s.

STEFANIA (T.), Le sort des contrats en cours en droit du rétablissement personnel : *D.* 2013, p.384

STORK (M.), La faillite civile – Une institution du droit local d’Alsace et de Moselle : *JCP G* 1989, I 3387

STORK (M.), La faillite civile en Alsace-Moselle : *Dr. & Patrimoine*, octobre 1998, p. 62 et s.

TALLON (D.), L’inexécution du contrat : pour une autre présentation : *RTD civ.* 1994, p. 223 et s.

TALLON (D.), Pourquoi parler de faute contractuelle ? *in Ecrits en hommage à Gérard Cornu* : PUF, 1995, p.429

TEBOUL (G.), Le sort des contrats pendant les procédures collectives : quels choix opérer ? : *Gaz. Pal.* avril 2004, p. 938

TERRE (F.), Droit de la faillite ou faillite du droit ? : *RJ. com.* 1991.1, p.1 et s.

THIBIERGE-GUELFUCCI (C.), Libres propos sur la transformation du droit des contrats : *RTD civ.* 1997, p. 357 et s.

TIRVAUDEY-BOURDIN (C.), Le bail commercial à l’épreuve de la procédure collective du bailleur : *RPC* 2004, p. 30 et s.

VALLANSAN (J.), L’évolution des personnes assujetties à la procédure collective : 1985-2005 : *RLDA*, 26mars 2005, n°80, p.12 s.

VALLANSAN (J.), Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Continuation des contrats en cours . – Droit commun, *J.-Cl. proc. coll.*, fasc. 2335

VALLENS (J.-L.), Les « effets pervers » de la loi de sauvegarde des entreprises : *RTD com.* 2007, p. 604 et s.

VATINET (R.), Le *mutuus dissensus* : *RTD civ.* 1987 p. 252 et s.

WESTER-OUISSE (V.), La caducité en matière contractuelle : une notion à réinventer : *JCP G* 2001 I. 290, p. 181 et s.

WICKER (G.), *V° Fiction*, *in Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. D. ALLAND et S. RIALS : PUF, coll. « Quadrige », 2003

WICKER (G.), Force obligatoire et contenu du contrat *in Les concepts contractuels français à l’heure des principes du droit européen des contrats*, sous la dir. P. REMY-CORLAY et D. FENOUILLET : Paris : Dalloz (coll. « Thèmes et commentaires »), 2003, p.151

WICKER (G.), La légitimité de l’intérêt à agir, *in Mélanges en l’honneur d’Yves Serra* : Paris : Dalloz, 2006, p. 455 et s.

WICKER (G.), La réforme du droit français des contrats : de la cause à la causalité juridique, *in Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe* : Sellier, 2009, p.51

IV. Arrêts cités

Cass. Civ. 3^e, 5 décembre 1973 : *JCP* 1974. IV. 25

Cass. Com., 17 mars 1975 : *D.* 1975, jurispr. p. 553, note F. DERRIDA

Cass. Com. 8 décembre 1987 : *JCP G* 1988, II, 20927, note M. JEANTIN

Cass. Civ. 1^{re}, 4 avril 1991 : *Bull. civ.* I, n°124 ; *D.* 1992, I.R. p.151

Cass. Civ. 1^{re}, 31 mars 1992 : *D.* 1993.149, note P. ANCEL et M.-C. RONDEAU-RIVIER

Cass. Civ. 1^{re}, 14 mai 1992 : *RTD com.* 1992.864 obs. PAISANT

Cass. Com., 2 mars 1993 : *JCP G* 1993, IV, 1162

Cass. Com., 8 juin 1993 : *Bull. civ.*, IV, n°230

Cass. Civ. 13 juin 1995 : *D.* 1996, somm. p.79, note P.-L. CHATAIN DE FERRIERES

Cass. Civ. 1^{re}, 3 juillet 1996 : *D.* 1997.500, note Ph. REIGNE ; *JCP G* 1997.I.4015, n°4-5, obs. F. LABARTHE

Cass. Civ. 1^{re}, 1^{er} juillet 1997, n°95-15.642 : *Bull. civ.* I, n°224 ; *D.* 1998. Somm. com. p.110 obs. D. MAZEAUD

Cass. Com. 17 juin 1997, *Macron* : *Bull. civ.* IV, n°188 ; *JCP E* 1997, II, 1007, note LEGEAIS ; *D.*1998.208, note CASEY

Cass. Com. 1^{er} octobre 1997, n°94-22.145 : *JCP E* 1998 p. 29, n°5 obs. CABRILLAC

Cass. Com. 15 juin 1999, n°97-12.093 : *JCP G* 2000. I. 272, n°9 obs. A. CONSTANTIN

Cass. Civ. 2^e, 29 juin 1999, n°92-16.788, inédit

Cass. Com. 15 février 2000 : *D.*2000.364 obs. Ph. DELEBECQUE ; *Deffrénois* 2000, 1118, note D. MAZEAUD

Cass. Com. 20 juin 2000, n°97-18.204 : *D.* 2000.343 note PISONI
 Cass. Com., 8 octobre 2002, *Nahoum* : *Bull. civ.* IV, n°136, *JCP E* 2002, 1730, note LEGEAIS ;
*D.*2003.414, note KOERING
 Cass. Civ. 3^e, 18 février 2003, n°01-13303 : *Bull. civ.* III, n°39 ; *D.* 2004 p. 843 obs. DAMAS
 Cass. Civ. 2^e, 8 avril 2004, n°03-04.013 : *Bull. civ.* II, n°190 ; *CCC* 2004, comm. 166, obs. G.
 RAYMOND
 Cass. Com., 8 mars 2005 : *JCP E* 2005, 1046, n° 9, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER
 Cass. Civ. 1^{re}, 10 mai 2005, n°03-11.301, inédit
 Cass. Civ. 1^{re}, 22 mai 2008 : *CCC* 2008, comm. 217, obs. G. RAYMOND
 Cass. Com. 12 novembre 2008 : *Bull. civ.* IV, n°191 ; *D.* 2008.2929
 CA Paris, 13 janvier 2009 : *RPC* 2009 comm. 65, note S. GJIDARA-DECAIX
 Cass. Com., 10 mars 2009, n° 07-16.325, inédit : *APC* 2009-8, n°128 obs. PETIT
 Cass. Civ. 2^e, 2 juillet 2009, n°08-16.392, inédit
 Cass. Com., 6 octobre 2009, n°07-15.325 : *Bull. civ.* IV n°120 ; *D.* 2009.2484 obs. LIENHARD ; *JCP E*
 2010, 1011, n°6 obs. PETEL
 Cass. Com. 20 octobre 2009 : *D.* 2009.2607 obs. DELPECH
 Cass. Crim. 13 janvier 2010 : *CCC* 2010 comm. 143, note G. RAYMOND
 Cass. Com. 9 février 2010, n°08-17.670, 08-15.191 et n°08-17.144 : *Bull. civ.* IV, n°35 ; *RPC* 2010-2,
 étude 6, conclusions R. BONHOMME ; *JCP E* 2010, 1296, n°1 obs. PETEL
 Cass. Com. 8 mars 2011, n°10-13.988 : *APC* 2011-7, comm. 106, note SAINTOURENS ; *D.* 2011.919
 note LE CORRE ; *JCP E* 2011, 163, n°1 obs. PETEL
 Cass. Com. 12 juillet 2011, n°09-71.113
 Cass. Com. 27 mars 2012, n°10-20077 : *D.* 2012.870 obs. LIENHARD
 Cass. Civ. 2^e, 12 avril 2012, n° 11-10.228 : *D.* 2012. 1120, obs. V. AVENA-ROBARDET
 Cass. Com., 16 octobre 2012, n°11-22.993 : *Bull. civ.* IV, n° 1003

INDEX ALPHABÉTIQUE

- A -

Agriculteur : 7, 21, 110
Artisan : 7, 21
Associé : 7, 28, 62
Attentes raisonnables : 12, 85, 100, 167
Autonomie de la volonté : 9

- B -

Bonne foi
- Notion : 11, 12, 85, **172 et s.**
- Surendettement : 120 et s., 128
- Entreprises en difficulté : 123 et s., 129

- C -

Caducité : 96 et s.
Cause : 86 et s., 92, 168 et s.
Cautionnement
- Entreprises en difficulté : 158, 159, 177, 178
- Proportionnalité : 90, 122
- Poursuites contre la caution : 158, 165
- Recours de la caution : 159, 165
- Surendettement : 165, 177, 178
Cessation des paiements : 108-109
Cession : 22, 60, 79 et s.
Clause :
- Clause abusive : 86
- Clause résolutoire : 40, 42, 63
Clôture pour insuffisance d'actif : 4, 6, 30, **155 et s.**, 173, 177
Continuation : V. contrat en cours
Contrat
- Bail d'habitation : 47
- Bail commercial : 72, 78
- Crédit à la consommation : 50
- En cours : 18, **23 et s.**, 36, **40 et s.**, **56 et s.**
- Mandat : 48
- de situation / d'occasion : 35
Créance
- V. Déclaration de créance
Crédit
- Lié : 50, 92
- V. Soutien abusif
- V. Crédit à la consommation

- D -

Déchéance : 128
- Du droit aux intérêts : 121
- Notion : 173
Déclaration de créance : 157, 161
Délai
- de paiement
-- Entreprises en difficulté : 144
-- Surendettement : 148
- Plan : 144
- V. Report et rééchelonnement
Dirigeant : 7, 129
Dommages-intérêts :
- Rupture du contrat : 98
- V. responsabilité

- E -

Effacement : **161 et s.**
Entreprises en difficulté
- Evolution : 4
Exception d'inexécution : 42, 67, 144, 156
Excès : 176

- F -

Faillites
- Evolution : V. entreprises en difficulté
Faute : 7, 98, 121, 129, 173
Faveur pour le contrat : 89, **94-95**
Force obligatoire :
- Force obligatoire du contrat (notion) : 2, 8, 12, 13,
- Force du lien d'obligation : 101
Forclusion : 157, 161
Fraude paulienne : 125, 171

- G -

Grâce : V. délais

- I -

Imputation des paiements : 150
Incombance : 173
Inexécution : 13, 14, 17, 18, 54, 58 et s., **64 et s.**, **98**, 144, 156, 166

Insolvabilité : 108-109
Insuffisance d'actif : V. responsabilité
Intangibilité :
- Notion : 2, 13, 101
- V. Force obligatoire
Intérêts :
- Arrêt du cours des intérêts : 137 et s.
- Réduction du taux d'intérêt : 149
- Déchéance des intérêts : V. déchéance
Intérêt à agir : V. Légitimité
Irrévocabilité :
- Notion : 2, 13, 14
- V. Force obligatoire

- L -

Légitimité de l'intérêt à agir : 172
Liberté contractuelle : 81
Liquidation judiciaire
- Critères : 115
- V. Clôture pour insuffisance d'actif

- M -

Mandat : V. contrat
Mauvaise foi : V. bonne foi
Mise en demeure : 76, 78

- N -

Nullité :
- Période suspecte : 125, 126, 171

- O -

Obligation :
- Naturelle : 177-178
Option : 24, 54, 68, **75 et s.**

- P -

Paiement :
- interdiction des paiements : 140-141
- imputation : V. imputation des paiements
Personne morale : 7, 8, 21, 110
Plan : 4, 22, 15, 69, **79 et s.**, 113, 114, **142 et s.**
Prêt immobilier : 5, 152
Procédure collective :
- Notion : 3
Procédure d'insolvabilité :
- Notion : 3
Politique juridique : 11, 182
Positivismes : 9
Profession libérale : 7
Proportionnalité : V. cautionnement

- R -

Réduction
- de dette : 145, 152
- V. réduction du taux d'intérêt
- notion : 174 et s.
Régime des contrats en cours :
- V. continuation des contrats en cours
- V. révocation unilatérale
Report et rééchelonnement : 144, 148
Résolution judiciaire : 13, 14, 18, 36, 67, 72, 82, 95 et s., 98, 140, 144, 166
Responsabilité :
- du prêteur : 124
- pour insuffisance d'actif : 7, 129, 173
Rétablissement personnel :
- critères : n°116
- V. effacement
Révision : V. réduction
Révocation unilatérale : 2, 6, 10, 13, 17, 47, **73 et s.**, 89, 93

- S -

Solidarisme : 12
Surendettement :
- Evolution : 5
- V. bonne foi
- Notion : V. insolvabilité
- V. report et rééchelonnement
- V. réduction de dette
- V. effacement
- V. Cautionnement
Sûretés : V. cautionnement
Suspension des poursuites :
- Entreprises en difficulté : 140
- Surendettement : 141

- V -

Voies d'exécution : 141

TABLE DES MATIÈRES

HOMMAGES	II
ABREVIATIONS UTILISEES	III
SOMMAIRE	V
INTRODUCTION	1
PREMIERE PARTIE - L'IRREVOCABILITE DU CONTRAT AU REGARD DES PROCEDURES D'INSOLVABILITE	13
CHAPITRE 1. LE DOMAINE DE L'ATTEINTE A L'IRREVOCABILITE DU CONTRAT	14
Section I – La limitation du domaine de l'atteinte au droit des entreprises en difficulté	15
§1 – Identification du domaine de l'atteinte	15
A. Le domaine quant aux personnes	15
B. Le domaine quant aux contrats	16
§2 – Fondement de la limitation du domaine au droit des entreprises en difficulté	17
A. Spécificité tenant au débiteur en difficulté	18
1. Une entité importante en son sein	18
2. Une entité importante dans son environnement	18
B. Spécificité tenant aux contrats	19
1. Spécificité des contrats quant à leur rôle	19
2. Spécificité des contrats quant à leur nature	20
Section II – Vers un élargissement du domaine des atteintes à l'irrévocabilité	21
§1 – L'amorce d'une extension au droit du surendettement	21
A. L'introduction d'un régime des contrats en cours en droit du surendettement	21
B. Une extension limitée du domaine de l'atteinte au principe d'irrévocabilité	22
§2 – La possibilité d'un traitement de droit commun pour les particuliers	23
A. L'existence d'un traitement ponctuel de la révocation des contrats	24
1. Le traitement de la révocation des contrats dans la réglementation des contrats spéciaux	24
2. Le traitement de la révocation des contrats dans la réglementation des contrats de consommation	25
B. L'intérêt d'un traitement de droit commun	26
1. Un traitement plus large	26
2. Un traitement plus complet	27
CHAPITRE 2. LE REGIME DE L'ATTEINTE A L'IRREVOCABILITE DU CONTRAT	28
Section I – La nature des atteintes à l'irrévocabilité du contrat	29
§1 – L'atteinte par le maintien des contrats utiles à l'entreprise en difficulté	29
A. La continuation du contrat en dépit des prévisions contractuelles	29
1. Le caractère d'ordre public du régime des contrats en cours	29
2. L'inefficacités des prévisions conventionnelles relatives à l'ouverture d'une procédure collective	30
B. La continuation du contrat en dépit des inexécutions contractuelles	31
1. La rigueur du principe général du maintien des contrats en cours	31

a. La portée du principe durant la période d'observation.....	31
b. La portée du principe au-delà de la période d'observation	32
2. Les contrepoids du principe assurant un équilibre des intérêts.....	32
§2 – L'atteinte par l'anéantissement des contrats contraires à l'intérêt de l'entreprise en difficulté	34
A. L'anéantissement des contrats inutiles pour la sauvegarde du débiteur	34
1. Un anéantissement relevant d'une décision unilatérale.....	34
a. L'option initiale (art. L.622-13 III 1° et L.622-13 IV).....	34
b. La période postérieure à l'option (art. L.622-13 II).....	35
2. Une anéantissement respectueux des intérêts du cocontractant.....	35
B. L'anéantissement des contrats inutiles pour l'efficacité du plan de cession.....	36
1. La continuation des seuls contrats nécessaires au maintien de l'activité.....	36
2. Le débat portant sur le sort des contrats non continués	37
Section II – L'appréhension des atteintes à l'irrévocabilité du contrat par la théorie générale du contrat	38
§1 – L'appréhension des cas de l'atteinte par une conception renouvelée de la cause	39
A. Une conception renouvelée de la notion de cause	39
1. Cause et utilité du contrat.....	40
2. Cause et capacité d'exécution des parties	41
B. Une conception renouvelée du moment de l'appréciation de la cause	42
§2 – L'appréhension des effets de l'atteinte.....	42
A. L'appréhension du maintien du contrat : le principe de faveur pour le contrat.....	43
B. L'appréhension de la révocation du contrat : la caducité.....	44
SECONDE PARTIE - L'INTANGIBILITE DU CONTRAT AU REGARD DES PROCEDURES D'INSOLVABILITE.....	46
CHAPITRE 1. LES CONDITIONS DE L'ATTEINTE A L'INTANGIBILITE DU CONTRAT.....	47
Section I – Les conditions positives : la situation économique du débiteur obérée	47
§1 – L'exigence commune de difficultés économiques dans les deux types de procédures	48
A. L'ampleur des difficultés, facteur commun des procédures d'insolvabilité	48
B. La source des difficultés, facteur de dissociation des procédures d'insolvabilité.....	49
§2 – L'existence commune de degrés de difficultés dans les deux types de procédures	50
A. Les difficultés laissant espérer un redressement du débiteur.....	51
B. Les difficultés traduisant une situation irrémédiablement compromise	51
Section II – Les conditions négatives : les difficultés exclues	52
§1 – Les difficultés frauduleusement causées par le cocontractant.....	53
A. Les solutions propres au droit de la consommation.....	53
B. Les solutions propres au droit des entreprises en difficulté	54
§2 – Les difficultés abusivement causées par le débiteur.....	56
A. Les solutions propres au droit de la consommation.....	56
B. Les solutions propres au droit des entreprises en difficulté	57
CHAPITRE 2. LE REGIME DE L'ATTEINTE A L'INTANGIBILITE DU CONTRAT	59
Section I – La nature des atteintes à l'intangibilité du contrat	60
§1 – L'atteinte par l'allègement des obligations du débiteur	60
A. Les allègements résultant de la période d'observation	60

1. Les mesures relatives aux intérêts des créances.....	61
2. Les mesures relatives à l'exigibilité des créances.....	62
B. Les allègements résultant des opérations de la procédure	63
1. Dans les procédures collectives des entreprises : les plans.....	63
a. L'imposition de délais uniformes de paiement	63
b. Les remises partielles de dette.....	64
2. Dans les procédures de surendettement des particuliers.....	64
a. Les mesures indirectes d'allègement de l'obligation	64
b. Les mesures directes d'allègement de l'obligation	65
§2 – L'atteinte par l'anéantissement des obligations du débiteur	66
A. L'anéantissement des obligations du débiteur en droit des entreprises en difficulté : une simple extinction des poursuites	66
1. L'extinction du droit de poursuite contre le débiteur.....	67
2. La survie du droit de poursuite contre les garants	68
B. L'anéantissement des obligations du débiteur en droit du surendettement : un effacement de la dette	69
1. Les effets de l'effacement sur les dettes	69
a. A l'égard du débiteur.....	70
b. A l'égard des garants.....	70
2. Les effets de l'effacement sur les contrats	71
Section II – L'appréhension des atteintes à l'intangibilité du contrat par la théorie générale du contrat	72
§1 – L'appréhension des cas de l'atteinte par une conception renouvelée de la cause	72
A. La cause comme notion justificative de l'atteinte.....	73
B. La cause comme notion justificative des limites de l'atteinte.....	73
§2 – L'appréhension des effets de l'atteinte.....	75
A. L'appréhension de l'allègement des obligations par la réduction	76
B. L'appréhension de l'extinction du droit au paiement par la réduction	77
CONCLUSION GENERALE.....	79
BIBLIOGRAPHIE	80
INDEX ALPHABETIQUE	88
TABLE DES MATIERES	90