

LES BIENS QUI ÉCHAPPENT À LA PROCÉDURE COLLECTIVE

1. Les biens qui échappent à la procédure collective. La procédure collective commence par appréhender un débiteur *sujet*, puis, à travers lui, son patrimoine *objet*. Le droit de la faillite ne traite pas un patrimoine en tant que tel. Il traite le patrimoine d'un débiteur, sauf lorsque celui-ci a opté pour le statut d'EIRL. Peu importe le fait qu'une partie de ce patrimoine soit attribuée à certains créanciers ou qu'une autre ne puisse être appréhendée par aucun, échappant ainsi tant à la saisie individuelle que collective. Au jour de son ouverture, la procédure collective ne photographie qu'une partie du patrimoine du débiteur failli dont elle entraîne le gel (C. com., art. L. 622-7). En cela, l'effet d'« indisponibilité » des biens de l'actif de la procédure collective demeure la résultante d'un effet de saisie. L'adage *un débiteur, un patrimoine, une procédure* exprime ainsi l'approche tant « personnelle » que « réelle » du droit de la faillite. En effet, la faillite constitue une vaste voie d'exécution tendant à la distribution collective de certains biens du patrimoine du débiteur failli. Le risque de la procédure collective réside principalement dans son effet « réel » qui opère une saisie « collective » du gage commun des créanciers dont la finalité, en procédure liquidative, consiste en une réalisation en vue d'une distribution du prix de vente des biens *objets* de la saisie.

2. La nécessaire distinction entre le « gage général » et le « gage commun ». L'actif de la procédure collective ne comprend que les biens qui font, au jour du jugement d'ouverture, l'*objet* du gage commun des créanciers du débiteur. Or, le gage commun ne saurait avoir pour assiette tous les biens présents et à venir du débiteur failli. En cela, certains biens échappent au droit de gage général (C. civ., art. 2284). L'étude des biens qui échappent à la procédure collective révèle l'existence d'une scission patrimoniale qui réduit la portée de l'effet réel de la procédure collective. En effet, la division du risque de défaillance du patrimoine s'opère par sa compartimentation interne. Considérer que le gage commun se différencie du gage général conduit à raisonner en distinguant deux masses de biens du débiteur failli qui coexistent au sein de son patrimoine, celle appréhendée par la procédure collective et celle qui lui échappe.

3. Le plan de l'étude. L'intitulé donné au présent sujet de thèse évoque une terre de conflits et d'intérêts contraires. Le droit de la faillite demeure un droit perturbateur. Pour autant, il ne peut pas empêcher que certains biens lui échappent. L'espace de liberté laissé au droit de gage par le droit de la faillite, dans ce cadre spécifique que constitue la procédure collective qui présuppose l'impossible satisfaction de tous les créanciers, révèle les limites du gage commun. Dans une certaine mesure, le droit de la faillite contribue à améliorer la connaissance des biens qui lui échappent et enrichit en cela la théorie générale du patrimoine. L'identification de ces biens est conduite dans une seule direction : ils en sont écartés d'emblée. Ils désignent les biens *soustrait*s à la saisie collective et ont un régime peu ou mal défini. L'enjeu de cette thèse consiste à les identifier avant d'en définir leur régime juridique. Le premier mouvement de notre réflexion permet d'examiner l'efficacité des procédés de soustraction à la procédure collective pour en arriver au constat qu'ils n'offrent qu'une sécurité très relative (**Première partie**). L'ambition est ensuite celle d'esquisser certains traits du régime juridique de ces biens *soustrait*s à la saisie collective, tant en cours de procédure qu'au moment où le débiteur redevient *in bonis* (**Seconde partie**).

PREMIÈRE PARTIE L'EFFICACITÉ RELATIVE DE LA SOUSTRACTION À LA PROCÉDURE COLLECTIVE

4. La soustraction à la saisie collective à l'épreuve du droit de la faillite. Il s'agit, dans un premier temps, d'identifier les biens qui échappent définitivement à l'emprise de la procédure collective. Tout l'enjeu de cette première partie consiste à identifier ces biens par l'analyse des outils de limitation de l'assiette de l'effet réel qui viennent cantonner le risque inhérent à la procédure collective. Ces mécanismes de *soustraction* à la saisie collective sont tout à la fois reconnus (**Titre 1**) et limités (**Titre 2**) par le droit de la faillite.

TITRE 1 LA SOUSTRACTION À LA SAISIE COLLECTIVE RECONNUE PAR LE DROIT DE LA FAILLITE

5. Un effet réel limité par des mécanismes de soustraction à la saisie collective. La *soustraction* à la saisie collective désigne l'ensemble des techniques d'évitement permettant à l'entrepreneur de limiter l'assiette de l'effet réel de la procédure collective à la date du jugement d'ouverture ou en cours de celle-ci. Ces mécanismes d'évitement mettent à l'abri des biens en empêchant leur saisie collective. Leur opposabilité à la procédure, acquise à la date d'ouverture, résulte de l'accomplissement de formalités antérieures propres à chacun. Le périmètre du gage commun se trouve limité par des mécanismes de *soustraction* à la saisie collective qui portent atteinte au caractère collectif de la procédure et en cela, au principe d'égalité des créanciers de la collectivité. Ainsi, un bien *soustrait* est celui qui se trouve exclu de l'assiette de l'effet réel de la procédure collective au jour de son ouverture ou en cours de celle-ci. Il désigne les biens qui n'appartiennent pas au débiteur failli, parce qu'ils ne lui ont jamais appartenu ou parce qu'ils sont sortis de son patrimoine avant l'ouverture de la procédure, ainsi que ceux qui lui appartiennent mais qui ne subissent pas la saisie collective, l'effet réel étant en cela limité au sein même du patrimoine du débiteur failli. Un bien *soustrait* désigne encore celui que le débiteur failli va acquérir en cours de procédure sans pour autant être appréhendé par la saisie collective. Dès lors, le bien *soustrait* échappe à l'emprise de l'effet réel et demeure « hors procédure ». Détourné du gage commun, il n'appartient pas à l'assiette de la saisie collective.

6. Un effet réel limité par des mécanismes de distraction de saisie collective. La *distraction* de saisie collective désigne l'ensemble des techniques de cantonnement de l'effet réel qui tendent à court-circuiter la discipline collective et à porter atteinte à l'indisponibilité du gage commun. Ces mécanismes prennent effet en cours de procédure à dessein de faire s'échapper un bien *de* la saisie collective. Leur opposabilité à la procédure reste conditionnée à l'accomplissement de formalités d'opposabilité pendant la procédure. Le périmètre du gage commun se trouve limité par des mécanismes de *distraction* de saisie collective qui portent atteinte au caractère collectif de la procédure et en cela, au principe d'égalité des créanciers de la collectivité. Ainsi, un bien *distrait* est celui qui, dans un premier temps, est appréhendé par la procédure à la date du jugement d'ouverture ou en cours de celle-ci. Son appartenance à l'assiette du gage commun de la collectivité saisissante est un préalable fondamental et indispensable à sa *distraction* subséquente. Ce bien saisi va, dans un second temps, être *distrait* de l'actif réalisable grâce à l'opposabilité de mécanismes de *distraction* de saisie

collective en cours de celle-ci. Les contours de l'assiette du gage commun en ressortent redessinés par des opérations de *distraction* visant à prélever des biens qui ne devraient pas subir l'emprise de la faillite. En cela, ces biens s'échappent de l'effet réel de la procédure collective et de son effet d'indisponibilité, en cours de procédure, en vue d'échapper à une distribution collective. Ils deviennent « hors procédure » en cours de celle-ci. Le périmètre de la saisie collective devient plus précaire en cours de procédure. La *distraction*, atteinte par le dessaisissement, s'opère en dépit de l'interdiction des poursuites individuelles à venir.

TITRE 2 LA SOUSTRACTION À LA SAISIE COLLECTIVE LIMITÉE PAR LE DROIT DE LA FAILLITE

7. La soustraction corrigée. Les mécanismes de *soustraction* à la saisie collective se heurtent à l'impérialisme du droit de la faillite qui dispose d'instruments spécifiques destinés à rétablir le principe d'égalité des créanciers de la collectivité saisissante. La traque des actifs commande au mandataire judiciaire de mener, au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers (C. com., art. L. 622-20, al. 1^{er}), des actions en correction des effets des mécanismes de cantonnement du périmètre de l'actif réalisable. En fonction que l'acte, à l'origine de la *soustraction*, soit régulier ou irrégulier, la *soustraction* s'en trouvera respectivement paralysée ou neutralisée. Ainsi, la *soustraction* se trouve à son tour limitée par des actions en constitution du gage commun exercées dans l'intérêt collectif des créanciers. Ces garantes de l'assiette de l'effet réel tendent à rectifier les conséquences de l'acte de détournement d'actifs réalisés au détriment des intérêts de la collectivité saisissante. Elles intègrent à l'actif réalisable les biens *soustraits* au gage commun et le construisent tel qu'il aurait dû être au jour du jugement d'ouverture. Le produit de ces actions profite à tous, y compris aux créanciers qui n'ont pas subi de préjudice ou d'amointrissement de leur gage. La collectivité des créanciers saisissants bénéficie en cela du gage le plus étendu.

8. La soustraction sanctionnée. L'atteinte portée aux mécanismes de *soustraction* à la saisie collective par les règles d'extension de l'effet réel (C. com., art. L. 621-2) permet de prendre une dernière mesure de l'efficacité de ces mécanismes à l'épreuve du droit de la faillite. La traque des actifs commande au mandataire judiciaire de mener des actions visant à sanctionner certains mécanismes de cantonnement du périmètre de l'actif réalisable. La *soustraction*, lorsqu'elle se trouve sanctionnée, peut être simplement réparée ou, plus sévèrement, punie. La *soustraction* est réparée lorsqu'à l'atteinte portée à l'effet réel correspond une réparation par équivalent. Il s'agit d'une constitution « *par équivalent* » du gage commun en agissant contre des partenaires du débiteur failli qui se sont enrichis à ses dépens ou qui ont contribué à sa défaillance et à la survenance de son insuffisance d'actif. Les actions en responsabilité exercées à l'encontre des tiers, des associés, des dirigeants et de l'EIRL représentent des outils de constitution du gage commun, tel qu'il aurait dû être au jour du jugement d'ouverture. La *soustraction* est punie lorsque l'effet réel dépasse l'effet personnel. La réparation reste forfaitaire et n'est pas mesurée au montant du préjudice causé. L'assiette du gage commun se trouve étendue au patrimoine d'un tiers en son entier, ce qui inspire l'idée d'une sanction supplémentaire. Le liquidateur judiciaire agit en extension de l'assiette de l'effet réel par une action en confusion des patrimoines. Ce dispositif d'extension permet d'intégrer un patrimoine entier *soustrait* au gage commun.

SECONDE PARTIE

LE SORT DES BIENS SOUSTRATS À LA PROCÉDURE COLLECTIVE

9. Un régime en deux temps. Il s'agit, dans un second temps, de déterminer le régime des biens qui échappent à l'emprise de la procédure collective tout en demeurant ou devenant la propriété du débiteur failli. Tout l'enjeu de cette seconde partie consiste à étudier quels sont les pouvoirs du débiteur et de ses créanciers sur ces biens *soustrait*s à la saisie collective pendant la procédure (**Titre 1**) et à l'issue de celle-ci (**Titre 2**).

TITRE 1

LES POUVOIRS DU DÉBITEUR FAILLI ET DE SES CRÉANCIERS SUR LES BIENS SOUSTRATS À LA PROCÉDURE COLLECTIVE

10. La disponibilité des biens soustraits à la procédure collective. En dehors de la procédure collective, la question de l'étendue du dessaisissement du débiteur failli (C. com., art. L. 641-9, I) se trouve ranimée. Pour les partisans de la thèse de l'effet « personnel », le débiteur failli demeure frappé par la procédure en tant que personne et non en tant que patrimoine. Dès lors, son dessaisissement doit s'étendre à tous ses biens, y compris à ceux qui échappent à la saisie collective. Pour les partisans de la thèse de l'effet « réel », le principe du dessaisissement à l'égard des biens « hors procédure » connaît des limites. Dès lors qu'il est acquis que le dessaisissement désigne la réduction des pouvoirs du débiteur failli aux fins de protection du gage commun, il en résulte que le bien *soustrait*, qui n'est pas un élément du gage commun, échappe *au* dessaisissement ainsi qu'*au* pouvoir d'administration et de disposition du liquidateur judiciaire. L'exclusion du dessaisissement constitue ainsi le corollaire de la *soustraction*. Le débiteur failli ne peut se voir appliquer la règle du dessaisissement sur ses biens situés « hors procédure ». Toutefois, cette restriction du dessaisissement et ainsi, cette libre disponibilité, en dehors de la procédure, des biens *soustrait*s à la saisie collective, au profit du débiteur failli, fait courir à ce dernier le risque d'une remise en cause de la protection patrimoniale initialement établie. En effet, la *soustraction* peut cesser dans plusieurs circonstances (cession, donation, dégradation des biens *soustrait*s ou renonciation à la *soustraction* etc.).

11. La saisissabilité des biens soustraits à la procédure collective. En dehors du périmètre de la procédure liquidative, la question de l'étendue du principe de l'arrêt des poursuites individuelles (C. com., art. L. 622-21) se trouve ranimée. Pour les partisans de la thèse de l'effet « personnel », le débiteur failli demeure frappé par la procédure en tant que personne et non en tant que patrimoine. Dès lors, le créancier, s'il conserve un droit sur le bien *soustrait*, n'en est pas moins soumis à ce principe de l'arrêt des poursuites individuelles contre le débiteur failli. Ce principe doit ainsi s'étendre à tous ses biens, y compris à ceux qui échappent à la saisie collective. Pour les partisans de la thèse de l'effet « réel », le principe de l'arrêt des poursuites individuelles à l'égard des biens « hors procédure » connaît des limites. Dès lors qu'il est acquis que ce principe désigne la réduction des pouvoirs des créanciers du débiteur failli aux fins de protection du gage commun, il en résulte que le bien *soustrait*, qui n'est pas un élément du gage commun, échappe à l'arrêt des poursuites individuelles. L'exclusion de ce principe constitue ainsi le corollaire de la *soustraction*. Toutefois, cette

restriction de l'arrêt des poursuites individuelles et ainsi, cette libre saisie, en marge de la procédure, des biens *soustrait*s, au profit de certains créanciers du débiteur failli, fait courir à ce dernier le risque d'une remise en cause de la protection patrimoniale initialement établie.

TITRE 2

LES POUVOIRS DU DÉBITEUR REDEVENU *IN BONIS* ET DE SES CRÉANCIERS SUR LES BIENS SOUSTRAITÉS À LA PROCÉDURE COLLECTIVE

12. Le sort des biens soustraits à la clôture de la liquidation judiciaire. Les biens *soustraits* à la saisie liquidative, non encore réalisés à l'issue de la procédure, demeurent des biens du patrimoine du débiteur redevenu *in bonis*. Ces biens « hors procédure », échappant à l'emprise de l'effet réel, échappent à la clôture de la liquidation judiciaire. Ils sont *soustraits* à ses conditions et à ses effets. Les conditions alternatives nécessaires au prononcé du jugement de clôture (C. com., art. L. 643-9, al. 2) sont toujours réunies en dépit de l'existence de biens *soustraits*. Les deux principaux effets de la clôture, à savoir la fin du dessaisissement et la non-reprise des poursuites individuelles des créanciers impayés, n'ont aucune incidence à l'égard des biens *soustraits* non encore réalisés à l'issue de la procédure liquidative. Le débiteur redevenu *in bonis* ainsi que ses créanciers « hors procédure » impayés n'ont pas à recouvrer leurs pouvoirs sur ces biens puisqu'ils ne les ont jamais perdus. La disponibilité ainsi que la saisissabilité des biens *soustraits* à la saisie liquidative perdurent en dépit de la clôture de la liquidation judiciaire.

13. Le sort des biens soustraits après la clôture de la liquidation judiciaire. Après la clôture de la procédure liquidative, la réouverture de la liquidation comme le « rebond » du débiteur redevenu *in bonis* peuvent se dérouler en présence de biens *soustraits* non encore réalisés. La disponibilité et la saisissabilité des biens *soustraits*, qui n'ont pas été réalisés en marge de la procédure liquidative, perdurent en dépit tant de la clôture de la liquidation que de la reprise de cette liquidation prématurément clôturée. La réouverture de la procédure liquidative après sa clôture pour insuffisance d'actif ne peut être envisagée au motif que des biens *soustraits* n'auraient pas été réalisés. En effet, ces biens ne font pas partie des actifs qui étaient réalisables par le liquidateur. En cela, ils échappent à la reprise de la procédure liquidative prématurément clôturée. Leur existence n'emporte aucune incidence tant sur la réouverture de la liquidation que sur les effets de cette reprise. Cette exclusion des effets de la réouverture de la liquidation à l'égard des biens *soustraits* alliée aux dispositifs permettant l'effacement des dettes impayées ainsi qu'à des mécanismes de *soustraction* d'une redoutable efficacité favorisent le « rebond » du débiteur redevenu *in bonis* par la conservation de ses biens *soustraits*. La recherche de l'amélioration du « rebond » du débiteur prend la forme d'une procédure de rétablissement professionnel ou encore, d'un principe de la non-reprise des poursuites individuelles de ses créanciers. Libéré de ses dettes, ce dernier possède une chance de conserver une partie de son patrimoine.

14. Conclusion. La présente étude, au-delà de la diversité des règles examinées, a tenté de mettre en évidence des lignes directrices qui pourraient tendre à l'émergence d'un régime général des biens qui échappent à la procédure collective, permettant une approche plus cohérente du sort de ces biens. Cette étude atteindrait son objectif si elle parvenait à convaincre de l'importance du rôle que doit jouer le droit de la faillite dans la réflexion, à renouveler sans cesse, sur la théorie générale du patrimoine.