



La protection des droits des créanciers dans les opérations de restructuration des sociétés

Saadatou Boureima Soumana

► To cite this version:

Saadatou Boureima Soumana. La protection des droits des créanciers dans les opérations de restructuration des sociétés. Droit. Université de Bordeaux, 2015. Français. <NNT : 2015BORD0371>. <tel-01280256>

HAL Id: tel-01280256

<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01280256>

Submitted on 29 Feb 2016

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

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

THÈSE PRÉSENTÉE POUR OBTENIR LE GRADE DE

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT

Par Saadatou BOUREIMA SOUMANA

**LA PROTECTION DES DROITS DES CREANCIERS DANS LES
OPERATIONS DE RESTRUCTURATION DES SOCIETES**

Sous la direction de M le Professeur Bernard SAINTOURENS

Soutenue le 10 décembre 2015

Membres du jury

M Jean- Philippe DOM

Professeur à l'Université de Rouen, **rapporteur**

M Arnaud LECOURT

Maître de conférences à l'Université de Pau et des pays de l'Adour, **rapporteur**

M Gaël PIETTE

Professeur à l'Université de Bordeaux

M Bernard SAINTOURENS

Professeur à l'Université de Bordeaux, **directeur de la recherche**

A mes parents qui m'ont appris à me dépasser dans la recherche du bien,
A la mémoire de ma sœur Leila qui a illuminé ma vie pendant 29 belles années.

Remerciements

La réalisation de ce travail a été possible grâce à la confiance que M Bernard SAINTOURENS m'a faite en acceptant de m'encadrer. Il a su me diriger avec patience et compréhension. Pour cela, je lui exprime ma profonde gratitude.

Pendant les années que mes recherches ont duré, j'ai également pu compter sur les conseils éclairés de plusieurs membres de l'IRDAP auxquels j'adresse mes sincères remerciements.

Par ailleurs, la solitude de ce travail a moins pesé sur moi grâce au soutien sans faille de ma famille et de mes amis, en particulier grâce à celui de ma sœur Rabi à qui « j'ai volé ses plus belles années ». Mon mari Kader, quant à lui, s'est joint à l'aventure vers la fin, mais a été l'une des grandes causes de cet aboutissement. Tout comme mon fils Amine qui m'a poussée à mieux m'organiser pour concilier ma vie de famille avec les impératifs de la rédaction. Puissiez-vous être récompensés de la meilleure des manières pour vos efforts et vos sacrifices.

Enfin, je ne saurais terminer sans remercier M Gaël PIETTE, M Jean-Philippe DOM et M Arnaud LECOURT de m'avoir accordé l'honneur d'accepter de constituer mon jury de soutenance.

Sommaire

(Les numéros renvoient aux pages)

INTRODUCTION	1
 PARTIE 1 : LE FONDEMENT DE LA PROTECTION DES CREANCIERS DANS LES OPERATIONS DE RESTRUCTURATION DES SOCIETES.....	 11
Titre 1 : L'identification du fondement de la protection des créanciers	12
Chapitre 1 : L'assujettissement de la société débitrice au respect des obligations antérieures à sa restructuration	13
Chapitre 2 : La restriction de l'autonomie juridique de la société par les engagements antérieurs à sa restructuration	40
Titre 2 : La justification du fondement retenu à travers les différentes mesures de protection des créanciers	52
Chapitre 1 : La vérification du fondement des mécanismes de protection des créanciers issus du droit commun.....	53
Chapitre 2 : La vérification du fondement des mécanismes de protection des créanciers relevant du droit spécial	86
 PARTIE 2 : LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROTECTION DES CREANCIERS DANS LES OPERATIONS DE RESTRUCTURATION DES SOCIETES.....	 107
Titre 1 : La procédure judiciaire assurant la mise en œuvre de la protection des créanciers	108
Chapitre 1 . Les actions en justice ouvertes à tous les créanciers	109
Chapitre 2 . Les actions en justice visant la protection de certaines catégories de créanciers	123
Titre 2 : L'efficacité de la protection des créanciers.....	135
Chapitre 1 : Les sanctions insuffisantes de la société débitrice	136
Chapitre 2 : La mise en cause de la responsabilité des dirigeants de la société débitrice.....	160
 CONCLUSION GENERALE	 169

Principales abréviations

<i>Adde</i>	Voir également
al.	Alinéa
art.	Article
Ass. Plén.	Assemblée plénière
BRDA.	Bulletin rapide de droit des affaires
Bull. civ.	Bulletins des arrêts de la Cour de cassation (Chambres civiles)
Bull. crim.	Bulletins des arrêts de la Cour de cassation (Chambre criminelle)
Bull. Joly	Bulletin Joly (mensuel d'information des sociétés)
C.E.	Conseil d'Etat
CA	Cour d'appel
CAA	Cour d'appel administrative
Cass. civ. 1 ^{ère}	Cour de cassation, première chambre civile
Cass. civ. 2 ^{ème}	Cour de cassation, deuxième chambre civile
Cass. civ. 3 ^{ème}	Cour de cassation, troisième chambre civile
Cass. com	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. crim	Cour de cassation, chambre criminelle
<i>Cf.</i>	Se reporter à
Ch.	Chambre
Chron.	Chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
comm.	Commentaire
Contr. Conc. Consum.	Contrat, concurrence, consommation
<i>contra</i>	en sens contraire
D.	Recueil Dalloz
D. aff.	Dalloz affaires
Défrénois	Répertoire défrénois
dir.	sous la direction de
doct.	Doctrine
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
Dr. fiscal	Droit fiscal
Dr. ouvrier	Droit ouvrier
Dr. social	Droit social
Dr. sociétés	Droit des sociétés
éd.	Edition
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	Ibidem
JCP	La Semaine Juridique édition Générale
JCP E	La Semaine Juridique édition Entreprise
JCP N	La Semaine Juridique édition Notariale et immobilière
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
LPA	Les Petites Affiches
obs.	Observation

<i>op. cit.</i>	opere citato
préc.	Précité
PU	Presses universitaires
PUF	Presses universitaires de France
R.J.D.A.	Revue de jurisprudence de droit des affaires
R.J.S.	Revue de jurisprudence sociale
rappr.	rapprocher de
RDC	Revue des contrats
Rép. civ. Dalloz	Répertoire de droit civil, Dalloz
Rép. des soc. Dalloz	Répertoire de droit des sociétés, Dalloz
Rép. dr. trav.	Répertoire de droit du travail, Dalloz
Rép. proc. civ. Dalloz	Répertoire de procédure civile, Dalloz
Req.	Chambres des requêtes, Cour de cassation
Rev. Lamy dr. aff.	Revue Lamy droit des affaires
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
s.	Suivants
somm.	Sommaire
spéc.	Spécialement
T. com.	Tribunal de commerce
V.	Voir
V°	Verbo

Introduction

« Pour n'être pas un phénomène nouveau, les restructurations sont aujourd'hui sous les feux de l'actualité, qu'elle soit économique ou juridique »¹.

1. Présentation de la notion de restructuration. Dans le contexte actuel de crise économique, la restructuration évoque surtout les difficultés financières d'une entreprise voire d'un pays. Ainsi, dans le cas d'une entreprise, elle est synonyme de bouleversements ayant un impact négatif sur le cadre de travail et conduisant souvent à des pertes massives d'emplois. Pourtant la restructuration est une opération beaucoup plus complexe dont la compréhension nécessite une étude approfondie².

Pour le sens commun, la restructuration désigne l'action de restructurer³, c'est-à-dire de donner (à une structure déterminée) une nouvelle organisation, suivant de nouveaux principes, en vue d'une meilleure adaptation aux besoins⁴.

Ce terme est utilisé dans de nombreux domaines comme l'urbanisme et la sociologie dans lesquels il fait respectivement référence à la réorganisation de l'utilisation de l'espace à de nouvelles fins ou selon de nouvelles conceptions, et à l'acquisition d'une nouvelle structure sociale⁵.

Il est également particulièrement utilisé en droit et en économie, notamment pour caractériser certains changements affectant l'entreprise. Ainsi, s'agissant de la matière économique, la restructuration d'une entreprise peut correspondre à la « modification du périmètre d'activités de l'entreprise consistant généralement à éliminer les activités les moins rentables, parfois à fusionner

¹ G. Auzero, « Les restructurations vues sous l'angle des prérogatives du comité d'entreprise : du légal au conventionnel », *Bull. Joly* 2006, n° 7, p. 867.

² V. C. Masquefa, *La restructuration*, thèse Paris, LGDJ, 2000.

³ <http://www.cnrtl.fr/definition/restructuration>

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

plusieurs activités pour bénéficier d'économies d'échelles, ou, plus rarement, à développer des activités prometteuses »⁶. A cet égard, elle manifeste l'adaptation de l'entreprise aux évolutions des conditions économiques lorsque celles-ci nécessitent un ajustement structurel⁷. Une fois que l'environnement économique de l'entreprise a déterminé le choix d'une restructuration, sa mise en œuvre fait appel au droit⁸. Ce qui donne un éclairage particulier à l'affirmation selon laquelle « les économistes auront à dire pourquoi et vers quel but mais les juristes seuls pourront dire par quelles règles et par quelles sanctions. Les uns donneront la fin, les autres les moyens. Il ne servirait à rien de poursuivre une fin que nul moyen ne permettrait d'atteindre »⁹.

Pourtant, lorsqu'on s'intéresse au sens juridique du terme restructuration, l'absence de définition légale et jurisprudentielle apparaît très vite. Fort heureusement, son emploi de plus en plus fréquent a conduit certains auteurs à en proposer des définitions. La restructuration est ainsi présentée, de façon très simple, comme un changement de structure, de vêtement juridique dans le cadre d'une entreprise¹⁰. Cette définition rend certainement compte du concept général de la restructuration. Toutefois, elle ne fournit pas de critères permettant de différencier les procédés de restructuration des autres techniques constituant l'ingénierie juridique. En effet, elle peut concerner aussi bien des techniques sociétaires comme la fusion¹¹, la prise de participation ou la transformation, que des mécanismes contractuels comme la location-gérance, la vente et la concession, sachant que ces derniers ne sont considérés comme le support d'une restructuration qu'à la condition de contribuer véritablement à un changement dans la structure de l'entreprise concernée¹². Ce qui conduit à envisager de façon plus précise la restructuration comme une opération juridique qui va affecter les contours, les caractéristiques, le capital, la direction, d'une entreprise¹³. Elle apparaît alors comme « la modification du cadre et du mode d'organisation de (l'entreprise) ce qui suppose une transformation durable et sensible de ses éléments essentiels »¹⁴.

⁶ http://www.alternatives-economiques.fr/Dictionnaire_fr_52_def1299.html

⁷ C. Masquefa, *op. cit.*, n° 29.

⁸ *Ibid.*, n° 41 et s.

⁹ G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1951, p. 216.

¹⁰ F. Dekeuwer-Défossez, *Avant-propos* : in *Restructurations d'entreprises et droit de la concurrence*, Colloque LERADP-EDHEC, 14 déc. 1991, LGDJ, 1993, p. 1.

¹¹ Plusieurs auteurs penchent pour une nature contractuelle de la fusion, V. G. Martin, « *La notion de fusion* », *RTD com.* 1978, p. 269 ; *adde* R. Routier, *Les fusions de sociétés commerciales. Prolégomènes pour un nouveau droit des rapprochements*, LGDJ, 1994 ; *adde* D. Ahoua, *Le nouveau droit de la restructuration des sociétés commerciales des pays de l'OHADA, comparaisons avec le droit français*, thèse Bordeaux, 2015, n° 238 et s. Pour autant une partie de la doctrine considère la fusion comme une technique institutionnelle. Sans prendre position dans ce débat, nous opposons la fusion, tout comme d'autres mécanismes issus du droit des sociétés, à des techniques contractuelles régies par le droit des contrats, notamment, la location-gérance ou la vente.

¹² C. Masquefa, *op. cit.*, n° 187.

¹³ B. Saintourens, *Droit du travail et restructurations juridiques des entreprises*, thèse Bordeaux, 1982, p. 8.

¹⁴ C. Masquefa, *op. cit.*, n° 197.

2. Les critères identifiant les mécanismes source d'une restructuration. De la définition précédente se dégagent deux critères que doit remplir une technique juridique susceptible d'avoir une fonction restructurante, qu'elle soit sociétaire ou contractuelle, pour être considérée comme une véritable source de restructuration d'entreprise. D'une part, elle doit entraîner un changement dans le cadre et le mode d'organisation de l'entreprise en remettant en cause, notamment, l'exercice du pouvoir en son sein¹⁵. D'autre part, ce changement doit constituer une affectation durable et réelle des principaux éléments de cette entreprise ; ainsi, la transformation des modalités d'exercice du pouvoir s'accompagne de modifications de l'activité économique et des biens de production¹⁶.

3. Distinction entre la restructuration et les procédés de restructuration. En tant qu'opération juridique autonome, la restructuration ne doit pas être réduite aux mécanismes qui en constituent le support¹⁷. Elle manifeste le résultat obtenu en mettant en œuvre un ou plusieurs¹⁸ de ces mécanismes dans une entreprise, en fonction de l'ajustement structurel recherché. Nous choisissons néanmoins, dans la suite de notre démonstration, d'assimiler les procédés de restructuration aux opérations de restructuration, en recourant au terme « opérations » pour traiter des différentes techniques conduisant à la restructuration d'une entreprise. Cela permet de mettre l'accent sur le fait que les différents cas de figure étudiés pour illustrer notre propos portent toujours sur des techniques ayant entraîné une réelle modification structurelle dans l'entreprise, même lorsqu'elles relèvent du droit des obligations.

4. Etude limitée aux entreprises sociétaires françaises. Il est important de souligner que la restructuration intéresse toutes les structures¹⁹ et pas uniquement les entreprises qui sont étudiées dans le cadre de ce travail. Le terme « structure » n'est-il d'ailleurs pas la racine du mot « restructuration »? « Une structure est une organisation stable, un ensemble cohérent et complexe, à caractère durable, permettant l'existence d'un pouvoir de direction caractérisé par un centre de décision autonome »²⁰. Elle peut avoir pour objet le développement de toutes sortes d'activités, qu'elles soient à caractère économique, religieux, sportif, associatif, syndical, etc²¹. Un

¹⁵ C. Masquefa, *op.cit.*, n° 191 et s.

¹⁶ *Ibid.*, n° 193 et s.

¹⁷ *Ibid.*, n° 75 et s.

¹⁸ La restructuration peut, dans certains cas, nécessiter le recours à des montages juridiques complexes, V. pour une étude générale, les travaux de D. Poracchia, *La réception des montages conçus par les professionnels du droit*, thèse Aix-Marseille III, 1997, et pour un point de vue limité au droit des sociétés, J.-Ph. Dom, *Les montages en droit des sociétés. Aspects de droit interne*, thèse Bordeaux, 1994, Joly, 1998.

¹⁹ C. Masquefa, *op.cit.*, n° 122 et s.

²⁰ *Ibid.*, n° 135.

²¹ *Ibid.*, n° 138.

rapprochement de cette définition avec celle de l'entreprise autorise à affirmer sans hésiter que celle-ci est une structure dont l'activité est restreinte au secteur économique. La polysémie juridique de la notion d'entreprise ne constitue pas un obstacle à cette affirmation. En effet, l'entreprise est présentée de plusieurs façons en droit. Selon la discipline juridique qui aborde cette notion, seuls quelques uns de ses aspects sont mis en exergue, ce qui empêche à la définition proposée d'en avoir une appréhension globale. Ainsi, pour ne donner que quelques exemples, en droit des sociétés, matière qui offre un cadre juridique à l'exercice d'une activité économique, l'entreprise consiste en un ensemble cohérent de moyens humains et matériels regroupés en vue d'une finalité commune, l'exercice d'une activité économique²². Alors que le droit du travail qui tient surtout compte de la dimension humaine, considère l'entreprise comme une organisation dans laquelle un personnel salarié est placé sous l'autorité du chef d'entreprise pour la poursuite d'une activité commune. Pour autant, il est possible d'adopter une conception de l'entreprise suffisamment générale pour englober les diverses réalités couvertes par cette notion selon la discipline juridique qui y recourt ou la situation qu'elle désigne et, qui reste assez basique pour être complétée si nécessaire²³. Elle apparaît alors comme un centre de décision autonome exerçant une activité économique²⁴, ce qui en fait une structure ayant un domaine d'activité limité au secteur économique.

Malgré le fait que l'entreprise soit au cœur des activités économiques, elle n'a pas de statut juridique propre. Son absence de personnalité juridique²⁵ emporte comme conséquence le fait qu'elle ne peut pas être titulaire de droits, ni se voir imposer des obligations ou disposer d'un patrimoine. De ce fait son exploitation nécessite le recours à une technique juridique qui consiste en la mise sous forme individuelle ou sociétaire. Autrement dit, l'entrepreneur peut être une personne physique ou une société. A ce titre, le recours à la société en tant que technique d'organisation de l'entreprise, voire de l'entrepreneur²⁶, permet de gérer l'entreprise avec la réglementation du droit des sociétés. La société offre ainsi un cadre juridique à l'organisation économique et humaine qu'est l'entreprise en lui permettant, en tant que structure d'accueil, d'exister et de se développer²⁷. Cette théorie connue

²² J. Paillusseau, « Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit », *D.* 1997, chron., p. 97, n° 42, note 8 ; M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, 27^{ème} éd., Lexisnexis, 2014, n° 16.

²³ En ce sens voir, Th. Lamarche, « La notion d'entreprise », *RTD com.* 2006, p. 709, qui précise que les principales difficultés auxquelles se heurtent l'élaboration d'une notion juridique unitaire de l'entreprise résident dans le fait que, d'une part, les différentes disciplines du droit qui se réfèrent à l'entreprise ne s'intéressent qu'à certains de ses aspects, limitant ainsi sa définition à ceux-ci, à l'image du droit du travail qui se focalise sur les salariés, et d'autre part, l'entreprise est le terme utilisé pour qualifier des situations aussi variées que celle du petit commerçant, du travailleur indépendant, du grand groupe industriel international, des entreprises publiques ou nationalisées, etc.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Contra.* V. M. Despax, *L'entreprise et le droit*, thèse Toulouse, 1956, qui considère l'entreprise comme « un sujet de droit naissant » au vu de l'évolution du droit positif.

²⁶ M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *op. cit.*, n° 16.

²⁷ J. Paillusseau, « Les fondements du droit moderne des sociétés », *JCP* 1984, I, 3148, n° 18 in fine et n° 42.

sous le nom de la doctrine de l'entreprise a été mise au point par l'école de Rennes. Elle possède l'avantage indéniable d'expliquer la fonction de la société au vu de l'évolution du droit des sociétés et surtout en tenant compte de la réalité²⁸ de l'entreprise. Elle a été développée par M Paillusseau qui la présente comme une alternative²⁹ à l'analyse traditionnelle de la société fondée sur l'idée selon laquelle celle-ci est, par essence, un groupement de personnes. Son succès tient, notamment, au fait qu'elle intègre de nouvelles données³⁰ comme l'admission dès 1966 du fait qu'une société puisse être unipersonnelle pendant une certaine durée³¹, l'existence des sociétés nationalisées et, par la suite, la possibilité de créer, à partir de 1985, une SARL unipersonnelle et, depuis 1999, la SAS unipersonnelle. Par ailleurs, la doctrine de l'entreprise justifie le fait que les associés ne soient plus les seuls à décider dans la société, dans la mesure où les salariés se voient attribuer des pouvoirs dans le cadre d'une cogestion ou d'une cosurveillance, et où les juges peuvent intervenir dans la gestion sociale grâce à l'ouverture d'une procédure collective. Un autre apport important de cette thèse consiste à mettre en lumière un « intérêt social » supérieur à l'intérêt des associés et se confondant avec l'intérêt de l'entreprise³². Cette dernière regroupe un certain nombre d'intérêts catégoriels qui correspondent aux intérêts des différents groupes de personnes concernées par la vie de l'entreprise. C'est la société, structure d'accueil de ces intérêts qui assure leur protection, leur représentation et réalise leur équilibre fondamental³³. Malgré les critiques formulées³⁴ à l'encontre de cette théorie, elle a le mérite de proposer une conception moderne du droit des sociétés en tant que réglementation applicable à certaines entreprises. Il faut néanmoins garder à l'esprit que si une société peut exploiter une, voire plusieurs entreprises, elle ne sert pas systématiquement d'organisation juridique à une entreprise. A cet égard, certaines sociétés n'ont pas d'autre fonction que celle de gérer des actions ou parts sociales, d'être propriétaire d'un fonds de commerce donné en location-gérance, de préparer une transmission successorale, ..., sans exercer une activité économique.

²⁸ J. Paillusseau, « La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques », *Recueil Dalloz* 2003, p. 2346, n° 2.

²⁹ J. Paillusseau, *La société anonyme, Technique juridique d'organisation de l'entreprise*, thèse Rennes, Sirey, 1967.

³⁰ J. Paillusseau, « Les fondements du droit moderne des sociétés », *op. cit.*, n° 33.

³¹ Cf. l'art. 1844-5 al. 1 du Code civil qui énonce que « la réunion de toutes les parts sociales en une seule main n'entraîne pas la dissolution de plein droit de la société. Tout intéressé peut demander cette dissolution si la situation n'a pas été régularisée dans le délai d'un an. Le tribunal peut accorder un délai maximal de 6 mois pour régulariser la situation. Il ne peut prononcer la dissolution si, au jour où il statue sur le fond, cette régularisation a eu lieu ». Ce texte confirme l'article 9 de la loi du 24 janvier 1966 qui admet qu'une société qui se retrouve avec un seul associé n'est pas automatiquement dissoute.

³² *Contra*. G. Goffaux-Caillebaut, « La définition de l'intérêt social », *RTD. com.* 2004, p. 35, pour qui l'intérêt de la société est distinct de celui de l'entreprise.

³³ J. Paillusseau, « Les fondements du droit moderne des sociétés », *op. cit.*, n° 91.

³⁴ V. notamment, celles de J. Terray, « La société, une tradition bien vivante », *JCP* 1984, I, 3154 ; *adde* T. Massart, *Rép. des soc. Dalloz, V° Société (contrat de)*, 2006, n° 114.

En tant que structure juridique déterminant les règles de fonctionnement du centre de décision autonome qu'est l'entreprise et organisant l'activité économique de celle-ci, la société peut être l'objet d'opérations de restructuration. Pour garder une certaine cohérence dans notre propos, nos développements seront consacrés aux restructurations des entreprises sociétaires, à l'exclusion des entreprises individuelles. Ces sociétés seront examinées à la lumière du droit français.

5. Absence d'incidence de la nature juridique de la société quant à la possibilité d'y opérer une restructuration. En France, le Code civil prévoit que l'existence juridique de la société repose sur un contrat. En effet, aux termes de son article 1832, « la société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. Les associés s'engagent à contribuer aux pertes ». Pour autant, la détermination de la nature juridique de la société est l'objet d'un débat doctrinal³⁵ qui oppose le contrat à l'institution³⁶, le contrat à la personne morale, et le contrat à l'acte juridique unilatéral.

Avec le développement des règles impératives, la thèse institutionnelle a ainsi été avancée pour traiter de la nature de la société par opposition à sa présentation originelle de contrat. Mais, cette hésitation justifiée à une certaine époque par l'interrogation quant à la portée de l'autonomie de la volonté face à une réglementation d'ordre public envahissante n'est plus d'actualité de nos jours, sachant qu'il est admis qu'un contrat peut s'accommoder d'une législation impérative.

L'accession à la personnalité juridique de la société a également fourni l'occasion de formuler une nouvelle hypothèse concernant la nature juridique de la société : elle ne peut pas être à la fois un contrat et une personne morale, elle doit être l'un ou l'autre. En réalité, la notion de personne morale se superpose parfaitement à la notion de contrat de société, bien que l'existence de l'une ne suppose pas nécessairement celle de l'autre. Ainsi, l'acte juridique constitutif de la société est valide dès l'adoption des statuts, puis c'est l'immatriculation de la société qui lui confère la personnalité morale. Il s'ensuit que le défaut d'accomplissement de cette formalité n'empêche pas l'existence juridique d'une société. La société de participation et la société créée de fait en sont la preuve. De

³⁵ V. M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *op. cit.*, n° 9 qui résument les différentes positions doctrinales quant à la nature juridique de la société.

³⁶ V. J.-Cl. May, « La société : contrat ou institution ? », in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ, 2004, p. 122 ; F. Deboissy, « Le contrat de société », in *Le contrat*, Travaux de l'Association H. Capitant, tome LV, Société de législation comparée, 2008, p. 119 et s. ; T. Favario, « Regards civilistes sur le contrat de société », *Rev. sociétés* 2008, p. 53 et s. ; J.-F. Hamelin, *Le contrat-alliance*, Economica, 2012.

même, l'acquisition de la personnalité morale n'est pas uniquement réservée aux sociétés, elle bénéficie aussi à d'autres structures comme les associations, les syndicats, les comités d'entreprise ou de groupe, etc. L'avantage d'une société qui a la personnalité morale, est que cette dernière permet son opposabilité aux tiers, grâce à la publicité dont elle fait l'objet³⁷.

Enfin, les juristes contemporains défendent une nouvelle conception de la société qu'ils considèrent comme un acte juridique unilatéral. Cet acte peut être individuel ou collectif, selon que la société soit constituée par une ou plusieurs personnes. L'acte juridique unilatéral, en ce qu'il poursuit un intérêt unique, s'oppose au contrat qui est présenté comme la manifestation d'intérêts antagonistes. Pourtant, actuellement, le contrat est « plutôt fondé sur la collaboration, sur un *affectio contractus* qui permettrait de parvenir à des rapports équilibrés et égaux »³⁸. De plus, l'analyse proposée semble se révéler inutile puisqu'« il n'existe pas de théorie générale de l'acte juridique unilatéral comme il existe une théorie du contrat et on s'accorde, en doctrine comme en jurisprudence, à transposer à l'acte juridique unilatéral le régime juridique du... contrat, à quelques modifications près »³⁹.

En définitive, la société reste, malgré l'évolution du droit positif, un contrat opposable aux tiers dès lors qu'elle acquiert la personnalité morale. Cela étant, la nature juridique de la société, quelle que soit celle qui est retenue, n'est pas incompatible avec le fait qu'elle puisse être, en cours de vie, l'objet d'une ou plusieurs opérations de restructuration pour s'adapter aux conditions économiques, se développer ou tout simplement pour survivre.

6. Exclusion des sociétés objet de procédures collectives. Traditionnellement, les opérations de restructuration constituent la solution de survie des sociétés qui sont en proie à des difficultés. A ce titre, elles représentent une véritable menace pour l'emploi et ont essentiellement pour cadre juridique, le droit des procédures collectives⁴⁰ qui est une discipline d'exception comparée aux autres matières juridiques composant le droit privé. Elles correspondent à des plans de continuation ou de cession qui s'appliquent par ordre judiciaire. En effet, c'est le juge qui doit « apprécier non seulement la viabilité de l'entreprise, mais aussi la forme pouvant apparaître la meilleure pour assurer cette

³⁷ J. Duclos, *L'opposabilité. Essai d'une théorie générale*, thèse Rennes, LGDJ, 1984, n° 241 ; G. Wicker, *Rép. civ. Dalloz, V° Personne morale*, 1998, n° 20.

³⁸ C. Thibierge-Guelfucci, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, *RTD civ.* 1997., p. 357 et s.

³⁹ J. -C. May, *op. cit.*

⁴⁰ Le droit des procédures collectives a ainsi pour fonctions traditionnelles d'assurer la sanction des dirigeants faillis et le paiement des créanciers. A ces fonctions s'ajoute la notion moderne de sauvetage de l'entreprise, pour résumer les propos des auteurs L. Boy, R. Guillaumond, A. Jeammaud, M. Jeantin, J. Pages et A. Pirovano, *Droit des faillites et restructuration du capital*, PU de Grenoble, 1982.

viabilité »⁴¹, ou lorsqu'elle s'avère impossible, une solution de cession. Le droit des procédures collectives ne laisse aucune place à la liberté de choix des dirigeants sociaux. Ils ne peuvent demander l'ouverture d'une procédure collective qu'en cas de cessation de paiements. Il s'agit d'ailleurs d'une obligation légale dont l'inobservation est sanctionnée.

Actuellement, il y a de plus en plus de « restructurations offensives ou de compétitivité, inscrites dans des logiques d'anticipation de résultats et pouvant s'opérer en situation de croissance »⁴². Elles relèvent du pouvoir de décision des dirigeants sociaux qui disposent d'une liberté d'action certaine, loin de la législation impérative régissant les procédures collectives. Il nous a donc paru plus intéressant de traiter de l'impact que peuvent avoir les opérations de restructuration d'une société *in bonis* sur les droits de certains partenaires sociaux, dans la mesure où ces opérations n'ont pas été imposées à la société à travers le droit d'exception que constitue le droit des procédures collectives, mais elles ont plutôt été choisies de façon stratégique par ses dirigeants.

7. Protection des créanciers des sociétés faisant l'objet d'opérations de restructuration. Une opération de restructuration mise en œuvre par les dirigeants sociaux emporte nécessairement des conséquences pour les partenaires de la société concernée. Les changements qu'elle entraîne dans la société se répercutent sur les différentes catégories de tiers avec lesquels elle entretient des relations, en l'occurrence les clients, les débiteurs, les fournisseurs, les sous-traitants, les banques, les salariés, le Trésor public, les organismes de la Sécurité sociale, etc. Parmi ces tiers, ceux qui sont titulaires d'une créance à l'encontre de la société sont dans une situation particulière, dans la mesure où la restructuration peut porter atteinte à leurs droits, même lorsqu'elle a pour unique but de rendre la société débitrice plus compétitive. Autrement dit, elle peut affecter les droits des créanciers sans que cela ne soit l'objectif visé par la société débitrice. Cependant, il arrive également que le but principal de l'opération soit de soustraire la société à ses obligations envers ses créanciers en organisant, par exemple, son insolvabilité. Or, les créanciers n'ont pas la possibilité d'agir en amont pour empêcher la réalisation d'une restructuration de la société débitrice susceptible de compromettre l'exécution de leurs droits. Il leur est interdit de s'immiscer dans la gestion du patrimoine de la société débitrice. En principe, elle est libre d'apporter à son patrimoine les

⁴¹ S. Neuville, *Le plan en droit privé*, thèse Toulouse 1994, LGDJ, 1998 n° 128.

⁴² J. -P. Aubert et R. Beaujolin-Belet, « *Les acteurs de l'entreprises face aux restructurations : une délicate mutation* », Travail et emploi 2004, n° 100, p. 99.

modifications qu'elle désire, celles-ci étant opposables à ses créanciers⁴³. Ils ne peuvent que, dans de très rares cas spécifiés par la loi, obtenir la suspension du déroulement des opérations en s'y opposant. Ils doivent donc, une fois que la restructuration est effectuée, mettre en œuvre les moyens de protection mis à leur disposition pour sauvegarder leurs créances, ou au moins obtenir une indemnisation de leur préjudice. A ce titre, plusieurs branches du droit privé interviennent pour assurer la protection des droits de créance détenus à l'encontre de la société concernée par la restructuration. C'est le cas du droit des obligations qui prévoit des mesures de droit commun comme l'action paulienne fondée sur l'article 1167 du Code civil. C'est aussi le cas du droit des sociétés qui met en place, conformément au droit communautaire, des mécanismes protégeant les créanciers, à l'instar de la faculté d'opposition à une opération de fusion ou de scission offerte par l'article L 236-14 du Code de commerce. C'est également le cas du droit du travail qui assure la continuité des contrats de travail en cours en cas de transfert par le biais de l'article L 1224-1 du Code du travail, etc. Nos travaux portent sur l'examen de ces mesures de protection et vise, à travers l'analyse de l'effort fait par législateur pour préserver le crédit, à déterminer l'efficacité réelle des différentes dispositions légales bénéficiant aux créanciers.

8. Proposition d'un fondement pour la protection des créanciers sociaux. A défaut d'être exhaustive, cette étude permettra principalement d'évoquer les opérations de restructuration suscitant un contentieux important et donnant lieu à un recours aux mécanismes de protection des créanciers sociaux. C'est donc au niveau de la mise en œuvre de ces mécanismes que peut être mesurée leur efficacité dans la préservation des droits de créance détenus à l'encontre de la société qui organise une restructuration. En traitant des conditions d'application de ces mesures et surtout des sanctions auxquelles elles donnent lieu, il est possible de vérifier si le créancier lésé par la restructuration de la société débitrice, peut obtenir satisfaction en retrouvant la situation qui était la sienne avant l'opération litigieuse. Toutefois, la protection profitant réellement aux créanciers sociaux dans la pratique ne peut être bien appréhendée que si une comparaison peut être faite avec ce à quoi ils peuvent théoriquement prétendre. Pour cela, il est nécessaire d'identifier préalablement le fondement de leur protection, dans la mesure où c'est ce fondement qui constitue le principe dont découlent les solutions proposées aux créanciers.

⁴³ « Toutefois, il est dans l'intérêt de la société de prendre en compte les droits des créanciers sociaux lorsqu'elle est amenée à prendre des décisions graves pouvant entraîner un changement profond dans sa structure », T. V. N. Nguyen, *La protection des créanciers dans les opérations emportant transmission universelle du patrimoine*, thèse Paris, 2003, n° 11.

9. Plan. En conséquence, l'analyse de la protection des créanciers dans les opérations de restructuration des sociétés se fera suivant cette logique. Après l'identification du fondement de la protection (Première partie), il sera question de la mise en œuvre de cette protection (Deuxième partie).

Partie 1 : Le fondement de la protection des créanciers dans les opérations de restructuration des sociétés

10. Détermination du fondement de la protection des créanciers. Dans le cadre de sa restructuration, une société débitrice peut porter atteinte aux droits de ses créanciers. Pour assurer l'exécution de ces droits ou au moins obtenir une indemnisation en cas de préjudice, les créanciers bénéficient de différentes mesures de protection. Il convient d'identifier le fondement de cette protection (Titre 1) avant d'en justifier le choix à travers les différents mécanismes de protection (Titre 2).

Titre 1 : L'identification du fondement de la protection des créanciers

11. La force obligatoire des engagements de la société débitrice à l'égard des créanciers antérieurs à sa restructuration. En général, l'obligation est présentée comme le lien de droit par lequel une personne appelée débiteur est tenue d'une prestation ou d'une abstention envers une autre personne appelée créancier⁴⁴. De cette définition, on déduit que le débiteur, soumis au respect de son engagement envers le créancier, ne peut s'y soustraire. Cela tient à la force obligatoire de cet engagement. L'application de ce principe au droit des sociétés implique que, dès lors qu'une société est débitrice, la force obligatoire des engagements qu'elle a pris envers ses créanciers la contraint à ne pas leur porter atteinte au moment de la souscription de nouveaux engagements. Et ce, même si ces nouveaux engagements sont pris dans le cadre d'une restructuration nécessaire à son développement stratégique ou à sa survie. C'est donc la force obligatoire des engagements antérieurs à la restructuration de la société débitrice qui constitue le fondement de la protection des droits des créanciers. En effet, lorsqu'une société débitrice porte atteinte aux droits de ses créanciers à travers une ou plusieurs opérations de restructuration, ces derniers bénéficient de mesures de protection⁴⁵ pour défendre leurs droits. L'existence de ces mesures de protection est justifiée par le fait que, non seulement la société débitrice est tenue d'exécuter les obligations qu'elle a envers ses créanciers, mais, elle est également obligée de ne rien faire qui puisse compromettre cette exécution. C'est la conséquence de la force obligatoire de son engagement qui fait peser sur elle, à la fois, une obligation d'exécution et un assujettissement au respect de cette exécution⁴⁶ (Chapitre 1). Cet assujettissement a pour corollaire la restriction de l'autonomie juridique de la société débitrice pendant la restructuration (Chapitre 2).

⁴⁴ V. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Assoc. Henri Capitant, PUF, 2013, *V° Obligation*, 2 ; Y. Buffelan-Lanore et V. Larribau-Teyneyre, *Droit civil, les obligations*, 14^{ème} éd., Sirey, 2014, n° 2 ; Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, 12^{ème} éd., Litec, 2012, n° 7 ; A. Bénabent, *Droit des obligations*, 14^{ème} éd., LGDJ, 2014, n° 2 ; C. Larroumet, *Traité de droit civil, Tome 3, les obligations, le contrat*, 7^{ème} éd., Economica, 2014, n° 1 ; H. L. Mazeaud, J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, Tome 2, 9^{ème} éd., Montchrestien, 1998, p.1.

⁴⁵ V. *infra* n° 73 et s.

⁴⁶ V. L. Sautonie-Laguionie, *La fraude paulienne*, thèse Bordeaux, LGDJ, 2008, n° 115 s.

Chapitre 1 : L'assujettissement de la société débitrice au respect des obligations antérieures à sa restructuration

12. Manifestation de la force obligatoire des engagements de la société débitrice à l'égard des créanciers antérieurs à sa restructuration. « Le droit d'un créancier serait dépourvu de toute efficacité s'il était loisible au débiteur d'agir de telle façon que l'exécution en devienne impossible »⁴⁷. Il apparaît ainsi que la force obligatoire des engagements antérieurs à la restructuration d'une société débitrice lui impose d'une part leur exécution et d'autre part, de ne rien faire qui puisse entraver ou rendre impossible cette exécution. Autrement dit, même si la restructuration est nécessaire au développement et à la compétitivité de la société débitrice, elle ne peut justifier que des atteintes soient portées aux droits de créance détenus à son encontre. Le principe de l'assujettissement de la société débitrice au respect des engagements pris avant la restructuration s'explique donc par la force obligatoire des droits des créanciers et fonde la protection de ces derniers quelle que soit la source (Section 1) ou l'objet de leurs droits de créance (Section 2).

Section 1 : L'indifférence de la source des obligations de la société débitrice quant au fondement de la protection des créanciers

13. Justification de l'assujettissement de la société débitrice au respect de ses engagements par leur caractère obligatoire. En général, une société qui procède à une restructuration a, envers ses créanciers antérieurs, des obligations contractuelles et des obligations extracontractuelles. Parmi ces dernières, peuvent être citées les obligations légales stricto sensu comme celles de payer l'impôt au Trésor public ou les cotisations de sécurité sociale aux organismes sociaux de recouvrement ainsi que les obligations délictuelles, quasi-délictuelles et quasi-contractuelles. Quant aux premières, elles

⁴⁷ G. Wicker, « Force obligatoire et contenu du contrat » in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats* : dir. de P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet, Dalloz, collection Actes, 2003, p. 151 s., n° 158.

correspondent aux obligations découlant des contrats conclus avec les divers partenaires de la société. L'assujettissement de la société au respect de ses différents engagements repose sur leur caractère obligatoire. En effet, ce n'est pas la source d'une obligation qui en détermine l'étendue. Chaque obligation de la société manifeste son engagement envers un créancier précis et, en vertu de la force obligatoire de cet engagement, elle est contrainte de fournir un certain résultat à ce créancier, que son obligation ait une origine contractuelle ou extracontractuelle. Le principe de l'assujettissement d'un débiteur au respect de ses obligations a d'abord été dégagé par la doctrine⁴⁸ en matière contractuelle, avant d'être transposé aux obligations extracontractuelles⁴⁹. Il faut donc, dans le cadre de cette étude, démontrer que l'assujettissement de la société débitrice au respect de ses engagements constitue le fondement de la protection des droits de créance d'origine contractuelle (§1) et extracontractuelle (§2) détenus à son encontre à condition qu'ils soient antérieurs à sa restructuration.

§ 1 . L'assujettissement de la société débitrice au respect de ses obligations, fondement de la protection des droits de créance contractuels

14. Identification de la notion d'assujettissement. Les différents auteurs qui ont étudié le principe de l'assujettissement du débiteur au respect de ses obligations se sont basés sur le fait que « le débiteur est tenu à davantage que le respect de ses obligations, et que l'ensemble des contraintes qui pèsent sur lui se justifient par l'assujettissement au respect de ses obligations »⁵⁰. Leurs travaux mettent en évidence deux propositions de fondement pour la notion d'assujettissement (A), laquelle est incontournable en cas de restructuration d'une société débitrice puisqu'elle justifie la protection des droits de ses créanciers (B).

⁴⁸ R. von Ihering, *Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain* : trad. O. De Meulenaere, Paris, Marescq, 1903, p. 331 à 498, spéc. p. 335 et 337 ; G. Wicker, *Force obligatoire et contenu du contrat*, art. préc., n° 14 s. ; *adde* *Les fictions juridiques. Contribution à l'étude de l'acte juridique*, thèse Perpignan, LGDJ, 1996, n° 151 s. ; P. Ancel, « *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat* », RTD. civ. 1999 p. 771 s., spéc. n° 26 s. ; L. Sautonie-Laguionie, *op.cit.*, n° 118 s. où l'auteur présente les principaux travaux de la doctrine moderne sur la notion d'assujettissement.

⁴⁹ L. Sautonie-Laguionie, *op. cit.*, n° 128.

⁵⁰ *Ibid*, n° 118.

A. Les fondements de l'assujettissement du débiteur au respect de ses obligations

15. L'assujettissement à une obligation. Au sens commun, l'assujettissement est défini comme une « situation de contrainte imposée à quelqu'un et due à l'obéissance à des règles, obligations, formalités ou normes astreignantes de tous ordres »⁵¹. Cette définition n'est guère éloignée de la définition juridique de la notion d'assujettissement. En effet, en droit, l'assujettissement apparaît comme « l'action de soumettre une personne à une obligation »⁵², autrement dit, la personne assujettie est contrainte au respect d'une obligation. Or, nous le savons, dans le rapport juridique que constitue l'obligation, c'est le débiteur qui est engagé envers le créancier. Ce qui nous permet de déduire que le débiteur d'une obligation y est assujetti. A ce titre, il doit exécuter son obligation tout en adoptant un comportement qui lui permette de produire son plein effet. C'est ce qui ressort des Institutes de Justinien qui définissaient l'obligation comme « un lien de droit par lequel nous sommes astreint à la nécessité de payer quelque chose conformément au droit de notre cité »⁵³. L'assujettissement constitue donc un état d'aliénation de la personne ou de la chose objet de l'obligation, au but poursuivi par l'obligation. La notion d'assujettissement du débiteur au respect de ses engagements a été appréhendée par la doctrine à travers deux courants principaux : la conception dualiste de l'obligation (1) et l'analyse normativiste du contrat (2), parmi lesquels un choix s'impose pour déterminer le fondement de la protection des créanciers en cas de restructuration de la société débitrice (3).

1. La conception dualiste de l'obligation

16. Naissance de l'analyse dualiste de l'obligation. Ihering a été le premier à identifier les effets actifs et les effets passifs d'un droit, défendant ainsi le concept selon lequel un débiteur n'est pas seulement soumis à l'exécution de la prestation promise. Il a ainsi pu démontrer que les effets passifs d'un droit peuvent continuer et se produire même en cas de disparition momentanée de l'ayant droit⁵⁴. Pour cet auteur, les effets actifs d'un droit sont les effets que produit le droit pour son titulaire⁵⁵. Par ailleurs, comme « l'efficacité d'un droit ne se restreint nullement à la personne de

⁵¹ <http://www.cnrtl.fr/lexicographie/assujettissement>

⁵² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Assujettissement.

⁵³ Institutes de Justinien, III, 13, pr. cité par Y. Picod, Rép. civ. Dalloz, V° Obligations, 2009, n° 3.

⁵⁴ R. von Ihering, op. cit., p. 334.

⁵⁵ *Idib.*, p. 335.

l'ayant droit (...), il peut produire même pour des tiers (...), une certaine influence restrictive »⁵⁶. Cela s'explique par le fait qu'« on ne saurait concevoir un droit qui ne saisisse et n'affecte les personnes ou les choses entrant activement ou passivement dans sa sphère juridique. De même qu'il confère à son sujet la qualité d'ayant droit, de même il confère à son objet la qualité de pouvoir servir aux buts du sujet »⁵⁷. Les effets passifs du droit consistent de ce fait dans l'assujettissement⁵⁸ dans lequel le droit place la personne ou la chose qui constitue son objet. Cet état d'assujettissement subsiste tant que le but du droit n'est pas atteint et fonde les actions dont dispose son titulaire à titre de protection.

17. Apport de la doctrine moderne. Par la suite, dans le but de remettre en cause la qualification de fiction juridique appliquée à l'obligation imparfaite dans la conception moniste de l'obligation, cette distinction proposée par Ihéring a été adoptée et approfondie par M Wicker⁵⁹.

18. Limites de la conception moniste de l'obligation. Selon l'analyse moniste de l'obligation, cette dernière se caractérise essentiellement par le droit qui appartient au créancier d'exiger du débiteur l'accomplissement de la prestation promise. Ainsi, bien que l'obligation soit un lien de droit entre le créancier et le débiteur, son contenu est défini par une majorité de la doctrine⁶⁰ en tenant compte de la seule personne du créancier. Ce contenu « se résume aux prérogatives par lesquelles lui est assurée l'exécution directe de la dette, c'est-à-dire son paiement »⁶¹, dans la mesure où l'obligation est appréhendée uniquement dans son aspect actif, en tant que droit au paiement. Sans ce droit au paiement, l'obligation n'a plus de contenu. C'est pourquoi l'obligation contractuelle imparfaite, dont l'exécution ne peut être réclamée puisqu'elle n'est pas encore exigible, apparaît dans cette analyse comme une fiction juridique⁶².

⁵⁶ R. von Ihéring, *op. cit.*, p. 335.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 336 et 337.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 337. L'auteur explique que les effets passifs d'un droit résident dans « l'état vinculé dans lequel le droit place la personne ou la chose, et qui se caractérise vis-à-vis de l'ayant droit comme subordination juridique et vis-à-vis de toutes les autres personnes comme exclusion juridique ».

⁵⁹ G. Wicker, thèse préc., n° 157 et s.

⁶⁰ P. Roubier, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963, p. 250 et 264 ; J. Ghestin et G. Goubeaux, *Traité de droit civil. Introduction générale*, 3^{ème} éd., LGDJ, 1990, n° 191 ; C. Larroumet et S. Bros, *op.cit.*, n° 1 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, les obligations*, 11^{ème} éd., Paris, Précis Dalloz, 2013, n° 2 ; *contra*. V. J. L. Aubert et E. Savaux, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 15^{ème} éd., Sirey, 2014, n° 203 qui évoquent les aspects positif et négatif du rapport d'obligation.

⁶¹ G. Wicker, thèse préc., n° 158.

⁶² *Ibid.*

19. Prise en compte de l'obligation des points de vue du débiteur et du créancier. Face aux limites de cette conception, M. Wicker a proposé d'envisager le lien d'obligation non seulement du point de vue du sujet actif qu'est le créancier⁶³, mais également du point de vue du débiteur pris en tant que sujet passif. En effet, l'analyse de la situation du débiteur montre que, pour lui, le respect de la force obligatoire du contrat implique que l'obligation d'exécution se double d'une obligation d'abstention. Cette obligation d'abstention correspond à la dimension comportementale⁶⁴ du contrat. Elle se manifeste par une restriction de l'autonomie juridique du débiteur qui ne doit rien faire qui soit susceptible d'entraver ou de rendre impossible l'exécution du contrat. C'est donc cette obligation d'abstention qui justifie l'effet juridique immédiat de l'obligation contractuelle imparfaite.

20. Composition duelle de l'obligation. Il résulte de ce raisonnement que l'obligation comprend deux aspects distincts mais complémentaires : d'une part, le rapport obligatoire envisagé comme le droit au paiement, qui correspond à l'effet actif de l'obligation et d'autre part, le rapport d'obligation, autrement dit l'assujettissement du débiteur au but contractuel, qui consiste en l'effet passif de l'obligation.

A côté de cette conception dualiste de l'obligation, il existe une analyse normativiste du contrat qui propose également un fondement à la notion d'assujettissement.

2. L'analyse normativiste du contrat

21. Notion de force obligatoire du contrat. C'est une analyse proposée par M. Ancel⁶⁵ qui démontre que c'est de son effet normatif que le contrat tire sa force obligatoire. Cet auteur rejette l'opinion doctrinale dominante qui réduit la force obligatoire du contrat à l'obligation d'exécuter les engagements qui en découlent⁶⁶. A cet effet, il rappelle que les effets du contrat ne se résument pas à la création d'obligations, puisque le contrat peut également produire des effets translatifs et extinctifs. Il explique également que ramener la force obligatoire du contrat aux obligations qu'il fait naître procède d'une confusion entre la source et l'effet, alors que « l'essentiel de la force obligatoire

⁶³ Dans son cas, l'obligation correspond toujours au pouvoir d'exiger la prestation promise, autrement dit au droit au paiement.

⁶⁴ G. Wicker, « *Force obligatoire et contenu du contrat* », art. préc., n° 14.

⁶⁵ P. Ancel, *op. cit.*

⁶⁶ J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, Tome 4, 21^{ème} éd., PUF, 1998, n° 113 ; A. Sériaux, *Droit des obligations*, 2^{ème} éd., PUF, 1988, n° 42 ; G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, Les obligations*, Tome 1, Les sources, 2^{ème} éd., Sirey, 1987 n° 246 ; P. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil, Obligations*, 9^{ème} éd. par L. Aynès, 1999, p. 337 ; H., L., et J. Mazeaud et F. Chabas, *op.cit.*, n° 720 ; J. Flour et J.-L. Aubert, *Droit civil, Les obligations, L'acte juridique*, 8^{ème} éd., A. Colin, 1998, n° 285.

n'est pas le résultat produit (que les contractants soient tenus d'obligations), mais le fait que le contrat crée de telles obligations de la même manière que la loi pourrait en créer »⁶⁷. Ce qui permet de comprendre que « la force obligatoire du contrat ne se réduit pas à son contenu obligationnel »⁶⁸, autrement dit, le contrat engage globalement celui qui le souscrit⁶⁹. De cette analyse résulte une dissociation entre « l'effet générateur d'obligations qui est attaché au contrat »⁷⁰ et « l'existence d'un engagement qui en serait le complément distinct »⁷¹. Pour M Ancel, la force obligatoire du contrat s'identifie donc à son effet normatif et s'explique par le fait que la norme née du contrat s'impose aux parties de la même façon que le ferait une norme légale⁷². C'est une application de l'article 1134 alinéa 1 du Code civil qui dispose que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi aux parties. Cette force obligatoire revêt alors un double aspect : d'une part, les parties sont assujetties au contrat et d'autre part, en cas de conflit, le juge doit se référer à la norme juridique que constitue le contrat⁷³.

22. L'assujettissement des parties au contrat. Selon M Ancel, la notion d'assujettissement signifie fondamentalement « que les parties ne peuvent pas faire comme si le contrat n'avait pas été passé, que leur situation juridique est irrémédiablement modifiée par le contrat »⁷⁴. Dans ce sens, l'assujettissement correspond à l'obligation de respecter le contrat, bien qu'il soit différent d'une véritable obligation que pourrait par ailleurs créer le contrat⁷⁵. Autrement dit, c'est la norme contractuelle qui impose un assujettissement des parties au contrat. Ce n'est donc pas le débiteur seulement qui est tenu de respecter le contrat dans la mesure où cet assujettissement des parties existe même dans les contrats qui ne créent pas d'obligation⁷⁶.

Parmi les deux fondements qui ont ainsi été proposés à l'assujettissement du débiteur au respect de ses engagements, il convient de déterminer la conception qui justifie le mieux la protection des droits des créanciers antérieurs à la restructuration de la société débitrice.

⁶⁷ P. Ancel, *op. cit.*, n° 2.

⁶⁸ *Ibid.*, n° 4.

⁶⁹ J.-L. Aubert, *Le contrat*, Dalloz, 1996, p. 96.

⁷⁰ *Ibid.*, p 103.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*, n° 5.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ P. Ancel, *op. cit.*, n° 26.

⁷⁵ *Ibid.*, n° 27.

⁷⁶ *Ibid.*, n° 20 et s., M Ancel explique ainsi que dans un grand nombre de cas, notamment dans les contrats-cadres, le contrat aboutit à la création d'une situation juridique nouvelle qui ne se réduit pas à la constitution d'un droit.

3. *L'adoption du fondement de la protection des droits des créanciers antérieurs à la restructuration de la société débitrice*

23. Comparaison des deux conceptions. A travers sa démonstration, M Ancel rejette l'analyse dualiste de l'obligation comme fondement de l'assujettissement du débiteur au contrat. Pour autant, on peut considérer que les deux conceptions se rapprochent dès lors qu'une des parties au contrat est débitrice d'une obligation⁷⁷. Dans cette hypothèse, pour M Ancel, le débiteur est tenu d'exécuter son obligation en vertu de son assujettissement à la norme contractuelle. Il opère de ce fait une distinction entre le contenu normatif du contrat, correspondant à l'assujettissement du débiteur et l'obligation, correspondant à l'exigibilité⁷⁸. M Wicker, quant à lui, soutient que l'obligation d'un débiteur ne se résume pas à la prestation promise, dans la mesure où elle est constituée à la fois d'un droit au paiement et d'un assujettissement à la réalisation du but contractuel⁷⁹. Dans le premier cas, c'est l'assujettissement du débiteur au contrat, dans le second, c'est son assujettissement au but contractuel qui peut fonder la protection des droits des créanciers dans les opérations de restructuration des entreprises.

24. Choix du fondement proposé par l'analyse dualiste de l'obligation. Pour être opérant et justifier une protection efficace des créanciers de la société restructurée, le fondement retenu doit englober toutes les obligations dont cette société pourrait être débitrice, quel que soit leur objet⁸⁰ ou leur source⁸¹. Ainsi, les droits de créance dont l'exécution est compromise par la restructuration de la société débitrice pouvant être contractuels ou extracontractuels, l'analyse fondée sur la norme contractuelle doit être écartée puisqu'elle implique l'existence d'un contrat. Il est certes possible de transposer cette analyse aux obligations extracontractuelles. En effet, pour M Ancel, les parties sont assujetties au contrat du fait du caractère obligatoire de la norme juridique qu'il a créée et ce caractère obligatoire signifie que « la norme née du contrat va s'imposer aux parties comme s'imposerait à elles une norme légale »⁸². L'extension de l'analyse de M Ancel aux obligations extracontractuelles serait de ce fait justifiée par le caractère normatif des ces obligations⁸³.

⁷⁷ L. Sauton-Laguionie, *op. cit.*, n° 124.

⁷⁸ G. Wicker, « *Force obligatoire et contenu du contrat* », art. préc., n° 13, note de bas de page n° 56.

⁷⁹ G. Wicker, thèse préc., n° 159.

⁸⁰ V. *infra* n° 45 et s.

⁸¹ V. *infra* n° 25 et s.

⁸² P. Ancel, *op. cit.*, n° 5.

⁸³ Les obligations extracontractuelles tirent leur force obligatoire de la loi elle-même (art. 1370 et s. du Code civil). Elles s'imposent donc à leurs débiteurs du fait de la norme légale.

Toutefois, cette extension rapprocherait la conception de M Ancel de celle de M Wicker⁸⁴, ce qui nous conduit à préférer l'analyse dualiste de l'obligation. Elle a également été mise au point dans le domaine contractuel, mais, il paraît plus évident de la retenir dans la mesure où elle est « inhérente à la notion même d'obligation »⁸⁵ et peut être étendue à la matière extracontractuelle. Selon cette analyse, toute obligation est constituée d'un effet actif correspondant à l'exécution de la prestation promise et d'un effet passif consistant en l'assujettissement du débiteur au rapport d'obligation. C'est cet assujettissement qui constitue le fondement de la protection des droits des créanciers à l'encontre d'une société débitrice lorsqu'elle fait l'objet d'une opération de restructuration. Dès lors qu'elle a une obligation, la société est assujettie au respect de cette obligation. Cet assujettissement fonde les mesures de protection dont bénéficie le titulaire de l'obligation en cas de restructuration de la société débitrice, que cette obligation soit d'origine contractuelle ou non.

Il convient de ce fait de mettre en évidence l'apport de la notion d'assujettissement dans la protection dont bénéficient les droits de créance contractuels antérieurs à la restructuration de la société débitrice.

B. L'apport de la notion d'assujettissement dans la protection des droits de créance contractuels

25. L'assujettissement de la société restructurée au respect de ses obligations contractuelles.

En vertu de l'analyse dualiste, la société débitrice d'une obligation contractuelle est tenue, en plus de l'exécution de son obligation, d'adopter un comportement conforme à la réalisation du but contractuel. Ce qui limite son autonomie juridique et sa liberté quant à l'exercice de certaines de ses prérogatives pendant toute opération juridique ultérieure. Elle est donc assujettie au respect de l'obligation contractuelle antérieure à sa restructuration en vertu de la force obligatoire du contrat. A ce titre, son assujettissement constitue un état d'aliénation qui existe tant que le but de l'obligation n'est pas atteint. Cet état d'aliénation se manifeste sous un double aspect : d'une part il assigne positivement l'objet du droit à son titulaire, d'autre part, il interdit négativement cet objet à tous les tiers⁸⁶ au rapport juridique qui existe entre la société débitrice et le créancier. L'aspect positif de l'état d'aliénation consiste ainsi dans l'affectation de l'objet du droit de créance au but poursuivi par

⁸⁴ L. Sautonie-Laguionie, *op. cit.*, n° 126.

⁸⁵ *Ibid.*, n° 118.

⁸⁶ R. von Ihering, *op. cit.*, p. 338 et s.

le créancier. Autrement dit, il s'établit un « rapport de destination »⁸⁷, une « subordination juridique »⁸⁸ qui soumet l'objet du droit à la réalisation de l'objectif prévu par le rapport juridique. Par la suite, l'objet du droit ayant une affectation juridique déterminée par le contrat conclu par le créancier et la société débitrice, celle-ci ne peut modifier seule cette affectation ou conférer à un tiers un droit sur cet objet. L'aspect négatif de l'état d'aliénation correspond donc à cette exclusion juridique des tiers. Il s'ensuit que c'est l'aliénation de l'objet du droit au but de ce droit qui interdit à la société débitrice d'y porter atteinte lorsqu'elle prend des engagements ultérieurs dans le cadre d'une restructuration et fonde les actions dont dispose le créancier pour le protéger. Cet assujettissement subsiste tant que le but juridique du contrat ne s'est pas réalisé et permet aux créanciers de protéger leurs droits en cas d'atteinte ou de remise en cause. C'est ce que nous montre l'analyse de la jurisprudence en matière de restructuration. Il a ainsi été reconnu à de nombreuses reprises que l'on ne pouvait détourner les opérations de restructuration des sociétés de leur finalité pour remettre en cause les droits de créance contractuels détenus à l'encontre de ces sociétés (1). Le cas échéant, l'antériorité de la créance par rapport à la restructuration de la société débitrice permet de recourir à des mesures de protection adaptées (2).

1. L'impossibilité pour une société débitrice d'échapper à une obligation contractuelle par le biais d'une restructuration

26. Cas de l'engagement de la caution. Lorsqu'une société contracte un prêt⁸⁹, elle fait souvent garantir sa dette par un contrat de cautionnement souscrit par un de ses dirigeants ou par une autre société. Pour mettre fin à son engagement⁹⁰, la caution peut se prévaloir de plusieurs causes d'extinction du cautionnement. Ainsi, la jurisprudence estime notamment que la disparition, à l'occasion d'une opération de fusion-absorption, d'une société débitrice dont l'engagement est garanti par une caution, entraîne l'extinction du cautionnement, du moins en ce qui concerne l'obligation de couverture. L'obligation de règlement, s'agissant des dettes de la société absorbée nées avant l'opération en cause⁹¹, quant à elle, subsiste⁹². Toutefois, s'il apparaît que la

⁸⁷ R. von Ihering, *op. cit.*, p. 338.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 337.

⁸⁹ Généralement auprès d'un établissement de crédit.

⁹⁰ L'engagement de la caution est constitué d'une obligation de couverture et d'une obligation de règlement.

⁹¹ Cass. com., 8 nov. 2005, *BRDA* 2005, n° 1, 2^{ème} espèce ; *Bull. Joly* 2006, p. 345, note P. Le Cannu ; *D.* 2005, p. 2875, obs. A. Lienhard : dans cette décision, la Cour de cassation précise que l'engagement d'une caution à l'égard d'un bailleur subsiste malgré l'absorption de la société locataire dès lors que le bail a été signé avant la fusion, ainsi la caution devra garantir non seulement les loyers échus, mais également les loyers à échoir puisqu'ils trouvent leur source dans le contrat de bail.

restructuration a été réalisée en vue de frauder les droits du créancier titulaire du cautionnement, celui-ci peut légitimement agir en inopposabilité de l'opération de fusion en vue de maintenir l'engagement de la caution pour les dettes qui lui sont postérieures⁹³. La protection du droit de créance contractuel détenu à l'encontre de la caution est alors justifiée par la force obligatoire du contrat de cautionnement conclu avant les différentes opérations de restructuration. Cette force obligatoire implique que la caution, non seulement exécute son obligation, mais également ne fasse rien qui puisse rendre difficile ou impossible cette exécution. Par conséquent, dès lors que l'atteinte au droit du créancier par l'opération de restructuration est imputable à la caution qui a eu recours à des moyens tels que la fraude, la jurisprudence maintient le cautionnement. C'est le cas, par exemple, lorsque l'opération de fusion aboutit à une absorption de la société caution par la société débitrice⁹⁴. C'est également le cas lorsque la caution ayant autorité sur la société débitrice en sa qualité de dirigeant ou d'associé majoritaire est à l'origine de la fusion et la réalise « pour des raisons de pure convenance personnelle »⁹⁵ tendant notamment à échapper à ses obligations.

Notons que l'engagement de caution n'est pas la seule obligation contractuelle à laquelle les débiteurs tentent de se soustraire par le biais des restructurations de sociétés. Cependant, quel que soit le type d'obligation contractuelle concernée, les juges admettent le fait que la force obligatoire du droit de créance permet à son titulaire de bénéficier d'une protection en cas d'atteinte ou de remise en cause de son droit. C'est le cas notamment du droit de préemption.

27. Cas du droit de préemption. La Cour de cassation admet qu'une opération d'augmentation de capital ne peut pas permettre de méconnaître un droit de préemption stipulé dans des contrats de franchise⁹⁶. En effet, les dispositions contractuelles précisent que le franchiseur dispose d'un droit de préemption en cas de cession du fonds de commerce par la société franchisee, ce qui assujettit

⁹² Sous la double réserve, d'une part, d'une manifestation de volonté de la caution de s'engager envers l'absorbante, et d'autre part, d'une fraude tendant à réaliser une opération de fusion-absorption pour faire échapper la caution à son engagement.

⁹³ Cass. com., 10 oct. 1995, *Bull. Joly* 1995, p. 1058 note M.-L. Coquelet ; *LPA*, 13 déc. 1995, n° 149, p. 15 note A. Couret et P. Le Cannu ; *Défrénois* 1996, n° 10, p. 648, note S. Piedelièvre ; *LPA*, 28 juin 1996, n° 78, p. 38, note J.-L. Courtier : dans cet arrêt, la Cour de cassation a retenu que les transformations successives, par fusions-absorptions, de la société débitrice ont été réalisées pour des raisons de pure convenance personnelle par son dirigeant, en vue de s'exonérer de son obligation de caution sans pour autant vouloir dénoncer son engagement, ce dont il résulte que son obligation de caution demeure valable ; *adde* CA Aix En Provence, 10 janv. 2001, préc.

⁹⁴ Cass. com., 10 juin 1963, *D.* 1968 jurispr., p. 116, obs. C. Lombois : une société avait souscrit auprès d'une banque, un prêt garanti par une autre société. Suite à la faillite du débiteur principal, la banque réclamant sa créance à la caution se retrouve face à son débiteur principal et réalise que les deux sociétés avaient fusionné en omettant de l'en informer. Pour éviter le concours de la masse des créanciers du failli sur la valeur des immeubles que la caution lui avait apportés lors de la fusion, la banque se fondant sur l'action paulienne, obtint que cette restructuration lui soit déclarée inopposable. La protection ainsi offerte à la banque est justifiée dans la mesure où, par l'opération de fusion concernée, le débiteur s'est sciemment appauvri en absorbant le passif de la caution et en privant son créancier de la garantie d'une caution solidaire.

⁹⁵ Cass. com., 10 oct. 1995, préc.

⁹⁶ Cass. com., 19 déc. 2000, n° 98-20.515.

cette dernière à la nécessité de l'exécution du droit de préemption en vertu de sa force obligatoire. Cet assujettissement, d'une part, implique que la société franchisée ne puisse pas contrevenir à son obligation contractuelle et d'autre part, interdit aux tiers de porter atteinte à cette obligation. C'est ce principe qui justifie la protection du droit de préemption du franchiseur et explique que la Cour de cassation ait reconnu l'atteinte portée à ce droit par l'augmentation du capital de la société franchisée effectuée par une société tierce.

Les illustrations jurisprudentielles précédentes montrent que, lorsque qu'une société souscrit un engagement contractuel, son autonomie juridique est limitée par l'objet de cet engagement. Elle est assujettie à la nécessité d'exécuter son obligation et ne peut y déroger tant que cette obligation existe. En conséquence, son créancier peut recourir à des mesures de protection en cas de violation de son droit de créance par une opération de restructuration. Pour bénéficier de cette protection, il n'est pas nécessaire que l'obligation soit exigible au moment de la restructuration, il suffit de constater que le contrat est antérieur à l'opération concernée.

2. La naissance de l'obligation contractuelle, condition de la protection du droit de créance concerné

28. Naissance de l'assujettissement de la société débitrice à la date du fait générateur de l'obligation contractuelle. L'obligation contractuelle est constituée d'un droit au paiement et d'un assujettissement au respect de ce droit. Ainsi, cet assujettissement existe dès la naissance de l'obligation contractuelle et fonde la protection du droit de créance qui en résulte alors même qu'il n'est pas encore exigible. Autrement dit, dès lors que le fait générateur de l'obligation est antérieur à la restructuration de la société débitrice, le droit de créance existe et l'assujettissement à la nécessité de son exécution permet de le protéger, peu importe que le créancier puisse se prévaloir ou non de son exigibilité.

En ce sens, il ressort de l'analyse dualiste de l'obligation que l'assujettissement de la société débitrice au respect de ses engagements correspond à une obligation de ne pas faire⁹⁷. Elle ne doit pas d'une part, accomplir d'acte ou de fait susceptible de faire disparaître l'un des éléments du contrat nécessaire à l'exécution de la prestation, et d'autre part, il lui est interdit de contracter pour le même

⁹⁷ G. Wicker, thèse préc., n° 158.

objet avec un tiers. L'assujettissement de la société débitrice se manifeste donc par une obligation d'abstention qui justifie l'effet juridique immédiat de la fiction juridique que constitue l'obligation imparfaite⁹⁸. En effet, l'obligation est constituée d'« un rapport d'obligation lorsqu'elle est saisie dans son immobilité, en tant qu'abstention »⁹⁹ et d'« un rapport obligatoire quand l'accent est mis sur l'exécution de la prestation »¹⁰⁰. La distinction ainsi faite entre le rapport d'obligation et le rapport obligatoire permet de comprendre que seule l'obligation parfaite, c'est-à-dire certaine, liquide et exigible, confère à son titulaire un droit au paiement. Lequel traduit l'exigibilité de la créance et permet au créancier de recourir aux moyens de contrainte pour en obtenir l'exécution. Certes, la société débitrice ne doit pas, en vertu du rapport d'obligation, compromettre cette exécution, ce qui justifie la protection du droit de créance. Mais, c'est la perfection de la créance qui permet à son titulaire de la contraindre à l'exécution. Dans cette hypothèse, au-delà du rapport d'obligation, la perfection de l'obligation confère au créancier un pouvoir de contrainte qui contribue à atteindre de façon efficace le but poursuivi par le contrat. Lorsque l'obligation est imparfaite, le rapport d'obligation qui correspond à l'assujettissement de la société débitrice au respect de son engagement produit son plein effet et constitue le fondement de la protection du droit de créance concerné. Cela s'explique par le fait que la naissance d'une obligation se manifeste par « l'existence immédiate du rapport d'obligation constitutif de l'engagement du débiteur »¹⁰¹. Ce qui permet dès lors au créancier de protéger son droit de créance qu'il soit exigible ou non.

Dans le cadre des restructurations, il faut donc déterminer la date du fait générateur du droit de créance contractuel puisqu'il est protégé dès sa naissance indépendamment de toute considération de l'exigibilité de l'obligation de la société débitrice. La solution est essentielle en matière d'obligation contractuelle certaine ou incertaine.

29. Le fait générateur des obligations contractuelles certaines. Même si la naissance du contrat marque bien la naissance des obligations contractuelles, elle ne consacre pas nécessairement leur perfection¹⁰². Il suffit toutefois que l'obligation soit certaine, sans être liquide ou exigible, pour faire peser sur la société débitrice un assujettissement qui l'astreint à ne rien faire qui puisse rendre difficile ou impossible son exécution. Ce qui permet au créancier de recourir aux différentes mesures

⁹⁸ G. Wicker, thèse préc., n° 158.

⁹⁹ *Ibid.*, n° 159.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ L. Sautonie-Laguionie, *op. cit.*, n° 341.

¹⁰² E. Putman, *La formation des créances*, thèse Aix-Marseille, 1987, n° 171.

de protection mises à sa disposition lorsque la restructuration de la société débitrice compromet l'exécution de son droit de créance contractuel.

Dans la pratique, le contentieux concerne surtout les obligations contractuelles de garantie et les obligations contractuelles à terme. A ce propos, il faut surtout déterminer la date de naissance de l'engagement de la société débitrice, car c'est à compter de cette date que pèse sur elle l'assujettissement au respect de son obligation.

29-1. Obligations contractuelles de garantie. En général, un problème se pose par rapport au fait générateur des obligations contractuelles de garantie lorsqu'elles ne sont pas exigibles au moment de la restructuration. Dans un arrêt en date du 4 février 1997¹⁰³, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a résolu ce problème. En l'espèce, au moment de la conclusion d'un contrat de bail commercial, la société locataire prit l'engagement, en cas de cession du droit au bail, de garantir le paiement des loyers du cessionnaire. Par la suite, elle céda le bail avant d'être absorbée par une autre société. Le cessionnaire n'ayant pas réglé plusieurs loyers, le bailleur obtint sa condamnation au paiement des loyers échus et actionna la société absorbante au titre de son obligation de garantie. Se basant sur l'article L 236-14 du Code de commerce qui précise que « La société absorbante est débitrice des créanciers non obligataires de la société absorbée au lieu et place de celle-ci, sans que cette substitution emporte novation à leur égard », la Cour d'appel condamna l'absorbante. Soutenant dans son pourvoi qu'elle ne pouvait être débitrice en vertu de l'obligation de garantie dont la société absorbée n'était pas elle-même tenue au jour de la fusion, la société absorbante saisit la Cour de cassation. Celle-ci, opérant une substitution de motifs, rejeta le pourvoi sur le fondement de l'article L 236-3 du Code de commerce qui pose le principe de la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante dans l'état où elle se trouve à la date définitive de l'opération. Cette solution se comprend dans la mesure où elle permet implicitement d'opérer une distinction entre la date de naissance de l'obligation de garantie et celle de son exigibilité. En effet, si cette obligation contractuelle fait partie du passif transféré à l'absorbante lors de la fusion, c'est parce qu'elle existait lors de la transmission universelle de patrimoine, le contrat concerné ayant été conclu avant la restructuration. Le créancier peut donc se prévaloir de l'assujettissement du débiteur au respect de son obligation contractuelle de garantie dès la conclusion du contrat, même si elle n'est pas parfaite à cette date, et recourir aux mesures adéquates pour protéger son droit de créance.

¹⁰³ Cass. com., 4 février 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 448, note M.-L. Coquelet.

Parmi les obligations contractuelles certaines, l'obligation de garantie n'est pas la seule dont la naissance est discutée. Le fait générateur des obligations contractuelles à terme retiennent également l'attention.

29-2. Cas des obligations contractuelles à terme suspensif. Il faut d'abord préciser que l'obligation à terme extinctif ne pose pas de problème particulier puisqu'il s'agit d'une obligation pure et simple dont l'extinction est liée à l'échéance du terme¹⁰⁴. Lorsqu'une obligation contractuelle est affectée d'un terme suspensif, cela signifie que son exigibilité est subordonnée à l'arrivée d'un événement futur qui, au moment de l'engagement est de réalisation certaine¹⁰⁵. Ainsi, cet événement n'affecte pas la naissance du lien d'obligation, il suspend seulement son exigibilité conformément à l'article 1185 du Code civil¹⁰⁶. Il s'ensuit que le titulaire d'un droit de créance à terme suspensif, dispose dès la conclusion du contrat, d'un droit suffisamment contraignant pour astreindre la société débitrice à ne pas y porter atteinte. Il ne saurait être considéré comme un créancier futur, et peut dès lors protéger son droit de créance. L'analyse dualiste permet de soutenir que, bien qu'imparfaite, la créance s'impose à la société débitrice dès la date de conclusion du contrat qui marque la formation du rapport d'obligation. Ainsi, lorsqu'une restructuration de la société débitrice postérieure à cette date remet en cause le droit de créance, son titulaire est fondé à mettre en œuvre les mesures de protection appropriées, et ce, sans tenir compte de son exigibilité.

Un raisonnement identique peut être fait en matière d'obligations contractuelles incertaines.

30. Le fait générateur des obligations contractuelles incertaines. Le défaut de certitude d'une obligation n'a d'effet que sur le droit au paiement qui en découle. Cela ne constitue donc pas un obstacle à l'assujettissement de la société débitrice au respect de son engagement dès la naissance de celui-ci. Ce constat peut être effectué à travers l'analyse des obligations contractuelles sous condition suspensive.

30-1. Obligations contractuelles sous condition suspensive. L'article 1168 du Code civil définit l'obligation conditionnelle comme celle que l'on « fait dépendre d'un événement futur et incertain, soit en la suspendant jusqu'à ce que l'événement arrive, soit en la résiliant, selon que l'événement

¹⁰⁴ M. Nossereau, « Le terme, modalité de l'obligation », *Dr. et Patr.* 2000, n° 78, p. 50 et s., spéc. p. 52.

¹⁰⁵ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° Terme.

¹⁰⁶ M. Nossereau, op. cit.

arrivera ou n'arrivera pas ». Il existe donc deux types d'obligations conditionnelles : elle peut être suspensive ou résolutoire. Seule la première appelle à des développements spécifiques. En effet, le créancier d'une obligation sous condition résolutoire est dans la même situation que le créancier d'une obligation pure et simple. Dès la conclusion du contrat qui constitue le fait générateur de son droit de créance, celui-ci a force obligatoire et peut être pleinement protégé. Il n'y a d'incertitude que sur le point de savoir si la créance subsistera ou sera résolue, en attendant, l'acte produit tous ses effets comme s'il était pur et simple¹⁰⁷. L'obligation contractuelle sous condition suspensive pose, quant à elle, quelques difficultés. La doctrine est divisée sur le fait de savoir si c'est uniquement la perfection de l'obligation ou son existence-même qui est conditionnelle¹⁰⁸. Toutefois, l'analyse dualiste de l'obligation met en évidence le fait que, le fait générateur de l'obligation sous condition suspensive correspond à la date de formation du contrat qui la contient. A cette date, l'obligation est imparfaite, mais le rapport d'obligation existe d'ores et déjà et soumet la société débitrice au respect de son engagement¹⁰⁹. Ce qui autorise le créancier à protéger son droit de toute violation, y compris si cette violation est effectuée à l'occasion d'une restructuration affectant la société débitrice.

31. Bilan. En somme, c'est l'assujettissement de la société débitrice au respect de ses engagements qui constitue le fondement de la protection des droits de créance contractuels, lorsque cette société fait l'objet de restructuration. Ainsi, quel que soit le droit de créance contractuel détenu à l'encontre de la société restructurée, du moment où elle est obligée de fournir la prestation promise et de rien faire qui puisse entraver l'exécution de cette prestation, la force obligatoire de son engagement justifie la protection dont bénéficie le créancier en cas d'atteinte à ses droits. La seule condition est que le contrat sur lequel repose le droit de créance soit antérieur à la restructuration.

Suivant la même logique, c'est également du fait de leur force obligatoire que les droits de créance d'origine extracontractuelle antérieurs sont protégés en cas de restructuration de la société débitrice.

¹⁰⁷ A. Colin et H. Capitant, *Traité de droit civil français*, Tome 2, 10^{ème} éd., Dalloz, Paris, 1959, n° 1690.

¹⁰⁸ V. L. Sauton-Laguionie, *op. cit.*, n° 375 et s., pour une analyse des différents courants doctrinaux sur ce point.

¹⁰⁹ G. Wicker, thèse préc., n° 290 et s.

§ 2 . L'assujettissement de la société débitrice au respect des ses obligations, fondement de la protection des droits de créance extra-contractuels

32. Extension de l'analyse dualiste aux obligations extracontractuelles. Pour la conception dualiste de l'obligation, c'est la nécessité de respecter la force obligatoire de l'engagement né du contrat qui justifie l'assujettissement de la société débitrice à la réalisation du but contractuel. Ainsi, bien que l'analyse dualiste ait été développée en matière contractuelle, elle peut être aisément appliquée aux obligations extracontractuelles. En effet, cette analyse étant « inhérente à la notion même d'obligation »¹¹⁰, on peut en déduire que c'est la force obligatoire de tout engagement, peu importe sa source, qui justifie que la société débitrice soit assujettie à son respect. Autrement dit, un engagement, dès lors qu'il a force obligatoire, soumet la société débitrice d'une part, à l'obligation d'exécuter la prestation promise et d'autre part, à un assujettissement à la nécessité de cette exécution. Appliquée aux opérations de restructuration, cette conception dualiste de l'obligation permet de comprendre que c'est l'assujettissement de la société débitrice à ses engagements qui constitue le fondement de la protection des droits de créance extracontractuels détenus à son encontre lorsqu'elle fait l'objet d'une restructuration (A). Dans ce cas, la seule exigence pour que le créancier puisse recourir aux différentes mesures de protection mises à sa disposition, c'est l'antériorité de l'engagement de la société par rapport à sa restructuration (B).

A. L'assujettissement de la société débitrice aux engagements extracontractuels antérieurs à sa restructuration

33. Différentes catégories d'obligations extracontractuelles. D'après la distinction proposée par l'article 1370 du Code civil, les obligations extracontractuelles sont constituées des engagements qui résultent de l'autorité seule de la loi et de ceux qui naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé. Ainsi, la première catégorie correspond aux obligations purement légales tandis que la seconde comprend les obligations délictuelles, quasi-délictuelles et quasi-contractuelles. Il convient de traiter de l'assujettissement de la société débitrice à ces différentes obligations.

¹¹⁰ L. Sautonie-Laguionie, *op. cit.*, n° 118.

34. L’assujettissement de la société débitrice au respect des obligations purement légales. Les obligations purement légales sont imposées par la loi à une personne juridique dont la situation correspond aux conditions posées par les dispositions légales. Autrement dit, dès lors que la situation de la société débitrice répond aux critères légaux qui la soumettent à une obligation légale, elle est tenue de l’exécuter. Ce qui la contraint à ne rien faire qui puisse constituer un obstacle à cette exécution. La force obligatoire de l’engagement se manifeste donc de manière incontestable par son assujettissement à la réalisation d’un résultat déterminé¹¹¹. Ainsi, en matière de restructuration, le principe d’assujettissement de la société débitrice au respect de ses obligations purement légales permet de préserver les créances détenues à son encontre. A ce titre, cet assujettissement justifie dans une fusion, que la société absorbante, en sa qualité d’ayant cause, puisse être poursuivie en paiement des impositions¹¹² dues par la société absorbée pour une période antérieure à l’opération. De même, c’est le principe de l’assujettissement de la société débitrice au respect de ses obligations qui explique qu’un contribuable ne puisse, par une création injustifiée de société, se placer sous un régime fiscal indu dans l’intention de se soustraire partiellement à l’impôt dû dans le cadre de l’exploitation d’une autre société¹¹³. Ce principe fonde aussi la décision dans laquelle la Cour de cassation estime valable un arrêté préfectoral qui prescrit à une société absorbante de remettre en état un site que la société absorbée a cessé d’exploiter et vendu avant la fusion, notamment au motif que l’obligation de remise en état incombe à l’ayant cause de l’exploitant et que la cession à un tiers n’exonère celui-ci qu’à condition que le tiers s’y soit substitué de façon volontaire¹¹⁴.

35. L’assujettissement de la société débitrice au respect des obligations délictuelles et quasi-délictuelles. Les délits et quasi-délits sont des faits illicites dommageables pour autrui et engageant la responsabilité de leurs auteurs sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil. Le caractère intentionnel ou non intentionnel du fait illicite n’a aucune incidence sur la force obligatoire de l’engagement qui en résulte¹¹⁵. Ainsi, à partir du moment où l’obligation de réparer est mise à la charge d’une société qui est l’auteur d’un fait illicite, elle est non seulement tenue de payer les dommages et intérêts prévus, mais également de ne rien faire qui puisse constituer un obstacle à ce

¹¹¹ L. Sautonie-Laguionie, *op. cit.*, n° 128.

¹¹² CE, 23 juil. 1974, n° 87. 393 et n° 87.879

¹¹³ Cass. crim., 28 oct. 1991, *Bull. crim.* 1991, n° 382, p. 957: pour bénéficier d’un régime de faveur réservé aux entreprises nouvelles, un contribuable a créé une société. La Cour de cassation a jugé que cette création de société est constitutive du délit de fraude fiscale prévue à l’article 1741 du Code général des impôts, dans la mesure où la nouvelle société n’a pour but que de reprendre l’activité d’une société précédemment créée par le même contribuable et mise en sommeil par la suite. *Adde* Cass. crim., 24 fév. 1974, *Bull. crim.* 1974, n° 85, p. 209 qui condamne la fraude fiscale en matière de TVA réalisée grâce à l’organisation d’une seule et même entreprise artificiellement scindée en deux.

¹¹⁴ CE, 10 janv. 2005, Sté Sofiservice, *BRDA* 2005, n° 13, p. 4.

¹¹⁵ L. Sautonie-Laguionie, *op. cit.*, n° 128.

paiement. Autrement dit, la société est assujettie au respect de l'obligation délictuelle ou quasi-délictuelle qui en découle, ce dont peut se prévaloir la victime pour protéger sa créance. Dans une affaire portée à la connaissance de la Cour de cassation¹¹⁶, une société, victime d'agissements fautifs, obtint en justice la condamnation de leur auteur au paiement de dommages et intérêts, puis se trouva face à des difficultés d'exécution. En effet, au cours de la longue procédure qui les opposa, la société débitrice avait fait l'objet d'une opération de fusion-scission qui aboutit à la création de deux sociétés dont la première reçut ses biens immobiliers en contrepartie d'une faible partie du passif, tandis que la seconde recevait son fonds de commerce et ses meubles à charge de supporter le reste de passif. La société créancière cherchant à exécuter contre cette dernière qui fut très rapidement mise en règlement judiciaire, ne reçut de la procédure collective qu'un dividende réglant partiellement la somme due. Elle poursuivit alors la première société issue des opérations de restructuration en paiement du solde de sa créance. La décision de la Cour d'appel faisant droit à sa demande fut confirmée par la Cour de cassation qui rejeta l'argument du pourvoi basé sur la répartition du passif opéré lors de la fusion-scission, au motif que ces opérations ont « sciemment porté atteinte » aux droits de la société créancière. Il a également été jugé que la liquidation d'une société du fait de son absorption ne pouvait la décharger du paiement de l'indemnité de rupture d'un mandat d'intérêt commun de son représentant étranger, cette obligation étant transmise à la société absorbante¹¹⁷.

36. L'assujettissement de la société débitrice à l'exécution de l'obligation quasi-contractuelle.

L'article 1371 du Code civil définit les quasi-contrats comme « les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers et quelquefois un engagement réciproque des parties ». Il s'ensuit qu'une obligation quasi-contractuelle engage la société débitrice. Elle doit l'exécuter et ne peut se soustraire à cet engagement imposé par la loi. De ce fait, elle y est assujettie. Si une opération de restructuration peut constituer un obstacle pour l'exécution d'une telle obligation, il est logique comme dans les cas précédents, que le créancier puisse protéger son droit au moyen de mesures adaptées.

Il apparaît, à travers cette analyse qu'une société est assujettie au respect de ses obligations extracontractuelles, ce qui fonde la protection des droits de ses créanciers lorsqu'elle effectue une restructuration. Pour bénéficier de cette protection, il suffit simplement d'établir l'antériorité des obligations par rapport aux opérations de restructuration.

¹¹⁶ Cass. com., 24 janv. 1967, *Bull. civ.* 1967, n° 45, p. 40 ; *RTD com.* 1967, p. 820, obs. R. Houin.

¹¹⁷ Cass. com., 2 mars 1982, *JCP G.* 1982, IV, p. 175.

B. La protection des créances extracontractuelles antérieures à la restructuration de la société débitrice

37. La détermination du fait générateur des obligations extracontractuelles. Pour que les droits extracontractuels détenus à l'encontre d'une société bénéficient d'une protection en cas de restructuration de cette dernière, il suffit que ces droits existent au moment de la réalisation de l'opération. Il faut donc rechercher le fait générateur des différentes obligations extracontractuelles parce que c'est à partir de ce fait que pèse sur la société débitrice l'assujettissement au respect de ses engagements.

1. Le fait générateur des obligations purement légales

38. Diversité des obligations purement légales. Il existe plusieurs types d'obligations purement légales qu'il convient de distinguer pour la recherche du fait générateur.

39. Obligations fiscales. En droit fiscal, il est précisé que « le principe de la créance existe dès le fait générateur de l'impôt »¹¹⁸. En effet, à partir de cette date, la société dont la situation remplit les conditions légales d'imposition est soumise à l'obligation fiscale concernée, même si ses modalités d'exécution ne sont pas encore déterminées. Le rapport d'obligation qui pèse sur elle dès la naissance de son obligation lui interdit d'en empêcher l'exécution, bien que l'impôt ne soit pas encore exigible. En matière de restructuration, cela explique, par exemple, que l'administration fiscale puisse, dans une opération de scission ayant fait disparaître la société redevable de l'impôt, réclamer sa créance aux sociétés bénéficiaires de l'opération. L'antériorité de la créance par rapport à la scission permet, en effet, à l'administration fiscale de se prévaloir de la substitution de débiteur opérée par la scission.

40. Obligation de cotiser en matière de sécurité sociale. L'obligation de s'acquitter des cotisations de sécurité sociale, pour une société qui a la qualité d'employeur, prend naissance par le seul fait de la loi. Une confusion est souvent faite entre le fait générateur et l'exigibilité de la créance sociale. En effet, l'article R 243-6 du Code de la sécurité sociale prévoit que les cotisations de sécurité sociale sont exigibles après que le salaire ait été versé, à des dates variant selon le nombre salariés

¹¹⁸ Cass. com., 3 oct. 2000, pourvoi n° 98-17.798.

employés par l'entreprise. Mais, se conformant à la doctrine administrative¹¹⁹, les URSSAF estiment que le paiement de la rémunération constitue également le fait générateur des obligations de cotisation. Fort heureusement, une jurisprudence constante¹²⁰, élaborée en matière de litiges concernant des procédures collectives, retient que les cotisations de sécurité sociale n'étant que l'accessoire de la créance de salaire qui leur sert de fondement, leur date de naissance correspond à la période d'accomplissement du travail dont le salaire est la contrepartie. C'est donc à la date à laquelle le salarié a effectué le travail prévu par le contrat qui le lie à la société qui est son employeur que se place le fait générateur des cotisations sociales se rapportant à son salaire. Lorsque le fait générateur se réalise, le rapport d'obligation qui naît en même temps que l'engagement de la société débitrice, autorise l'URSSAF à protéger sa créance même si celle-ci n'est pas encore exigible. Cette règle s'applique ainsi dans le cas où la société débitrice fait l'objet d'une restructuration postérieurement à la naissance de son obligation de cotiser.

41. Obligations légales de garantie. L'obligation de garantie prend naissance le jour de départ de la garantie fixée par la loi et ne devient exigible qu'au jour de la découverte du vice. En matière de garantie des vices cachés, le vendeur est, de ce fait, tenu d'une obligation qui pèse sur lui dès la conclusion du contrat. Dès lors, il est assujéti au respect de son engagement. Les juges ont ainsi rejeté l'argument sur lequel une société absorbante se fondait pour refuser d'exécuter une obligation de garantie¹²¹. Elle soutenait que l'obligation ne faisait pas partie du passif de l'absorbée qui lui a été transmis au moment de la fusion puisqu'elle n'est née qu'au moment de l'apparition du vice, apparition qui a eu lieu après la restructuration. Les juges ont justifié leur décision en se référant aux dispositions légales qui prévoient que l'effet essentiel de la fusion est la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée. Ils ont ainsi, implicitement reconnu d'une part, que le fait générateur de l'obligation de garantie est distinct de son exigibilité et d'autre part, que le créancier peut bénéficier de la protection de son droit dès la naissance de la garantie qui le jour de départ déterminé par la loi.

Après avoir établi que le fait générateur des obligations purement légales ne doit pas être confondu avec leur exigibilité, il faut à présent traiter de la date de naissance des obligations délictuelles et quasi-délictuelles.

¹¹⁹ Rép. Charles AN. 29 déc. 1986, p. 5192, n° 5888 ; Doc. F. Lefebvre, C-III-42-J, fv.

¹²⁰ Cass. com., 18 juil. 1989, *Bull. civ.*, IV, n° 224 ; Cass. com., 8 nov. 1988, *RJS* 1989, n° 188, *Bull. civ.*, IV, n° 296 ; Cass. com., 20 févr. 1990, *RJS* 1990, n° 527.

¹²¹ CA Riom, 5 mai 1980, *Rev. sociétés*. 1981, p. 597.

2. Le fait générateur des obligations délictuelles et quasi-délictuelles

42. Obligation d'indemnisation résultant d'un délit ou d'un quasi-délit. Malgré les hésitations qui existent dans ce domaine, il est certain que l'obligation de réparation mise à la charge de l'auteur d'un délit ou d'un quasi-délit prend naissance au jour du fait dommageable. A partir de cette date, la victime du dommage peut se prévaloir d'un principe de créance qui lui permet de demander réparation. Autrement dit, sa créance ne naît pas au jour du jugement qui ne fait que constater sa perfection¹²². En matière de restructuration, cette solution nous permet de comprendre que la Cour de cassation¹²³ admette qu'une opération de fusion-scission réalisée en fraude aux droits des créanciers ne peut pas dispenser une des sociétés nées de l'opération et qui n'a à sa charge qu'une faible partie du passif alors qu'elle a reçu la fraction la plus importante de l'actif, de réparer un dommage né avant la restructuration du fait de la société scindée. La Haute Cour fonde sa décision sur le fait que les « agissements fautifs » et le « principe de créance » remontent à une période antérieure aux apports litigieux, refusant ainsi de placer le fait générateur de l'obligation de réparation au jour du jugement qui consacre sa perfection.

3. Le fait générateur des obligations quasi-contractuelles

43. Obligation quasi-contractuelle. C'est une obligation qui naît au jour du quasi-contrat, c'est-à-dire au jour du transfert de valeur qui justifie la restitution ou la répétition. Le rapport d'obligation existant à cette date soumet la société débitrice à la nécessité d'exécuter son obligation. Le créancier n'a donc pas besoin d'obtenir une condamnation judiciaire consacrant la perfection de son droit pour le protéger¹²⁴. Il peut ainsi, dans le cas où la société débitrice connaît une restructuration postérieure à la date de formation du quasi-contrat, recourir aux mesures de protection adaptées.

44. Conclusion de la section. L'analyse dualiste de l'obligation permet de comprendre qu'une société débitrice est assujettie au respect de ses engagements contractuels. Par extension, cette analyse s'applique également aux obligations extracontractuelles. Il a ainsi été démontré que cet

¹²² En ce sens V. E. Putman, *op. cit.*, n° 79.

¹²³ Cass. com., 24 janv. 1967 préc.

¹²⁴ Cass. com., 6 janv. 1987, *Bull. civ.* IV, n° 77 ; *RTD civ.* 1987, p. 754, obs. J. Mestre : dans cette affaire, confondant l'exigibilité et le fait générateur d'une obligation quasi-contractuelle, la Cour de cassation a jugé à tort que la créance née d'un enrichissement sans cause n'existe et ne peut produire d'intérêts moratoires qu'à compter de la date où elle est judiciairement constatée.

assujettissement de la société débitrice constitue le fondement de la protection du créancier lorsqu'elle fait l'objet d'une restructuration qui compromet l'exécution de son droit de créance qu'il soit d'origine contractuelle ou extracontractuelle.

Il faut, à présent, vérifier si l'objet de l'obligation a une incidence sur le fondement retenu.

Section 2 : L'indifférence de l'objet de l'engagement de la société débitrice quant au fondement de la protection des créanciers

45. Plan. La classification des obligations selon leur objet qui découle du Code civil aux articles 1101 et 1126 distingue les obligations de donner, de faire et de ne pas faire. Pour que le fondement choisi pour expliquer la protection des créanciers dans le cadre d'une restructuration affectant la société débitrice soit opérant, il doit être applicable quel que soit l'objet de l'obligation. Autrement dit, il faut déterminer si l'assujettissement de la société débitrice au respect de ses engagements existe sans distinction en présence d'une obligation de donner (§1), de faire (§2) et de ne pas faire (§3), justifiant ainsi les mesures de protection dont bénéficie le créancier lorsqu'une opération de restructuration affectant la société débitrice porte atteinte à son droit.

§ 1 . L'assujettissement de la société débitrice au respect de l'obligation de donner

46. Existence d'un rapport d'obligation dans l'obligation de donner. L'obligation de donner correspond à l'obligation de transférer la propriété ou un autre droit réel relatif à une chose¹²⁵. Pour une partie de la doctrine¹²⁶, cette obligation n'existe pas, dans la mesure où en droit français, le

¹²⁵ Ph. Simler, *JurisClasseur civil*, V° *art. 1136 à 1145*, fasc. 10, 2011, n° 11.

¹²⁶ L. Aynes, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, thèse, Economica, 1984, n° 183 ; D. Tallon, « *Le surprenant réveil de l'obligation de donner* », *D.* 1992, *Chron. XIII*, p. 67 et s., n°1 ; M. Fabre-Magnan, « *Le mythe de l'obligation de donner* », *RTD civ.* 1996, p. 85 et s.

transfert de propriété se fait *solo consensu*. En effet, l'échange des consentements emportant de plein droit transfert de propriété, on ne saurait parler d'obligation de donner pour le débiteur dont la volonté n'intervient pas pour rendre effectif le transfert. Ce dernier est donc un effet légal du contrat et est « insusceptible d'inexécution »¹²⁷. Force est de constater, dans ce cas, sans qu'il soit nécessaire de prendre position dans le débat doctrinal concernant l'existence de l'obligation de donner, que le caractère immédiat du transfert de propriété empêche la naissance d'un rapport d'obligation qui aurait justifié un assujettissement du débiteur au respect de son obligation. Ainsi, dans une vente par exemple, ce rapport n'existe que dans le cadre des obligations de délivrance ou de garantie pouvant accompagner le transfert immédiat de propriété de la chose vendue. Toutefois, en cas de transfert de propriété différé, l'existence de l'obligation de donner est incontestable. En attendant la date du transfert, le titulaire du droit de propriété ne doit pas aliéner son droit en faveur d'une autre personne que celle envers laquelle il s'est engagé. Le report d'exigibilité qui s'explique par la volonté des parties ou la nature de la chose objet du transfert¹²⁸ met alors clairement un rapport d'obligation à la charge du promettant. Ce qui lui impose de n'accomplir aucun acte qui pourrait contrevenir à l'exécution de sa promesse.

47. Intérêt pour la protection des créanciers des sociétés débitrices effectuant une restructuration. Dans l'hypothèse d'un transfert de propriété *solo consensu*, il ressort de ce qui précède que le caractère immédiat du transfert empêche la société titulaire du droit de propriété de compromettre l'opération dans le cadre d'une restructuration. De ce fait, l'absence d'un rapport d'obligation qui aurait fondé l'assujettissement de la société débitrice au respect de son engagement n'est pas préjudiciable à l'acquéreur. Il n'a nullement besoin de protéger son droit de propriété puisque ce droit lui est transféré aussitôt que le contrat concerné est conclu. Mais, lorsque le transfert de propriété est différé, il apparaît un rapport d'obligation qui interdit à la société débitrice de compromettre la réalisation du transfert au moyen d'une restructuration. Ce qui autorise l'acquéreur à se prévaloir de l'assujettissement de la société débitrice au respect de son engagement pour exiger le transfert de propriété convenu.

Le créancier peut également se prévaloir de l'assujettissement de la société débitrice au respect de ses obligations de faire pour protéger sa créance lorsque cette dernière effectue une restructuration.

¹²⁷ G. Wicker, thèse préc., n° 338.

¹²⁸ Le transfert différé de propriété est possible pour les choses de genre et les choses futures.

§ 2 . L'assujettissement de la société débitrice au respect des obligations de faire

48. La force obligatoire des obligations de faire. L'obligation de faire est celle qui a pour objet un acte positif ou une prestation (autre qu'une dation) que le débiteur est tenu d'accomplir et dont le créancier peut exiger l'exécution¹²⁹. En vertu de l'analyse dualiste, l'obligation de faire, est comme toute obligation, constitutive d'un assujettissement de la société débitrice qui est tenue, à ce titre, outre l'exécution de la prestation, d'une obligation d'abstention qui lui interdit de contrevenir à cette exécution. C'est donc la force obligatoire des obligations de faire qui permet au créancier de protéger son droit en cas d'inexécution. La mise en œuvre de cette protection dépend de la catégorie dont fait partie l'obligation de faire inexécutée. En effet, l'analyse du droit positif montre qu'on ne saurait se contenter d'appliquer aveuglément la règle de l'article 1142 du Code civil selon laquelle « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur », en application de l'adage *nemo praecise cogi potest ad factum*¹³⁰. Il importe donc d'opérer une distinction. Pour respecter la liberté individuelle, seules les obligations de faire ayant un caractère purement personnel sont soumises à l'article 1142. En cas d'inexécution, le créancier d'une telle obligation doit se satisfaire d'une compensation pécuniaire, dans la mesure où il ne peut contraindre la société débitrice à l'exécution de ses engagements. Mais, lorsque les obligations de faire ne présentent pas de caractère strictement personnel, le créancier peut recourir à une injonction de payer ou une astreinte pour obtenir une exécution en nature. Il peut également, si l'exécution peut être assurée par un tiers, faire exécuter l'obligation aux dépens de la société débitrice sur le fondement de l'article 1143 du Code civil.

49. Fondement de la protection des obligations de faire en cas de restructuration de la société débitrice. Dans cette perspective, dès lors que la restructuration de la société débitrice remet en cause l'exécution d'une obligation de faire, qu'elle soit personnelle ou qu'elle concerne un de ses biens, sa force obligatoire permet au créancier de recourir au moyen de protection adapté pour faire face à l'inexécution. C'est pourquoi une Cour administrative d'appel a décidé qu'une société ayant bénéficié d'un apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions est obligée de remettre en état un site que l'apporteuse a pollué¹³¹. De même, le Conseil d'Etat a jugé que la remise en l'état d'une installation classée pèse sur une société absorbante, bien que l'exploitation du site ait cessé et que la

¹²⁹ Ph. Simler, *op. cit.*, n° 68 et s.

¹³⁰ Cet adage signifie que nul ne peut être contraint à faire quelque chose.

¹³¹ CAA Lyon, Ch. 1, 6 juil. 2006, préc.

société absorbée l'ait vendu avant l'apport, au motif d'une part, que l'obligation de remise en état est à la charge de l'ayant droit de l'exploitant et d'autre part, que la cession à un tiers n'exonère celui-ci qu'à la condition que le tiers s'y soit volontairement substitué¹³².

L'analyse dualiste qui nous donne ainsi le fondement de la protection des créanciers d'obligations de faire en cas de restructuration de la société débitrice peut également s'appliquer aux obligations de ne pas faire.

§ 3 . L'assujettissement de la société débitrice au respect des obligations de ne pas faire

50. Application de l'analyse dualiste aux obligations de ne pas faire. « L'obligation de ne pas faire est celle qui a pour objet une abstention du débiteur : celui-ci s'est obligé ou est tenu légalement de s'abstenir d'un acte matériel ou juridique donné »¹³³. A l'instar de toute obligation, elle est normalement source d'un assujettissement de la société débitrice à la nécessité de son exécution. Ce qui fonde la protection du créancier. Cependant, un problème se pose parce que l'obligation de ne pas faire n'implique pas l'accomplissement d'une prestation. En effet, l'analyse dualiste de l'obligation repose sur l'existence d'un rapport obligatoire qui donne au créancier le pouvoir d'exiger l'exécution de la prestation promise, renforcée par un rapport d'obligation constitutif de l'assujettissement de la société débitrice au but contractuel et lui imposant une abstention. Ainsi, l'obligation de ne pas faire qui se résume à une abstention, semble ne pas être concernée par l'analyse dualiste. C'est en ce sens que M Wicker soutient que « l'analyse dualiste ne peut véritablement convenir qu'aux obligations dont l'objet est une prestation, un fait positif. En effet, si tant est qu'elle soit possible, l'application de la notion de paiement aux obligations de ne pas faire suppose de lui faire subir d'importantes déformations. Les seules prérogatives, manifestant son emprise sur le débiteur que le créancier est amené à exercer sont relatives, non à l'exécution de l'obligation, mais à son inexécution qu'il peut faire cesser en recourant au pouvoir de contrainte¹³⁴ ». Pour autant, les obligations de ne pas faire correspondent à des obligations ayant pour objet l'assujettissement de la société débitrice au respect de son engagement. Cet assujettissement est la

¹³² CE, 10 janv. 2005, Sté Sofiservice, préc.

¹³³ Ph. Simler, *op. cit.*, n° 113.

¹³⁴ G. Wicker, thèse préc., p. 152, note de bas de page n° 205.

prestation promise et non son corollaire comme dans le cas des autres obligations¹³⁵. Ce qui permet au créancier d'une obligation de ne pas faire de protéger sa créance en cas de restructuration de la société débitrice qui entrave l'exécution de cette obligation.

51. Protection des créanciers d'une obligation de ne pas faire. En cas d'inexécution, l'article 1142 du Code civil s'applique en principe et permet l'octroi de dommages et intérêts au créancier. Dans la pratique, il existe d'autres moyens de contraindre la société débitrice à respecter son engagement. C'est le cas de l'astreinte. Par ailleurs, le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait en contravention de son droit soit détruit et peut obtenir l'autorisation de détruire aux dépens de la société débitrice selon les dispositions de l'article 1143 du Code civil. Précisons cependant que si la violation d'une obligation de ne pas faire aboutit à la création d'une situation irréversible, seule l'allocation de dommages et intérêts peut permettre de compenser le préjudice subi par le créancier.

C'est l'assujettissement de la société débitrice à l'exécution de son engagement qui explique ces différentes mesures de protection et autorise le créancier à faire respecter son droit de créance en cas de violation survenant dans le cadre d'une restructuration.

52. Conclusion de la section. S'agissant de la classification des obligations en fonction de leur objet, notons que le droit romain distinguait à côté des obligations de *dare* et de *facere*, les obligations de *praestare*. En France, les rédacteurs du Code civil ont repris cette distinction en abandonnant l'obligation de *praestare*. Cette dernière a pour objet la mise à disposition d'un bien dans la mesure où elle permet le transfert d'usage d'une chose¹³⁶. Une partie de la doctrine a proposé de réintroduire cette obligation dans la *summa divisio* du Code civil. Ce qui présente un intérêt certain, dans la mesure où cela aboutirait à prendre en considération les caractéristiques spécifiques de ces obligations par rapport aux autres obligations. D'ailleurs, même si ces propositions n'ont pas encore eu d'incidence sur la classification des obligations selon leur objet, l'avant-projet Catala de réforme du droit des obligations prévoit à côté des obligations de donner, de faire et de ne pas faire, l'obligation de donner à usage qui correspond à la cession de l'usage d'une chose à charge de restitution¹³⁷. Si ce projet aboutit, le créancier d'une obligation de mise à disposition détenue à l'encontre d'une société qui effectue ultérieurement une opération de restructuration, pourra,

¹³⁵ L. Sauton-Laguionie, *op. cit.*, n° 320.

¹³⁶ G. Pignarre, « A la redécouverte de l'obligation de *praestare* », *RTD civ.* 2001, p. 41 et s., n°8.

¹³⁷ Y. Picod, *op. cit.*, n° 85.

comme dans le cas des autres obligations, se prévaloir de l'assujettissement de la société débitrice à la nécessité de l'exécution de son obligation pour protéger sa créance.

Par conséquent, on peut déduire que c'est la force obligatoire de toute obligation, quel que soit son objet, qui fonde la protection du créancier lorsque son exécution est entravée par une restructuration, dans la mesure où c'est de cette force obligatoire que découle l'assujettissement de la société débitrice au respect de son engagement. Ainsi, que les obligations de *praestare* soient réintroduites ou non dans la classification des obligations selon leur objet, le fait qu'une obligation qui devrait être rattachée à cette catégorie soit classée par le droit positif au sein des obligations de faire ou de donner permet, dans tous les cas au créancier, de protéger sa créance. La seule exigence pour qu'il puisse recourir aux moyens de protection mis à sa disposition est que son droit de créance soit antérieur à la restructuration de la société débitrice. Il faut alors se reporter pour les règles relatives à l'antériorité de la créance à celles étudiées dans le cadre des obligations contractuelles¹³⁸ ou extracontractuelles¹³⁹, car les obligations de donner, de faire et de ne pas faire ont soit une origine contractuelle, soit une origine extracontractuelle.

53. Conclusion du chapitre. L'analyse dualiste de l'obligation permet de soutenir que le créancier d'une société débitrice, peut, lorsque la restructuration de cette dernière est postérieure à ses engagements, protéger son droit de créance sur le fondement de l'assujettissement de cette société au respect de ses obligations quel que soit leur source ou leur objet.

¹³⁸ V. *supra* n° 25 et s.

¹³⁹ V. *supra* n° 32 et s.

Chapitre 2 : La restriction de l'autonomie juridique de la société par les engagements antérieurs à sa restructuration

54. Contenu de l'obligation d'abstention exprimant l'assujettissement de la société débitrice.

La conclusion d'un contrat modifie irrémédiablement la situation des parties dans la mesure où sa force obligatoire s'impose à elles. Autrement dit, chaque cocontractant est tenu de respecter le contrat. Selon l'analyse dualiste de l'obligation¹⁴⁰, cela se manifeste pour la société débitrice, en plus de l'obligation d'exécuter la prestation promise au contrat, par un assujettissement à son engagement contractuel. Cet assujettissement se traduit par l'obligation de « ne pas faire obstacle à la réalisation du but contractuel »¹⁴¹. En effet, il correspond à un « rapport de destination »¹⁴², à une « subordination juridique »¹⁴³ de l'objet du droit du créancier au but du contrat, créant ainsi un « état de contrainte »¹⁴⁴ qui subsiste tant que ce but n'est pas atteint. Dans la pratique, la société débitrice doit donc éviter tout comportement pouvant compromettre l'exécution de son engagement. Il s'ensuit une limitation de sa liberté contractuelle, de son autonomie juridique¹⁴⁵ qui se manifeste par le fait qu'elle ne peut pas consentir un droit incompatible avec un engagement antérieur. Cela reviendrait pour elle à disposer d'un droit qui ne fait plus partie de son patrimoine¹⁴⁶ puisqu'elle l'a déjà concédé à un créancier. Ce qui signifie que la société débitrice n'est libre de s'engager que dans la limite de ses obligations antérieures, car celles-ci opèrent une restriction de son autonomie juridique¹⁴⁷. En conséquence, l'obligation d'abstention dont est tenue la société débitrice la soumet à un devoir caractérisant son assujettissement. Il lui est interdit de porter atteinte à l'exécution de son engagement, ce qui l'oblige à agir de bonne foi afin de permettre la réalisation du but contractuel. Par ailleurs, tant que ce but n'est pas atteint, cette obligation d'abstention interdit aux tiers d'accepter en connaissance de cause des engagements de la société débitrice qui constitueraient un obstacle à l'exécution de ses obligations antérieures. Cela correspond à l'opposabilité du contrat

¹⁴⁰ V. *supra* n° 16 et s.

¹⁴¹ G. Wicker, « Force obligatoire et contenu du contrat », art. préc., n° 22.

¹⁴² R. von Ihering, *Etudes op. cit.*, n° 6.

¹⁴³ *Ibid.*, n° 8.

¹⁴⁴ L. Sautonie-Laguionie, *op. cit.*, n° 130.

¹⁴⁵ G. Wicker, *op. cit.*, n° 23 et L. Sautonie-Laguionie, *op. cit.*, n° 133.

¹⁴⁶ B. Starck, « Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui », *JCP* 1954, I, 1180, n° 47.

¹⁴⁷ L. Sautonie-Laguionie, *op. cit.*, n° 133.

initial conclu par cette société. Il convient alors de déterminer comment se manifeste l'obligation d'abstention d'une société débitrice lorsqu'elle doit effectuer des opérations de restructuration.

55. Contenu de l'obligation d'abstention d'une société débitrice faisant l'objet d'une restructuration. Lorsqu'une société débitrice doit être restructurée, elle a à sa charge, du fait de son assujettissement au respect de ses engagements antérieurs, une obligation d'abstention dont le contenu est identique à celui de l'obligation de ne pas faire contraignant n'importe quel autre débiteur. La spécificité de son cas réside plutôt dans le fait que, l'interdiction de porter atteinte à ses engagements antérieurs à la restructuration découlant d'une part du devoir de les exécuter de bonne foi (Section 1) et d'autre part, de leur opposabilité aux tiers (Section 2) prend une dimension particulière du fait du contexte des restructurations.

Section 1 : Le devoir de la société débitrice d'exécuter de bonne foi les engagements antérieurs à sa restructuration

56. Le devoir comportemental de la société débitrice en matière contractuelle et extracontractuelle. L'assujettissement de la société débitrice au respect de ses engagements contractuels fait peser sur elle le devoir de les exécuter de bonne foi (§1). Elle doit adopter un comportement conforme à ces engagements et ne doit de ce fait, rien faire qui puisse constituer une entrave à leur exécution. Ce qui permet d'assurer l'efficacité de la force obligatoire du contrat. Toutefois, l'assujettissement de la société débitrice étant un élément intrinsèque à la notion même d'obligation, le devoir d'exécution de bonne foi s'impose à elle quelle que soit la source de son obligation. La société débitrice est donc également soumise au devoir d'exécuter de bonne foi les engagements extracontractuels antérieurs à sa restructuration (§2).

§ 1 . Le devoir d'exécuter de bonne foi les engagements contractuels antérieurs à la restructuration de la société débitrice

57. L'expression de l'exigence comportementale pesant sur la société débitrice assujettie. La bonne foi est une notion duale. D'une part, elle consiste en la croyance erronée en l'existence d'une

situation juridique régulière, ce qui lui donne un rôle exonératoire. D'autre part, la bonne foi correspond au comportement loyal que requiert l'exécution d'une obligation¹⁴⁸. C'est cette seconde acception qui est visée par l'article 1134 alinéa 3 du Code civil qui prévoit que les conventions « doivent être exécutées de bonne foi »¹⁴⁹. Une analyse de la doctrine montre que cette disposition constitue une directive d'interprétation ou d'exécution. En tant que principe d'interprétation, ce texte codifie le rejet par les rédacteurs du Code civil de la distinction romaine entre les contrats de droit strict et ceux de bonne foi. Du point de vue de l'exécution du contrat, il permet de déterminer si l'attitude d'un contractant est conforme à la bonne foi envisagée comme « une norme morale de comportement »¹⁵⁰. Dans cette perspective, c'est le devoir de loyauté qui manifeste le mieux l'exigence comportementale¹⁵¹ pesant sur la société débitrice dans la mesure où il lui impose une exécution fidèle de son engagement¹⁵². Toutefois, il faut préciser que, bien que le devoir de loyauté puisse revêtir un aspect qui crée positivement des obligations¹⁵³ à la charge de la société débitrice, ce qui n'est pas sans rapport avec son assujettissement, seule la conception traditionnelle réduisant la loyauté à l'absence de mauvaise foi¹⁵⁴ s'avère utile pour notre démonstration fondée sur l'analyse dualiste de l'obligation. En effet, c'est uniquement dans cette dernière acception que le devoir de loyauté impose aux parties à un contrat « de s'abstenir de tout comportement de nature à compromettre l'exécution¹⁵⁵ et se confond pour la société débitrice avec « l'obligation de ne pas faire représentative du rapport d'obligation »¹⁵⁶. Les créanciers dont les droits de créance sont antérieurs à la restructuration de la société débitrice bénéficient de diverses mesures de protection. Cela s'explique par le fait qu'elle doit s'abstenir de toute atteinte à leurs droits. Cette obligation d'abstention s'inscrit aussi bien dans le cadre de l'assujettissement pesant sur la société débitrice que dans le cadre du devoir de loyauté découlant de ses engagements antérieurs.

¹⁴⁸ P. Le Tourneau et M. Poumarède, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Bonne foi*, 2009, n° 3 et s.

¹⁴⁹ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat*, thèse, LGDJ, 2000, n° 54.

¹⁵⁰ *Ibid.*, n° 66. Adde, A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, Tome 2, 4^{ème} éd., Dalloz 1924, p. 309, qui précisent que « Les parties doivent, dans l'exécution de la convention, se comporter honnêtement et loyalement », et R. Demogue, *Traité des obligations en général*, Tome 4, Rousseau, Paris, 1931, n° 3 et s., qui considère aussi que l'article 1134 alinéa 3 du Code civil oblige les parties à se comporter selon les « règles qui impliquent une conduite honnête et loyale ».

¹⁵¹ L. Sautonie-Laguionie, *op. cit.*, n° 139.

¹⁵² F. Terré, P. ; Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 439.

¹⁵³ Y. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, thèse Dijon, 1987, LGDJ, 1989, n° 10. Selon cet auteur, le devoir de loyauté est dans ce cas une notion autonome, un « critère de détermination du contenu contractuel, en l'absence de volonté exprimée par les parties » qui permet, au titre de la loyauté contractuelle, de préciser positivement, les obligations du débiteur exécutant son contrat, en dehors même des stipulations contractuelles.

¹⁵⁴ *Ibid.*, n° 12.

¹⁵⁵ G. Wicker, thèse préc., n° 161. V. dans le même sens, L. Sautonie-Laguionie, *op. cit.*, note de bas de page n° 93.

¹⁵⁶ G. Wicker, thèse préc., n° 161.

58. La manifestation du devoir de la société débitrice d'exécuter ses engagements de bonne foi : le devoir de loyauté. Dans cette étude, le devoir de loyauté consiste dans l'absence de mauvaise foi de la société débitrice. Cette mauvaise foi est généralement sanctionnée sous trois formes : le dol, la fraude ou l'abus de droit¹⁵⁷, par le droit positif dont le but est de « neutraliser le comportement d'une partie qui, sans nier son obligation, viserait à la vider de sa substance »¹⁵⁸. En effet, lorsque la société débitrice recourt au dol dans l'exécution de son obligation, elle fait preuve de malhonnêteté en essayant délibérément de se soustraire à ses engagements¹⁵⁹. De même, elle a un comportement déloyal, lorsqu'elle commet une fraude aux droits de ses créanciers dans la mesure où, elle « parvient à se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace qui rend le résultat inattaquable sur le terrain du droit positif »¹⁶⁰. Enfin, la société débitrice ne respecte pas l'exigence de loyauté dans l'exécution de ses obligations, lorsqu'elle fait un usage abusif de ses prérogatives. Il ressort de ces trois aspects de la mauvaise foi que l'absence de loyauté de la société débitrice se révèle à travers ses actes tendant à compromettre l'exécution de son engagement. Ainsi, le devoir de loyauté mis à sa charge permet d'assurer l'efficacité de la force obligatoire du contrat en lui imposant de ne pas créer d'obstacle à l'exécution de son obligation.

Le respect de ce devoir de loyauté oblige une société débitrice qui procède à des opérations de restructuration, à ne pas porter atteinte aux droits de créance antérieurs à ces opérations. L'existence de ces droits doit ainsi être prise en compte non seulement avant, mais aussi pendant et après la restructuration.

59. Le devoir de la société débitrice de ne pas faire d'obstacle à l'exécution des obligations antérieures à sa restructuration. Pour être conforme à l'exigence de loyauté pesant sur elle, la société débitrice ne doit pas, à travers ses opérations de restructuration, « agir de telle façon que le contrat ne puisse plus réaliser ses effets ou que son utilité soit réduite ou supprimée »¹⁶¹ pour les créanciers antérieurs. Elle doit tenir compte de la restriction de son autonomie juridique opérée par ses engagements envers ces derniers. La protection des créanciers antérieurs aux opérations de restructuration de la société débitrice est ainsi assurée par la sanction de ses comportements déloyaux dans l'exécution de ses obligations contractuelles. C'est dans ce sens que la répartition inégale de l'actif et du passif d'une société scindée est jugée inopposable aux créanciers lorsqu'elle

¹⁵⁷ Y. Picod, *op. cit.*, n° 14 et s.

¹⁵⁸ A. Bénabent, *Rapport français*, in *La bonne foi : Travaux de l'association H. Capitant*, Litec, 1992, p. 291 et s. spéc. p. 295.

¹⁵⁹ J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 72.

¹⁶⁰ J. Vidal, *Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français : le principe "fraus omnia corrumpit"*, Dalloz, 1957, p. 208.

¹⁶¹ V. G. Wicker, « Force obligatoire et contenu du contrat », art. préc., n° 22.

les met dans l'impossibilité de recouvrer la totalité de leurs droits de créance parce qu'elle est réalisée en fraude de ces droits¹⁶². De même, dans un groupe de sociétés, lorsque la société mère se porte caution d'engagements contractuels pris par une filiale détenue à 100 %, elle est soumise à un devoir de loyauté qui lui interdit d'entreprendre des opérations de restructuration dans la filiale pour échapper à ses obligations. Il est également admis qu'une opération d'augmentation de capital ne peut pas permettre de porter atteinte à un droit de préemption stipulé dans des contrats de franchise¹⁶³. En effet, le respect du droit de préemption du franchiseur en cas de cession du fonds de commerce, exige de la société franchisee une exécution loyale de son obligation. Il apparaît alors que, de façon générale, une société ne peut pas, au mépris de son devoir de loyauté, empêcher l'exécution de ses obligations contractuelles, en prenant de nouveaux engagements au cours d'opérations de restructuration.

Les analyses qui précèdent ont été faites sur le terrain contractuel. Néanmoins, l'exigence comportementale pesant sur l'entreprise restructurée en faveur des créanciers contractuels antérieurs à sa restructuration existe aussi en matière extracontractuelle.

§ 2 . Le devoir d'exécuter de bonne foi les engagements extracontractuels antérieurs à la restructuration de la société débitrice

60. L'exigence du devoir de loyauté dans l'exécution des obligations extracontractuelles de la société débitrice. En vertu d'une part, du lien établi entre l'assujettissement de la société débitrice à l'exécution de son engagement et son devoir de loyauté¹⁶⁴, et d'autre part, du caractère intrinsèque de cet assujettissement à la notion même d'obligation¹⁶⁵, il est logique de déduire que le devoir de loyauté lui incombe également lorsqu'elle a à sa charge une obligation extracontractuelle¹⁶⁶. C'est dans ce sens qu'un auteur précise que « la loyauté à laquelle renvoie l'article 1134 alinéa 3 constitue un principe général qui transcende la question de l'exécution des obligations conventionnelles. Cela revient à affirmer que la bonne foi n'est pas une obligation contractuelle mais une obligation pesant sur tous les particuliers, jusque dans un contrat »¹⁶⁷. Autrement dit, le devoir de loyauté oblige tout

¹⁶² Cass. com., 24 janv. 1967, préc.

¹⁶³ Cass. com., 19 déc. 2000, préc.

¹⁶⁴ V. *supra* n° 54.

¹⁶⁵ V. *supra* n° 32.

¹⁶⁶ Par ailleurs, l'analyse dualiste de l'obligation impose naturellement cette déduction. V. L. Sauton-Laguionie, *op. cit.*, n° 139.

¹⁶⁷ Ph. Stoffel-munck, thèse préc., n°128. Pour un raisonnement similaire en droit belge, V. J.F. Romain, thèse préc., n° 94.

débiteur quelle que soit la source de son engagement. Il s'impose donc à la société débitrice dans l'exécution des obligations extracontractuelles antérieures à sa restructuration. A ce titre, la Cour d'Appel de Paris¹⁶⁸ a annulé la dissolution frauduleuse d'une société par son associé unique¹⁶⁹. En effet, pour faire échec à la demande de mise en liquidation de l'URSSAF qui possédait une créance à son encontre, l'associé unique d'une SARL a dissout la société sans liquidation par transmission universelle de son patrimoine en application de l'article 1844-5 du Code civil. La dissolution intervenait deux jours après que l'URSSAF ait demandé la mise en liquidation judiciaire de la société, cette demande étant connue de l'associé unique. Ce dernier n'avait pas réglé les créances non contestées de l'URSSAF. De plus, au mépris de la loyauté dans le débat judiciaire, il s'est abstenu de comparaître à l'audience statuant sur la mise en liquidation judiciaire pour laisser l'URSSAF dans l'ignorance des opérations de restructuration en cours. C'est également le devoir de loyauté de la société débitrice à l'égard de ses créanciers qui explique qu'un contribuable ne puisse pas, par une création injustifiée de société, se placer sous un régime fiscal indu dans l'intention de se soustraire partiellement à l'impôt¹⁷⁰. Dès lors que le contribuable remplit les conditions légales justifiant le paiement de l'impôt, la force obligatoire de son obligation le contraint à une exécution loyale. Il ne doit rien faire qui puisse empêcher cette exécution. Dans une autre affaire plus récente, la Cour de cassation a rappelé l'exigence du devoir de loyauté dans l'exécution des obligations antérieures à la restructuration de la société débitrice en décidant, au double visa de l'article 1134 du Code civil et du principe *fraus omnia corrumpit*, qu'une opération d'apport-cession qui a permis à une société franchisée d'accorder des prérogatives exorbitantes à la société cessionnaire au mépris d'un droit de créance de la société franchiseur peut être annulée¹⁷¹.

61. Conclusion de la section. La force obligatoire de tout engagement soumet la société débitrice à une exécution de bonne foi. Assujettie au respect de son engagement, il ne lui est pas permis de s'y soustraire dans le cadre d'une restructuration. La protection des créanciers titulaires de droits antérieurs à la restructuration de la société débitrice se justifie alors par son devoir d'exécuter ses obligations de bonne foi quelle que soit leur source.

¹⁶⁸ CA Paris, 19 mai 2011, *BRDA* 2011. Cet arrêt est choisi comme exemple parce que la société débitrice a mis au point une restructuration pour échapper au paiement de ses créanciers et non parce qu'il y a un lien avec les procédures collectives.

¹⁶⁹ V. dans le même sens Cass. com., 4 mars 1986, *Bull. Joly* 1986, p. 379 ; Cass. com., 21 sept. 2009, n° 1273, *RJDA* 2005 n° 147.

¹⁷⁰ Cass. crim., 28 oct. 1991, *op. cit.*.

¹⁷¹ Cass. com., 26 févr. 2013, n°12-13.721, inédit : *JurisData* n° 2013-003197 ; *Bull. Joly* 2013, p. 309, note H. Barbier ; *Dr. sociétés* 2013, comm. 134, obs. R. Mortier ; *JCP G* 2014, doct. 184, note F. Deboissy et G. Wicker.

Lors de la réalisation des opérations de restructuration, des actes juridiques peuvent être conclus avec des tiers. Ces tiers sont, tout comme la société débitrice, tenus par la force obligatoire des droits de créance antérieurs aux différentes opérations. Les sanctions qui seront appliquées aux tiers qui méconnaissent sciemment ces droits de créance se fondent alors sur l'opposabilité de ces derniers.

Section 2 : L'opposabilité aux tiers des droits des créanciers antérieurs à la restructuration de la société débitrice

62. L'opposabilité des droits de créance détenus à l'encontre de la société restructurée. La mise en œuvre de la protection des créanciers lorsque la société débitrice opère une restructuration suppose que les opérations qu'elle effectue portent atteinte à leurs droits de créance. Lorsque la restructuration envisagée par la société débitrice nécessite la conclusion d'une convention avec un tiers, la violation des droits de créance détenus à l'encontre de cette société implique souvent la participation du tiers. Bien qu'il n'existe pas de lien juridique entre le tiers et le créancier dont l'exécution du droit de créance est remise en cause par la convention, la force obligatoire de ce droit contraint aussi bien la société débitrice que le tiers. C'est cette force obligatoire qui fonde l'opposabilité du droit de tout créancier dans le cadre de la restructuration ultérieure de la société débitrice (§1). Il en résulte pour le créancier une protection contre les atteintes à son droit de créance causées par un tiers à l'égard duquel la société débitrice prend des engagements ultérieurs (§2). Ainsi, étant le premier à exister dans l'ordre juridique, le droit du créancier impose des limites, d'une part à la liberté de la société débitrice qui est assujettie à l'exécution de son engagement et d'autre part, à la liberté du tiers qui ne doit pas conclure de convention au détriment de droits préexistants, du fait de leur opposabilité¹⁷².

¹⁷² Un auteur affirme ainsi qu'« en vertu de son opposabilité, le contrat interdit aux tiers de contracter, en connaissance de cause, avec l'une des parties, pour un objet incompatible avec le but contractuel auquel celle-ci s'est volontairement assujettie », G. Wicker, « *Force obligatoire et contenu du contrat* », art. préc., n° 23.

§ 1 . L'opposabilité aux tiers des droits des créanciers contractant avec la société débitrice pendant sa restructuration

63. Opposabilité des droits de créance contractuels et extracontractuels. C'est d'abord en matière contractuelle que la doctrine a traité de la notion d'opposabilité et a permis de comprendre qu'il s'agit du prolongement de la force obligatoire du contrat dans les rapports des parties avec les tiers. Cependant l'opposabilité ne peut être limitée au rayonnement des seuls droits contractuels dans l'espace juridique. Dès lors qu'ils existent, tous les droits subjectifs ont force obligatoire et cette force obligatoire s'impose tant aux parties qu'aux tiers pour être pleinement efficace. Il est alors possible d'affirmer que c'est la force obligatoire de tout droit subjectif détenu à l'encontre d'une société qui justifie son opposabilité aux tiers, que sa source soit contractuelle (A) ou extracontractuelle (B).

A. Le fondement de l'opposabilité des conventions antérieures à la restructuration de la société débitrice

64. Prise en compte de l'existence de la convention dans l'ordre juridique par les tiers. Dans sa section consacrée à l'effet des conventions à l'égard des tiers, le Code civil dispose dans son article 1165 que « les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121 ». De ce texte, la doctrine a déduit que les conventions ont un effet relatif, autrement dit, elles ne peuvent créer de droits et d'obligations qu'au profit ou à l'encontre de ceux qui ont consenti à l'acte. Toutefois, cette interprétation ne conduit pas à écarter tout effet des conventions à l'égard des tiers. Une convention, en tant qu'élément de l'ordre juridique, existe à l'égard de tous. Pour les tiers, il s'agit d'un fait qu'ils ne peuvent méconnaître¹⁷³.

65. Identification du fondement de l'opposabilité des conventions. La notion de fait permet seulement de comprendre l'opposabilité de la convention à l'égard des tiers sans en constituer le fondement. C'est la combinaison des articles 1134 alinéa 1 et 1165 du Code civil qui permet de

¹⁷³ Une distinction est faite entre l'effet direct voulu par les parties qui est relatif et son effet indirect, caractéristique de l'opposabilité, qui échappe à cette relativité. Il en résulte que « plus explicitement, comme acte générateur de droits ou d'obligations, la convention voit ses effets restreints aux parties, tandis que comme événement socio-juridique, elle rayonne vers les tiers ». V. J. Duclos, *op. cit.*, n° 28.

dégager ce fondement. La force obligatoire d'une convention n'est effective que si cette convention est respectée à la fois par le débiteur et par les tiers. En ce sens, il est admis que « le contrat a force obligatoire aussi bien à l'égard des tiers que pour les parties elles-mêmes, et c'est cette force obligatoire à l'égard des tiers qu'on appelle habituellement opposabilité »¹⁷⁴. Cette affirmation ne remet pas pour autant en cause la distinction entre la relativité et l'opposabilité de la convention. Autrement dit, « Ce devoir (pour les tiers) de respecter la convention ne conduit pas à déroger à l'effet relatif, mais uniquement à tirer les conséquences de l'opposabilité de la convention »¹⁷⁵. L'opposabilité de la convention apparaît ainsi, comme une notion qui découle de sa force obligatoire.

66. Intérêt pour la protection des créanciers contre les tiers contractant avec la société débitrice. Lorsque des créanciers détiennent des droits à l'encontre d'une société, en vertu d'un contrat, la force obligatoire de celui-ci contraint la société à l'exécution de ses engagements contractuels. Ainsi, les conventions conclues avec des tiers par la société débitrice à l'occasion d'opérations de restructuration ultérieures ne doivent pas remettre en cause cette exécution. Par ailleurs, l'existence de ces droits dans l'ordre juridique constitue un fait dont les tiers doivent tenir compte. C'est la force obligatoire de ces droits préexistants qui les rend opposables aux tiers tenus de ne pas entraver leur exécution. Il s'ensuit que la force obligatoire du contrat initial permet d'assurer juridiquement la réalisation du but contractuel¹⁷⁶. Ce qui permet la protection des créanciers en cas de violation de leurs droits résultant de la conclusion ultérieure d'une convention par la société débitrice avec un tiers dans le cadre d'une restructuration.

Bien que le fondement de l'opposabilité des droits de créance qui a été ainsi dégagé se limite aux conventions, il est possible de l'étendre au domaine extracontractuel¹⁷⁷.

B. L'application de ce fondement aux droits subjectifs antérieurs à la restructuration de la société débitrice

67. La force obligatoire, fondement de l'opposabilité des droits subjectifs. Au-delà des conventions conclues par la société débitrice et des droits qui en découlent pour ses cocontractants,

¹⁷⁴ P. Ancel, *op. cit.*, n° 53.

¹⁷⁵ L. Sautonie-Laguionie, *op. cit.*, n° 191.

¹⁷⁶ Il a ainsi été soutenu que cette force obligatoire « assigne positivement » l'objet du contrat au but contractuel, et « interdit négativement » cet objet aux tiers. R. von Ihering, *op. cit.*, n°7.

¹⁷⁷ L. Sautonie-Laguionie, *op. cit.*, n° 188 et 189.

l'opposabilité est admise pour tous les droits subjectifs. Certes, « les rédacteurs du Code civil, par suite d'un défaut de méthode qui a été signalé à maintes reprises, n'ont envisagé dans l'article 1165 du Code civil que les conventions et les obligations conventionnelles. Mais, le principe qu'ils ont posé est valable aussi bien pour les obligations extracontractuelles que pour les obligations contractuelles »¹⁷⁸. En effet, tous les droits subjectifs ont force obligatoire, que leur source soit la loi ou le contrat. Cette force obligatoire qui existe en premier lieu à l'égard de la société débitrice, ne peut être efficace que si elle s'impose également aux tiers. Ainsi, tout droit est en principe opposable. Ce qui permet d'affirmer que l'opposabilité est « une notion inhérente à celle de droit subjectif »¹⁷⁹. Il en résulte que tout droit subjectif est opposable par son titulaire. C'est cette opposabilité qui exclut que les tiers puissent compromettre, par la conclusion d'un acte juridique au cours de la restructuration de la société débitrice, l'exécution des droits antérieurs détenus à son encontre.

§ 2 . L'interdiction aux tiers de porter atteinte aux droits des créanciers d'une société lors de sa restructuration

68. Devoir d'abstention découlant de l'opposabilité des droits subjectifs. Le devoir d'abstention a été étudié par une majorité de la doctrine en matière contractuelle. Pour autant, son application n'est pas exclusive à cette matière¹⁸⁰. En tant que « devoir de toute personne de tenir compte de ce qui existe en dehors d'elle et de s'abstenir éventuellement d'y porter atteinte »¹⁸¹, il s'agit en réalité d'une conséquence de l'opposabilité du droit contractuel. Comme tous les droits subjectifs détenus à l'encontre de la société débitrice sont en principe opposables, ils s'imposent aux tiers qui ne doivent pas entraver leur exécution quelle que soit leur source ou leur nature. L'opposabilité protège par conséquent ces droits subjectifs de tout trouble ou atteinte pouvant les compromettre qu'ils soient d'origine contractuelle ou extracontractuelle. En ce sens, ils bénéficient d'une inviolabilité¹⁸² qui permet au créancier concerné d'en tirer l'utilité attendue. A ce titre, l'opposabilité de tout droit subjectif détenu à l'encontre de la société débitrice qui procède à une restructuration contraint les tiers à ne rien faire qui puisse faire obstacle à son exécution pendant les différentes opérations.

¹⁷⁸ H. et Leon Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *op. cit.*, n° 743.

¹⁷⁹ J. Duclos, *op. cit.*, n° 130 et s., spéc. n° 134 où l'auteur précise que « tout droit individuel est en principe opposable quel que soit son origine créatrice ou sa nature ».

¹⁸⁰ L. Sautonie-Laguionie, *op. cit.*, n° 206 et s.

¹⁸¹ J. Duclos, *op. cit.*, n° 2-3.

¹⁸² Plusieurs auteurs préfèrent le terme d'« inviolabilité pour exprimer le devoir d'abstention qui pèse sur les tiers. V. dans ce sens L. Sautonie-Laguionie, *op. cit.*, n° 205 et s.

69. Manifestation du devoir d'abstention des tiers à l'égard des droits de créance détenus à l'encontre d'une société pendant sa restructuration. En tant que droits personnels appartenant à l'ordre juridique, les droits de créance détenus à l'encontre d'une société débitrice sont opposables aux tiers. Chaque droit de créance est constitué, lorsque l'on se réfère à l'analyse dualiste de l'obligation, du droit d'exiger l'exécution de la prestation attendue de la société débitrice, et de l'assujettissement de cette dernière au respect de son engagement. Or, l'opposabilité des droits de créance, dans la perspective où leur exécution est différée, suppose que les tiers respectent surtout l'assujettissement de la société débitrice à la réalisation du but du droit concerné¹⁸³. L'effectivité de la force obligatoire des droits de créance est alors assurée d'une part par l'obligation d'abstention qui incombe à la société débitrice assujettie à l'exécution de son obligation et d'autre part, par le devoir d'abstention qui s'impose aux tiers soumis au respect de l'opposabilité de ces droits. Ce qui permet d'envisager la protection des créanciers à la fois contre les atteintes de la société débitrice et contre celles des tiers. Ceux-ci ne doivent pas conclure avec la société débitrice, dans le cadre de sa restructuration, des actes juridiques qui l'empêcheraient d'exécuter ses engagements antérieurs.

La particularité des droits personnels implique cependant que le tiers ait connaissance de l'existence du droit de créance pour qu'il lui soit opposable¹⁸⁴. En effet, la protection des droits des créanciers antérieurs à la restructuration de la société débitrice entraîne l'application de sanctions juridiques aux tiers qui ne respectent pas leur opposabilité. C'est pourquoi, la sécurité des relations juridiques exige, pour la mise en œuvre de l'opposabilité aux tiers, leur connaissance de l'existence du droit concerné¹⁸⁵. C'est donc cette connaissance des tiers qui conditionne l'efficacité de l'opposabilité du droit. « A cet égard, le droit de créance présente la particularité de pas être, en principe, porté à la connaissance des tiers par un système de publicité organisée »¹⁸⁶. Il s'ensuit que le tiers ne peut se voir opposer qu'un droit dont il connaît véritablement l'existence. Ce qui suppose au moment où il conclut la convention avec la société débitrice qui fait l'objet d'une restructuration, qu'il ait conscience de porter atteinte aux droits de créance préexistant à l'encontre de cette dernière.

70. Conclusion de la section. La force obligatoire de tout droit fonde son opposabilité à l'égard des tiers. Cette opposabilité fait peser sur les tiers un devoir d'abstention qui leur interdit de participer à la violation d'un droit préexistant en concluant des actes juridiques dans le cadre de la

¹⁸³ *Ibid.*, n° 211 et G. Wicker, thèse préc., n° 162.

¹⁸⁴ G. Wicker, « Force obligatoire et contenu du contrat », art. préc., n° 22 et L. Sautonie-Laguionie, *op. cit.*, n° 212.

¹⁸⁵ J. Duclos, *op. cit.*, n° 245 et s.

¹⁸⁶ L. Sautonie-Laguionie, *op. cit.*, n° 212.

restructuration de la société débitrice. Lorsqu'un tiers manque à ce devoir d'abstention, le créancier dont le droit a été remis en cause peut recourir à une mesure de protection adaptée. Cependant, le tiers ne sera sanctionné que s'il avait effectivement connaissance de l'existence du droit de créance litigieux.

71. Conclusion du chapitre. L'assujettissement de la société débitrice au respect des engagements antérieurs à sa restructuration la contraint à ne rien faire qui remette en cause leur exécution. Cette exigence comportementale se manifeste par ailleurs pour elle, par l'observation d'un devoir de loyauté dans la réalisation de ces obligations. Ce qui permet d'assurer une protection aux droits de créance concernés. Toutefois cette protection n'est pleinement efficace que si elle s'applique également dans les relations entre les créanciers de la société débitrice et les tiers envers lesquels elle s'engage en effectuant des opérations de restructuration. Il convient alors de préciser que l'assujettissement de la société débitrice s'impose également aux tiers qui sont tenus ne pas porter atteinte aux droits de créance préexistants et détenus à son encontre du fait de leur opposabilité.

72. Conclusion du titre. La force obligatoire du droit du créancier constitue le fondement de sa protection lorsque la société débitrice entreprend des opérations de restructuration. Elle s'impose à la fois, à la société débitrice qui est assujettie au respect de ces droits de créance, et aux tiers qui ne doivent pas compromettre leur exécution. En cas de violation de ces droits lors de la réalisation d'une restructuration, les créanciers bénéficient de mesures de protection qui dépendent de l'atteinte portée à leurs droits.

Titre 2 : La justification du fondement retenu à travers les différentes mesures de protection des créanciers

73. Fondement des mesures de protection des droits de créance détenus à l'encontre de la société débitrice. Les créanciers d'une société disposent, lorsque celle-ci entreprend une ou plusieurs opérations de restructuration, de mesures visant la protection de leurs droits de créance. Il a été démontré que, de manière générale, cette protection se justifie par la force obligatoire des engagements pris par la société débitrice¹⁸⁷. Mais, le fondement ainsi retenu n'est opérant que s'il s'applique de façon spécifique à chaque mesure protégeant les droits des créanciers. De ce fait, il convient de vérifier si c'est la force obligatoire de leurs droits de créance qui permet aux créanciers de recourir aux différentes mesures de protection.

L'étude de ces mesures montre qu'il existe d'une part, les mécanismes de protection des créanciers issus du droit commun (Chapitre 1) et d'autre part, ceux qui relèvent de disciplines juridiques spéciales (Chapitre 2). Il faut donc justifier le choix du fondement au titre de ces différents mécanismes.

¹⁸⁷ V. *supra* n° 12 et s.

Chapitre 1 : La vérification du fondement des mécanismes de protection des créanciers issus du droit commun

74. L'assujettissement de la société débitrice à ses engagements antérieurs, fondement de son obligation de ne pas commettre de fraude ou de causer de dommage dans le cadre d'une restructuration. Les créanciers antérieurs à la restructuration de la société débitrice bénéficient de mécanismes de protection relevant de la théorie générale des obligations. C'est le cas notamment de l'action en déclaration de simulation, de l'action oblique, des différentes actions permettant d'attaquer la fraude de la société débitrice ou de la mise en œuvre de sa responsabilité civile. Dans le cadre de cette étude, nous nous sommes surtout intéressés aux mécanismes protégeant les créanciers de la fraude ou du dommage causé par la société débitrice. En effet, à l'occasion de sa restructuration, la société débitrice peut causer un dommage ou réaliser une fraude constituant une entrave à l'exécution de ses obligations antérieures. Les créanciers concernés peuvent alors, du fait du manquement de la société débitrice, engager sa responsabilité civile ou attaquer sa fraude. Or, la société débitrice, en vertu de la force obligatoire des droits de ses créanciers, est soumise à un assujettissement au respect de leur exécution qui se manifeste par l'obligation de ne pas leur porter atteinte. La fraude (Section 1) ou le dommage causé par la société débitrice (Section 2) manifestent une méconnaissance de cet assujettissement et permettent d'affirmer que le recours aux mécanismes de protection adaptés se justifie par la force obligatoire des droits des créanciers.

Section 1 : La force obligatoire du droit du créancier, fondement de la protection contre la fraude de la société débitrice

75. Domaine de la fraude en cas de restructuration de la société débitrice. Evoquer la fraude fait aussitôt penser à une manœuvre déloyale destinée à tromper autrui¹⁸⁸. En droit, il n'existe pas de

¹⁸⁸ Dans le même sens, J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, n° 812 ; *adde* J. Vidal, *op. cit.*, p. 2.

notion juridique unitaire servant de référence en la matière¹⁸⁹ et son élaboration est rendue difficile par l'existence de plusieurs types de fraudes sanctionnées par diverses dispositions légales et jurisprudentielles. Toutefois, dans le cadre de cette analyse, il semble possible de retenir comme point de départ, la définition de la fraude sur laquelle se fonde l'action *fraus omnia corrumpit*. Certes, la doctrine a très largement admis que le recours à cette action ne devait être envisagé, vu son caractère supplétif, qu'en l'absence de disposition légale particulière sanctionnant la manœuvre frauduleuse du débiteur¹⁹⁰. Mais, elle a également reconnu qu'en la matière, cette fraude constitue le genre dont les autres fraudes ne sont que des espèces particulières¹⁹¹. Ce qui pourrait justifier sa qualification de fraude « générale » et permettre de retenir sa définition comme référence. Selon la célèbre thèse de J. Vidal, la fraude générale se manifeste « chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif »¹⁹². Telle que définie, la fraude peut être dirigée contre toutes les règles de droit¹⁹³. Cependant, s'agissant de la protection des créanciers à l'occasion des opérations restructurant la société débitrice, seule sera prise en compte la fraude dirigée contre l'exécution de leurs droits de créance. Il s'agit de celle qui permet à la société débitrice de créer, au moment de sa restructuration, une situation juridique qui tend à éluder l'exécution de ses obligations antérieures. Cette fraude peut être réalisée au moyen d'un acte juridique¹⁹⁴ voire d'un acte matériel¹⁹⁵.

Dans ces deux hypothèses, la fraude prive l'engagement de la société débitrice de son utilité et de son efficacité, puisque le but dans lequel il a été pris envers le créancier n'est pas atteint. Pourtant, dès lors qu'un engagement est pris par la société, sa force obligatoire lui impose un assujettissement à la nécessité de son exécution. Cet assujettissement correspond pour la société débitrice à l'interdiction d'adopter tout comportement pouvant remettre en cause l'exécution de son

¹⁸⁹ V. S. Schiller, « La fraude, nécessaire deus ex machina face à l'évolution des sociétés », *Rev. Sociétés* 2014, p. 211, n° 1. Cet auteur précise que si, en général, la notion de fraude vise à éviter de détourner un texte de son objectif, elle ne fait l'objet d'aucune définition légale.

¹⁹⁰ V. H. Desbois, *La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française*, thèse Paris, Dalloz, 1927, p. 293, selon cet auteur, la maxime *fraus omnia corrumpit* est la dernière réserve qu'on fait donner lorsque la bataille semble sur le point d'être perdue ; *adde* J. Vidal, *op. cit.*, p. 2 et s., qui précise qu'« en l'absence de tout moyen technique propre à justifier la sanction d'une fraude, les tribunaux invoquent en dernière extrémité la maxime et fondent sur elle la sanction » ; *adde* G. Calbairac, « Considérations sur la règle "fraus omnia corrumpit" », *D.* 1961, chron. XXXII, p. 161 et s., spéc. p. 161 ; *adde* J. Mazeaud, « L'adage "fraus omnia corrumpit" et son application dans le domaine de la publicité foncière », *Défrénois* 1962, art. 28265, p. 481 et s., n° 5 ; *adde* L. Sautonie-Laguionie, *op. cit.*, n° 256 pour lesquels l'action générale de fraude a un caractère subsidiaire.

¹⁹¹ J. Vidal, *op. cit.*, p. 218.

¹⁹² *Ibid.*, p. 208.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 62 et s.

¹⁹⁴ V. *infra* n° 88 et 95.

¹⁹⁵ V. *infra* n° 99.

engagement. L'atteinte à l'exigence comportementale contraignant la société débitrice est, de ce fait, caractérisée quel que soit le type de fraude auquel elle a recours lors de sa restructuration (§2).

Cependant, il importe pour le créancier qui dispose de plusieurs actions lui permettant d'attaquer la fraude de la société débitrice, de bien identifier la manœuvre frauduleuse utilisée à son encontre. Il peut alors donner la qualification exacte à la fraude de la société et protéger son droit de créance par le mécanisme adapté (§1).

§ 1 . La nécessaire qualification de la fraude de la société débitrice

76. Importance des éléments constitutifs des différents types de fraude de la société débitrice.

Une société peut au moment de sa restructuration, entraver l'exécution de ses obligations antérieures par diverses manœuvres frauduleuses. Celles-ci correspondent, après examen de la jurisprudence, à la fraude paulienne, la fraude par un jugement et la fraude générale. Pour les distinguer, il convient de déterminer leurs éléments constitutifs. En général, on sait que la fraude de la société débitrice suppose l'existence d'une obligation à laquelle elle tente, lors de ses opérations de restructuration, de se soustraire par l'emploi à dessein d'un moyen efficace. De cette définition, se dégagent trois éléments constitutifs qu'on retrouve dans toute fraude : une obligation antérieure à la restructuration de la société débitrice, un moyen frauduleux et une intention frauduleuse. Il faut donc étudier la manifestation de chacun de ces éléments dans la fraude paulienne (A), la fraude par un jugement (B) et la fraude générale (C) pour établir un critère de distinction.

A. Les éléments constitutifs de la fraude paulienne de la société débitrice

77. Caractérisation de la fraude paulienne de la société débitrice. L'article 1167 du Code civil qui sanctionne la fraude paulienne prévoit que les créanciers peuvent « attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits ». Il s'ensuit qu'il y a fraude paulienne, chaque fois que la société débitrice agit en fraude aux droits de ses créanciers par la conclusion d'un acte juridique¹⁹⁶. Dans un contexte de restructuration de la société débitrice, cette fraude est ainsi réalisée à l'encontre d'un droit de créance antérieur (1) dont l'exécution est sciemment remise en cause (3) par le recours à un acte juridique frauduleux (2).

¹⁹⁶ Sous réserve des actes exclus du domaine de la fraude paulienne.

1. L'existence d'un droit de créance antérieur à la restructuration de la société débitrice

78. Détermination des droits de créance susceptibles de fraude paulienne par la société débitrice. Actuellement, la fraude paulienne de la société débitrice est admise à l'encontre de tous les droits de créance qu'il s'agisse de droits portant sur son gage général (a) ou de droits spéciaux (b)¹⁹⁷. Cela s'explique par le fondement de la protection contre la fraude paulienne de la société débitrice déduit de la force obligatoire des droits de créance¹⁹⁸. Dès lors qu'un droit de créance existe dans l'ordre juridique, quelle que soit sa source ou son objet, sa force obligatoire emporte pour la société débitrice un assujettissement qui lui interdit de commettre une fraude paulienne¹⁹⁹. La restructuration ne peut, par conséquent, constituer une occasion pour enfreindre cette interdiction à l'encontre d'un droit de créance antérieur (c).

a. Les droits de gage général

79. Admission des droits de gage général dans le domaine de la fraude paulienne de la société débitrice. Le droit de gage général d'un créancier a pour objet le paiement d'une somme d'argent. De manière traditionnelle, la doctrine²⁰⁰ et la jurisprudence se sont accordées sur le fait que la fraude paulienne consiste dans la diminution anormale du patrimoine du débiteur et l'affaiblissement du droit de gage de ses créanciers. Plus spécifiquement, il est reconnu qu'une société débitrice peut recourir à une opération de restructuration pour se rendre insolvable et porter ainsi atteinte à ses créanciers²⁰¹. La restructuration, qu'il s'agisse ou non d'une transmission universelle du patrimoine, permet alors à la société débitrice de sortir un bien de son patrimoine sans contrepartie²⁰².

80. Appauvrissement frauduleux de la société débitrice en cas de transmission universelle du patrimoine. Lorsque l'opération emporte transmission universelle du patrimoine, le bien sur lequel

¹⁹⁷ Pour une justification de cette position en droit privé, V. L. Sautonie-Laguionie, *op. cit.*, n° 233 et s.

¹⁹⁸ *Ibid.* n° 31 et s.

¹⁹⁹ V. *supra* n° 12 et s.

²⁰⁰ L'exigence de l'insolvabilité comme condition de la fraude paulienne remonte au droit romain. Pour un résumé des origines de la fraude paulienne V. L. Sautonie-Laguionie, *op. cit.*, n° 8 et 249.

²⁰¹ R. Raffray, *La transmission universelle du patrimoine des personnes morales*, thèse Bordeaux, 2009, Dalloz, 2011, n° 130 et s., *adde* T. V. N. Nguyen, *op. cit.*, n° 142 et s. Ces deux auteurs ne traitent que de la possibilité pour une société débitrice de s'appauvrir frauduleusement lors d'opérations emportant transmission universelle du patrimoine. Pour autant, rien n'empêche d'envisager que toute restructuration puisse être l'occasion d'une diminution frauduleuse du patrimoine de la société débitrice.

²⁰² F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *op. cit.*, n° 1173. Ces auteurs précisent, en effet, que la condition d'appauvrissement de l'action paulienne est remplie par un acte ayant pour effet de sortir un bien du patrimoine du débiteur sans contrepartie.

porte la fraude paulienne correspond à une universalité. Ce qui pose le problème de savoir si la fraude paulienne peut être retenue même dans l'hypothèse où la transmission universelle du patrimoine entraîne la disparition de la société débitrice. Il convient alors d'opérer une distinction selon que la société débitrice est l'auteure ou la bénéficiaire de la restructuration.

Dans le premier cas, la fraude peut être facilement admise dès lors que la société débitrice n'apporte qu'une partie de son patrimoine, ce qui lui permet de survivre à l'opération. Ainsi, un apport partiel d'actif emporte transmission universelle du patrimoine sous réserve de certaines exceptions dont la fraude²⁰³. En effet, le droit de gage d'un créancier dont la créance n'a pas été transférée peut être diminué frauduleusement si la société débitrice apporte une branche bénéficiaire dans le but de se rendre insolvable²⁰⁴.

Même lorsque cette transmission universelle du patrimoine conduit à la dissolution de la société débitrice²⁰⁵, malgré quelques réserves doctrinales²⁰⁶, il semble incontestable qu'elle peut lui permettre de s'appauvrir frauduleusement aux dépens de ses créanciers²⁰⁷. La jurisprudence a ainsi accepté que des créanciers puissent, sur le fondement de la fraude paulienne, attaquer la scission d'une société débitrice qui exclut la solidarité entre les sociétés bénéficiaires en démontrant que cette restructuration a conduit à la diminution de leur droit de gage général²⁰⁸. En effet, lorsqu'une société débitrice fait l'objet de scission, l'article L 236-20 du Code de commerce²⁰⁹ institue au profit de ses créanciers une solidarité de principe entre les sociétés bénéficiaires. Cette solidarité préserve le droit d'action des créanciers contre l'ensemble des biens de la société débitrice en leur permettant de reconstituer l'assiette de leur droit de gage général. Toutefois, l'article L 236-21 alinéa 1 du Code

²⁰³ A ce propos, la jurisprudence précise que sauf dérogation expresse prévue par les parties, communauté ou confusion d'intérêts ou fraude, l'apport partiel d'actif emporte, lorsqu'il est placé sous le régime des scissions, transmission universelle de la société apporteuse à la société bénéficiaire de tous les droits, biens et obligations dépendant de la branche autonome d'activité qui fait objet de l'apport. V. notamment Cass. com., 5 mars 1991, *Rev. Dr. Bancaire et bourse* 1991, n° 25, p. 102, note M. Jeantin et A. Viandier ; *JCP* 1992, n° 8, II, p. 52, note Marteau-Petit ; *LPA*, 30 oct. 1991, n° 130, note P. Le Cannu, *adde* Cass. com., 23 juin 2004, *JCP E.* 2004, note P. Le Cannu.

²⁰⁴ R. Raffray, *op. cit.*, n° 132.

²⁰⁵ C'est l'hypothèse d'une scission notamment.

²⁰⁶ J. Ghestin, M. Billiau et G. Loiseau, *Traité de droit civil, le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005, n° 525 qui soutiennent que « L'application de ces règles (concernant l'action paulienne) serait rendue délicate par la nature de l'acte à attaquer. En effet, la fusion et certaines scissions emportent la disparition d'une société, c'est-à-dire d'une personne juridique, de sorte qu'elles entraînent à la fois une transmission universelle du patrimoine et la disparition du débiteur. L'action paulienne n'a pas été conçue pour ce type de situations, inconnu par définition au lendemain de la promulgation du Code civil (...) ».

²⁰⁷ R. Raffray, *op. cit.*, n° 131.

²⁰⁸ Cass. com., 24 janv. 1967, préc.: en l'espèce, les juges ont reconnu que la scission a été faite en fraude des droits des créanciers. En effet, il y a eu une répartition inégale du patrimoine de la société immobilière scindée entre les deux sociétés bénéficiaires. A la première, elle a apporté tout son actif immobilier avec un passif limité alors que la seconde a reçu son fonds de commerce et le reste du passif. Cette dernière société ayant été mise en règlement judiciaire, les créanciers qui n'ont reçu qu'un faible dividende se sont retournés contre la société immobilière. Pour des faits similaires, voir Cass. com., 28 juin 1971, *Bull. civ.*, IV, n° 182, p. 170.

²⁰⁹ Ce texte dispose : « Les sociétés bénéficiaires des apports résultant de la scission sont débitrices solidaires des obligataires et des créanciers non obligataires de la société scindée, au lieu et place de celle-ci sans que cette substitution emporte novation à leur égard ».

de commerce²¹⁰ prévoit la possibilité d'exclure cette solidarité, chaque société bénéficiaire de la scission n'étant alors tenue que du passif recueilli avec la branche d'activité qui lui est apportée. En ce cas, les créanciers peuvent former opposition à la restructuration afin que la clause éludant la solidarité leur soit inopposable. Face aux chances réduites de succès que leur offre l'opposition²¹¹, il semble plus profitable pour eux d'intenter une action paulienne en prouvant que l'absence de solidarité entraîne une insolvabilité de la société débitrice.

La société débitrice peut également être bénéficiaire de la transmission universelle du patrimoine. Dans cette perspective, la fraude paulienne est réalisée, si l'acquisition de l'universalité²¹² dont le passif est trop important, compromet les chances de paiement des créanciers ou rend plus difficile le recouvrement des créances.

81. Affaiblissement du droit de gage des créanciers en dehors d'une transmission universelle du patrimoine de la société débitrice. Les opérations de restructuration n'emportant pas transmission universelle du patrimoine de l'entreprise débitrice sont parfois l'occasion pour cette dernière d'organiser son insolvabilité. La fraude paulienne peut alors porter sur un ou plusieurs biens et diminuer d'autant le gage des créanciers.

82. Cas de la réduction de capital non motivée par des pertes. Il arrive qu'en l'absence de toute perte, une société réduise son capital social. Cette opération s'effectue suivant deux méthodes : d'une part par remboursement à chaque associé proportionnellement à sa participation au capital, d'autre part par achat de ses propres titres par la société²¹³. Lorsque la société est débitrice, cette restructuration financière peut dissimuler une fraude paulienne parce qu'elle entame le gage des créanciers²¹⁴. L'appauvrissement de la société débitrice correspond, dans ce cas de figure, à l'utilisation de sommes d'argent en principe indisponibles et servant de garantie pour les créanciers²¹⁵. Ce qui explique que la Cour de cassation ait permis aux créanciers de protéger leurs

²¹⁰ L'article prévoit que : « Par dérogation aux dispositions de l'article L 236-20, il peut être stipulé que les sociétés bénéficiaires de la scission ne seront tenues que de la partie du passif de la société scindée mise à la charge respective et sans solidarité entre elles ».

²¹¹ V. *infra* n° 180 et s.

²¹² Sur ce point, V. R. Raffray, *op. cit.*, n° 133, *adde* T. V. N. Nguyen, *op. cit.*, n° 142

²¹³ M. Petot-Fontaine, *JurisClasseur Sociétés Traité*, fasc. 147-20, *Gestion financière. Capitaux propres. Distribution*, 2013, n° 3.

²¹⁴ Traditionnellement, le capital social constitue le gage des créanciers V. F. Goré, « *La notion de capital* », in *Etudes R. Rodière, D.* 1982, p. 85. Ils bénéficient en conséquence d'un droit d'opposition sur la base des articles L 225-205 du Code de commerce pour les sociétés par actions et L 223-34 du Code de commerce pour les SARL pour faire face à l'acte d'appauvrissement que constitue la réduction de capital.

²¹⁵ M.-L. Coquelet, *JurisClasseur Sociétés Traité*, fasc. 159-10, *Réduction du capital social*, 2011, n° 1.

droits par l'exercice de l'action paulienne dans une affaire qui lui a été soumise²¹⁶. En l'espèce, une société débitrice a opéré une réduction de capital non motivée par des pertes en faveur d'une autre société qui, non seulement était l'un de ses actionnaires, mais également avait les mêmes associés qu'elle. Comme les actions de la société débitrice ont été vendues quelques mois plus tard, la Haute juridiction a accepté que la réduction frauduleuse de capital soit attaquée par l'un des créanciers sur la base de l'article 1167 du Code civil.

Notons que la réduction de capital non motivée par des pertes n'est pas la seule opération de restructuration sans transmission universelle du patrimoine qui occasionne la réalisation d'une fraude paulienne. Celle-ci peut également avoir lieu au cours d'une création de société, qu'elle soit réelle ou fictive, ou encore d'une dissolution.

83. Cas de la création effective de société. En créant une nouvelle société, une société débitrice peut rendre plus difficile l'exécution des droits de créance détenus à son encontre en faisant un apport. Certes, dans son patrimoine, des droits sociaux sont substitués aux biens apportés, ce qui n'entraîne pas son insolvabilité. Mais, la fraude se manifeste ici par le remplacement d'un bien saisissable par un bien plus difficile à appréhender²¹⁷. C'est le cas dans un groupe de sociétés, lorsque des membres créent une société dans le but d'échapper à d'éventuelles poursuites de leurs créanciers²¹⁸.

84. Cas de la création de société fictive²¹⁹. Une société débitrice peut également affaiblir le droit de gage de ses créanciers en créant une société fictive²²⁰. En général, la fraude paulienne est réalisée au moyen d'actes juridiques réels, ce qui justifie la distinction classique entre actes simulés et actes frauduleux²²¹. Mais, il arrive qu'un acte simulé soit en même temps frauduleux²²². En principe, la

²¹⁶ Cass.com., 11 février 1986, *RTD civ.* 1986, p. 601, note J. Mestre ; *Bull. Joly* 1986, p. 518.

²¹⁷ V. sur ce point L. Sauton-Laguionie, *op. cit.*, n° 460.

²¹⁸ CA Aix-En-Provence, 12 février 1993, *Bull. Joly* 1993, n° 327, p. 1115.

²¹⁹ Depuis l'institution de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée, les cas de restructuration fictive par création de société unipersonnelle ont sensiblement diminué. Mais, certains auteurs ont estimé qu'il ne s'agit là que d'une consécration juridique de la société fictive. C'est le cas notamment de P. Diener, « *Les sociétés en nom collectif dont tous les associés sont des EURL* », *JCP E* 1992, I, 153 et de P. Serlooten, « *Les nouveaux contours de l'abus de droit appliqué à la transmission des entreprises* », *Dr. fisc.* 1993, n° 50, p. 1984.

²²⁰ La question de la fictivité d'une société se pose dans la pratique surtout dans deux cas : la transformation de l'exploitation individuelle en société et la dissociation du patrimoine immobilier de l'investissement d'exploitation. V. Dans ce sens C. Masquefa, *op. cit.*, n° 313 et s.

²²¹ V. J. Devèze et C. Saint-Alary-Houin, *JurisClasseur civil*, V° art. 1167, fasc. 39, 1988, n°13 ; P. Y. Gautier et Y. Pasqualini, *Rép. civ.*, V° *Action paulienne*, 2006, n° 10 ; H. L. et D. Mazeaud et F. Chabas, *op. cit.*, n° 1011 ; B. Starck H. Roland et H. Boyer, *Droit civil, Les obligations-régime général*, Tome 3, 6^{ème} éd., Litec, Paris, 1991, n° 696 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 1156.

²²² Un auteur a ainsi affirmé que « la plupart des sociétés fictives sont frauduleuses, parce qu'elles ont pour objet de porter atteinte aux droits légitimes de telles ou telles personnes (fisc, créanciers des associés, époux ou héritiers des associés). Il est difficile d'imaginer ici une simulation pour un but noble », P. Le Cannu, « *Inexistence ou nullité des sociétés fictives* », *Bull. Joly* 1992, n° 9, p. 875 adde F. Deboissy, *La*

simulation « suppose la création volontaire d'une contradiction entre un élément occulte et un élément ostensible en vue d'induire les tiers en erreur »²²³. Elle peut prendre la forme d'un acte déguisé, d'un acte fictif ou d'une interposition de personnes. Ainsi, la constitution d'une société peut être fictive et dès lors qu'il existe une contre-lettre²²⁴, le régime de l'article 1321 du Code civil trouve à s'appliquer, bien que le rattachement de la notion de société fictive à la technique de la simulation soit critiqué²²⁵. La simulation en elle-même n'a pas systématiquement un but répréhensible. Toutefois, lorsque la société fictive permet de faire échec aux droits des créanciers, la simulation devient frauduleuse. Dans ce cas, une fois l'acte occulte frauduleux révélé au grand jour par l'action en déclaration de simulation, le créancier intéressé pourra l'attaquer sur le fondement de l'article 1167 du Code civil²²⁶.

Les créanciers de la société débitrice peuvent ainsi recourir à l'action paulienne pour se voir déclarer inopposable la société fictive qu'elle a créée dans le but de porter atteinte à leur droit de gage. C'est le cas notamment avec la constitution d'une filiale pour faire échapper une partie de l'actif social de la société mère au droit de gage de ses créanciers²²⁷ ou avec la constitution d'une société civile immobilière pour gérer l'actif immobilier d'une entreprise d'exploitation et le soustraire ainsi au droit de poursuite des créanciers de cette dernière. Notons que la création d'une société fictive est également un moyen fréquemment employé par les entreprises pour atténuer²²⁸ ou échapper²²⁹ à leurs obligations fiscales. En dehors de l'action paulienne de droit commun, le Trésor public dispose

simulation en droit fiscal, thèse, LGDJ, 1997, n° 177 et s ; L. Sautonie-Laguionie, *op. cit.*, n° 533 et s ; A. Martin-Serf, *JurisClasseur Sociétés*, fasc. 7-40 : *Consentement des parties. Sociétés fictives et frauduleuses*, 2011, n° 51 et s ; C. Masquefa, *op. cit.*, n° 309.

²²³ F. Deboissy, *op. cit.*, n° 107.

²²⁴ Il peut s'agir d'un contrat de société d'une nature différente de celui qui définit l'acte ostensible ou d'un contrat d'une autre espèce que le contrat de société notamment, une vente, une donation, un prêt ou un contrat de travail. V. A. Martin-Serf, *JurisClasseur Sociétés*, fasc. 7-40 préc., n° 41 et s ; *adde* C. Ophèle, *Rép. civ. Dalloz*, V° *Simulation*, 2012, n° 17.

²²⁵ J.-D. Bredin, « *Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé* », *RTD civ.* 1956, p. 261, n° 16 et s ; P. Rouast-Bertier, « *Société fictive et simulation* », *Rev. sociétés* 1993, p. 725, spéc. p. 738.

²²⁶ En principe, l'action en déclaration de simulation suffit pour écarter l'obstacle que constitue l'acte fictif à l'exécution du droit du créancier. Le recours à la qualification de fraude paulienne n'est plus alors vraiment utile. Cependant, il peut arriver qu'il y ait un conflit entre deux catégories de créanciers, l'une prétendant ignorer la contre-lettre, l'autre voulant en profiter. Dans ce cas, la jurisprudence a donné la préférence à celle qui invoque l'acte ostensible. Ainsi, le créancier qui veut se prévaloir de l'acte fictif, peut attaquer l'acte pour fraude à son droit. De même, si un créancier ne peut prouver la fictivité d'un acte, il peut l'attaquer directement par le biais de l'action paulienne pour établir son caractère frauduleux. V. en ce sens, L. Sautonie-Laguionie, *op. cit.*, n° 534.

²²⁷ Req., 13 mai 1929, *S.* 1929, 1, p. 289, note H. Rousseau ; T. com. Seine, 20 déc. 1932 ; *JCP* 1933, p. 566 ; Cass. com., 30 juin 1964, *Bull. civ.* 1964, III, n° 312 ; *RTD com.* 1965, p. 167, obs. R. Houin.

²²⁸ Une filiale fictive peut ainsi être l'instrument utilisé pour diminuer les charges fiscales de la société mère CE, 10 mai 1993, *Quot. jur.* 26 août 1993, p. 5 ; *Bull. Joly* 1993, p. 799, n° 237, note H. Pisani.

²²⁹ Cass. com., 2 juin 1987, *Bull. civ.* 1987, IV, n° 132 ; *Gaz. Pal.* 1987, 2, somm. p. 208 ; *Rev. sociétés* 1987, p. 629, note Y. Guyon. En l'espèce, deux associés de fait, qui ne se sont pas acquittés de leurs dettes fiscales, ont constitué chacun une SARL fictive à laquelle ils ont apportés leurs biens pour échapper au droit de poursuite du Trésor ; *adde*, Cass. com., 7 mars 1972, *Bull. civ.*, IV, n° 84, p. 81.

alors de plusieurs armes offertes par le droit fiscal pour faciliter le recouvrement de l'impôt et dissuader les fraudeurs²³⁰.

85. Cas de la dissolution de société. Enfin, une société peut tenter d'échapper au paiement de ses créanciers en ayant recours à une fraude paulienne par dissolution-constitution²³¹ ou dissolution-confusion²³².

Bien qu'en général la doctrine majoritaire réduise le domaine de la fraude paulienne aux seules atteintes aux droits de paiement des créanciers²³³, l'analyse de la jurisprudence montre que la violation frauduleuse de droits de créance spéciaux par leur débiteur peut également être sanctionnée sur la base de l'article 1167 du Code civil²³⁴. Cela est d'autant plus vrai en matière de restructuration d'une société débitrice où les actes juridiques matérialisant les différentes opérations peuvent avoir pour objectif de remettre en cause l'exécution d'un droit de créance spécial.

b. Les droits spéciaux

86. Atteinte à un droit spécial de créance, fraude paulienne de la société débitrice. Au cours des opérations de restructuration affectant la société débitrice, elle commet une fraude paulienne lorsqu'au moyen d'un acte juridique²³⁵, elle compromet l'exécution d'un droit de créance qui a un objet autre qu'une obligation de payer une somme d'argent. Il s'ensuit que le droit spécial de créance peut porter sur une obligation de faire²³⁶, une obligation de ne pas faire²³⁷, une obligation de donner autre chose qu'une somme d'argent²³⁸ et, le cas échéant, une obligation de mise à

²³⁰ Il s'agit notamment de la procédure de l'abus de droit dans le cadre de l'article L. 64 du Livre des Procédures fiscales et de l'article 1741 du Code général des impôts.

²³¹ Cass. com., 13 janv. 2009, *Bull. Joly* 2009, p. 509, note J.-Ph. Dom.

²³² Cass. com., 11 sept. 2012, *RJDA* 2012, n° 1078 ; *JCP E* 2012, n° 1602 ; *RLDA* 2012/ 77, n° 4338, note I. Mpindi ; *Bull. Joly* 2013, p. 45, note J.-L. Vallens.

²³³ Pour une critique de ce point de vue, V. L. Sautonie-Laguionie, *op. cit.*, n° 234 et s.

²³⁴ Depuis une décision datant de 1941, la Cour de cassation accepte, de façon constante, l'ouverture du domaine de la fraude paulienne aux créanciers titulaires d'un droit spécial, V. Cass. soc., 19 déc. 1941, *DC* 1942, jur. P. 65 ; *JCP* 1942, II, 1809, note E. Becqué.

²³⁵ V. *supra* n° 88 et s.

²³⁶ Une société débitrice d'une promesse contractuelle, notamment une promesse de bail, une promesse de vente, ou un pacte de préférence, portant sur un bien déterminé de son patrimoine, peut ainsi aliéner ce bien dans le cadre d'une restructuration pour se soustraire à son engagement. L'un des procédés de restructuration les plus simples consiste à faire un apport du bien concerné à une société qu'elle a créée à cet effet. *Adde supra* n° 48 et s.

²³⁷ V. *supra* n° 50 et s.

²³⁸ V. *supra* n° 46 et s.

disposition²³⁹. Toutefois, la jurisprudence condamne souvent, sur le fondement de la fraude générale, l'atteinte frauduleuse à un droit de créance spécial par la société débitrice, alors que c'est l'article 1167 du Code civil qui devrait être appliqué²⁴⁰. En effet, la fraude ayant été accomplie grâce à un acte juridique²⁴¹, sa sanction relève de l'action paulienne d'autant plus que l'action fondée sur l'adage *fraus omnia corrumpit* a un caractère subsidiaire²⁴². L'article 1167 du Code civil aurait ainsi de façon plus appropriée permis aux créanciers d'attaquer les agissements frauduleux de la société débitrice à l'encontre de leurs droits spéciaux dans différentes affaires qui ont été soumises aux tribunaux. C'est le cas de licenciements de salariées intervenus avant que la fusion-absorption de la société débitrice ne soit effective pour faire échec au transfert automatique de leurs contrats de travail²⁴³. C'est également le cas lorsqu'une société débitrice élude frauduleusement une obligation de notification d'apport partiel d'actif en réalisant l'opération²⁴⁴. Plus généralement, il convient de recourir à la notion de fraude paulienne plutôt qu'à celle de fraude générale pour sanctionner les actes juridiques²⁴⁵ par lesquels une société débitrice procédant à une restructuration contrevient à l'exécution des droits spéciaux de ses créanciers.

A présent qu'il est établi que la fraude paulienne peut concerner aussi bien les droits de créance portant sur le gage général de la société débitrice objet de restructuration que les droits spéciaux détenus à son encontre, il est nécessaire de préciser que ces droits doivent être antérieurs à la restructuration au cours de laquelle la société a conclu un acte qui leur porte atteinte.

c. L'exigence de l'antériorité des droits de créance par rapport à la restructuration

87. Un droit de créance certain dans son principe à la date de la restructuration. L'antériorité de la créance par rapport à l'acte juridique frauduleux est une condition traditionnelle de la fraude paulienne. Cela pourrait s'expliquer par les termes de l'article 1167 du Code civil qui autorise les créanciers à « attaquer les actes faits par leurs débiteurs en fraude de leurs droits ». Ce qui laisse supposer que ces droits de créance doivent exister avant l'acte juridique conclu par le débiteur

²³⁹ V. *supra* n° 52.

²⁴⁰ V. *infra* n° 99.

²⁴¹ V. *infra* n° 88.

²⁴² V. *infra* n° 96.

²⁴³ CA Lyon, 18 sept. 2006, n°05/03685 ; *adde* CA Lyon, 27 fév. 2007, inédit.

²⁴⁴ Cass. com., 22 fév. 2005, *Bull. Joly* 2005, n° 192, note P. Le Cannu.

²⁴⁵ V. *infra* n° 88 et 99.

cherchant ainsi à remettre en cause leur exécution²⁴⁶. A cet égard, la doctrine et la jurisprudence n'exigent pas que la créance soit parfaite au jour de l'acte. Il n'est donc pas nécessaire qu'elle soit exigible à cette date. Il suffit qu'elle soit certaine dans son principe²⁴⁷. Autrement dit, seule compte la date du fait générateur de la créance²⁴⁸. D'ailleurs, il a même été admis que la fraude paulienne peut être retenue à l'encontre d'un débiteur qui veut porter atteinte aux droits futurs de ses créanciers²⁴⁹.

En ce qui concerne une société débitrice qui remet en cause ses engagements à l'occasion de sa restructuration, ces règles générales trouvent à s'appliquer puisqu'aucune disposition spéciale en la matière ne vient les remettre en cause. Il s'ensuit que la fraude paulienne est retenue à son égard dès lors qu'il est démontré que les droits de créance dont l'exécution est compromise sont nés avant la restructuration. Il faut, à ce titre, vérifier le fait générateur des créances concernées.

Reste alors à déterminer les actes juridiques au moyen desquels la société débitrice réalise la fraude paulienne lors de ses opérations de restructuration.

2. La conclusion d'un acte juridique visant à entraver l'exécution du droit de créance

88. Les actes juridiques matérialisant la restructuration de la société débitrice. Pour effectuer une restructuration, une société débitrice peut être amenée à conclure différents actes juridiques. Ces actes peuvent relever des techniques sociétaires ou des techniques contractuelles. En effet, en fonction des objectifs poursuivis par les entreprises, le droit des sociétés met à leur disposition divers instruments juridiques pour mener à bien les opérations de restructuration qui leur permettront de les atteindre. Ces instruments consistent souvent en des actes juridiques. C'est notamment le cas, en matière de réduction de capital ou de fusion-absorption, scission ou apport partiel d'actif, du procès-

²⁴⁶ Dans le même sens V. L. Sautonie-Laguionie, *op. cit.*, n° 329.

²⁴⁷ Cass. com., 25 mars 1991, *Bull. civ. IV*, n° 119, p. 83 *adde* Cass. com., 12 juil. 1994, *Bull. civ. IV*, n° 260 *adde* Cass. civ. 1^{ère}, 25 fév. 1981, *JCP* 1981, II, 19628, note J. Ghestin ; *adde* Cass. civ. 1^{ère}, 17 janv. 1984, *Bull. civ. I* n° 16; D. 1984, p. 437, note Malaurie ; *RTD civ.* 1984, p. 719 n° 10, obs. J. Mestre.

²⁴⁸ V. *supra* n° 28 et s. et 37 et s.

²⁴⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 15 février 1967, *Bull. civ. I*, n° 66 ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 1982, *Bull. civ. I*, n° 156; Cass. civ. 1^{ère}, 17 déc. 1996, *Bull. civ. I*, n° 448, *Cont. conc. Consom.* 1997, n° 57, note L. Leveneur; *Defrénois* 1997, 7, note P. Delebecque, *RTD. civ.* 1997, p. 941, obs. J. Mestre ; *D.* 1998, somm. 116, obs. D. Mazeaud. Selon un auteur, cette admission de la fraude paulienne anticipée par la jurisprudence s'explique par le droit des affaires « car, beaucoup plus qu'un particulier, des entreprises sont en mesure de planifier leur endettement futur et, par là même de porter atteinte aux prérogatives de ces créanciers dont les droits ne sont pas encore nés au moment de l'accomplissement des actes frauduleux » B. Lecourt, *op. cit.*, n° 12.

verbal de l'assemblée²⁵⁰ qui approuve l'opération. C'est également le cas de l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés lors de la création d'une société nouvelle²⁵¹.

Pour ce qui est des techniques contractuelles, une restructuration peut nécessiter la conclusion préalable de certains contrats²⁵² comme le contrat de location-gérance, le contrat de gestion d'entreprise, le contrat de vente ou le contrat de concession.

89. Le caractère frauduleux de ces actes juridiques. Il est considéré qu'un de ces actes est frauduleux dès lors qu'il constitue un obstacle à l'exécution d'un droit de créance antérieur, la société débitrice cherchant par son accomplissement à échapper à la force obligatoire de son engagement. En général, en matière de fraude paulienne, cet obstacle se manifeste lorsque l'exécution de la créance est rendue impossible ou inefficace par la conclusion de l'acte juridique²⁵³. Suivant la même logique, la jurisprudence portant sur les manquements de la société débitrice lors de sa restructuration détermine le caractère frauduleux de ses actes selon qu'ils aient compromis de façon directe ou indirecte l'exécution de ses engagements. Il a ainsi été jugé que la dissolution d'une société qui a préalablement pris le soin de céder à titre gratuit son unique actif à ses associés, suivie quelques années plus tard de la constitution d'une société entre les mêmes associés qui ont fait un apport du même actif, chacun à hauteur de sa quote-part indivise, s'analysent en une concertation qui a permis de porter atteinte aux droits du Trésor²⁵⁴. Ces différentes opérations de restructuration ont rendu impossible²⁵⁵ le recouvrement des sommes dues par la société dissoute constituant de ce fait une fraude paulienne à l'encontre du Trésor. Une affaire²⁵⁶ dans laquelle une banque obtient la caution solidaire d'une société pour garantir le découvert en compte courant accordé à une autre société peut également être évoquée. Cette dernière étant en faillite, la banque a la surprise, au moment où elle réclame le paiement de sa créance à la caution de se retrouver face à son débiteur principal, les deux sociétés ayant opéré une fusion sans l'en informer. Estimant l'opération frauduleuse, la banque introduit une action paulienne pour bénéficier de l'inopposabilité de la restructuration et ainsi échapper au concours de la masse des créanciers du failli sur la valeur des

²⁵⁰ Il s'agit de la dernière assemblée générale extraordinaire dans le cas d'une fusion, dans la mesure où chaque société participante est tenue d'en convoquer une en vue de décider de l'opération.

²⁵¹ Sont notamment concernées les créations de sociétés comme la fusion ou la scission, en vertu de l'article L 236-4 alinéa 1 du Code de commerce, lors desquelles la société débitrice fait un apport.

²⁵² Dans les groupes de sociétés, ces accords contractuels permettent ainsi à une entreprise « de passer sous le contrôle d'une autre sans que celle-ci prenne, au moins dans l'immédiat, une participation majoritaire dans la première », M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *op. cit.*, n° 1569.

²⁵³ L. Sauton, *op. cit.*, 430 et s.

²⁵⁴ Cass. com., 13 janv. 2009, préc.

²⁵⁵ La Cour de cassation estime que, grâce à ces différentes restructurations, la société débitrice a réussi à « se dépouiller du seul bien qu'elle possédait en France, annulant ainsi toute perspective de recouvrement des impositions dont elle était redevable ».

²⁵⁶ Cass. com., 10 juin 1963, préc.

biens apportés par la caution. La Cour de cassation qui a eu connaissance du litige, admet que l'acte critiqué a « eu pour effet de priver » la banque créancière de sa garantie. Ce qui caractérise la réalisation d'une fraude paulienne dans la mesure où l'acte juridique constituant l'apport fusion rend inefficace la garantie accordée à la banque. En effet, l'intérêt de cette garantie est de lui permettre de recouvrer sa créance auprès de la caution en cas de défaillance du débiteur principal. Mais, la restructuration effectuée a fait disparaître la caution et lui a imposé le débiteur principal comme garant de sa propre dette, privant de ce fait le cautionnement de son efficacité.

Précisons que l'obstacle à l'exécution du droit d'un créancier créé par l'acte réalisant la restructuration ne suffit pas à établir l'existence d'une fraude paulienne. Il faut, par ailleurs, que cet acte ait été accompli par la société débitrice avec l'intention de commettre une telle fraude.

3. *L'intention frauduleuse*

90. Notion d'intention frauduleuse. La fraude paulienne suppose que les auteurs de l'acte incriminé ont eu, au moment de sa conclusion, l'intention de porter atteinte à un engagement antérieur. A ce propos, la jurisprudence exigeait traditionnellement la démonstration soit de l'intention de nuire au créancier, soit de la conscience du préjudice qui lui est causé. Actuellement, c'est cette dernière définition qui a été retenue²⁵⁷. Ainsi, lorsque l'acte juridique par lequel la société débitrice organise la fraude paulienne est unilatéral, la connaissance du préjudice causé au créancier doit être recherchée à son seul niveau. Mais, dans le cas d'un acte juridique conventionnel, cette connaissance doit être établie, à la fois, pour la société débitrice et le tiers cocontractant.

91. L'intention frauduleuse de la société débitrice. La société débitrice est assujettie au respect des engagements pris envers ses créanciers. En principe, son intention de commettre une fraude paulienne résulte de sa conscience de contrevenir à une obligation antérieure, à l'instant où elle accomplit l'acte juridique organisant sa restructuration²⁵⁸. Toutefois, du fait des différents changements qu'une restructuration engendre, elle peut porter atteinte à un droit de créance²⁵⁹ détenu à l'encontre d'une société, sans que celle-ci, tout en ayant conscience, n'ait spécialement

²⁵⁷ Depuis deux décisions de la 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation (Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 1973, *Bull. civ.*, I, n° 92 ; *JCP* 1974, II, 17782, note J. Ghestin ; *adde* Cass. civ. 1^{ère}, 17 oct. 1979, *Bull. civ.*, I, n° 249, *JCP* G. 1981, II, 19627, note J. Ghestin), la conscience du préjudice causé est devenue la définition de référence de l'intention frauduleuse.

²⁵⁸ Cass. com., 10 juin 1963, *préc.*, la Haute juridiction caractérise l'intention frauduleuse de la société débitrice en précisant qu'en effectuant ses opérations de restructuration, elle a « agi en pleine conscience du préjudice » qu'elle cause à son créancier.

²⁵⁹ Qu'il s'agisse d'un droit de gage ou d'un droit spécial.

poursuivi ce but. Pour faire la part des choses, la jurisprudence s'appuie donc sur un faisceau d'indices suffisamment pertinents pour retenir l'intention frauduleuse de la société débitrice. C'est le cas notamment lorsque, du fait de la fraude de la société caution, une Cour d'appel maintient l'obligation de couverture à sa charge malgré la scission du débiteur principal²⁶⁰. L'intention frauduleuse de la société caution se caractérise par le fait que le débiteur initial est une filiale qu'elle détient à 100 %. En tant qu'associé unique, elle a mis au point la restructuration en cause, essentiellement pour éteindre son obligation de couverture. En effet, la société bénéficiaire de l'opération de scission a le même siège social, la même activité, les mêmes associés²⁶¹ que le débiteur initial, ainsi que des dirigeants communs. Il a aussi été jugé que la fusion-scission d'une société débitrice qui a abouti au partage inégal de son actif et de son passif entre deux sociétés bénéficiaires et ainsi remis en cause le recouvrement de créances, a « sciemment porté atteinte » au droit de gage des créanciers²⁶². L'intention frauduleuse est évidente dans cette hypothèse, dans la mesure où, celle des deux sociétés nouvellement créées qui devait désintéresser la plupart des créanciers ne disposait que d'un faible actif à cet effet. Les opérations de restructuration avaient donc pour but premier de contrevenir à l'exécution des droits des créanciers.

Lorsque, du fait de sa nature conventionnelle, l'acte litigieux de la société débitrice a nécessité l'intervention d'un tiers, son intention frauduleuse doit être également déterminée.

92. L'intention frauduleuse du tiers complice. La remise en cause d'un acte juridique conventionnel concerne, en leur qualité d'auteurs, autant la société débitrice que le tiers complice. Ce dernier doit avoir conscience qu'en participant à un acte juridique frauduleux, il porte atteinte au droit du créancier de son cocontractant. Ce qui suppose qu'il ait une connaissance effective de l'existence de ce droit de créance. S'il s'agit d'un droit de gage général, le tiers doit par ailleurs être au courant des difficultés financières de la société débitrice²⁶³. Dans le cadre de relations commerciales, cette connaissance par le tiers de la situation patrimoniale de la société débitrice n'est pas difficile à démontrer²⁶⁴. En effet, cette société, en tant que commerçant, doit tenir une comptabilité reflétant la réalité de sa situation financière. Ce qui permet au tiers cocontractant d'être informé d'une éventuelle insolvabilité. Il s'ensuit qu'il a pleinement conscience du fait que le droit que lui octroie l'acte juridique conclu avec la société débitrice constitue un obstacle à l'exécution

²⁶⁰ CA Aix en Provence, 10 janv. 2001, préc.

²⁶¹ En réalité, à travers des sociétés interposées, ce sont les mêmes associés qui contrôlent la société scindée et la société bénéficiaire.

²⁶² Cass. com., 24 janv. 1967, préc.

²⁶³ Sur ce point, il y a en effet une distinction entre la connaissance par le tiers de l'existence d'un droit spécial et celle d'un droit portant sur le gage général du débiteur, V. L. Sauton, *op. cit.*, n° 481 et s.

²⁶⁴ B. Lecourt, *op. cit.*, n° 22.

d'un droit de créance préexistant. En général, cette preuve sera facile à apporter toutes les fois où la société débitrice et le tiers entretiennent un lien particulier, comme deux sociétés appartenant au même groupe.

Il est à présent établi que les actes juridiques frauduleux par lesquels la société débitrice cherche à échapper à ses obligations durant les opérations de restructuration qui l'affectent, peuvent être attaqués par l'action paulienne. Une réserve doit cependant être faite. Elle concerne les jugements dont la sanction est obtenue par un mécanisme particulier en cas de fraude.

B. Les éléments constitutifs de la fraude par un jugement de la société débitrice

93. Le recours à la tierce opposition. Un jugement auquel la société débitrice a été partie bénéficie de l'autorité de chose jugée en vertu de l'article 1351 du Code civil. Cette autorité est dite absolue dans la mesure où, du fait de son opposabilité, la situation juridique créée par le jugement s'impose aux tiers, parmi lesquels les créanciers de la société débitrice. Il existe des exceptions à ce principe, notamment lorsque la décision judiciaire résulte de la fraude de la société débitrice. La loi sanctionne alors le jugement frauduleux en autorisant le recours à une action particulière, la tierce opposition. En effet, l'article 583 du Code de procédure civile dispose dans son deuxième alinéa que « Les créanciers et autres ayants cause d'une partie peuvent (...) former tierce opposition au jugement rendu en fraude de leurs droits ».

94. Principe : l'identité des éléments constitutifs de la fraude paulienne et de la fraude par un jugement. L'existence d'une action spéciale protégeant les créanciers de la fraude par un jugement de la société débitrice exclut le recours à l'action paulienne de droit commun. Les deux actions constituent toutes des mesures de protection permettant à un créancier d'écarter l'opposabilité d'un acte juridique frauduleux²⁶⁵. Ainsi, pour résoudre la concurrence entre l'article 1167 du Code civil qui sanctionne tous les actes juridiques frauduleux et l'article 583 alinéa 2 du Code de procédure civile qui concerne uniquement les jugements, on se réfère à la maxime *specialia generalibus derogant*. Il apparaît alors que « l'action paulienne de droit commun ne devrait en aucun cas pouvoir être exercée par le créancier qui a toujours, théoriquement, la possibilité d'agir par la tierce

²⁶⁵ V. L. Sautonie, *op. cit.*, n° 156.

opposition »²⁶⁶. Toutefois, les deux actions présentent une unité au niveau de leur fondement et de leurs effets²⁶⁷ qui fait de la tierce opposition une action paulienne attaquant un acte juridique processuel. Il s'ensuit que les éléments juridiques des deux fraudes sont identiques en tout point, sauf en ce qui concerne l'acte juridique frauduleux.

95. Exception : l'exigence d'une décision de justice frauduleuse pour l'application de l'article 583 alinéa 2 du Code de procédure civile. Dès lors qu'une société juridique qui réalise des opérations de restructuration élude sciemment ses engagements antérieurs au moyen d'un jugement, ses créanciers disposent de la tierce opposition pour se protéger. La pratique offre quelques possibilités d'une telle fraude aux sociétés débitrices peu scrupuleuses. Il est ainsi aisé de se représenter une société débitrice qui introduit une demande en justice visant l'ouverture d'une procédure de sauvegarde en vue de se soustraire à ses engagements. Elle aura pris le soin auparavant de créer des difficultés dans son exploitation ou d'en donner l'apparence²⁶⁸. De même, après une fusion-absorption, une société absorbante ayant le même dirigeant que l'absorbée peut dissimuler la restructuration dans une procédure judiciaire engagée au pénal à l'encontre de cette dernière par ses créanciers, puis invoquer suite à sa condamnation, sa disparition pour ne pas honorer ses obligations. Cette manœuvre frauduleuse est facilitée par le fait que le dirigeant commun des deux sociétés peut représenter la société disparue à l'audience tout en sachant que le jugement rendu ne pourra pas être exécuté. Ce qui profitera à la nouvelle société. Dans ces deux hypothèses, le jugement matérialiserait la fraude de la société débitrice à l'encontre des droits de ses créanciers qui seraient ainsi fondés à en demander l'inopposabilité par le biais de l'article 583 alinéa 2 du Code de procédure civile.

En dehors de la fraude paulienne et de celle par un jugement, la société débitrice peut tenter de se soustraire à ses engagements en réalisant, au cours de sa restructuration, une fraude générale. A ce titre, doivent être étudiés les éléments constitutifs de cette dernière.

²⁶⁶ H. Lécuyer, *Action paulienne et convention définitive dans le divorce sur requête conjointe*, *Dr. de la famille* 1998, chron. n° 3, p. 6 et s., spéc. p. 7.

²⁶⁷ V. L. Sautonie, *op. cit.*, n° 156.

²⁶⁸ V. en ce sens B. Saintourens, « *Conditions d'ouverture de la sauvegarde : la Cour de cassation fait le maximum* », Lettre d'actualité des procédures collectives civiles et commerciales n° 7, avril 2011, repère 106. Cet exemple ne constitue pas une dérogation au fait que cette étude ne porte pas sur les procédures collectives. En effet, dans cette hypothèse, la société débitrice ne connaît pas de difficultés, mais s'en donne l'apparence pour bénéficier indûment de l'ouverture d'une procédure collective.

C. Les éléments constitutifs de la fraude générale de la société débitrice

96. Le domaine résiduel de la fraude générale. Pour attaquer la fraude générale de la société débitrice à l'encontre de leurs droits, les créanciers doivent fonder leur action sur la maxime *fraus omnia corrumpit* qui signifie que la fraude fait exception à toutes les règles. Ce principe d'origine prétorienne n'a fait l'objet d'aucune codification légale. Ce qui lui interdit de régir des situations sanctionnées par des textes de loi et justifie qu'il ne puisse empiéter sur le domaine des autres fraudes.

97. Une fraude générale uniquement dirigée contre un rapport obligatoire. Il est admis qu'en général, la fraude peut être dirigée contre toute règle juridique obligatoire²⁶⁹. Toutefois, nous avons précisé que dans le cadre de ces travaux, seule la fraude aux droits de créance antérieurs à la restructuration de la société débitrice nous concerne²⁷⁰. Ces droits de créance peuvent avoir une origine aussi bien légale²⁷¹ que contractuelle²⁷², à condition qu'ils soient nés avant les opérations de restructuration²⁷³.

98. La volonté d'éluder l'engagement souscrit avant la restructuration. Tout comme les deux autres fraudes, la fraude générale suppose une intention frauduleuse. Celle-ci correspond à la volonté délibérée de la société débitrice de ne pas exécuter une obligation antérieure à sa restructuration. Autrement dit, que cette volonté soit caractérisée par les tribunaux comme l'intention de nuire au créancier ou comme la connaissance du préjudice qui lui est causé, elle traduit dans tous les cas la détermination de la société débitrice à se soustraire au respect de ses engagements. Il est admis en définitive, qu'il n'y a pas lieu de distinguer cette intention frauduleuse selon les différents types de fraude de la société débitrice. Il suffit de démontrer qu'en commettant les agissements frauduleux, son dessein était de faire échec aux droits de ses créanciers.

²⁶⁹ J. Vidal, *op. cit.*, p. 79 et s. ; J. Ghestin et G. Goubeaux, *op. cit.*, p. 799 et s., spéc. n° 817.

²⁷⁰ V. *supra* n° 75.

²⁷¹ V. *supra* n° 32 et s.

²⁷² V. *supra* n° 25 et s.

²⁷³ V. *supra* n° 28 et s. et 37 et s.

99. Le moyen frauduleux. Il est nécessaire de rappeler ici, qu'en général, la fraude peut être réalisée par de multiples moyens²⁷⁴, qu'il s'agisse d'actes juridiques parmi lesquels les jugements, ou de faits juridiques. Or, le caractère subsidiaire de la maxime *fraus omnia corrumpit* exclut son application pour sanctionner une fraude, chaque fois qu'elle est en concurrence avec une disposition légale. Comme les articles 1167 du Code civil et 583 alinéa 2 du Code de procédure civile permettent au créancier d'attaquer les fraudes de la société débitrice au moyen d'actes juridiques, il ne peut logiquement recourir à cette maxime qu'à l'encontre de faits juridiques frauduleux. Il en résulte que le domaine de la fraude générale de la société débitrice est très restreint et ne peut concerner que de rares hypothèses dans la pratique contrairement à ce qu'affirment la majorité doctrinale et la jurisprudence qui confondent souvent les domaines respectifs des différentes fraudes. Dans cette perspective, une société débitrice qui fait l'objet d'une restructuration commet une fraude générale chaque fois qu'elle compromet l'exécution des droits de ses créanciers antérieurs au moyen d'un acte matériel. On peut ainsi imaginer qu'au cours d'une opération de fusion qui la concerne, la société débitrice omette délibérément d'informer ses créanciers du déménagement de son siège social pour éluder la compétence *ratione loci* du tribunal qui sera éventuellement saisi dans le cadre d'une opposition. Si, le temps que le créancier se rende compte de l'omission, le délai de l'opposition s'est écoulé, il peut reprocher à la société débitrice sa fraude.

100. Bilan : l'établissement d'un critère de distinction entre les différentes fraudes de la société débitrice. Il ressort de l'analyse qui précède que la société débitrice peut, au moment de sa restructuration, essayer d'échapper à l'exécution de ses engagements par la fraude. Il existe différents types de fraudes qui ont en commun plusieurs de leurs éléments constitutifs. Ainsi, toute fraude de la société débitrice est dirigée contre un droit de créance né avant ses opérations de restructuration et caractérisée par la conscience de créer un obstacle à l'exécution de ce droit. Par contre, chaque fraude est effectuée par un moyen qui lui est propre. Il suffit alors d'identifier ce moyen pour donner à la fraude sa qualification exacte et rechercher une sanction adaptée. Certes, les sanctions de ces différentes fraudes aboutissent au même résultat. La confusion qui existe actuellement dans le droit positif entre la fraude paulienne et la fraude générale de la société débitrice n'empêchera donc pas le créancier agissant d'obtenir l'inopposabilité de la situation juridique frauduleuse. Simplement, il faudra que le juge ne lui reproche pas la mauvaise qualification de la fraude qu'il attaque.

²⁷⁴ J. Vidal, *op. cit.*, p. 150 et s.

La protection des créanciers en cas de manœuvre frauduleuse lors de la restructuration de la société débitrice est justifiée par l'assujettissement de cette dernière au respect de ses engagements. Il résulte de cet assujettissement un certain nombre de contraintes que la fraude enfreint.

§ 2 . La fraude, atteinte aux restrictions induites par l'assujettissement de la société débitrice

101. La fraude de la société débitrice, violation de son obligation d'abstention. Les articles 1167 du Code civil et 583 du Code de procédure civile, ainsi que la maxime *fraus omnia corrumpit* permettent aux créanciers d'attaquer les agissements de la société débitrice effectués en fraude à leurs droits lors de sa restructuration. Il s'ensuit que la société débitrice doit éviter toute fraude aux droits de créance détenus à son encontre. Cette obligation de ne pas commettre de fraude à l'exécution de ses engagements se justifie par l'obligation d'abstention pesant sur la société assujettie. En effet, l'assujettissement de la société débitrice au respect de ses engagements la soumet à une certaine ligne de conduite tant qu'elle ne les a pas remplis. Elle doit adopter un comportement conforme à ces engagements et ne rien faire qui compromette leur exécution. Autrement dit, la société débitrice doit s'abstenir de tout agissement qui empêcherait cette exécution ou la priverait de son intérêt et de son efficacité. Au cours d'une restructuration ultérieure à ces engagements, la fraude de la société débitrice constitue un obstacle à leur exécution et contrevient donc directement à l'obligation d'abstention. La fraude porte de ce fait atteinte au devoir de loyauté la société qui découle de son obligation d'abstention (A) et, en cas de participation d'un tiers aux manœuvres frauduleuses, à l'opposabilité des obligations antérieures à la restructuration (B).

A. La fraude, atteinte au devoir de loyauté de la société débitrice

102. La mauvaise foi de la société débitrice dans la réalisation la fraude. Les droits de créance détenus à l'encontre d'une société limitent son autonomie juridique. En effet, dans le but d'exécuter ses obligations, elle doit mobiliser ses moyens humains et matériels. Tant que ses obligations subsistent, elle doit avoir des agissements conformes à leur respect et exempts de mauvaise foi. Cette absence de mauvaise foi s'inscrit dans le cadre du devoir de loyauté auquel est soumise toute société assujettie. Or, une société débitrice qui organise une fraude au cours d'une restructuration ultérieure à ses engagements fait assurément preuve de mauvaise foi. Les manœuvres frauduleuses de la société débitrice manifestent sa volonté de ne pas honorer ses engagements, en constituant un

obstacle à leur exécution. Ce qui correspond à un comportement déloyal, empreint de mauvaise foi. Il est, à ce titre, reconnu que l'action paulienne sanctionne la mauvaise foi²⁷⁵. En permettant aux créanciers de se protéger de la fraude, l'action paulienne impose donc à la société débitrice une attitude adaptée à son devoir de loyauté dans l'exécution de ses engagements.

Il convient de préciser que ce raisonnement est transposable à la fraude générale et à la fraude par un jugement de la société débitrice parce qu'il s'appuie sur l'intention frauduleuse qui est identique dans toutes les fraudes²⁷⁶.

Lorsque, pour réaliser la fraude aux droits de ses créanciers, la société conclut pendant sa restructuration un acte juridique avec un tiers, celui-ci porte atteinte à l'opposabilité de ces droits.

B. La fraude, atteinte à l'opposabilité des obligations antérieures à la restructuration de la société débitrice

103. L'importance de la conscience du tiers de participer à un acte juridique conventionnel frauduleux. Dès la naissance d'un droit de créance, sa force obligatoire s'impose à la société débitrice et aux tiers qui ne doivent pas remettre en cause son exécution du fait de son opposabilité. Cependant, cette opposabilité est soumise à une condition. Le tiers qui souscrit à une convention avec la société débitrice doit, au moment de sa conclusion, être conscient de contribuer à créer un obstacle à l'exécution de ce droit de créance²⁷⁷. Pour qu'une convention frauduleuse porte atteinte à l'opposabilité du droit de créance, la connaissance de l'existence de ce droit de créance par le tiers doit donc être démontrée. Lorsqu'on se réfère à la fraude paulienne, seule fraude à pouvoir être organisée au moyen d'un acte juridique conventionnel, la preuve de cette connaissance se fait naturellement. En effet, dans ce cas, la fraude n'est établie que si l'intention frauduleuse existe à la fois chez la société débitrice et chez le tiers. Cette intention frauduleuse consiste, pour le tiers, en sa connaissance effective de l'engagement antérieur à la restructuration de la société. Ce qui permet d'affirmer que, par sa participation à l'acte juridique frauduleux, il est conscient de contrevenir à l'exécution de cet engagement. C'est ce qui apparaît, par exemple, lorsqu'une société profite d'une restructuration pour vendre un immeuble déjà aliéné, dès lors que le second acquéreur a conscience

²⁷⁵ Y. Picod, *op. cit.*, n° 50-1.

²⁷⁶ V. *supra* n° 100.

²⁷⁷ V. *supra* n° 69.

de l'aliénation antérieurement consentie par cette société, et cela bien qu'il ait effectué le premier la publicité foncière. La connaissance par le tiers de l'existence d'un droit antérieur incompatible avec celui qu'il veut obtenir ressort encore plus clairement lorsque la société débitrice a accordé un droit de préférence à un créancier antérieur à sa restructuration et que le pacte qui en résulte a été publié « pour l'information des usagers » en application de l'article 37 du décret du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière et modifié par l'ordonnance n° 2010-638 du 10 juin 2010. Il apparaît, par conséquent, qu'en se rendant complice d'une fraude paulienne de la société débitrice, le tiers porte atteinte à l'opposabilité des droits de créance détenus à son encontre.

104. Conclusion de la section. La fraude de la société débitrice pendant sa restructuration est une entrave à l'efficacité de la force obligatoire de ses engagements antérieurs. Elle correspond à une violation de l'obligation d'abstention résultant de l'assujettissement de la société. Ce qui constitue le fondement de la protection offerte par la loi au créancier, non seulement à l'encontre de cette société qui est tenue d'une exécution loyale des engagements précédant sa restructuration, mais également à l'encontre du tiers complice de fraude au mépris de l'opposabilité de ces engagements. Cette protection est mise au point par la loi quel que soit le moyen frauduleux employé par la société débitrice. L'intérêt de déterminer le moyen frauduleux réside surtout dans le fait qu'il permet de distinguer les différents types de fraudes dont peut se rendre coupable la société. Une fois cette identification effectuée, le créancier concerné peut se protéger avec la mesure légale appropriée.

En dehors de la fraude, une société peut également causer un préjudice pouvant engendrer sa responsabilité civile avant ou pendant sa restructuration. Il convient de déterminer ce qui fonde alors la protection des droits des créanciers qui sont victimes des faits dommageables de la société.

Section 2 : La force obligatoire du droit du créancier, fondement de sa protection contre le préjudice causé par la société débitrice

105. L'identification du domaine de la responsabilité civile de la société débitrice. En 1804, l'une des innovations les plus importantes du Code civil a été d'obliger l'auteur de tout dommage à le

réparer. Ainsi, de façon générale, les victimes d'un dommage bénéficient d'une protection instaurée par le régime de la responsabilité civile. Dans le cadre de cette étude, la responsabilité civile de la société peut être engagée notamment dans deux hypothèses. En premier lieu, elle peut concerner un dommage survenu avant la restructuration et qui fait de la victime, le créancier d'une obligation de réparation détenue à l'encontre de la société. En second lieu, la responsabilité civile peut viser la réparation de dommages causés par la société débitrice au cours de la restructuration à des créanciers titulaires de droits de créance antérieurs aux différentes opérations.

106. Les fondements de la responsabilité civile dans la théorie générale des obligations.

Lorsqu'on se réfère au droit commun, la responsabilité civile a pour fondement classique la faute à laquelle s'est ajouté le risque²⁷⁸. En effet, les rédacteurs du Code civil ont, conformément à une ancienne tradition, basé la responsabilité civile sur la faute²⁷⁹. Celle-ci est une notion protéiforme variant de la simple négligence à la faute intentionnelle. Elle est de ce fait difficile à définir, mais l'on peut considérer qu'elle reflète « un comportement illicite contrevenant à une obligation ou à un devoir imposé par la loi, par la coutume ou par une norme générale de comportement »²⁸⁰. Il s'ensuit que l'auteur d'un dommage doit le réparer puisqu'il s'agit du résultat de son comportement blâmable. La faute a ainsi constitué le fondement unique de la responsabilité civile pendant plus d'un siècle jusqu'à ce que le machinisme et l'industrialisation favorisent la survenance d'accidents dont les victimes n'étaient pas indemnisées en l'absence de faute prouvable. Pour y remédier, la responsabilité civile a été justifiée dans ces hypothèses par le risque²⁸¹. L'idée ainsi défendue repose sur le fait que « toute activité faisant naître un risque pour autrui entraîne pour contrepartie la responsabilité du préjudice qu'elle peut causer, sans que la victime ait à prouver une faute de l'agent à son origine »²⁸².

Ainsi, c'est la faute ou le risque qui pourraient justifier la mise en jeu de la responsabilité civile de la société débitrice. Mais, c'est là tout leur intérêt : déterminer la mesure adaptée, à savoir le régime

²⁷⁸ En général, la faute et le risque sont présentés par la doctrine comme les fondements opposés mais complémentaires de la responsabilité civile, V. Ph. Le Tourneau, *Rép. civ. Dalloz, V° Responsabilité*, 2009, n° 107 et s., Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *op.cit.*, n° 533 et s. Mais, pour certains, la faute, à défaut d'être le fondement technique de la responsabilité civile, du fait de l'existence de responsabilités de plein droit, reste son principal fondement rationnel. Le risque, quant à lui, ne peut constituer un fondement rationnel de la responsabilité que lorsque celle-ci concerne une activité économique. Ainsi, c'est la notion du risque/profit qui fait peser sur le responsable, en sa qualité d'acteur économique, les charges de production.

²⁷⁹ On parle alors de responsabilité subjective, puisque dans ce cas, seule une faute imputable à l'auteur du dommage peut justifier la mise en jeu de sa responsabilité, V. P. Jourdain, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilité civile et pénale*, thèse Paris II, 1982.

²⁸⁰ Ph. Le Tourneau, *op. cit.*, n° 111.

²⁸¹ La responsabilité est ainsi devenue objective. Le seul fait, pour la victime de subir un dommage, suffit à justifier son indemnisation sans qu'il ne soit nécessaire d'établir qu'une faute est à l'origine de ce dommage.

²⁸² Ph. Le Tourneau, *op. cit.*, n° 161.

de la responsabilité civile, pour réparer le dommage causé par l'entreprise. Sinon, la réparation du dommage en elle-même, s'inscrit plutôt dans le cadre plus général de la protection accordée aux droits de créance antérieurs à la restructuration de la société débitrice et fondée par l'assujettissement de cette dernière. C'est alors l'assujettissement de la société débitrice qui constitue le fondement de la protection des créanciers contre sa faute délictuelle, son inexécution ou sa mauvaise exécution (§1). Par ailleurs, la mise en jeu de la responsabilité civile de la société débitrice s'explique aussi par le fait qu'en causant un dommage aux créanciers antérieurs à sa restructuration, elle enfreint l'obligation d'abstention induite par son assujettissement, et porte par là atteinte au devoir d'exécuter loyalement ses engagements et favorise la violation de leur opposabilité (§2).

§ 1 . L'assujettissement de la société débitrice, fondement de la protection de la créance de réparation née avant ou pendant sa restructuration

107. La force obligatoire du droit du créancier. La protection des droits des créanciers antérieurs aux opérations de restructuration de la société débitrice se justifie par leur force obligatoire. A ce titre, la société débitrice est assujettie au respect de tous les droits nés avant sa restructuration, celle-ci ne pouvant lui permettre de porter atteinte à leur exécution. C'est donc l'assujettissement de la société débitrice qui fonde la protection de la créance de réparation née avant sa restructuration (A). C'est également cet assujettissement qui constitue le fondement de la protection des créances antérieures à la restructuration lorsqu'au cours de celle-ci, la société débitrice est l'auteur de dommages portant atteinte à leur exécution (B).

A. Le fondement de la protection de la créance de réparation antérieure à la restructuration de la société débitrice

108. L'intérêt de déterminer la date de naissance de la créance de réparation. Dès lors qu'une société est responsable d'un délit ou d'un quasi-délit²⁸³, ou de l'inexécution d'un contrat²⁸⁴, elle devient débitrice d'une obligation de réparation envers la victime. La connaissance du fait générateur de cette obligation est essentielle, puisqu'elle détermine la date à partir de laquelle la société

²⁸³ Art. 1382 à 1386 du Code civil.

²⁸⁴ Art. 1146 à 1155 du Code civil.

débitrice est assujettie à son exécution. Il convient, à cet effet, de distinguer l'obligation de réparation d'un dommage délictuel de l'obligation de réparation d'un dommage contractuel.

109. La date de naissance de la créance de réparation d'un dommage délictuel²⁸⁵. Pour déterminer le fait générateur de l'obligation extracontractuelle, une hésitation est possible entre la date de réalisation du dommage et celle du jugement retenant la responsabilité de la société débitrice et la condamnant à réparer. Il est aujourd'hui reconnu qu'une créance d'indemnisation délictuelle naît au jour de la survenance du dommage²⁸⁶. C'est la solution que nous avons retenue également²⁸⁷ dans la mesure où elle correspond à l'analyse dualiste de l'obligation et à la jurisprudence en matière de restructuration d'une société débitrice. La Cour de cassation a ainsi eu connaissance d'une affaire²⁸⁸ dans laquelle un salarié, victime d'un accident du travail plusieurs années avant que la société qui l'employait ne réalise un apport partiel d'actif portant sur le fonds de commerce où a eu lieu l'accident, demandait une indemnisation complémentaire à la société bénéficiaire de l'apport. Suite à la décision de la Cour d'appel favorable au salarié, la société bénéficiaire a formé un pourvoi en cassation au motif qu'elle ne pouvait être personnellement reconnue responsable d'une dette qui n'était pas née au jour de la restructuration. La Haute juridiction rejeta le pourvoi, confirmant ainsi la décision de la Cour d'appel qui fixait la naissance de la créance de réparation au jour du dommage²⁸⁹.

110. La date de naissance de la créance de réparation d'un dommage contractuel. Dans le cas d'un dommage résultant de l'inexécution d'un contrat²⁹⁰, plusieurs faits sont également susceptibles d'être retenus comme faits générateurs de la créance de réparation. En plus de ceux envisagés en matière délictuelle, la spécificité de la responsabilité contractuelle fait penser à la conclusion du

²⁸⁵ V. *supra* n° 42.

²⁸⁶ P. Jourdain, « La date de naissance de la créance d'indemnisation », *LPA* 9 nov 2004, n° 224, p. 49 et s.

²⁸⁷ V. *supra* n° 42.

²⁸⁸ Cass. soc., 9 avril 1998, *RJS* 1998, p. 415, n° 645.

²⁸⁹ La Cour d'appel avait soutenu que « (...) le droit d'un salarié victime d'un accident du travail dû à la faute inexcusable de son employeur d'obtenir des réparations complémentaires existe dès que le dommage a été causé ».

²⁹⁰ Bien que l'existence même de responsabilité contractuelle soit l'objet d'un débat doctrinal (V. sur ce point, notamment J. Grandmoulin, *De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles*, thèse, Rennes, 1892 ; J. Huet, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, thèse, Paris II, 1978 ; D. Tallon, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994, p. 223 et s. ; Ph. Rémy, *La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept*, *RTD civ.*, 1997, p. 323 et s. ; L. Leturmy, « La responsabilité délictuelle du contractant », *RTD civ.* 1998, p. 839 et s. ; E. Savaux, « La fin de la responsabilité contractuelle », *RTD civ.*, 1999, p. 1 et s. ; P. Rémy-Corlay, « Exécution et réparation : deux concepts ? » *RDC* 2004, p. 13 et s. ; C. Larroumet, « Pour la responsabilité contractuelle », *Mél. Catala, Litec*, 2011, p. 543 et s. ; Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats* – Avec la collaboration de L. Cadet jusqu'en 2002 -, Dalloz action, 2014, Paris), la majorité de la doctrine soutient qu'un dommage contractuel ouvre droit à une action en responsabilité et non à une action en exécution en faveur du cocontractant victime. V. P. Jourdain, « Réflexions sur la notion de responsabilité contractuelle », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, 6^{ème} journée René Capitant 1997, PUF 1998, p. 65 et s. ; E. Savaux, *op. cit.* ; G. Viney, « La responsabilité contractuelle en question », in *Mélanges Ghestin, Le contrat au début du XXI^{ème} siècle*, LGDJ, 2001, p. 921 et s.

contrat, à l'exigibilité des prestations, à la mise en demeure et à l'exécution²⁹¹. Comme l'objet de la créance est la réparation du préjudice causé et non l'exécution par équivalent de l'obligation promise, il est possible de transposer les règles régissant la responsabilité délictuelle. Il convient alors de retenir le jour de la survenance du dommage comme date de naissance de l'obligation que la société débitrice a d'en assurer la réparation.

111. L'assujettissement de la société débitrice au paiement de la créance de réparation née avant la restructuration. Une société peut, avant de faire l'objet d'opérations de restructuration, avoir engagé sa responsabilité délictuelle ou contractuelle. Dès la réalisation du dommage, la société est devenue débitrice d'une obligation de réparation dont la naissance est justifiée par les fondements classiques de la responsabilité civile. Toutefois, sa protection ne s'explique que par l'assujettissement de la société débitrice à la nécessité de son exécution. En effet, cette obligation de réparation lui impose non seulement le paiement des dommages et intérêts qui seront fixés par le juge, mais également un assujettissement à la nécessité de ce paiement. Autrement dit, à partir de cette date, elle ne doit rien faire qui puisse compromettre le désintéressement de son créancier, y compris au cours de sa restructuration²⁹². Lorsque la restructuration n'implique pas de substitution de débiteur, la société débitrice est tenue d'exécuter son obligation de réparation selon les termes du jugement qui consacreront sa perfection. Dans l'hypothèse où la restructuration entraîne un changement de débiteur, notamment par l'effet d'une transmission universelle du patrimoine, l'ayant cause universel de la société débitrice devrait, en principe, exécuter l'obligation de réparation au lieu et place de cette dernière. C'est ainsi qu'une société bénéficiaire d'une transmission universelle de patrimoine a à sa charge le paiement de la créance de réparation d'un salarié de la société apporteuse victime d'une exposition à l'amiante en violation de l'obligation de sécurité pesant sur l'employeur²⁹³. Dans le même sens, la résiliation d'un contrat de travail aux torts de l'employeur pour des faits commis par la société apporteuse, peut être imputée à la société bénéficiaire d'une transmission universelle de patrimoine²⁹⁴. C'est donc l'assujettissement de la société débitrice au respect de ses engagements qui fonde la protection des créances de réparation nées avant sa restructuration et qui impose leur paiement quels que soient les changements intervenus au cours des différentes opérations.

²⁹¹ P. Jourdain, « La date de naissance de la créance d'indemnisation », art. préc.

²⁹² L'obligation d'abstention caractérisant l'assujettissement de la société débitrice dépend uniquement de la naissance de l'obligation. De ce fait, elle pèse sur la société débitrice même si l'obligation n'est pas encore parfaite. V. *supra* n° 29.

²⁹³ CA Paris, 22 mai 2008, n° RG07/00492 ; *adde* Cass. soc., 18 juin 2014, *Rev. sociétés* 2015, p. 26, obs. J.-M. Moulin. De manière générale, les dettes de responsabilité nées à l'occasion du fonctionnement d'une branche d'activité sont transmises avec cette dernière.

²⁹⁴ CA Agen, 14 déc. 2004.

C'est également cet assujettissement qui constitue le fondement de la réparation des dommages causés pendant les opérations de restructuration aux cocontractants antérieurs.

B. Le fondement de la réparation des dommages causés pendant la restructuration de la société débitrice aux créances détenues à son encontre

112. Nature de la responsabilité civile engagée par la société débitrice. Le fonctionnement d'une société nécessite la conclusion de divers contrats qui mettent à sa charge certaines obligations. Elle peut également être débitrice d'obligations extracontractuelles, notamment à l'égard du Trésor public et de l'URSSAF. Lorsqu'elle fait l'objet d'une restructuration ultérieure à ces engagements, ses créanciers peuvent subir un dommage du fait d'une faute ou d'une inexécution contractuelle, ce qui leur donne la possibilité d'engager la responsabilité délictuelle ou contractuelle de la société débitrice.

En effet, le créancier, s'il est titulaire d'un droit de créance contractuel, est fondé à demander, sur la base de la responsabilité contractuelle, la réparation du dommage subi si c'est son droit lui-même qui est inexécuté, mal exécuté ou tardivement exécuté. C'est le cas toutes les fois où une société débitrice d'une obligation contractuelle effectue des opérations de restructurations au cours desquelles de nouveaux engagements ou tout simplement les changements survenus dans son organisation l'empêchent d'exécuter ou la poussent à mal exécuter ou à exécuter tardivement cette obligation. Imaginons, par exemple, une société qui s'engage à fabriquer pour un client des objets avec des caractéristiques particulières précisées à la dernière minute dans un avenant au contrat initial. Quelques jours après la finalisation de la commande, la société de fabrication des objets est restructurée, ce qui l'oblige à déménager dans de nouveaux locaux. Au cours du déménagement, certains documents, parmi lesquels l'avenant au contrat, sont perdus par la faute d'un de ses employés. Les objets commandés sont alors fabriqués, mais sans tenir compte des spécificités demandées par le client. Le temps de corriger cette erreur, celui-ci subit d'importantes pertes financières. Pour obtenir la réparation de ce préjudice, le client peut engager la responsabilité contractuelle de la société de fabrication.

A l'inverse, le créancier, quelle que soit la source de son droit, doit mettre en jeu la responsabilité délictuelle de la société débitrice, si c'est l'inexécution, la mauvaise exécution ou l'exécution tardive

d'engagements pris pendant les opérations de restructuration, voire une faute délictuelle commise par cette dernière qui porte atteinte à son droit de créance. En effet, une faute délictuelle commise dans le cadre d'une restructuration et causant un préjudice à un créancier antérieur oblige la société débitrice à réparer. C'est dans ce sens que la Chambre commerciale de la Cour de cassation a retenu²⁹⁵ la responsabilité délictuelle d'une société mère qui a laissé croire qu'elle prenait une part active dans les activités de sa filiale. Les faits soumis à son contrôle sont les suivants : après avoir conclu et exécuté un contrat d'entreprise, une société transmet à une autre société la branche d'activité correspondant à la prestation effectuée, à travers un apport partiel d'actif effectué par voie de scission. Par la suite, le maître d'ouvrage observe des désordres dans le bien, objet du contrat d'entreprise, et poursuit son débiteur initial, en l'occurrence la société apporteuse, pour obtenir la réparation du dommage subi. Cette dernière se prévaut alors de la scission. La Cour d'appel la condamne pourtant à verser des dommages et intérêts au maître d'ouvrage en retenant qu'un certain nombre d'éléments²⁹⁶ conduisaient les tiers à la confondre avec la société bénéficiaire de l'apport partiel d'actif. Malgré la transmission universelle du patrimoine intervenue dans le cadre de la restructuration et ayant substitué la société bénéficiaire à la société apporteuse dans tous les droits et obligations de la branche d'activité apportée, la Chambre commerciale a approuvé la décision des juges du fond. Elle a estimé qu'ils ont fait ressortir le fait que la société apporteuse « avait laissé croire qu'elle participait étroitement aux activités de sa filiale dont l'absence d'autonomie était ainsi soulignée », caractérisant ainsi sa faute dans la réalisation des prestations litigieuses.

En dehors des affaires se rapportant à des groupes de sociétés dans lesquelles la Haute juridiction fait une application du critère d'immixtion, voire de la théorie l'apparence pour retenir la responsabilité de la société mère envers les créanciers de la branche d'activité transférée à sa filiale, l'évolution jurisprudentielle permet aussi d'engager la responsabilité délictuelle de la société débitrice lorsque, à l'occasion de l'exécution d'un contrat conclu pendant sa restructuration, elle cause un dommage à un créancier antérieur. L'examen du droit positif montre qu'à partir de l'article 1165 du Code civil, la doctrine et la jurisprudence ont dégagé et précisé les contours des deux effets du contrat : sa relativité et son opposabilité. S'agissant de l'opposabilité du contrat, celui-ci en tant

²⁹⁵ Cass. com., 5 fév. 1991, *RTD com.* 1992, p. 385, obs. C. Champaud et D. Danet ; *Rev. Sociétés* 1991, p. 545, note C. Bolze ; *Recueil D.* 1992, p. 27, note Y. Chartier ; *adde* Cass. com., 12 juin 2012, *D.* 2012, p. 1608 ; *RTD civ.* 2012, p. 546, obs. P.-Y. Gautier ; *Rev. sociétés* 2013, p. 95, note C. Tabourot-Hyest ; *Recueil D.* 2013, p. 584, note J. Schmeidler.

²⁹⁶ Le lieu d'exploitation de la branche d'activité apportée était resté inchangé. En effet, les sièges sociaux de la société bénéficiaire et de la société apporteuse se trouvaient dans un ensemble immobilier unique appartenant à cette dernière. L'enseigne « générale », commune aux deux sociétés, figurait sur les bâtiments de l'une et l'autre société et était demeurée au nom de la société apporteuse. Par ailleurs, les deux sociétés avaient les mêmes numéros de téléphone et de télex. Leur papier commercial était également similaire. Et, surtout, la société apporteuse avait adressé une circulaire à ses clients au moment des opérations de restructuration pour les informer que « des changements (étaient) intervenus dans ses structures mais que les interlocuteurs restaient les mêmes que par le passé ».

que fait social rayonne au-delà de la personne des contractants et s'impose aux tiers²⁹⁷. De même, l'inexécution d'une obligation contractuelle peut avoir une incidence sur la situation des créanciers du débiteur en leur causant un préjudice. Dans ce cas, l'opposabilité du contrat par les tiers leur permet d'obtenir une réparation de ce préjudice²⁹⁸. C'est dans ce sens que dès 1897²⁹⁹, la Cour de cassation leur a reconnu la faculté d'engager la responsabilité du débiteur de l'obligation inexécutée malgré le fait qu'ils soient juridiquement étrangers au contrat inexécuté. Par la suite, il y a eu quelques hésitations jurisprudentielles³⁰⁰ que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation³⁰¹ a finalement réglées en affirmant que le « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel, dès lors que ce manquement lui a causé un dommage ». Rien ne s'oppose à ce que cette solution de droit commun s'applique lorsqu'un créancier antérieur à la restructuration de la société débitrice est victime d'un dommage résultant de l'inexécution d'un engagement contractuel pris par cette dernière au cours des différentes opérations³⁰². Comme pour n'importe quel tiers, l'existence d'une inexécution, d'un préjudice et d'un lien de causalité lui suffisent pour caractériser sa responsabilité délictuelle et obtenir une réparation.

113. Vérification du fondement retenu. Dans les cas de figure précédents, la société après avoir pris divers engagements effectue une restructuration qui favorise la survenance de dommages constituant des obstacles à leur exécution. Ces dommages doivent être réparés selon les règles de la responsabilité civile. Or, nous le savons, la société est assujettie au respect de tous les engagements pris avant sa restructuration de sorte que les atteintes portées par celle-ci aux droits de créance qui en découlent sont sanctionnées sur le fondement de cet assujettissement³⁰³. C'est donc l'assujettissement de la société aux obligations contractuelles et extracontractuelles nées avant sa restructuration qui fonde leur protection en cas de faute délictuelle, d'inexécution, de mauvaise exécution ou d'exécution tardive pendant les opérations et entraîne une réparation du dommage qui

²⁹⁷ Le créancier d'une obligation contractuelle peut de ce fait engager la responsabilité délictuelle du tiers complice de l'inexécution du débiteur.

²⁹⁸ Ainsi la jurisprudence a souvent utilisé la formule selon laquelle « l'effet relatif des contrats n'interdit pas aux tiers d'invoquer la situation de fait créée par les conventions auxquelles ils n'ont pas été parties si cette situation de fait leur cause un préjudice ».

²⁹⁹ Req., 23 fév. 1897, S. 1898. 1. 65, note Esmein.

³⁰⁰ Elles portaient sur la nécessité ou pas de prouver, pour retenir la responsabilité délictuelle du débiteur envers un tiers étranger au contrat, en dehors de l'inexécution, l'existence d'une faute délictuelle autonome. V. G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2008, n° 213 et s., qui retrace l'évolution de la jurisprudence sur la question.

³⁰¹ Dans un arrêt du 6 oct. 2006, *Bull. civ.*, Ass. plén., n° 9 ; *BICE*, n° 651, note Assie ; *D.* 2006, p. 2825, note G. Viney ; *JCP* 2006, II, n° 10181 avis Gariazzo et note M. Billiau ; *Resp. civ. et assur.* 2006 Etude, n° 17, note L. Bloch ; *RDC* 2007, p. 279, obs. S. Carval, *Rev. Lamy dr. aff.* janv. 2007, n° 671, comm.. A. Reygrobelle ; *JCP G* 2007, I, p. 115 n° 4, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *RDC civ.* 2007, p. 115, obs. J. Mestre et B. Fages, p. 123 obs. P. Jourdain ; *RDC* 2007, p. 61, obs. P. Deumier ; P. Jacques, « La relativité de la faute contractuelle devant l'assemblée plénière », *Rev. Lamy dr. aff.* Déc. 2006, p. 70 ; *RDC* 2007, p. 269, note D. Mazeaud, p. 379, note J.-B. Seube, Débat intitulé « Contrat sans frontières » ; *RDC* 2007, p. 537 et s., avec la participation de P. Ancel, P. Delebecque, P. Y. Gautier, C. Grimaldi, P. Jacques, J.-L. Souriaux, Ph. Stoffel-Munck, G. Wicker, R. Wintgen, B. Moore et C. Popineau-Dehaillon.

³⁰² Cass. com., 6 mars 2007, n° 04-13.689, *Bull. civ.* IV, n° 84.

³⁰³ V. *supra* n° 12 et s.

en découle. Cela apparaît dans un arrêt de la Cour de cassation concernant le recouvrement de factures émises au titre de prestations d'assistance. Le liquidateur judiciaire³⁰⁴ de la société prestataire a assigné la société cliente en paiement d'une provision sur le montant des factures. Or celle-ci, après avoir bénéficié des prestations, a fait un apport soumis au régime des scissions de la branche d'activité au titre de laquelle elle était débitrice de leur paiement. La convention qui réglait les détails de la restructuration avait mis à la charge de la société bénéficiaire toutes les dettes se rapportant à la branche transférée y compris celles résultant des factures litigieuses. Ce qui aurait dû substituer la société bénéficiaire à la société apporteuse dans le paiement des factures. Pour autant, la Cour d'appel soutenue en cela par la Cour de cassation a accueilli favorablement la demande d'allocation de provision du liquidateur de la société prestataire à cause de l'attitude équivoque de la société apporteuse. En effet, cette dernière, quelques jours après sa restructuration, malgré la substitution de débiteur qui s'est opéré, a informé la société prestataire d'un ordre de virement qui n'a jamais été exécuté avant d'ignorer les mises en demeure qui lui étaient adressées. D'ailleurs, la Cour de cassation précise qu'à supposer que la société bénéficiaire de l'apport ait été la seule et véritable débitrice, la société apporteuse a commis une faute quasi-délictuelle en s'abstenant de renvoyer en temps utile la société prestataire sur la nouvelle débitrice avant que celle-ci ne fasse l'objet d'une procédure collective. Il résulte de cette décision que, non seulement la société débitrice est assujettie à la nécessité de ses engagements, mais également que cet assujettissement subsiste si, malgré une restructuration emportant substitution de débiteur, elle continue à agir à l'égard du créancier comme si elle avait toujours à sa charge l'exécution de son droit³⁰⁵.

Notons que les fondements traditionnels de la responsabilité civile ne sont pas totalement évincés de ce raisonnement. En effet, ils justifient le choix de la mesure de protection applicable et permettent de déterminer le bien-fondé de l'action en responsabilité bien que la protection elle-même soit fondée par l'assujettissement de la société débitrice.

Par ailleurs, il convient de préciser que la responsabilité civile permet aux créanciers de sanctionner le non respect de l'obligation d'abstention induit par l'assujettissement de la société débitrice et partant, la violation des devoirs qui en résultent.

³⁰⁴ La procédure collective affecte le créancier. La société débitrice, quant à elle, a fait l'objet d'une restructuration décidée en dehors d'un état de cessation de paiement. C'est cette restructuration qui a porté atteinte aux droits du créancier représenté par le liquidateur judiciaire.

³⁰⁵ Ce raisonnement s'applique également à l'arrêt de la Cass. com., 5 fév. 1991, préc.

*§ 2 . Le dommage causé au créancier, manquement aux devoirs induits par
l'assujettissement de la société débitrice*

114. Sanction des comportements dommageables de la société débitrice et du tiers complice.

Lorsque sa restructuration compromet l'indemnisation de la victime d'un préjudice qu'elle a causé auparavant ou favorise la survenance d'un dommage constituant un obstacle à l'exécution d'un droit de créance antérieur, la société débitrice remet en cause l'exécution d'obligations auxquels elle est pourtant assujettie. En effet, elle ne respecte pas l'obligation d'abstention résultant de son assujettissement puisque son comportement n'est pas conforme à l'exécution de ces engagements. A ce titre, elle porte atteinte à son devoir d'agir loyalement envers les créanciers. Par ailleurs, si un tiers contribue pendant la restructuration de la société débitrice à la réalisation du dommage entravant l'exécution de droits de créance antérieurs, il viole, quant à lui, leur opposabilité. La réparation du préjudice du créancier permet alors de sanctionner le manquement au devoir de loyauté de la société débitrice (A) et l'atteinte portée à l'opposabilité des droits de créance concernés (B).

**A. La sanction du manquement au devoir de loyauté de la société
débitrice par la réparation du préjudice du créancier**

115. Le devoir d'exécuter loyalement les créances de réparation antérieure à la restructuration de la société débitrice. Dès la naissance de l'obligation de réparer un dommage antérieur à la restructuration la société débitrice, elle entraîne son assujettissement et lui impose une exécution de bonne foi. Autrement dit, la société débitrice n'est pas censée profiter des opérations de restructuration dont elle fait l'objet pour ignorer cet assujettissement et enfreindre son devoir de loyauté en faisant obstacle à l'exécution de l'obligation de réparation. A cet effet, la protection dont bénéficie le créancier assure à la fois le respect de l'assujettissement de la société débitrice à la nécessité de l'indemniser et la conformité de cette dernière à son devoir de loyauté dans l'exécution de l'obligation de réparation. C'est ainsi que la Chambre sociale de la Cour de cassation³⁰⁶ a admis qu'une obligation d'indemnisation née à l'occasion de l'exploitation d'un fonds de commerce est transférée au cours d'un apport partiel d'actif ultérieur, la convention organisant la restructuration ayant précisé que la société bénéficiaire serait subrogée, d'une manière générale, dans tous les

³⁰⁶ Cass. soc., 9 avril 1998, préc.

droits, actions, obligations et engagements divers de la société apporteuse dans la mesure où ils se rapportent aux biens cédés. Cette décision montre que, dès la naissance de l'obligation, la société débitrice est assujettie à son respect et qu'une restructuration ultérieure ne saurait remettre en cause son exécution. La transmission universelle du patrimoine a de ce fait seulement eu pour effet de transférer l'obligation à la charge de la société bénéficiaire qui ne peut se soustraire à son exécution sans enfreindre son assujettissement et le devoir de loyauté qui en résulte.

116. La réparation du manquement au devoir de loyauté. Le comportement de la société débitrice qui engage sa responsabilité civile envers un créancier antérieur, qu'il s'agisse d'une faute délictuelle ou d'une inexécution, traduit un manquement au devoir de loyauté résultant de son assujettissement. Ce devoir de loyauté l'oblige à faire en sorte que l'exécution de ses obligations soit effective et utile pour le créancier. Les agissements qui sont à l'origine du dommage entravant l'exécution du droit de créance antérieur manifestent donc nécessairement la méconnaissance de ce devoir de loyauté. En faisant appel au mécanisme de la responsabilité civile pour obtenir une réparation du dommage affectant son droit, le créancier s'assure donc également du respect, dans l'exécution de son droit, du devoir de loyauté pesant sur la société débitrice. Dans un apport partiel d'actif soumis au régime des scissions, la société apporteuse a ainsi été condamnée pour faute au paiement d'une provision concernant une dette de la branche d'activité transférée, malgré une clause exclusive de solidarité prévue dans le traité d'apport³⁰⁷. Cette décision de la Cour d'appel a été approuvée par la Haute juridiction du fait de « l'attitude équivoque » de la société apporteuse qui démontrait sa mauvaise foi et sa volonté de constituer un obstacle au paiement de la dette litigieuse³⁰⁸.

Pendant la restructuration de la société débitrice, à côté des dommages aux droits des créanciers antérieurs aux différentes opérations dont elle est la seule responsable, certains préjudices sont causés avec la complicité de tiers. Ceux-ci portent alors atteinte à l'opposabilité des droits de créance concernés et doivent également une réparation aux créanciers qui sont victimes de leurs agissements.

³⁰⁷ Cass. com., 9 mars 2010, préc.

³⁰⁸ Au mépris de la substitution de débiteur opérée par la restructuration, la société apporteuse a non seulement laissé son créancier croire qu'elle paierait la dette litigieuse, mais s'est également abstenue de le renvoyer en temps utile vers la société bénéficiaire. Laquelle a fait l'objet d'une procédure collective, ce qui a réduit les chances de paiement du créancier.

B. La sanction de la violation de l'opposabilité des obligations par la réparation des préjudices causés par les tiers

117. La responsabilité délictuelle du tiers complice de la violation d'une obligation de la société débitrice. Lorsqu'un tiers conclut une convention avec la société débitrice au cours de sa restructuration, il doit tenir compte des droits de créance antérieurs détenus à son encontre en vertu de l'article 1165 du Code civil. A cet effet, il ne doit pas nuire ou avantager les créanciers de la société. S'il ignore cette limitation de sa liberté contractuelle et porte atteinte au droit d'autrui, il peut voir sa responsabilité civile engagée³⁰⁹ par le créancier concerné, parce qu'il méconnaît ainsi un droit qui lui est opposable. En général, la doctrine ne reconnaît cela que dans l'hypothèse de la violation par le tiers de droits de créance contractuels. Mais, l'opposabilité caractérise tous les droits de créance qu'ils soient de nature contractuelle ou extracontractuelle, à condition que le tiers ait une connaissance effective de leur existence³¹⁰. Le créancier antérieur, victime de la participation du tiers à la réalisation du dommage qui affecte son droit, doit demander une réparation sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. La Cour de cassation³¹¹ a ainsi retenu la faute quasi-délictuelle d'une société débitrice qui, après avoir fait l'objet d'une scission transférant la dette litigieuse à la société bénéficiaire de la transmission universelle de patrimoine, a dissimulé l'opération de restructuration au créancier qui n'a ainsi pas pu s'adresser en temps utile à sa véritable débitrice qui a fait l'objet d'une procédure collective.

118. Conclusion de la section. Une société débitrice ne peut pas profiter des opérations de restructuration l'affectant pour méconnaître une créance de réparation détenue à son encontre ou causer un dommage créant un obstacle à l'exécution d'autres obligations antérieures. Son assujettissement au respect de ces différents engagements constitue alors le fondement de la réparation dont bénéficient les créanciers dont les droits ont été atteints par sa faute délictuelle, son inexécution, sa mauvaise exécution ou son exécution tardive. Cet assujettissement emporte pour la société débitrice le devoir de se comporter loyalement dans l'exécution de ses engagements et interdit aux tiers de contribuer à la remise en cause de droits qui leur sont opposables. De sorte que, le créancier qui engage la responsabilité civile de la société débitrice, voire celle du tiers complice

³⁰⁹ V. P. Hugueney, *Responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, thèse Dijon, Rousseau, 1910 ; J. Boulanger, « Les conflits entre des droits qui ne sont pas soumis à publicité », *RTD civ.* 1935, p. 545 et s. ; R. Dallant, « Le respect des contrats par les tiers », *D.* 1939, I, p. 86 et s. ; B. Starck, *op. cit.* ; G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, n° 202 et s. ; J.-F. Romain, thèse préc., n° 240 et s.

³¹⁰ V. *supra* n° 69.

³¹¹ Cass. com., 9 mars 2010, préc.

pour obtenir une réparation, leur impose en même temps le respect des devoirs résultant de la force obligatoire de son droit.

119. Conclusion du chapitre. La vérification du fondement des mécanismes de droit commun qui protègent les différents créanciers contre la fraude et le dommage de la société débitrice lors de ses opérations de restructuration, permet d'affirmer que c'est la force obligatoire de leurs droits qui justifie leur protection. A ce titre, l'assujettissement de la société débitrice au respect des obligations antérieures à sa restructuration lui interdit tout manquement de nature à constituer une fraude aux droits de ses créanciers ou à engager sa responsabilité civile envers eux. Cet assujettissement lui impose ainsi une exécution loyale de ces obligations tout en empêchant aux tiers de porter atteinte à leur opposabilité.

En dehors de la protection de droit commun, les créanciers antérieurs à la restructuration de la société débitrice bénéficient de mesures protectrices issues du droit spécial. Il convient de vérifier également le fondement de cette protection.

Chapitre 2 : La vérification du fondement des mécanismes de protection des créanciers relevant du droit spécial

120. L'existence de mécanismes de protection propres à chaque catégorie de créanciers. Les créanciers d'une société peuvent être regroupés en différentes catégories. Lorsque cette société effectue une restructuration, chaque catégorie bénéficie de mécanismes de protection adaptés à sa situation. Ainsi, le système juridique français a mis au point des mesures protégeant les créanciers sociaux en général dans le cadre du droit des sociétés (Section 1). Il existe également en droit des sûretés, des mécanismes de protection des créanciers titulaires de sûretés (Section 2), tout comme le droit du travail protège les salariés (Section 3). Ces mesures tiennent naturellement compte de la spécificité du groupe de créanciers auquel elles s'appliquent. Elles ont cependant un point commun ; dès lors qu'elles concernent les créanciers antérieurs à la restructuration de la société débitrice, elles ont pour fondement la force obligatoire de leurs droits de créance. Autrement dit, c'est cette force obligatoire qui impose à la société débitrice un assujettissement à la nécessité d'une exécution conforme à ses engagements et justifie de ce fait, leur protection.

Section 1 : La force obligatoire du droit de créance, fondement du droit d'opposition des créanciers sociaux

121. Le droit d'opposition des créanciers sociaux à certaines opérations de restructuration. La restructuration d'une société modifie souvent la situation de ses créanciers. Pour éviter que les opérations effectuées par la société ne portent atteinte à leurs droits de créance, le droit des sociétés organise leur protection. Cette protection peut concerner une opération de restructuration déterminée³¹² ou un groupe de créancier sociaux précis³¹³. Il existe ainsi une multitude de mesures

³¹² Lorsqu'une société débitrice fait l'objet d'une scission ou effectue un apport partiel d'actif, sous réserve d'une dérogation prévue dans le traité organisant l'opération, ses créanciers bénéficient de la solidarité des sociétés participantes en vertu de l'article L 236-20 du Code de commerce.

de protection des créanciers sociaux. Ne pouvant prétendre à une étude exhaustive de ces mesures, nous allons traiter d'un mécanisme de protection commun à plusieurs opérations de restructuration et à plusieurs catégories de créanciers : le droit d'opposition. En effet, le droit d'opposition bénéficie aux créanciers sociaux en cas de réduction de capital non motivée par des pertes ou lors de certaines opérations emportant transmission universelle du patrimoine. L'analyse de ce droit d'opposition montre qu'il est conforme au respect de la force obligatoire du droit du créancier opposant. Ce qui permet de déduire que c'est l'assujettissement de la société débitrice aux engagements antérieurs à sa restructuration qui lui interdit de remettre en cause les droits des créanciers sociaux et constitue le fondement de la faculté d'opposition mise à leur disposition (§1). En utilisant cette faculté, les créanciers sociaux rappellent la restriction de la liberté juridique imposée à la société débitrice et aux tiers participant à sa restructuration (§2).

§ 1 . Le respect de la force obligatoire du droit de créance imposé par le droit d'opposition

122. Les conséquences de la restructuration pour les créanciers sociaux. La restructuration d'une société débitrice peut entraîner l'affaiblissement du droit de gage de ses créanciers. Ainsi, une opération emportant transmission universelle du patrimoine impose une substitution de débiteur aux créanciers de la société apporteuse qui, de surcroît, vont entrer en concours avec les créanciers de la société bénéficiaire. S'agissant des créanciers de la société bénéficiaire, bien qu'ils ne subissent aucune substitution de débiteur, ils sont exposés à un concours avec les créanciers de la société apporteuse. La confusion des patrimoines qui en résulte peut donc diminuer le droit de gage des créanciers des sociétés participant à l'opération de restructuration. Le droit des sociétés, se conformant aux directives communautaires, offre ainsi une protection à ces créanciers en leur attribuant une faculté d'opposition. A côté de ces opérations emportant transmission universelle du patrimoine, il convient également d'envisager le cas de la réduction de capital non motivée par des pertes qui appauvrit délibérément la société concernée et provoque un amoindrissement du droit de

³¹³ Les porteurs de titre de créance ont ainsi droit au remboursement anticipé de leur titre de créance en cas de transmission universelle de patrimoine affectant la société débitrice. Ce remboursement se fait sous certaines conditions et à l'initiative de la société émettrice ou à celle des porteurs, V., T. V. N. Nguyen, *op. cit.*, n° 319 et s.

gage de ses créanciers³¹⁴. Par conséquent, pour protéger les créanciers sociaux, selon la forme de la société débitrice, la loi leur rend l'opération inopposable ou leur permet de s'y opposer³¹⁵.

La faculté d'opposition dont disposent ainsi les créanciers sociaux dans ces différentes opérations de restructuration permet de sauvegarder leurs droits, ce qui autorise à la considérer comme une mesure conservatoire (A). La protection qui en résulte pour les créanciers sociaux est fondée sur l'assujettissement de la société débitrice au respect de leurs droits (B).

A. Le caractère conservatoire du droit d'opposition

123. La notion d'opposition. L'opposition est un terme polysémique. Dans son sens commun, elle correspond notamment à l'« action de s'opposer à quelque chose, d'y mettre obstacle par sa résistance »³¹⁶. Cela se rapproche de la définition juridique du droit d'opposition qui permet à un individu d'éviter la violation d'un de ses droits. L'opposition apparaît alors comme « la manifestation de volonté destinée à empêcher l'accomplissement d'un acte juridique ou à en neutraliser les effets »³¹⁷ ou comme le moyen légal donné au créancier pour défendre ses intérêts contre un péril dont elle ne croit pas devoir le protéger elle-même³¹⁸. Cela permet de comprendre le droit d'opposition en droit des sociétés. C'est un mécanisme qui a été mis en place par la loi du 24 janvier 1966 pour donner un cadre juridique précis à la protection des créanciers instaurée par la jurisprudence en matière de fusion ou de réduction de capital non motivée par des pertes. En effet, au XIX^{ème} siècle, lorsqu'une société effectuait l'une ou l'autre de ces restructurations, la jurisprudence considérait que l'opération était inopposable à ses créanciers³¹⁹. L'inopposabilité était fondée sur l'idée qu'une société présentant une certaine situation patrimoniale s'est engagée envers un créancier et que toute « mutation profonde » et volontairement choisie par cette société autorisait le créancier à protéger son droit³²⁰.

³¹⁴ A. Lecourt, Rép. des soc. Dalloz, V°. *Capital social*, n° 231 et s., 2015 ; M.-L. Coquelet, *JurisClasseur Sociétés Traité*, fasc. 159-10, préc., n° 1.

³¹⁵ En principe, la réduction de capital non motivée par des pertes est inopposable aux créanciers sociaux antérieurs parce qu'elle constitue une atteinte délibérée au principe d'intangibilité du capital social. La loi du 24 janvier 1966 a supprimé cette inopposabilité pour les sociétés par actions et les SARL dont les créanciers bénéficient, à titre préventif, d'un droit d'opposition. Cela permet d'éviter de créer un obstacle inutile au fonctionnement de ces sociétés. La restructuration étant effectuée, par hypothèse, dans une société en bonne santé financière, l'exécution des droits de créance détenus à son encontre n'est pas nécessairement compromise.

³¹⁶ <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/opposition/56231>

³¹⁷ V. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° *opposition*.

³¹⁸ M. Grimaldi, « *L'opposition en droit patrimonial de la famille* », *LPA* 4 avril 2007, n° 68, p. 15.

³¹⁹ De nos jours, l'inopposabilité est toujours la règle dans les sociétés de personnes et les sociétés civiles.

³²⁰ M. Germain, « *L'opposition en droit des sociétés* », *LPA* 4 avril 2007, n° 68, p. 21.

124. La finalité du droit d'opposition. Actuellement, en droit des sociétés, la loi donne aux créanciers une faculté d'opposition en cas de fusion³²¹, de scission lorsque la solidarité est exclue entre les sociétés issues de l'opération³²², d'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions³²³, de dissolution-confusion d'une société unipersonnelle³²⁴ ou de réduction de capital non motivée par des pertes³²⁵. Le droit d'opposition a alors pour but d'empêcher la violation des droits des créanciers. A ce titre, il a un caractère préventif et se présente comme une mesure conservatoire³²⁶ destinée à préserver les droits de créance détenus contre la société débitrice du danger qui les menace, en l'occurrence les conséquences de la restructuration. Autrement dit, le droit d'opposition permet de sauvegarder, de conserver la valeur du droit de créance³²⁷. Le créancier peut, à travers ce droit « se protéger contre le changement dans le patrimoine du débiteur qui affectera substantiellement son droit de gage général »³²⁸. De la sorte, il s'assure de l'exécution de son droit du fait de sa force obligatoire. C'est donc l'assujettissement de la société débitrice déduit de la force obligatoire du droit de créance détenu à son encontre qui fonde la protection du créancier opposant.

B. L'assujettissement de la société débitrice, fondement de la protection du créancier opposant

125. L'absence d'incidence de la restriction du domaine de l'opposition quant au choix de son fondement. La force obligatoire d'un droit de créance explique que la société débitrice soit assujettie à son exécution. Il a été établi qu'en cas de restructuration de cette société, son assujettissement fonde la protection de tout droit de créance détenu à son encontre quelle que soit la source ou l'objet de ce droit³²⁹. La seule condition exigée pour bénéficier de cette protection est que le créancier justifie d'un droit antérieur à la restructuration³³⁰. Dans le cas d'une société débitrice

³²¹ Art. L 236-14 al. 2 du Code de commerce.

³²² Art. L 236-21 al. 2 du Code de commerce.

³²³ Art. L 236-19 du Code de commerce sur renvoi de l'art. L 236-22 du Code de commerce.

³²⁴ Art. 1844-5 al. 3 du Code civil.

³²⁵ Art. L 225-205 du Code de commerce pour les sociétés par actions et art. L. 223-34 du Code de commerce pour les SARL.

³²⁶ Pour R. Perrot, « *“Saisie conservatoire” et “mesure conservatoire” : les ambiguïtés du vocabulaire juridique* », *RTD civ.* 1979, p. 440, la notion de mesure conservatoire « n'est pas d'une clarté aveuglante (et) n'exprime en réalité qu'une simple finalité : car techniquement elle englobe des mesures de nature très différentes qui ont pour trait commun d'assurer la sauvegarde des droits ».

³²⁷ Un auteur a ainsi affirmé que le droit d'opposition est une mesure conservatoire et qu'une telle mesure a pour finalité la conservation de la valeur des biens. C. Brenner, *L'acte conservatoire*, thèse, LGDJ, 1999.

³²⁸ M. Behars-Touchais, « *Synthèse* », *LPA* 4 avril 2007, n° 68, p. 45, n° 42.

³²⁹ V. *supra* n° 12 et s.

³³⁰ V. *supra* n° 28 et s. et 37 et s.

faisant l'objet d'une fusion, d'une scission, d'un apport partiel d'actif, d'une dissolution-confusion³³¹ ou d'une réduction de capital non motivée par des pertes³³², la jurisprudence a réduit considérablement les droits de créance permettant à leurs titulaires de faire opposition à la restructuration. Alors que le Code de commerce, le Code civil et les directives européennes prévoient une protection générale pour les créanciers qui sont tous exposés à un risque du fait de l'affaiblissement de leur droit de gage général, la jurisprudence exige du créancier opposant qu'il puisse justifier d'une créance certaine, liquide et exigible³³³ et qu'il s'agisse d'une créance de somme d'argent³³⁴ excluant ainsi les obligations de faire et de donner³³⁵. Malgré le domaine restreint des créances pouvant ouvrir droit à opposition, le fait que ce soit des créances antérieures à la restructuration susceptible de remettre leur recouvrement en cause permet d'affirmer que c'est l'assujettissement de la société débitrice à leur exécution qui fonde leur protection. Autrement dit, c'est parce que la force obligatoire du droit de créance impose à la société débitrice de ne rien faire qui puisse constituer un obstacle à l'exécution de son engagement que les créanciers peuvent s'opposer à l'opération de restructuration menaçant le paiement de leurs créances. Il en résulte que, si le tribunal de commerce devant lequel l'affaire est portée juge leur opposition bien-fondée, ils peuvent obtenir le remboursement immédiat de leurs créances ou la constitution de garanties si la société débitrice en offre et qu'elles sont estimées suffisantes. Dans l'hypothèse où la décision du juge n'est pas respectée par la société débitrice, la restructuration litigieuse est inopposable aux créanciers opposants qui conservent sur le patrimoine antérieur à l'opération un droit de préférence qui leur permet d'être payés prioritairement aux autres créanciers. Ainsi, c'est la force obligatoire des engagements de la société débitrice qui autorise ses créanciers à se prémunir contre les risques d'insolvabilité que leur font courir les changements importants occasionnés par la restructuration. Il s'ensuit que le caractère préventif du droit d'opposition présente un grand intérêt dans le cadre de cette protection. Contrairement aux mécanismes précédemment étudiés qui visent à réparer ou

³³¹ L'ouverture de la faculté d'opposition aux créanciers d'une société unipersonnelle faisant l'objet d'une dissolution-confusion par l'art. 1844-5 al. 3 du Code civil dans des termes similaires à ceux employés par l'art. L 236-14 al. 2 d Code de commerce permet de déduire qu'elle est soumise à l'analyse restrictive de la jurisprudence en la matière.

³³² En matière de réduction de capital, il existe très peu de décisions concernant l'opposition des créanciers. Un seul arrêt à notre connaissance évoquant le droit d'opposition des créanciers à une telle opération a été rendu par la Cass. com., 19 janv. 2010, n° 08-21527, inédit. Le fait que ce litige concerne une créance de somme d'argent et que l'art L 225-205 al 2 du Code de commerce prévoit, à l'instar de l'art L 236-14 al 2 du Code de commerce qu'« une décision de justice rejette l'opposition ou ordonne, soit le remboursement des créances, soit la constitution de garantie si la société en offre et si elles sont jugées suffisantes » permet de déduire que le raisonnement restrictif de la Cour de cassation pour déterminer les créances ouvrant le droit d'opposition dans le domaine de la fusion s'applique aussi dans le cas d'une réduction de capital non motivée par des pertes. *Contra*, V. M.-L. Coquelet, *JurisClasseur Sociétés Traité*, fasc. 159-10, préc., n° 53.

³³³ Cass. com., 16 juil. 1985, *Bull. civ.*, IV, n° 218 ; Cass. com., 21 janv. 2004, n° 00-14.549, *RJDA* 2004, n° 712.

³³⁴ T. com. Paris, 12 juin 1972, *Bull. Joly* 1973, p. 324.

³³⁵ Sur ce point, la Cour de cassation justifie sa position par le fait qu'il est légalement prévu que le juge saisi de l'opposition puisse ordonner le remboursement du créancier, ce qui suppose qu'il s'agisse d'une créance de somme d'argent pouvant être remboursée. Certains auteurs soutiennent ce point de vue, notamment, M. Germain, « *L'opposition en droit des sociétés* », art. préc., alors d'autres la critiquent V. M.-L. Coquelet, *La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés*, thèse, Paris, 1994, n° 356 et s ; A.-S. Barthez, *La transmission universelle des obligations*, thèse, Paris, 2000 ; V. note sous Cass. com., 15 juil. 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 1111, B. Caillaud et P. Le Cannu.

effacer les conséquences de la restructuration sur l'exécution des droits de créance ayant force obligatoire, le droit d'opposition a pour objet d'éviter aux créanciers une perte. Il contribue, en principe, d'une meilleure façon à assurer l'efficacité de la force obligatoire des droits de créance concernés puisqu'il la préserve de toute atteinte³³⁶.

Le fondement du droit d'opposition des créanciers dans les opérations de restructuration de la société débitrice ainsi déterminé justifie la limitation de la liberté juridique de cette dernière.

§ 2 . La restriction de la liberté juridique de la société débitrice par le droit d'opposition

126. Les conséquences de l'existence d'un droit de créance dans l'ordre juridique. Dès qu'un droit de créance naît, il entraîne une limitation de la liberté de la société débitrice qui ne peut plus prendre des engagements incompatibles avec son exécution. Par ailleurs, ce droit est opposable aux tiers qui ne doivent pas y porter atteinte. Le droit d'opposition permet aux créanciers qui en sont titulaires de constituer une entrave à certaines opérations de restructuration de la société débitrice qui pourraient leur porter préjudice. Cette entrave manifeste l'obligation d'abstention issue de l'assujettissement de la société débitrice au respect des droits des créanciers opposant. Le droit d'opposition est, de ce fait, conforme à une exécution de bonne foi du droit de créance par l'entreprise débitrice (A) et à son opposabilité aux tiers (B).

A. La conformité du droit d'opposition à une exécution loyale des engagements de la société débitrice

127. Une protection contre l'amoindrissement délibéré du droit de gage des créanciers. Les opérations de restructuration d'une société débitrice dans lesquelles les créanciers disposent d'une faculté d'opposition constituent des atteintes volontaires à leur droit de gage général. Ainsi, la société débitrice peut, malgré sa bonne santé financière, autrement dit en l'absence de passif à apurer, décider de réduire son capital social. Cela correspond à un appauvrissement délibéré entamant le droit de gage des créanciers. La société débitrice peut aussi choisir d'effectuer une

³³⁶ Toutefois, le droit d'opposition est très rarement mis en œuvre dans la pratique. Cela est sans doute dû au fait que l'action du créancier opposant a des chances réduites de succès.

fusion, une scission, un apport partiel d'actif ou une dissolution-confusion. Ce qui entraînera un concours entre ses créanciers et ceux de la société participant à l'opération et diminuera d'autant les chances de paiement des premiers. Bien que ce soit la loi qui offre à la société débitrice la possibilité de faire une restructuration, celle-ci ne doit pas se faire au détriment des créanciers sociaux. En effet, en prenant des engagements envers eux, la société débitrice s'oblige à adopter un comportement qui favorisera l'exécution de leurs droits de créance. En ce sens, ses obligations lui imposent une exécution de bonne foi à laquelle elle contrevient en organisant en connaissance de cause des changements qui vont soustraire des éléments de son patrimoine du droit de gage général de ses créanciers. Ainsi, ceux-ci réclament une exécution loyale de leurs droits en manifestant leur opposition aux différentes mutations choisies par la société débitrice.

Par ailleurs, le droit d'opposition leur permet de rappeler l'opposabilité de leurs droits aux tiers participant à la restructuration de la société débitrice.

B. La conformité du droit d'opposition à l'opposabilité aux tiers des droits de créance concernés

128. Une protection contre la violation de l'opposabilité des droits de créance. Lorsqu'un tiers participe à la restructuration de la société débitrice qui porte atteinte à ses engagements antérieurs, il méconnaît leur opposabilité. Dans les opérations emportant transmission universelle du patrimoine qui nécessitent souvent la participation d'un tiers, le droit d'opposition permet d'imposer l'opposabilité des droits de créance concernés. Cela apparaît dès lors que le tribunal juge l'opposition bien-fondée. Comme l'opposition ne paralyse pas les opérations de fusion, scission ou apport partiel d'actif³³⁷, la restructuration se poursuit et le créancier se trouve confronté à la société bénéficiaire qui est un tiers au lien obligatoire qui l'unit à la société débitrice. Si l'opposition entraîne le remboursement de la créance, la société bénéficiaire doit rembourser la créance au lieu et place de la société apporteuse. Si l'opposition aboutit à la constitution de garanties, la société bénéficiaire devient débitrice de l'engagement concerné assorti des garanties offertes. Enfin, dans le cas où la décision prise par le tribunal ayant accueilli l'opposition n'est pas respectée, la restructuration est inopposable au créancier opposant qui n'a plus à subir le concours des créanciers de la société bénéficiaire. Le patrimoine de la société apporteuse restera exclusivement son gage jusqu'au

³³⁷ Cela est contraire à ce qui se passe en cas de réduction de capital non motivée par des pertes ou de dissolution-confusion, où l'opposition a un effet suspensif.

paiement complet de sa créance. Les situations dans ces trois cas de figure s'expliquent par l'opposabilité du droit du créancier à la société bénéficiaire. Ce droit existait dans l'ordre juridique avant la restructuration à laquelle elle a participé et s'imposait de ce fait à elle. Elle ne devait rien faire qui crée un obstacle à son exécution. Dans la mesure où la restructuration remet en cause cette exécution, la décision judiciaire favorisant les intérêts du créancier contraint la société bénéficiaire également.

Notons que les créanciers sociaux ne sont pas la seule catégorie de créanciers à bénéficier d'une protection en cas de restructuration. Il faut également s'intéresser aux créanciers titulaires de sûretés pour déterminer le fondement de leur protection.

Section 2 : La force obligatoire du droit de créance, fondement de la protection des créanciers titulaires de sûretés

129. La notion de sûreté. Malgré la réforme du droit des sûretés consacrée par l'ordonnance du 23 mars 2006, le législateur n'a pas défini la notion de sûreté. Cette définition est rendue difficile par la multitude de mécanismes qualifiés de sûretés par le texte. On sait néanmoins que ces mécanismes confèrent tous une situation privilégiée au créancier en garantissant l'exécution future de son droit. En ce sens, un auteur estime que la sûreté peut être considérée comme « l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultant normalement pour lui du contrat de base, d'un droit d'agir, accessoire de son droit de créance, qui améliore sa situation juridique en remédiant aux insuffisances de son droit de gage général, sans être pour autant source de profit, et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en tout ou partie, directement ou indirectement »³³⁸. Ainsi, la sûreté permet au créancier de se protéger contre le risque d'insolvabilité du débiteur³³⁹, ce qui explique son utilisation fréquente dans le monde des affaires puisqu'elle assure une fonction d'« auxiliaire du crédit »³⁴⁰. Lorsqu'une sûreté est

³³⁸ P. Crocq, *Propriété et garantie*, thèse Paris II, LGDJ, 1995, n° 282.

³³⁹ Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*, précis Dalloz, 6^{ème} éd., 2012, n° 2.

³⁴⁰ *Ibid.*, n° 1 et 3.

donnée en garantie de la dette d'une société, une restructuration ultérieure peut toutefois remettre en cause la protection qu'elle offre au créancier.

130. Le recours aux sûretés personnelles et réelles par les créanciers. En vertu de l'article 2285 du Code civil, tous les créanciers d'une société débitrice ont un droit de gage général³⁴¹ qui leur confère un droit d'exécution forcée sur tous ses biens. Pour éviter le concours avec les autres créanciers de la société débitrice et augmenter ses chances de paiement, un créancier peut obtenir l'octroi d'une sûreté personnelle qui lui donne un droit de poursuite contre une ou plusieurs personnes autres que cette société ou d'une sûreté réelle qui lui attribue un droit préférentiel sur tout ou partie des biens de la société ou d'un tiers.

131. La création d'un lien de droit entre le créancier et le garant lors de la constitution de la sûreté. L'obligation est un lien de droit entre un débiteur et un créancier, en vertu duquel le premier doit donner, faire ou ne pas faire quelque chose au second. En plus de l'obligation d'exécution, ce lien de droit crée un rapport d'obligation constitutif de l'assujettissement du débiteur au respect de son engagement, selon l'analyse dualiste de l'obligation. Le caractère personnel du droit de créance détenu à l'encontre du débiteur joue ainsi un rôle déterminant dans la protection de ce droit. Pour que les sûretés offertes aux créanciers d'une société soient protégées sur le fondement de l'assujettissement du garant, qu'il s'agisse de la société elle-même ou d'un tiers, elles doivent être constitutives d'un rapport d'obligation. S'agissant des sûretés personnelles, la démonstration devrait se faire sans grande difficulté puisqu'elles confèrent de façon certaine un droit de créance aux créanciers qui en sont titulaires (§1). Mais, pour ce qui est des sûretés réelles, un problème se pose. La nature réelle des droits qui en découlent les opposent en principe aux obligations en ce que ces dernières ont la spécificité d'établir un assujettissement du fait de leur caractère personnel. Toutefois, il ressort de certains travaux relativement récents de la doctrine³⁴², qu'une sûreté réelle crée également un lien de droit entre le créancier et le garant entraînant ainsi l'assujettissement de celui-ci au respect de son engagement (§2). En conséquence, tout manquement à cet assujettissement à l'occasion d'une opération de restructuration ultérieure justifie la mise en œuvre par le créancier titulaire de la sûreté d'un moyen de protection adapté.

³⁴² S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, thèse Paris, LGDJ, 1960 ; « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », *RTD civ.* 1962, p. 20 et s.

§ 1 . Le fondement de la protection des sûretés personnelles

132. L'intérêt du droit de créance résultant de l'attribution d'une sûreté personnelle. Lorsqu'une sûreté personnelle est affectée à la garantie de l'engagement d'une société, elle offre à son titulaire un droit de créance supplémentaire à l'encontre du garant qui n'a pas, pour autant, d'obligation de contribution à la dette. Ainsi, le créancier bénéficie de deux droits différents : le premier à l'encontre de la société débitrice et le second à l'encontre du garant. Il a été établi que tous les droits de créance, en ce qu'ils correspondent à des obligations pour la société débitrice, assujettissent cette dernière à la nécessité de leur exécution, sans distinction selon leur source ou leur objet³⁴³. Le droit de créance octroyé dans le cadre d'une sûreté personnelle ne déroge pas à ce principe, ce qui permet d'affirmer que c'est cet assujettissement qui autorise le créancier titulaire de la sûreté à protéger son droit en cas de remise en cause par une restructuration, d'autant plus qu'il impose au garant d'adopter une attitude conforme au respect de son engagement.

133. Cas du cautionnement, modèle de sûreté personnelle par excellence. Trois sûretés personnelles sont régies par le Code civil depuis la réforme de 2006. Il s'agit du cautionnement, de la garantie autonome et de la lettre d'intention. Pour illustrer notre propos, nous allons traiter du cautionnement³⁴⁴ qui, en plus de constituer le modèle traditionnel de sûreté personnelle, est un mécanisme très fréquemment utilisé dans les relations d'affaires, comme le montre une abondante jurisprudence en matière de protection des créanciers d'une société objet de restructuration.

134. L'application de l'analyse dualiste à l'engagement de la caution. Les sociétés recourent souvent au cautionnement pour garantir leurs dettes. Leurs cautions peuvent être des personnes physiques ou des personnes morales. Elles s'engagent à travers un contrat unilatéral à exécuter l'obligation de la société débitrice au cas où celle-ci serait défaillante³⁴⁵. Le cautionnement donne ainsi naissance à une obligation accessoire³⁴⁶ visant à préserver la valeur de la créance détenue à l'encontre de la société débitrice. Comme toute obligation, l'engagement de la caution est constitué

³⁴³ V. *supra* n° 12 et s.

³⁴⁴ G. Piette, Rép. civ. Dalloz, V° *Cautionnement*, 2009. Notons qu'en général, en matière de cautionnement, la question qui est traitée par la doctrine et la jurisprudence porte sur la détermination du sort de la sûreté en cas d'opération emportant transmission universelle de patrimoine affectant le créancier, le débiteur principal ou la caution. Pour ce qui est d'une fusion-absorption concernant la société débitrice ou la caution réalisée pour échapper aux obligations de cette dernière, V. *supra* n° 26.

³⁴⁵ Le cautionnement est régi par le Code civil dans ses articles 2288 à 2320. L'article 2288 le définit ainsi : « Celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même ».

³⁴⁶ V. D. Grimaud, *Le caractère accessoire du cautionnement*, PUAM, 2001 ; D. Legeais, « La règle de l'accessoire dans les sûretés personnelles », *Dr. et patr.* 2001, p. 68.

d'une obligation de paiement qui correspond au rapport obligatoire et de la nécessité de ne rien faire qui puisse compromettre l'exécution de cette obligation qui manifeste le rapport d'obligation, c'est-à-dire l'assujettissement de la caution au respect de son engagement³⁴⁷.

135. La conformité de l'analyse dualiste à la distinction entre l'obligation de règlement et l'obligation de couverture de la caution. L'analyse de l'engagement pour le futur³⁴⁸ de la caution a abouti à une distinction entre l'obligation de couverture qui, dès la conclusion du cautionnement a pour objet de « tracer le cadre de la garantie offerte par la caution »³⁴⁹ et l'obligation de règlement qui assure le paiement des dettes garanties à mesure qu'elles naîtront³⁵⁰. Pour réaliser sa finalité qui consiste à « préserver la valeur économique »³⁵¹ des créances garanties, l'obligation de couverture impose à la caution « une conduite propre à faire naître la confiance »³⁵². Elle « astreint donc la caution à ne rien faire qui l'empêche de satisfaire son obligation de règlement »³⁵³. Ce qui correspond à l'obligation d'abstention manifestant l'assujettissement de la caution à son engagement dans l'analyse dualiste de l'obligation. D'ailleurs, même M Ancel qui nie l'existence de l'obligation de couverture, affirme qu'elle équivaut en réalité à « la traduction de la force obligatoire du contrat de cautionnement »³⁵⁴, sachant que pour cet auteur la force obligatoire du contrat considéré dans son effet normatif entraîne un assujettissement pour le débiteur. Il apparaît alors clairement que l'obligation de règlement de la caution exprime le rapport obligatoire de son engagement tandis que l'obligation de couverture constitue le rapport d'obligation autrement dit l'assujettissement au respect de son engagement³⁵⁵. Ainsi, lorsqu'une restructuration organise ou occasionne un manquement à l'assujettissement de la caution, le créancier titulaire du cautionnement bénéficie d'une protection de sa garantie³⁵⁶. Dans cette perspective, la jurisprudence a estimé qu'une série de fusions-absorptions effectuées par le dirigeant caution d'une société en fraude aux droits du créancier titulaire du cautionnement lui est inopposable³⁵⁷. Dans la même logique, elle a maintenu le cautionnement en faveur du créancier dans une affaire dans laquelle la

³⁴⁷ V. *supra* n°19 et s. et n° 32.

³⁴⁸ C'est également le cautionnement de dettes futures qui suscite un intérêt dans le cadre de cette étude, puisque c'est dans cette hypothèse qu'une restructuration peut remettre en cause l'engagement d'une caution qui n'a pas encore été appelée à la dette.

³⁴⁹ Ch. Mouly, *Les causes d'extinction du cautionnement*, thèse Paris, Librairie technique, 1979, n° 255.

³⁵⁰ *Ibid.*, n° 261.

³⁵¹ M. Cabrillac et Ch. Mouly, *Droit des sûretés*, Lexisnexus, 9^{ème} éd., 2010, n° 102.

³⁵² *Ibid.*

³⁵³ L. Sauton-Laguionie, *op. cit.*, n° 358.

³⁵⁴ P. Ancel, *op. cit.*, n° 41.

³⁵⁵ V. *supra* n° 19 et s.

³⁵⁶ V. *supra* n° 26.

³⁵⁷ Cass. com., 10 oct. 1995 préc.

restructuration a permis à la société débitrice d'absorber la société caution³⁵⁸. Cependant, il peut arriver que l'assujettissement induit par l'obligation de couverture de la caution soit pris en considération par la jurisprudence pour déclarer l'inopposabilité d'opérations de restructuration frauduleuses à un créancier paulien sans que cela lui permette d'obtenir une exécution satisfaisante de son droit. A ce titre, il convient d'évoquer une espèce jugée récemment par la Cour de cassation et qui précise les effets de l'inopposabilité paulienne sur un apport en nue propriété réalisé en fraude des droits d'un créancier par des cautions solidaires³⁵⁹. Les faits soumis à son appréciation sont complexes : deux époux se portent cautions solidaires du remboursement d'un prêt accordé à une société qu'ils contrôlent. Puis, les cautions, pour mettre leurs biens à l'abri des poursuites du créancier, apportent d'une part, la nue propriété des titres qu'elles détiennent dans la société débitrice à une SCI constituée entre leurs enfants et affectent d'autre part, l'usufruit des mêmes titres en garantie d'obligations contractées avec une nouvelle société créée par leurs soins. Comme les cautions ne respectent pas les engagements contractuels pris envers cette dernière société, elle effectue des mesures conservatoires et des saisies sur l'usufruit des titres donnés en garantie. Au cours d'une procédure judiciaire ayant abouti à des mesures conservatoires et d'exécution, le créancier titulaire du cautionnement se rend compte du montage juridique opéré par les cautions en fraude de ses droits et l'attaque avec succès sur le fondement de l'article 1167 du Code civil. Il demande alors aux magistrats de donner le plein effet à la sanction ainsi obtenue en lui déclarant inopposables les conséquences de toutes les manœuvres frauduleuses qui ont entravé l'exécution de ses droits. Mais la Cour de cassation, tout comme la Cour d'appel avant elle, refuse de prononcer la radiation des nantisements pris sur l'usufruit des parts sociales et d'imposer à la société titulaire de ces garanties la restitution des sommes perçues dans le cadre de ses saisies. La Haute juridiction limite donc les poursuites du créancier à la nue-propriété des titres en décidant que « mais attendu que l'inopposabilité paulienne autorise le créancier poursuivant, par décision de justice et dans la limite de sa créance, à échapper aux effets d'une aliénation opérée en fraude de ses droits, afin de restaurer son droit de gage général sur l'objet de cette aliénation, en l'autorisant à le saisir entre les mains du tiers ; qu'ayant constaté que l'arrêt du 24 février 2011 avait, sur l'appel du jugement du 10 novembre 2009, décidé l'inopposabilité non pas du démembrement des parts sociales mais de l'acte d'apport de la nue-propriété de ces parts à une société tierce, la cour d'appel en a exactement déduit que cette sanction ne pouvait avoir d'effet sur l'affectation en nantissement ou sur la saisie de l'usufruit de ces titres, qui était demeuré dans le patrimoine (des cautions), que le moyen n'est pas fondé ». En opérant ainsi une distinction entre le démembrement des parts sociales et l'acte

³⁵⁸ Cass. com., 10 juin 1968 préc.

³⁵⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 9 avril 2014, *Rev. sociétés* 2015, p. 119, obs. J.-J. Ansault.

d'apport de la nue-propriété de ces parts pour limiter les effets de l'inopposabilité paulienne à cette dernière, les magistrats remettent en cause la portée de l'obligation de couverture mise à la charge des cautions. En effet, l'assujettissement induit par cette dernière leur impose un comportement conforme au paiement du prêt garanti tant qu'il n'a pas été soldé. Ils doivent à ce titre faire preuve de bonne foi dans l'exécution de leur engagement, ce qui permet de protéger le créancier de tous leurs agissements effectués en vue d'échapper à cet engagement. En conséquence, l'apport en nue-propriété des titres de la société débitrice initiale étant un effet du démembrement de ces parts, il ne peut être sanctionné que si l'inopposabilité de l'opération toute entière est admise, d'autant plus que cette dernière n'a été réalisée qu'avec l'unique dessein de commettre une fraude. La protection du créancier paulien fondée sur l'assujettissement des cautions au respect de leur engagement aurait dû entraîner une inopposabilité de l'acte juridique constitutif du démembrement, pour annuler à son égard l'aliénation consentie par les cautions et lui permettre de reconstituer la pleine propriété des parts sociales litigieuses en vue d'une saisie. Précisons d'ailleurs que le cautionnement obtenu par le créancier initial est opposable à la nouvelle société créée par les cautions, puisqu'il est antérieur aux engagements pris par ceux-ci envers elle.

En dehors du créancier titulaire d'une sûreté personnelle, celui qui a une sûreté réelle garantissant le paiement de sa dette bénéficie également d'une protection dont il convient de déterminer le fondement.

§ 2 . Le fondement de la protection des sûretés réelles

136. Protection du droit réel sur la chose d'autrui pendant les opérations de restructuration. La sûreté réelle consiste en l'affectation préférentielle d'un bien ou d'un ensemble de biens appartenant au débiteur ou à un tiers en garantie de l'exécution du droit du créancier ; ce qui confère un droit réel au créancier sur le bien ou l'ensemble de biens et entraîne une rupture d'égalité avec les autres créanciers³⁶⁰. Dans l'hypothèse d'une restructuration, le caractère accessoire de ce droit réel sur la chose d'autrui permet, le cas échéant, de lui étendre la protection dont bénéficie la créance lorsque celle-ci fait l'objet d'une atteinte. Mais, si l'atteinte concerne uniquement le droit réel sur la chose d'autrui et compromet son exercice, il ne pourra être protégé, à

³⁶⁰ V. en ce sens J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Droit commun des sûretés réelles*, L.G.D.J., 1996, n° 12, pour lesquels, « La sûreté réelle est la technique spécifique de sûreté visant cumulativement, d'une part, la rupture d'égalité, qui est réalisée par le droit de préférence, et, d'autre part, l'affectation de biens au paiement de la dette, qui est réalisée corrélativement, par le droit de prélèvement prioritaire sur la valeur du bien ».

l'instar des droits personnels³⁶¹, que si le garant dont le bien est engagé envers le créancier est assujéti au respect de cet engagement. Ce qui revient à établir l'existence d'un rapport juridique entre le créancier et le garant. Pour ce faire, il convient de se référer au rapprochement fait par un auteur entre les droits personnels et les droits réels sur la chose d'autrui³⁶². Le droit réel sur la chose d'autrui ne peut être exercé directement, sans l'entremise de son propriétaire³⁶³. Celui-ci est débiteur d'une obligation réelle³⁶⁴. A ce titre, il doit faire en sorte que le bien sur lequel porte le droit réel réponde de l'engagement pris. Bien que le propriétaire du bien grevé ne soit pas engagé à titre personnel, mais seulement à titre réel³⁶⁵, cet engagement entraîne pour lui un assujettissement³⁶⁶. En effet, « l'efficacité de l'obligation réelle suppose (...), comme toute obligation, que celui qui y est tenu ne fasse rien qui puisse en entraver l'exécution »³⁶⁷. L'assujettissement du propriétaire du bien grevé au respect du droit du créancier titulaire de sûreté réelle autorise ainsi à classer les droits réels sur la chose d'autrui parmi les droits de créance dont la violation dans le contexte d'une restructuration donne lieu à l'utilisation de mécanismes de protection adaptés. L'hypothèque donnée en garantie de la dette d'une société permet d'étayer cette analyse.

137. Illustration par le mécanisme de l'hypothèque. L'hypothèque est une sûreté réelle immobilière constituée sans la dépossession du débiteur par une convention, la loi ou une décision de justice, et en vertu de laquelle le créancier qui a procédé à l'inscription hypothécaire a la faculté de faire vendre l'immeuble grevé en quelques mains qu'il se trouve et d'être payé par préférence sur le prix³⁶⁸. Il dispose ainsi d'un droit réel sur la chose d'autrui en garantie du paiement de sa créance³⁶⁹. Lorsqu'une restructuration porte atteinte à ce droit, sa protection est fondée sur le rapport juridique³⁷⁰ existant entre le créancier et le propriétaire du bien grevé. En effet, l'hypothèque entraîne une obligation réelle, source d'assujettissement pour ce dernier³⁷¹. Il est de ce fait contraint de ne pas compromettre l'engagement pris sur son bien, en en diminuant notamment la valeur. Imaginons, par exemple, une société qui constitue une hypothèque sur un de ses immeubles en

³⁶¹ Il s'agit ici des droits de créance pris dans leur sens classique dont la violation entraîne une protection fondée sur l'assujettissement de la société débitrice au respect de ses engagements.

³⁶² S. Ginossar, thèse préc., LGDJ, 1960 ; « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », art. préc., p. 573 et s.

³⁶³ C. Larroumet, *Droit civil, Les biens, droits réels principaux*, Tome 2, 5^{ème} éd., Economica, 2006, n° 26.

³⁶⁴ Le sens retenu pour la notion d'obligation réelle est ici différent de la conception classique dans laquelle elle correspond à une prestation dont le titulaire d'un droit réel est tenu de temps en temps.

³⁶⁵ S. Ginossar, thèse préc., n° 35.

³⁶⁶ L'obligation réelle peut ainsi être soumise à l'analyse dualiste de l'obligation, L. Sautonie-Laguionie, *op. cit.*, n° 286.

³⁶⁷ *ibid.*

³⁶⁸ V. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° Hypothèque.

³⁶⁹ L'art. 2393 du Code civil dispose que « L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation ».

³⁷⁰ Ce rapport juridique est distinct de celui qu'il y a entre le créancier et la société débitrice au titre de la créance garantie.

³⁷¹ L. Sautonie-Laguionie, *op. cit.*, n° 287.

faveur d'une banque qui lui a accordé un prêt. Si, la société débitrice, au cours d'un apport partiel d'actif ultérieur, attribue un bail à long terme sur l'immeuble grevé par l'hypothèque à la société bénéficiaire de l'opération, elle affecte en connaissance de cause la garantie donnée à la banque. Celle-ci est alors fondée à attaquer en justice cette attribution frauduleuse du droit au bail. Le créancier hypothécaire est ainsi particulièrement protégé lorsque son garant fait l'objet d'une restructuration³⁷² et ce, d'autant plus qu'il dispose d'un droit de suite. En matière de fusion, notamment, son droit de créance n'est pas, en principe, remis en cause dans l'hypothèse où le garant est absorbé par une autre société³⁷³. L'assujettissement du garant au respect de son engagement et le fait que l'immeuble reste grevé de son chef lui assurent une exécution de son droit. Par conséquent, si le créancier décharge la société apporteuse, il s'opère de plein droit une substitution de débiteur sans formalité, et s'il choisit de ne pas la décharger, il se retrouve avec deux débiteurs assujettis à l'exécution de sa garantie.

138. Conclusion de la section. L'assujettissement du garant à la nécessité de son engagement fonde la protection du créancier dans l'hypothèse d'une restructuration. Il se manifeste par une obligation d'abstention qui l'oblige à ne rien faire qui puisse compromettre cette exécution. Il est ainsi contraint à agir de bonne foi. Par ailleurs, cette obligation d'abstention s'impose également aux tiers qui ne doivent pas, en dépit de l'opposabilité du droit de créance³⁷⁴, contribuer à porter atteinte aux droits des créanciers.

En dehors des créanciers titulaires de sûretés, les salariés bénéficient également d'une protection spécifique du droit travail en cas de restructuration de la société qui les emploie et dont le fondement doit être étudié.

³⁷² Pour le cas des fusions, scissions et apports partiels d'actifs soumis au régime des scissions, V. C. Carbonnel, « *Aspects immobiliers d'une restructuration de sociétés* », *RDI* 1995, p. 263 et s.

³⁷³ Il convient de noter que si la société débitrice a la qualité de constituant de l'hypothèque et qu'elle se fait absorber, la fusion modifie « la valeur de l'hypothèque (chaque fois que, dans la société absorbante ou nouvelle, le rapport de l'actif et des dettes assorties d'un privilège général mobilier et immobilier -qui prime les hypothèques -est différent après la fusion de ce qu'il était auparavant chez le débiteur initial) ». Le créancier a alors tout intérêt à former opposition à la fusion. V. M. Romnicanu, « *Perspective d'ensemble sur le sort des garanties dans le cadre d'une fusion* », *JCP E* 1991, n° 10, 7 mars 1991, 34.

³⁷⁴ Cette opposabilité résulte de l'accomplissement des formalités de publicité lorsque celles-ci sont exigées, comme c'est le cas pour l'hypothèque, ou de la connaissance du tiers de l'existence de la sûreté.

Section 3 : La force obligatoire du droit de créance, fondement de la protection des salariés

139. L'assujettissement de la société au respect de ses obligations envers ses salariés. Le contrat de travail est défini comme « une convention par laquelle une personne appelée salarié, s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre, appelée employeur, sous la subordination de laquelle elle se place moyennant une rémunération »³⁷⁵. Il s'agit d'un contrat synallagmatique qui met des obligations à la charge des deux parties. Dans le cadre de cette étude ce sont surtout les engagements pris par une société en sa qualité d'employeur qui nous intéressent. Comme toute obligation, celles qui découlent pour la société du contrat de travail conclu avec un salarié lui imposent un assujettissement au respect de leur exécution. En effet, les engagements pris par la société au moment de la conclusion d'un contrat de travail confèrent au salarié concerné des droits de créance. Ces derniers contraignent la société à adopter un comportement favorisant leur exécution, selon l'analyse dualiste de l'obligation. Toutefois, la société peut, pour différentes raisons, faire l'objet d'une restructuration ultérieure à la naissance de ses obligations et pouvant leur porter atteinte. Bien qu'elle soit libre d'effectuer une restructuration, celle-ci ne doit pas offrir à la société une occasion de remettre en cause l'exécution des droits de créance des salariés détenus à son encontre. En fonction du manquement de la société à ses obligations envers ses salariés au cours de la restructuration, un recours aux mesures de protection adaptées de droit commun est possible³⁷⁶. Le droit du travail protège également les salariés en cas de restructuration de la société.

140. La continuation des contrats de travail en cours au moment de la restructuration. Lorsqu'une société effectue certaines restructurations, le droit du travail assure le maintien des contrats de travail en cours au moment des opérations en permettant au nouvel employeur de les poursuivre. Il s'agit d'une dérogation au principe de la relativité des conventions que le Code civil pose dans son article 1165 en vertu duquel seules les parties contractantes sont liées par le contrat et non les tiers. En effet, l'ancien article L 122-12 alinéa 2 du Code du travail devenu l'article L 1224-1 du Code du travail prévoit qu'en cas de « modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise,

³⁷⁵ Y. de La Villeguerin et N. Ribert, *Les dictionnaires pratiques RF, Social*, 30^{ème} éd., 2011, p. 397, V° *Contrat de travail*.

³⁷⁶ V. *supra* n° 74 et s.

tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise »³⁷⁷. En faisant automatiquement d'un tiers, une partie au contrat de travail, l'article L 1224-1 du Code du travail assure la stabilité de l'emploi. Malgré la restructuration qui a abouti à un changement d'entreprise, les salariés conservent ainsi leur travail avec le nouvel employeur continuateur de l'ancien.

141. Les restructurations visées par l'article L 1224-1 du Code du travail. Le texte s'applique à « une modification dans la situation juridique de l'employeur », ce qui correspond en réalité au transfert d'entreprise³⁷⁸. Le droit européen³⁷⁹ suivi en cela par le droit interne³⁸⁰ définit le transfert d'entreprise comme « celui d'une entité économique maintenant son identité, entendue comme un ensemble organisé de moyens en vue de la poursuite d'une activité économique, que celle-ci soit essentielle ou accessoire ». Cela permet de déterminer le domaine des restructurations d'entreprise soumises à l'article L 1224-1 du Code du travail puisque la liste des opérations donnée par le texte n'est pas limitative. En effet, cela apparaît dans l'utilisation du terme « notamment » avant l'énumération des restructurations entraînant son application. La directive communautaire du 12 mars 2001 n'est pas exhaustive non plus, puisqu'elle concerne « tout transfert d'entreprise, d'établissement ou de partie d'entreprise ou d'établissement à un autre employeur résultant d'une cession conventionnelle ou d'une fusion »³⁸¹. Il en résulte que la nature de l'opération de restructuration est indifférente³⁸² pour l'application de l'article L 1224-1 du Code du travail. Autrement dit, « la reprise d'activité provoquant le transfert des contrats de travail est le résultat des opérations de restructuration les plus diverses, affectant aussi bien la personne de l'entrepreneur, le capital d'une société, l'actif immobilisé ou circulant de l'entreprise que les contrats commerciaux conclus par elle »³⁸³. Le plus important est donc le fait que la restructuration opère « le transfert d'une entité économique autonome conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou

³⁷⁷ Cette règle d'ordre public née en droit interne d'une loi du 19 juillet 1928 est consacrée en droit communautaire par les directives n° 77/187 du 14 février 1977 (JOCE, n° L. 61, 5 mars 1977, p. 26) et n° 98/50 du 29 juin 1998 (JOCE, n° L. 201, 17 juillet 1998, p. 88) remplacées par la directive n° 2001/23 du 12 mars 2001 (JOCE, n° L. 82, 22 mars 2001, p. 16).

³⁷⁸ Les transferts d'entreprise s'entendent aussi bien des transferts portant sur toute l'entreprise que de ceux qui ne concernent qu'une partie de l'entreprise. En ce sens, la directive européenne du 12 mars 2001 porte sur le transfert d'entreprise, de partie d'entreprise, d'établissement et de partie d'établissement.

³⁷⁹ Cette définition est donnée par l'article 1^{er}, § 1, b de la directive du 12 mars 2001 codifiant la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Pour un résumé de cette évolution jurisprudentielle V. P. Morvan, *Restructurations en droit social*, 3^{ème} éd., Lexisnexis, 2013, n° 32 et s.

³⁸⁰ La Cour de cassation a adopté la même définition depuis son arrêt de 1998, Cass. soc., 7 juil. 1998, *RJS* 1998, n° 1346 ; *Dr. soc.* 1998, p. 948, obs. A. Mazeaud.

³⁸¹ Art. 1^{er}, § 1, a.

³⁸² En ce sens, V. S. Laulom, « Les dialogues entre juge communautaire et juges nationaux en matière de transfert d'entreprise », *Dr. soc.* 1999, p. 821, spéc. p. 823 qui affirme que « peu importe la nature de l'opération juridique par laquelle un employeur succède à un autre ».

³⁸³ P. Morvan, *op. cit.*, n° 94.

reprise »³⁸⁴. En présence d'un tel transfert, l'article L 1224-1 du Code du travail s'applique même s'il n'existe pas de lien de droit entre les différents employeurs successifs³⁸⁵. Notons que le transfert d'une entreprise saine est, d'une part, caractérisé par la perte de la qualité d'employeur du cédant. C'est uniquement dans ce cas que l'exigence d'une « modification de la situation juridique de l'employeur » est remplie, selon l'article 2 de la directive du 12 mars 2001³⁸⁶. La jurisprudence constate ainsi ponctuellement l'absence de modification et refuse, pour cette raison, de considérer qu'il y a eu un transfert. En ce sens, la prise de participation dans une société ou la cession d'action entraînant un changement de majorité³⁸⁷ dans la détention du capital social ne constituent pas des situations soumises à l'article L 1224-1 du Code du travail³⁸⁸. C'est le cas également de la simple mise à disposition d'un salarié par une société mère à une filiale, sans rupture du contrat de travail ou la cessation de l'activité d'une filiale d'un groupe dont l'activité n'est pas reprise³⁸⁹. D'autre part, le transfert se manifeste par le caractère conventionnel de la cession dont fait l'objet l'entité. Mais, cette question se pose surtout lorsqu'il s'agit d'une entreprise en difficulté³⁹⁰.

S'il ressort de ce qui précède que le domaine de l'article L 1224-1 du Code du travail ne couvre pas toutes les restructurations, cela n'empêche pas pour autant de transposer l'analyse dualiste aux obligations transférées au nouvel employeur.

142. Le transfert au nouvel employeur de l'assujettissement à l'exécution des obligations envers les salariés. Une restructuration qui remplit les critères d'un transfert d'entreprise au sens de l'article L 1224-1 du Code du travail et de la directive du 12 mars 2001 entraîne de plein droit une substitution de la société bénéficiaire de la restructuration dans les prérogatives et charges de l'employeur initial. A ce titre, les contrats de travail conclus avec les salariés se poursuivent avec le

³⁸⁴ Cass. ass. plén., 16 mars 1990, *D.* 1990, jurispr. p. 305, 1^{ère} et 2^{ème} esp., note A. Lyon-Caen ; *Dr. soc.* 1990, p. 399, concl. H. Dantenwille, note G. Couturier et X. Prétot ; *Dr. ouvrier* 1990, p. 217, chron. E. Wagner ; *JCP E* 1990, II, 15825 ; *RJS* 1990, p. 199, note J. Déprez.

³⁸⁵ La Cour de cassation a, dans un premier temps, estimé que le lien de droit entre les employeurs successifs n'était pas nécessaire Cass. civ., 27 fév. 1934, *DH* 1935, p. 252, avant d'opérer un revirement et d'exiger l'existence de ce lien sous le visa de l'article 1165 du Code civil, Cass. soc., 12 juin 1986, *Bull. civ.*, V, n° 299, *JCP E* 1986, II, 14790, note J. Vallansan, *Dr. soc.* 1986, p. 605, concl. G. Picca. Toutefois, cette solution n'étant pas cohérente avec la jurisprudence de la CJCE devenue la CJUE, la Haute juridiction l'a abandonnée en 1990, Cass. ass. plén., 16 mars 1990 préc. Elle admet ainsi l'application de l'article L 1224-1 du Code du travail même en l'absence d'un lien de droit entre les employeurs successifs dès lors qu'une entité économique a été transférée. C'est le cas notamment du transfert d'activité entre deux concessionnaires successifs dans le cadre d'un contrat de concession ou entre deux preneurs successifs dans celui d'un contrat de bail bien qu'il n'y ait pas de relation contractuelle entre le premier et le second exploitant.

³⁸⁶ L'article 2, §1, a de la directive définit le cédant comme : « toute personne physique ou morale qui, du fait d'un transfert (...), perd la qualité d'employeur à l'égard de l'entreprise, de l'établissement ou de la partie d'entreprise ou d'établissement ».

³⁸⁷ Cass. soc., 23 janv. 2002, *Bull. civ.*, V, n° 24.

³⁸⁸ Cass. soc., 17 oct. 1995, *Dr. du trav.* 1995, n° 12, p. 12, §. 497.

³⁸⁹ Cass. soc., 19 juin 1963, *Bull. civ.*, IV, n° 517 ; Cass. soc., 30 juin 1960, *JCP G* 1961, II, 11946, note G.-H. Camerlynck.

³⁹⁰ Sur ce point V. J.-F. Cesaro, « La notion de transfert d'entreprise », *Dr. soc.* 2005, p. 718, n° 37 et s.

nouvel employeur³⁹¹ qui demeure tenu de toutes les obligations qui en résultent en vertu de l'article 3 §1 de la directive du 14 février 1977, reprise par celle du 12 mars 2001. Cette règle s'applique tant que subsistent ces obligations. Le transfert automatique concerne également les engagements unilatéraux pris par l'employeur initial. Par ailleurs, pour remédier aux difficultés que pourraient avoir les salariés à obtenir le règlement de sommes qui leur sont dues par le premier employeur, la loi leur donne la possibilité d'agir en paiement contre le nouveau, pour la totalité de leurs créances en cours. En ce sens, l'article L 1224-2 du Code du travail précise que, sous réserve des transferts réalisés en cas de procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, ou sans qu'il y ait eu convention conclue entre les employeurs successifs³⁹², le nouvel employeur a la charge des obligations³⁹³ incombant à l'ancien à la date de la prise d'effet de la restructuration. Il s'ensuit qu'à l'instar de l'employeur initial qui était assujéti au respect de l'exécution des obligations qu'il a pris envers ses salariés, le nouvel employeur est également soumis à la force obligatoire des engagements qui lui sont transférées à l'occasion de la restructuration. Le transfert légal des obligations emporte, en effet, le transfert de l'assujettissement qui en découle. Le droit du travail affirme ainsi clairement l'intangibilité de la force obligatoire de ces engagements en favorisant le maintien de la relation de travail avec la société bénéficiaire de l'opération³⁹⁴.

143. Les conséquences de l'assujettissement de la société cessionnaire à l'exécution des obligations qui lui sont transmises. Pour échapper au caractère impératif du transfert légal lorsqu'une restructuration entre dans le champ d'application de l'article L 1224-1 du Code du travail, certaines entreprises organisent une fraude aux droits des salariés. Cette fraude peut résulter de l'affectation de salariés à une entité économique qui doit être transférée dans l'objectif de les extraire de la société³⁹⁵. Elle peut également manifester une entente entre le cédant et le

³⁹¹ La jurisprudence précise à ce sujet que « par le seul effet de l'article L 122-12, alinéa 2, du Code du travail, le contrat de travail subsiste avec le nouvel employeur, aux conditions en vigueur au jour du transfert », Cass. soc., 3 mars 2006, *RJS* 2006, n° 924.

³⁹¹ Le transfert automatique concerne aussi bien les obligations nées du contrat de travail que les engagements unilatéraux pris par l'employeur originaire. C'est ce qui apparaît dans une décision de la Cour de cassation portant sur un accord atypique conclu entre le cédant et le comité d'entreprise Cass. soc., 27 mai 2009, n° 08-42555.

³⁹² C'est le cas en principe dans la succession de contrats de location-gérance Cass. soc., 18 juin 2002, *RJS* 2002, n° 1205. Mais, si le bailleur, dans l'intervalle, a repris possession de son fonds de commerce, les modifications dans la situation juridique de l'entreprise ont bien eu lieu dans le cadre de conventions successives Cass. soc., 24 sept ; 2002, *Bull. civ.*, V, n° 274. C'est le cas dans le changement de prestataires, Cass. soc., 27 nov. 2007, *RJS* 2008, n° 143.

³⁹³ « Les "obligations" dont il est ici question s'entendent plus strictement de dettes de sommes d'argent (non d'obligations de faire), soit des dettes de salaires et d'indemnités nées avant le transfert et demeurées impayées par le premier employeur, débiteur principal ». le texte met ainsi en place une solidarité légale entre les employeurs successifs si le cédant est une entreprise *in bonis* ou a conclu une convention avec le cessionnaire., P. Morvan, *op. cit.*, n° 248.

³⁹⁴ Un auteur affirme ainsi que le « droit du travail défend (...) la pérennité du lien contractuel et privilégie la stabilité de l'emploi », P. Morvan, *op. cit.*, n° 17.

³⁹⁵ Pour la Cour de cassation, une société qui, sur le point de perdre la gestion d'un restaurant d'entreprise, y mute des salariés pour ne plus les garder à son service, demeure leur employeur. Cass. soc., 29 mai 1991, *RJS* 1991, n° 813.

cessionnaire³⁹⁶, lorsque, par exemple, à la demande de celui-ci, le premier met fin à des contrats de travail sur la base d'un motif économique fallacieux³⁹⁷. Le sort des licenciements prononcés avant ou à l'occasion de la restructuration est ainsi condamné sur le terrain de la fraude, mais il peut aussi l'être sur celui de la violation de la loi³⁹⁸. C'est le manquement délibéré du cédant et ou du cessionnaire³⁹⁹ à l'obligation d'exécuter les engagements pris envers les salariés qui permet à ces derniers d'obtenir des sanctions devant le juge. Ainsi, avant le transfert, le futur cédant est assujéti à la nécessité de ces obligations, ce qui lui impose un comportement conforme à leur exécution. Quant au futur cessionnaire, l'opposabilité des droits de créance des salariés lui interdit de participer à toute manœuvre pouvant leur porter atteinte. Une fois que l'opération de restructuration est effectuée, l'assujettissement pèse sur le cessionnaire qui ne doit créer aucun obstacle à l'exécution de ses nouvelles obligations. Il est alors tenu de ne rien faire qui puisse en empêcher l'exécution loyale.

144. Conclusion de la section. Le droit du travail est particulièrement protecteur à l'égard des salariés. Cela est parfaitement illustré par le mécanisme de transfert automatique mis en place par l'article L 1224-1 du Code du travail dans le but d'assurer aux salariés une stabilité de l'emploi. Ainsi, même si une restructuration entrant dans le domaine d'application du texte modifie la situation juridique de la société qui les emploie, l'exécution de leurs droits de créance n'est pas affectée. La société qui constitue le nouvel employeur, en sa qualité d'ayant droit de l'ancien, est assujéti au respect de ces droits et doit adopter un comportement qui lui permette de se conformer à ses engagements.

145. Conclusion du chapitre. Pour éviter qu'une restructuration de la société débitrice ne porte atteinte à certains droits de créances, plusieurs disciplines juridiques dont le droit des sociétés et le droit du travail offrent des mesures de protection spécifiques aux catégories de créanciers protégés. Le fondement de cette protection est unique : c'est la force obligatoire des engagements de la société débitrice qui lui interdit de mettre en péril leur exécution. Tant que ces obligations subsistent, elles la contraignent à agir avec loyauté et à ne pas prendre des engagements incompatibles avec les tiers qui sont tenus par leur opposabilité. Dans le cas où la force obligatoire

³⁹⁶ Cette entente est qualifiée de « concert frauduleux » ou de collusion frauduleuse » par la jurisprudence.

³⁹⁷ Cass. soc., 15 oct. 1987, *Bull. civ.*, V, n° 570 ; Cass. soc., 8 déc. 2004, *RJS* 2005, n° 127 ; Cass. soc., 4 juil. 2012, *RJS* 2012, p. 948, obs. A. Mazeaud.

³⁹⁸ J. Mouly, « Les licenciements antérieurs au transfert de l'entreprise », *Dr. soc.* 2007, p. 534.

³⁹⁹ Bien qu'il puisse après la restructuration licencier des salariés pour motif personnel, en cas de faute par exemple, ou pour motif économique pour compléter notamment ses mesures de réorganisation, il doit justifier d'une cause réelle et sérieuse. A défaut, il s'expose à des sanctions Cass. soc., 14 nov. 1980, *Juri-soc.* 1981, F 12.

et/ ou l'opposabilité de ces droits de créance est remise en cause à l'occasion de la restructuration de la société débitrice, les créanciers disposent d'actions en justice spécifiques assurant la protection des créanciers. Il convient toutefois de préciser que la protection des créanciers titulaires de sûretés ne fait pas l'objet d'actions spécifiques. C'est l'atteinte à la sûreté subie par le créancier qui détermine l'exercice d'une action en justice adaptée, selon qu'elle soit due à une fraude⁴⁰⁰ ou un dommage⁴⁰¹, ou qu'elle autorise une opposition⁴⁰².

146. Conclusion du titre. Le fondement retenu pour la protection des droits de créance dans les opérations de restructuration des sociétés justifie aussi bien le recours aux mesures de droit commun que le recours aux mécanismes issus de droits spéciaux et propres à certains groupes de créanciers. L'assujettissement de la société débitrice leur permet dans tous les cas de réclamer l'exécution de leurs droits, même s'il leur appartient de déterminer la mesure adaptée à leur situation pour s'assurer du succès de leur action en justice.

⁴⁰⁰ V. *supra* n° 75 et s.

⁴⁰¹ V. *supra* n° 105 et s.

⁴⁰² V. *supra* n° 121 et s.

Partie 2 : La mise en œuvre de la protection des créanciers dans les opérations de restructuration des sociétés

147. La manifestation de la protection des créanciers. C'est la sanction des agissements de la société débitrice pendant sa restructuration, et celle de ses éventuels complices, qui assure l'effectivité de la protection des créanciers. Il convient de ce fait de vérifier son efficacité (Titre 2). Toutefois, cette sanction ne peut être obtenue qu'en exerçant une action judiciaire. Il faut donc avant tout, traiter d'un point de vue processuel, des conditions de mise en œuvre des différentes actions dont disposent les créanciers au titre de cette protection (Titre 1).

Titre 1 : La procédure judiciaire assurant la mise en œuvre de la protection des créanciers

148. La nécessité d'un exercice judiciaire des actions visant la protection des créanciers. Le créancier d'une société débitrice qui fait l'objet d'une restructuration bénéficie de différentes mesures de protection contre les actes et faits qui constituent un obstacle à l'exécution de son droit du fait de la force obligatoire de celui-ci. La mise en œuvre de ces mesures n'est toutefois possible que si le créancier agit en justice.

149. La détermination des conditions d'exercice des actions. L'article 30 alinéa premier du Code de procédure civile précise que « l'action est le droit, pour l'auteur d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée ». Pour que sa demande aboutisse, le créancier victime des agissements de la société débitrice à laquelle a éventuellement pu s'associer un tiers, doit donc prouver au juge que son droit de créance a été remis en cause. La justification du fondement de la protection du créancier a permis le plus souvent d'identifier les conditions dans lesquelles une atteinte a été faite à son droit⁴⁰³. La preuve de l'atteinte sera donc apportée chaque fois que l'analyse précédente n'a pas permis de la caractériser suffisamment. Mais, avant d'établir le bien fondé de son action, le créancier doit d'abord remplir les conditions objectives et subjectives de recevabilité nécessaires à l'examen de sa demande. Ces conditions seront étudiées aussi bien pour les actions en justice que peuvent intenter tout créancier sur la base du droit commun (Chapitre 1) que pour celles qui ne sont réservées qu'à certaines catégories de créanciers par le droit spécial (Chapitre 2).

⁴⁰³ V. *supra* n° 73 et s.

Chapitre 1 . Les actions en justice ouvertes à tous les créanciers

150. La protection de tous les créanciers victimes de fraude ou de dommage. N'importe quel créancier d'une société peut, s'il subit un préjudice ou une fraude à ses droits, à l'occasion de la restructuration de celle-ci, obtenir en justice une sanction si sa demande satisfait aux conditions de recevabilité des différentes actions fondées sur la fraude (Section 1) ou de l'action en responsabilité (Section 2).

Section 1 . Les conditions de recevabilité des actions contre la fraude de la société débitrice

151. La diversité des actions judiciaires contre la fraude de la société débitrice. Dans le cadre de sa restructuration, une société débitrice peut réaliser une fraude aux droits de ces créanciers par le biais d'actes juridiques, y compris des jugements, ou de faits juridiques. En fonction du moyen frauduleux utilisé, la qualification de la fraude change⁴⁰⁴, chaque type de fraude nécessitant le recours à une action judiciaire adaptée. Il appartient alors au créancier concerné de déterminer si l'atteinte à son droit relève d'une action paulienne (§1), d'une tierce opposition (§2) ou d'une action de fraude générale.

§ 1 . Les conditions d'exercice de l'action paulienne

152. Le recours à l'action paulienne par les créanciers de la société objet de restructuration. En application de l'article 1167 du Code civil, l'action paulienne permet aux créanciers d'attaquer les actes juridiques frauduleux que la société, aidée éventuellement d'un tiers, a effectués à l'occasion de ses opérations de restructuration, sous réserve des jugements qu'elle a obtenus par fraude. Ses

⁴⁰⁴ V. *supra* n° 76 et s.

conditions ne doivent pas être assimilées à celles de la fraude paulienne. Cela reviendrait à confondre les éléments rendant recevable l'action paulienne aux éléments démontrant son bien-fondé. Autrement dit, la protection contre la fraude paulienne de la société débitrice et de son éventuel complice n'est possible que si le créancier remplit les conditions objectives (A) et subjectives (B) de l'action judiciaire, ce qui permettra ensuite au juge de vérifier la réalité et l'ampleur de l'atteinte portée à son droit.

A. Les conditions objectives de recevabilité de l'action paulienne

153. L'exercice de l'action paulienne. L'exercice de l'action paulienne par un créancier dont le droit est remis en cause par un acte juridique frauduleux conclu pendant la restructuration de la société débitrice est subordonné à la satisfaction de conditions objectives de recevabilité. En ce sens, la demande ne peut être examinée que si elle est présentée avant l'expiration des délais de prescription (1) et formulée devant le juge compétent (3).

1. La conformité aux délais de prescription

154. Le délai de prescription de cinq ans. Du fait de sa nature personnelle⁴⁰⁵, l'action du créancier paulien à l'encontre de la société débitrice et de son éventuel complice est soumise à la prescription quinquennale de l'article 2224 du Code civil qui prévoit que « les actions personnelles et mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ». Il convient néanmoins de préciser qu'en vertu de l'article 2232 du Code civil⁴⁰⁶ qui impose un délai butoir⁴⁰⁷, l'acte frauduleux ne peut plus être attaqué vingt ans après sa

⁴⁰⁵ G. Baudry-Lacantinerie, et L. Barde, *Précis de droit civil*, Tome 2, 12^{ème} éd. revue et corrigée par P. Binet et P. Guyot, Sirey, Paris, 1910 à 1922, n° 707 ; C. Aubry et C. Rau, *Droit civil français*, Tome 4, 6^{ème} éd. par B. Remy, Librairie technique, Paris, 1942, § 313, p. 195, note 4 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité de droit civil français, les obligations*, Tome 7, 2^{ème} éd. par P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, LGDJ, Paris, 1954, n° 968 ; J. Devèze et C. Saint-Halary-Houin, *op. cit.* ; Y. Lobin et Y. Desdevives, *JurisClasseur proc. civ., V° Action en justice. Classification des actions en justice*, fasc. 126-5, 1997, n° 33 ; B. Roman, « La nature juridique de l'action paulienne », *Défrenois* 2005, p. 655 et s., n° 17 ; P.Y. Gautier et F. Pasqualini, *Rép. civ. Dalloz, V° Action paulienne*, 2006, n° 88 ; J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *Traité de droit civil. Les effets du contrat*, 3^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2001, n° 820 ; F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 1158 ; L. Sauton-Laguionie, *op. cit.*, n° 918 et s. ; W. Dross, *JurisClasseur civil, V° art. 1167*, fasc. unique : *Contrats et obligations*, 2011, n° 15.

⁴⁰⁶ L'art. 2232 du Code civil énonce que « le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter de la naissance du droit ».

⁴⁰⁷ Sur ce délai butoir, V. M. Mignot, « Le délai butoir. Commentaire de l'article 2232 du Code civil issu de la loi du 17 juin 2008 », *Gaz. Pal.*, 26 fév. 2009, n° 57, p. 2.

conclusion. En conséquence, une fois que ce délai s'écoule, le droit d'agir du créancier s'éteint et il ne peut plus demander de sanction en justice.

Pour que sa demande soit recevable, en plus de respecter le délai de prescription, le créancier paulien doit aussi saisir le juge compétent.

2. La saisine du tribunal compétent

155. Le type de juridiction compétente. En principe, le créancier qui est victime de fraude paulienne doit introduire sa demande auprès du juge de droit commun, c'est-à-dire le tribunal de grande instance.

Toutefois, la nature de l'acte juridique qu'il attaque peut justifier la compétence de juridictions d'exception⁴⁰⁸. A titre d'exemple, le créancier doit porter son action à la connaissance du tribunal de commerce dès lors que l'acte frauduleux a une nature commerciale et a été conclu pour les besoins d'une activité commerciale⁴⁰⁹. Dans la même logique, lorsque la fraude vise à créer un obstacle à l'exécution des droits qu'un salarié tire de son contrat de travail, l'action de celui-ci relève de la compétence du conseil des prud'hommes.

Le créancier peut également se baser sur le montant de sa demande pour s'adresser à un autre tribunal que le tribunal de grande instance. La loi⁴¹⁰ l'autorise ainsi à porter son action devant le tribunal d'instance lorsque ce montant n'excède pas 10.000 euros.

156. La situation géographique du tribunal. Si on se réfère au Code de procédure civile⁴¹¹ qui détermine la juridiction territorialement compétente, le créancier paulien doit saisir le tribunal du lieu d'établissement de la société débitrice lorsque l'acte attaqué est unilatéral. En présence d'un acte juridique conventionnel, le créancier doit agir contre toutes ses parties et bénéficie alors de l'option prévue en cas de pluralité de défendeurs. Il peut saisir la juridiction du lieu où est établie la société débitrice ou celle du lieu où demeure le tiers complice. Par ailleurs, selon que l'action d'un demandeur concerne la matière contractuelle ou délictuelle, il dispose également d'une option. L'action paulienne étant le plus souvent dirigée contre un contrat frauduleux et ne pouvant avoir une

⁴⁰⁸ Art. L 211-3 du Code de l'organisation judiciaire.

⁴⁰⁹ Art. L 721-3 du Code de commerce.

⁴¹⁰ Art. L 221-4 du Code de l'organisation judiciaire.

⁴¹¹ Art. 42 et suivants du Code de procédure civile.

nature délictuelle⁴¹², le créancier peut donc, au choix, la porter devant le tribunal du lieu de livraison effective de la chose ou celui du lieu d'exécution de la prestation.

Telles sont les règles de principe de la compétence territoriale. Notons que l'objet de l'acte attaqué peut conduire à l'application de dispositions dérogatoires. Le créancier paulien doit notamment exercer son action contre un contrat de travail devant le conseil de prud'hommes dans le ressort duquel est situé l'établissement où le travail est accompli, du domicile du salarié lorsque celui-ci travaille à domicile ou en dehors de toute entreprise ou établissement, ou du lieu où le contrat de travail a été conclu⁴¹³.

Une fois que le créancier paulien est assuré de satisfaire les conditions tenant à la prescription et à la compétence du juge pouvant connaître de son action, il doit vérifier s'il a qualité et intérêt pour agir.

B. Les conditions subjectives de recevabilité de l'action paulienne

157. La détermination de l'intérêt et de la qualité à agir. Les conditions subjectives de recevabilité de l'action paulienne découlent des dispositions de l'article 31 du Code de procédure civile. Il s'agit de l'intérêt et de la qualité à agir. La majorité des actions en justice constituent des actions banales dans lesquelles le droit d'agir repose sur l'intérêt, la qualité à agir étant déduite de l'existence de ce dernier⁴¹⁴. Cependant, l'action paulienne, en tant que mesure de protection offerte aux créanciers, est une action attitrée qui donne une importance particulière à la qualité à agir. C'est donc une condition qui sera envisagée (1) avant toute recherche d'intérêt à agir (2) au niveau des parties à l'instance.

1. La qualité à agir des parties à l'action paulienne

158. La qualité à agir du demandeur. L'action paulienne est ouverte aux créanciers de la société débitrice aux termes de l'article 1167 du Code civil. Sont ainsi recevables à agir en justice contre les actes juridiques frauduleux de la société, du fait de l'assujettissement au respect des engagements qu'elle a pris envers eux, tous ses créanciers quelle que soit la source ou l'objet de leur droit⁴¹⁵. Il

⁴¹² V. L. Sautonie-Laguionie, *op. cit.*, n° 174 et s. et n° 621 et s.

⁴¹³ Art. R 1412-1 du Code de travail

⁴¹⁴ Y. Desdevises, *JurisClasseur proc. civ., V° Action en justice. Conditions subjectives*, fasc. 126-3, 1996, n° 14.

⁴¹⁵ V. *supra* n° 12 et s.

n'est pas nécessaire non plus que la créance soit parfaite au jour de la demande en justice puisque l'assujettissement de la société débitrice existe dès la naissance de la créance⁴¹⁶, la seule exigence est qu'elle soit antérieure à l'acte juridique frauduleux⁴¹⁷ conclu à l'occasion de la restructuration de la société.

159. La qualité à agir du défendeur. Pour que la demande en justice du créancier paulien soit recevable, il doit s'assurer de la diriger contre son défendeur naturel⁴¹⁸. L'action paulienne est exercée contre un acte juridique frauduleux, ce qui permet d'affirmer que toutes les parties à cet acte, en l'occurrence la société débitrice et le cas échéant, le tiers contractant, sont titulaires de la qualité de défendeur⁴¹⁹.

En plus d'avoir la qualité pour agir, le créancier doit justifier d'un intérêt à agir pour satisfaire toutes les conditions subjectives de recevabilité.

2. L'intérêt à agir du créancier paulien

160. Les caractères de l'intérêt à agir du créancier paulien. Le créancier qui veut exercer l'action paulienne contre un acte juridique effectué à l'occasion de la restructuration de la société débitrice doit démontrer qu'il y a un intérêt personnel. En effet, l'acte frauduleux constituant un obstacle à l'exécution de son droit de créance, il doit établir que sa sanction lui permettra de retrouver les prérogatives liées à ce droit⁴²⁰. Peu importe que la loi mette à sa disposition un autre moyen de critiquer l'acte accompli en fraude de son droit⁴²¹. Certes, l'action paulienne a alors été considérée par certains auteurs comme un mécanisme subsidiaire de protection des créanciers⁴²², mais la jurisprudence autorise régulièrement les créanciers à recourir à l'action paulienne même lorsqu'ils sont titulaires notamment d'un droit d'opposition en matière de réduction de capital non motivée par des pertes⁴²³ ou de fusion⁴²⁴. Cette solution peut être étendue à toutes les mesures de protection

⁴¹⁶ V. *supra* n° 87.

⁴¹⁷ *Ibid.*

⁴¹⁸ En ce sens, l'art. 32 du Code de procédure civile énonce qu'« est irrecevable toute prétention émise (...) contre une personne dépourvue du droit d'agir ».

⁴¹⁹ Sur ce point V. L. Sauton-Laguionie, *op. cit.*, n° 830 et s.

⁴²⁰ *Ibid.*, n° 844.

⁴²¹ W. Dross, *op. cit.*, n° 75.

⁴²² J. Mestre, obs. sous Cass. com., 11 fév. 1986, préc.

⁴²³ Cass. civ. 3ème, 7 avril 1967, *Bull. civ.*, 1967, III, n° 127 ; Cass. com., 11 fév. 1986 préc., p. 602.

⁴²⁴ Cass. com., 10 oct 1995, *op. cit.*

auxquelles peut recourir un créancier concurremment avec l'action paulienne tant qu'une disposition spéciale n'y contrevient pas.

Aux termes de l'article 31 du Code de procédure, le créancier paulien doit également établir que son intérêt est légitime. Ce qui signifie qu'il n'a pas participé à la fraude, que sa demande n'a pas pour objectif de nuire à la société débitrice ou qu'il ne cherche pas par son action à atteindre un résultat malhonnête.

Enfin, le créancier doit justifier d'un intérêt actuel au moment de la demande en justice, autrement dit l'atteinte que l'acte frauduleux a porté à son droit doit exister au jour de l'instance.

161. Bilan : rapprochement avec les conditions de recevabilité de l'action générale de fraude. Le respect par le créancier paulien des conditions de recevabilité précédentes permet au juge d'examiner son action afin de déterminer si l'acte juridique litigieux est frauduleux. Ces conditions ne sont guère éloignées de celles de l'action *fraus omnia corrumpit*. Il s'agit de l'action exercée contre tout acte matériel frauduleux effectué pendant la restructuration de la société débitrice et entravant l'exécution des droits d'un créancier. Elle peut être classée parmi les actions personnelles puisqu'elle vise la protection de droits de créance⁴²⁵. A ce titre, ses conditions de recevabilité sont les mêmes que celles de l'action paulienne, concernant la prescription et la compétence du tribunal. Quant aux conditions subjectives de recevabilité, elles ne se distinguent pas non plus vraiment de celles de l'action paulienne car il s'agit d'une action réservée aux créanciers pouvant justifier d'un droit antérieur au fait juridique litigieux et attaquant les agissements de la société débitrice et du tiers qui aura éventuellement participé à la fraude.

Contrairement aux deux actions précédentes dans lesquelles le créancier doit satisfaire des conditions de recevabilité identiques, la tierce opposition à jugement obtenu par fraude par la société débitrice répond à des conditions de recevabilité qui lui sont propres.

⁴²⁵ V. L. Cadet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, 8^{ème} éd., Litec, Paris, 2013, n° 336 qui soutiennent qu'« est personnelle l'action qui tend à la réalisation d'un droit personnel, c'est-à-dire d'un droit de créance ».

§ 2 . La tierce opposition contre un jugement obtenu par fraude par la société débitrice

162. Les conditions de la tierce opposition. En cas de fraude au moyen d'un jugement par la société débitrice qui fait l'objet d'une opération restructuration, le recours à la tierce opposition est ouverte aux créanciers par l'article 583 alinéa 2 du Code de procédure civile. Comme pour toute instance, ils doivent remplir des conditions objectives (1) et subjectives (2) pour que leur action soit recevable.

A. Les conditions objectives de recevabilité de la tierce opposition

163. Les décisions susceptibles de tierce opposition. Le créancier peut former tierce opposition contre tout jugement obtenu par fraude auquel la société débitrice a été partie, sauf disposition contraire de la loi, aux termes de l'article 585 du Code de procédure civile. Sont notamment concernées, en matière contentieuse, les décisions des juridictions de droit commun ou d'exception, qu'elles aient été rendus en premier ou en dernier ressort ou qu'elles émanent d'un tribunal ou d'une cour d'appel.

164. Les règles de procédure spécifiques à la tierce opposition principale. Lorsque le créancier a connaissance, en dehors de toute instance, de la fraude réalisée par la société débitrice à ses droits par une décision de justice, il peut former une tierce opposition à titre principal. Pour cela il doit agir en respectant les délais qui lui sont impartis. Il dispose en principe d'un délai de trente ans qui court à compter de la date du jugement⁴²⁶. Ce délai peut cependant être réduit à deux mois⁴²⁷. Pour cela, une des parties bénéficiaires du jugement doit le notifier au créancier en précisant de manière très apparente dans la notification le délai qui lui est accordé et les modalités selon lesquelles la tierce opposition peut être exercée. En pratique, c'est surtout la société bénéficiaire qui peut profiter de ce délai raccourci, mais elle n'a aucun intérêt à porter à la connaissance de son créancier un jugement par lequel elle organise une fraude à ses droits. Des délais spéciaux existent à côté de ce délai trentenaire de droit commun et concernent notamment les procédures collectives⁴²⁸.

⁴²⁶ Art. 586 al.1 du Code de procédure civile.

⁴²⁷ *Ibid.* al. 3.

⁴²⁸ Art. R. 661-2 du Code de commerce.

Le créancier opposant qui agit dans les délais doit engager la procédure devant la juridiction dont émane la décision attaquée⁴²⁹ sous réserve de l'observation des règles de compétence d'ordre public⁴³⁰. Notons que la tierce opposition contre un jugement frappé d'appel est en principe irrecevable⁴³¹.

165. Les règles de procédure spécifiques à la tierce opposition incidente. Le créancier peut, au cours d'un procès l'opposant à la société débitrice, contester le jugement frauduleux invoqué par cette dernière. Dans cette hypothèse, l'article 586 alinéa 2 prévoit que la tierce opposition peut être formée sans limitation de temps. Toutefois, si le créancier avait reçu une notification du jugement litigieux sans faire de recours, il n'a plus la possibilité de s'y opposer⁴³².

Le créancier peut exercer la tierce opposition par voie de réformation ou par voie de rétractation⁴³³. Dans le premier cas, la juridiction qui examine le litige l'opposant à la société débitrice peut statuer sur la tierce opposition et le fond du litige parce qu'elle est de degré égal ou supérieur à celle qui a rendu la décision frauduleuse. Cette juridiction est également compétente, si elle est du même degré et qu'aucune règle d'ordre public n'y fait obstacle. Dans le second cas, la juridiction qui connaît du litige est inférieure à celle qui a rendu la décision frauduleuse, le créancier doit alors former la tierce opposition devant la juridiction supérieure qui est seule compétente. Sa nouvelle décision sera alors prise en compte par le juge saisi du procès initial.

B. Les conditions subjectives de recevabilité de la tierce opposition

166. La détermination des conditions relatives à la personne du demandeur. La loi prévoit surtout les conditions objectives de recevabilité tenant à la personne du demandeur en matière de tierce opposition. L'article 583 du Code de procédure civile indique ainsi qu'« est recevable à former tierce opposition toute personne qui y a intérêt, à la condition qu'elle n'ait été ni partie ni représentée au jugement qu'elle attaque.

⁴²⁹ Conformément à l'article 587 al. 1 du Code de procédure civile.

⁴³⁰ Sur ce point voir N. Fricero, *Rép. de proc. civ.* Dalloz, V° *Tierce opposition*, 2012, n° 144 et s ; J. Junillon dir. S. Guinchard, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz action, 2012, n° 551.161.

⁴³¹ N. Fricero, n° 146 et 147.

⁴³² J. Junillon dir. S. Guinchard, *op. cit.*, n° 551.183.

⁴³³ Art. 588 du Code de procédure civile.

Les créanciers et autres ayants cause d'une partie peuvent toutefois former tierce opposition au jugement rendu en fraude de leurs droits ou s'ils invoquent des moyens qui leurs sont propres ». Il s'ensuit que, dès lors qu'une société débitrice obtient d'un jugement frauduleux soit rendu au détriment de ses créanciers, ceux-ci sont fondés à s'y opposer s'ils justifient d'un intérêt.

167. L'intérêt à s'opposer au jugement frauduleux. L'intérêt à agir du créancier opposant doit satisfaire les conditions de l'article 31 du Code de procédure civile. Il doit être personnel, direct et légitime. En outre, pour que la demande soit recevable, la particularité de la sanction de la tierce opposition suppose que la décision de justice frauduleuse ait causé un préjudice au créancier. Ce préjudice résulte du dispositif du jugement attaqué et consiste dans le fait que ce dernier crée un obstacle à l'exécution de son droit de créance. Il n'est pas nécessaire que ce préjudice se soit réalisé, la tierce opposition est recevable même lorsqu'il n'est qu'éventuel⁴³⁴.

168. La qualité à agir du créancier opposant. Dès lors qu'une société débitrice est partie à un procès, ses créanciers ne peuvent former tierce opposition au jugement qui est rendu⁴³⁵. La jurisprudence considère en effet qu'ils ont été représentés à l'instance par la société débitrice. Cette représentation est fondée sur le fait que le patrimoine de la société constitue le gage commun de ses créanciers et qu'en défendant ce patrimoine, elle défend forcément les intérêts de ses créanciers⁴³⁶. Elle est admise pour tous les droits de créance nés avant le jugement⁴³⁷. Cependant, la loi prévoit une exception en faveur des créanciers qui sont victimes de fraude à leurs droits⁴³⁸. Il leur appartient d'établir la réalité de cette fraude. S'il s'agit d'une collusion frauduleuse, le créancier opposant doit agir contre la société débitrice et son complice.

L'action paulienne, l'action de fraude générale et la tierce opposition permettent au créancier de demander en justice une sanction de l'atteinte de la société débitrice portée à ses droits à l'occasion de sa restructuration. Lorsque cette atteinte consiste en un préjudice causé par les agissements

⁴³⁴ En ce sens, Req., 13 juil. 1870, DP 1871. 1. 350 ; Cass. civ., 2 déc. 1946, D. 1947, p. 93 ; Cass. civ. 2^{ème}, 29 mai 1953, D. 1953, p. 515. Toutefois, même lorsqu'il n'est qu'éventuel, le préjudice doit être certain et déterminé, Cass. civ., 7 juil. 1910 DP 1913. 1. 43 ; CA Lyon, 30 déc. 1947, D. 1948. somm. 23. Ces arrêts ont été rendus dans des espèces qui ne concernent pas la restructuration d'une société débitrice, mais rien ne s'oppose à ce que leurs solutions soient applicables dans cette matière s'agissant des conditions de recevabilité de la tierce opposition.

⁴³⁵ Art. 583 al. 1 du Code de procédure civile.

⁴³⁶ Sur ce point V. Commentaire de l'art. 583 du Code de procédure civile, Lamy, 2015.

⁴³⁷ *Ibid.*

⁴³⁸ Art. 583 al.2 du Code de procédure civile

fautifs de la société et de son éventuel complice, le créancier doit demander une réparation dans le cadre d'une action en responsabilité.

Section 2 . Les conditions de recevabilité de l'action en responsabilité

169. La procédure judiciaire pour obtenir la réparation d'un dommage causé par la société.

Lorsque les agissements d'une société pendant sa restructuration causent un préjudice à un de ses créanciers et qu'elle n'offre pas spontanément d'en acquitter la réparation, la victime peut introduire une action en justice pour y remédier. Pour cela, elle doit satisfaire à des conditions objectives (§1) et subjectives (§2).

§ 1 . Les conditions objectives de recevabilité de l'action en responsabilité

170. Présentation des conditions objectives. L'article 122 du Code de procédure civile énonce des fins de non-recevoir parmi lesquelles figurent la prescription et la chose jugée. A celles -ci s'ajoute l'obligation de saisir le tribunal compétent pour l'examen du litige. L'autorité de chose jugée ne posant pas de difficulté particulière, il convient d'apporter des précisions quant à la compétence du juge (A) et au délai de prescription de l'action (B).

A. La compétence du tribunal connaissant de l'action en responsabilité

171. Compétence matérielle. Concernant la détermination de la juridiction pouvant connaître de l'action en responsabilité contractuelle ou délictuelle de la société, la victime doit, en principe, porter l'affaire devant le tribunal de grande instance qui est le juge de droit commun. Toutefois, l'article L 211-3 du Code de l'organisation judiciaire permet de tenir compte des dispositions attribuant compétence spéciale à d'autres juridictions en raison de la nature de l'affaire litigieuse ou du montant de la demande. Lorsqu'on tient compte de la nature de l'affaire en cause, relèvent de la

compétence du tribunal de commerce, les litiges commerciaux en application de l'article L 721-3 du Code de commerce. Il s'agit des litiges relatifs à des engagements entre une société et une victime ayant la forme de sociétés commerciales ou la qualité de commerçants et/ou d'établissements de crédit, ou de litiges relatifs à des actes de commerce. Il arrive également que le préjudice soit causé par la société à l'occasion d'un acte mixte. Dans ce cas, la victime non commerçante dispose d'une option entre la juridiction civile et la juridiction commerciale pour engager la responsabilité de la société. Toutefois, l'action ne peut pas être intentée devant le tribunal de commerce dans l'hypothèse où la victime assigne à la fois la société et son préposé, puisque ce dernier n'est pas commerçant. Par ailleurs, les actions en responsabilité contre une société fondées sur un contrat de travail doivent être exercées par le salarié devant le conseil de prud'hommes en vertu de l'article L 1411-1 du Code du travail. La prise en compte du montant de la demande permet aussi d'écarter la compétence du tribunal de grande instance. Par exemple, le tribunal d'instance, au titre de l'article L 221-4 du Code de l'organisation judiciaire, connaît des actions en responsabilité « personnelles et mobilières jusqu'à la valeur de 10.000 euros » et de celles dont l'objet est indéterminé et « qui ont pour origine l'exécution d'une obligation dont le montant n'excède pas 10.000 euros ».

172. Compétence territoriale. Pour engager la responsabilité civile d'une société, la victime doit se référer aux articles 42 et suivants du Code de procédure civile pour connaître le tribunal territorialement compétent pour connaître de son action. Elle peut ainsi saisir le tribunal du lieu où est établie la société⁴³⁹ ou, lorsque celle-ci a un complice, devant le tribunal du lieu où demeure l'un d'eux⁴⁴⁰. En outre, selon la nature de la responsabilité de la société que la victime veut engager, elle dispose d'une option. En matière délictuelle, la victime peut intenter son action devant la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi⁴⁴¹. Dans le domaine contractuel, la victime peut choisir entre le tribunal du lieu de livraison effective de la chose et celui du lieu d'exécution de la prestation de service⁴⁴².

Les règles précédentes permettent à la victime des agissements fautifs de la société d'identifier la juridiction civile ou commerciale compétente pour connaître de son action en responsabilité. Lorsque le préjudice est subi par un salarié, il peut saisir le conseil de prud'hommes de son lieu de travail, de

⁴³⁹ Art. 42 et 43 du Code de procédure civile.

⁴⁴⁰ Art. 42 du Code de procédure civile.

⁴⁴¹ Art. 46 du Code de procédure civile.

⁴⁴² *Ibid.*

son domicile lorsqu'il travaille à domicile ou en dehors de toute entreprise ou établissement, du lieu où son contrat de travail a été conclu ou du lieu où est établie l'entreprise⁴⁴³.

Reste à préciser les délais dans lesquels doit agir la victime pour éviter que son action ne soit pas prescrite.

B. Le délai de prescription de l'action

173. La prescription de droit commun de cinq ans. Le droit de la victime de demander en justice la réparation du préjudice qu'elle a subi du fait de la société et éventuellement d'un complice s'éteint si elle ne l'exerce pas dans un certain délai. En principe, ce dernier est quinquennal et court à compter du jour où la victime a connu ou aurait dû connaître les faits qui lui permettent d'exercer son action, qu'il s'agisse de la matière contractuelle ou délictuelle⁴⁴⁴. Il existe cependant de nombreux délais spéciaux qui peuvent être plus longs ou plus courts⁴⁴⁵. Il est donc recommandé à la victime de vérifier dans chaque hypothèse de responsabilité, la durée du délai applicable.

En dehors de ces conditions objectives, il faut déterminer les conditions à remplir pour être partie à une action en responsabilité.

§ 2 . Les conditions subjectives de recevabilité de l'action en réparation

174. Les personnes ayant la qualité de partie à l'action en responsabilité. En général, les parties à un procès sont les « personnes qui ont pris l'initiative d'exercer l'action en justice, en élevant une prétention à leur profit ou contre lesquelles l'acte introductif d'instance a été dirigé »⁴⁴⁶. A ce titre, ne sont reconnues comme parties à l'action en responsabilité que les personnes ayant qualité et intérêt pour agir⁴⁴⁷, conditions qui se manifestent à la fois chez le demandeur (A) et le défendeur (B).

⁴⁴³ Art. R 1412-1 du Code de travail

⁴⁴⁴ Art. 2224 du Code civil.

⁴⁴⁵ La loi a aménagé différents délais spéciaux et permet également dans certains cas, aux parties à un contrat, de modifier les délais de prescription sans toutefois pouvoir les réduire à moins d'un an ou les étendre à plus de 10 ans en vertu de l'article 2254 du Code civil.

⁴⁴⁶ L. Cadet et E. Jeuland, *op. cit.*, p. 419 et s.

⁴⁴⁷ Art. 31 du Code de procédure civile

A. Le demandeur de l'action en réparation

175. Personne physique ou personne morale. Dans l'action en responsabilité, a la qualité de demandeur, la victime directe ou indirecte⁴⁴⁸ du dommage causé⁴⁴⁹ par la société. Lorsqu'une personne physique est la victime initiale de ce dommage, elle doit établir qu'il est certain, direct⁴⁵⁰, personnel⁴⁵¹, et porte atteinte à un intérêt juridiquement protégé. Elle doit avoir la capacité d'ester en justice, ou le cas échéant, se faire représenter ou assister. Par ailleurs, ses créanciers peuvent, si elle a été négligente, demander la réparation de son préjudice patrimonial par voie oblique en vertu de l'article 1166 du Code civil. Ils ont également la possibilité d'être partie à l'instance à titre personnel, en tant que victimes par ricochet. De même ses héritiers, suite au préjudice qu'elle a subi, peuvent engager l'action en responsabilité à l'encontre de la société en tant que victime indirecte ayant souffert d'un préjudice propre ou en tant que continuateur de la personne du défunt. S'agissant de la victime personne morale, dès lors qu'elle est dotée de la personnalité juridique, elle a le droit de demander en justice la réparation d'un préjudice moral ou matériel causé par la société, à condition qu'il lui soit propre. Si elle effectue une transmission universelle de patrimoine, ce droit est en principe transféré au bénéficiaire de l'opération.

L'action de la victime est toujours dirigée contre le ou les auteurs du fait générateur de responsabilité.

B. Le défendeur de l'action en responsabilité

176. Le (s) responsable (s) du préjudice. La société, objet de restructuration, peut être la seule responsable du préjudice dont souffre le demandeur. C'est le cas lorsqu'elle a commis, avant ou pendant les opérations de restructuration, la faute délictuelle, l'inexécution, la mauvaise exécution ou l'exécution tardive qui se trouve à l'origine du dommage dont la réparation est demandée. Cela explique que l'action de la victime soit alors uniquement engagée à son encontre ou à l'encontre de son ayant cause à titre universel.

⁴⁴⁸ Au-delà de la victime initiale, le dommage peut atteindre des personnes avec lesquelles elle entretient des relations particulières.

⁴⁴⁹ V. *supra* n° 112 et s.

⁴⁵⁰ Ce qui suppose l'existence d'un lien de causalité entre le fait générateur de responsabilité et le préjudice.

⁴⁵¹ Un tiers ne peut engager la responsabilité de la société pour le préjudice subi par la victime et qui, de ce fait, est sans conséquence pour lui.

Il arrive aussi, qu'en plus de la société, un tiers ait participé à la réalisation du fait générateur de responsabilité. Dans cette hypothèse, il faut distinguer selon la nature de la responsabilité mise en cause. En principe en matière contractuelle, l'action, lorsqu'elle est bien-fondée, aboutit à une condamnation conjointe mais pas solidaire des coauteurs⁴⁵². Par exception, la solidarité peut être stipulée par une clause contractuelle. De plus, la jurisprudence a mis au point une présomption générale de solidarité pour ce qui est des engagements commerciaux⁴⁵³. Lorsque l'action de la victime engage la responsabilité délictuelle de la société et d'un tiers, chacun de ces derniers est tenu de la réparation de la totalité du préjudice.

177. Conclusion de la section. L'action en responsabilité peut être exercée contre la société avant sa restructuration. Si elle est jugée bien fondée par le tribunal, elle fait de son titulaire le créancier d'une obligation de réparation dont la restructuration ne doit pas entraver l'exécution. L'action en responsabilité peut être également exercée contre la société lorsque ses agissements pendant la restructuration entraînent un préjudice à un de ses créanciers antérieurs. Dans les deux cas ce sont les mêmes conditions qui doivent être remplies par le créancier victime du dommage pour que sa demande soit recevable en justice.

178. Conclusion du chapitre. L'action paulienne, l'action générale de fraude, la tierce opposition ou l'action en responsabilité sont des mesures de protection offertes à tous les créanciers antérieurs à la restructuration de la société débitrice. Cette antériorité leur assure une protection du fait de l'assujettissement de la société à l'exécution de leurs droits de créance. Pour obtenir une sanction de la fraude ou du dommage causé par la société débitrice en violation de cet assujettissement, il leur faut simplement, en premier lieu, en faire la demande au tribunal compétent conformément au délai de prescription applicable. En second lieu, comme tout demandeur, ils doivent avoir intérêt et qualité pour agir et assigner en défense la société débitrice et son éventuel complice.

⁴⁵² Dans le domaine contractuel, la solidarité n'existe pas de plein droit, V. art. 1202 du Code civil.

⁴⁵³ Ph. Le Tourneau, *op. cit.*, n° 2406.

Chapitre 2 . Les actions en justice visant la protection de certaines catégories de créanciers

179. Une protection judiciaire spéciale. Dans le cadre de certaines restructurations, la loi offre aux créanciers sociaux la possibilité de protéger leurs droits de créance en s'opposant, devant un juge, à la réalisation de l'opération envisagée (Section 1). Les salariés bénéficient également d'un mécanisme particulièrement favorable permettant le maintien de leurs contrats de travail avec le cessionnaire, lorsque la société qui les emploie transfère l'entité économique autonome à laquelle ils sont rattachés. En cas de non respect de ce mécanisme par le cédant et/ou le cessionnaire, ils peuvent agir en justice pour demander l'exécution de leurs droits (Section 2). L'action en justice de ces différentes catégories de créanciers est soumise au respect des règles de recevabilité.

Section 1 : Les conditions de recevabilité de l'action en opposition

180. Une pluralité d'oppositions dans le domaine des restructurations. Le droit des sociétés donne aux créanciers des sociétés concernées la faculté de faire opposition à plusieurs opérations de restructuration. C'est le cas pour certaines opérations emportant transmission universelle du patrimoine (§1) et pour la réduction de capital non motivée par des pertes (§2). Ce droit d'opposition s'exerce par voie judiciaire et impose au créancier agissant de se conformer aux conditions de recevabilité permettant l'examen de sa demande.

§ 1 . L'opposition en matière de transmission universelle de patrimoine

181. Les opérations de restructuration concernées. Lorsqu'une société fait l'objet d'une opération de fusion, scission, apport partiel d'actif ou de dissolution-confusion, les créanciers

disposent d'un droit d'opposition. Cette opposition nécessairement formée en justice doit, comme toute action judiciaire, respecter des conditions objectives (A) et subjectives (B) de recevabilité.

A. Les conditions objectives de recevabilité de l'opposition

182. Un bref délai pour agir. La recevabilité de l'action en opposition est soumise au respect d'un délai préfix⁴⁵⁴ qui oblige les créanciers à être extrêmement vigilants pour assurer la protection de leurs droits par son biais.

S'agissant des opérations de fusion et de scission, l'opposition doit être formée dans un délai de trente jours sous peine de forclusion⁴⁵⁵. Aux termes de l'article R 236-8 du Code de commerce, ce délai court à compter de la dernière insertion dans un journal d'annonces légales ou au BALO⁴⁵⁶ ou de la mise à disposition du public du projet de fusion ou de scission sur le site internet de chacune des sociétés prescrites, à condition que l'inscription soit régulière⁴⁵⁷. La jurisprudence a étendu l'application de cette règle à l'apport partiel d'actif⁴⁵⁸.

Quant à l'opposition en matière de dissolution-confusion, elle doit, en vertu de l'article 8 du décret du 3 juillet 1978⁴⁵⁹, être également formée dans les trente jours suivant la publication de la dissolution dans un journal d'annonces légales du département du siège social de la société⁴⁶⁰.

183. La compétence matérielle. La loi⁴⁶¹ prévoit expressément qu'en matière de fusion, scission ou apport partiel d'actif, l'opposition doit être formée devant le tribunal de commerce. Il n'est donc pas tenu compte de la nature de la créance, notamment si elle procède d'un acte civil⁴⁶² ou d'un acte

⁴⁵⁴ J. Ghestin, G. Loiseau et M. Billiau, *op. cit.*, n° 520.

⁴⁵⁵ A l'expiration du délai, l'opposition des créanciers est irrecevable, CA Paris, 6 déc. 1984, *Bull. Joly* 1985, p. 322.

⁴⁵⁶ Dans l'hypothèse où les actions d'au moins une des sociétés qui participent à l'opération sont admises à la négociation sur un marché réglementé ou si toutes les actions de l'une d'entre elles n'ont pas la forme nominative.

⁴⁵⁷ La Cour de cassation a estimé que le délai ne court pas si la publicité comporte une adresse erronée de siège social, ce qui a empêché les créanciers de former valablement leur opposition, Cass. com., 4 juin 1996, *BRDA* 1996, n° 12, p. 6 ; *Bull. Joly* 1996, p. 932, obs., P. Le Cannu ; *Dr. soc.* 1996, n° 151 ; *Rev. sociétés* 1997, p. 110, note Y. Chartier.

⁴⁵⁸ CA Paris, 24 juin 1998, *RJDA* 1998, n° 1232, p. 924 ; *RTD com.* 1999, p. 135 ; *adde*, Cass. com., 16 mai 2000, *RJDA* 2000, n° 986, p. 782.

⁴⁵⁹ Ce texte, modifié par l'art. 31 du décret du 22 avril 1988, prévoit dans son alinéa 2, que « le délai d'opposition prévu au troisième alinéa de l'article 1844-5 du Code civil court à compter de la publication de la dissolution faite dans un journal habilité à recevoir les annonces légales ».

⁴⁶⁰ CA Dijon, ch. B., 17 fév. 2004, *JurisData* n° 2004-234044.

⁴⁶¹ Art. R 236-8 du Code de commerce.

⁴⁶² Le créancier doit alors exercer son droit d'opposition devant une juridiction civile.

mixte⁴⁶³. Cette disposition constitue une exception aux règles de droit commun et doit, de ce fait, être réservée uniquement aux restructurations visées par le Code de commerce, en l'occurrence, les fusions, scissions et apports partiels d'actif concernant une société anonyme ou une société à responsabilité limitée. Il s'ensuit que le créancier qui s'oppose à une dissolution-confusion, doit exercer son action devant un tribunal commercial ou civil en fonction de la nature commerciale, civile ou mixte de la créance dont le paiement est menacé par l'opération.

184. La compétence territoriale. En l'absence de disposition spéciale, le créancier doit, conformément au droit commun⁴⁶⁴, porter son action à la connaissance de la juridiction du lieu du siège social de la société débitrice.

En plus de remplir les conditions relatives au délai et à la compétence, le créancier opposant doit également s'assurer d'avoir qualité et intérêt pour agir en justice.

B. Les conditions subjectives de recevabilité de l'opposition

185. La qualité à agir du créancier opposant. L'opposition est une mesure de protection réservée à certains créanciers des sociétés participant à l'opération de restructuration. En effet, seule l'action de ceux qui démontrent leur qualité à agir est recevable.

185-1. Cas des créanciers obligataires⁴⁶⁵. Il convient d'opérer une distinction selon que les créanciers détiennent des droits à l'encontre de la société bénéficiaire de l'opération ou de la société apporteuse. En effet, les obligataires de la société bénéficiaire n'ont pas vocation à connaître du projet de restructuration, mais peuvent donner mandat à leurs représentants pour s'opposer à l'opération de fusion⁴⁶⁶, scission⁴⁶⁷ ou apport partiel d'actif⁴⁶⁸ en cours. Quant aux obligataires de la société apporteuse⁴⁶⁹, ils sont directement intéressés par le projet de restructuration et peuvent, de ce fait, être remboursés ou être consultés. Dans la première hypothèse, la société apporteuse qui ne

⁴⁶³ En ce cas, le créancier, s'il n'est pas commerçant dispose normalement d'une option entre les juridictions civile et commerciale.

⁴⁶⁴ Art. 42 et 43 du Code de procédure civile.

⁴⁶⁵ L'art. L 236-7 du Code de commerce assimile les créanciers titulaires de titres participatifs aux créancier obligataires.

⁴⁶⁶ Art. L 236-15 du Code de commerce.

⁴⁶⁷ Art. 236-19 du Code de commerce.

⁴⁶⁸ *Ibid.* sur renvoi de l'art. L 236-22 du Code de commerce.

⁴⁶⁹ Ces règles applicables à la fusion concernent également la scission (art. L 236-18 du Code de commerce) et l'apport partiel d'actif (art. L 236-18 du Code de commerce sur renvoi de l'art. L 236-22 du Code de commerce).

veut pas faire ratifier le projet de restructuration par l'assemblée des obligataires offre le remboursement des titres sur simple demande de leur part. Dans la seconde hypothèse, si l'assemblée des obligataires refuse le projet de restructuration, la société peut poursuivre l'opération, mais cela ouvre alors la possibilité à leur représentant d'exercer le droit d'opposition.

Enfin, s'agissant des obligataires d'une société unipersonnelle qui fait l'objet d'une opération de dissolution-confusion, ils ont le choix entre demander le remboursement de leurs créances⁴⁷⁰ ou former une opposition⁴⁷¹.

185-2. Cas des créanciers non obligataires. Le Code de commerce autorise les créanciers non obligataires à former opposition en cas de fusion⁴⁷², de scission⁴⁷³ ou d'apport partiel d'actif⁴⁷⁴, lorsque la solidarité est exclue. Cette faculté est offerte aux créanciers non obligataires des sociétés participant à l'opération de restructuration⁴⁷⁵. Cela permet d'affirmer que, aussi bien les créanciers de la société bénéficiaire de la restructuration que ceux de la société apporteuse ont qualité pour agir aux termes de la loi. Certes, les risques encourus par chacune de ces deux catégories de créanciers sont différents, mais « ils n'en existent pas moins : les créanciers de la société (apporteuse) voient leur débiteur disparaître, les créanciers de la société bénéficiaire craignent la concurrence de nouveaux créanciers »⁴⁷⁶. Par ailleurs le fondement de la protection accordée aux créanciers exclut, pour leur accorder le bénéfice de l'opposition, la possibilité d'établir une distinction selon qu'ils soient créanciers de la société bénéficiaire de l'opération ou créanciers de celle effectuant l'apport. En effet, les deux sociétés sont assujetties au respect des engagements pris envers leurs créanciers et dès lors que ces engagements existent, elles ne doivent rien faire pour compromettre leur exécution. Or, la restructuration en cours constitue une menace pour l'exécution des droits de chaque catégorie de créanciers. Cette menace semble plus grande pour les créanciers de la société apporteuse. Mais, le fait qu'elle existe, même à un degré moindre, constitue une atteinte aux droits des créanciers de la société bénéficiaire et justifie qu'ils aient également la faculté de s'opposer à l'opération⁴⁷⁷.

⁴⁷⁰ Art. L 228-76 du Code de commerce.

⁴⁷¹ L'art. 1844-5 du Code civil qui prévoit que « l'opposition des créanciers sociaux » en général, est certainement applicable aux créanciers obligataires en particulier, V. dans ce sens M.-L. Coquelet, thèse préc., p. 224.

⁴⁷² Art. L 236-14 al. 2.

⁴⁷³ Art. L 236-21 al. 2.

⁴⁷⁴ Art. L 236-22.

⁴⁷⁵ Art. L 236-14 al. 2 et art. L 236-21 al. 2.

⁴⁷⁶ M. Germain, *op. cit.*, n° 68, p. 2 et s.

⁴⁷⁷ Pour l'opinion contraire, V. R. Raffray, thèse préc., n° 118 t s., qui soutient que la loi doit être interprétée de façon restrictive pour n'accorder le bénéfice de l'opposition qu'aux créanciers de la société apporteuse.

Lorsque la transmission universelle de patrimoine a lieu dans le cadre d'une dissolution-confusion, les créanciers de la société, peuvent selon l'article 1844-5 alinéa 3 du Code civil former opposition. La formulation de ce texte⁴⁷⁸ montre sans ambiguïté la volonté du législateur d'accorder la qualité à agir aux créanciers de la société unipersonnelle.

186. L'intérêt à agir du créancier opposant. Le créancier qui a qualité pour agir doit démontrer que l'opposition présente pour lui une utilité certaine. Son intérêt à agir repose ainsi sur l'objet et la date de naissance sa créance.

186-1. Etre titulaire d'une créance de somme d'argent. Bien que le Code civil et le Code de commerce ne posent aucune restriction quant à l'objet de la créance pouvant donner lieu à une opposition, la Cour de cassation considère que seules les créances de somme d'argent sont concernées⁴⁷⁹. Ce qui exclut du bénéfice de l'opposition les créanciers d'une obligation de donner autre chose qu'une somme d'argent, d'une obligation de faire ou de ne pas faire, et le cas échéant, d'une obligation de mise à disposition⁴⁸⁰.

186-2. Etre titulaire d'une créance parfaite avant la publicité de l'opération. L'article L 236-14 du Code de commerce⁴⁸¹ ouvre l'opposition aux personnes justifiant d'une créance antérieure à la publicité de l'opération de restructuration. Contrairement aux prescriptions des directives européennes, la Cour de cassation estime que cette créance doit être certaine, liquide et exigible pour que l'opposition soit recevable⁴⁸².

Comme dans les opérations emportant transmission universelle du patrimoine examinées, le droit des sociétés octroie une faculté d'opposition aux créanciers d'une société effectuant à une réduction de capital non motivée par des pertes. Il convient de ce fait d'étudier les conditions de recevabilité de l'action du créancier qui fait usage de son droit d'opposition au cours de cette restructuration.

⁴⁷⁸ L'art. 1844-5 al. 3 du Code civil dispose qu'« en cas de dissolution, celle-ci entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société unique à l'associé unique, sans qu'il y ait lieu à liquidation. Les créanciers peuvent faire opposition à la dissolution dans un délai de trente jours à compter de la publication de celle-ci. Une décision de justice rejette l'opposition ou ordonne soit le remboursement des créances, soit la constitution de garanties si la société en offre et si elles sont jugées suffisantes (...) ».

⁴⁷⁹ Pour une décision qui a été rendue en matière de fusion, V. Cass. com., 15 juil. 1992, *op. cit.*

⁴⁸⁰ V. *supra* n° 125.

⁴⁸¹ Sur ce point, les dispositions de ce texte sont applicables aux fusions, scissions, apports partiels d'actifs, et même aux dissolutions-confusions devant l'absence de précision de l'article 1844-5 du Code civil, V. CA Versailles, 11 fév. 1993, *Dr. soc.* 1993, n° 136, obs. T. Bonneau.

⁴⁸² Cass. com., 16 juil. 1985, préc. ; Cass. com., 21 janv. 2004, préc.

§ 2 . L'opposition en matière de réduction de capital non motivée par des pertes

187. Le domaine de l'opposition. En l'absence d'un passif à apurer, une société peut procéder à une réduction de son capital selon différentes méthodes, notamment, en rachetant ses propres droits sociaux. Lorsque ce rachat est volontaire, il peut traduire une simple restructuration financière limitée à une réduction de capital⁴⁸³. Il peut également s'inscrire dans le cadre d'une restructuration plus complexe et ainsi, permettre de diminuer le capital dans le but de préparer d'autres opérations comme, par exemple, une augmentation de capital, une fusion ou une scission⁴⁸⁴. A l'inverse, lorsque surviennent certains événements, la société peut se retrouver obligée d'acheter ses propres titres pour les annuler ensuite. La réduction est alors induite par le rachat et non décidée par la société à titre principal⁴⁸⁵. En conséquence, l'opération n'est pas soumise au droit commun de la réduction de capital non motivée par des pertes⁴⁸⁶ qui autorise les créanciers à s'opposer à l'opération mettant en péril l'exécution de leurs droits. L'exclusion du bénéfice de l'opposition pour les créanciers dans cette hypothèse peut s'expliquer par le fait que ce mécanisme est fondé sur l'assujettissement de la société qui réalise la réduction de capital motivée par des pertes à ces engagements antérieurs. Cet assujettissement met à la charge de la société débitrice une obligation d'abstention qui lui impose de ne rien faire qui compromette l'exécution de ces engagements. Cette obligation d'abstention se manifeste par un devoir de loyauté pour la société dans l'exécution de ses engagements et par l'opposabilité de ces engagements aux tiers⁴⁸⁷. Or, lorsque la réduction de capital non motivée par des pertes n'est pas voulue par la société, mais résulte de façon « mécanique d'un fait ou d'un événement extérieur à la collectivité des associés »⁴⁸⁸, comme c'est le cas du retrait d'un actionnaire ou associé, la société ne contrevient pas à cette obligation d'abstention⁴⁸⁹. Certes, la réduction de capital induite par le rachat de ses propres titres par la société porte atteinte aux droits de créance qui lui sont antérieurs de la même façon que lorsqu'elle est volontairement décidée par les actionnaires ou associés. Pour autant, la protection accordée aux créanciers ne peut pas être la même dans les deux situations, puisque dans la première, la société débitrice a été contrainte

⁴⁸³ V. R. Mortier, *JurisClasseur Sociétés Traité*, fasc. 1659, *Rachats d'actions ou de parts sociales en vue d'une réduction du capital social*, 2011.

⁴⁸⁴ Ces opérations sont précisées par l'art. R. 225-156 du Code de commerce. Pour une étude détaillée de ce texte, V. R. Mortier, *JurisClasseur Sociétés Traité*, fasc. 1658, *Rachats d'actions ou de parts sociales. Généralités*, n° 23, 2014.

⁴⁸⁵ *Ibid*, n° 34.

⁴⁸⁶ *Ibid*, n° 33.

⁴⁸⁷ V. *supra* n° 126 et s.

⁴⁸⁸ V. A. Viandier, note sous CA Paris, 12 janv. 1982, *JCP G* 1983, II, 19949.

⁴⁸⁹ *Contra* R. Mortier, *op. cit.*, n° 34.

d'effectuer la restructuration et n'a pas pris de façon délibérée une décision pouvant se révéler incompatible avec le respect de ses obligations antérieures.

Les créanciers qui ont le bénéfice de l'opposition doivent se conformer aux conditions de recevabilité de leur action en justice.

188. Les conditions objectives de recevabilité. L'opposition d'un créancier à la réduction de capital non motivée par des pertes de la société qui lui est débitrice est soumise au respect de certaines règles quant au délai pour agir en justice et à la compétence de la juridiction pouvant connaître de son action.

L'opposition doit ainsi être formée dans un délai variable selon la forme de la société. Il est de vingt jours pour les sociétés par actions⁴⁹⁰ et de trente jours pour les sociétés à responsabilité limitée⁴⁹¹ et court à compter de la date du dépôt au greffe du procès verbal de délibération de l'assemblée générale ayant décidé la réduction de capital. Ce délai est suspensif et l'opération ne peut commencer tant qu'il n'a pas expiré⁴⁹², ni, dans les sociétés anonymes, avant qu'un juge n'ait statué en première instance sur cette opposition⁴⁹³.

Par ailleurs, le créancier opposant doit, par voie d'assignation dirigée contre la société, porter son action devant le tribunal de commerce⁴⁹⁴. A l'instar de ce qui se passe en matière d'opposition à une opération emportant transmission universelle de patrimoine, cette règle de compétence matérielle déroge au droit commun. Toutefois, en l'absence de disposition déterminant spécialement le tribunal de commerce territorialement compétent, le créancier doit saisir celui du ressort du siège de la société débitrice⁴⁹⁵.

189. Les conditions subjectives de recevabilité. L'opposition étant, nous le savons, une action attitrée, le créancier agissant doit justifier d'une certaine qualité en plus de son intérêt à agir.

⁴⁹⁰ Art. R 225-152 du Code de commerce.

⁴⁹¹ Art. R 223-35 du Code de commerce.

⁴⁹² Art L 225-205 al. 3 pour les sociétés par actions et L. 223-34 al. 3 pour les SARL.

⁴⁹³ Art L 225-205 al. 3.

⁴⁹⁴ *Ibid.* al. 2 et R 223-25 al. 2 du Code de commerce.

⁴⁹⁵ Art. 42 et 43 du Code de procédure civile.

189-1. Qualité à agir. L'opposition n'est ouverte qu'aux créanciers des SA et SARL, ceux des sociétés à responsabilité illimitée, bénéficient d'une inopposabilité de la réduction⁴⁹⁶. Peuvent ainsi s'opposer à l'opération, en application des articles L 223-34 et L 225-205 du Code de commerce, les créanciers ordinaires, qu'ils soient chirographaires ou titulaires de sûretés, et le représentant de la masse des obligataires après autorisation expresse de cette dernière.

189-2. Intérêt à agir. Le créancier opposant doit justifier d'un droit de créance antérieur au dépôt au greffe du tribunal de commerce de la délibération de l'assemblée générale extraordinaire décidant ou autorisant la réduction capital non motivée par des pertes⁴⁹⁷. Comme en matière de transmission universelle de patrimoine pouvant donner lieu à une opposition des créanciers, il nous semble que la créance doit porter sur une somme d'argent, et être certaine, liquide et exigible⁴⁹⁸. Certes, les magistrats n'ont pas encore eu l'occasion de se prononcer sur ce point, mais une restriction jurisprudentielle des conditions légales similaire à celle qui a été faite en matière de transmission universelle de patrimoine n'est pas à exclure⁴⁹⁹.

190. Conclusion de la section. L'examen de la jurisprudence révèle que l'opposition est très rarement exercée en pratique. Cela s'explique sans doute par le fait que le créancier opposant doit agir en justice, à la différence de l'opposition à une vente de fonds de commerce qui se fait par simple acte extrajudiciaire. Par ailleurs, la brièveté du délai pour agir et la restriction considérable par la jurisprudence du domaine de l'opposition réduisent les chances de succès de l'action. Ainsi, à notre connaissance, il n'existe que quelques rares décisions qui ont jugé l'opposition bien-fondée⁵⁰⁰. Enfin, l'opposition des créanciers, en matière de transmission universelle de patrimoine, n'est possible que si la restructuration concerne certaines formes de société : les SA et les SARL. En dehors de ces formes sociales, le recours au droit commun est de rigueur pour assurer la protection des créanciers. Deux exceptions doivent cependant être signalées. En premier lieu, l'opposition des bailleurs à une opération de fusion ou de scission prévue par l'article R 236-10 du Code de commerce⁵⁰¹ qui fait partie des dispositions communes à toutes les sociétés commerciales, est possible dès lors qu'une de ces sociétés est concernée par l'opération de restructuration. En second

⁴⁹⁶ V. *supra* n° 320 en note ; *adde* S. Dana-Démaret, *Le capital social*, Litec, 1989, p. 297, n° 270.

⁴⁹⁷ Art. L 225-205 al. 1^{er} et L 223-34 al. 3 du Code de commerce.

⁴⁹⁸ V. *supra* n° 186 et s.

⁴⁹⁹ *Contra* B. Lecourt, *op. cit.*, n° 66.

⁵⁰⁰ V. T. com., Paris, 7 juin 1985, JurisData n° 1986-764807 et CA Lyon, 19 juil. 1996, JurisData n° 1996-055892, pour les transmissions universelles du patrimoine. Dans le cas de la réduction de capital non motivée par des pertes, une seule décision Cass. soc., 19 janv. 2010, préc., fait état, à notre connaissance de la mise en oeuvre opposition.

⁵⁰¹ Aux termes de ce texte, « les bailleurs des locaux loués aux sociétés absorbées ou scindées peuvent également former opposition à la fusion ou à la scission dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article R 236-8 du Code de commerce ».

lieu, l'opposition d'un créancier à une dissolution-confusion relève d'une disposition du droit commun des sociétés, ce qui permet d'y recourir à chaque fois que cette opération de restructuration est utilisée par une société.

Section 2 : Les actions judiciaires des salariés fondées sur la violation de l'article L 1224-1 du Code du travail

191. L'identification des atteintes portées aux droits des salariés. Dès lors qu'une restructuration emporte « le transfert d'une entité économique conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise »⁵⁰², elle est soumise à l'article L 1224-1 du Code du travail. En vertu de ce texte dont les dispositions sont d'ordre public, les contrats de travail se poursuivent de plein droit avec le nouvel employeur⁵⁰³. En conséquence, toute clause contractuelle dérogeant à ses effets est nulle. Toutefois, la jurisprudence révèle plusieurs types de violation de l'article L 1224-1 du Code du travail, à travers lesquelles, les sociétés visent son application frauduleuse ou tentent, au contraire, de se soustraire à son caractère impératif.

La première hypothèse concerne notamment toute société qui, dans le but de se séparer d'une partie de son personnel, crée artificiellement une entité économique autonome avant de la transférer avec le personnel qui y est attaché⁵⁰⁴. Une autre variante de cette fraude au droit des licenciements économiques consiste à réaliser une restructuration réelle, le problème résidant alors dans le fait que le transfert bénéficie à « une société condamnée à une liquidation judiciaire certaine dont l'incapacité à poursuivre durablement l'activité économique était connue du cédant »⁵⁰⁵. Elle concerne également la mutation de salariés dont la société veut se séparer, à une branche d'activité

⁵⁰² Cass. ass. plén., 16 mars 1990, préc.

⁵⁰³ Cass. soc., 20 oct. 1994, *JCP E*, II, 726, 2^{ème} espèce, note J.-J. Serret.

⁵⁰⁴ Cass. soc., 2 mars 2009, *RJS* 2009, n° 479, dans cette affaire, la société « avait procédé à la cession d'une structure créée artificiellement sans activité économique autonome antérieure », ce qui a permis aux juges du fond de « déduire qu'il n'y avait pas eu transfert d'une entité économique autonome conservant son identité et dont l'activité avait été poursuivie sous une autre direction, ce dont il résultait que les conditions d'application de l'article L 1224-1 du Code du travail n'étaient pas réunies ».

⁵⁰⁵ P. Morvan, *op. cit.*, n° 390 et s.

destinée à être cédée pour bénéficier du mécanisme de transfert automatique de leurs contrats de travail⁵⁰⁶.

Dans la seconde hypothèse, pour faire échec aux dispositions de l'article L 1224-1 du Code du travail, des licenciements économiques⁵⁰⁷ peuvent intervenir avant le transfert⁵⁰⁸ ou à l'occasion du transfert⁵⁰⁹. Cela peut être le fait du cédant uniquement⁵¹⁰ ou résulter d'une collusion frauduleuse entre lui et le cessionnaire⁵¹¹. Toutefois, il convient de préciser que même des événements postérieurs au transfert peuvent contrevenir à l'application de l'article L 1224-1 du Code du travail. Il peut s'agir d'une modification illicite d'un contrat de travail transféré⁵¹² ou d'un licenciement postérieur⁵¹³, étant entendu que celui-ci, à la différence d'un licenciement antérieur, peut échapper à une déclaration d'illégalité⁵¹⁴.

Ces différents litiges se rapportant à l'exécution ou à la rupture du contrat de travail remettent en cause la force obligatoire des engagements antérieurs à la restructuration et celles des obligations induites par cette restructuration, en méconnaissance des droits de créance des salariés. Lesquels bénéficient de ce fait d'une protection qui peut être réclamée en justice. Pour que l'action judiciaire du salarié qui invoque ou réfute l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail soit recevable, il doit se conformer à certaines conditions de recevabilité.

192. Conditions objectives de recevabilité de l'action du salarié. L'action du salarié, comme toute action prud'homale, relève de la matière civile. Dans ce domaine, la prescription de droit commun est de cinq ans pour les actions personnelles ou mobilières⁵¹⁵, sous réserve des cas dans lesquelles la

⁵⁰⁶ Cass. soc., 29 mai 1991, préc.

⁵⁰⁷ Sous réserve du fait qu'ils ne manifestent pas une collusion entre l'entreprise effectuant le transfert et celle qui en bénéficie, les licenciements pour motif personnel sont considérés comme valables par la jurisprudence, Cass. soc., 18 fév. 1988, *Bull. civ.*, V, n° 114.

⁵⁰⁸ Notons, qu'il est possible de licencier des salariés aussi bien avant, qu'après le transfert de l'entité économique à laquelle ils sont affectés, à la condition que ce transfert ne constitue pas le motif du licenciement. V. CA Versailles, 7 janv. 2015, *JurisData* n° 2015-000141.

⁵⁰⁹ Cass. soc., 4 juil. 2012, préc.

⁵¹⁰ Il n'est pas nécessaire que, par le licenciement, le cédant ait voulu empêcher frauduleusement l'application de l'article L 1224-1 du Code du travail. En effet, la Cour de cassation estime qu'un licenciement prononcé par le cédant avant le transfert, même s'il est régulier est sans effet dès lors que le salarié concerné est, par la suite, embauché par le cessionnaire, Cass. soc., 26 oct. 1994, *Dr. soc.* 1995, p. 55, obs. H. Blaise ; *JCP E* 1995, II, 726, 1^{ère} espèce, note J.-J. Serret. Cette solution étend aux entreprises saines, une jurisprudence spécifique aux procédures collectives Cass. soc., 10 juin 1982, *Bull. civ.*, V, n° 389 ; Cass. soc. 27 juin 1990, *Jurisp. soc. UIMM*, n° 90-532, p. 390 ; H. Blaise, « L'article L 122-12 après la tourmente : vers la stabilisation de la jurisprudence ? », *Dr. soc.* 1991, p. 246 et s., spéc. p. 248.

⁵¹¹ Cass. soc., 29 oct. 1962, *Bull. civ.*, IV, n° 761 ; Cass. soc., 15 oct. 1987, préc. ; Cass. soc., 16 janv. 2001, *Recueil D.* 2001, p. 829 ; Cass. soc. 8 déc. 2004, *RJS* 2005, n° 127.

⁵¹² Cass. soc., 20 janv. 2004, *Bull. civ.*, V, n° 9.

⁵¹³ Cass. soc., 22 sept. 1993, *Bull. civ.*, V, n° 220 ; *RJS* 1993, n° 1072 ; *adde* CA Poitiers, 30 mai 2012, *JurisData* n° 2012-012422.

⁵¹⁴ P. Morvan, *op. cit.*, n° 333.

⁵¹⁵ Art. 2224 du Code civil.

loi prévoit des délais spéciaux. Ainsi, depuis la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, l'article L 3245-1 du Code du travail énonce que « l'action en paiement et en répétition du salaire se prescrit par trois ans ». Selon la jurisprudence, cette prescription triennale régit toutes les créances présentant un caractère salarial⁵¹⁶. Les indemnités de licenciement n'ont pas une fonction de rémunération, tout comme les dommages et intérêts pour rupture irrégulière du contrat de travail⁵¹⁷ et sont, par conséquent, soumis à la prescription de droit commun. Il en va de même pour l'action du salarié visant à obtenir l'annulation du transfert frauduleux de son contrat de travail, la poursuite de son contrat de travail illégalement rompu, l'exécution forcée par le cessionnaire des obligations mises à sa charge par l'article L 1224-1 du Code du travail.

Le salarié dont l'action n'est pas prescrite doit saisir le conseil de prud'hommes, aux termes de l'article 1411-1 du Code du travail, dès lors qu'il peut justifier d'un contrat de travail de droit privé et établir que le litige est individuel et en lien avec son travail⁵¹⁸.

Par dérogation aux dispositions de l'article 42 du Code de procédure civile, l'article L 1412-1 du Code du travail précise les règles de compétence territoriale du conseil de prud'hommes. Le salarié doit porter l'affaire à la connaissance de la juridiction dans le ressort de laquelle est situé l'établissement où il accomplit son travail. S'il travaille en dehors de tout établissement, le conseil de prud'hommes compétent est celui de son domicile. Le salarié peut également saisir la juridiction du lieu où l'engagement a été contracté ou celle du lieu où l'employeur est établi.

Le salarié qui agit devant le conseil de prud'hommes compétent dans le délai prescrit pour son action doit également s'assurer de satisfaire des conditions subjectives de recevabilité.

193. Conditions subjectives de recevabilité de l'action du salarié. Les différentes actions par lesquelles le salarié protège ses droits de créance en cas de violation de l'article L 1224-1 du Code du travail doivent respecter les règles de droit commun quant à l'intérêt et à la qualité à agir.

Le salarié doit ainsi avoir un intérêt né et actuel, direct et personnel⁵¹⁹.

⁵¹⁶ V. R. Pautrat, Rép. dr. trav. Dalloz, *V° Conseil de prud'hommes (Procédure)*, 1994, n° 13 et s ; F. Debord, Rép. dr. trav. Dalloz, *V° Salaires (Paiement)*, 2011, n° 127 et s.

⁵¹⁷ R. Pautrat, *op. cit.*, n° 15 ; F. Debord, *op. cit.*, n° 132.

⁵¹⁸ Sur les conditions de la compétence d'attribution du conseil de prud'hommes, V. R. Pautrat, Rép. dr. trav. Dalloz, *V° Conseil de prud'hommes (Compétence)*, 1994, n° 9 et s. ; *adde* cabinet Bredin-Prat, C. Gaillard et A. Sybillin, Rép. proc. civ. Dalloz, *V° Prud'hommes*, 2014, n° 119 et s.

Quant à sa qualité à agir, elle repose sur la défense de ses droits de créance dont l'exécution est compromise dans le cadre d'une restructuration. Il doit diriger son action à l'encontre de la société cédante et/ou de la société cessionnaire.

194. Conclusion de la section. En fonction de l'atteinte à ses droits de créance subie par le salarié du fait de la violation de l'article L 1224-1 du Code du travail, il dispose de différentes actions en justice visant à imposer le respect de leur force obligatoire. Ces actions qui doivent être exercées avant l'expiration de leur délai de prescription, relèvent de la compétence du conseil des prud'hommes. Le salarié doit, en tant que demandeur, établir qu'il a intérêt et qualité pour agir et s'assurer d'assigner en défense l'auteur de la violation et, en cas de collusion frauduleuse, son complice.

195. Conclusion du chapitre. L'étude des conditions de recevabilité des actions exercées par certaines catégories spécifiques de créanciers a montré que la volonté affichée de la loi de mettre en place des mesures de protection en leur faveur peut être remise en cause par l'interprétation restrictive qu'en fait la Cour de cassation. Si les salariés ne subissent pas une telle diminution jurisprudentielle de leur protection, ce n'est pas le cas des créanciers opposants comme en témoignent les très rares cas dans lesquels leur opposition est acceptée.

196. Conclusion du titre. Les différentes actions de justice, à travers lesquelles les créanciers réclament le respect de la force obligatoire de leurs droits obéissent à des conditions de recevabilité. L'étude de ces différentes actions a donc permis d'identifier pour chaque action, les conditions auxquelles doit se conformer le créancier agissant pour que le juge puisse examiner sa demande et la déclarer bien ou mal fondée. En fonction de l'action exercée, ces conditions sont plus ou moins accessibles, ce qui peut aboutir dans certains cas, comme la mise en œuvre du droit d'opposition des créanciers sociaux, à créer une protection illusoire.

Il convient de ce fait d'étudier l'efficacité des sanctions prononcées.

⁵¹⁹ V. R. Pautrat, Rép. proc. civ., V° Conseil de prud'hommes (Procédure) préc., n° 7.

Titre 2 : L'efficacité de la protection des créanciers

197. La vérification des effets produits par les sanctions condamnant la société débitrice et son éventuel complice. Lorsque qu'une société débitrice effectue une restructuration et que celle-ci porte atteinte aux droits de ses créanciers, ils sont en droit de prendre les mesures nécessaires pour protéger leurs créances. Ces mesures correspondent pour l'essentiel à des actions judiciaires⁵²⁰. La protection des créanciers poursuivants passe ainsi par les sanctions obtenues en justice à l'encontre de la société débitrice et de son complice dans les cas où elle se fait aider d'un tiers pour entraver l'exécution de ses obligations au cours d'une ou plusieurs opérations de restructuration. Pour déterminer l'efficacité de la protection accordée aux créanciers, il faut donc vérifier si ces sanctions produisent les effets attendus par les créanciers. Or, ceux-ci, vu la force obligatoire de leurs créances, sont en droit d'espérer légitimement se retrouver dans la situation dans laquelle ils étaient avant que la restructuration n'intervienne ou, à défaut, d'être indemnisés. Autrement dit, une fois la sanction appliquée, la société doit, toutes les fois où l'exécution de ses obligations est encore possible, être de nouveau en mesure de donner une entière satisfaction aux créanciers agissants. Par ailleurs, dans les hypothèses où l'exécution est insuffisante pour compenser l'atteinte portée aux droits des créanciers ou tout simplement impossible, le préjudice affectant ces derniers doit être réparé intégralement de sorte à neutraliser ses effets. L'étude des différentes sanctions s'appliquant à la société débitrice et, le cas échéant, à son complice, montre qu'elles ont une efficacité relative (Chapitre 1). Ce qui rend nécessaire la mise en cause des dirigeants responsables des atteintes aux droits des créanciers, bien que cela ne garantisse pas réellement une meilleure protection à ces derniers (Chapitre 2).

⁵²⁰ V. *supra* n° 148 et s.

Chapitre 1 : Les sanctions insuffisantes de la société débitrice

198. La finalité des sanctions. Au cours de sa restructuration, une société prend de nouveaux engagements ou peut adopter un comportement dommageable de nature à compromettre l'exécution de ses obligations antérieures. Le créancier antérieur qui subit une atteinte du fait de la restructuration peut ainsi poursuivre la société débitrice en justice pour obtenir une sanction. En fonction de la demande introduite devant le juge, la sanction doit, dans certaines situations, permettre de reconstituer le patrimoine de la société débitrice ou de son garant pour sauvegarder le droit de gage du créancier agissant en lui rendant l'acte juridique litigieux inopposable ou en l'annulant (Section 1). Dans les autres situations, la sanction consiste, en général, en une réparation du préjudice causé au créancier (Section 2). Il convient alors de déterminer dans quelle mesure les sanctions obtenues par le créancier assure la protection effective de ses droits.

Section 1 : De l'inopposabilité à la nullité de l'acte juridique litigieux

199. Les sanctions visant l'inefficacité de l'acte juridique litigieux. En général, les atteintes aux droits du créancier sont réalisées par un acte juridique⁵²¹ qui matérialise tout ou partie de la restructuration. Il peut s'agir d'un contrat préparant la restructuration ou d'une modalité spécifique de la restructuration comme l'attribution d'un droit au bail à la société bénéficiaire de l'opération⁵²², voire d'un jugement par lequel la société débitrice organise une fraude relative à une restructuration. L'acte juridique litigieux peut également correspondre au procès verbal de l'assemblée adoptant la décision d'effectuer l'opération. Ainsi, la restructuration de la société débitrice peut constituer en elle-même une méconnaissance des droits de créance détenus à son encontre, car il arrive qu'elle remette en cause l'exécution de ces droits en altérant le gage général

⁵²¹ En matière de fraude paulienne, V. *supra* n° 88.

⁵²² V. Cass. com., 11 févr. 1986, préc., pour une attribution frauduleuse de droit au bail à un associé personne morale au cours d'une réduction de capital non motivée par des pertes.

du créancier. Ces atteintes ne peuvent être sanctionnées qu'en rendant l'acte juridique en cause inefficace à l'égard du créancier agissant, voire à l'égard de tous. Autrement dit, selon ce qui est nécessaire pour supprimer l'atteinte portée à son droit de créance, l'inefficacité de l'acte peut être prononcée sous la forme d'une inopposabilité (§1) ou d'une nullité (§2). Le but de ces deux sanctions est de sauvegarder le droit du créancier. Ce qui n'est possible qu'une fois que l'atteinte est supprimée, le créancier pouvant alors récupérer son droit en l'état.

§ 1 . L'inopposabilité de l'acte juridique litigieux

200. Plan. Dans la majorité des cas, la violation du droit du créancier peut être sanctionnée par l'inopposabilité de l'acte juridique qui contrevient à son exécution. Il convient de traiter des atteintes pouvant entraîner le prononcé de cette sanction (A) avant de déterminer ses effets (B).

A. Les atteintes aux droits des créanciers sanctionnées par l'inopposabilité de l'acte juridique litigieux

201. L'exigence d'atteintes déterminées. Lorsqu'elles sont bien-fondées, de nombreuses actions en justice du créancier dirigées contre la société débitrice⁵²³ et, le cas échéant, son complice, peuvent entraîner l'inopposabilité de l'acte juridique concerné. Il s'agit des actions attaquant les différentes fraudes de la société débitrice et de son éventuel complice et de celle qui met en œuvre l'opposition du créancier.

202. La preuve d'une fraude aux droits du créancier. A travers sa restructuration, une société débitrice, aidée ou non d'un tiers, peut recourir à une fraude paulienne, une fraude par un jugement ou une fraude générale pour compromettre l'exécution des droits de son créancier. Lorsqu'elles sont prouvées, ces différentes fraudes peuvent rendre l'acte frauduleux inopposable au créancier. Il appartient ainsi à celui-ci d'établir la réalité de la fraude qu'il invoque pour que le juge déclare son action bien-fondée. Pour cela, le créancier doit d'abord prouver que l'acte a porté atteinte à son droit de créance, qu'il s'agisse d'une somme d'argent⁵²⁴ ou d'un droit spécial⁵²⁵. Ensuite, il doit

⁵²³ L'opération de restructuration qui porte atteinte aux droits du créancier bénéficiant de sûretés réelles ou personnelles peut être organisée par la société débitrice ou son garant. Dans la pratique, le garant qui correspond, en général, à une personne physique dirigeant la société débitrice ou à une personne morale effectue ainsi une restructuration dans le but d'échapper à l'exécution du droit de créance détenu à son encontre ou dans le but de diminuer son efficacité.

⁵²⁴ V. *supra* n° 79 et s.

démontrer qu'en l'effectuant, la société débitrice a eu l'intention de constituer un obstacle à l'exécution des droits de créance détenus à son encontre⁵²⁶. Enfin, dans le cas où un tiers a participé pendant l'opération à l'élaboration de l'acte juridique ou matériel frauduleux, le créancier poursuivant doit établir qu'il y a eu un concert frauduleux entre ce tiers et la société débitrice⁵²⁷.

203. Le cas particulier d'une fraude générale avérée. La fraude générale est réalisée au moyen d'un acte matériel pendant la restructuration de la société débitrice. Dans ce cas, c'est le résultat obtenu par la société qui détermine l'étendue de la sanction. Ainsi, lorsque le succès de la manœuvre frauduleuse implique que ce soit toute la restructuration qui porte atteinte à l'exécution du droit du créancier, celui-ci peut demander au juge l'inopposabilité de l'opération. En effet, la fraude doit avoir pour effet sa propre inefficacité⁵²⁸ et cette inefficacité est proportionnelle à la gravité de l'atteinte causée au droit du créancier pour que celui-ci puisse être exécuté malgré la fraude.

204. La sanction d'une opposition acceptée par le juge. L'inopposabilité de la restructuration, sous réserve du respect de certaines conditions, peut renforcer la protection des créanciers disposant d'une faculté d'opposition. En effet, en présence de transmissions universelles de patrimoine déterminées ou d'une réduction de capital non motivée par des pertes, la loi offre au créancier la faculté de former opposition devant un tribunal⁵²⁹. Le juge apprécie alors si la restructuration est de nature à contrevenir à l'exécution de son droit de créance, autrement dit à son paiement. Pour cela, l'examen de la jurisprudence montre que peuvent être pris en considération l'amenuisement de l'assiette du gage du créancier chirographaire et la perte ou la diminution des garanties du créancier titulaire de sûretés opérés par la restructuration. C'est ainsi que dans le cadre d'un apport partiel d'actif⁵³⁰ dont le projet prévoit une répartition du passif entre la société apporteuse et la société bénéficiaire, sans solidarité entre elles, l'opposition d'un créancier non obligataire de la société apporteuse est jugée recevable. En effet, aux termes du traité d'apport, la société bénéficiaire devient débitrice des sommes dues à ce créancier au lieu et place de la société apporteuse. Seulement, la société bénéficiaire est une société nouvelle qui ne fournit aucun élément sur sa surface financière. Il s'ensuit que la substitution de débiteur résultant de la restructuration n'est pas de nature à donner au créancier les assurances suffisantes sur le remboursement de sa

⁵²⁵ V. *supra* n° 86 et s.

⁵²⁶ V. *supra* n° 90 et s., 94 et 98.

⁵²⁷ V. *supra* n° 92.

⁵²⁸ J. Vidal, *op. cit.*, p. 440.

⁵²⁹ V. *supra* n° 121 et s.

⁵³⁰ T. com. Paris, 7 juin 1987 préc.

créance, d'autant plus que les échéances prévues à cette fin n'ont pas été respectées. Ce qui justifie que la société apporteuse soit solidairement tenue avec la société bénéficiaire du paiement de la créance. Dans la même logique, il a été décidé qu'un créancier est bien-fondé à former opposition au projet de fusion-absorption susceptible de modifier l'actif de la société débitrice qui constitue la garantie de paiement de sa créance⁵³¹. Enfin, l'opposition d'un créancier nanti à la dissolution sans liquidation de la société débitrice par réunion des parts en une seule main est accueillie dans la mesure où l'opération lui fait perdre ses garanties sur les actions de l'associé unique détenues par la société dissoute et où aucune proposition de garanties équivalentes ne lui a été faite⁵³².

Dès lors que l'opposition est bien fondée, le tribunal ordonne le remboursement de la créance ou la constitution de garanties⁵³³ si la société en offre et qu'il les estime suffisantes. Le remboursement devrait ainsi profiter au créancier dont la créance est exigible, parce qu'il est en position d'en réclamer le paiement immédiat. Quant à la constitution de garanties, si la société bénéficiaire d'une fusion, d'une scission ou d'un apport partiel d'actif ou la société unipersonnelle faisant l'objet d'une dissolution sans liquidation en fait la proposition, elle devrait être privilégiée en présence d'une créance à terme ou d'une créance issue d'un contrat à exécution successive dont le montant n'est pas du tout ou seulement en partie couvert par une sûreté, à condition que le juge estime les garanties suffisantes.

Toutefois, si la décision du tribunal est inexécutée, la restructuration est inopposable au créancier. Notons que cette règle ne concerne que les fusions, scissions et apports partiels d'actifs. Il n'est pas fait mention d'une inopposabilité de la restructuration en cas d'inexécution du jugement accueillant l'opposition à la dissolution d'une société unipersonnelle emportant transmission universelle à l'associé unique par l'article 1844-5 alinéa 3 du Code civil ou à la réduction de capital non motivée par des pertes par les articles L 223-34 alinéa 3 et L 225-205 alinéa 2 du Code de commerce. Cela s'explique sans doute par le fait que l'opposition du créancier est suspensive dans ces deux opérations. En conséquence, dans le cas d'une dissolution, la transmission universelle du patrimoine n'intervient qu'après le remboursement de la créance ou la constitution de garanties permettant de se conformer au jugement rendu en faveur du créancier. S'agissant d'une réduction de capital non

⁵³¹ CA Lyon, 3^{ème} ch., 19 juil. 1996 préc.

⁵³² CA Poitiers, 14 nov. 2000, JurisData n° 2000-138886.

⁵³³ Il peut s'agir de sûretés réelles ou personnelles. Il appartient à la société d'en offrir, le juge ne peut se substituer à elle et en imposer la constitution, V. CA Poitiers, 14 nov. 2000 préc. Il doit toutefois, lorsque la société propose des sûretés, vérifier si elles sont suffisantes pour garantir le paiement de la créance.

motivée par des pertes dans une société par actions⁵³⁴, l'opposition justifiée d'un créancier interrompt l'opération qui ne peut être poursuivie qu'une fois que la décision du juge imposant le remboursement ou la constitution de garantie a été exécutée. Dans les deux hypothèses, l'effet suspensif de l'opposition se rapproche un peu du résultat obtenu en cas d'inopposabilité de la restructuration puisque le patrimoine de la société débitrice reste le gage général du créancier tant que son droit n'a pas été exécuté.

B. Les effets de l'inopposabilité de l'acte juridique litigieux

205. Notion d'inopposabilité. Pour D. Bastian⁵³⁵, auteur d'une des études incontournables sur le sujet, l'inopposabilité consiste en « l'inefficacité au regard des tiers d'un droit né par suite de la passation ou par suite de la nullité d'un acte juridique ». A ce titre, le droit reste valable entre les parties mais ne peut pas produire d'effets à l'égard des tiers. Certes, il est admis que le respect d'un droit s'impose aux tiers dès le moment où il existe dans l'ordre juridique. Ils ne peuvent ignorer la situation juridique qui en résulte puisqu'elle leur est opposable. Cependant, de manière exceptionnelle, l'inopposabilité du droit permet aux tiers qui en font la demande en justice de ne pas tenir compte de sa naissance. Ainsi, l'inopposabilité au créancier de l'acte juridique litigieux l'autorise à obtenir l'exécution de son droit comme si cet acte n'avait pas été accompli. Autrement dit, cette sanction protège le créancier agissant en ce qu'elle anéantit à son égard les conséquences de la restructuration qui peuvent lui nuire, en cas d'inexécution d'un jugement acceptant son opposition à une fusion, une scission ou un apport partiel d'actif. De même, l'inopposabilité assure la protection des droits du créancier même lorsqu'elle ne frappe pas toute l'opération, mais se limite, par exemple, à un droit⁵³⁶ qui a été frauduleusement transféré au cours de la restructuration.

206. Sauvegarde du droit du créancier. Le principal effet de l'inopposabilité consiste à sauvegarder le droit du créancier agissant et à lui permettre de l'exercer dans les mêmes conditions que si que l'acte juridique n'avait pas été conclu. Cet effet est le même selon que l'opération réalisée par la société débitrice contrevienne, d'une part, à l'exécution d'une obligation de payer une somme

⁵³⁴ Art. L 225-205 alinéa 4 du Code de commerce.

⁵³⁵ D. Bastian, *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, thèse Paris, Sirey, 1929, p. 3.

⁵³⁶ La Cour de cassation a ainsi admis l'inopposabilité au créancier paulien de l'attribution à un associé du droit au bail résultant d'une réduction de capital non motivée par des pertes, Cass. com., 11 févr. 1986, préc.

d'argent ou, d'autre part, à l'exécution d'une obligation de faire, de ne pas faire, de donner autre chose qu'une somme d'argent, et le cas échéant, de mettre à disposition⁵³⁷.

Dans la première hypothèse, la restructuration ou l'acte juridique constitue un obstacle au paiement de la somme due au créancier agissant parce qu'un amenuisement de son gage général en résulte. Ainsi, lorsque l'opération emporte une transmission universelle de tout ou partie du patrimoine d'une société au profit d'une autre, les créanciers de l'apporteuse, subissent un concours avec ceux de la bénéficiaire. Par ailleurs, les créanciers de la société bénéficiaire de la transmission universelle de patrimoine peuvent également voir leurs chances de paiement diminuer significativement si le passif de la société apporteuse est trop important. En dehors d'une transmission universelle du patrimoine, la société débitrice se dessaisit par la restructuration d'une partie de son patrimoine et diminue de ce fait le gage général de ses créanciers. L'inopposabilité de l'acte organisant le dessaisissement au créancier agissant fait, par conséquent, disparaître l'entrave au paiement de sa créance. Elle autorise le créancier à ignorer le droit du tiers à qui profite le transfert, ce qui supprime à son égard les conséquences nuisibles de la restructuration. Il se retrouve donc dans sa situation initiale et récupère ses prérogatives antérieures à la restructuration. Celle-ci reste valable pour la société débitrice et les tiers, mais ne donne plus lieu à une violation de son droit de créance. En pratique, cela signifie que le créancier peut se faire payer sur le patrimoine ou le bien transmis à un tiers pendant la restructuration comme si celle-ci n'était jamais intervenue. Ainsi, l'inopposabilité profitant, par exemple, à un créancier qui s'oppose à la restructuration de la société apporteuse, lui évite le concours avec les créanciers de la société bénéficiaire. Le patrimoine de la société apporteuse restera son gage exclusif jusqu'à son complet paiement. De même, l'inopposabilité d'un apport partiel d'actif frauduleux au créancier agissant, sauvegarde son droit de gage en opérant à son profit, le temps que son droit soit exécuté, une reconstitution fictive du patrimoine de la société apporteuse pour qu'il retrouve son état antérieur à la restructuration. Par ailleurs, il convient de préciser que la disparition de la société débitrice suite à une transmission universelle de patrimoine notamment, n'a pas d'incidence sur l'exercice de son droit, puisque l'inopposabilité ne suppose pas nécessairement une restitution du bien ou de l'universalité constituant son gage général. Dans ce cas, l'inopposabilité entraîne en une séparation de patrimoine fictive en vertu de laquelle le créancier peut obtenir un paiement, entre les mains de la société bénéficiaire, sur l'universalité qui lui a été transmise. Certes, un auteur considère que « l'inopposabilité qui sanctionne ordinairement un acte frauduleux – une aliénation à titre particulier – sur le fondement de l'article 1167 du Code civil a pour effet de faire réintégrer dans le patrimoine du débiteur le bien qui en est sorti, dans la mesure du

⁵³⁷ V. *supra* n° 52.

préjudice causé au créancier ; elle ne conduit pas à une séparation des patrimoines qui est pourtant la seule conséquence possible d'une inopposabilité atteignant l'acte juridique et entraînant la disparition du débiteur, car, celui-ci ayant juridiquement disparu, il est impossible de faire réintégrer dans son patrimoine un bien ou un ensemble de bien »⁵³⁸. Cependant, nous estimons qu'il y a lieu, même en cas de disparition de la société débitrice, de parler de séparation de patrimoine bien qu'elle ne soit que fictive. En effet, c'est le patrimoine de la société débitrice, sauf cas exceptionnel, qui est la considération la plus importante en vertu de laquelle le créancier s'engage. C'est ce patrimoine qui constitue son gage général. Il est vrai que l'inopposabilité ne permet pas d'ignorer la disparition d'une société absorbée ou scindée puisqu'elle n'annule pas l'opération de restructuration. Pour autant, elle permet de considérer, à l'égard du créancier agissant, que le patrimoine du débiteur, malgré la disparition de celui-ci, demeure son gage général jusqu'à l'exécution de son droit. A ce titre, l'universalité transmise est assujettie au respect du droit du créancier et reste distinct du patrimoine de la société bénéficiaire tant que ce droit subsiste. Ce qui, à notre sens, constitue au profit du créancier une séparation fictive de patrimoine qui intervient entre les mains de la société bénéficiaire. C'est ce que l'on constate dans une affaire qui a été soumise à l'appréciation de la Cour de cassation⁵³⁹. Une société souscrit auprès d'une banque un prêt garanti par une autre société. Après la faillite de la société débitrice, la banque qui poursuit la caution en paiement se rend compte que celle-ci a été absorbée par celle-là sans que cette information n'ait été portée à sa connaissance. Invoquant une fraude paulienne, la banque obtient en justice que la fusion lui soit déclarée inopposable. Elle peut ainsi réputer propriété de la caution les immeubles apportés à la société débitrice, et de ce fait, échapper sur leur valeur, au concours avec les autres créanciers. Elle profite ainsi de la séparation fictive du patrimoine de la société absorbante induit par l'inopposabilité de la fusion pour obtenir un paiement sur l'actif apporté par l'absorbée.

Dans le second cas de figure⁵⁴⁰, la restructuration dont fait l'objet la société débitrice remet en cause l'exécution en nature du droit de créance détenu à son encontre. A travers l'opération, la société concède un droit incompatible avec ce droit de créance. L'inopposabilité consiste alors à supprimer l'obstacle qui empêche ou rend impossible cette exécution en autorisant le créancier à exercer son droit comme si l'opération n'avait pas été effectuée.

⁵³⁸ M.-L. Coquelet, thèse préc., n° 393 ; *adde* M. Billiau, *op.cit.*, n° 247.

⁵³⁹ Cass. com., 10 juin 1963, préc.

⁵⁴⁰ Seule la fraude est concernée dans la mesure où elle peut porter atteinte aussi bien au droit de gage d'un créancier qu'à son droit spécial, alors que l'opposition ne peut être exercée que par des créanciers de sommes d'argent.

207. L'effet individuel de l'inopposabilité. Notons que l'inopposabilité a un effet individuel et ne profite qu'au créancier agissant. Cela s'explique par le fait que ce dernier n'a pas le pouvoir de représenter à l'instance les autres créanciers de la société et que l'opposition ou la fraude n'a été admise par le juge qu'en considération des caractéristiques que présente son droit de créance. Ainsi, seul ce droit est exécuté une fois que le patrimoine de la société débitrice est reconstitué.

Cet effet apparaît clairement en matière de tierce opposition. Il s'agit d'une procédure qui « tend à faire rétracter ou réformer un jugement au profit du tiers qui l'attaque. Elle remet en question relativement à son auteur les points jugés qu'elle critique, pour qu'il soit à nouveau statué en fait et en droit », aux termes de l'article 582 du Code de procédure civile.

208. Un effet proportionnel au droit du créancier. L'intérêt de l'inopposabilité réside surtout dans le fait qu'elle permet de reconstituer le patrimoine de la société débitrice dans la mesure nécessaire pour exécuter le droit du créancier en faveur de qui elle a été prononcée. Certes, c'est une sanction qui doit, en principe, replacer le créancier et la société débitrice dans la situation qui était la leur avant la réalisation de la restructuration. C'est pour cela qu'elle affecte, en fonction de la portée de l'acte juridique frauduleux, entièrement la restructuration ou uniquement un des ses aspects. Toutefois, les actions judiciaires qui peuvent aboutir à une inopposabilité n'ont pas d'effet suspensif sur les opérations en cours, ni d'effet rétroactif sur celles qui ont déjà eu lieu. Il peut donc arriver qu'au moment d'exécuter la décision en justice prononçant la sanction, la société débitrice n'existe plus et que son patrimoine ait été transmis à une autre société. Pour autant, le créancier peut toujours se prévaloir de l'inopposabilité de l'acte juridique méconnaissant son droit pour en obtenir l'exécution. Celle-ci ne dépend en réalité que de la reconstitution du patrimoine de la société débitrice entre les mains de la société bénéficiaire de la restructuration dans une proportion suffisante pour qu'il soit désintéressé.

Cette conséquence de l'inopposabilité est constatée aussi dans l'hypothèse d'une tierce opposition contre un jugement frauduleux relatif à une restructuration. Ce recours produit, en cas de réussite, des effets qui se limitent « aux chefs préjudiciables » au créancier, en application de l'article 591 du Code de procédure civile. Le créancier n'a pu critiquer les points jugés que dans la mesure où ils peuvent porter atteinte à ses intérêts. Il en résulte que « la tierce opposition n'est pas nécessairement dirigée contre tous les chefs de la décision »⁵⁴¹ frauduleuse, elle doit simplement

⁵⁴¹ N. Fricero, *op. cit.*, n° 197.

permettre de replacer le créancier agissant dans la situation qui était la sienne auparavant sans pour autant l'améliorer.

209. Le droit exclusif du créancier sur le patrimoine reconstitué de la société débitrice.

L'inopposabilité de l'acte juridique litigieux qui aboutit à la transmission à une autre société d'un bien ou d'une universalité appartenant à la société débitrice, écarte à l'égard du créancier agissant tout droit de la première sur l'objet du transfert. Cela emporte deux conséquences. D'une part, les créanciers de la société bénéficiaire ne peuvent pas non plus opposer au créancier leur droit de gage sur le bien ou l'universalité transmise, puisqu'ils n'ont pas plus de droit que leur débiteur sur ces biens. D'autre part, si les biens composant le patrimoine de la société débitrice ont été vendus depuis la restructuration organisant sa transmission universelle, l'inopposabilité garde une certaine efficacité dans la mesure où « le sous-acquéreur n'est à l'abri des poursuites du créancier que si son auteur l'était lui-même »⁵⁴².

210. Bilan. L'inopposabilité de l'acte juridique litigieux au créancier poursuivant, quelle que soit l'action qui a permis d'obtenir cette sanction, s'avère très efficace, puisqu'elle restaure le droit de créance dont l'exécution a été compromise. Cela est particulièrement vrai en cas de fraude. Toutefois, en matière d'opposition à une fusion, une scission ou un apport partiel d'actif, les conditions qui rendent possible cette inopposabilité sont tellement restrictives qu'elle ne bénéficie en réalité au créancier que dans de très rares cas. Ce qui n'assure pas une protection effective de ses droits. Cela est sans doute dû au fait que le droit des sociétés, en instaurant le mécanisme de l'opposition à certaines restructurations, cherchait à « éviter que des sanctions, comme la nullité ou l'inopposabilité, ne vienne ébranler des opérations sociétaires »⁵⁴³.

Les actions contre les fraudes de la société débitrice, spécifiquement l'action paulienne⁵⁴⁴ dont l'efficacité ne saurait être limitée par une prétendue subsidiarité⁵⁴⁵, constituent donc une très bonne alternative pour protéger le créancier face à une restructuration effectuée en méconnaissance de ses droits. Cependant, il peut arriver que l'inopposabilité de l'acte juridique frauduleux ne suffise pas à

⁵⁴² V. en ce sens, B. Lecourt, *op. cit.*, n° 61.

⁵⁴³ B. Lecourt, *op. cit.*, n° 32.

⁵⁴⁴ Le recours à cette action se révèle plus fréquent en matière de restructuration dans la mesure où la fraude est surtout réalisée au moyen d'un acte juridique par la société débitrice.

⁵⁴⁵ Le fait que le créancier bénéficie de mesures spéciales de protection comme le droit d'opposition ne le prive pas de la possibilité d'exercer une action paulienne, V. en ce sens B. Lecourt, *op. cit.*, n° 31.

rétablir le droit du créancier qui intente une action fondée sur la fraude de la société débitrice, rendant ainsi son annulation nécessaire.

§ 2 . La nullité de l'acte juridique frauduleux

211. Distinction entre l'inopposabilité et la nullité de l'acte juridique frauduleux. Tout comme l'inopposabilité, la nullité permet de sanctionner la fraude de la société débitrice pendant la restructuration. En effet, la nullité est la « sanction civile dont est frappé un acte qui originellement ne remplit pas certaine condition juridique et en vertu de laquelle cet acte n'a pas d'effet »⁵⁴⁶. Autrement dit, elle « affecte un acte juridique n'ayant pas respecté les conditions posées par la loi pour sa validité »⁵⁴⁷. Elle se distingue de l'inopposabilité principalement au niveau de l'étendue et de l'intensité de la sanction parce qu'elle anéantit l'acte à l'égard de tous, alors que l'inopposabilité ne profite qu'au créancier poursuivant, l'acte demeurant valable *inter partes*. La nullité de l'acte frauduleux peut être ainsi prononcée lorsque son inopposabilité au créancier ne suffit pas à sauvegarder son droit, sa validité entre les parties laissant subsister l'atteinte portée à ce droit. Ce qui justifie l'affirmation selon laquelle « la sanction de la nullité revêt un caractère proportionnée à la violation de la loi »⁵⁴⁸.

212. Limitation légale des cas de nullité en matière de restructuration par le droit des sociétés. Pour favoriser la réalisation des restructurations, le droit des sociétés prévoit des causes restrictives pouvant entraîner l'annulation d'une opération ou d'un acte juridique relatif à celle-ci. En effet, « La remise en question d'une opération de société est susceptible de porter préjudice à des tiers de bonne foi »⁵⁴⁹. En matière de transformation notamment, la nullité de l'opération n'est possible qu'en présence d'une irrégularité affectant la décision prise par les associés⁵⁵⁰ ou sa publicité⁵⁵¹, à moins qu'une régularisation ultérieure n'intervienne⁵⁵². De même, sous réserve de régularisation⁵⁵³,

⁵⁴⁶ R. Japiot, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, thèse Dijon, Rousseau, 1909, p. 37.

⁵⁴⁷ S. Sana-Chaillé de Néré, *JurisClasseur notarial*, fasc. 122 et 123, *Contrats et obligations. Nullité ou rescision des conventions. Généralités : nullité*, 2014, n° 1.

⁵⁴⁸ C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, thèse Paris I, LGDJ, 1992, n° 379.

⁵⁴⁹ J. Honorat, *Rép. des soc. Dalloz, V° Nullités*, 2015, n° 2.

⁵⁵⁰ Dans ce cas, la nullité est possible conformément à l'article L 235-1 du Code de commerce qui dispose que « la nullité d'une société ou d'un acte modifiant les statuts ne peut résulter que d'une disposition expresse du présent livre ou des lois qui régissent les nullités des contrats » et l'article 1844-10 alinéa 3 du Code civil aux termes duquel « la nullité des actes ou délibérations des organes de la société ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du présent titre ou de l'une des causes de nullité des contrats en général ».

⁵⁵¹ L'annulation d'une transformation pour défaut de publicité concerne uniquement les sociétés en nom collectif et en commandite simple, en vertu de l'article L 235-2 du Code de commerce.

⁵⁵² D. Langé, *Rép. des soc. Dalloz, V° Transformation*, 2005, n° 107 et s.

⁵⁵³ Art. L 235-8 alinéa 2 du Code de commerce.

la nullité d'une fusion et d'une scission provient surtout⁵⁵⁴ du droit commun des nullités en droit des sociétés⁵⁵⁵, de la nullité de la délibération de l'une des assemblées qui ont décidé la restructuration ou du défaut de dépôt de la déclaration de conformité⁵⁵⁶.

Cela montre d'autant plus l'efficacité de la sanction prononcée en cas de fraude, sur la base de mesures de protection de droit commun⁵⁵⁷, puisqu'elle peut, si besoin est, consister en la nullité de l'acte frauduleux, voire de toute la restructuration pour restaurer le droit du créancier agissant.

213. Les hypothèses d'admission de la nullité de l'acte juridique frauduleux. L'examen de la jurisprudence révèle que la nullité, selon ce qui est nécessaire à la sauvegarde du droit de créance qui fait l'objet d'une fraude peut frapper uniquement un acte juridique accompli pendant la restructuration ou concerner toute l'opération. La Cour de cassation a ainsi eu connaissance d'une affaire⁵⁵⁸ qui se rapporte à un contrat de franchise conclu par deux sociétés et dont une des clauses prévoit un droit de préférence et de préemption au profit du franchiseur en cas de « vente des parts sociales, actions ou autre titre assurant le contrôle » du franchisé. Au bout de quelques années, dans le cadre d'une opération d'apport-cession, tous les titres de la société exploitant la franchise sont apportés à une holding. Puis, ce dernier cède 49 % de sa participation à un concurrent du franchiseur. S'ensuivent une transformation de la société franchisée en SAS et une modification des statuts conférant au cessionnaire « des prérogatives exorbitantes, caractéristiques de celles d'un actionnaire majoritaire, telles que le pouvoir de révoquer à sa seule discrétion le président de la société et celui d'exercer un droit de veto sur toutes les décisions de gestion importantes de la société ». La haute juridiction, tout en renvoyant l'affaire devant une Cour d'appel, admet, sous le double visa de l'article 1134 du Code civil et de l'adage *fraus omnia corrumpit*, qu'une cession de titres encourt l'annulation pour fraude dès lors que les parties ont voulu dissimuler un changement de contrôle sous l'apparence d'une cession de participation minoritaire pour éluder le droit de préférence et de préemption d'un créancier du cédant. Il appartient ainsi à la Cour de renvoi de s'assurer que les différentes opérations de restructuration effectuées ne l'ont pas été dans l'unique dessein de frauder le droit de créance du franchiseur. Dans l'affirmative, l'annulation de la cession

⁵⁵⁴ En dehors des cas prévus légalement, la jurisprudence admet aussi la nullité d'une décision de fusion ou de scission constitutive d'un abus de majorité (CA Paris, 13 nov. 1990, *RJDA* 1991, n° 123 ; *Rev. sociétés* 1991, p. 137, obs. Y. Guyon, *RD bancaire et bourse* 1991, p. 102, obs. M. Jeantin et A. Vandier), ou d'un abus de pouvoir (Cass. crim. 10 juil. 1995, *RJDA* 1996, n° 640 ; *Bull. Joly* 1995, p. 1048, note A. Couret et P. Le Cannu ; *JCP E* 1996, II, 780, note J. Paillusseau ; *Rev. sociétés* 1996, p. 312, note B. Bouloc).

⁵⁵⁵ Art. L 235-1 du Code de commerce.

⁵⁵⁶ Art. L 235-8 alinéa 1 du Code de commerce.

⁵⁵⁷ V. *supra* n° 75 et s.

⁵⁵⁸ Cass. com., 26 fév. 2013, préc.

litigieuse pour fraude paulienne, qualification plus précise et mieux adaptée que le principe *fraus omnia corrumpit*, sera nécessaire à la suppression de l'atteinte portée au droit du franchiseur.

De même, lorsqu'une société met au point une restructuration emportant un transfert au sens de l'article L 1224-1 du Code du travail afin d'obtenir une application frauduleuse de ce texte et d'économiser le coût d'un licenciement collectif, la jurisprudence n'hésite pas à annuler l'opération à la demande des salariés. La nullité pour fraude d'un traité d'apport partiel d'actif, de la cession d'actions et des conventions d'aide financière, de cession de créances et de sous-traitance a ainsi été prononcée en faveur des salariés poursuivants⁵⁵⁹. La société qui les emploie a organisé, en connaissance de cause, ces différentes opérations de restructuration ayant abouti au transfert d'un site industriel au profit d'une entreprise qui, par la suite, a fait l'objet d'une liquidation judiciaire.

214. Les effets de la nullité. L'acte juridique frappé de nullité est anéanti et privé d'effet à l'égard de tous, qu'il s'agisse des parties, du créancier agissant ou des tiers. La sanction est sévère, mais elle est justifiée par la nécessité de supprimer l'atteinte portée au droit du créancier poursuivant. En fonction de la portée de l'acte frauduleux, la nullité peut concerner une modalité de la restructuration ou toute l'opération. Ainsi, dans une espèce renvoyée devant une Cour d'appel par la Cour de cassation, la première devra décider si une cession de titres sociaux a été effectuée en fraude aux droits d'un créancier et dans l'affirmative l'annuler⁵⁶⁰. La particularité de cette affaire réside dans le fait que cette cession ayant été suivie d'une transformation, la nullité de la première opération entraînera obligatoirement celle de toute la restructuration.

La nullité de l'acte juridique frauduleux permet de lever l'obstacle qui empêche au créancier d'exercer son droit de créance. Ainsi, lorsque ce droit a pour objet une somme d'argent, il peut se faire payer sur le bien ou le patrimoine que l'annulation de l'acte juridique réintègre dans son gage général. Quant au créancier titulaire d'un droit spécial, il peut obtenir l'exécution en nature de son droit sans que le tiers auquel profite la restructuration ne puisse s'y opposer.

Dans l'hypothèse où le tiers bénéficiaire de la restructuration a constitué des droits en faveur d'un sous-contractant sur le bien sur lequel porte l'acte frauduleux, la nullité de ce dernier s'étend, en principe, au sous-contrat. Le tiers bénéficiaire de la restructuration n'a pas pu accorder valablement de droit sur un bien sur lequel lui-même n'en a jamais eu. Un bailleur peut donc logiquement

⁵⁵⁹ TGI Béthune, 24 juin 2008, *Dr. ouvrier* 2009, p. 276.

⁵⁶⁰ Cass. com., 26 févr. 2013, préc.

opposer la nullité du transfert frauduleux du contrat de bail opéré par la société qui louait initialement son immeuble, au bénéficiaire de la restructuration, et partant au sous-locataire de celui-ci.

Notons que la nullité peut également permettre de sanctionner un jugement frauduleux dans le cadre d'une tierce opposition. En principe, la tierce opposition bien-fondée du créancier lui rend inopposable le jugement attaqué qui, en vertu de l'article 591 du Code de procédure civile, « conserve ses effets entre les parties, même sur les chefs annulés ». Exceptionnellement, si le jugement accueillant la tierce opposition et celui qui est attaqué ne peuvent être exécutés en même temps, « la chose jugée initialement entre les parties est détruite afin de lui substituer la nouvelle décision rendue à l'initiative du »⁵⁶¹ créancier. En conséquence, pour que le créancier poursuivant puisse conserver son droit de créance et l'exercer sans obstacle, la décision de justice initiale est annulée.

215. Conclusion de la section. L'inopposabilité et la nullité visent à rendre inefficace l'acte juridique qui, dans le cadre de la restructuration de la société débitrice, compromet l'exécution des droits de créance détenus à son encontre.

En présence d'un jugement inexécuté accueillant l'opposition à une fusion, une scission ou un apport partiel d'actif à laquelle participe la société débitrice, la loi n'autorise le juge qu'à déclarer l'opération inopposable au créancier agissant. Le droit des sociétés cherche ainsi à favoriser le bon déroulement des opérations de restructuration. Mais, en présence d'un acte juridique frauduleux, que la fraude concerne un aspect de la restructuration ou toute l'opération, le juge, en fonction de ce qui est nécessaire à la sauvegarde du droit du créancier doit décider de l'inopposabilité ou de la nullité de l'acte. Il apparaît, de ce fait, que le droit commun offre au créancier de meilleurs moyens de protection face aux manœuvres douteuses d'une société débitrice qui tente de se soustraire à la force obligatoire des engagements antérieurs à sa restructuration. Qu'en est-il en matière d'action en responsabilité intentée par le créancier qui est victime d'un comportement dommageable pendant la restructuration de la société débitrice ? La réparation ordonnée en justice lui assure-t-elle une protection efficace ?

⁵⁶¹ J. Duclos, *op. cit.*, n° 95.

Section 2 : La réparation des préjudices causés à l'occasion de la restructuration de la société débitrice

216. Plan. Dans certains cas, les atteintes causés aux créanciers par la restructuration d'une société débitrice peuvent correspondre à des préjudices nés du comportement dommageable de la société aidée, le cas échéant, par un complice (§1). Tout créancier qui est victime d'un préjudice a droit à une réparation. Les effets de la réparation obtenue en justice doivent être étudiées pour déterminer l'efficacité de la sanction condamnant le ou les auteurs du dommage (§2).

§ 1 . La preuve des atteintes aux droits du créancier exigeant une réparation

217. Le bien-fondé de l'action en réparation du créancier. Pour obtenir une réparation le créancier doit établir qu'il a subi un dommage relié par un lien de causalité au fait générateur dont la société débitrice et son éventuel complice sont les auteurs. Ainsi, les dommages causés avant la restructuration de la société débitrice font de la victime, le créancier d'une obligation de réparation dont l'exécution ne doit pas être entravée par les différentes opérations⁵⁶². De même, les dommages portant atteinte aux droits de créance antérieurs à la restructuration de la société débitrice justifient que les créanciers concernés bénéficient d'une réparation⁵⁶³. En fonction du fait que la responsabilité engagée par le créancier poursuivant soit de nature contractuelle ou délictuelle, son préjudice peut provenir d'une inexécution ou d'une faute délictuelle. Il lui suffit donc de prouver que ce préjudice est imputable à la société débitrice et, s'il y a lieu, à son complice, pour que ceux-ci soient tenus de remédier aux conséquences de leurs comportements dommageables.

218. La réparation des conséquences dommageables de la faute délictuelle ou de l'inexécution relative à une restructuration. Dès lors que les agissements d'une société entraînent des dommages pour un de ses créanciers pendant la restructuration dont elle fait l'objet, elle engage sa responsabilité. Ce qui l'oblige à réparer le préjudice causé au créancier. Ainsi, dans une espèce

⁵⁶² V. *supra* n° 108 et s.

⁵⁶³ V. *supra* n° 112 et s.

portée à l'appréciation de la Cour de cassation⁵⁶⁴ concernant un apport partiel d'actif soumis au régime des scissions, une société apporteuse a été condamnée pour faute au paiement d'une provision sur le montant de factures émises par la branche d'activité transférée alors même qu'une clause du traité d'apport imposait à la société bénéficiaire la charge de toute la dette se rapportant à cette branche. La Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel d'avoir admis que la faute résidait dans l'« attitude équivoque » de la société apporteuse qui, après la restructuration, a informé son créancier d'un ordre de virement soldant le montant d'une des factures, mais ne l'a pas exécuté et n'a jamais répondu aux mises en demeure qui lui ont été ensuite adressées. Elle va beaucoup plus loin que les juges du fond en précisant, compte tenu de la mauvaise foi de la société apporteuse, « qu'à supposer même que la société bénéficiaire de l'apport ait été la seule et véritable débitrice, il y aurait une faute quasi-délictuelle dans le fait pour la société (apporteur) de s'abstenir de renvoyer en temps utile le créancier sur la société (bénéficiaire), laquelle a par la suite fait l'objet d'une procédure collective ». Dans une autre affaire⁵⁶⁵, avant de se faire absorber au titre d'une opération de fusion, une société a conclu avec la société propriétaire, un contrat portant sur une licence exclusive d'exploitation de marques. Par la suite, la société propriétaire a informé la licenciée de son intention de mettre fin au contrat à une date ultérieure. Celle-ci a alors, à trois jours de la date de résiliation prévue, vendu son stock de produits portant les marques exploitées à une autre société. La société propriétaire, ayant engagé la responsabilité civile des deux sociétés, a réussi à faire condamner au paiement de dommages et intérêts d'une part, sur le terrain contractuel, sa cocontractante en réparation du préjudice né de la violation des clauses contractuelles afférentes à l'écoulement des stocks et d'autre part, sur le terrain délictuel, la société acheteuse pour complicité.

219. Cas particulier du préjudice causé par une fraude paulienne pendant la restructuration de la société débitrice. Pour se soustraire à certains engagements, une société débitrice se laisse souvent tenter par la commission d'une fraude paulienne au cours d'opérations de restructuration ultérieures⁵⁶⁶. Cette fraude constitue « une catégorie particulière de faute »⁵⁶⁷. A ce titre, elle entraîne un préjudice⁵⁶⁸ pour le créancier titulaire des droits dont l'exécution est remise en cause par sa réalisation. En principe, ce préjudice cesse automatiquement par l'effet de la sanction de la fraude paulienne⁵⁶⁹. Toutefois, il peut arriver que la fraude soit difficile à établir. C'est le cas en matière de

⁵⁶⁴ Cass. com., 9 mars 2011, préc.

⁵⁶⁵ Cass. com., 18 avril 2000, n° 97-19.883.

⁵⁶⁶ V. *supra* n° 77 et s.

⁵⁶⁷ L. Sauton-Laguionie, *op. cit.*, n°185 ; *adde* Cass. com., 21 sept. 2004, n° 01-00.866, *RJDA* 2005, n° 147.

⁵⁶⁸ En ce sens, V. L. Sauton-Laguionie, *op. cit.*, n° 175.

⁵⁶⁹ *Ibid.*

fraude au droit des licenciements économiques dans le cadre du transfert d'une entité économique autonome⁵⁷⁰. Il peut arriver également que le créancier paulien obtienne un anéantissement de l'acte juridique frauduleux, mais que cela ne suffise pas à supprimer entièrement l'atteinte portée à ses droits. C'est le constat qui peut être fait, notamment, lorsqu'une société débitrice organise une restructuration pour se soustraire frauduleusement à l'exécution de certains engagements. L'action paulienne du créancier aboutit alors à une inopposabilité ou, si nécessaire, à une nullité de l'opération et favorise l'exécution de ses droits. Toutefois, le retard pris dans cette exécution peut entraîner pour lui un préjudice important qui n'est pas réparé par l'action paulienne. Dans toutes ces situations, le créancier peut demander en justice la réparation du préjudice qu'il a subi par les agissements frauduleux de la société débitrice et de son éventuel complice, à la place ou en complément d'une action paulienne. Cela est possible dans la mesure où l'action paulienne n'est pas une action en réparation. Certes, il existe entre ces deux actions de nombreux points communs⁵⁷¹ qui ont poussé certains auteurs à soutenir que l'action paulienne est une action en responsabilité délictuelle⁵⁷², cependant leurs différences tant au niveau des conditions⁵⁷³, que de la finalité et des effets autorise à affirmer qu'elles sont distinctes⁵⁷⁴. En matière de restructuration, la Cour de cassation a estimé qu'une dissolution de société réalisée en fraude des droits d'un créancier est constitutive d'une faute sanctionnée sur le terrain de la responsabilité délictuelle en vertu de l'article 1382 du Code civil⁵⁷⁵. Ce faisant, elle adopte une position claire dans le débat concernant la nature de l'action paulienne en admettant que le préjudice causé par une fraude paulienne peut être réparé sur le terrain de la responsabilité délictuelle. Ce qui complète la jurisprudence montrant que l'action paulienne reste la démarche naturelle suivie par le créancier qui cherche à obtenir en justice une exécution de ses droits.

220. Illustration par la sanction des licenciements frauduleux antérieurs à une restructuration soumise à l'article 1224-1 du Code du travail. La jurisprudence a connu une évolution dans la sanction de la fraude au droit des salariés ou à l'ordre des licenciements commise par la société cédante et, le cas échéant, avec la complicité de la société cessionnaire avant le transfert d'une

⁵⁷⁰ V. *supra* n° 148 et 191.

⁵⁷¹ J. Archer, « *Essai sur la nature de l'action paulienne* », *RTD civ.* 1906, p. 85 et s., n° 21 ; H. Sinay, « *Action paulienne et responsabilité délictuelle à la lumière de la jurisprudence récente* », *RTD civ.* 1948, p. 183 et s., n° 3.

⁵⁷² C. Aubry et C. Rau, *op. cit.*, n° 313 ; C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, tome 15, Durand et Hachette, Paris, 1869, n° 246 e s. ; G. Bermond-Lacombe, *De l'action paulienne en droit romain et en droit français*, thèse Toulouse, imprimerie Chauvin, 1872, n° 174 ; G. Fleuriot, *De l'action paulienne en droit romain et en droit français*, thèse Caen, imprimerie Le Blanc-Hardel, 1875, p. 215 ; P. Hugueney, *op. cit.*, p. 187 et s., A. Baicoianu, *L'action paulienne en droit civil comparé*, thèse Paris, 1922, p. 74 et s. ; J. Radouant note *DP* 1939, 2, p. 181 ; J. Archer, art. préc. ; H. Sinay, art. préc.

⁵⁷³ V. L. Sautonie-Laguionie, *op. cit.*, n° 622.

⁵⁷⁴ *Ibid.*, n° 174 et s. et n° 623 et s.

⁵⁷⁵ Cass. com., 21 sept. 2004, préc.

entité économique autonome relevant de l'article L 1224-1 du Code du travail. Cette fraude a d'abord, en ce qu'elle empêche les salariés de se prévaloir des dispositions de la loi et frappe d'irrégularité les licenciements⁵⁷⁶, été condamnée de façon exceptionnelle. Il est important de savoir que la qualification de fraude est maintenue même lorsque le cessionnaire reprend à son service le salarié licencié par le cédant avant la restructuration. D'ailleurs, cette circonstance peut être révélatrice des manœuvres frauduleuses destinées à faire échec au caractère d'ordre public de l'article L 1224-1 du Code du travail en ce qu'elle permet au cessionnaire de garder à son service le salarié dans l'entité transférée sans maintenir les conditions du contrat de travail initial ou l'ancienneté du salarié⁵⁷⁷. Ce qui explique que la Cour de cassation ait, par la suite, considéré comme étant « sans effet » le licenciement d'une salariée qui, après le transfert, a continué à travailler pour le cessionnaire d'un fonds de commerce⁵⁷⁸. Dans la même logique, elle a estimé que le licenciement d'un salarié prononcé par un constructeur automobile avant une cession partielle d'activité à un concessionnaire doit être « privé d'effet », d'autant plus qu'il a été réembauché par ce dernier quelques semaines après⁵⁷⁹. Dans une autre espèce portant sur la résiliation d'un contrat de représentation d'une marque ayant entraîné la reprise de la représentation par la société propriétaire de la marque, la Haute juridiction a également décidé que « les licenciements prononcés par le précédent employeur sont sans effet dès lors que les contrats de travail ont été maintenus au moment de la reprise de l'entité économique »⁵⁸⁰.

La jurisprudence a ainsi, petit à petit, élaboré la sanction du licenciement « sans effet » pour remplacer celle du licenciement considéré comme abusif dès lors qu'il intervient en fraude des droits que le salarié tient de l'article L 1224-1 du Code du travail.

C'est l'arrêt *Guermonprez* du 20 janvier 1998⁵⁸¹ qui a marqué un tournant majeur dans la sanction du « licenciement d'un salarié prononcé à l'occasion du transfert d'une entité économique autonome dont l'activité est poursuivie » en décidant qu'il est « sans effet ». Il est intervenu dans un contexte

⁵⁷⁶ Cass. civ., 2 août 1933, *DP* 1935, I, p. 111, note P. Pic ; Cass. soc., 4 et 31 janv. 1974, *JCP G* 1974, II, 17878, note Ch. Lazerges ; Cass. soc., 16 juin 1976, *Bull. civ.* 1976, V, n° 373.

⁵⁷⁷ V. P. Morvan, *JurisClasseur Travail*, fasc. 19-52, *Transfert d'entreprise. Effets. Relations individuelles*, n° 135.

⁵⁷⁸ Cass. soc., 26 oct. 1994, préc.

⁵⁷⁹ Cass. soc., 3 mai 1995, *JurisData* n° 1995-001298.

⁵⁸⁰ Cass. soc., 13 avr. 1999, *TPS* 1999, comm. 236 ; *RJS* 1999, n° 794.

⁵⁸¹ Cass. soc., 20 janv. 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 297, obs. R. Vatinet ; *JCP G* 1998, II, 10027, rapp. Ph. Waquet ; *Dr. soc.* 1998, p. 1019, note M. Henry ; *Dr. ouvrier* 2000, p. 271, note, M. Henry.

de procédure collective et a été étendu à tous les transferts d'entreprise, et ce, même en dehors de toute fraude⁵⁸².

221. La réparation du préjudice causé aux salariés par une fraude postérieure au transfert d'une entité économique autonome. Le préjudice que subit le salarié du fait de la méconnaissance frauduleuse de l'article L 1224-1 du Code du travail peut résulter d'un licenciement postérieur au transfert ou d'une modification irrégulière de son contrat de travail par le cessionnaire. Ces comportements dommageables engagent la responsabilité du cessionnaire et ouvrent droit à une réparation du dommage causé au salarié. En effet, le licenciement postérieur illégal est dépourvu de cause réelle et sérieuse et justifie le versement d'une indemnité au salarié⁵⁸³. De même, la mutation frauduleuse d'un contrat de travail après une restructuration soumise à l'article L 1224-1 du Code du travail entraîne des dommages et intérêts pour le salarié lésé. C'est le cas, par exemple, de la rétrogradation du directeur d'un fonds de commerce suite à la mise en location gérance de ce fonds⁵⁸⁴, de la modification de la rémunération d'un salarié nouvellement transféré selon des modalités non précisées dans son contrat de travail⁵⁸⁵.

Il ressort de ce qui précède, dès lors que l'action en responsabilité du créancier est bien-fondée, que le juge condamne le ou les auteurs du dommage à le réparer. Il faut donc déterminer les effets de la sanction ainsi obtenue en justice.

§ 2 . Les conséquences de la sanction obtenue par le créancier

222. La réparation du dommage causé au créancier. Dès lors que les conditions de mise en œuvre de la responsabilité de la société débitrice et de son éventuel complice sont réunies, ils doivent réparer les suites de leurs comportements dommageables. Pour déterminer les effets des sanctions en justice obtenues par le créancier agissant (B), il faut d'abord traiter de la notion de réparation en matière de restructuration (A).

⁵⁸² Lorsqu'un licenciement intervient avant la restructuration effectuée en violation de l'article L 1224-1 du Code du travail et sans qu'on ne puisse établir une volonté de fraude de la part du cédant ou une collusion frauduleuse entre lui et le cessionnaire, la Cour de cassation le considérait comme « dépourvu de cause réelle et sérieuse », « abusif » ou « illégitime » (Cass. soc., 17 juil. 1990, *Bull. civ.* 1990, V, n° 372 ; *RJS* 1990, n° 650 ; Cass. soc., 27 juin 1995, *RJS* 1995, n° 1013 ; *JCP G* 1996, I, 3899, n° 17, obs. Ph. Coursier) avant que la jurisprudence Guérmonprez (Cass. soc., 20 janv. 1998, préc.) n'impose la notion de licenciement « sans effet ».

⁵⁸³ Cass. soc., 22 sept. 1993, *Bull. civ.* 1993, V, n° 220 ; *RJS* 1993, n° 1072.

⁵⁸⁴ Cass. soc., 14 janv. 2004, *Bull. civ.*, V, 2004, n° 9.

⁵⁸⁵ Cass. soc., 18 sept. 2007, *RJS* 2007, n° 1164.

A. La notion de réparation en matière de restructuration

223. L'indemnisation du créancier victime des comportements dommageables de la société et de son éventuel complice. La mise en œuvre de la responsabilité civile de la société débitrice et de son éventuel complice vise essentiellement à réparer le préjudice qui affecte le créancier. En effet, « la fonction principale de la responsabilité civile consiste à assurer à la personne lésée la réparation de son dommage »⁵⁸⁶, « afin de remettre les choses en état, de rétablir un équilibre qui avait disparu »⁵⁸⁷. En matière de restructuration, cette réparation correspond généralement à une indemnisation de la victime que son droit ait une source délictuelle ou contractuelle, comme le montre l'étude de la jurisprudence. Ainsi, dans le cadre d'une opération emportant transmission universelle du patrimoine, un salarié de la société apporteuse est fondé à demander un dédommagement à la société bénéficiaire pour réparer la violation d'une obligation contractuelle de sécurité par la première qui l'a exposé à l'amiante⁵⁸⁸. Un maître d'ouvrage peut également recevoir une indemnisation en réparation du préjudice qu'il a subi pour mauvaise exécution de son contrat d'entreprise transféré à la société bénéficiaire d'un apport partiel d'actif⁵⁸⁹. Il apparaît ainsi que la victime reçoit, en principe, une somme d'argent dont le montant est déterminé en fonction de son préjudice et qui est destinée à compenser celui-ci. Elle bénéficie à ce titre d'une réparation par équivalent et non d'une réparation par nature qui correspond, quant à elle, à un acte ou un comportement imposé à l'auteur du fait dommageable par le juge en vue de supprimer ou, au moins, d'atténuer le dommage subi par la victime⁵⁹⁰. Cela s'explique par le fait que le choix du mode de réparation, qu'elle soit en nature ou par équivalent, relève du pouvoir d'appréciation du juge. Notons d'ailleurs que cette position jurisprudentielle va à l'encontre de l'opinion doctrinale⁵⁹¹ qui limite la fonction de réparation de la responsabilité au domaine délictuel. Ce courant minoritaire estime qu'en présence de l'inexécution d'une obligation contractuelle, il est inapproprié d'évoquer une responsabilité du débiteur, et qu'il faudrait plutôt parler d'exécution, qu'il s'agisse d'une exécution par nature ou d'une exécution par équivalent, l'indemnisation relevant alors d'une exécution par équivalent de ce qui est dû au créancier en vertu du contrat.

⁵⁸⁶ G. Viney et P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, 3^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2011, n° 2 ; *adde*, P. Jourdain, *Les principes de la responsabilité civile*, 9^{ème} éd., Dalloz, 2014, p. 3 ; M. Bacache-Gibeili, *Droit civil*, Tome 5, 1^{ère} éd., Economica, 2007, n° 4.

⁵⁸⁷ P. Jourdain, *op. cit.*

⁵⁸⁸ CA Paris, 22 mai 2008, préc.

⁵⁸⁹ Cass. com, 5 fév. 1991, préc.

⁵⁹⁰ G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*, n° 14-1.

⁵⁹¹ V. *supra* n° 291 en note.

Il ressort de ce qui précède que la réparation du préjudice du salarié licencié se fait généralement par équivalent et consiste à obliger le ou les responsables à lui verser des dommages et intérêts. Il faut, à présent, déterminer si la condamnation infligée à l'auteur du dommage, et le cas échéant, à son complice procure au salarié poursuivant la satisfaction qu'il pouvait raisonnablement attendre de son procès.

B. Les effets de la sanction de la société débitrice et de son éventuel complice

224. Les effets de la réparation. Lorsqu'une action en responsabilité civile dirigée contre une société qui fait l'objet d'une restructuration et, éventuellement, contre son complice est introduite en justice, le juge accueillant la demande de la victime peut ordonner une réparation en nature ou une réparation par équivalent. Le plus souvent, c'est cette dernière sanction qui est appliquée, obligeant le ou les auteurs du dommage à une indemnisation pécuniaire de la victime. La règle d'évaluation des indemnités accordées à la victime est simple. Ces indemnités ne peuvent ni lui procurer un enrichissement, ni lui occasionner une perte. Elles doivent être équivalentes au préjudice que la victime a subi sans excéder sa valeur selon le principe de la réparation intégrale du dommage. L'objectif est alors de remettre la victime dans la situation qui était la sienne avant la survenance du préjudice. En matière contractuelle, ce principe est consacré par l'article 1149 du Code civil qui dispose que « les dommages et intérêts dus au créancier sont en général de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé sauf les exceptions et les modifications ci-après »⁵⁹². Et, au plan délictuel, l'absence de codification du principe ne constitue pas un obstacle à son application. On aboutit ainsi, en théorie, à un ajustement du montant des dommages et intérêts à la situation particulière de chaque victime des comportements dommageables de la société débitrice et, le cas échéant, de son complice. La Cour de cassation précise à ce propos, dans une espèce dans laquelle une société a méconnu des obligations contractuelles antérieures à sa fusion-absorption et ainsi causé un préjudice à son créancier, que « l'existence et l'étendue du préjudice relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond ». Il s'ensuit que, sauf disposition légale ou conventionnelle contraire, c'est le juge qui fixe souverainement le montant des dommages et intérêts alloués à la victime. En matière de restructuration, le préjudice de celle-ci étant le plus souvent matériel, son indemnisation dépend généralement de circonstances objectives aisément

⁵⁹² Les articles 1150 et 1151 du Code civil limitent les effets de ce texte en excluant respectivement le dommage contractuel imprévisible et celui qui n'est pas la « suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention ».

quantifiables. En outre, le contrôle de motivation opéré par la Haute juridiction devrait constituer une garantie de satisfaction pour la victime. Toutefois, le montant des dommages et intérêts alloués à la victime peuvent varier d'un juge à l'autre. Sachant que l'indemnisation pécuniaire de la victime n'est sensé compenser efficacement son atteinte que si elle la place dans une situation équivalente à celle qui était la sienne avant la réalisation du dommage, il est permis de douter de la satisfaction que peut lui procurer une décision de justice sous-évaluant son préjudice.

225. La particularité des sanctions des licenciements illicites. Lorsqu'un licenciement intervient en fraude de l'article L 1224-1 du Code du travail, qu'il soit antérieur ou postérieur à la restructuration de la société employeur, le salarié concerné bénéficie de différentes sanctions qui sont fonction de l'atteinte faite à son droit.

226. Les effets produits par le licenciement « sans effet ». Le licenciement d'un salarié par le cédant uniquement motivé par la restructuration est dépourvu d'effet pour la jurisprudence. La particularité de ce licenciement réside dans le fait que les magistrats considèrent que les conditions ayant été réunies pour que l'article L 1224-1 du Code du travail s'applique à la restructuration en cause, le contrat de travail du salarié poursuivant a été transféré de plein droit. Ainsi, il est sensé n'avoir jamais été rompu et son maintien s'impose tant au salarié, qu'au cédant et au cessionnaire. Aucun d'entre eux ne peut donc se prévaloir de sa rupture. En d'autres termes, le licenciement est inopposable. *A priori*. En effet, il est paradoxalement admis que le salarié peut obtenir une réparation du préjudice né de la perte de son emploi⁵⁹³. Une analyse de la jurisprudence montre que cette réparation peut être demandée, selon les cas, au cédant ou au cessionnaire, ou aux deux à la fois⁵⁹⁴. C'est ainsi le cédant qui est responsable s'il a licencié le salarié pour motif économique à l'occasion de la restructuration, à condition que le cessionnaire ne lui ait pas demandé avant la fin de la période de préavis ou du contrat d'en poursuivre l'exécution sans qu'il n'ait été modifié⁵⁹⁵ et, à condition également que l'exécution du contrat n'ait été effectivement continuée avec le cessionnaire⁵⁹⁶. Dans le cas où le cessionnaire ne veut pas prendre le salarié à son service, celui-ci peut, soit demander une indemnisation de son préjudice dans le cadre d'un cumul d'actions⁵⁹⁷ contre

⁵⁹³ Cass. soc., 4 juin 2003, *RJS* 2003, n° 985, 2^{ème} espèce.

⁵⁹⁴ Pour un résumé des actions ouvertes au salarié licencié illégalement par le cédant à l'occasion de la restructuration et en violation de l'article L 1224-1 du Code du travail, V. P. Morvan, *JurisClasseur Travail*, fasc. 19-52, préc., n° 145.

⁵⁹⁵ Cass. soc., 24 sept. 2002, *RJS* 2002, n° 1359 ; Cass. soc., 17 oct. 2006, *RJS* 2007, n° 18 ; Cass. soc., 19 nov. 2008, *JCP S* 2009, 1045.

⁵⁹⁶ Cass. soc., 13 mai 2009, *RJS* 2009, n° 612 ; *Dr. ouvrier* 2009, p. 522 ; *RDT* 2009, p. 514, obs. H. Guyader.

⁵⁹⁷ Dans cette hypothèse, le cédant et le cessionnaire sont responsables solidairement du préjudice né de la perte d'emploi causé au salarié licencié et non repris, Cass. soc., 12 avr. 2005, *RJS* 2005, n° 603. Il a donc droit à une réparation de ce préjudice par l'un ou l'autre de ses coauteurs, Cass. soc., 16 déc. 2008, *RJS* 2009, n° 147.

le cédant et le cessionnaire⁵⁹⁸, soit demander la poursuite du contrat de travail au service du cessionnaire avec un rappel de salaires ou l'exécution forcée, si nécessaire sous astreinte, des obligations nées de ce contrat.

227. L'aggravation de la sanction du licenciement « sans effet » en cas de collusion frauduleuse.

La collusion frauduleuse du cédant et du cessionnaire entraîne tout d'abord leur condamnation *in solidum* en réparation du dommage subi par le salarié licencié à l'occasion de la restructuration et non repris au service du cessionnaire⁵⁹⁹. Ensuite, la fraude aggrave la sanction du licenciement « sans effet ». Elle justifie que le cessionnaire soit condamné au paiement de créances incombant au cédant et différentes de celles dues au titre de la rupture du contrat de travail, sans qu'il ne soit nécessaire d'invoquer la règle de l'article L 1224-1 du Code de travail à ce propos⁶⁰⁰. La collusion frauduleuse entre le cédant et le cessionnaire permet également de considérer comme étant dépourvu d'effet un licenciement même s'il est prononcé par le cessionnaire⁶⁰¹ alors que c'est une sanction qui s'applique en principe aux licenciements prononcés par le cédant.

228. Les effets du licenciement sans cause réelle et sérieuse. Le licenciement sans cause réelle et sérieuse postérieur à la restructuration entraîne un dommage pour le salarié qui doit être réparé. Le régime de la sanction dépend de la taille de la société et de l'ancienneté du salarié. Si le salarié licencié travaille dans une entreprise occupant moins de onze salariés ou s'il a moins de deux années d'ancienneté, le juge doit apprécier l'étendue de son préjudice réel résultant de l'absence de cause réelle et sérieuse pour fixer le montant de l'indemnité. Si, au contraire, le salarié a au moins deux d'ancienneté dans une société employant au moins onze salariés⁶⁰², son licenciement sans cause réelle et sérieuse peut justifier en premier lieu une proposition de réintégration faite par le tribunal⁶⁰³ dans le même emploi ou un emploi équivalent avec le maintien de ses avantages acquis⁶⁰⁴.

⁵⁹⁸ Pour qu'une violation de l'article L 1224-1 du Code du travail soit reprochée au cessionnaire, il doit avoir refusé de reprendre le salarié à son service après que celui-ci le lui ait demandé. En effet, la Cour de cassation estime que le salarié ayant « fait le choix d'agir contre le cédant pour obtenir l'indemnisation du préjudice lié au licenciement dont il avait pris l'initiative et que cette indemnisation lui avait été accordée, (...) l'intéressé ne pouvait prétendre obtenir du cessionnaire la réparation du même préjudice alors qu'il ne lui avait pas demandé de poursuivre son contrat » Cass. soc., 16 déc. 2008, préc., n° 142.

⁵⁹⁹ Cass. soc., 21 mars 2006, *RJS* 2006, n° 693 ; Cass. soc., 10 oct. 2006, *Dr. soc.* 2007, p. 111 ; Cass. soc., 14 févr. 2007, *Dr. soc.* 2007, p. 551, rapp. P. Bailly et A. Mazeaud.

⁶⁰⁰ Cass. soc., 10 avr. 2008, *RJS* 2008, n° 643.

⁶⁰¹ Cass. soc., 12 nov. 2008, *RJS* 2009, n° 16.

⁶⁰² Les sanctions appliquées dans cette hypothèse sont prévues par les articles L 1235-3 et L 1235-4 du Code du travail.

⁶⁰³ Le juge prud'homal ne peut imposer la réintégration d'un salarié licencié sans cause réelle et sérieuse, il ne peut qu'en faire la proposition Cass. soc., 14 nov. 1980, *Bull. civ.* 1980, V, n° 819 ; Cass. soc., 6 mai 1982, *Bull. civ.* 1982, V, n° 280 ; Cass. soc., 4 mai 1984, *Bull. civ.* 1984, V, n° 177.

⁶⁰⁴ La réintégration opère sans rétroactivité, donc sans versement d'une indemnité compensatrice de salaire entre la date d'éviction du salarié et la date où elle a lieu, ni maintien de l'ancienneté durant cette période. V. A. Mazeaud, *Droit du travail*, 9^{ème} éd., LGDJ, 2014, n° 707.

Mais, cette possibilité offerte au juge prud'homal est rarement utilisée en pratique, d'autant plus que la loi permet à l'employeur comme au salarié de refuser la réintégration⁶⁰⁵. A défaut de réintégrer son poste, le salarié poursuivant a droit à des dommages et intérêts dont le montant ne peut être inférieur aux six derniers mois de salaire. Ce minimum forfaitaire, souvent perçu comme une peine privée compte de tenu de son objectif punitif et dissuasif⁶⁰⁶, est surtout applicable dans l'hypothèse où le salarié retrouve un emploi équivalent à celui qu'il a perdu dans les jours suivant son licenciement⁶⁰⁷. Mais, dans le cas où le salarié connaît un chômage prolongé, il doit recevoir une indemnité couvrant intégralement le préjudice issu de la perte injustifiée de son emploi, à charge pour lui d'établir l'importance de ce préjudice⁶⁰⁸. En plus de cette indemnité, le salarié poursuivant peut bénéficier de dommages et intérêts en application de l'article 1382 du Code civil, pour réparer le préjudice moral causé par la « légèreté blâmable » de la société employeur lors de la rupture du contrat de travail⁶⁰⁹. Enfin, le tribunal peut condamner la société à rembourser aux organismes concernés tout ou partie des allocations de chômage versées au salarié licencié.

C'est donc la société cessionnaire qui assume seule l'entière responsabilité du licenciement illégal intervenu après la restructuration, sauf collusion frauduleuse avec le cédant⁶¹⁰. Dès lors que les circonstances du licenciement révèlent une entente entre le cédant et le cessionnaire en vue de faire échec aux règles de l'article L 1224-1 du Code du travail, ils doivent être condamnés *in solidum* au paiement des dommages et intérêts dus au salarié⁶¹¹.

229. Bilan de la réparation en cas de licenciement illicite dans le cadre d'une restructuration soumise à l'article L 1224-1 du Code du travail. Le salarié licencié illégalement à l'occasion du transfert peut, en tant que créancier d'une obligation contractuelle, bénéficier d'une exécution forcée de son contrat de travail et/ou d'une réparation de son préjudice. L'exécution forcée correspond à la réintégration du salarié qui peut être proposée par le juge en cas de licenciement postérieur sans cause réelle et sérieuse en vertu l'article L 1235-3 du Code du travail. De même, dans l'hypothèse d'un licenciement prononcé à l'occasion de la restructuration, le salarié dispose d'une

⁶⁰⁵ La réintégration s'impose toutefois lorsque le licenciement concerne un salarié protégé.

⁶⁰⁶ V. en ce sens, P. Jourdain et G. Viney, *op. cit.*, n° 93 ; A. Mazeaud, *op. cit.*, n° 707

⁶⁰⁷ G. Auzero et E. Dockès, *Droit du travail*, 29^{ème} éd., Dalloz, 2015, n° 444.

⁶⁰⁸ *Ibid.*

⁶⁰⁹ Cass. soc., 22 sept. 1993., préc.

⁶¹⁰ Cass. civ., 31 juill. 1933, S. 1933, 1, p. 331 ; Cass. soc., 14 déc. 1999, *Bull. civ.* 1999, V, n° 484.

⁶¹¹ Cass. soc., 28 janv. 2015, n° 13-16.729, JurisData n° 2015-001046

option entre la réintégration et l'indemnisation⁶¹². Dans le cas où le salarié obtient une réparation de son préjudice, l'évaluation de l'indemnisation étant souvent arbitraire en particulier pour la compensation du dommage moral lié au chômage⁶¹³, on peut affirmer que sa satisfaction et donc l'efficacité à son égard de la sanction dépend du juge qui a prononcé la condamnation.

230. Conclusion de la section. Il ressort de ce qui précède que l'indemnisation du préjudice subi par le fait d'une société qui effectue une restructuration, aidée éventuellement d'un complice, ne s'effectue pas, en principe, de façon forfaitaire. L'évaluation de l'étendue du préjudice et, par conséquent, des dommages et intérêts destinés à sa réparation relève du pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond. Cette évaluation est réalisée sous le contrôle de la Cour de cassation qui, lorsque le litige est porté à sa connaissance, doit vérifier la motivation de leur décision. Pour autant, il ne s'agit pas là d'une garantie de satisfaction de la victime dont l'indemnisation, peut dans certains cas, ne pas lui permettre de retrouver une situation équivalente à celle qu'il connaissait avant son préjudice.

231. Conclusion du chapitre. Les sanctions condamnant la société débitrice et, le cas échéant, son complice, suite à une action judiciaire engagée par le créancier qui est victime de leurs agissements lors d'une restructuration, se révèlent insuffisantes pour le protéger dans certains cas. Il lui est recommandé de ce fait, toutes les fois où cela s'avère possible, de rechercher la responsabilité des dirigeants des sociétés concernées.

⁶¹² Cass. soc., 20 mars 2002, *Bull. civ.* 2002, V, n° 94 ; *JCP E* 2002, I, 1764, n° 3, obs. P. Morvan ; Cass. soc., 28 janv. 2004, *Bull. civ.* 2004, V, n° 28.

⁶¹³ En ce sens V. G. Viney et P. Jourdain, *op. cit.*, n° 93.

Chapitre 2 : La mise en cause de la responsabilité des dirigeants de la société débitrice

232. La possibilité pour le créancier social d'engager la responsabilité personnelle des dirigeants. Différentes atteintes peuvent être portées aux droits des créanciers d'une société qui organise une restructuration. Ainsi, un créancier qui subit un préjudice durant l'opération peut demander en justice une réparation. Cette réparation peut, dans certaines situations, incomber au dirigeant de la société qu'il estime personnellement responsable de son préjudice. Certes, dès lors qu'un dirigeant exerce ses fonctions sociales, il est admis que seule la société au nom et pour le compte de laquelle il agit est, en principe, engagée par les actes qu'il accomplit dans les limites de ses pouvoirs statutaires. Cependant, une gestion défectueuse de la société peut créer un obstacle à l'exécution des droits de ses créanciers pendant une restructuration. A ce titre, pour pallier les risques encourus alors par les créanciers, le droit positif leur offre la possibilité de mettre en cause la responsabilité personnelle des dirigeants lorsque certaines conditions sont remplies. Toutefois, l'analyse de la jurisprudence montre qu'elle est particulièrement sévère avec les créanciers puisqu'elle leur impose des conditions beaucoup plus restrictives que celles qui sont prévues par la loi, limitant ainsi le succès de leur action en réparation (section 1). Il en résulte un affaiblissement de la protection des créanciers auquel ne remédient pas forcément les dispositions spéciales bénéficiant à certains créanciers (section 2).

Section 1 : Une responsabilité civile des dirigeants insuffisamment retenue au profit des créanciers

233. Le fondement de la responsabilité du dirigeant social à l'égard du créancier. La protection dont bénéficie le créancier envers lequel le dirigeant est reconnu civilement responsable du préjudice que lui a causé la restructuration de la société débitrice est fondée sur l'opposabilité de son droit. En effet, le dirigeant, en sa qualité de représentant, manifeste le respect de la société débitrice

pour la force obligatoire de l'engagement pris envers le créancier. C'est donc lui qui, dans ses actes de gestion postérieurs à la naissance du droit de créance, y compris ceux relatifs aux différentes opérations de restructuration, doit prendre garde à se conformer à l'assujettissement de la société débitrice à l'exécution de ce droit. Toutefois, lorsqu'il commet certaines fautes, il sort des limites de ses fonctions sociales et ne représente plus la société débitrice. Autrement dit, il se retrouve personnellement engagé et devient un tiers à la relation qu'elle entretient avec le créancier qui est victime de son fait dommageable. En conséquence, ses agissements fautifs ayant créé une entrave à l'exécution d'un droit de créance qui lui est opposable, c'est en vertu de cette opposabilité que le créancier peut engager sa responsabilité devant le juge pour obtenir une réparation⁶¹⁴.

La responsabilité civile du dirigeant envers les créanciers de la société qui effectue une restructuration obéit en général, selon la forme sociale, la qualité du dirigeant concerné ou la nature de la dette sociale, à un régime juridique déterminé. En effet, en présence d'une société civile⁶¹⁵, d'une société à responsabilité limitée⁶¹⁶ ou d'une société anonyme⁶¹⁷, elle relève du droit des sociétés pour les dirigeants de droit. Lorsqu'il s'agit d'une autre forme sociale ou d'un dirigeant de fait, c'est le droit commun de la responsabilité civile⁶¹⁸ qui s'applique. Plus précisément, les dirigeants sont, en principe, responsables envers les créanciers, d'une part, en vertu du droit spécial, des infractions aux lois et règlements, de la violation des statuts ou des fautes commises dans leur gestion, d'autre part, en l'absence de disposition spéciale, des délits et quasi-délits commis à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions sociales. Exceptionnellement, cette responsabilité civile peut être renforcée par des dispositions spéciales⁶¹⁹.

234. L'admission jurisprudentielle marginale de la responsabilité civile des dirigeants à l'égard des créanciers. Lorsque le créancier poursuivant introduit son action en réparation, il se heurte à des exigences jurisprudentielles relativement restrictives. Ainsi, la jurisprudence impose, contrairement à la loi et en s'inspirant uniquement de l'article 1382 du Code civil⁶²⁰, des conditions difficiles à remplir,

⁶¹⁴ Un auteur a ainsi affirmé que la responsabilité civile du dirigeant a une fonction à la fois normative, qui lui prescrit le comportement que doit adopter tout bon dirigeant, et réparatrice, pour remédier aux préjudices causés dans le cadre des actes de gestion, Ph. Didier, « *Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux* », *Rev. Sociétés* 2003, p. 238.

⁶¹⁵ Art. 1850 du Code civil.

⁶¹⁶ Art. L 223-22 du Code de commerce.

⁶¹⁷ Art. L 225-251 du Code de commerce.

⁶¹⁸ Art. 1382 et s. du Code civil.

⁶¹⁹ V. *infra* n° 239.

⁶²⁰ Ce qui explique pourquoi, certains auteurs présentent la responsabilité des dirigeants à l'égard des tiers comme étant seulement justifiée par l'article 1382 du Code civil. C'est le cas notamment de B. Le Bars, *Rép. des soc. Dalloz, V° Responsabilité civile des dirigeants*, 2004, n° 54.

de sorte que le dirigeant fautif se trouve très souvent à l'abri de l'écran de la société débitrice. C'est pourquoi la responsabilité civile du dirigeant est recherchée par le créancier de façon subsidiaire par rapport à celle de la société débitrice. Il n'est d'ailleurs pas encouragé à agir autrement par la jurisprudence qui limite de façon injustifiée par rapport aux dispositions légales, les condamnations personnelles du dirigeant social en exigeant une faute détachable de ses fonctions (§1). Ce n'est que dans des hypothèses exceptionnelles que le créancier de la société bénéficie d'une meilleure protection lorsqu'elle effectue une restructuration (§2).

§ 1 . L'exigence jurisprudentielle d'une faute détachable des fonctions rendant inefficace la responsabilité civile du dirigeant

235. Une évolution jurisprudentielle exonérant presque toujours le dirigeant fautif. La loi n'exige pas de qualification particulière selon que la faute engage la responsabilité civile du dirigeant envers la société ou les tiers dont font partie les créanciers sociaux. Elle permet de déclarer le dirigeant responsable envers les créanciers qui sont victimes de son fait dommageable, dès lors que ce fait lui est imputable, qu'il survienne dans ou en dehors du cadre de la restructuration de la société débitrice. Pour autant, la jurisprudence qui, initialement, se conformait à la lettre de la loi, a opéré un revirement pour contraindre les créanciers de la société recherchant en justice la responsabilité du dirigeant à invoquer une faute extérieure à la conclusion ou à l'exécution du contrat⁶²¹. Dans le même sens, elle a reconnu la responsabilité du dirigeant qui « a commis une faute détachable de ses fonctions et qui lui soit imputable personnellement »⁶²². Cette évolution jurisprudentielle qui, par la suite, a été étendue aux créanciers titulaires de droits extracontractuels⁶²³, correspond à « la distinction pratiquée par le droit administratif entre la faute de service qui n'engagerait que la personne morale et la faute personnelle, détachable des fonctions, qui permettrait la mise en cause de son auteur »⁶²⁴. La position ainsi affichée par la Cour de cassation est critiquable⁶²⁵, d'autant plus qu'elle aboutit à une inefficacité de la mise en cause de la responsabilité du dirigeant social même

⁶²¹ Cass. civ. 1^{ère}, 31 mai 1978, *Bull. civ.*, I, n° 213 ; Cass. com., 8 mars 1982, *Rev. sociétés* 1983, p. 573, note. Y. Guyon, Cass. com., 4 oct. 1988, *Rev. sociétés* 1989, p. 213 note A. Viandier, *RTD civ.* 1989, p. 86, note P. Jourdain.

⁶²² Cass. com., 28 avril 1998, *Bull. civ.*, IV, n° 139 ; *Bull. Joly* 1998, p. 808 ; note P. Le Cannu, *JCP E* 1998, p. 1258, n° 31, note Y. Guyon ; *Dr. des soc.* 1998, n° 114, note D. Vidal ; *JCP* 1998, II, 10177, note D. Ohl ; *Rev. sociétés* 1998, p. 767, note B. Saintourens.

⁶²³ V. R. Vatinet, « La réparation du préjudice causé par la faute des dirigeants sociaux, devant les juridictions civiles », *Rev. sociétés* 2003, p. 247, n° 31. L'auteur explique que la répartition des responsabilités entre la société (sur laquelle pèse une responsabilité de principe) et le dirigeant (qui n'est responsable qu'en cas de faute détachable), initialement limitée à l'hypothèse d'une inexécution contractuelle, a été étendue par la suite au domaine extracontractuel.

⁶²⁴ B. Le Bars, *op. cit.*, n°56.

⁶²⁵ J.-F. Barbiéri, « Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants ? » in *Mélanges Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 41 ; V. Wester-Ouisse, « Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant de société séparable de ses fonctions », *D. aff.* 1999, p. 782 ; F. Descorps-Declère, « Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *RTD com.* 2003, p. 25.

dans les cas où de graves fautes de gestion peuvent lui être reprochés. C'est pourquoi, la Haute juridiction, dans un arrêt du 20 mai 2003⁶²⁶, a défini la faute détachable comme celle qui, du fait de son caractère intentionnel et de sa particulière gravité, est incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales. Il s'agit là d'un effort pour étendre de façon limitée et contrôlée la responsabilité personnelle du dirigeant social. Pour autant, il n'en résulte pas une répartition équilibrée des responsabilités entre la société et ses dirigeants. De ce fait, malgré l'augmentation du contentieux en la matière, les condamnations personnelles de dirigeant restent très rares, et, à notre connaissance, il n'en existe aucune pour un préjudice causé au créancier pendant la restructuration de la société débitrice. Ce qui oblige le créancier à recourir à certains mécanismes du droit commun pour engager la responsabilité personnelle du dirigeant fautif.

§ 2 . La nécessité de recourir au droit commun pour obtenir une condamnation personnelle du dirigeant

236. L'existence de différentes hypothèses de responsabilité. Ce n'est qu'en revenant aux mécanismes du droit privé et à ceux du droit des sociétés qu'il devient possible pour le créancier d'engager la responsabilité personnelle du dirigeant pour une faute commise pendant la restructuration de la société débitrice et qui a été pour lui, à l'origine d'un dommage. C'est le cas, toutes les fois où il est possible d'écarter l'obstacle de la personnalité morale de la société débitrice, ou lorsque la responsabilité civile du dirigeant est invoquée dans le cadre d'un procès pénal.

237. L'absence d'obstacle de la personnalité morale de la société débitrice. L'hypothèse la plus évidente est celle dans laquelle le préjudice est imputable à une société en participation. Comme elle est dépourvue de personnalité morale, c'est son dirigeant qui est tenu de réparer l'atteinte portée aux droits du créancier qui en est victime. Imaginons, par exemple, une société régulièrement immatriculée au registre du commerce et des sociétés qui, au titre de son fonctionnement normal, a des obligations envers différents créanciers. Si cette société débitrice crée, en s'associant avec une autre personne physique ou morale, une société de participation, puis la dirige, elle devra

⁶²⁶ Cass. com., 20 mai 2003, *Bull. civ.*, IV, n° 84 ; *D.* 2003, p. 2623, note D. Bondero ; *JCP E* 2003, 1203, n° 2, obs. J.-J. Caussain, Fl. Deboissy et G. Wicker ; *Rev. des. soc.* 2003, p. 479, note J.-F. Barbière ; *RTD civ.* 2003, p. 509, obs. P. Jourdain ; *Bull. Joly* 2003, p. 786, obs. H. Le Nabasque ; *JCP* 2003, I, 101, n° 21, obs. G. Viney ; *D.* 2004, som. com., p. 266, J.-C. Halloin ; *D.* 2003, p. 1502, note A. Lienhard ; *RTD com.* 2003, p. 523, obs. J.-P. Chazal et Y. Reinhard ; *ibid.*, p. 741, obs. Champaud et D. Danet ; *Dr. sociétés* 2003, n° 8, p. 25, obs. J. Monnet ; *Dr. et patr.*, nov. 2003, p. 91, note D. Poracchia ; *Gaz. Pal.* 6 févr. 2004, n° 37, p. 22, note J.-F. Clément ; *Banque et Droit*, sept. -oct. 2003, p. 64, note M. Storck ; *LPA* 7 nov. 2003, n° 223, p. 13, note S. Messai.

personnellement répondre de tout préjudice né, pour un des ses créanciers antérieurs, de la gestion de cette société de participation.

Il est possible également pour un créancier, d'ignorer l'existence de la personnalité morale d'une société fictive ou frauduleuse créée par le dirigeant caution de la société débitrice pour échapper aux obligations que lui imposent le contrat de cautionnement. Ce qui autorise ce créancier à poursuivre le dirigeant en réparation des préjudices subis du fait de la restructuration.

Plus généralement, la fraude permet de condamner personnellement le dirigeant d'une société qui effectue une restructuration dans l'unique but de la soustraire à ses engagements⁶²⁷. C'est ce qui apparaît dans une espèce soumise à l'appréciation de la Cour de cassation à propos de la dissolution d'une société réalisée en fraude aux droits d'un créancier⁶²⁸. Elle a, sans surprise, confirmé la condamnation solidaire de la société débitrice et de son dirigeant à indemniser le créancier de son préjudice pour un montant égal à la somme qui lui était due avant la dissolution.

238. La responsabilité civile du dirigeant en cas de faute pénale. Dans un arrêt datant de 1991, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a admis qu'un dirigeant a l'obligation, en tant qu'auteur d'une escroquerie dans le cadre d'une cession de fonds de commerce, de réparer le dommage qu'il a causé à sa victime⁶²⁹. Il s'ensuit qu'un créancier subissant les agissements fautifs du dirigeant social à l'occasion de la restructuration de la société débitrice, peut, si ces agissements constituent une infraction pénale, engager sa responsabilité civile devant les tribunaux répressifs. Il échappe ainsi à l'exigence d'une faute détachable des fonctions sociales du dirigeant. D'ailleurs, lorsque l'infraction pénale commise par le dirigeant est intentionnelle, la jurisprudence considère actuellement qu'elle constitue en elle-même une faute détachable de ses fonctions de nature à engager sa responsabilité civile envers le créancier à qui elle a causé un préjudice sans qu'il ne soit nécessaire de vérifier la particulière gravité des faits et leur incompatibilité avec l'exercice normale de ces fonctions⁶³⁰.

Les créanciers d'une société qui fait l'objet d'une restructuration disposent ainsi généralement de peu d'armes pour se défendre contre le dirigeant responsable des dommages qu'ils subissent

⁶²⁷ Selon la jurisprudence, une restructuration réalisée avec un dessein frauduleux engage la responsabilité de l'auteur de la fraude Cass. com., 4 mars 1986, préc. ; Cass. com., 2 mai 1990, n° 88-15.871, *Bull. civ.*, IV, n° 131 ; CA Paris, 15 févr. 2002, n° 00-17202, *RJDA* juin 2002, n° 648.

⁶²⁸ Cass. com., 21 sept. 2004, *RJDA* févr. 2005, n° 147.

⁶²⁹ Cass. crim., 14 oct. 1991, *Rev. sociétés* 1992, p. 782, note B. Bouloc.

⁶³⁰ Cass. com., 28 sept. 2010, *Dr. sociétés* 2011, n° 225, obs. M. Roussille ; *JCP E* 2011, p. 1000, n° 1, obs. Fl. Deboissy et G. Wicker.

pendant les différentes opérations, à l'exception du Trésor public et des organismes de recouvrement de la sécurité sociale.

Section 2 : Un cadre juridique favorable à la protection de certains créanciers titulaires de droits extracontractuels

239. Des dispositions légales spéciales renforçant la protection de certains créanciers. En fonction de l'objet de leurs droits, la loi offre à certains créanciers la possibilité de mettre en œuvre une responsabilité civile spéciale du dirigeant fautif, en plus de sa responsabilité civile de droit commun.

240. La responsabilité fiscale du dirigeant au profit du Trésor public. Le droit fiscal autorise le Trésor public, à travers l'article L 267 du Livre des procédures fiscales, à rechercher la responsabilité du dirigeant social à condition qu'il se conforme à certaines exigences. Comme pour la responsabilité civile classique, il doit démontrer l'existence d'une faute du dirigeant, d'un préjudice qui consiste dans la création d'un obstacle à l'exécution de sa créance et, d'un lien de causalité entre les deux. La responsabilité fiscale du dirigeant est ainsi engagée dès lors que lui sont imputables des manœuvres frauduleuses ou l'inobservation grave et répétée d'obligations fiscales ayant rendu impossible le recouvrement des impositions et pénalités dues par la société. La seule réserve réside dans le fait qu'il ne soit pas déjà tenu au paiement des dettes sociales en vertu d'une autre disposition. Ces conditions s'appliquent que les fautes soient commises ou non dans un contexte de restructuration de la société débitrice.

241. L'exclusion de l'inobservation grave et répétée des obligations fiscales en matière de restructuration. En général, les comptables publics qui, au choix, peuvent fonder leur action en réparation sur l'un ou l'autre des comportements fautifs prévus par l'article L 267 du Livre des procédures fiscales, recourent à la notion d'inobservation grave et répétée d'obligations fiscales qui est plus facile à établir. En effet, la gravité des manquements est aisément caractérisée, notamment en matière de TVA parce que « l'entreprise est l'agent collecteur et ne saurait confisquer sans

conséquence lourdes ce dont il n'est qu'un dépositaire »⁶³¹ et en matière d'IS par « la contrainte dans laquelle s'est trouvée l'administration fiscale de vérifier la comptabilité de l'entreprise »⁶³². Quand à la répétition de l'inobservation, elle est admise dès qu'il apparaît clairement que les manquements ont été renouvelés pendant plusieurs exercices comptables. Pour autant, bien qu'une restructuration de la société débitrice puisse donner lieu à une inobservation grave des obligations fiscales pesant sur cette dernière, il est difficile d'envisager une répétition dans ce manquement, à moins que les opérations de restructuration ne se déroulent pendant plusieurs années.

En matière de restructuration, la fraude apparaît comme la violation la plus évidente des obligations fiscales de la société débitrice parce que la société débitrice peut être réorganisée avec l'unique objectif d'éviter le paiement de l'impôt ou de réduire l'assiette de l'imposition. Certes, dans la pratique, le comptable public met rarement en œuvre la responsabilité fiscale du dirigeant social en cas de manœuvres frauduleuses, que la société débitrice fasse ou non l'objet de restructuration. Cela est dû au fait que les manœuvres frauduleuses sont des « procédés ayant pour finalité d'éluder la déclaration ou le paiement de l'impôt, accomplis en toute connaissance de cause et ne pouvant être considérés comme des erreurs excusables ou des omissions involontaires »⁶³³. Ce qui nécessite que soit apportée la preuve d'une part, d'un élément matériel qui consiste en l'existence d'une violation de la loi déguisée sous la forme d'une opération régulière, et d'autre part, d'un élément intentionnel constitué par la mauvaise foi du dirigeant et sa conscience de commettre cette violation⁶³⁴. Toutefois, dans un contexte de restructuration, le Trésor public devrait poursuivre plus souvent en justice le dirigeant responsable de manœuvres frauduleuses. Les opérations de restructuration peuvent en elles-mêmes manifester la réalisation de manœuvres frauduleuses par une société débitrice cherchant à se soustraire au paiement de ses dettes fiscales. Ce qui facilite la preuve de la fraude du dirigeant aux droits du Trésor. Ainsi, un dirigeant social qui effectue une opération de restructuration dans le but de créer des charges déductibles fictives ou de dissimuler des recettes taxables, notamment en scindant artificiellement la société débitrice en deux pour éviter de reverser de la TVA, devrait être tenu au paiement des impositions et pénalités dus au Trésor au même titre que la société.

⁶³¹ CA Paris, 11 mars 2010, n° 2008/20987, M. C.

⁶³² *Ibid.*

⁶³³ Documentation fiscale de base : DB, 12 C 2252, n° 8, à jour du 30 juin 1994.

⁶³⁴ J. Béguier, « La responsabilité fiscale des dirigeants : une année d'arrêts de la Cour d'appel de Paris », *Gaz. pal.* 6 août 2011, n° 218, p. 17.

La dette fiscale n'est pas la seule dette extracontractuelle dont le défaut de paiement peut engager la responsabilité du dirigeant de la société débitrice. Il y a également les sommes dues à la sécurité sociale.

242. La responsabilité spéciale au profit des organismes de recouvrement de la sécurité sociale.

Depuis la loi de financement de la sécurité sociale pour 2012, l'article L 243-3-2 du Code de la sécurité sociale reprend le même principe de responsabilité que celui qui existe en matière fiscale. Aux termes de ce texte, le dirigeant d'une société verbalisée pour travail dissimulé est solidairement responsable du paiement des cotisations, contributions et sanctions pécuniaires dues par la société dès lors que les manœuvres frauduleuses ou l'inobservation grave et répétée des obligations sociales ayant empêché leur recouvrement lui sont imputables. En l'absence de précision contraire, cette règle s'applique même lorsque les comportements fautifs surviennent pendant la restructuration de la société débitrice et qu'il apparaît que les différentes opérations concourent à la réalisation de manœuvres frauduleuses dans le but d'éluder le paiement de la dette sociale. Cependant, pour ce qui est de l'inobservation grave et répétée des obligations sociales, la réserve sera la même que pour les obligations fiscales⁶³⁵.

243. Conclusion du chapitre. Il ressort de ce qui précède que les créanciers n'améliorent pas réellement leur protection en mettant en cause la responsabilité civile des dirigeants de la société débitrice qui leur causent des préjudices pendant la restructuration de celle-ci. L'exigence d'une faute détachable des fonctions du dirigeant est difficile à satisfaire malgré l'évolution jurisprudentielle qu'il y a eu à ce propos. L'écran de la personnalité morale de la société place, dans la majorité des cas, le patrimoine des dirigeants hors de la portée des créanciers qui sont victimes de leurs comportements fautifs. Ce n'est que lorsqu'ils peuvent ignorer l'existence de cette personnalité morale, soit parce qu'elle n'existe pas, soit parce qu'elle n'a été créée que dans le but d'entraver l'exécution de leurs droits que la responsabilité personnelle du dirigeant devient plus accessible. Les créanciers ont également la possibilité, dans l'hypothèse où le fait dommageable du dirigeant constitue une infraction, de demander sa réparation pendant le procès pénal. Précisons que ce dernier avantage profite plus aux créanciers personnes physiques qu'aux personnes morales. Celles-ci évitent généralement d'être impliquées dans des poursuites pénales pour préserver leur image et leur réputation et n'introduisent pas d'action en justice devant les tribunaux répressifs, sauf dans le cas où la somme d'argent qui leur est due est vraiment importante.

⁶³⁵ V. *supra* n° 241.

Quant aux dispositions spéciales permettant au Trésor public et aux organismes de recouvrement de la sécurité sociale, elles ne sont pas non plus entièrement exploitables en matière de restructuration. A moins que les différentes opérations réorganisant la société débitrice ne durent dans le temps, elles ne peuvent pas permettre le renouvellement de l'inobservation grave d'obligations sociales ou fiscales engageant la responsabilité du dirigeant. Ce dernier pourra seulement se voir reprocher des manœuvres frauduleuses si le but de la restructuration était d'échapper à l'exécution des droits de ces créanciers.

Il s'ensuit que le recours à la responsabilité civile des dirigeants reste exceptionnel, les créanciers préférant actionner la société qui est généralement plus solvable que les dirigeants fautifs. D'ailleurs, en général, ce n'est qu'après l'ouverture d'une procédure collective que les créanciers tentent de se faire indemniser par le dirigeant responsable de leur préjudice. Un auteur⁶³⁶ affirme à ce titre, que la responsabilité civile des dirigeants reste dans les faits « l'ultime remède », les associés et les tiers n'y ayant recours que lorsque d'autres sanctions ou d'autres procédés ne peuvent pas jouer.

En conséquence, il convient de recommander en premier lieu au cocontractant d'une société qui cherche à se prémunir contre les comportements fautifs des dirigeants sociaux d'exiger qu'ils se portent caution des dettes sociales. Cela constitue une bonne garantie d'exécution des créances, l'engagement de caution des dirigeants les incitant normalement à être diligents dans la conduite des affaires de la société. En second lieu, tout créancier social doit vérifier que la société débitrice a bien souscrit une assurance couvrant la responsabilité civile de ses dirigeants pour augmenter ses chances d'être indemnisée au cas où les tribunaux condamneraient ces derniers à lui verser des dommages et intérêts en réparation d'une faute commise pendant la restructuration de la société.

244. Conclusion du titre. La protection des créanciers d'une société qui effectue une restructuration est mieux assurée lorsque l'action en justice est dirigée contre cette société que lorsqu'elle vise ses dirigeants. Par ailleurs, l'analyse des différentes mesures bénéficiant aux créanciers a révélé que le droit commun s'avère généralement plus efficace dans cette protection que les dispositions spéciales, qu'elles relèvent notamment du droit des sociétés, du droit fiscal ou du droit de la sécurité sociale. Seul le droit du travail échappe à cette règle parce qu'il tend principalement à protéger le salarié.

⁶³⁶ Y. Guyon, *JurisClasseur*, fasc. 132-10, *Administration-Responsabilité civile des administrateurs*, n° 4.

Conclusion générale

245. La restructuration des sociétés, une réalité incontournable et potentiellement menaçante pour les créanciers sociaux. Pour s'adapter aux conditions économiques changeantes, se développer ou faire face à la concurrence, les sociétés doivent se restructurer. Cette restructuration correspond à une modification des modalités de l'organisation de la société et peut nécessiter la mise en place d'une ou plusieurs opérations qui en constituent le support. L'objectif de croissance et de compétitivité visé par les dirigeants de sociétés *in bonis*, en dehors des cas de fraude dans lesquels la violation des engagements sociaux est le seul but recherché, peut toutefois être atteint au détriment des créanciers antérieurs à la restructuration. Pourtant les créanciers sont des partenaires sociaux indispensables et leur assurer une protection efficace est impératif pour la sécurité du crédit.

246. Apports du fondement retenu pour la protection des créanciers sociaux. La protection dont bénéficient les créanciers antérieurs à la restructuration d'une société débitrice est fondée sur la force obligatoire de leurs engagements. Selon l'analyse dualiste de l'obligation, celle-ci impose à la société, en plus de l'exécution de son obligation, un assujettissement au respect de cette obligation. Cet assujettissement implique que la société débitrice ne doit pas souscrire de nouveaux engagements incompatibles avec les premiers, et plus généralement qu'elle ne doit rien faire qui puisse entraver leur exécution. Tous les droits de créance existant avant sa restructuration sont ainsi protégés quelles que soient leur source et leur objet. De ce fait, la société débitrice doit agir loyalement tant que ces droits de créance subsistent à son encontre. Par ailleurs, tout comme la force obligatoire de ces obligations antérieures assujettit la société débitrice à la nécessité de leur exécution, leur opposabilité oblige les tiers à ne peut pas y porter atteinte.

Le caractère opérant de ce fondement qui s'applique à tous les droits de créance antérieurs à la restructuration de la société débitrice a également été vérifié à travers les mécanismes de protection dont dispose le créancier en fonction de l'atteinte qu'il a subie. Il est donc apparu que c'est bien l'assujettissement de la société débitrice à ses obligations antérieures qui justifie la protection des créanciers concernés en cas de fraude, de faute délictuelle ou d'inexécution provoquant un préjudice au cours de la restructuration. C'est cet assujettissement qui explique, en outre, la faculté d'opposition offerte aux créanciers dans certaines opérations de restructuration de la société débitrice, ou la protection des créanciers titulaires de sûretés lorsqu'une restructuration remet en

cause la sûreté personnelle ou réelle qui lui est accordée, ou encore certaines dispositions du droit du travail profitant eu salariés.

247. Restriction des conditions permettant la mise en œuvre de la protection. Lorsque les opérations de restructuration effectuées par la société débitrice compromettent l'exécution de ses engagements antérieurs, les créanciers concernés peuvent recourir à des mécanismes de protection dont la mise en œuvre se fait dans le cadre d'actions en justice. Ces actions judiciaires obéissent à des conditions de recevabilité qui se révèlent restrictives dans certains cas. Ainsi, en réalité, la faculté d'opposition des créanciers sociaux à certaines opérations de restructuration s'avère être une mesure de protection illusoire qui leur ne profite que dans des cas extrêmement rares. C'est également le cas de la mise en cause de la responsabilité des dirigeants fautifs de la société débitrice.

248. Efficacité relative de la protection des créanciers. La comparaison des principes et des règles régissant la protection des créanciers sociaux aux sanctions réellement obtenues montre qu'il y a une certaine incohérence entre la théorie et la pratique. Cela est surtout vrai en droit des sociétés. L'analyse de l'efficacité des sanctions fondées sur des mécanismes issus du droit commun ou du droit du travail est, en effet, plus concluante. En ce sens que l'action paulienne, la tierce opposition et l'action *fraus omnia corrumpit* permettent de restaurer effectivement les droits de créance qui ont fait l'objet d'une fraude réalisée au moyen, respectivement, d'un acte juridique autre qu'un jugement, d'un jugement et d'un fait juridique. Quant à l'action en réparation, elle donne lieu à une indemnisation assez satisfaisante du créancier ayant subi un préjudice à l'occasion de la restructuration de la société débitrice. Enfin, le maintien des contrats de travail en cas de transfert affectant la société débitrice garantit la pérennité de l'emploi aux salariés. Et, même dans les hypothèses dans lesquelles cette règle du droit du travail est violée, les sanctions prévues permettent la réparation du préjudice causé au salarié concerné.

249. Nécessité d'assurer une meilleure sécurité juridique aux créanciers des sociétés organisant une restructuration. De ce qui précède, on peut déduire qu'il est impératif d'améliorer la protection de ces créanciers, d'autant plus que leur sécurité juridique est, si elle est effective, une garantie pour le crédit, l'investissement, et constitue un facteur de relance de l'économie. Pour cela, il faut tenir compte du fondement de leur protection. Une société qui prend des engagements doit adopter un comportement conforme à leur exécution parce qu'elle y est assujettie. Des dispositions légales devraient être prises pour l'y contraindre.

Bibliographie

I. Ouvrages généraux, traités, manuels et cours

AUBERT J.-L.

Le contrat, Dalloz, 1996.

AUBERT J.-L. et E. SAVAUX

Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, 15^{ème} éd., Sirey, 2014.

AUBRY C. et RAU C.

Droit civil français, Tome 4, 6^{ème} éd. par Martin E., Librairie technique, Paris, 1942.

AUZERO G. et DOCKES E.

Droit du travail, 29^{ème} éd., Dalloz, 2015.

BACACHE-GIBEILI M.

Droit civil, Tome 5, 1^{ère} éd., Economica, 2007.

BAUDRY-LACANTINERIE G. et BARDE L.

Précis de droit civil, Tome 2, 12^{ème} éd. revue et corrigée par P. Binet et P. Guyot, Sirey, Paris, 1910 à 1922.

BENABENT A.

Droit des obligations, 14^{ème} éd., LGDJ, 2014.

BUFFELAN-LANORE Y. et LARRIBAU-TEYNEYRE V.

Droit civil, les obligations, 14^{ème} éd., Sirey, 2014.

CABRILLAC M. et MOULY Ch.

Droit des sûretés, Lexisnexis, 9^{ème} éd., 2010.

CADIET L. et JEULAND E.

Droit judiciaire privé, 8^{ème} éd., Litec, Paris, 2013.

CARBONNIER J.

Droit civil, Les obligations, Tome 4, 21^{ème} éd., PUF, 1998.

COLIN A. et CAPITANT H.

- *Cours élémentaire de droit civil français*, Tome 2, 4^{ème} éd., Dalloz 1924.
- *Traité de droit civil français*, Tome 2, 10^{ème} éd., Dalloz, Paris, 1959.

CORNU G.

Vocabulaire juridique, Assoc. Henri Capitant, PUF, 2014.

COZIAN M., VIANDIER A. et F. DEBOISSY

Droit des sociétés, 27^{ème} éd., Lexisnexus, 2014.

DEMOGUE R.

Traité des obligations en général, Tome 4, Rousseau, Paris, 1931.

DEMOLOMBE C.

Cours de Code Napoléon, tome 15, Durand et Hachette, Paris, 1869.

FLOUR J. et J.-L. AUBERT

Droit civil, Les obligations, L'acte juridique, 8^{ème} éd., A. Colin, 1998.

GHESTIN J., BILLIAU M. et LOISEAU G.

Traité de droit civil, le régime des créances et des dettes, LGDJ, 2005.

GHESTIN J. et GOUBEAUX G.

Traité de droit civil. Introduction générale, 3^{ème} éd., LGDJ, 1990.

GHESTIN J., JAMIN C. et BILLIAU M.

Traité de droit civil. Les effets du contrat, 3^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2001.

JUNILLON J. dir. GUINCHARD S.

Droit et pratique de la procédure civile, Dalloz action, 2012.

LARROUMET C.

- *Droit civil, Les biens, droits réels principaux*, Tome 2, 5^{ème} éd., Economica, 2006.
- *Traité de droit civil, Tome 3, les obligations, le contrat*, 7^{ème} éd., Economica, 2014.

LA VILLEGUERIN Y. de et RIBERT N.

Les dictionnaires pratiques RF, Social, 30^{ème} éd., 2011, p. 397, V° *Contrat de travail*.

LE TOURNEAU Ph.

Droit de la responsabilité et des contrats – Avec la collaboration de L. Cadet jusqu'en 2002 -, Dalloz action, 2014.

MALAURIE P. et L. AYNES

Droit civil, Obligations, 9^{ème} éd. par L. Aynès, 1999.

MALINVAUD Ph. Et FENOUILLET D.

Droit des obligations, 12^{ème} éd., Litec, 2012.

MARTY G. RAYNAUD P.

Droit civil, Les obligations, Tome 1, Les sources, 2^{ème} éd., Sirey, 1987.

MAZEAUD A.

Droit du travail, 9^{ème} éd., LGDJ, 2014.

MAZEAUD H. L., MAZEAUD J. et CHABAS F.

Leçons de droit civil, Tome 2, 9^{ème} éd., Montchestien, 1998.

MESTRE J., E. PUTMAN et M. BILLIAU

Droit commun des sûretés réelles, L.G.D.J., 1996.

MORVAN P.

P. Morvan, *Restructurations en droit social*, 3^{ème} éd., Lexisnexis, 2013.

PLANIOU M. et RIPERT G

Traité de droit civil français, les obligations, Tome 7, 2^{ème} éd. par P. Esmein, J. Radouant et G. Gabolde, LGDJ, Paris, 1954.

SERIAUX A.

Droit des obligations, 2^{ème} éd., PUF, 1988.

SIMLER Ph. et DELEBECQUE Ph.

Les sûretés, la publicité foncière, précis Dalloz, 6^{ème} éd., 2012.

TERRE F., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y.

Droit civil, les obligations, 11^{ème} éd., Paris, Précis Dalloz, 2013.

VINEY G.

G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2008.

VINEY G. et JOURDAIN P.

Les effets de la responsabilité, 3^{ème} éd., LGDJ, Paris, 2011.

II. Ouvrages spéciaux, thèses et monographies

AHOUA D.

Le nouveau droit de la restructuration des sociétés commerciales des pays de l'OHADA, comparaisons avec le droit français, thèse Bordeaux, 2015.

AYNES L.

La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes, thèse, Economica, 1984.

BAICOIANU A.

L'action paulienne en droit civil comparé, thèse Paris, 1922.

BARTHEZ A.-S.

La transmission universelle des obligations, thèse, Paris, 2000.

BASTIAN D.

Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité, thèse Paris, Sirey, 1929.

BERMOND-LACOMBE G.

De l'action paulienne en droit romain et en droit français, thèse Toulouse, imprimerie Chauvin, 1872.

BOY L., GUILLAUMOND R., JEAMMEAUD A., JEANTIN M., PAGES J. et PIROVANO A.

Droit des faillites et restructuration du capital, PU de Grenoble, 1982.

CROCQ P.

Propriété et garantie, thèse Paris II, LGDJ, 1995.

DANA-DEMARET S.

Le capital social, Litec, 1989.

DEBOISSY F.

La simulation en droit fiscal, thèse, LGDJ, 1997.

DESBOIS H.

La notion de fraude à la loi et la jurisprudence française, thèse Paris, Dalloz, 1927.

DESPAX M.

L'entreprise et le droit, thèse Toulouse, 1956.

DOM J.-Ph.

Les montages en droit des sociétés. Aspects de droit interne, thèse Bordeaux, Joly, 1998.

DUCLOS J.

L'opposabilité. Essai d'une théorie générale, thèse Rennes, LGDJ, 1984.

FLEURIOT G.

De l'action paulienne en droit romain et en droit français, thèse Caen, imprimerie Le Blanc-Hardel, 1875.

GINOSSAR S.

Droit réel, propriété et créance, Elaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux, thèse Paris, LGDJ, 1960.

GRANDMOULIN J.

De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles, thèse, Rennes, 1892.

GRIMAUD D.

D. Grimaud, *Le caractère accessoire du cautionnement*, PUAM, 2001.

GUELFUCCI-THIBIERGE C.

Nullité, restitutions et responsabilité, thèse Paris I, LGDJ, 1992.

HAMELIN J.

Le contrat-alliance, Economica, 2012.

HUET J.

J. Huet, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, thèse, Paris II, 1978.

HUGUENEY P.

P. Hugueney, *Responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, thèse Dijon, Rousseau, 1910.

von IHERING R.

Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain : trad. O. De Meulenaere, Paris, Marescq, 1903.

JAPIOT R.

Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle, thèse Dijon, Rousseau, 1909.

JOURDAIN P.

- *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilité civile et pénale*, thèse Paris II, 1982.
- *Les principes de la responsabilité civile*, 9^{ème} éd., Dalloz, 2014, p. 3

MASQUEFA C.

La restructuration, thèse Paris, LGDJ, 2000.

MOULY Ch.

Les causes d'extinction du cautionnement, thèse Paris, Librairie technique.

NEUVILLE S.

Le plan en droit privé, thèse Toulouse 1994, LGDJ, 1998.

NGUYEN T. V. N.

La protection des créanciers dans les opérations emportant transmission universelle du patrimoine, thèse Paris, 2003.

PAILLUSSEAU J.

La société anonyme, Technique juridique d'organisation de l'entreprise, thèse Rennes, Sirey, 1967.

PICOD Y.

Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat, thèse Dijon, 1987, LGDJ, 1989.

PORACCHIA D.

La réception des montages conçus par les professionnels du droit, thèse Aix-Marseille III, 1997.

PUTMAN E.

La formation des créances, thèse Aix-Marseille, 1987, n° 171.

RAFFRAY R.

La transmission universelle du patrimoine des personnes morales, thèse Bordeaux, 2009, Dalloz, 2011.

RIPERT G.

Aspects juridiques du capitalisme moderne, 2^{ème} éd., LGDJ, 1951.

ROUBIER P.

Droits subjectifs et situations juridiques, Paris, Dalloz, 1963.

ROUTIER R.

Les fusions de sociétés commerciales. Prolégomènes pour un nouveau droit des rapprochements, LGDJ, 1994.

SAINTOURENS B.

Droit du travail et restructurations juridiques des entreprises, thèse Bordeaux, 1982.

SAUTONIE-LAGUIONIE L.

La fraude paulienne, thèse Bordeaux, LGDJ, 2008..

STOFFEL-MUNCK Ph.

L'abus dans le contrat, thèse, LGDJ, 2000.

VIDAL J.

Essai d'une théorie générale de la fraude en droit français : le principe "fraus omnia corrumpit", Dalloz, 1957.

WICKER G.

Les fictions juridiques. Contribution à l'étude de l'acte juridique, thèse Perpignan, LGDJ, 1996.

III. Articles, chroniques et fascicules

ANCEL P.

Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat, RTD. civ. 1999 p. 771 et s.

ARCHER J.

Essai sur la nature de l'action paulienne, RTD civ. 1906, p. 85 et s.

AUBERT J.-P. et BEAUJOLIN-BELET R.

Les acteurs de l'entreprises face aux restructurations : une délicate mutation, Travail et emploi 2004, n° 100, p. 99.

AUZERO G.

Les restructurations vues sous l'angle des prérogatives du comité d'entreprise : du légal au conventionnel, Bull. Joly 2006, n° 7, p. 867.

BARBIERI J.-F.

Responsabilité de la personne morale ou responsabilité de ses dirigeants ? in *Mélanges Yves Guyon*, Dalloz, 2003, p. 41.

BEGUIER J.

La responsabilité fiscale des dirigeants : une année d'arrêts de la Cour d'appel de Paris, Gaz. pal. 6 août 2011, n° 218, p. 17.

BEHARS-TOUCHAIS M.

Synthèse, LPA 4 avril 2007, n° 68, p. 45.

BENABENT A.

Rapport français, in *La bonne foi : Travaux de l'association H. Capitant*, Litec, 1992, p. 291 et s.

BLAISE H.

L'article L 122-12 après la tourmente : vers la stabilisation de la jurisprudence ?, *Dr. soc.* 1991, p. 246 et s.

BOULANGER J.

Les conflits entre des droits qui ne sont pas soumis à publicité », *RTD civ.* 1935, p. 545 et s.

BREDIN J. –D.

Remarques sur la conception jurisprudentielle de l'acte simulé, *RTD civ.* 1956, p. 261, n^o 16 et s.

Cabinet BREDIN-PRAT, GAILLARD C. et SYBILLIN A.

Rép. proc. civ. Dalloz, V^o *Prud'hommes*, 2014.

CALBAIRAC G.

Considérations sur la règle "fraus omnia corrumpit", *D.* 1961, chron. XXXII, p. 161 et s.

CARBONNEL C.

Aspects immobiliers d'une restructuration de sociétés », *RDI* 1995, p. 263 et s.

CESARO J. –F.

La notion de transfert d'entreprise, *Dr. soc.* 2005, p. 718.

COQUELET M.-L.

JurisClasseur Sociétés Traité, fasc. 159-10, *Réduction du capital social*, 2011.

DALLANT R.

Le respect des contrats par les tiers, *D.* 1939, I, p. 86 et s.

DEBOISSY F.

Le contrat de société, in *Le contrat*, Travaux de l'Association H. Capitant, tome LV, Société de législation comparée, 2008, p. 119 et s.

DEBORD F.

Rép. dr. trav. Dalloz, V^o *Salaires (Paiement)*, 2011.

DEKEUWER-DEFOSSEZ F.

Avant-propos : in *Restructurations d'entreprises et droit de la concurrence*, Colloque LERADP-EDHEC, 14 déc. 1991, LGDJ, 1993, p. 1.

DESCORPS-DECLERE F.

Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux, *RTD com.* 2003, p. 25.

DESDEVISES Y.

JurisClasseur proc. civ., V^o *Action en justice. Conditions subjectives*, fasc. 126-3, 1996.

DEVEZE J. et SAINT-ALARY-HOUIN C.

JurisClasseur civil, V^o *art. 1167*, fasc. 39, 1988.

DIDIER Ph.

Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux, *Rev. Sociétés* 2003, p. 238.

DIENER P.

Les sociétés en nom collectif dont tous les associés sont des EURL, *JCP E* 1992, I, 153.

DROSS W.

JurisClasseur civil, V° *art. 1167*, fasc. unique : *Contrats et obligations*, 2011.

FABRE-MAGNAN M.

Le mythe de l'obligation de donner, *RTD civ.* 1996, p. 85 et s.

FAVARIO T.

Regards civilistes sur le contrat de société, *Rev. sociétés* 2008, p. 53 et s.

FRICERO N.

Rép. de proc. civ. Dalloz, V° *Tierce opposition*, 2012, n° 144 et s.

GAUTIER P. Y. et PASQUALINI Y.

Rép. civ., V° *Action paulienne*, 2006, n° 10.

GINOSSAR S.

Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel, *RTD civ.* 1962, p. 20 et s.

GOFFAUX-CAILLEBAUT G.

G. Goffaux-Caillebaut, *La définition de l'intérêt social*, *RTD. com.* 2004, p. 35.

GORE F.

La notion de capital, in *Etudes R. Rodière*, *D.* 1982, p. 85.

GRIMALDI M.

L'opposition en droit patrimonial de la famille, *LPA* 4 avril 2007, n° 68, p. 15.

GUYON Y.

JurisClasseur, fasc. 132-10, *Administration-Responsabilité civile des administrateurs*, n° 4.

HONORAT J.

Rép. des soc. Dalloz, V° *Nullités*, 2015, n° 2.

JACQUES P.

La relativité de la faute contractuelle devant l'assemblée plénière », *Rev. Lamy dr. aff.* Déc. 2006, p. 70.

JOURDAIN P.

- *Réflexions sur la notion de responsabilité contractuelle*, in *Les métamorphoses de la responsabilité*, 6^{ème} journée René Capitant 1997, PUF 1998, p. 65 et s.
- *La date de naissance de la créance d'indemnisation*, *LPA* 9 nov 2004, n° 224, p. 49 et s.

LAMARCHE Th.

La notion d'entreprise, RTD com. 2006, p. 709

LANGE D.

Rép. des soc. Dalloz, *V° Transformation*, 2005, n° 107 et s.

LARROUMET C.

Pour la responsabilité contractuelle, Mél. Catala, Litec, 2011, p. 543 et s.

LAULOM S.

Les dialogues entre juge communautaire et juges nationaux en matière de transfert d'entreprise, Dr. soc. 1999, p. 821.

LE BARS B.

Rép. des soc. Dalloz, *V° Responsabilité civile des dirigeants*, 2004, n° 54.

LE CANNU P.

Inexistence ou nullité des sociétés fictives, Bull. Joly 1992, n° 9, p. 875.

LECOURT A.

Rép. des soc. Dalloz, *V° Capital social*, n° 231 et s., 2015.

LECUYER H.

Action paulienne et convention définitive dans le divorce sur requête conjointe, Dr. de la famille 1998, chron. n° 3, p. 6 et s.

LEGEAIS D.

La règle de l'accessoire dans les sûretés personnelles, Dr. et patr. 2001, p. 68.

LE TOURNEAU Ph.

Rép. civ. Dalloz, *V° Responsabilité*, 2009.

LE TOURNEAU Ph et POUMAREDE M.

Rép. civ. Dalloz, *V° Bonne foi*, 2009.

LETURMY L.

La responsabilité délictuelle du contractant », RTD civ. 1998, p. 839 et s.

LOBIN Y. et DESDEVICES Y.

JurisClasseur proc. civ., *V° Action en justice. Classification des actions en justice*, fasc. 126-5, 1997.

MARTIN G.

La notion de fusion, RTD com. 1978, p. 269

MARTIN-SERF A.

Juris-Classeur Sociétés, fasc. 7-40 : *Consentement des parties. Sociétés fictives et frauduleuses*, 2011.

MASSART T.

Rép. des soc. Dalloz, *V° Société (contrat de)*, 2006.

MAY J.-Cl.

La société : contrat ou institution ? », in *Contrat ou institution : un enjeu de société*, LGDJ, 2004, p. 122

MAZEAUD J.

L'adage "fraus omnia corrumpit" et son application dans le domaine de la publicité foncière, *Défrénois* 1962, art. 28265, p. 481 et s.

MIGNOT M.

Le délai butoir. Commentaire de l'article 2232 du Code civil issu de la loi du 17 juin 2008 », *Gaz. Pal.*, 26 fév. 2009, n° 57, p. 2.

MORTIER R.

- *JurisClasseur Sociétés Traité*, fasc. 1659, *Rachats d'actions ou de parts sociales en vue d'une réduction du capital social*, 2011.
- *Juris-Classeur Sociétés Traité*, fasc. 1658, *Rachats d'actions ou de parts sociales. Généralités*, n° 23, 2014.

MORVAN P.

JurisClasseur Travail, fasc. 19-52, *Transfert d'entreprise. Effets. Relations individuelles*.

MOULY J.

Les licenciements antérieurs au transfert de l'entreprise, *Dr. soc.* 2007, p. 534.

NOSSEREAU M.

Le terme, modalité de l'obligation, *Dr. et Patr.* 2000, n° 78, p. 50 et s.

OPHELE C.

Rép. civ. Dalloz, V° *Simulation*, 2012.

PAILLUSSEAU J.

- *Les fondements du droit moderne des sociétés*, *JCP* 1984, I, 3148.
- *Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit*, *D.* 1997, chron., p. 97, n° 42.
- *La notion de groupe de sociétés et d'entreprises en droit des activités économiques »*, *Recueil Dalloz* 2003, p. 2346.

PAUTRAT R.

- *Rép. dr. trav. Dalloz*, V° *Conseil de prud'hommes (Compétence)*, 1994.
- *Rép. dr. trav. Dalloz*, V° *Conseil de prud'hommes (Procédure)*, 1994.

PERROT R.

"Saisie conservatoire" et "mesure conservatoire" : les ambiguïtés du vocabulaire juridique, *RTD civ.* 1979, p. 440.

PETOT-FONTAINE M.

JurisClasseur Sociétés Traité, fasc. 147-20, *Gestion financière. Capitaux propres. Distribution*, 2013.

PICOD Y.

Rép. civ. Dalloz, V° *Obligations*, 2009.

PIETTE G.

Rép. civ. Dalloz, V° *Cautionnement*, 2009.

PIGNARRE G.

A la redécouverte de l'obligation de praestare », *RTD civ.* 2001, p. 41 et s.

REMY Ph.

La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept, *RTD civ.*, 1997, p. 323 et s.

REMY-CORLAY P.

Exécution et réparation : deux concepts ?, *RDC* 2004, p. 13 et s.

ROMAN B.

La nature juridique de l'action paulienne, *Défrenois* 2005, p. 655 et s.

ROMNICIANU M.

Perspective d'ensemble sur le sort des garanties dans le cadre d'une fusion, *JCP E* 1991, n° 10, 7 mars 1991, 34.

ROUAST-BERTIER P.

Société fictive et simulation, *Rev. sociétés* 1993, p. 725, spéc. p. 738.

SAINTOURENS B.

Conditions d'ouverture de la sauvegarde : la Cour de cassation fait le maximum, *Lettre d'actualité des procédures collectives civiles et commerciales* n° 7, avril 2011, repère 106.

SANA-CHAILLE DE NERE S.

JurisClasseur notarial, fasc. 122 et 123, *Contrats et obligations. Nullité ou rescision des conventions. Généralités : nullité*, 2014.

SAVAUX E.

La fin de la responsabilité contractuelle, *RTD civ.*, 1999, p. 1 et s.

SERLOOTEN P.

Les nouveaux contours de l'abus de droit appliqué à la transmission des entreprises, *Dr. fisc.* 1993, n° 50, p. 1984.

SHILLER S.

La fraude, nécessaire deus ex machina face à l'évolution des sociétés, *Rev. Sociétés* 2014, p. 211.

SIMLER Ph.

JurisClasseur civil, V° *art. 1136 à 1145*, fasc. 10, 2011, n° 11.

SINAY H.

Action paulienne et responsabilité délictuelle à la lumière de la jurisprudence récente, *RTD civ.* 1948, p. 183 et s.

STARCK B.

Des contrats conclus en violation des droits contractuels d'autrui, *JCP* 1954, I, 1180.

TALLON D.

- *Le surprenant réveil de l'obligation de donner*, *D.* 1992, Chron. XIII, p. 67 et s.
- *L'inexécution du contrat : pour une autre présentation*, *RTD civ.* 1994, p. 223 et s.

TERRAY-J.

La société, une tradition bien vivante, *JCP* 1984, I, 3154.

THIBIERGE-GUELFUCCI C.

Libres propos sur la transformation du droit des contrats, *RTD civ.* 1997, p. 357 et s.

VATINET R.

La réparation du préjudice causé par la faute des dirigeants sociaux, devant les juridictions civiles, *Rev. sociétés* 2003, p. 247.

VINEY G.

La responsabilité contractuelle en question », in *Mélanges Ghestin, Le contrat au début du XXIème siècle*, LGDJ, 2001, p. 921 et s.

WESTER-OUISSE V.

Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant de société séparable de ses fonctions, *D. aff.* 1999, p. 782.

WICKER G.

- *Rép. civ. Dalloz, V° Personne morale*, 1998, n° 20.
- *Force obligatoire et contenu du contrat*, in *Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats* : dir. de P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet, Dalloz, collection Actes, 2003, p. 151 s.

IV. Arrêts cités et notes sous arrêts

Req., 13 juil. 1870, *DP* 1871. 1. 350.

Req., 23 fév. 1897, *S.* 1898. 1. 65, note Esmein.

Cass. civ., 7 juil. 1910, *DP* 1913. 1. 43.

Req., 13 mai 1929, *S.* 1929, 1, p. 289, note H. Rousseau.

- T. com. Seine, 20 déc. 1932, *JCP* 1933, p. 566.
- Cass. civ., 31 juill. 1933, *S.* 1933, 1, p. 331.
- Cass. civ., 2 août 1933, *DP* 1935, I, p. 111, note P. Pic.
- Cass. civ., 27 fév. 1934, *DH* 1935, p. 252.
- Cass. soc., 19 déc. 1941, *DC.* 1942, jur. P. 65 ; *JCP* 1942, II, 1809, note E. Becqué.
- Cass. civ., 2 déc. 1946, *D.* 19474, p. 93.
- CA Lyon, 30 déc. 1947, *D.* 1948. somm. 23.
- Cass. civ. 2^{ème}, 29 mai 1953, *D.* 1953, p. 515.
- Cass. soc., 30 juin 1960, *JCP G* 1961, II, 11946, note G.-H. Camerlynck.
- Cass. soc, 29 oct. 1962, *Bull. civ.*, IV, n° 761.
- Cass. com., 10 juin 1963, *D.* 1968 jurispr., p. 116, obs. C. Lombois.
- Cass. soc., 19 juin 1963, *Bull. civ.*, IV, n° 517.
- Cass. com., 30 juin 1964, *Bull. civ.* 1964, III, n° 312 ; *RTD com.* 1965, p. 167, obs. R. Houin.
- Cass. com., 24 janv. 1967, *Bull. civ.* 1967, n° 45, p. 40 ; *RTD com.* 1967, p. 820, obs. R. Houin.
- Cass. civ. 1^{ère}, 15 février 1967, *Bull. civ.*, I, n° 66.
- Cass. civ. 3^{ème}, 7 avril 1967, *Bull. civ.*, 1967, III, n° 127.
- Cass. com., 28 juin 1971, *Bull. civ.*, IV, n° 182, p. 170.
- Cass. com., 7 mars 1972, *Bull. civ.*, IV, n° 84, p. 81.
- T. com. Paris, 12 juin 1972, *Bull. Joly* 1973, p. 324.
- Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 1973, *Bull. civ.*, I, n° 92 ; *JCP* 1974, II, 17782, note J. Ghestin.
- Cass. soc, 4 et 31 janv. 1974, *JCP G* 1974, II, 17878, note Ch. Lazerges.
- Cass. crim., 24 fév. 1974, *Bull. crim.* 1974, n° 85, p. 209.
- CE, 23 juil. 1974, n° 87. 393 et n° 87.879.
- Cass. soc, 16 juin 1976, *Bull. civ.* 1976, V, n° 373.
- Cass. civ. 1^{ère}, 31 mai 1978, *Bull. civ.*, I, n° 213.
- Cass. civ. 1^{ère}, 17 oct. 1979, *Bull. civ.*, I, n° 249, *JCP G.* 1981, II, 19627, note J. Ghestin.
- CA Riom, 5 mai 1980, *Rev. sociétés.* 1981, p. 597.
- Cass. soc., 14 nov. 1980, *Juri-soc.* 1981, F 12.
- Cass. civ. 1^{ère}, 25 fév. 1981, *JCP* 1981, II, 19628, note J. Ghestin.
- CA Paris, 12 janv. 1982, *JCP G* 1983, II, 19949.
- Cass. com., 2 mars 1982, *JCP G.* 1982, IV, p. 175.
- Cass. com., 8 mars 1982, *Rev. sociétés* 1983, p. 573, note. Y. Guyon.
- Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 1982, *Bull. civ.*, I, n° 156.
- Cass. soc., 6 mai 1982, *Bull. civ.* 1982, V, n° 280.

Cass. soc., 10 juin 1982, *Bull. civ.*, V ; n° 389.

Cass. civ. 1^{ère}, 17 janv. 1984, *Bull. civ.* I n° 16; D. 1984, p. 437, note Malaurie ; *RTD civ.* 1984, p. 719 n° 10, obs. J. Mestre.

Cass. soc., 4 mai 1984, *Bull. civ.* 1984, V, n° 177.

T. com., Paris, 7 juin 1985, *JurisData* n° 1986-764807.

Cass. com., 16 juil. 1985, *Bull. civ.*, IV, n° 218.

Cass. com., 11 février 1986, *RTD civ.* 1986, p. 601, note J. Mestre ; *Bull. Joly* 1986, p. 518.

Cass. com., 4 mars 1986, *Bull. Joly* 1986, p. 379.

Cass. soc., 12 juin 1986, *Bull. civ.*, V, n° 299, *JCP E* 1986, II, 14790, note J. Vallansan, *Dr. soc.* 1986, p. 605, concl. G. Picca.

Rép. Charles AN. 29 déc. 1986, p. 5192, n° 5888 ; Doc. F. Lefebvre, C-III-42-J, fv.

Cass. com., 6 janv. 1987, *Bull. civ.* IV, n° 77 ; *RTD civ.* 1987, p. 754, obs. J. Mestre.

Cass. com., 2 juin 1987, *Bull. civ.* 1987, IV, n° 132 ; *Gaz. Pal.* 1987, 2, somm. p. 208 ; *Rev. sociétés* 1987, p. 629, note Y. Guyon.

Cass. soc., 15 oct. 1987, *Bull. civ.*, V, n° 570.

Cass. soc., 18 fév. 1988, *Bull. civ.*, V, n° 114.

Cass. com., 4 oct. 1988, *Rev. sociétés* 1989, p. 213 note A. Viandier, *RTD civ.* 1989, p. 86, note P. Jourdain.

Cass. com., 8 nov. 1988, *RJS* 1989, n° 188, *Bull. civ.*, IV, n° 296.

Cass. com., 18 juil. 1989, *Bull. civ.*, IV, n° 224.

Cass. com., 20 févr. 1990, *RJS* 1990, n° 527.

Cass. ass. plén., 16 mars 1990, *D.* 1990, jurispr. p. 305, 1^{ère} et 2^{ème} esp., note A. Lyon-Caen ; *Dr. soc.* 1990, p. 399, concl. H. Dontenwille, note G. Couturier et X. Prétot ; *Dr. ouvrier* 1990, p. 217, chron. E. Wagner ; *JCP E* 1990, II, 15825 ; *RJS* 1990, p. 199, note J. Déprez.

Cass. com., 2 mai 1990, n° 88-15.871, *Bull. civ.*, IV, n° 131.

Cass. soc. 27 juin 1990, *Jurisp. soc. UIMM*, n° 90-532, p. 390.

Cass. soc., 17 juil. 1990, *Bull. civ.* 1990, V, n° 372 ; *RJS* 1990, n° 650.

CA Paris, 13 nov. 1990, *RJDA* 1991, n° 123 ; *Rev. sociétés* 1991, p. 137, obs. Y. Guyon, *RD bancaire et bourse* 1991, p. 102, obs. M. Jeantin et A. Vandier.

Cass. com., 5 fév. 1991, *RTD com.* 1992, p. 385, obs. C. Champaud et D. Danet ; *Rev. Sociétés* 1991, p. 545, note C. Bolze, ; *Recueil D.* 1992, p. 27, note Y. Chartier.

Cass. com., 5 mars 1991, *Rev. Dr. Bancaire et bourse* 1991, n° 25, p. 102, note M. Jeantin et A.

Viandier ; *JCP* 1992, n° 8, II, p. 52, note Marteau-Petit ; *LPA*, 30 oct. 1991, n° 130, note P. Le Cannu.

Cass. com., 25 mars 1991, *Bull. civ.* IV, n° 119, p. 83.

Cass. soc., 29 mai 1991, *RJS* 1991, n° 813.

Cass. crim., 14 oct. 1991, *Rev. sociétés* 1992, p. 782, note B. Bouloc.

Cass. crim., 28 oct. 1991, *Bull. crim.* 1991, n° 382, p. 957.

Cass. com., 15 juil. 1992, *Bull. Joly* 1992, p. 1111, B. Caillaud et P. Le Cannu ; *Dr. soc.* 1992, n° 220, obs. H. Le Nabasque.

CA Versailles, 11 fév. 1993, *Dr. soc.* 1993, n° 136, obs. T. Bonneau.

CA Aix-En-Provence, 12 fév. 1993, *Bull. Joly* 1993, n° 327, p. 1115.

CE, 10 mai 1993, *Quot. jur.* 26 août 1993, p. 5 ; *Bull. Joly* 1993, p. 799, n° 237, note H. Pisani.

Cass. soc., 22 sept. 1993, *Bull. civ.* 1993, V, n° 220 ; *RJS* 1993, n° 1072.

Cass. com., 12 juil. 1994, *Bull. civ.* IV, n° 260.

Cass. soc., 20 oct. 1994, *JCP E*, II, 726, 2^{ème} espèce, note J.-J. Serret.

Cass. soc., 26 oct. 1994, *Dr. soc.* 1995, p. 55, obs. H. Blaise ; *JCP E* 1995, II, 726, 1^{ère} espèce, note J.-J. Serret.

Cass. soc., 3 mai 1995, *JurisData* n° 1995-001298.

Cass. soc., 27 juin 1995, *RJS* 1995, n° 1013 ; *JCP G* 1996, I, 3899, n° 17, obs. Ph. Coursier.

Cass. crim. 10 juil. 1995, *RJDA* 1996, n° 640 ; *Bull. Joly* 1995, p. 1048, note A. Couret et P. Le Cannu ; *JCP E* 1996, II, 780, note J. Paillusseau ; *Rev. sociétés* 1996, p. 312, note B. Bouloc.

Cass. com., 10 oct. 1995, *Bull. civ.*, 1995, IV, n° 224 ; *RTD civ.*, 1996, p. 201 obs. M. Bandrac ; *Bull. Joly* 1995, p. 1058 note M.-L. Coquelet ; *LPA*, 13 déc. 1995, n° 149, p. 15 note A. Couret et P. Le Cannu ; *Défrénois* 1996, n° 10, p. 648, note S. Piedelièvre ; *LPA*, 28 juin 1996, n° 78, p. 38, note J.-L. Courtier

Cass. soc., 17 oct. 1995, *Dr. du trav.* 1995, n° 12, p. 12, §. 497.

Cass. com., 4 juin 1996, *BRDA* 1996, n° 12, p. 6 ; *Bull. Joly* 1996, p. 932, obs., P. Le Cannu ; *Dr. soc.* 1996, n° 151 ; *Rev. sociétés* 1997, p. 110, note Y. Chartier.

CA Lyon, 19 juil. 1996, *JurisData* n° 1996-055892.

Cass. civ. 1^{ère}, 17 déc. 1996, *Bull. civ.*, I, n° 448, *Cont. conc. Consom.* 1997, n° 57, note L. Leveneur ; *Défrénois* 1997, 7, note P. Delebecque, *RTD. civ.* 1997, p. 941, obs. J. Mestre ; *D.* 1998, somm. 116, obs. D. Mazeaud.

CA Versailles, 4 fév. 1997, *Bull. Joly* 1997, n° 221, p. 448, note M.-L. Coquelet.

Cass. soc., 20 janv. 1998, *Dr. soc.* 1998, p. 297, obs. R. Vatinet ; *JCP G* 1998, II, 10027, rapp. Ph. Waquet ; *Dr. soc.* 1998, p. 1019 note M. Henry ; *Dr. ouvrier* 2000, p. 271, note, M. Henry.

Cass. soc., 9 avril 1998, *RJS* 1998, p. 415, n° 645.

Cass. com., 28 avril 1998, *Bull. civ.*, IV, n° 139 ; *Bull. Joly* 1998, p. 808 ; note P. Le Cannu, *JCP E* 1998, p. 1258, n° 31, note Y. Guyon ; *Dr. des soc.* 1998, n° 114, note D. Vidal ; *JCP* 1998, II, 10177, note D. Ohl ; *Rev. sociétés* 1998, p. 767, note B. Saintourens.

CA Paris, 24 juin 1998, *RJDA* 1998, n° 1232, p. 924 ; *RTD com.* 1999, p. 135.

Cass. soc., 7 juil. 1998, *RJS* 1998, n° 1346 ; *Dr. soc.* 1998, p. 948, obs. A. Mazeaud.

Cass. soc., 13 avr. 1999, *TPS* 1999, comm. 236 ; *RJS* 1999, n° 794.

Cass. soc., 14 déc. 1999, *Bull. civ.* 1999, V, n° 484.

Cass. com., 18 avr. 2000, n° 97-19.883.

Cass. com., 16 mai 2000, *RJDA* 2000, n° 986, p. 782.

Cass. com., 3 oct. 2000, pourvoi n° 98-17.798.

CA Poitiers, 14 nov. 2000, *JurisData* n° 2000-138886.

Cass. com., 19 déc. 2000, n° 98-20.515.

CA Aix En Provence, 10 janv. 2001.

Cass. soc., 16 janv. 2001, *Recueil D.* 2001, p. 829.

Cass. soc., 23 janv. 2002, *Bull. civ.*, V, n° 24.

CA Paris, 15 févr. 2002, n° 00-17202, *RJDA* juin 2002, n° 648.

Cass. soc., 20 mars 2002, *Bull. civ.* 2002, V, n° 94 ; *JCP E* 2002, I, 1764, n° 3, obs. P. Morvan.

Cass. soc., 18 juin 2002, *RJS* 2002, n° 1205.

Cass. soc., 24 sept. 2002, *RJS* 2002, n° 1359.

Cass. soc., 4 juin 2003, *RJS* 2003, n° 985, 2^{ème} espèce.

Cass. soc., 14 janv. 2004, *Bull. civ.*, V, 2004, n° 9.

Cass. soc., 20 janv. 2004, *Bull. civ.*, V, n° 9.

Cass. com., 21 janv. 2004, n° 00-14.549, *RJDA* 2004, n° 712.

Cass. soc., 28 janv. 2004, *Bull. civ.* 2004, V, n° 28.

CA Dijon, ch. B., 17 fév. 2004, *JurisData* n° 2004-234044.

Cass. com., 23 juin 2004, *JCP E.* 2004, note P. Le Cannu.

Cass. com., 21 sept. 2004, *RJDA* févr. 2005, n° 147.

Cass. soc., 8 déc. 2004, *RJS* 2005, n° 127.

CA Agen, 14 déc. 2004.

CE, 10 janv. 2005, Sté Sofiservice, *BRDA* 2005, n° 13, p. 4.

Cass. com., 22 fév. 2005, *Bull. Joly* 2005, n° 192, note P. Le Cannu.

Cass. soc., 12 avr. 2005, *RJS* 2005, n° 603.

Cass. com., 8 nov. 2005, *BRDA* 2005, n° 1, 2^{ème} espèce ; *Bull. Joly* 2006, p. 345, note P. Le Cannu ; *D.* 2005, p. 2875, obs. A. Lienhard.

Cass. soc., 3 mars 2006, *RJS* 2006, n° 924.

Cass. soc., 21 mars 2006, *RJS* 2006, n° 693.

CAA Lyon, Ch. 1, 6 juil. 2006.

CA Lyon, 18 sept. 2006, n°05/03685.

Ass. plén. 6 oct. 2006, *Bull. civ.*, Ass. plén., n° 9 ; *BICE*, n° 651, note Assie ; *D.* 2006, p. 2825, note G. Viney ; *JCP* 2006, II, n° 10181 avis Gariazzo et note M. Billiau ; *Resp. civ. et assur.* 2006 Etude, n° 17, note L. Bloch ; *RDC* 2007, p. 279, obs. S. Carval, *Rev. Lamy dr. aff.* janv. 2007, n° 671, comm.. A. Reygrobellet ; *JCP G* 2007, I, p. 115 n° 4, obs. P. Stoffel-Munck ; *RDC civ.* 2007, p. 115, obs. J. Mestre et B. Fages, p. 123 obs. P. Jourdain ; *RDC* 2007, p. 61, obs. P. Deumier ; P. Jacques, « *La relativité de la faute contractuelle devant l'assemblée plénière* », *Rev. Lamy dr. aff.* Déc. 2006, p. 70 ; *RDC* 2007, p. 269, note D. Mazeaud, p. 379, note J.-B. Seube.

Cass. soc., 10 oct. 2006, *Dr. soc.* 2007, p. 111.

Cass. soc., 17 oct. 2006, *RJS* 2007, n° 18.

Cass. soc., 14 févr. 2007, *Dr. soc.* 2007, p. 551, rapp. P. Bailly et A. Mazeaud.

CA Lyon, 27 fév. 2007, inédit.

Cass. com., 6 mars 2007, n° 04-13.689, *Bull. civ.* IV, n° 84.

Cass. soc., 27 nov. 2007, *RJS* 2008, n° 143.

Cass. soc., 18 sept. 2007, *RJS* 2007, n° 1164.

Cass. soc., 10 avr. 2008, *RJS* 2008, n° 643.

CA Paris, 22 mai 2008, n° RG07/00492.

TGI Béthune, 24 juin 2008, *Dr. ouvrier* 2009, p. 276.

Cass. soc., 12 nov. 2008, *RJS* 2009, n° 16.

Cass. soc., 19 nov. 2008, *JCP S* 2009, 1045.

Cass. soc., 16 déc. 2008, *RJS* 2009, n° 147.

Cass. com., 13 janv. 2009, *Bull. Joly* 2009, p. 509, note J.-P. Dom.

Cass. soc., 2 mars 2009, *RJS* 2009, n° 479.

Cass. soc., 13 mai 2009, *RJS* 2009, n° 612 ; *Dr. ouvrier* 2009, p. 522 ; *RDT* 2009, p. 514, obs. H. Guyader.

Cass. soc., 27 mai 2009, n° 08-42555.

Cass. com., 21 sept. 2009, n° 1273, *RJDA* 2005 n° 147.

Cass. com., 19 janv. 2010, n° 08-21527, inédit.

CA Paris, 11 mars 2010, n° 2008/20987, M. C.

Cass. com., 28 sept. 2010, *Dr. sociétés* 2011, n° 225, obs. M. Roussille ; *JCP E* 2011, p. 1000, n° 1, obs. Fl. Deboissy et G. Wicker.

CA Paris, 19 mai 2011, *BRDA* 2011.

CA Poitiers, 30 mai 2012, *JurisData* n° 2012-012422.

Cass. com., 12 juin 2012, *D.* 2012, p. 1608 ; *RTD civ.* 2012, p. 546, obs. P.-Y. Gautier ; *Rev. sociétés*

2013, p. 95, note C. Tabourot-Hyest ; *Recueil D.* 2013, p. 584, note J. Schmeidler.

Cass. soc., 4 juil. 2012, *RJS* 2012, n° 864 ; *Dr. soc.* 2012, p. 948, obs. A. Mazeaud.

Cass. com., 11 sept. 2012, *RJDA* 2012, n° 1078 ; *JCP E* 2012, n° 1602 ; *RLDA* 2012/ 77, n° 4338, note I. Mpindi ; *Bull. Joly* 2013, p. 45, note J.-L. Vallens.

Cass. com., 26 févr. 2013, n°12-13.721, inédit : JurisData n° 2013-003197 ; *Bull. Joly* 2013, p. 309, note H. Barbier ; *Dr. sociétés* 2013, comm. 134, obs. R. Mortier ; *JCP G* 2014, doct. 184, note F. Deboissy et G. Wicker.

Cass. civ. 1^{ère}, 9 avril 2014, *Rev. sociétés* 2015, p. 119, obs. J.-J. Ansault.

Cass. soc., 18 juin 2014, *Rev. sociétés* 2015, p. 26, obs. J.-M. Moulin.

CA Versailles, 7 janv. 2015, JurisData n° 2015-000141.

Cass. soc., 28 janv. 2015, n° 13-16.729, JurisData n° 2015-001046.

Index alphabétique

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Action de fraude générale : 161

Action paulienne : 152 et s.

Apport partiel d'actif : 49, 80, 86, 88, 109, 112, 115, 124 et s., 137, 181 et s., 204 et s.

Assujettissement : 13 et s.

- Fondement : 16 et s.
- Notion : 14 et s.

Augmentation de capital : 27, 59, 187

B

Bonne foi : 57 et s.

- Devoir de loyauté : 58 et s., 102, 115 et s., 127.
- Notion : 57

C

Cautionnement : 26, 133 et s.

D

Dissolution-confusion : 85, 124 et s., 181 et s., 190.

Droit d'opposition : 121 et s., 180 et s.

- Action en justice : 180 et s.
- Finalité : 124
- Notion : 123

Droit de préemption : 27

E

Entreprise : 4

- Définition : 4
- Doctrine de l'entreprise : 4

F

Fait générateur :

- Créance de réparation : 109 et s.
- Obligation contractuelle : 28 et s.
- Obligation extracontractuelle : 37 et s.

Fraude : 75 et s.

- Fraude par un jugement : 93 et s.
- Fraude paulienne : 77 et s.
- Fraude générale : 96 et s.

Fusion : 1, 7, 26, 29-1, 34 et s., 86 et s., 91, 95, 99, 123 et s., 135, 137, 140 et s., 160, 181 et s., 190, 204 et s., 210 et s., 224.

H

Hypothèque : 137

I

Inopposabilité : 199 et s.

L

Location-gérance : 1, 4, 88

N

Nullité : 211 et s.

O

Obligation :

- A terme : 29-2
- Contractuelle : 25 et s.
- D'abstention : 54 et s., 101
- De cotisation à la sécurité sociale : 40
- De couverture : 26, 135
- De donner : 46 et s.
- De faire : 48 et s.
- Définition : 11
- De garantie : 29-1, 41
- Délictuelle : 35, 42
- De mise à disposition : 52
- De ne pas faire : 50 et s.
- De règlement : 26, 135
- Fiscale : 39
- Légale : 34, 38 et s.
- Quasi-contractuelle : 36, 43
- Quasi-délictuelle : 35, 42
- Sous-condition : 30-1.

Opposabilité : 62 et s., 103, 117, 128

- Devoir d'abstention des tiers : 68 et s.
- Droits subjectifs : 67 et s.
- Fondement : 64 et s.

R

Réduction de capital non motivée par des pertes : 82, 121 et s., 187 et s., 204.

Responsabilité civile : 105 et s., 169 et s.

- Action en réparation : 169 et s.
- Dirigeants sociaux : 232 et s.
- Nature : 112
- Sanction : 216 et s.

Restructuration : 1 et s.

- Critères : 2
- Définition : 1
- Opérations : 3
- Procédés : 3

S

Salariés : 139 et s.

- Action en justice 191 et s.

Scission : 7, 35, 39, 45, 80, 88, 91, 112 et s., 124 et s., 181 et s., 204 et s., 210, 212

Société : 4 et s.

- Création : 83
- Dissolution : 85
- Fictive : 84
- Nature juridique : 85

T

Tierce opposition : 163 et s.

Transformation : 140, 212, 213, 214.

Table des matières

(Les numéros renvoient aux pages)

INTRODUCTION	1
 PARTIE 1 : LE FONDEMENT DE LA PROTECTION DES CREANCIERS DANS LES OPERATIONS DE RESTRUCTURATION DES SOCIETES.....	11
 Titre 1 : L'identification du fondement de la protection des créanciers	12
Chapitre 1 : L'assujettissement de la société débitrice au respect des obligations antérieures à sa restructuration	13
Section 1 : L'indifférence de la source des obligations de la société débitrice quant au fondement de la protection des créanciers	13
§ 1 . L'assujettissement de la société débitrice au respect de ses obligations, fondement de la protection des droits de créance contractuels.....	14
A. Les fondements de l'assujettissement du débiteur au respect de ses obligations	15
1. La conception dualiste de l'obligation.....	15
2. L'analyse normativiste du contrat	17
3. L'adoption du fondement de la protection des droits des créanciers antérieurs à la restructuration de la société débitrice	19
B. L'apport de la notion d'assujettissement dans la protection des droits de créance contractuels.....	20
1. L'impossibilité pour une société débitrice d'échapper à une obligation contractuelle par le biais d'une restructuration.....	21
2. La naissance de l'obligation contractuelle, condition de la protection du droit de créance concerné	23
§ 2 . L'assujettissement de la société débitrice au respect des ses obligations, fondement de la protection des droits de créance extra-contractuels	28
A. L'assujettissement de la société débitrice aux engagements extracontractuels antérieurs à sa restructuration.....	28
B. La protection des créances extracontractuelles antérieures à la restructuration de la société débitrice	31
1. Le fait générateur des obligations purement légales.....	31
2. Le fait générateur des obligations délictuelles et quasi-délictuelles	33
3. Le fait générateur des obligations quasi-contractuelles	33
Section 2 : L'indifférence de l'objet de l'engagement de la société débitrice quant au fondement de la protection des créanciers	34
§ 1 . L'assujettissement de la société débitrice au respect de l'obligation de donner	34
§ 2 . L'assujettissement de la société débitrice au respect des obligations de faire	36
§ 3 . L'assujettissement de la société débitrice au respect des obligations de ne pas faire .	37

Chapitre 2 : La restriction de l'autonomie juridique de la société par les engagements antérieurs à sa restructuration	40
Section 1 : Le devoir de la société débitrice d'exécuter de bonne foi les engagements antérieurs à sa restructuration	41
§ 1 . Le devoir d'exécuter de bonne foi les engagements contractuels antérieurs à la restructuration de la société débitrice	41
§ 2 . Le devoir d'exécuter de bonne foi les engagements extracontractuels antérieurs à la restructuration de la société débitrice	44
Section 2 : L'opposabilité aux tiers des droits des créanciers antérieurs à la restructuration de la société débitrice	46
§ 1 . L'opposabilité aux tiers des droits des créanciers contractant avec la société débitrice pendant sa restructuration	47
A. Le fondement de l'opposabilité des conventions antérieures à la restructuration de la société débitrice	47
B. L'application de ce fondement aux droits subjectifs antérieurs à la restructuration de la société débitrice	48
§ 2 . L'interdiction aux tiers de porter atteinte aux droits des créanciers d'une société lors de sa restructuration	49
Titre 2 : La justification du fondement retenu à travers les différentes mesures de protection des créanciers	52
Chapitre 1 : La vérification du fondement des mécanismes de protection des créanciers issus du droit commun	53
Section 1 : La force obligatoire du droit du créancier, fondement de la protection contre la fraude de la société débitrice	53
§ 1 . La nécessaire qualification de la fraude de la société débitrice	55
A. Les éléments constitutifs de la fraude paulienne de la société débitrice	55
1. L'existence d'un droit de créance antérieur à la restructuration de la société débitrice	56
a. Les droits de gage général	56
b. Les droits spéciaux	61
c. L'exigence de l'antériorité des droits de créance par rapport à la restructuration	62
2. La conclusion d'un acte juridique visant à entraver l'exécution du droit de créance	63
3. L'intention frauduleuse	65
B. Les éléments constitutifs de la fraude par un jugement de la société débitrice	67
C. Les éléments constitutifs de la fraude générale de la société débitrice	69
§ 2 . La fraude, atteinte aux restrictions induites par l'assujettissement de la société débitrice	71
A. La fraude, atteinte au devoir de loyauté de la société débitrice	71
B. La fraude, atteinte à l'opposabilité des obligations antérieures à la restructuration de la société débitrice	72
Section 2 : La force obligatoire du droit du créancier, fondement de sa protection contre le préjudice causé par la société débitrice	73

§ 1 . L'assujettissement de la société débitrice, fondement de la protection de la créance de réparation née avant ou pendant sa restructuration	75
A. Le fondement de la protection de la créance de réparation antérieure à la restructuration de la société débitrice	75
B. Le fondement de la réparation des dommages causés pendant la restructuration de la société débitrice aux créances détenues à son encontre	78
§ 2 . Le dommage causé au créancier, manquement aux devoirs induits par l'assujettissement de la société débitrice	82
A. La sanction du manquement au devoir de loyauté de la société débitrice par la réparation du préjudice du créancier.....	82
B. La sanction de la violation de l'opposabilité des obligations par la réparation des préjudices causés par les tiers.....	84
Chapitre 2 : La vérification du fondement des mécanismes de protection des créanciers relevant du droit spécial	86
Section 1 : La force obligatoire du droit de créance, fondement du droit d'opposition des créanciers sociaux	86
§ 1 . Le respect de la force obligatoire du droit de créance imposé par le droit d'opposition	87
A. Le caractère conservatoire du droit d'opposition.....	88
B. L'assujettissement de la société débitrice, fondement de la protection du créancier opposant.....	89
§ 2 . La restriction de la liberté juridique de la société débitrice par le droit d'opposition..	91
A. La conformité du droit d'opposition à une exécution loyale des engagements de la société débitrice	91
B. La conformité du droit d'opposition à l'opposabilité aux tiers des droits de créance concernés	92
Section 2 : La force obligatoire du droit de créance, fondement de la protection des créanciers titulaires de sûretés.....	93
§ 1 . Le fondement de la protection des sûretés personnelles	95
§ 2 . Le fondement de la protection des sûretés réelles	98
Section 3 : La force obligatoire du droit de créance, fondement de la protection des salariés .	101

PARTIE 2 : LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROTECTION DES CREANCIERS DANS LES OPERATIONS DE RESTRUCTURATION DES SOCIETES..... 107

Titre 1 : La procédure judiciaire assurant la mise en œuvre de la protection des créanciers 108

Chapitre 1 . Les actions en justice ouvertes à tous les créanciers	109
Section 1 . Les conditions de recevabilité des actions contre la fraude de la société débitrice .	109
§ 1 . Les conditions d'exercice de l'action paulienne	109
A. Les conditions objectives de recevabilité de l'action paulienne.....	110
1. La conformité aux délais de prescription	110
2. La saisine du tribunal compétent	111
B. Les conditions subjectives de recevabilité de l'action paulienne	112
1. La qualité à agir des parties à l'action paulienne	112

2. L'intérêt à agir du créancier paulien.....	113
§ 2 . La tierce opposition contre un jugement obtenu par fraude par la société débitrice	115
A. Les conditions objectives de recevabilité de la tierce opposition	115
B. Les conditions subjectives de recevabilité de la tierce opposition	116
Section 2 . Les conditions de recevabilité de l'action en responsabilité.....	118
§ 1 . Les conditions objectives de recevabilité de l'action en responsabilité.....	118
A. La compétence du tribunal connaissant de l'action en responsabilité.....	118
B. Le délai de prescription de l'action	120
§ 2 . Les conditions subjectives de recevabilité de l'action en réparation.....	120
A. Le demandeur de l'action en réparation	121
B. Le défendeur de l'action en responsabilité.....	121
Chapitre 2 . Les actions en justice visant la protection de certaines catégories de créanciers	123
Section 1 : Les conditions de recevabilité de l'action en opposition	123
§ 1 . L'opposition en matière de transmission universelle de patrimoine.....	123
A. Les conditions objectives de recevabilité de l'opposition	124
B. Les conditions subjectives de recevabilité de l'opposition	125
§ 2 . L'opposition en matière de réduction de capital non motivée par des pertes	128
Section 2 : Les actions judiciaires des salariés fondées sur la violation de l'article L 1224-1 du Code du travail	131
Titre 2 : L'efficacité de la protection des créanciers.....	135
Chapitre 1 : Les sanctions insuffisantes de la société débitrice	136
Section 1 : De l'inopposabilité à la nullité de l'acte juridique litigieux	136
§ 1 . L'inopposabilité de l'acte juridique litigieux.....	137
A. Les atteintes aux droits des créanciers sanctionnées par l'inopposabilité de l'acte juridique litigieux.....	137
B. Les effets de l'inopposabilité de l'acte juridique litigieux	140
§ 2 . La nullité de l'acte juridique frauduleux.....	145
Section 2 : La réparation des préjudices causés à l'occasion de la restructuration de la société débitrice	149
§ 1 . La preuve des atteintes aux droits du créancier exigeant une réparation.....	149
§ 2 . Les conséquences de la sanction obtenue par le créancier	153
A. La notion de réparation en matière de restructuration	154
B. Les effets de la sanction de la société débitrice et de son éventuel complice	155
Chapitre 2 : La mise en cause de la responsabilité des dirigeants de la société débitrice.....	160
Section 1 : Une responsabilité civile des dirigeants insuffisamment retenue au profit des créanciers	160
§ 1 . L'exigence jurisprudentielle d'une faute détachable des fonctions rendant inefficace la responsabilité civile du dirigeant	162
§ 2 . La nécessité de recourir au droit commun pour obtenir une condamnation personnelle du dirigeant	163
Section 2 : Un cadre juridique favorable à la protection de certains créanciers titulaires de droits extracontractuels	165

CONCLUSION GENERALE	169
BIBLIOGRAPHIE	171
INDEX	190
TABLE DES MATIERES	194

Titre : La protection des droits des créanciers dans les opérations de restructuration des sociétés

Résumé : De nos jours, la restructuration est une réalité incontournable qui contribue au développement et à la compétitivité des sociétés *in bonis*. En général, elle résulte d'une décision prise par les dirigeants sociaux. Toutefois, sa réalisation peut contrevenir à l'exécution des droits des créanciers antérieurs des sociétés concernées par l'opération. Pour préserver leurs droits, ces créanciers disposent de nombreuses mesures de protection issues aussi bien du droit commun que du droit spécial. L'identification du fondement de cette protection, à savoir la force obligatoire des engagements pris avant la restructuration de la société débitrice, permet de vérifier l'efficacité de cette protection.

Mots clés: Restructuration. Société. Force obligatoire. Créancier. Protection. Bonne foi. Opposabilité. Fraude. Réparation. Assujettissement. Fusion. Scission. Apport partiel d'actif. Réduction de capital non motivée par des pertes. Opposition. Inopposabilité. Nullité. Salariés. Dirigeants sociaux.

Title : Protecting the rights of creditors in companies restructuring transactions.

Abstract : Restructuring is a reality that contributes to the development and competitiveness of companies *in bonuses*. It usually results from a decision taken by the companies executives. Its implementation, however, may undermine the enforcement of former creditors' rights by the companies involved in the transaction. To preserve their claims, those creditors have many safeguards from both the common law and the special law. The identification of the basis of such protection, namely the binding commitments made before the restructuring of the debtor companies, enable the verification of this protection's effectiveness.

Keywords : Restructuring. Company. Binding. Creditor. Protection. *Bona fides*. Enforceability. Fraud. Repair. Subjugation. Fusion. Merger. Partial business transfer. Capital reduction non motivated by losses. Opposition. Unenforceability. Nullity. Employees. Companies executives.

Unité de recherche
Institut de recherche en droit des affaires et du patrimoine,
Université de Bordeaux- Avenue Léon Duguit
Bât. Recherche économie 2^{ème} étage
33608 Pessac cedex
Tél. : 05.56.84.85.82