

UNIVERSITÉ NANCY 2

FACULTÉ DE DROIT, SCIENCES ÉCONOMIQUES ET GESTION

**LES CONTRATS DE LOCATION FINANCIÈRE DANS LES
PROCÉDURES COLLECTIVES D'APUREMENT DU PASSIF
EN DROITS FRANÇAIS ET ALLEMAND COMPARÉS**

THÈSE

En vue de l'obtention du grade de
DOCTEUR EN DROIT PRIVÉ
(Nouveau régime)

Présentée et soutenue publiquement
Le 15 décembre 2011 par

Laetitia FRANCK

MEMBRES DU JURY

M. François JACQUOT, Professeur à l'Université Nancy 2 (Directeur de Recherche)

M. Olivier CACHARD, Professeur à l'Université Nancy 2, Doyen honoraire

Mme Christine LEBEL, Maître de Conférences, Habilitée à Diriger des Recherches à l'Université Nancy 2

Mme Emmanuelle LE CORRE-BROLY, Maître de conférences, Habilitée à Diriger des Recherches à l'Université Toulon-Var

Pr. Dr. Peter-Christian MÜLLER-GRAF, Professeur à l'Université d'Heidelberg, Doyen honoraire

Mme Françoise PEROCHON, Professeur à l'Université Montpellier 1

L'Université Nancy 2 n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse, celles-ci devant être considérées comme propres à leur auteur.

LE CORPS ENSEIGNANT
de la Faculté de Droit, Sciences Économiques et Gestion
Année Universitaire 2011-2012

Doyen : M. Eric GERMAIN

Doyens honoraires : MM. TALLON, GROSS, JAQUET, CRIQUI, CACHARD

Professeurs émérites : M. VITU, Professeur de Droit Pénal
M. CHARPENTIER, Professeur de Droit Public
M. JAQUET, Professeur de Droit Public
M. COUDERT, Professeur d'Histoire du Droit
Mme GAY, Professeur d'Histoire du Droit
M. BORELLA, Professeur de Droit Public
Mme MARRAUD, Professeur de Droit Privé
M. GROSS, Professeur de Droit Privé
M. DUGAS DE LA BOISSONNY, Professeur d'Histoire du Droit
M. GOSSEREZ, Professeur de Droit Privé

Professeurs :

M. RAY Jean-Claude	Professeur de Sciences Économiques
M. SEUROT François	Professeur de Sciences Économiques
M. SEUVIC Jean-François	Professeur de Droit Privé
M. MOUTON Jean-Denis	Professeur de Droit Public
M. JACQUOT François	Professeur de Droit Privé
M. CRIQUI Étienne	Professeur de Science Politique
M. BILLORET Jean-Louis	Professeur de Sciences Économiques
M. PIERRÉ-CAPS Stéphane	Professeur de Droit Public
M. GARTNER Fabrice	Professeur de Droit Public
M. EBOUE Chicot	Professeur de Sciences Économiques
M. MAZIAU Nicolas (<i>détachement</i>)	Professeur de Droit Public
M. DEREU Yves	Professeur de Droit Privé

M. BISMANS Francis	Professeur de Sciences Économiques
M. ASTAING Antoine	Professeur d'Histoire du Droit
M. STASIAK Frédéric	Professeur de Droit Privé
M. CACHARD Olivier	Professeur de Droit Privé
M. GRY Yves	Professeur de Droit Public
M. LAMBERT Thierry	Professeur de Droit Privé
M. HENRY Xavier	Professeur de Droit Privé
M. TAFFOREAU Patrick	Professeur de Droit Privé
M. PARENT Antoine	Professeur de Sciences Économiques
M. PERREAU-SAUSSINE Louis	Professeur de Droit Privé
Mme TUFFERY-ANDRIEU Jeanne-Marie	Professeur d'Histoire du Droit
M. PETIT Yves	Professeur de Droit Public
Mme GOLDIE-GENICON Charlotte	Professeur de Droit Privé
M. FOURMENT François	Professeur de Droit Privé
Mme PEGUERA POCH Marta	Professeur d'Histoire du Droit
M. LAFFAILLE Franck	Professeur de Droit Public
M. FARDET Christophe	Professeur de Droit Public
M. VAUTROT-SCHWARZ Charles	Professeur de Droit Public
M. FONTAINE François	Professeur de Sciences Économiques
M. GEA Frédéric	Professeur de Droit Privé

Maîtres de Conférences :

M. BOURGAUX Claude	Maître de Conférences de Droit Privé
M. PELLISSIER Dominique	Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. GERMAIN Eric	Maître de Conférences de Droit Public
M. LUISIN Bernard	Maître de Conférences de Droit Public
Mme MANSUY Francine	Maître de Conférences de Droit Privé
M. VENANDET Guy	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme TILLEMENT Geneviève	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme GANZER Annette	Maître de Conférences de Droit Privé
M. OLIVIER Laurent	Maître de Conférences de Science Politique
M. DIELLER Bernard	Maître de Conférences de Sciences Économiques

M. GUIGOU Jean-Daniel	Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. GASSER Jean-Michel	Maître de Conférences de Droit Privé
M. AIMAR Thierry	Maître de Conférences de Sciences Économiques
Mme KUHN Nicole	Maître de Conférences de Droit Public
Mme DAVID-BALESTRIERO Véronique	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme ETIENNOT Pascale	Maître de Conférences de Droit Privé
Mlle BARBIER Madeleine	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
M. ANDOLFATTO Dominique	Maître de Conférences de Science Politique
Mme DEFFAINS Nathalie	Maître de Conférences de Droit Public
Mme SIERPINSKI Batyah	Maître de Conférences de Droit Public
M. MOINE André	Maître de Conférences de Droit Public
Mlle LEBEL Christine	Maître de Conférences de Droit Privé
Mlle LE GUELLAFF Florence	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
M. EVRARD Sébastien	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
M. FENOGLIO Philippe	Maître de Conférences de Sciences Économiques
Mme BOURREAU DUBOIS Cécile	Maître de Conférences de Sciences Économiques
Mlle GARDIN Alexia	Maître de Conférences de Droit Privé
M. KLOTGEN Paul	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme DERDAELE Elodie	Maître de Conférences de Droit Public
M. DAMAS Nicolas	Maître de Conférences de Droit Privé
M. GICQUEL Jean-François	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
Mme LELIEVRE Valérie	Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. PREVOT Jean-Luc	Maître de Conférences de Sciences Économiques
Mme CHAUPAIN-GUILLOT Sabine	Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. CHOPARD Bertrand	Maître de Conférences de Sciences Économiques
Mlle PIERRE Nathalie	Maître de Conférences de Droit Privé
M. PIERRARD Didier	Maître de Conférences de Droit Public
Mme HOUIN-BRESSAND Caroline	Maître de Conférences de Droit Privé
Mlle BLAIRON Katia	Maître de Conférences de Droit Public
M. FERREY Samuel	Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. MULLER François	Maître de Conférences de Droit Public
Melle ABALLEA Armelle	Maître de Conférences de Droit Public
M. THIERRY Jean –Baptiste	Maître de Conférences de Droit Privé
Mlle DUBUY Mélanie	Maître de Conférences de Droit Public

Mme NAU Liliane	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme SACHS Tatiana	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme BOUGHANMI Afef	Maître de Conférences de Sciences Économiques
Mme HELSTROFFER Jenny	Maître de Conférences de Sciences Économiques
Mlle MARTI Gaëlle	Maître de Conférences de Droit Public
Mme M ICHEL-CLUPOT Muriel	Maître de Conférences de Gestion
M. RESTOUT Romain	Maître de Conférences de Sciences Économiques

Maître de Conférences en langue anglaise:

M. ECKERSLEY David

Maîtres de Conférences associés:

M. FERRY Frédéric	Maître de Conférences associé de Droit Privé
Mme MOUKHA Stéphanie	Maître de Conférences associé de Droit Privé
M. GAUDEL Pierre-Jean	Maître de Conférences associé de Droit Public
M. GUENOT Jacques	Maître de Conférences associé de Droit Privé
M. GREGOIRE Christian	Maître de Conférences associé de Sciences Économiques
M. CHRISTIENNE Jean-Philippe	Maître de Conférences associé de Droit Privé

Assistants-PRAG:

M. LOVAT Bruno	PRAG de Mathématiques
Mme DIEHL Christel	PRAG d'Anglais
M. PERRIN Yves	PRAG D'Économie et Gestion

Enseignant contractuel:

M. OLDACHE Henri	Enseignant en Droit Public
------------------	----------------------------

REMERCIEMENTS

Je tiens, tout d'abord, à exprimer ma profonde gratitude au Professeur François Jacquot pour avoir accepté de diriger mon travail. Ce travail n'aurait pu aboutir sans ses encouragements, sa disponibilité et sa patience tout au long de ces années.

Je voudrais également exprimer ma reconnaissance au Professeur Martin Schmidt-Kessel pour m'avoir offert un cadre idéal de travail à l'Université d'Osnabrück. Ces deux années ont été particulièrement enrichissantes.

Je tiens également à remercier ma sœur, Nathalie, pour ses encouragements tout au long de ce travail.

Enfin, je ne peux manquer d'exprimer toute ma reconnaissance à Raphaël pour sa tendresse et son soutien sans faille dans les moments difficiles.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Act. Proc. Coll	Actualité des Procédures Collectives
AktG	Aktiengesetz
Anm.	Anmerkung/Commentaire
Art.	Article
Aufl.	Auflage/Édition
Banque	Revue Banque
BB	Der Betriebsberater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen / Décisions de droit civil de la cour fédérale de justice
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
CA	Cour d'Appel
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 1 ^{ère}	Première chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 2 ^{ème}	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 3 ^{ème}	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Contrats, conc., consom	Contrats, concurrence, consommation
D.	Recueil Dalloz-Sirey
Dalloz Aff.	Dalloz Affaires
DB	Der Betrieb
Defrénois	Répertoire du Notariat Defrénois
Dr. et patrim.	Droit et Patrimoine
DStR	Deutsches Steuerrecht
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWIR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht / Décisions de droit économique et financier
Franf.Komm.-InsO/auteur	Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung
FLF	Finanzierung Leasing Factoring
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Gaz. Pal. Proc. Coll.	Gazette du Palais, procédures collectives
Gottwald/auteur	Insolvenzrechts-Handbuch, [Ed.] Gottwald (P.)
HGB	Handelsgesetzbuch
InsO	Insolvenzordnung
Jaeger/Henckel/auteur	Jaeger (E.), Henckel (W.) Konkursordnung
JCP G	Juris-classeur périodique (semaine juridique) édition générale
JCP Ent.	Juris-classeur périodique (semaine juridique) édition entreprise et affaires
JO	Journal officiel (lois et décrets)
JO déb. AN	Journal officiel, débats, Assemblée Nationale
JO déb. Sénat	Journal officiel, débats, Sénat
JORF	Journal Officiel de la République Française
Jur. cl.	Juris-classeur Encyclopédie
JurisPR-InsR	Juris Praxis Report- Insolvenzrecht

Kübler/Prütting/auteur

KO

Kölner Schrift zur InsO/auteur

KTS

L.

LMK

LPA

Münch. Komm. /auteur, InsO

Münch. Komm. /auteur, ZPO

Nerlich/Römermann/auteur

NJW

NZG

NZI

NZM

NZV

OLG

Proc.

RegE

Rev.

Rev. crit. DIP

Rev. Dr. Arb

Rev. dr. banc.

Rev. Dr. Banc. et Fin.

Rev. jur. com.

R.J.D.A

Rev. proc. coll.

Rev. des Soc.

RIDC

Rn.

RTD civ.

RTD com.

Thèse Dactyl.

Trib. comm.

Uhlenbruck/auteur

WM

ZInsO

ZIP

ZMR

Kübler (B.M.)/Prütting, (H.) [Ed.], Kommentar zur Insolvenzordnung

Konkursordnung (n'est plus en vigueur)

Kölner Schrift zur Insolvenzordnung Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.

V.(association déclarée))

Zeitschrift für Insolvenzrecht – Konkurs, Treuhand, Sanierung

Loi

Lindenmaier-Möhring. Kommentierte BGH-

Rechtsprechung, éditeur Wolf (M.)

Les Petites Affiches

Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Insolvenzordnung, [Ed.] Nerlich (J.), Römermann (V.)

Neue Juristische Wochenschrift

Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht

Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht

Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht

Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht

Oberlandesgericht

Revue Procédures

Regierungsentwurf

Revue

Revue critique de droit international privé

Revue de droit de l'arbitrage

Revue de droit bancaire et de la bourse

Revue de droit bancaire et financier

Revue de jurisprudence commerciale

Revue de jurisprudence de droit des affaires

Revue des procédures collectives

Revue des sociétés

Revue internationale de droit comparé

Randnummer/Numéro de paragraphe

Revue trimestrielle de droit civil

Revue trimestrielle de droit commercial et économique

Thèse dactylographiée

Tribunal de commerce

Insolvenzordnung, [Ed.] Uhlenbruck (W.)

Wertpapier Mitteilungen

Zeitschrift für das Gesamte Insolvenzrecht

Zeitschrift für Wirtschaftsrecht

Zeitschrift für Miet- und Raumrecht

SOMMAIRE

INTRODUCTION GÉNÉRALE	13
PARTIE 1- LE BAILLEUR FINANCIER, COCONTRACTANT DU DÉBITEUR FAILLI	34
Chapitre 1 – Le contrat de location financière jusqu’à l’exercice de l’option	36
Section 1- La nécessaire soumission du contrat de location financière à l’option sur la continuation des contrats	37
Section 2 – Le sort du contrat de location financière jusqu’à l’exercice de l’option	58
Chapitre 2- Le contrat de location financière après la décision définitive	74
Section 1 – La dénonciation du contrat de location financière	75
Section 2 – La continuation du contrat de location financière	94
PARTIE 2 – LE BAILLEUR FINANCIER, CRÉANCIER DU DÉBITEUR FAILLI	135
Chapitre 1- Le régime juridique des créances soumises à déclaration	137
Section 1- La déclaration de créance du bailleur financier	139
Section 2- Le sort des créances déclarées à l’issue de la vérification	167
Section 3- L’action en paiement du bailleur financier contre la caution	182
Chapitre 2 - Le régime juridique des créances bénéficiant du traitement préférentiel	198
Section 1- La détermination des créances du bailleur financier élues au traitement préférentiel	200
Section 2- Le paiement préférentiel des créances du bailleur financier	220
PARTIE 3- LE BAILLEUR FINANCIER, PROPRIÉTAIRE	234
Chapitre 1- La reprise du bien loué	235
Section 1- La revendication du bien loué	237
Section 2- L’aboutissement de l’action en revendication ou en restitution	272
Chapitre 2- Le transfert de la propriété du bien loué	297
Section 1- Les conditions de transfert de propriété dans la procédure collective de droit allemand	300
Section 2- Les conditions la levée d’option d’achat dans la procédure collective de droit français	311
CONCLUSION GÉNÉRALE	331

INTRODUCTION GÉNÉRALE

1.- De nos jours, la propriété des outils de production n'est plus considérée comme indispensable et les entreprises préfèrent de plus en plus, au lieu des immobilisations, financer la jouissance des actifs de production. Ce financement des actifs de production est essentiellement réalisé au moyen d'opérations relevant de la technique du *leasing*¹. Dans le cadre d'une telle opération, le bailleur financier acquiert un bien sur la demande d'un client en vue de le lui donner en location pour une durée déterminée et en contrepartie de loyers. Ce mode de financement est principalement destiné à financer des biens d'équipement². En France, le financement des biens d'équipement au moyen de « *leasing* » représentait ainsi 22,1 milliards d'Euros en 2010³. En Allemagne, la même année, il représentait 41 milliards d'euros⁴.

2.- Dans un contexte de crise financière telle que celle que traversent la plupart des pays industrialisés depuis 2008, l'étude de la situation du bailleur financier dans la procédure collective d'apurement du passif touchant le locataire apparaît plus que jamais d'actualité. Cette crise qui est, avant tout, une crise du crédit a conduit bon nombre d'entreprises à la faillite. Les entreprises, privées de crédits bancaires, se sont trouvées privées de liquidités. Cette situation concerne non seulement les entreprises déjà en difficulté avant 2008 mais également d'autres pour lesquelles le crédit constituait un mode normal de fonctionnement et qui se sont retrouvées en difficulté à cause de ce facteur

¹ Crédit-bail en français le terme « *leasing* » étant prohibé en droit français par la loi n° 75-1349 du 31 décembre 1975 relative à l'emploi de la langue française ; V. pour la France, le Rapport annuel 2010 de l'Association français des sociétés financières, disponible en ligne sur le site de l'association : www.asf.france.com (consulté le 17.09.2011).

² Peuvent ainsi faire l'objet d'un contrat de location financière : les véhicules de transport (voitures de société, véhicules utilitaires légers, véhicules industriels, autocars, avions, bateaux), les équipements industriels (machines-outils), le matériel de travaux publics (levage, manutention, véhicules spéciaux), la bureautique (informatique, téléphonie), le matériel d'imprimerie (presses offset, rotatives, plieuses), les équipements médicaux (automates de laboratoires, imagerie médicale) ou encore le matériel agricole (tracteurs, machines à vendanger, moissonneuses-batteuses).

³ Chiffres du Rapport annuel 2010 de l'Association français des sociétés financières, disponible en ligne sur le site de l'association : www.asf.france.com (consulté le 17.09.2011).

⁴ Chiffres du Rapport annuel de la Bundesverband Deutschen Leasing Unternehmen, disponible en ligne sur le site de l'association : www.leasing-verband.de (consulté le 17.09.2011).

externe⁵. Mais les entreprises ont également rencontré des difficultés à obtenir d'autres modes de financements, tel que le *leasing*, qui n'exigent pourtant pas de fonds propres⁶.

Pourtant ce mode de financement permet aux établissements financiers, les bailleurs, de conserver la propriété de bien loué comme garantie du paiement des loyers et leur garantit, par rapport à un crédit classique, une situation privilégiée dans la faillite du locataire dont le risque est élevé en ces temps difficiles. En France, en effet, le nombre de procédures ouvertes est passé de 48 850 en 2007 à plus de 58 000 en 2010⁷. En Allemagne, la hausse a été moins forte mais le nombre de procédures ouvertes contre des entreprises⁸ est passé de 29160 en 2007 à près de 32 000 en 2010⁹. Cette situation explique au moins en partie la frilosité des établissements financiers à accorder ce mode de financement en cette période économiquement difficile.

3.- L'étude comparative du droit positif de ces deux puissances économiques européennes que sont l'Allemagne et la France est l'occasion de faire le point, d'une part, sur la situation actuelle du bailleur financier dans la procédure collective ouverte contre le locataire mais également de déceler les imperfections de chacun des deux systèmes en les mettant en perspective, l'un par rapport à l'autre.

4.- Le « *leasing* », de l'anglais « *to lease* » qui signifie louer, a été introduit en Europe au début des années 1960, et est envisagé de manière très différente dans les législations française et allemande.

En droit français, deux types de contrats sont distingués : le contrat de location financière et le contrat de crédit-bail. La réglementation concernant le louage de choses

⁵ V. J.-P. MARKUS, « Aide aux entreprises affectées par la crise financière » : *JCP Ent.* 2010, 1730.

⁶ Sur le recul constaté en 2009 de ce type de financement, v. le Rapport annuel 2010 de l'Association française des sociétés financières, disponible en ligne sur le site de l'association : www.asf.france.com (consulté le 17.09.2011).

⁷ Chiffres du Rapport Deloitte, « L'entreprise en difficulté en France – la crise est-elle derrière nous ? », Mars 2011 disponible sur le site : <http://www.deloitte.com/assets/Dcom-France/Local%20Assets/Documents/Vos%20Enjeux/Risques/Restructuring/Etude%20d%C3%A9faillances%20-%20L%27Entreprise%20en%20difficult%C3%A9%20Mars%202011.pdf> (consulté le 17.09.2011).

⁸ L'*Insolvenzordnung* s'applique aussi bien aux procédures ouvertes contre les entreprises que contre les consommateurs ou les indépendants notamment. Par conséquent, le nombre de procédures ouvertes contre les entreprises doit être distingué dans les statistiques.

⁹ Chiffres du Rapport de juin 2011 du Statistisches Bundesamt, disponible sur le site www.destatis.de (consulté le 17.09.2011).

constitue le droit commun de ces deux types de contrats¹⁰. Les obligations respectives des parties découlent ainsi des articles 1709 et suivants du Code civil : entretien, réparation, exploitation, restitution...

Alors que le contrat de crédit-bail est légalement encadré, la location financière ne fait pas l'objet d'une réglementation particulière. L'article 1^{er} de la loi n° 66-455 du 2 juillet 1966, devenu l'article L. 313-7 du Code monétaire et financier, définit les opérations de crédit-bail comme « *les opérations de location de biens d'équipement ou de matériel d'outillage achetés en vue de la location par des entreprises qui en demeurent propriétaires, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, donnent au locataire la possibilité d'acquérir toute ou partie des biens loués, moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers* ». En l'absence de réglementation, l'Association française des sociétés financières définit les opérations de location financière comme étant « *des opérations sans option d'achat dans lesquelles le locataire choisit le fournisseur ainsi que le bien dont il connaît et, le cas échéant, négocie lui-même le prix* ».

L'élément déterminant de la qualification de contrat de crédit-bail est donc l'existence dans le contrat initial d'une promesse unilatérale de vente. C'est par cette option d'achat au profit du locataire qu'il se distingue de la location financière. La propriété du bien peut, toutefois, également être transférée en fin de contrat dans le cadre de la location financière. Cependant, le transfert devra intervenir au prix du marché, résulter d'une offre de rachat par le preneur alors acceptée par le bailleur, et correspondre à aucun engagement antérieur de vente, quelle qu'en soit la forme, de l'une ou l'autre des parties. Ce n'est que dans ces conditions que l'opération est qualifiée de location financière et échappe à l'application des règles posées pour la mise en pratique de l'article L. 313-7 du Code monétaire et financier.

5.- Cette distinction est essentielle pour deux raisons. Tout d'abord, les contrats entrant dans le champ d'application de l'article L. 313-7 du Code monétaire et financier sont réservés aux établissements de crédit. Ces derniers sont définis comme étant des

¹⁰ Jur. Cl. Banque-Crédit-Bourse, Fasc. 640, V° *Crédit-bail mobilier*, n° 93 et s.

personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque¹¹ dont font partie les opérations de crédit¹², auxquelles est assimilé le contrat de crédit-bail.

Ensuite, les dispositions du Code monétaire et financier soumettent les opérations de crédit-bail à une formalité de publicité¹³. Celle-ci doit permettre l'identification des parties et des biens faisant l'objet de ces opérations. Elle est effectuée sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce du lieu de l'immatriculation du crédit-preneur et est destinée à protéger les tiers qui pourraient croire que le crédit-preneur est propriétaire du matériel qu'il détient en vertu du contrat de crédit-bail et ainsi se fonder sur sa solvabilité apparente.

6.- La distinction, faite en droit français, entre le contrat de location financière et le contrat de crédit-bail est inconnue du droit allemand qui désigne ces opérations par le terme plus large de « *leasing* » financier (*Finanzierungsleasing*). Le contrat de *leasing* financier peut revêtir deux formes : d'une part, le *Vollamortisationsvertrag* et d'autre part, le *Teilamortisationsvertrag*.

Jusque dans le début des années 1970, les contrats de *leasing* allemands prenaient essentiellement la forme de *Vollamortisationsverträge*. Ils prévoyaient le remboursement intégral du bien financé par les paiements du preneur, échelonnés sur la période fixe (irrévocable) du contrat et conférant fréquemment au preneur une option d'achat à l'échéance à un prix purement symbolique ou même sans paiement supplémentaire¹⁴. Selon les autorités fiscales, il s'agissait de l'équivalent d'une vente à tempérament ou d'une location-vente : le preneur n'avait pas, selon elles, vraiment le choix d'exercer ou non l'option d'achat dans la mesure où il avait payé au cours de la période de location la valeur totale du bien financé. La renonciation à la levée d'option d'achat lui aurait fait subir une perte d'une valeur correspondante à celle du bien. Dans ces conditions, le locataire devait être considéré comme le « propriétaire économique » du bien et, par conséquent, le porter à l'actif de son bilan fiscal.

¹¹ Article L. 511-1 du Code monétaire et financier.

¹² Article L. 313-1 du Code monétaire et financier.

¹³ Article R. 313-3 du Code monétaire et financier.

¹⁴ M. GIOVANOLI, *Le crédit-bail (leasing) en Europe : développement et nature juridique*, Litec, 1980, n°197.

7.- C'est cette interprétation qu'a consacrée le *Bundesfinanzhof* dans un arrêt rendu le 26 janvier 1970¹⁵. Les juges ont précisé, dans le cadre d'un *Vollamortisationsvertrag*, que le « propriétaire économique »¹⁶ d'un bien, au sens du droit fiscal, pouvait ne pas en être « le propriétaire juridique » et que la « propriété économique » devait être attribuée au preneur lorsque, suivant les cas :

- la durée de vie économique du bien loué dépassait sensiblement la période de base du contrat, le contrat prévoyant au profit du preneur une option d'achat ou de prolongation du bail à des conditions beaucoup plus favorables que le prix de vente ou les loyers usuels sur le marché ;
- la durée de vie économique du bien loué ou la période de base du contrat se recouvraient approximativement, et ceci même en l'absence d'option d'achat au profit du preneur ;
- le bien loué avait été spécialement conçu pour les besoins d'un locataire déterminé et il ne pouvait, après l'écoulement de la durée du contrat, plus être utilisé dans des conditions viables économiquement. Cette dernière hypothèse ne tenait pas compte du rapport entre la vie économique du bien et de la période irrévocable du contrat¹⁷.

8.- Les critères énoncés par le *Bundesfinanzhof* ont été repris par le ministère fédéral des finances dans le décret du 19 avril 1971¹⁸ sur le *leasing* mobilier afin de définir le *leasing* financier. La définition était la suivante : « *Il y a leasing financier au sens de ce décret lorsque*

a) le contrat est conclu pour une durée déterminée, pendant laquelle le contrat, s'il est normalement exécuté, ne peut être résilié par aucune des parties (période irrévocable) et que

¹⁵ BFH v. 26.01.1970 – IV 144/66, BStB 1 II 1970, 264.

¹⁶ Notion de propriété économique utilisée par le § 11 Steueranpassungsgesetz qui était applicable en l'espèce.

¹⁷ M. GIOVANOLI, *op. cit.*, n° 336 s.

¹⁸ Mobilien-Leasing-Erlass, 19.04.1971- IV B/2 – S. 2170 – 31/71.

b) les montants à payer par le preneur au cours de la période irrévocable couvrent au moins le coût d'acquisition ou de fabrication ainsi que tous les frais accessoires, y compris les frais de financement du bailleur »¹⁹.

Contrairement à la définition française du crédit-bail, la définition allemande du *leasing* financier adopte comme critère unique la durée fixe du contrat sur laquelle s'échelonne l'amortissement du bien²⁰. Par conséquent, le décret s'applique indifféremment aux contrats comprenant une option d'achat ou une option de prorogation de bail au profit du preneur ou aux contrats n'en comprenant pas.

9.- L'application des critères énoncés par le décret de 1971 avait pour conséquence d'assimiler le *Vollamortisationsvertrag* à la location-vente, ce qui le rendait fiscalement inintéressant pour le locataire. En effet, le crédit-preneur était considéré comme le propriétaire économique du bien loué et devait, par conséquent, en porter la valeur à l'actif de son bilan. La pratique allemande a alors évolué et développé une autre forme de *leasing* financier dite *Teilamortisationsvertrag*, opération laissant subsister à son terme une valeur résiduelle importante²¹. Ce contrat connaît trois variantes : il peut tout d'abord contenir une option de vente au profit du vendeur (*Andienungsrecht*)²². Il peut ensuite prévoir qu'à l'issue du contrat, le bien sera vendu sur le marché. Si le produit de la vente ne couvre pas la valeur résiduelle, le preneur est tenu de verser la différence au bailleur. Sinon, les parties se répartissent l'excédent (*Aufteilung des Erlöses*). Enfin, le contrat peut prévoir qu'à l'expiration d'une période initiale fixe (40% minimum de la durée de vie économique usuelle du bien), le locataire peut résilier le contrat en versant au bailleur une indemnité

¹⁹ Traduction donnée par M. GIOVANOLI, *op. cit.*, n°66 : le texte original étant le suivant : « *Finanzierungs-Leasing im Sinne dieses Schreibens ist nur dann anzunehmen, wenn*

a) *der Vertrag über eine bestimmte Zeit abgeschlossen wird, während der der Vertrag bei vertragsgemäßer Erfüllung von beiden Vertragsparteien nicht gekündigt werden kann (Grundmietzeit), und*

der Leasing-Nehmer mit den Grundmietzeit zu entrichtenden Raten mindestens die Anschaffungs- oder Herstellungskosten sowie alle Nebenkosten einschließlich der Finanzierungskosten des Leasing-Gebers deckt. »

²⁰ M. GIOVANOLI, *op. cit.*, n°66.

²¹ M. GIOVANOLI, *op. cit.*, n°202.

²² V. sur le contrat de *Leasing* avec *Andienungsrecht*, GRAF v. WESTPHALEN, *Der Leasingvertrag*, 5. Aufl., Köln 1998, Rn. 97 et s.

égale à la valeur résiduelle non amortie du bien au moment de la résiliation²³. De cette indemnité il convient de déduire le produit de la vente du bien sur le marché par le bailleur²⁴.

10.- La nature fiscale du contrat de *leasing* financier mobilier ayant été définie par le *Bundesfinanzhof* ainsi que par le décret de 1971, il restait à en faire de même à propos de sa nature juridique. Cette question revêt son importance à la fois en cas de lacunes dans le contrat (dispositions supplétives ou interprétation des parties), mais également dans le cadre du traitement du contrat de *leasing* dans la procédure d'insolvabilité ou d'exécution forcée²⁵. La nature juridique du *leasing* a fait l'objet de nombreuses controverses doctrinales²⁶, certains auteurs le qualifiant de vente, d'autres de pur contrat de location au sens des §§ 535 et suivants du BGB²⁷, d'autres enfin, de contrat *sui generis*²⁸.

Après quelques hésitations, la jurisprudence finit par soumettre le contrat de *leasing* aux dispositions des §§ 535 et suivants du BGB qui régissent le contrat de location. Le *Bundesgerichtshof* admît pour la première fois de soumettre le contrat de *leasing* au cadre légal du contrat de location dans un arrêt du 8 octobre 1975 en prenant en considération la qualification de bail retenue par les parties et l'absence d'option d'achat²⁹. Cette position a, depuis, été reprise dans de nombreuses décisions, même en présence d'une option d'achat au terme de la période de location. Le contrat de *leasing* est désormais qualifié de contrat de location atypique³⁰.

²³ «Der kündbare Teilamortisationsvertrag mit Anrechnung des Veräußerungserlöses auf die von Leasingnehmer zu leistende Schlusszahlung.»

²⁴ M. GIOVANOLI, *op. cit.*, n°203.

²⁵ STAUDINGER/Stoffels/§ 433, Leasing, Rn. 64.

²⁶ V. sur ce point, E.-M. BEY, « De la location financière ou Mietfinanzierung mobilière en République Fédérale d'Allemagne », *Gaz. Pal.* 1986, Doct., 488; pour un exposé plus détaillé des différents courants doctrinaux, V. GRAF v. WESTPHALEN, *op. cit.*, Rn. 78 et s.

²⁷ V. en ce sens, BLOMEYER, « Das Finanzierungsleasing unter dem Blickwinkel der Sachmängelhaftung und des Abzahlungsgesetzes », *NJW* 1978. 973 s.

²⁸ Notamment, MARTINEK, *Moderne Vertragstypen*, Bd I, p. 86 s.

²⁹ BGH, 8.10.1975: *NJW* 1977, 195; *BB* 1976 p. 157. En l'espèce, le défendeur avait signé le contrat comportant des conditions générales de vente du demandeur. Dans ce contrat, il était précisé que le défendeur s'obligeait à prendre en location une machine à café pour une durée de 60 mois au loyer mensuel de 44 DM. À côté de cette durée locative initiale, le contrat précisait que le défendeur devait être autorisé à exiger la prolongation du contrat à loyer réduit au terme de celui-ci.

³⁰ BGH, 9.03.1977 : *WM* 1977, 473; BGH, 5.04.1978 : *WM* 1978, 510 et plus récemment BGH, 4.02.2004 : *NZM* 2004, 340.

11.- Les droits français et allemand utilisant deux termes différents pour désigner ces opérations de crédit qui associent la technique classique du louage pour assurer le financement d'un bien, le choix d'un terme unique s'imposait pour désigner ces opérations tout au long de cette étude comparative. Le terme « crédit-bail » ne pouvait être utilisé puisqu'il implique nécessairement, pour le juriste de droit français, l'existence d'une option d'achat à l'issue de la période de location. Par conséquent, il n'aurait pas couvert toutes les opérations désignées par le terme « *Finanzierungsleasing* » en droit allemand et n'aurait pas inclus la location financière, telle que la pratique française la connaît. En revanche, la location financière peut être conclue avec ou sans option d'achat. Cette notion de « location financière » permet alors, non seulement de couvrir le contrat de crédit-bail mais également toutes les formes de *leasing* financier que connaît le droit allemand. C'est la terminologie qui sera donc retenue.

12.- Les différences de définitions qui viennent d'être exposées sont représentatives de celles que l'on observe dans d'autres législations³¹. Elles n'ont toutefois pas empêché le développement du « *leasing* international », et ce, malgré les risques qu'il comporte, la solvabilité du débiteur étant plus difficile à apprécier que dans les opérations internes. Cette opération a été réglementée par la Convention d'Ottawa du 28 mai 1988³². Cette dernière a vocation à s'appliquer aux locations financières au sens large. Le champ d'application matériel de la Convention d'Ottawa dépasse en effet le cadre du contrat de crédit-bail au sens de la législation française puisque son application n'est pas soumise à l'existence d'une option d'achat. Elle s'applique donc non seulement aux contrats de crédit-bail mais également aux contrats de location financière qui ne correspondent pas à la

³¹ A l'instar du modèle allemand, le régime juridique du *leasing* résulte en droit belge, droit espagnol, droit italien ou encore en droit suisse d'une construction contractuelle et jurisprudentielle. Dans d'autres systèmes juridiques, ce contrat a été réglementé, à l'instar du modèle français. Tel est le cas notamment au Québec, ou encore en Roumanie ou dans la Fédération de Russie. V. Jur.-Cl. Droit international, Fasc. 566-70, V° *Crédit-bail international*, n° 12 s.

³² E.-M. BEY, « La convention d'Ottawa sur le crédit-bail international », *JCP Ent.* 1989 II 15643 ; J.-P. BERAUDO, « Le nouveau droit du crédit-bail international et de l'affacturage international (1^{er} mai 1995) », *JCP Ent.* 1995, Chron., 458 ; J. BEGUIN, « Une tentative d'équilibrage contractuel : la Convention d'Ottawa sur le crédit-bail mobilier international » in : *Le contrat au début du XXe siècle, Etudes offertes à J. Ghestin*, p. 65 s.

définition du crédit-bail au sens du droit interne français³³ et correspond ainsi parfaitement au *Finanzierungsleasing* allemand³⁴.

13.- En ce qui concerne le champ d'application géographique de cette Convention, il tient à deux exigences. La première est le caractère international du contrat de *leasing*, l'article 3 de la Convention exigeant que le crédit-bailleur et le crédit-preneur aient leur établissement dans des Etats différents³⁵. L'article 3 prévoit ensuite deux critères alternatifs d'application: la Convention est applicable directement lorsque le fournisseur, le bailleur ainsi que le preneur sont situés dans un Etat ayant ratifié la Convention. Elle peut aussi être indirectement applicable, si selon la règle de conflit de lois, la loi désignée comme étant compétente pour régir les contrats de fourniture et de crédit-bail est celle d'un Etat ayant ratifié la Convention³⁶. Ce critère permet d'étendre le champ d'application de cette dernière à des opérations dont aucune des parties n'est située sur le territoire d'un Etat contractant dans la mesure où les parties auront choisi au titre de la *lex contractus* la loi d'un Etat contractant ou lorsque le droit international privé conduira, sur le fondement d'un rattachement objectif, à désigner compétente la loi d'un Etat contractant.

14.- Dans les relations franco-allemandes, les cas dans lesquels la Convention d'Ottawa a vocation à s'appliquer à ce jour, sont assez restreints, l'Allemagne n'ayant pas ratifié cette Convention. Dans la mesure où le fournisseur, le bailleur et le preneur n'ont

³³ V. Actes de la Conférence Diplomatique pour l'adoption des projets de conventions d'Unidroit sur l'affacturage international et sur le crédit-bail international, Unidroit, 1991, vol. I, spéc. n°34, p. 41 : Volonté des auteurs d'adopter une conception extensive du crédit-bail afin de créer un régime juridique adaptée à la forme *sui generis* du crédit-bail pratiquée jusqu'alors, tout en préservant « son potentiel créatif inhérent » à sa « nature hybride et dynamique et, donnant continuellement naissance à de nouvelles variétés pour répondre aux conditions fluctuantes du marché ».

³⁴ V. HOEVEL, «Internationale Leasingtransaktionen unter besondere Berücksichtigung der Vertragsgestaltung», *DB* 1991,1029.

³⁵ La condition d'internationalité de l'opération est donc le résultat du « critère juridique » qu'est la localisation des établissements des parties au contrat de crédit-bail dans deux pays différents, la localisation du siège ou de l'établissement du fournisseur n'important pas. Ce critère d'internationalité est calqué sur celui adopté par la CNUDCI dans la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises. Les auteurs de la Convention de Vienne ont choisi l'approche simplificatrice qui est la référence au concept de l' « établissement » et la vente est ainsi considérée comme internationale à partir du moment où les parties ont leurs établissements respectifs dans des pays différents. V. E. BOST, *La location financière en droit international privé*, Thèse dactyl., Paris, 2003, n° 31; N. WATTE et A. NUYS, « Le champ d'application de la Convention de Vienne sur la vente internationale. La théorie à l'épreuve de la pratique », *JDI (Clunet)* 2003, p. 365 et s.

³⁶ Pour une présentation détaillée des critères de compétence de la Convention d'Ottawa, v. E. BOST, *La location financière en droit international privé*, op. cit., n° 48 et s.

pas tous leur établissement dans des Etats contractants, le premier critère géographique énoncé par l'article 3 de la Convention n'est pas rempli.

Le second critère peut, en revanche, être rempli à condition que le contrat de fourniture comme le contrat de location soient soumis à la loi française. Deux hypothèses doivent alors être distinguées : ou bien les parties au contrat de fourniture comme celles au contrat de location, auront désigné la loi française au titre de la *lex contractus* applicable à chacun de ces contrats, ou bien la loi française aura été désignée par les règles de conflit de lois de la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels³⁷, en ce qui concerne le contrat de fourniture, et par le Règlement (CE) n°593/2008 « Rome I » du 17 juin 2008 en ce qui concerne le contrat de location.

15.- Dans les relations franco-allemandes, la Convention d'Ottawa aura fréquemment vocation à s'appliquer dès lors que le crédit-bailleur et le vendeur auront leur établissement en France même si le locataire a son établissement en Allemagne, ce qui est notamment le cas d'une opération de crédit-bail à l'exportation³⁸. En effet, dans une telle opération, le fournisseur et le bailleur ont généralement leur établissement sur le territoire français et auront tendance à choisir leur propre loi pour régir le contrat³⁹. Par conséquent, la condition de l'article 3-1-b de la Convention d'Ottawa étant remplie, la Convention est applicable.

Dans une opération semblable mais en l'absence de clause d'*electio juris*, la loi française aura aussi fréquemment vocation à s'appliquer en vertu de l'article 4 alinéa 2 du Règlement Rome I, dans la mesure où la location financière étant considérée comme une opération de crédit, c'est le bailleur, dont l'établissement est situé en France qui effectue la

³⁷ L'article 25 du Règlement « Rome I » a pour effet de faire prévaloir systématiquement la Convention de la Haye du 15 juin 1955 sur le Règlement Rome I. V. S. CORNELOUP, « La loi applicable aux obligations contractuelles – Transformation de la Convention de Rome en règlement communautaire « Rome I » », *JCP G.* 2008, I 205.

³⁸ V. R.-N. SCHÜTZ, « La convention d'Ottawa sur le crédit-bail international », *Contrats Conc. Consom.* 1996, 3, p.2, n°4 ; et alors même qu'au vu des critères déterminant l'internationalité du contrat, le crédit-bail à l'exportation est exclu du champ d'application de la Convention.

³⁹ J.-P. MATTOUT, *Droit bancaire international*, 3^{ème} éd., Banque Edition, 2004, n°134.

prestation caractéristique⁴⁰. Le contrat de fourniture est, dans cette hypothèse, soumis à la loi française, les deux parties au contrat ayant leur établissement en France.

16.- Si la Convention d'Ottawa permet de résoudre certaines difficultés liées aux différences de conception de la location financière dans les différents pays, elle est, dans le cadre de la faillite du débiteur, d'un intérêt limité. Elle ne permet, en effet, en rien de préjuger du sort des droits du bailleur financier dans le cadre de la procédure collective ouverte contre le locataire. Le sort de ces droits dépend de la loi de la faillite et, en particulier, de la hiérarchie entre les créanciers qu'elle définit⁴¹. La loi de la faillite, en tant que loi de police, s'impose en raison notamment des intérêts qu'elle protège. Pour obtenir un règlement collectif des créanciers, il est nécessaire que la même loi s'applique à tous les créanciers du débiteur. La Cour de cassation a affirmé plusieurs fois l'application impérative de la loi de la faillite et notamment dans un arrêt rendu le 8 janvier 2002⁴² dans le cadre d'un litige portant sur l'action en revendication du titulaire d'une clause de réserve de propriété dans la procédure collective qui touchait l'acheteur. Les juges ont rappelé qu'« *il résulte de l'article 7 alinéa 2 de la Convention que les dispositions de la [Convention de Rome] ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat ; que l'action en revendication à l'encontre d'une société soumise à une procédure collective ayant été portée devant un juge français tenu d'appliquer les règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation, quelle que soit la loi applicable au contrat* ». Il est, par conséquent, nécessaire de déterminer la loi applicable à la procédure collective afin de connaître le sort du bailleur financier.

17.- La détermination de la loi applicable à la procédure collective est, à l'heure de la multi-localisation des entreprises, devenue plus complexe. Le règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité entré en

⁴⁰ En ce sens notamment, T. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, 7^{ème} éd., 2007, n° 631; J.-P. MATTOUT, *op. cit.*, n° 134; C. BRUNEAU, *Le crédit-bail mobilier, la location de longue durée et la location avec option d'achat*, Banque éditeur, 1999, n° 7.

⁴¹ E. BOST, *La location financière en droit international privé*, *op. cit.*, n°230 s.

⁴² Cass.com. 8/01/2002, n° 98-19129; *Rev. Crit. DIP* 2002, p. 328, note D. BUREAU.

vigueur le 31 mai 2002⁴³ témoigne d'une volonté d'internationaliser le droit de la faillite à l'intérieur de l'Union européenne. L'objectif de cet instrument communautaire est d'accélérer et d'améliorer les procédures d'insolvabilité ayant des effets transfrontaliers et d'éviter que les parties déplacent des avoirs ou des procédures judiciaires d'un Etat à l'autre en vue d'améliorer leur situation juridique (*forum shopping*). De plus, les procédures d'insolvabilité ayant été exclues du champ d'application de la Convention de Bruxelles, dont les dispositions ont depuis été reprises dans le règlement (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000⁴⁴, il fallait créer un instrument pour régir cette matière.

18.- Conformément aux dispositions de son article premier, le règlement (CE) n°1346/2000 s'applique aux «*procédures collectives fondées sur l'insolvabilité du débiteur qui entraînent le dessaisissement partiel ou total de ce débiteur ainsi que la désignation d'un syndic*». Il est inapplicable selon le deuxième alinéa de cet article, aux entreprises d'assurance⁴⁵, aux établissements de crédit⁴⁶, aux entreprises d'investissement qui fournissent des services impliquant la détention de fonds ou de valeurs mobilières de tiers et aux organismes de placement collectif.

Le règlement repose sur le principe de coordination des droits nationaux⁴⁷. L'article 4 alinéa 1 qui désigne la loi applicable à la procédure d'insolvabilité, dispose «*sauf disposition contraire de ce règlement, la loi applicable à la procédure d'insolvabilité et à ses effets est celle de l'Etat membre sur le territoire duquel la procédure est ouverte, (...)*». L'expression « les effets » correspond notamment aux conditions d'ouverture de la procédure, du déroulement et de la clôture de la procédure ainsi que les conditions de fond comme la définition des débiteurs et des biens concernés, les effets des contrats en cours, les poursuites individuelles, les déclarations de créances... Par conséquent, dans le cas d'un contrat de location financière conclu entre une entreprise française et un établissement

⁴³ Règlement (CE) n°1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité publié au Journal Officiel n° L 160 du 30/06/2000, p.0001-0018.

⁴⁴ Règlement (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

⁴⁵ Celles-ci sont visées par la directive 2001/17/CE du 19 mars 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurance.

⁴⁶ Ceux-ci sont visés par la directive 2001/24/CE du 4 avril 2001 concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit.

⁴⁷ V. Rapport n° 2095 X. ROUX, p. 25.

de crédit allemand, le locataire français faisant l'objet d'une procédure collective, la loi française s'appliquera à la procédure et à ses effets, notamment en ce qui concerne la continuation du contrat, la déclaration des créances relatives à ce contrat et quant à la revendication du bien. Réciproquement, la loi allemande sera applicable si le locataire fait l'objet d'une procédure collective ouverte en Allemagne⁴⁸.

19.- Ce règlement est, à l'heure actuelle, en révision. Presque dix ans après son entrée en vigueur, il était nécessaire de faire un premier bilan. Cette révision qui devrait être connue en 2012 se fait dans un contexte de crise financière où le droit de l'insolvabilité apparaît plus que jamais « *comme un outil au service de la restructuration des entreprises au niveau européen* »⁴⁹. Ce contexte de crise économique et financière a d'ailleurs été l'occasion pour de nombreux pays européens dont l'Allemagne et la France, de faire évoluer leur droit des entreprises en difficulté⁵⁰.

20.- Le droit français a ainsi connu une accélération du rythme des réformes au cours des dernières années. La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 dite loi de sauvegarde des entreprises a, en effet, été modifiée en 2008 et à deux reprises en 2010. L'ordonnance du 18 décembre 2008, tout d'abord, a introduit certaines mesures principalement destinées à encourager l'ouverture de la procédure de sauvegarde instaurée.

Puis, la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 a introduit la sauvegarde financière accélérée. L'objectif de cette nouvelle procédure est d'imposer rapidement une restructuration financière pré-négociée et ayant recueilli un large soutien des créanciers financiers, tout en préservant l'activité opérationnelle du débiteur en difficulté. Elle ne concerne que les grandes entreprises ayant plus de 150 salariés ou un chiffre d'affaires supérieur à vingt millions d'euros.

Enfin, la dernière réforme en date a été introduite par l'ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010. Cette ordonnance est destinée à adapter le droit des entreprises en

⁴⁸ V. sur ce règlement, J.-L. VALLENS, « Les créanciers et le règlement 1346/2000 », *LPA* 2001, n° 231, p. 33.

⁴⁹ J.-L. VALLENS, « Réviser le Règlement Communautaire (CE) n°1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité », *Rev. Proc. Coll.* 2010, étude 13.

⁵⁰ V. ARATO/BLIESENER/MCCLEAN/RODRIGUEZ-ROVIRA/LAURENT, « Quelques exemples de réponses à la crise financière et aux difficultés des entreprises dans plusieurs pays européens », *Cahier de droit de l'entreprise* n° 5, Sept. 2009, dossier 31.

difficulté au statut de l'entrepreneur à responsabilité limitée institué par la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010.

21.- En droit allemand, en revanche, aucune procédure exceptionnelle d'insolvabilité n'a été introduite pour faciliter les restructurations d'entreprises, malgré la crise. La loi de stabilisation des marchés financiers du 17 octobre 2008⁵¹ a néanmoins modifié pour une période limitée la définition du « surendettement » qui est l'un des critères légaux de l'insolvabilité⁵². Cette période dont le terme avait initialement été fixé à la fin de l'année 2010 a été prolongée jusqu'à la fin de l'année 2013. Désormais, les conditions du surendettement ne sont pas réunies s'il peut être démontré que la continuation de l'entreprise est probable dans des circonstances données⁵³.

22.- Devant la complexité du système français et le manque de correspondance qui existent entre les procédures françaises et allemandes, il est indispensable de préciser le champ de notre étude et particulièrement ce qui sera considéré comme une « procédure collective d'apurement du passif ». Ces dernières peuvent être définies comme des procédures judiciaires organisant le règlement collectif des créanciers du débiteur qui y est soumis. En droit français, l'expression désigne les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires alors qu'elle désigne la procédure d'insolvabilité de droit allemand, procédure unique régie par l'*Insolvenzordnung*.

Le droit allemand ne connaît pas de procédure d'anticipation des difficultés de l'entreprise débitrice comparable à la procédure de conciliation du droit français⁵⁴. Nous avons, par conséquent, choisi d'exclure cette dernière procédure du champ de notre étude. Il en sera de même des procédures particulières que constituent la sauvegarde financière accélérée dont le champ d'application se limite aux grandes entreprises dépassant les

⁵¹ *Finanzmarktstabilisierungsgesetz* (FMStG) von 17.10.2008.

⁵² Le droit allemand des faillites envisage trois causes d'ouverture de la procédure: l'incapacité de payer (*Zahlungsunfähigkeit* : § 17 InsO), l'incapacité imminente de payer (*drohende Zahlungsunfähigkeit* : § 18 InsO) et le surendettement (*Überschuldung* : § 19 InsO).

⁵³ § 19 II InsO : «*Überschuldung liegt vor, wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich*».

⁵⁴ V. DAMMANN et UNDRITZ, « Die Reform des französischen Insolvenzrechts im Rechtsvergleich zur InsO », *NZI* 2005, 198.

critères précédemment mentionnés ainsi que les procédures ouvertes contre l'entrepreneur individuel qui ne sont pas très spécifiques.

23.- Les procédures collectives d'apurement du passif sont conçues différemment en droit français et allemand. Tout d'abord, alors que le redressement de l'entreprise en difficulté est au centre des préoccupations en droit français, le droit allemand considère que « *la procédure d'insolvabilité a pour fin de désintéresser les créanciers d'un débiteur, de manière collective, par la réalisation du patrimoine de celui-ci et la répartition du produit ou de trouver dans un plan d'insolvabilité les bases particulières d'un règlement notamment pour assurer la survie de l'entreprise (...)* »⁵⁵. Le paiement des créanciers apparaît ainsi comme l'objectif principal de la procédure d'insolvabilité.

24.- D'autres différences se manifestent dans le déroulement de la procédure. En droit allemand, le tribunal peut, après la demande d'ouverture et pendant une période appelée « phase d'ouverture » (*Eröffnungsphase*), prendre toutes les mesures conservatoires utiles pour empêcher la détérioration de la situation du débiteur. Il peut notamment désigner un administrateur provisoire (*vorläufiger Insolvenzverwalter*)⁵⁶. Ce dernier est chargé de gérer les affaires du débiteur en attendant l'ouverture de la procédure. Cette « phase » se distingue de la période d'observation du droit français dans la mesure où elle se situe avant l'ouverture de la procédure. Pendant cette période, l'administrateur provisoire détermine s'il existe une cause légale d'ouverture de la procédure, si le patrimoine du débiteur est suffisant pour couvrir les frais de la procédure et s'il y a une possibilité de continuer l'entreprise. Même s'il existe une cause légale d'ouverture de la procédure, le tribunal peut renoncer à ouvrir une procédure d'insolvabilité si l'actif est insuffisant pour payer les frais de procédure ou seulement suffisant au paiement de ces frais⁵⁷. Dans ce cas, les créanciers sont autorisés à poursuivre individuellement l'exécution forcée à l'encontre du débiteur. Contrairement au système français, le droit allemand de l'insolvabilité ne prévoit qu'une procédure unique, la procédure d'insolvabilité (*Insolvenzverfahren*).

⁵⁵ § 1 InsO, traduction de R. LEGAIS et S. LUCAS, Code de l'insolvabilité allemand, disponible sous www.juriscope.org (consulté le 7.08.2011).

⁵⁶ § 21 II 1 InsO.

⁵⁷ § 26 InsO.

Dans le jugement d'ouverture de la procédure, le tribunal fixe, outre la date de l'audience de vérification des créances que les créanciers sont appelés à déclarer, celle de l'audience du « rapport »⁵⁸. L'administrateur de l'insolvabilité que le tribunal aura désigné est chargé de présenter, au cours de cette audience, un rapport sur la situation économique du débiteur et ses causes. Il expose ensuite les chances de survie de l'entreprise, les perspectives éventuelles d'un plan d'insolvabilité ainsi que les conséquences de chaque éventualité pour le paiement des créanciers⁵⁹. Cette période peut être comparée à la période d'observation du droit français.

L'assemblée des créanciers, composée des créanciers qui ont déclaré leurs créances ainsi que des créanciers titulaires de sûretés réelles, mais encore du débiteur et de l'administrateur de l'insolvabilité, décide, au vu de ce rapport, de la poursuite de la procédure et notamment du mode de réalisation du patrimoine du débiteur (*Insolvenzmasse*)⁶⁰. Trois solutions sont alors envisageables : la liquidation de l'entreprise débitrice, le redressement de l'entreprise par la mise en œuvre d'un plan d'insolvabilité, ou le redressement grâce à la cession des actifs à un tiers.

25.- Cette procédure unique contraste avec les trois procédures judiciaires auxquelles peuvent être soumises les entreprises en droit français. La principale innovation de la loi du 26 juillet 2005 est la sauvegarde. Cette procédure est destinée à prévenir la cessation des paiements en permettant le traitement judiciaire des difficultés de l'entreprise avant l'apparition de celle-ci⁶¹. Elle n'est ouverte qu'à l'initiative du débiteur.

Les procédures de redressement et de liquidation judiciaires connues antérieurement à la réforme subsistent avec quelques modifications. Ces deux procédures concernent les débiteurs en état de cessation des paiements. Alors qu'une procédure de redressement sera ouverte contre le débiteur dont l'entreprise est susceptible d'être redressée après adoption d'un plan de redressement, appelé plan de continuation sous le régime de la loi antérieure, la liquidation judiciaire s'impose à celui qui se trouve dans l'impossibilité d'assurer par l'élaboration d'un plan de redressement, la continuation de son entreprise. La procédure de liquidation permet toutefois le sauvetage de l'entreprise

⁵⁸ § 29 InsO.

⁵⁹ § 156 InsO.

⁶⁰ § 157 InsO.

⁶¹ D. VOINOT, « La nouvelle procédure de sauvegarde », *Gaz. Proc. coll.* 2005, Doct., p. 24 s.

par la cession de celle-ci. Autrefois prévu dans le cadre du redressement, le plan de cession permet le sauvetage de l'entreprise qui est cédée à un repreneur dans le cadre de la réalisation des actifs.

26.- Le crédit-bailleur a, en droit français des procédures collectives, progressivement acquis une position privilégiée. La loi n°85-98 du 25 janvier 1985 n'envisageait le contrat de crédit-bail qu'en son article 86 pour préciser qu'il était au rang des contrats juridiquement cessibles dans le cadre d'un plan de cession. L'absence de réglementation a entraîné un certain nombre de difficultés, notamment quant à l'application de l'article 115 de la loi de 1985 au contrat de crédit-bail. Cet article disposait « *la revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de trois mois du prononcé du jugement ouvrant la procédure de redressement judiciaire* ». L'action en revendication est l'action par laquelle le créancier bénéficiant d'un droit réel sur le bien, revendique ce dernier afin d'échapper à la loi du concours⁶². Les crédit-bailleurs pensaient ne pas être soumis à cette obligation du fait de la publicité obligatoire qu'ils doivent effectuer auprès du greffe du tribunal de commerce. Cette publicité imposée par le décret n°72-665 du 4 juillet 1972 relatif à la publicité des opérations de crédit-bail en matière mobilière et immobilière, rendait, selon ces propriétaires, leur droit de propriété opposable à tous.

La Chambre commerciale de la Cour de cassation devait préciser toutefois dans deux arrêts du 15 octobre 1991⁶³ que « (...) *les dispositions de l'article 115 de la loi du 25 janvier 1985 sont applicables quels que soient la cause juridique ou le titre invoqué à l'appui de la revendication* ». Le crédit-bailleur avait donc l'obligation de revendiquer la chose objet du contrat même si la publicité avait été effectuée.

Cependant, un arrêt rendu par la Cour de Cassation le 6 décembre 1994 permit de préciser que lorsque l'administrateur avait opté pour la poursuite du contrat en vertu de l'article 37, « *cette continuation [impliquait] reconnaissance du droit de propriété du crédit-bailleur sans que celui-ci ait à exercer l'action en revendication prévue à l'article*

⁶² Jur.-Cl. Commercial, Fasc. 2550, V° *Redressement et liquidation judiciaires*, n°1.

⁶³ Cass. com. 15/10/1991, n° 90-10978 et n° 90-13147 : *Bull. Civ. IV*, n°291 : *JCP Ent.* 1992 II 250, note E.-M. BEY; 2 arrêts, *JCP G.* 1992, II 21805, note C. LARROUMET- rappelée encore dans une procédure soumise à la loi de 1985, Cass. com. 28/01/1997, *D. Aff.* 1997, p. 347.

115 de la loi du 25 janvier 1985 »⁶⁴. Cette solution conduisait à appliquer le délai de trois mois prévu à l'article 115 au crédit-bail uniquement lorsque le contrat n'était pas continué par l'administrateur, l'option pouvant résulter de l'exécution par ce dernier des prestations prévues au contrat de crédit-bail.

Cet arrêt permit l'apaisement d'un grand nombre de crédit-bailleurs qui voyaient dans la solution des arrêts de 1991 un « nouveau mode d'acquisition déguisée de la propriété par détournement de la loi »⁶⁵ ainsi qu'une possibilité de l'administrateur pour faire exécuter le contrat jusqu'à l'expiration des trois mois afin de pouvoir opposer ensuite la forclusion aux crédit-bailleurs. C'est en effet ce qui s'était passé pour un certain nombre d'entre eux après que ces arrêts aient été rendus.

27.- La loi n°94-475 du 10 juin 1994 a véritablement amélioré la situation du crédit-bailleur en posant comme principe que les créanciers titulaires de sûreté spéciales et les propriétaires (parmi lesquels les crédit-bailleurs) ne devaient plus être sacrifiés en cas de procédure collective de leur débiteur⁶⁶. La pression exercée par les établissements de crédit qui faisaient valoir le lien existant entre la décision d'octroi d'un crédit et l'efficacité des garanties n'est pas étrangère à cette amélioration⁶⁷.

28.- Le droit allemand n'offre pas de protection similaire au bailleur financier dans la procédure d'insolvabilité touchant le locataire. Pourtant le sort du contrat de *leasing* mobilier dans la procédure du locataire intéresse particulièrement les auteurs si l'on en juge au nombre d'articles de doctrine qui lui sont consacrés⁶⁸, et encore davantage depuis

⁶⁴ Cass. com. 6/12/1994, n° 92-18722: *Bull. Civ.* IV, n° 365 - V. L. LEVENEUR, « Crédit-bail: du baume au cœur pour les crédit-bailleurs », *Contrats, conc., consom.* 1995, n°4, p. 1.

⁶⁵ V. E.-M. BEY, « Le crédit-bail dans la réforme des procédures collectives opérée par la loi du 10 juin 1994 », *RJDA* 8-9/1994, p. 707.

⁶⁶ Pour un aperçu général des améliorations de la situation du crédit-bailleur par la réforme de 1994, v. M.-H. MONSERIE, « Le crédit-bailleur », in : *La situation des créanciers d'une entreprise en difficulté*, Centre de droit des affaires de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, Montchrestien, 1998, p. 65.

⁶⁷ En ce sens, A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, 4^{ème} éd., 2006, n°19.

⁶⁸ Par exemple, à propos du régime antérieur: UHLENBRUCK/SINZ, «Die Forfaitierung von Leasingforderungen im Konkurs des Leasinggebers», *WM* 1989, 1113; GRAF V. WESTPHALEN, «Leasing und Konkurs», *BB* 1988, 218; à propos du nouveau régime : ECKERT, «Miete, Pacht und Leasing im neuen Insolvenzrecht», *ZIP* 1996, 897 s.; du même auteur, «Leasingraten – Masseschulden oder Konkursforderungen?», *ZIP* 1997, 2077; SCHMID-BURK, «Leasingraten – Masseschulden oder Konkursforderungen?», *ZIP* 1998, 1022 s.; *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung/Sinz*, «Leasing und Factoring im Insolvenzverfahren», *Münster* 2009, 403 s.; ZAHN, «Der Leasingvertrag über Mobilien in der Insolvenz des Leasinggebers nach der Novellierung der InsO», *DB* 1996, 1393; FEHL, «Leasing in der

la réforme de 1994 qui a instauré l'actuelle loi sur l'Insolvabilité (*Insolvenzordnung*)⁶⁹. Cette loi était destinée à remplacer les trois systèmes qui coexistaient en Allemagne jusque-là : celui du *Konkursordnung*, que l'on pourrait traduire par « procédure de concours » et celui du *Vergleichsordnung*, que l'on pourrait traduire par « procédure de concordat » qui s'appliquaient dans les *Länder* de l'ex-RFA, et le *Gesamtvollstreckungsordnung*, ou « procédure d'exécution forcée générale » qui s'appliquait dans ceux de l'ex-RDA. L'*Insolvenzordnung* (InsO) reprend essentiellement les dispositions du *Konkursordnung*, auquel les auteurs allemands et les tribunaux n'hésitent pas à se référer pour interpréter les dispositions de la loi actuelle.

29.- A l'occasion de la réforme, le législateur allemand a choisi de distinguer le sort du *leasing* mobilier de celui du *leasing* immobilier alors que leur sort était, jusque-là, identique.

Désormais, le contrat de *leasing* immobilier est poursuivi de plein droit à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, conformément aux dispositions du § 108 InsO. En revanche, le *leasing* mobilier est soumis aux dispositions du § 103 InsO qui prévoit, au profit de l'administrateur de l'insolvabilité, un droit d'option sur la poursuite des contrats en cours.

Le § 108 InsO prévoit la poursuite de plein droit des contrats à exécution successive à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité touchant le locataire. Il s'applique expressément aux contrats de bail et de bail à ferme portant sur des biens immobiliers auxquels sont assimilés les contrats de *leasing* immobiliers. Cette disposition prévoit que l'administrateur de l'insolvabilité a la faculté de résilier ces contrats à condition de respecter le délai légal de préavis.

30.- Dans la mesure où les contrats de *leasing* immobiliers sont soumis à une publicité foncière et ont un régime particulier par rapport au *leasing* mobilier en droit allemand, nous avons choisi de les exclure du champ de notre étude. Cette exclusion se justifie, en outre, par le faible intérêt que la pratique internationale leur témoigne. Les

Insolvenz», *DZWIR* 1999, 89 s.; ENGEL, «Die rechtliche Behandlung von Leasinggeber und Leasingnehmer in der Insolvenz», *FLF* 2005, 272 s.; GÖLZENLEUCHTER, «Kündigungsrecht in der Insolvenz des Leasingnehmers», *FLF* 2003, 225 s.

⁶⁹ Si la loi date du 5 octobre 1994, l'*Insolvenzordnung* est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1999. Le délai entre le vote de la loi et son entrée en vigueur est dû aux contraintes émises par les *Länder* d'ex-RDA à propos des nouvelles charges imposées par la nouvelle loi à leur appareil judiciaire.

différences qui existent dans les différentes législations quant au contrat de *leasing* et les établissements autorisés à les pratiquer, empêchent le développement des contrats de *leasing* internationaux autres que ceux couverts par la Convention d'Ottawa c'est-à-dire portant sur des biens mobiliers, en particulier, ceux figurant sur la liste des biens pouvant faire l'objet d'un crédit-bail à l'exportation. Néanmoins, aussi bien en droit français qu'en droit allemand, certaines solutions notamment jurisprudentielles applicables aux contrats de location financière immobiliers dans la procédure collective ouverte contre le locataire sont applicables *mutatis mutandis* aux contrats de location financière mobiliers.

31.- L'intérêt, de l'un et l'autre côté du Rhin, pour le sort du contrat de location financière financier dans le cadre de la procédure collective du locataire s'explique, d'une part, par le recours considérable des entreprises à ce mode de financement et d'autre part, du fait de la nature des biens sur lesquels il porte. Les entreprises finançant ainsi leur matériel d'équipement, machines de production et flotte automobile notamment, la poursuite de l'activité qui peut être décidée pour redresser l'entreprise ou pour mener à bien les opérations de liquidation, ne peut se faire sans que ces contrats soient maintenus. Pourtant, les intérêts du bailleur financier ne peuvent être sacrifiés dans une incommensurable mesure. Cette situation conduirait les établissements financiers et autres sociétés de *leasing* à durcir les conditions d'octroi de ce crédit. La question de la conciliation des intérêts en présence se pose donc inévitablement. L'objet de cette étude est de comparer les solutions française et allemande à la recherche de cet équilibre.

32.- Les droits français et allemand abordent, à première vue, la question du sort du bailleur financier de manière très différente. Alors que le Code de commerce français consacre quelques dispositions au crédit-bailleur, dispositions dont l'application est parfois étendue au bailleur financier, le droit allemand soumet ce dernier aux dispositions générales. La conciliation des intérêts en présence, à savoir l'intérêt collectif et ceux du bailleur financier est donc *a priori* différente. Le bailleur financier étant à la fois cocontractant, créancier et propriétaire dans la procédure juridique, l'étude de chacun de ces rôles permettra de comparer la situation de ce partenaire particulier de l'entreprise en difficulté, en droits français et allemand.

33.- Le bailleur financier est lié contractuellement au débiteur. Il faut donc, en premier lieu, comparer le sort réservé à ce rapport contractuel dans chacun des deux

systèmes une fois la procédure collective ouverte contre le locataire, d'autant que certains loyers n'ont peut-être pas été payés par le locataire avant l'ouverture de la procédure. Cela implique, tout d'abord, de déterminer les conditions de la soumission du contrat de location financière à l'option sur la continuation des contrats « en cours » puis de préciser la situation du bailleur financier pendant la période de réflexion sur la poursuite du contrat dans les deux systèmes juridiques étudiés. Une fois l'option exercée, l'analyse comparative doit se poursuivre à travers l'étude des conséquences de la décision. Les conséquences du refus sur le rapport contractuel ainsi que les conditions d'exécution et de cession du contrat de location financière en cas de continuation de ce dernier doivent être déterminées. Ces différentes questions seront analysées dans le cadre de l'étude comparative **du rôle de cocontractant du bailleur financier** (Première partie).

34.- La comparaison est ensuite menée à travers l'étude du régime juridique des créances issues du contrat de location financière. Cette analyse suppose de distinguer les créances soumises à déclaration dont le paiement est effectué dans le cadre des répartitions, des créances bénéficiant du traitement préférentiel puisque les deux systèmes juridiques étudiés connaissent une pareille distinction. Pour chacun des deux types de créances, l'étude de la protection des intérêts du bailleur financier sera conduite à travers la détermination des conditions du paiement de ce dernier dans chacun des deux systèmes. Ces questions seront abordées dans l'étude comparative **du rôle de créancier du bailleur financier** (Deuxième partie).

35.- Enfin, et c'est là la force du bailleur financier, la comparaison se poursuit à travers l'étude des conditions de restitution du bien loué à ce dernier mais également de celles de la levée d'option d'achat lorsque le contrat en prévoit une au terme de la période de location. Ces différents aspects seront analysés au cours de l'étude comparative **du rôle de propriétaire du bailleur financier** (Troisième partie).

PARTIE I LE BAILLEUR FINANCIER, COCONTRACTANT DU DÉBITEUR FAILLI

36.- La pérennité de l'activité constitue une priorité du droit des procédures collectives. Que l'objectif de la procédure collective soit le redressement de l'entreprise, en droit français, ou la satisfaction des créanciers, en droit allemand, le maintien de l'activité est indispensable au bon déroulement des opérations. Il justifie que l'on maintienne le réseau contractuel du débiteur malgré ses inexécutions antérieures.

37.- Le contrat de location financière constitue, aussi bien en France qu'en Allemagne, un moyen de financement privilégié pour l'acquisition de moyens de production souvent coûteux et indispensables à l'activité de l'entreprise. La poursuite de l'activité de l'entreprise mise en procédure collective dépend entièrement de la poursuite de ces contrats. L'intérêt commun se heurte alors à ceux du bailleur financier. Ce dernier ne peut obtenir le paiement des créances de loyers échues avant l'ouverture de la procédure. Les deux systèmes juridiques étudiés prévoient, en effet, une interdiction des paiements individuels à compter de l'ouverture de la procédure. Pourtant, le bailleur financier ne peut se dégager du contrat inexécuté, et est même contraint de l'exécuter. La confrontation des intérêts en présence justifie que les conditions de poursuite de ces contrats soient réglementées dans le cadre de la procédure collective⁷⁰.

38.- Les deux systèmes juridiques étudiés disposent de mécanismes comparables, dérogatoires au droit commun, qui permettent d'imposer au cocontractant la poursuite du contrat malgré une éventuelle inexécution antérieure du locataire. L'administrateur de la procédure⁷¹ ou le débiteur s'il reste à la tête de ses affaires après l'ouverture de la procédure, a la faculté de maintenir le réseau contractuel de l'entreprise débitrice. En droit

⁷⁰ En droit français, v. T. MONTERAN, « L'influence des procédures collectives sur la poursuite et la fin des contrats » : *Gaz. Pal.* 2003, n° 273, Doctr., p. 2 s.

⁷¹ En droit allemand, l'administrateur de l'insolvabilité (*Insolvenzverwalter*); en droit français, l'administrateur ou le liquidateur selon la procédure ouverte.

français, cette faculté est régie par l'article L. 622-13 II du Code de commerce qui dispose « *L'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur* ». En droit allemand, le *Wahlrecht* est régi par le § 103 InsO selon lequel « *si un contrat synallagmatique, lors de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, n'est pas ou pas intégralement exécuté par le débiteur ou par l'autre partie, l'administrateur de l'insolvabilité peut exécuter le contrat à la place du débiteur et en exiger l'exécution de l'autre partie* »⁷².

39.- Afin de pouvoir déterminer lequel des systèmes étudiés préserve au mieux les intérêts du bailleur financier, il est nécessaire de déterminer les conséquences de l'ouverture de la procédure sur le contrat de location financière (Chapitre 1) puis les effets de la décision du titulaire de l'option sur la situation du bailleur financier (Chapitre 2).

⁷² § 103 InsO : « **Wahlrecht des Insolvenzverwalters.** (1) Ist ein gegenseitiger Vertrag zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens vom Schuldner und vom anderen Teil nicht oder nicht vollständig erfüllt, so kann der Insolvenzverwalter anstelle des Schuldners den Vertrag erfüllen und die Erfüllung vom anderen Teil verlangen ».

CHAPITRE 1 LE CONTRAT DE LOCATION FINANCIÈRE JUSQU'À L'EXERCICE DE L'OPTION

40.- La pérennité de l'activité n'est envisageable qu'à condition que les contrats continuent à recevoir exécution. Par conséquent, les cocontractants ne doivent pas pouvoir se dégager des contrats qui les lient au débiteur, malgré d'éventuelles inexécutions de ce dernier. C'est en particulier le cas du bailleur financier dont le contrat à exécution successive est bien souvent nécessaire voire indispensable au maintien de l'activité. Toutefois, le titulaire de l'option sur la continuation des contrats en cours ne peut prendre sa décision sans avoir au préalable étudié la situation du débiteur et évalué ses capacités financières. Les deux systèmes juridiques étudiés connaissent des mécanismes similaires. Dès lors, le contrat de location financière doit être « mis en attente » pendant cette période de réflexion.

41.- L'intérêt commun est à ce stade de la procédure privilégié par rapport à ceux des cocontractants et du bailleur financier. Le contrat de location financière doit pouvoir être continué par le titulaire de l'option (Section 1). Dès lors le bailleur financier est contraint d'attendre la décision du titulaire de l'option sans pouvoir se dégager du contrat (Section 2).

SECTION 1 LA NÉCESSAIRE SOUMISSION DU CONTRAT DE LOCATION FINANCIÈRE À L'OPTION SUR LA CONTINUATION DES CONTRATS

42.- Les deux systèmes juridiques reconnaissent la nécessité de poursuivre l'exécution du contrat de location financière pour maintenir l'activité. Le maintien du réseau contractuel impose que les intérêts du bailleur financier soient en partie sacrifiés au profit de l'intérêt collectif. Il est notamment indispensable d'empêcher le bailleur financier de se dégager du contrat, que ce soit en raison d'une inexécution du contrat par le débiteur ou du simple fait de l'ouverture de la procédure collective. L'objectif est de soumettre un nombre important de contrats à l'option afin de permettre la pérennité de l'activité.

43.- Afin de mesurer le sacrifice imposé au bailleur financier dans chacun des deux systèmes juridiques étudiés, il conviendra de déterminer quelles sont les conditions de soumission du contrat de location financière à l'option sur la continuation des contrats (I) avant d'analyser les limites que cette soumission impose à la liberté contractuelle du bailleur financier (II).

I. La soumission commune du contrat de location financière à l'option sur la continuation des contrats

44.- Le titulaire de l'option bénéficie, dans chacun des deux systèmes juridiques étudiés, de la possibilité d'exiger l'exécution de certains contrats. Avant d'établir quelles sont les conditions qui déterminent la soumission des contrats de location financière à ce droit d'option (B), la nature juridique de la décision sur la continuation des contrats doit être précisée en droits français et allemand (A).

A. La nature juridique de la décision de poursuivre l'exécution des contrats

45.- Le Code de commerce français établit la « *faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours* » au profit de l'administrateur, du liquidateur ou du débiteur, selon les procédures, leur conférant un véritable droit d'option sur la poursuite des contrats, par principe maintenus en vigueur⁷³. Le droit d'option a été défini comme une « *prérogative juridique qui permet à son titulaire de pouvoir, par un acte unilatéral de volonté, modifier une situation juridique incertaine, et cela suivant une alternative précise et prévisible* »⁷⁴. L'*Insolvenzordnung* prévoit, en revanche, que l'administrateur de l'insolvabilité « peut » exécuter un contrat synallagmatique inexécuté ou partiellement exécuté⁷⁵. Si le résultat pratique est identique, le titulaire de l'option pouvant exiger l'exécution d'un contrat nécessaire à la poursuite de l'activité, il n'en demeure pas moins une différence de conception essentielle. En effet, à la différence de son homologue français, l'administrateur de l'insolvabilité ne dispose pas d'une option.

46.- Cette différence s'explique par les différents artifices juridiques mis en place dans chacun des deux systèmes afin de garantir le maintien des contrats à l'ouverture de la procédure. Le Code de commerce français prévoit que les cocontractants du débiteur failli doivent poursuivre l'exécution des contrats qui les lient avec le débiteur failli malgré, le cas échéant, l'inexécution antérieure de ses obligations par ce dernier⁷⁶. Pendant la période de réflexion, les « contrats en cours » sont « mis en attente ». Le cocontractant ne peut pas résilier le contrat malgré, le cas échéant, l'inexécution antérieure du débiteur et il attend que le titulaire de l'option prenne une décision quant à la continuation du contrat.

47.- En droit allemand, les auteurs utilisent non pas la notion de contrats en cours mais celle de « contrats suspendus » (*schwebende Verträge*). L'ouverture de la procédure

⁷³ Article L. 622-13 dans le cadre de la sauvegarde et sur renvoi de l'article L. 631-14 dans le cadre du redressement judiciaire et L. 641-11-1 dans le cadre de la liquidation.

⁷⁴ Définition du droit d'option donnée par I. NAJJAR, *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, Thèse, LGDJ, 1967, n° 52. Sur la correspondance des caractères du droit d'option au droit d'option de l'administrateur, v. P. ROUSSEL GALLE, *Les contrats en cours dans le redressement et la liquidation judiciaires*, Thèse dactyl., Dijon 1997, p. 55.

⁷⁵ Dispositions du § 103 InsO.

⁷⁶ Article L. 622-13 du Code de commerce dans le cadre de la sauvegarde et sur renvoi de l'article L. 631-14 dans le cadre du redressement judiciaire et L. 641-11-1 dans le cadre de la liquidation.

conduit en effet à la suspension des droits nés du contrat. Chaque partie au contrat se trouve, du fait de l'ouverture de la procédure, dans une situation telle qu'il ne peut exiger de l'autre partie qu'elle exécute ses obligations. Les droits issus du contrat sont paralysés, ils sont inopposables (*nicht durchsetzbar*). Contrairement au droit français, le droit allemand ne confère donc pas véritablement un droit d'option à l'administrateur de l'insolvabilité. Ce dernier ne crée une nouvelle situation juridique que dans la mesure où il choisit d'exécuter le contrat⁷⁷. Dans le cas contraire, la situation juridique résultant de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité n'est pas modifiée par sa décision. En ce sens, il ne dispose pas d'une véritable alternative.

48.- Les effets de l'ouverture de la procédure collective sur les prérogatives issues des contrats confèrent à la décision de l'administrateur de l'insolvabilité une place centrale dans la procédure d'insolvabilité de droit allemand. La décision de l'administrateur de l'insolvabilité détermine en effet le régime juridique auquel sont soumises les créances issues du contrat. Nous ne nous attarderons toutefois pas sur cette question à ce niveau de l'étude. La complexité du système allemand justifie que les effets de la décision de l'administrateur sur le contrat de location financière soient analysés au fur et à mesure des développements. Enfin, pour des raisons purement pratiques et bien que le terme ne soit pas tout à fait adapté au droit allemand, nous désignerons la décision sur la continuation des contrats par l'expression « droit d'option » dans les deux systèmes ici étudiés.

49.- Avant de pouvoir mesurer la portée du droit d'option sur le contrat et les droits et obligations qui en sont issus, les contrats de location financière soumis au droit d'option doivent être déterminés.

B. La détermination des contrats de location financière soumis au droit d'option

50.- La soumission du contrat de location financière au droit d'option n'a, en droit français, jamais été remise en question. En droit allemand, en revanche, l'administrateur de l'insolvabilité ne peut poursuivre l'exécution des contrats de location financière mobiliers

⁷⁷ *Münch.Komm.-InsO/Huber*, § 103, Rn.148.

que depuis l'entrée en vigueur de l'*Insolvenzordnung* (1). Les contrats de location financière ne pourront toutefois être continués que s'ils remplissent certains critères (2).

1. Conditions liées à la nature du contrat

51.- La soumission du contrat de location financière aux dispositions de l'article L. 622-13 du Code de commerce⁷⁸ n'a jamais fait l'ombre d'un doute. L'article susvisé ne faisant aucune distinction quant à la nature des « contrats en cours », l'option est un droit d'application général qui s'applique à tout contrat quelles qu'en soient la nature⁷⁹ et les modalités⁸⁰. Le but de ce droit d'option est le maintien du réseau contractuel dans son ensemble, d'où la nécessité d'étendre son champ d'application au plus grand nombre de contrats. Les baux commerciaux comme le contrat de location financière, contrat à exécution successive, proche du louage, sont soumis à l'exercice du droit d'option⁸¹. La notion de « contrats en cours » les vise tout particulièrement puisque par leur exécution s'inscrivant dans la durée, ils assurent la continuité de l'activité⁸².

52.- Ce sont ces mêmes caractéristiques du contrat de location financière, c'est-à-dire sa nature de contrat à exécution successive et sa proximité avec le contrat de bail, qui ont généré, en droit allemand, un débat sur l'application des dispositions du § 103 InsO au contrat de location financière. A la différence du droit français⁸³, le § 103 InsO vise

⁷⁸ Et sur renvoi de l'article L. 631-14 dans le cadre du redressement judiciaire et article L. 641-11-1 dans le cadre de la liquidation.

⁷⁹ Jur.-Cl. Redressement et liquidation judiciaire, Fasc. 2335, V° *Continuation des contrats en cours*, n° 11 s.; B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, 2^{ème} éd., Litec, 1995, n° 1326 ; F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2009, n° 280.

⁸⁰ La Chambre commerciale de la Cour de cassation a par deux arrêts du 8 décembre 1987 permis l'application de l'article L. 622-13 du Code de commerce aux contrats conclus *intuitu personae* : Cass. com. 8/12/1987, 2 esp., *Bull. Civ. IV*, n° 266 et 267.

⁸¹ B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, 2^{ème} éd., Litec, 1995, n° 1326 et s.

⁸² P. ROUSSEL GALLE, *Les contrats en cours dans le redressement et la liquidation judiciaires, th. préc.*, p. 99.

⁸³ Sur la possibilité de déduire de l'alinéa 4 de l'ancien article 37 alinéa 4 de la loi du 25 janvier 1985 (actuel article L. 622-13 du Code de commerce) que la réciprocité des prestations est la règle dans la mesure où cet article oblige le cocontractant à remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur de ses engagements, antérieurement au jugement d'ouverture, v. J.-M. CALENDINI, « La notion de contrats en cours dans le redressement judiciaire : définition et portée à propos du contrat de prêt », *Rev. Banque et Droit*, 1994, p. 12, n° 7 – Voir contra, sur la finalité unique de l'article 37 de paralyser une éventuelle action fondée sur l'exception d'inexécution, P. ROUSSEL GALLE, *Les contrats en cours dans le redressement et la liquidation judiciaires, th. préc.*, p. 90.

expressément les contrats synallagmatiques⁸⁴. Mais, les dispositions des §§ 104 à 108 InsO excluent certains contrats synallagmatiques de son champ d'application. Les contrats à exécution successive - le § 108 InsO vise particulièrement les contrats de bail et de bail à ferme - sont maintenus de plein droit à l'ouverture de la procédure (*insolvenzfest*). Il appartient alors à l'administrateur de résilier ces contrats, s'il le souhaite, en respectant le délai légal de résiliation. Le contrat de location financière étant traditionnellement assimilé au bail, la question de sa soumission aux dispositions du § 108 InsO se posait naturellement. D'autant que les dispositions du § 108 InsO reprennent en grande partie les termes de l'ancien article § 19 KO (*Konkursordnung*) auquel étaient soumis les contrats de location financière aussi bien mobiliers qu'immobiliers⁸⁵. Le § 108 InsO vise néanmoins « *les contrats de bail ou de fermage conclus par le débiteur portant sur des biens immeubles ou des locaux* », permettant d'exclure le contrat de bail mobilier de son champ d'application⁸⁶. Le contrat de location financière, contrat de location atypique, est dès lors soumis à la même distinction. S'il porte sur un bien immeuble, il échappe au droit d'option de l'administrateur de l'insolvabilité et s'il a pour objet un bien meuble, il y est soumis.

53.- Cette distinction peut paraître curieuse d'autant que la commission sur le droit de l'insolvabilité ainsi que le projet de loi élaboré par le ministère ne l'envisageaient pas. La différence de traitement entre les contrats de *leasing* mobilier et immobilier est seulement apparue dans le projet de loi qui soumettait au droit d'option du § 103 InsO les contrats de bail et de fermage portant sur des biens meubles, en tant que contrats synallagmatiques pas encore ou pas entièrement exécutés⁸⁷. L'objectif était de favoriser l'aliénation de biens faisant partie du patrimoine du bailleur, débiteur failli, et que ce dernier avait loués à des tiers. Sous l'ancien système, le bien objet du contrat ne pouvait être aliéné utilement dans le cadre de la procédure ouverte à l'encontre du bailleur puisqu'il ne pouvait être mis fin au contrat avant son terme. Les dispositions du § 103 InsO

⁸⁴ Les contrats synallagmatiques sont définis au sens des § 320 s. BGB, c'est à dire comme des contrats dans lesquels les obligations des deux parties sont dépendantes l'une de l'autre et constituent réciproquement leur contrepartie : «*Beim gegenseitigen Vertrag stehen die beiderseitigen Verpflichtungen in einem Abhängigkeitsverhältnis zueinander. Jeder Vertragspartner verspricht seine Leistung um der Gegenleistung willen; die Leistung des einen ist Entgelt für die des anderen*»: BGHZ 15, 105 / BGHZ 77, 363.

⁸⁵ SCHWEMER, «Leasing in der Insolvenz»⁴, ZMR 2000, 348.

⁸⁶ RegE BT-Drucks 12/2443, p. 146 – *Frankf.Komm.-InsO/Wegener*, § 103, Rn. 12 - *Münch.Komm-InsO/Kreft/Huber*, § 103, Rn. 75 - SCHWEMER, «Leasing in der Insolvenz», *op.cit.*

⁸⁷ *Münch.Komm-InsO/Eckert*, § 108, Rn. 2 s.

s'appliquant désormais au bail mobilier, l'administrateur de l'insolvabilité a la possibilité de renoncer à l'exécution du contrat et d'aliéner ainsi le bien qui en est l'objet, libre d'occupation⁸⁸.

54.- Bien que le contrat de *leasing* mobilier soit en principe soumis à l'option de l'administrateur de l'insolvabilité, il y échappe dans une hypothèse particulière. Cette exception est prévue par le § 108 alinéa 1 (2^{ème} phrase) InsO qui dispose « (...) *Il en va de même pour les contrats de bail et de fermage que le débiteur a conclus comme loueur ou bailleur et qui portent sur d'autres biens dont la propriété a été transmise en garantie à un tiers qui en aura financé l'achat ou la réalisation* »⁸⁹. L'hypothèse est la suivante : le bailleur financier est, pour l'achat du bien objet du contrat de *leasing*, financé par un tiers, bien souvent une banque, auquel il transmet la propriété du bien à titre de garantie (*Sicherungsübereignung*)⁹⁰. La banque qui finance l'achat du bien est alors protégée si les loyers ne sont pas payés. En effet, par le biais de la *Sicherungsübereignung*, le bailleur financier conclut une possession subordonnée à deux niveaux⁹¹ (*zweistufiges Besitzmittlungsverhältnis*) avec la banque. Cette dernière, propriétaire fiduciaire, devient possesseur indirect de deuxième niveau (*zweistufiger mittelbarer Besitzer*), le bailleur financier est possesseur indirect de premier niveau (*erststufiger mittelbarer Besitzer*) et le locataire reste possesseur direct (*unmittelbarer Besitzer*)⁹², c'est-à-dire qu'il est autorisé à utiliser le bien sans pouvoir le vendre⁹³.

⁸⁸ L'application du § 103 InsO au contrat de *leasing* mobilier permet, en outre, de contourner l'application du § 109 alinéa 2 InsO. En vertu du 2^{ème} alinéa du § 109 InsO, le bailleur peut résilier le contrat de location s'il n'a pas mis le bien à disposition du preneur avant que la procédure d'insolvabilité ait été ouverte à l'encontre de ce dernier. Dans la mesure où l'on justifie l'option offerte à l'administrateur de continuer le contrat de *leasing* mobilier n'ayant pas reçu de commencement d'exécution par le besoin d'assurer la pérennité de l'activité, il y a lieu de s'interroger sur les raisons qui ont conduit à exclure les contrats de *leasing* immobiliers du champ d'application du § 103 InsO⁸⁸. Ceci ne fera toutefois pas l'objet de plus amples développements, la présente étude portant uniquement sur les contrats de *leasing* mobiliers.

⁸⁹ § 108 Abs. 1: «*Miet- und Pachtverhältnisse des Schuldners über unbewegliche Gegenstände oder Räume sowie Dienstverhältnisse des Schuldners bestehen mit Wirkung für die Insolvenzmasse fort. Dies gilt auch für Miet- und Pachtverhältnisse, die der Schuldner als Vermieter oder Verpächter eingegangen war und die sonstige Gegenstände betreffen, die einem Dritten, der ihre Anschaffung oder Herstellung finanziert hat, zur Sicherheit übertragen wurden.*»

⁹⁰ ZAHN, «Die Leistung des Leasinggebers nach Übergabe-wertlos?», DB 1998, 1701.

⁹¹ La remise de la chose est ici remplacée par cette détention subordonnée au sens des §§ 930,868 BGB.

⁹² WOLF, *Sachenrecht*, Beck, 22. Aufl., 2006, Rn. 755.

⁹³ WOLF, *Sachenrecht*, op. cit., Rn. 756.

Dans ce type d'opération, la banque dispose, outre la propriété du bien, de la créance des loyers issus du contrat, cédée à titre de garantie. Si une procédure d'insolvabilité est ouverte à l'encontre du bailleur financier, le contrat de *leasing* mobilier est poursuivi de plein droit. Le paiement des créances de loyers échues après l'ouverture de la procédure pourra alors être réclamé. Contrairement aux contrats soumis au droit d'option du § 103 InsO, les créances nées du contrat ne sont pas inopposables. L'application des dispositions du § 103 InsO au *leasing* refinancé priverait la banque qui a refinancé le bien de la garantie offerte par les créances de loyers échues postérieurement à l'ouverture de la procédure. Ces derniers seraient, en effet, inopposables du fait de l'ouverture de la procédure.

55.- Les discussions qui ont conduit à soumettre, en droit allemand, le contrat de *leasing* mobilier, au choix de l'administrateur de l'insolvabilité sur l'exécution du contrat ne prennent véritablement leur sens qu'une fois que l'on mesure l'incidence de la décision de maintenir les contrats sur les questions qui feront l'objet des développements futurs de la présente étude, telles que la nature des créances et la restitution du bien loué. Elles contrastent, en outre, avec l'apparente évidence de la soumission des contrats de location financière au régime des contrats en cours en droit français et les effets plus restreints de l'option sur la situation globale du bailleur financier dans la procédure ouverte à l'égard du locataire. Avant d'en mesurer toute la portée, il est encore nécessaire de préciser les conditions tenant à l'état du contrat au moment de l'ouverture de la procédure et selon lesquelles le contrat de location financière pourra être exécuté.

2. Critères de détermination des contrats de location financière soumis à l'option

56.- Les deux systèmes juridiques organisent la possibilité de poursuivre le contrat de location financière mobilier. Néanmoins, les conditions de soumission du contrat à l'option ne sont pas envisagées de manière identique. Alors que l'article L. 622-13 du Code de commerce vise la continuation des «*contrats en cours*», le § 103 InsO prévoit la possibilité d'exiger l'exécution des «*contrat[s] synallagmatique[s] qui n' [ont] pas été ou pas intégralement été exécuté[s]*». Ces deux formulations distinctes ne sont pas sans incidence sur la situation particulière du contrat de location financière. Certaines similitudes sont, tout d'abord, à observer. En effet, les deux notions supposent un contrat

« en cours d'existence », c'est-à-dire que le contrat doit déjà avoir été conclu (a) et ne pas avoir été résilié, résolu ou annulé (b). Enfin, la continuation du contrat ne pourra être envisagée que dans la mesure où toutes les obligations n'ont pas encore été exécutées(c).

a. Un contrat de location financière conclu avant l'ouverture de la procédure

57.- En droit français, le contrat est considéré « en cours » lorsque ses obligations principales n'ont pas entièrement été exécutées au jour du jugement d'ouverture⁹⁴, ce qui correspond à la situation visée par les dispositions du § 103 InsO. L'exécution des obligations fait disparaître le rapport d'obligations⁹⁵, paralysant par là-même le choix de l'administrateur de l'insolvabilité de poursuivre le contrat. Ceci suppose dès lors que le contrat ait été préalablement conclu. Le droit de se prononcer en faveur de l'exécution du contrat ne saurait exister alors que l'on se trouverait encore en phase précontractuelle et donc en l'absence de contrat⁹⁶.

58.- Si le titulaire de l'option peut exiger l'exécution des contrats partiellement exécutés, le contrat de location financière dans lequel le bien loué n'a pas été remis au locataire peut-il être poursuivi ? Autrement dit, un contrat de location financière doit-il avoir reçu un commencement d'exécution pour pouvoir être maintenu ?

59.- Cette question a fait l'objet de débats aussi bien en France qu'en Allemagne. Dans la rédaction sénatoriale de la loi française du 25 janvier 1985, la faculté d'option ne

⁹⁴ Cass. com. 2/03/1993, n° 90-21353: *Bull. Civ. IV*, n° 89 – Cass. com. 13/04/1999, n° 97-11383: *Bull. Civ. IV*, n° 87; en doctrine, C. BRUNETTI-PONS, « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », *RTD Com.* 2000, 783 et s.: cet auteur définit les contrats en cours comme ceux « dont l'exécution s'inscrit dans le temps et dont la durée s'étend au-delà du jugement d'ouverture » ; pour une autre définition T. MONTERAN, « L'influence des procédures collectives sur la poursuite et la fin des contrats », *op.cit.* : selon l'auteur, les contrats en cours peuvent être définis comme « l'ensemble des contrats formés ou existants avant le jugement d'ouverture mais dont l'exécution est en cours, voire même pas encore commencée et non terminée au jour du jugement d'ouverture ».

⁹⁵ § 362 I BGB : « *Das Schuldverhältnis erlischt, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt wird.* » et art. 1234 du Code civil.

⁹⁶ B. SOINNE, *Traité des procédures collectives, op. cit.*, n° 1327, p.998.

concernait que « *la continuation des contrats en cours dont l'exécution [avait] commencé avant jugement d'ouverture* ». Cette rédaction n'a finalement pas été adoptée⁹⁷.

60.- En droit allemand, la solution inverse prévalait sous le régime du *Konkursordnung*. Les dispositions de ce dernier distinguaient selon que le bien objet du contrat avait ou non été remis au locataire au moment de l'ouverture de la procédure. Rappelons que le contrat de *leasing* n'était pas soumis à l'option de l'administrateur sur la continuation du contrat (§ 17 KO) mais au régime des contrats de location qui étaient maintenus de plein droit à l'ouverture de la procédure. Dès lors, lorsqu'il n'avait pas remis la chose au locataire failli avant l'ouverture de la procédure, le bailleur pouvait résilier le contrat en vertu des dispositions du § 20 KO⁹⁸. Néanmoins, le deuxième alinéa du § 20 KO⁹⁹ prévoyait qu'en l'absence de réponse à une mise en demeure à l'initiative de l'administrateur, ce dernier pouvait se prévaloir des dispositions du § 17 KO pour exiger l'exécution du contrat¹⁰⁰. Selon les dispositions du § 19 KO¹⁰¹, lorsque la chose avait, en revanche, été remise au locataire, le contrat était maintenu de plein droit malgré l'ouverture de la procédure collective, comme le prévoit l'actuel § 108 InsO. Le bailleur financier ainsi que l'administrateur pouvaient dès lors résilier le contrat dans les délais légaux en l'absence de disposition contractuelle sur ce point¹⁰².

⁹⁷ B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, op. cit., n° 1327, p. 998 ; E. LE CORRE-BROLY, *Crédit-bail mobilier et procédure collective*, Thèse dactyl., Lille 1997, n° 28 ; T. MONTERAN, « L'influence des procédures collectives sur la poursuite et la fin des contrats », op. cit. ; contra : G. RIPERT ET R. ROBLOT par P. DELEBECQUE, *Traité de droit commercial*, T. 2, 14^{ème} éd., n° 3046 (ont choisi pour titre de leur paragraphe : « Sort des contrats en cours d'exécution ») ; F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté/Instruments de crédit et de paiement*, 8^{ème} éd., LGDJ, 2009, n° 282 s.: distinguent les deux conditions qui sont, selon les auteurs, cumulatives.

⁹⁸ § 20 Abs. 1 KO : «*War dem Gemeinschuldner ein von ihm gemieteter oder gepachteter Gegenstand zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens noch nicht überlassen, so kann der andere Teil von dem Verträge zurücktreten*»

⁹⁹ § 20 Abs. 2 KO: «*Auf Erfordern des Verwalters muss der andere Teil demselben ohne Verzug erklären, ob er von dem Verträge zurücktreten will. Unterlässt er dies, so kommen die Bestimmungen des § 17 zu Anwendung.*»

¹⁰⁰ Münch.Komm-InsO/Eckert, § 108, Rn. 1 - JÄGER, *Konkursordnung*, § 17, Rn. 13.

¹⁰¹ § 19 KO: «*War dem Gemeinschuldner ein von ihm gemieteter oder gepachteter Gegenstand vor der Eröffnung des Verfahrens überlassen, so kann sowohl der andere Teil als der Verwalter das Miet- oder Pachtverhältnis kündigen. Die Kündigungsfrist ist, falls nicht eine kürzere Frist bedungen war, die gesetzliche. Kündigt der Verwalter, so ist der andere Teil berechtigt, Ersatz des ihm durch die Aufhebung des Vertrags entstehenden Schadens zu verlangen.*»

¹⁰² JÄGER, *Konkursordnung*, § 19 KO, Rn.12 et s.

61.- Cette solution a été abandonnée sous le régime de l'*Insolvenzordnung*. Le contrat de *leasing* mobilier est désormais soumis aux dispositions du § 103 InsO dont la rédaction même exclut une distinction en fonction de la remise ou non du bien loué au locataire. Le § 103 InsO vise en effet le contrat synallagmatique qui n'a pas été ou pas intégralement été exécuté, faisant disparaître toute éventuelle ambiguïté comparable à celle subsistant en droit français, pour lequel le terme « conclu » semblerait plus opportun¹⁰³.

62.- Malgré une formulation maladroite du droit français, le titulaire de l'option peut, dans chacun des deux systèmes étudiés, exiger l'exécution d'un contrat de location financière conclu, indépendamment de tout commencement d'exécution. Cette solution offre au titulaire de l'option la possibilité d'exiger l'exécution de tous les contrats de location financière mobiliers dès lors que leur maintien est nécessaire à la poursuite de l'activité.

b. Un contrat de location financière en cours d'existence

63.- Dans chacun des deux systèmes juridiques étudiés, la résiliation du contrat de location financière avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité empêche l'exercice de l'option. Le contrat de location financière qui n'est pas encore résilié au jour de l'ouverture de la procédure ne doit pas pouvoir l'être en raison d'une inexécution antérieure. Les deux systèmes juridiques étudiés prévoient l'arrêt des poursuites à partir du jugement d'ouverture empêchant le bailleur financier d'obtenir la résiliation du contrat au-delà du jugement d'ouverture.

64.- En droit français, le contrat de location financière résilié avant le jugement d'ouverture n'est plus un contrat en cours et ne peut être soumis au droit d'option. Les tribunaux ont, peu à peu, précisé les conditions d'une résiliation efficace soustrayant le contrat au droit d'option et ainsi à la procédure qui se trouve privée d'un contrat nécessaire à la poursuite de l'activité. Si la décision prononçant la résiliation judiciaire du contrat

¹⁰³ E. LE CORRE-BROLY, *Crédit-bail mobilier et procédure collective*, th. préc., n° 28 : l'auteur propose le terme « formé ».

pour défaut de paiement des loyers¹⁰⁴ n'est pas passée en force de chose jugée, la demande est paralysée par l'interdiction ou la suspension des poursuites posées par l'article L. 622-21 du Code de commerce. A défaut de décision passée en force jugée, le contrat de location financière est un contrat en cours, susceptible d'être poursuivi.

65.- Les contrats de location financière contiennent généralement une clause résolutoire de plein droit pour inexécution de ses obligations par le locataire¹⁰⁵, subordonnant parfois son jeu à une mise en demeure restée infructueuse. La clause doit avoir opéré avant le jugement d'ouverture et, si le commandement de payer prévoyait un délai, ce dernier doit avoir expiré avant le jour du jugement d'ouverture¹⁰⁶. Dans le cas contraire, le contrat de location financière est un contrat en cours soumis au droit d'option. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a, en outre, admis que le crédit-bailleur pouvait implicitement renoncer au jeu de la clause résolutoire s'il mettait l'administrateur en demeure de se prononcer sur la poursuite du contrat conformément aux dispositions de l'article L. 621-28 alinéa 1 du Code de commerce (devenu article L.622-13 du Code de commerce)¹⁰⁷.

66.- En droit allemand, la résiliation du contrat de location financière doit intervenir plus tôt qu'en droit français pour empêcher l'exercice de l'option par l'administrateur. Le moment-clé est ici, non pas le jour d'ouverture de la procédure d'insolvabilité, mais la date

¹⁰⁴ Dans l'hypothèse toutefois d'une action en résolution pour défaut d'exécution de ses obligations par le locataire autres que celle de payer les loyers, l'action qui ne serait pas passée en force de chose jugée avant la date du jugement d'ouverture de la procédure ne sera pas paralysée par l'article L. 622-21 qui ne s'applique pas aux actions en résolution pour inexécution d'une obligation de faire, v. Cass. civ. 3^{ème} 21/071999: D., 1999, IR 229.

¹⁰⁵ C. BRUNEAU, *Le crédit-bail mobilier, la location de longue durée et la location avec option d'achat*, op. cit., n° 214.

¹⁰⁶ Soit avant minuit : article 55 alinéa 2 décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005 pris en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises – Cass. com. 17/05/1994, *Dr. et Patrim. déc.* 1994, p. 81, note B. SAINT-HALARY : arrêt rendu à propos d'un contrat de crédit-bail immobilier mais la solution est identique dans le cas d'un contrat de crédit-bail mobilier.

¹⁰⁷ Cass. com. 21/01/1992 : *Bull. Civ. IV*, n° 25 : «*Mais attendu, (...), que l'arrêt retient qu'il n'était pas démontré que la société Solomateg, au profit de laquelle la clause de résiliation de plein droit était stipulée, ait manifesté la volonté de s'en prévaloir avant l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire de son locataire et qu'elle avait, de plus, après cette ouverture, mis l'administrateur en demeure de se prononcer sur la poursuite du contrat, reconnaissant ainsi elle-même que celui-ci était en cours à la date du prononcé du redressement judiciaire ; que de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a pu déduire que la résiliation de plein droit n'était pas acquise avant l'ouverture de la procédure collective, par suite de la renonciation implicite du crédit-bailleur au bénéfice de la clause.* »

du dépôt de la demande d'ouverture conformément aux dispositions du § 112 InsO¹⁰⁸. Le § 112 Nr. 1 InsO s'oppose à la résiliation du contrat dans la mesure où elle résulte « *d'un retard dans le paiement du loyer ou du fermage qui est survenu avant la demande d'ouverture* »¹⁰⁹. Par conséquent, si le bailleur financier a résilié le contrat de location financière avant le dépôt de la demande d'ouverture de la procédure pour retard dans le paiement des loyers, la résiliation est efficace et le contrat échappe au choix de l'administrateur quant à sa poursuite¹¹⁰. Le bailleur financier allemand n'ayant pas besoin d'agir devant un juge pour obtenir la résiliation pour inexécution du contrat¹¹¹, la résiliation est acquise dès que la déclaration de résiliation est parvenue au locataire avant le dépôt de la demande d'ouverture de la procédure. La charge de la preuve appartient dans ce cas au bailleur financier¹¹². Néanmoins, les auteurs considèrent que si ce dernier accorde un délai au locataire pour s'exécuter et que le délai vient à expirer entre le dépôt de la demande d'ouverture et l'ouverture de la procédure, la résiliation est acquise¹¹³.

67.- Empêcher la résiliation du contrat de location financière pour retard ou défaut de paiement des loyers à compter de la demande d'ouverture assure le maintien des contrats à exécution successive qui peuvent être nécessaires à la pérennité de l'activité. Toutefois, l'administrateur provisoire, nommé pour la période comprise entre le dépôt de la demande d'ouverture et l'ouverture de la procédure, peut convenir avec le bailleur financier de mettre fin au contrat s'il estime d'ores et déjà que la continuation du contrat ne sera pas nécessaire. Il ne s'agit toutefois pas d'une faculté comparable à celle prévue au §

¹⁰⁸ § 112 InsO : «**Kündigungssperre.** Ein Miet- oder Pachtverhältnis, das der Schuldner als Mieter oder Pächter eingegangen war, kann der andere Teil nach dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht kündigen :

1. wegen eines Verzugs mit der Entrichtung der Miete und Pacht, der in der Zeit vor dem Eröffnungsantrag eingetreten ist;

2. wegen einer Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des Schuldners.» – Voir sur l'application des dispositions au contrat de *leasing*, OLG Düsseldorf, 08.09.2008: GWR 2009, 20.

¹⁰⁹ Voir par exemple, OLG Düsseldorf, 10.06.2008 : NJOZ 2009, 99.

¹¹⁰ SCHWEMER, «Leasing in der Insolvenz», ZMR 2000, p. 348 et spéc. 351.

¹¹¹ M. PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2ème éd., LGDJ, 2004, n° 249.

¹¹² DUURSMA-KEPPLINGER, *Eigentumsvorbehalt und Mobilienleasing in der Insolvenz*, Springer Verlag, 2002, p. 321.

¹¹³ ECKERT, «Miete, Pacht und Leasing im neuen Insolvenzrecht», ZIP 1996, p. 897 et s.; Münch. Komm.-InsO /Eckert, § 112, Rn. 21; UHLENBRUCK/Wegener, § 112, Rn. 8; BRAUN/Kroth, § 112, Rn. 6.

103 InsO. Le bailleur financier doit ici donner son accord pour qu'il soit mis un terme au contrat de location financière.

c. Un contrat de location financière dont toutes les obligations n'ont pas été exécutées

68.- Le contrat de location financière ne saurait être soumis à la décision d'en poursuivre l'exécution si l'ensemble des obligations qu'il fait naître ont été exécutées. La Cour de cassation française relevait d'ailleurs, dans son rapport de 1993, à propos de l'arrêt du 2 mars 1993¹¹⁴, qu' « [il] est clair que si le cocontractant a exécuté l'intégralité de ses obligations avant le jugement d'ouverture, le contrat n'est plus en cours au sens de l'article 37. L'administrateur n'a rien à exiger... »¹¹⁵. Néanmoins, seul l'effet caractéristique du contrat doit être pris en compte, peu important qu'il subsiste à la charge du débiteur une obligation non exécutée¹¹⁶. En ce qui concerne le contrat de location financière, contrat à exécution successive, il suffit qu'il ne soit pas arrivé à son terme pour qu'il soit considéré comme un contrat en cours. Par conséquent, si le locataire a reconduit la durée de la location, le contrat reste un contrat en cours.

69.- Devant la logique apparente de cette solution, il n'est pas surprenant que la solution retenue en droit allemand soit identique. Elle est d'ailleurs explicitement exprimée par les dispositions du § 103 InsO qui prévoit que l'administrateur pourra exiger l'exécution du contrat quand celui-ci n'a pas été ou n'a **pas été intégralement exécuté** avant l'ouverture de la procédure¹¹⁷.

¹¹⁴ Cass. com. 2/03/1993, n° 90-21353 : Bull. Civ. IV, n° 89 : « Mais attendu que les contrats de prêt litigieux, dès lors qu'il n'est pas allégué que les fonds n'avaient pas été intégralement remis à l'emprunteur avant l'ouverture du redressement judiciaire, n'étaient pas des contrats en cours au sens de l'article 37 de la loi du 25 janvier 1985. »

¹¹⁵ Rapport Cour de cassation 1993, p. 289, spéc. 290.

¹¹⁶ P. ROUSSEL GALLE, *Les contrats en cours dans le redressement et la liquidation judiciaires, th. préc.*, p. 89.

¹¹⁷ L'exécution du contrat est ici entendue au sens du § 362 BGB (OLG Naumburg, 20.02.2002 : ZInsO 14/2002, 677 ; PALANDT/BGB-Komm./Heinrichs, § 362. – V. Aussi sur l'exécution, M. PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, 2ème éd. LGDJ, 2004, n° 189 et s.), c'est à dire que pour éteindre l'obligation, le débiteur de celle-ci doit fournir (*bewirken*) la prestation due (sur les théories concernant le terme «*bewirken*», SCHLECHTRIEM /SCHMIDT-KESSEL, *Schuldrecht A. T.*, 6. Auflage, 2005, n° 349 et s.). Toutefois, il faut préciser que seule la réalisation du résultat attendu (*Eintritt des Leistungserfolges*) exclura l'application du § 103 InsO et pas seulement l'accomplissement d'opérations nécessaires pour atteindre ce résultat (*Leistungshandlungen*) (KÜBLER/PRÜTTING/Tintelnot, § 103, Rn. 32). L'exemple caractéristique est celui

70.- La question pourrait se révéler plus délicate en présence d'une option d'achat. Le contrat de location financière (ou crédit-bail en droit français) est-il encore un contrat en cours si le locataire a levé l'option d'achat peu avant le jugement d'ouverture de la procédure collective ? Dans la mesure où le contrat de crédit-bail comprend une promesse unilatérale de vente, si le locataire exerce l'option d'achat qui lui est offerte dans les conditions prévues au contrat, la vente est formée. Dans ce cas, dès lors que le transfert de propriété aura été réalisé avant le jugement, le contrat n'est plus considéré comme un contrat en cours¹¹⁸. Le contrat de vente sera, en revanche, en cours si le transfert de propriété est subordonné au paiement complet de la valeur résiduelle. En droit allemand, le contrat de vente encore inexécuté est lui aussi soumis au droit d'option de l'administrateur, et cela, indépendamment du contrat de location financière, si l'option d'achat a dû être exercée quelques mois avant le terme de la durée de location conformément aux stipulations contractuelles¹¹⁹. Le contrat de vente est considéré comme exécuté par le vendeur s'il a remis la chose à l'acheteur et qu'il lui en a transféré la propriété¹²⁰. Le § 103 InsO trouve application dès lors que le transfert de propriété n'a pas été réalisé¹²¹. Il faut rappeler ici que le transfert de propriété n'a pas lieu en droit allemand *solo consensu*. En application du principe de séparation (*Trennungsprinzip*), l'acte créateur d'obligations (*Verpflichtungsgeschäft*), le contrat de vente en l'occurrence, nécessite des actes de disposition (*Verfügungsgeschäft*). La remise de la chose et le transfert de propriété font l'objet de ces actes.

71.- Nous avons pu constater au cours des développements qui précèdent que la question de la soumission du contrat de location financière au choix de l'administrateur de l'insolvabilité a fait l'objet de discussions particulières en droit allemand. Contrairement au droit français qui soumet généralement les contrats à exécution successive au droit d'option sur la continuation des contrats, le droit allemand soumet le contrat de *leasing* mobilier à un régime particulier par rapport aux autres contrats à exécution successive.

du contrat de vente. Le vendeur a exécuté son obligation lorsqu'il a remis la chose et transféré la propriété et le contrat n'est alors pas soumis au droit d'option de l'administrateur.

¹¹⁸ B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, op. cit., n° 1327, p. 996 – P. ROUSSEL GALLE, *Les contrats en cours dans le redressement et la liquidation judiciaires*, th. préc., p. 89.

¹¹⁹ *Kölner Schrift zur InsO/Sinz*, «Leasing und Factoring im Insolvenzverfahren », p. 403 s., Rn. 28.

¹²⁰ *Frankf.Komm.-InsO/Wegener*, § 103, Rn. 39 et s. : l'exécution suppose que la chose soit exempte de vices (Sach.- und Rechtsmängel).

¹²¹ *Münch.Komm-InsO/Huber*, § 103, Rn. 129.

Afin de garantir l'effectivité de ce régime particulier, les contrats de *leasing* mobilier ne peuvent plus être résiliés à partir de la demande d'ouverture de la procédure. On s'interroge dès lors sur les moyens dont dispose le bailleur financier pour échapper à la décision de continuer le contrat.

II. Le maintien nécessaire du contrat de location financière : limite à la liberté contractuelle

72.- Que ce soit en droit français ou en droit allemand, le droit des procédures collectives se heurte nécessairement au principe d'autonomie de la volonté¹²². La question de la validité des clauses contractuelles dans le cadre de telles procédures en est une parfaite illustration. Le caractère collectif de la procédure exige que certains sacrifices soient imposés aux partenaires du débiteur, voire une atteinte à leur liberté contractuelle¹²³. L'inefficacité de certaines clauses contractuelles est, en droit français, clairement affirmée par l'article L. 622-13 I du Code de commerce qui dispose « *nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation, résolution du contrat ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde* ». S'il paraît évident que cette disposition vise à empêcher la soustraction d'un contrat au droit d'option, sa rédaction n'est pas aussi transparente dans ses intentions que ne l'est le texte allemand. Le § 119 InsO dispose, en effet, « *toute convention excluant ou limitant par avance l'application des § 103 à 118 restent sans effet* ». Par cette rédaction, le § 119 InsO énonce expressément l'interdiction de soustraire le contrat aux dispositions du § 103 InsO. Néanmoins, alors que le texte français énonce clairement quelles sont les clauses prohibées, le texte allemand reste très vague sur les clauses visées afin de ne pas porter atteinte à la liberté contractuelle.

73.- Le bailleur financier pourrait vouloir invoquer deux types de clauses. Le premier type prévoit la résiliation du contrat de location financière en cas de cessation des

¹²² V. en droit français, E. CHVIKA, *Droit privé et procédures collectives*, Defrénois, 2003, n°19 et s.; en droit allemand, HÄSEMEYER, «Gegenseitige Verträge im Spannungsfeld zwischen Privatautonomie und Insolvenzrecht» in: *FS 50 Jahre Bundesgerichtshof 2003*, Bd. 3, p. 725 et s.

¹²³ Sur ce point, v. *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung/Berger*, « Lösungsklauseln für den Insolvenzfall », p. 325 s., spéc. n° 6 s.

paiements ou d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du locataire (A). Le second type consiste à invoquer l'exécution successive du contrat financière pour justifier un lien d'indivisibilité entre les prestations convenues au contrat pour empêcher le fractionnement et l'exécution partielle des obligations (B). Le bailleur financier pourrait alors exiger l'exécution totale des prestations qui lui sont dues. Si la position du droit français est claire par rapport à la validité de telles clauses, le droit allemand n'a pas de solution véritablement établie, du moins en ce qui concerne les clauses résolutoires.

A. L'inefficacité des clauses résolutoires insérées par le bailleur financier

74.- La survie de l'entreprise dépend de la possibilité d'exiger la continuation des contrats nécessaires à la poursuite de son activité. Il serait contraire à l'objectif des procédures collectives de permettre à une disposition contractuelle prévoyant la résolution ou la résiliation du contrat de produire ses effets. En droit français, le caractère d'ordre public à la fois du droit des procédures collectives mais aussi du droit d'option de l'administrateur qui serait contrarié par la validité de telles clauses, sont mis avant¹²⁴. Les parties au contrat de location financière ne peuvent pas insérer une clause prévoyant la résiliation ou la résolution du contrat de location financière en cas l'ouverture d'une procédure collective.

75.- D'aucuns ont pensé pouvoir contourner une pareille interdiction en liant la résiliation non pas à l'ouverture de la procédure mais à la cessation des paiements. La Cour de cassation s'est prononcée sur cette question sous le régime de la loi de 1985. L'argument avancé était le suivant : l'article 37 alinéa 5 de la loi du 25 janvier 1985 (dont les dispositions figurent maintenant à l'article L. 622-13 I du Code de commerce) n'avait vocation à s'appliquer qu'à compter du jour du prononcé du jugement d'ouverture et non à compter de la date de cessation des paiements nécessairement antérieure à celui-ci. La Chambre commerciale a considéré que « *les dispositions de l'article 37 alinéa 5 de la loi du 25 janvier 1985 [article L. 622-13 I du Code de Commerce] suivant lequel, nonobstant toute clause contractuelle, aucune résiliation ou résolution du contrat ne peut résulter du*

¹²⁴ E. CHVIKA, *Droit privé et procédures collectives*, op. cit., spéc., n° 20 s. – P. ROUSSEL GALLE, *Les contrats en cours dans le redressement et la liquidation judiciaires*, th. préc., p. 28 s.

seul fait de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire excluait la validité d'une clause résolutoire fondée sur l'état de cessation des paiements du cocontractant dès lors que la constatation d'un tel état par le tribunal, saisi par la déclaration du débiteur ou l'assignation d'un créancier ou encore par le Procureur de la République ou sur saisine d'office, le conduit nécessairement à ouvrir la procédure de redressement »¹²⁵. Une telle solution se justifie par la volonté de maintenir le réseau contractuel de l'entreprise et de permettre la poursuite de l'activité¹²⁶.

76.- Alors que la paralysie de ces clauses semble parfaitement justifiée en droit français par ces considérations économiques, la question fait en droit allemand toujours l'objet d'un débat¹²⁷, qui n'a pas été tranché par les tribunaux. Le projet de texte de l'*Insolvenzordnung* prévoyait expressément que les clauses résolutoires liées à l'ouverture de procédure collective étaient inefficaces (§ 137 al. 2 du projet). Cependant, peu de temps avant l'adoption du texte et après que les syndicats professionnels aient été entendus, le § 137 al. 2 du projet¹²⁸ a été supprimé. Seul le premier alinéa de l'actuel § 119 InsO a subsisté. Selon la Commission des lois, la restriction que ces clauses apportent au droit d'option de l'administrateur ne suffit pas à justifier une pareille atteinte à la liberté contractuelle¹²⁹. Certains auteurs ont alors déduit de la combinaison de la suppression du texte prévoyant l'inefficacité des clauses résolutoires liées à l'ouverture de la procédure collective et de la justification avancée par la Commission des lois, que la possibilité d'insérer de telles clauses dans les contrats était illimitée¹³⁰. D'autres insistent, en revanche, sur le caractère non contraignant des déclarations de la Commission et relèvent qu'elles ne signifient pas que le législateur ait voulu permettre le jeu de clauses résolutoire

¹²⁵ Cass. com. 2/03/1993, n° 90-21849: *Bull. Civ. IV*, n° 87; même arrêt, *Dr. et Patrim.* 1994, p. 20 note Y. SEXER.

¹²⁶ P. ROUSSEL GALLE, *Les contrats en cours dans le redressement et la liquidation judiciaires, th. préc.*, p. 30.

¹²⁷ C. BRUNETTI-PONS, « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », *RTD civ.* 2000, p. 783 s.

¹²⁸ RegE BT-Drucks. 12/2443.

¹²⁹ « [d]aß derartige Vereinbarungen mittelbar das Wahlrecht des Insolvenzverwalters einschränken, ist kein ausreichenden Grund für einen schwerwiegenden Eingriff in die Vertragsfreiheit. »: Justification donnée par la Rechtausschuss (Commission des lois), citée par KÜBLER/PRÜTTING, *InsO*, Band I, 315.

¹³⁰ BOSCH, « Finanztermingeschäfte in der Insolvenz », *WM* 1995, 413.

liées à l'ouverture de la procédure sans que les différents intérêts en présence ne soient pris en considération¹³¹.

77.- La doctrine allemande relative à la question de l'efficacité des clauses résolutoires est, à l'heure actuelle, difficilement compréhensible¹³². Aucune solution précise ne peut, en outre, être dégagée de la jurisprudence. Le *Bundesgerichtshof* a, dans un arrêt du 27 mai 2003¹³³, précisé qu'il y avait clause résolutoire dépendante de l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité dès lors que la clause permettait de se dégager du contrat en cas de cessation des paiements (*Zahlungseinstellung*), de dépôt de la demande d'ouverture de la procédure ou d'ouverture de procédure d'insolvabilité. Il semble que le fait que la clause résolutoire soit liée à l'ouverture de la procédure ne suffise pas à la rendre inefficace selon le § 119 InsO, lorsqu'elle n'a pas pour objectif de contourner les dispositions des §§ 103 et suivants et que le motif de résiliation est lié à un fait qui rend la continuation du contrat intolérable pour le créancier. C'est ce qui ressort d'une décision du *Bundesgerichtshof* du 17 novembre 2005¹³⁴. Cette solution est encore une fois interprétée différemment selon les auteurs. Les uns considèrent que la Cour suprême tend à affirmer l'inefficacité des clauses résolutoires dans la mesure où elles contournent le choix de l'administrateur sur la continuation des contrats¹³⁵. Les autres se contentent de relever que les décisions du *Bundesgerichtshof* ne sont d'aucune aide quant à la question concernant l'efficacité de telles clauses¹³⁶.

78.- Dans le cadre des contrats de *leasing*, la situation est un peu différente. Ces contrats sont non seulement soumis aux dispositions du § 103 InsO prévoyant la possibilité

¹³¹ *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung/Berger*, « Lösungsklauseln für den Insolvenzfall », p. 325 s., n° 19 s.: pour une confrontation des intérêts en présence dans les dispositions ou dans chaque cas particulier.

¹³² *Frankf.Komm.-InsO/Wegener*, § 119, n° 3.

¹³³ BGH, 27.05.2003: NJW 2003, p. 2744 et s., spéc. 2746 – BALDRINGER, « Vertragliche Lösungsklauseln auf den Insolvenzfall », DZWIR 2004, 285 s.

¹³⁴ BGH, 17.11.2005 – IX ZR 162/04: NJW 2006, 915.

¹³⁵ *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung/Berger*, « Lösungsklauseln für den Insolvenzfall », p. 325 s., n° 30 - *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung/Sinz*, « Leasing und Factoring im Insolvenzverfahren », p.403 s., n° 35: l'auteur relève seulement l'efficacité des clauses résolutoires « indépendantes de l'insolvabilité » (insolvenzunabhängige Lösungsklauseln) puisqu'elles ne sont liées ni à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, ni au pouvoir de l'administrateur prévu au § 103 InsO.

¹³⁶ *Frankf.Komm.-InsO/Wegener*, § 119, n° 3 – BALDRINGER, « Vertragliche Lösungsklauseln auf den Insolvenzfall », DZWIR 2004, 285 s.

pour l'administrateur de poursuivre le contrat mais également aux dispositions du § 112 InsO. Ce paragraphe énonce l'interdiction pour le bailleur de résilier le contrat de location, et par analogie de location financière¹³⁷ en raison d'une détérioration de la situation patrimoniale du débiteur, après la demande d'ouverture de la procédure. Une telle interdiction semble également priver d'efficacité les clauses prévoyant la résiliation du contrat en cas d'ouverture de la procédure collective. En effet, si l'on considère que les dispositions du § 112 InsO sont destinées à garantir le maintien du contrat de location (prévu par le § 108 InsO) ou encore l'exercice du pouvoir de l'administrateur de choisir l'exécution du contrat (§ 103 InsO) à l'ouverture de la procédure, reconnaître l'efficacité de telles clauses aurait pour effet de vider de son sens l'interdiction de résiliation prévue au § 112 InsO¹³⁸. Une telle solution doit, selon nous, être approuvée. Malgré la volonté du législateur allemand de ne pas porter une atteinte générale à la liberté contractuelle, admettre la validité des clauses résolutoires dans les contrats visés par le § 112 InsO viendrait à ôter toute chance de poursuivre l'activité de l'entreprise débitrice.

79.- Il apparaît donc que le droit allemand pourrait, à l'instar du droit français, ne pas admettre la validité de clauses résolutoires dans le cadre du contrat de *leasing*. Néanmoins, contrairement au droit français, cette interdiction ne découle pas d'une paralysie générale des stipulations contractuelles et pourrait donc être remise en cause. Une intervention du législateur allemand serait ici souhaitable¹³⁹.

B. L'impossibilité pour le bailleur financier d'invoquer l'indivisibilité des prestations

80.- Ne pouvant se prévaloir d'une clause résolutoire, le bailleur financier pourrait vouloir invoquer l'indivisibilité des prestations prévues au contrat pour contourner la décision du titulaire de l'option de continuer le contrat. L'existence d'un lien d'indivisibilité exclurait, en effet, le fractionnement et l'exécution partielle des obligations

¹³⁷ Sur l'application des dispositions du § 112 InsO au contrat de *leasing* mobilier, *KÜBLER/PRÜTTING/Tintelnot*, § 112, n° 3 ; *Münch.Komm.- InsO/Eckert*, § 112, Rn. 13 : en jurisprudence, OLG Düsseldorf, 8.09.2008: *LSK* 2009, 180204.

¹³⁸ *Münch.Komm.- InsO/Eckert*, § 112, n° 45-46 - *Kölner Schrift zur InsO//Pape*, «Ablehnung und Erfüllung schwebender Rechtsgeschäfte», p. 353 s., n° 59 - *Frankf.Komm.-InsO/Wegener*, § 119, Rn. 3 et 5.

¹³⁹ Sur une proposition de réforme, voir Von WILMOWSKY, « Lösungsklauseln für den Insolvenzfall – Wirksamkeit, Anfechtbarkeit, Reform », *ZIP* 2007, p. 553 s.

et permettrait au bailleur financier d'exiger l'exécution totale des prestations qui lui sont dues. Le paiement des créances antérieures étant interdit une fois la procédure ouverte dans les deux systèmes étudiés, le bailleur financier pourrait obtenir la rupture du contrat sans être confronté à l'interdiction des poursuites individuelles et ruiner dès lors les chances de redressement de l'entreprise.

81.- En droit français, l'article L. 622-13 I du Code de commerce dispose « *aucune indivisibilité (...) du contrat ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde* ». Cette formule, déjà utilisée sous l'empire de la loi de 1985, n'a pas de sens en tant que telle. L'indivisibilité ne peut, en effet, naître du fait de l'ouverture de la procédure. Toutefois, elle conduit à la paralysie de toute action fondée sur l'indivisibilité. Admettre la possibilité pour le bailleur financier de pouvoir invoquer l'indivisibilité des prestations et d'imposer ainsi l'exécution des prestations antérieures serait, au même titre que le jeu d'une clause résolutoire, contraire à la volonté de préserver le réseau contractuel destiné à permettre la poursuite de l'activité¹⁴⁰ et conduirait à rompre l'égalité entre les créanciers.

82.- En droit allemand, l'impossibilité pour le bailleur financier d'invoquer l'indivisibilité du contrat est controversée. Le cocontractant qui a exécuté une partie de ses obligations avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité est, selon les dispositions du § 105 InsO, créancier de la procédure pour la contreprestation, même si l'administrateur de l'insolvabilité réclame l'exécution des prestations restantes¹⁴¹. La question est toutefois, celle de l'application de ce paragraphe au bailleur financier. Le § 105 InsO s'applique en principe aux contrats entrant dans le champ d'application du § 103 InsO c'est-à-dire soumis au droit d'option sur la continuation des contrats. Les contrats à exécution successive, tels que le bail ou le *leasing* immobilier, soumis aux dispositions du § 108 InsO sont donc exclus du champ d'application du § 105 InsO. En soumettant le contrat de *leasing* mobilier à l'option de l'administrateur, le législateur n'a pas pensé à le soumettre également aux dispositions du § 105 InsO.

¹⁴⁰ P. ROUSSEL GALLE, *Les contrats en cours dans le redressement et la liquidation judiciaires, th. préc.*, p. 31. – E. CHVIKA, *Droit privé et procédures collectives, op. cit.*, n° 54 s.

¹⁴¹ HUBER, « Gegenseitige Verträge und Teilbarkeit von Leistungen in der Insolvenz », *NZI* 2002, 467.

83.- Les dispositions du § 108 II InsO conduisent néanmoins à empêcher le bailleur financier de demander le paiement par priorité des créances de loyers échues avant l'ouverture de la procédure. Le § 108 II InsO dispose, en effet, « *[l'] autre partie ne peut faire valoir les droits qu'il invoque pour la période antérieure à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité qu'en qualité de créancier de l'insolvabilité* ». La combinaison des §§ 105 et 108 II InsO conduirait donc à interdire au bailleur financier de conditionner l'exécution de ses obligations futures au paiement des loyers de retard. La pratique allemande a choisi d'appliquer les dispositions du § 105 InsO aux contrats à exécution successive portant sur des biens mobiliers, dans la mesure où cela n'est pas expressément interdit par le texte. Par conséquent, le bailleur financier allemand ne peut, à l'instar de son homologue français, invoquer l'indivisibilité des prestations pour contraindre l'administrateur de l'insolvabilité à payer tous les arriérés de loyers et échapper à l'exécution de ses obligations¹⁴².

84.- Conclusion de la section 1: Le contrat de location financière a souvent pour objet la mise à disposition des moyens de production indispensables à la poursuite de l'activité. Les législateurs français et allemand devaient donc permettre son maintien afin de garantir le bon déroulement de la procédure collective. Le sacrifice des intérêts du bailleur financier est, à ce stade de la procédure, justifié par l'intérêt collectif. Le sort du contrat doit être mis en attente malgré d'éventuelles inexécutions antérieures, afin de laisser au titulaire de l'option le temps de prendre sa décision. Le bailleur financier ne doit pouvoir annihiler l'option sur la continuation des contrats. Les besoins de la procédure justifient les dérogations au droit commun et l'atteinte à la liberté contractuelle de ce contractant.

¹⁴² *Kölner Schrift zur InsO//Pape*, «Ablehnung und Erfüllung schwebender Rechtsgeschäfte», p. 353 s., n° 39 s.

SECTION 2 LE SORT DU CONTRAT DE LOCATION FINANCIÈRE JUSQU'À L'EXERCICE DE L'OPTION

85.- L'intérêt collectif justifie la mise en attente des contrats de location financière pendant la phase de réflexion du titulaire de l'option, malgré d'éventuelles inexécutions antérieures. Pendant cette phase comprise entre l'ouverture de la procédure et la décision sur la continuation du contrat de location financière, de nouveaux loyers arrivent à échéance. Le bailleur financier se trouve dès lors dans une situation inconfortable. Il est maintenu dans un rapport contractuel qui peut ne pas avoir été exécuté par le locataire antérieurement à l'ouverture de la procédure sans savoir si le contrat sera finalement exécuté. Il n'a donc pas intérêt à ce que cette période s'étende dans le temps. La décision du titulaire de l'option met fin aux incertitudes de ce cocontractant.

86.- Avant d'envisager les conditions d'exercice de l'option dans le cadre de location financière (II), la situation du bailleur financier pendant la période de réflexion devra être étudiée (I).

I. La situation du bailleur financier pendant la période de réflexion

87.- La durée du délai de réflexion dont dispose le titulaire de l'option pour se prononcer sur la continuation du contrat n'est précisée ni en droit français, ni en droit allemand (A). Afin d'abréger cette période de mise en attente, le bailleur financier jouit de la possibilité, dans les deux systèmes étudiés, de mettre en demeure le titulaire de l'option de prendre une décision. Les conséquences de l'inexécution du contrat pendant cette période où le sort du contrat reste en suspens doivent également être précisées (B).

A. La durée de la mise en attente du contrat de location financière

88.- Le pouvoir de se prononcer sur l'exécution des contrats nécessaires à la pérennité de l'activité est, en droit français, envisagé dans le chapitre du Code de commerce consacré à la situation de l'entreprise pendant la période d'observation. Cette période peut durer jusqu'à six mois et est renouvelable une fois. Exceptionnellement, le ministère public peut demander au tribunal une nouvelle prolongation de six mois¹⁴³. Dans le cadre de la liquidation judiciaire, la situation est un peu différente. Celle-ci peut être ouverte sans période d'observation préalable. Ici, la continuation des contrats en cours est liée au maintien de l'activité, qui peut durer trois mois et être renouvelé une fois.

Le droit allemand n'est guère plus précis. L'administrateur de l'insolvabilité doit, en principe, exiger l'exécution des contrats qui lui semblent nécessaires à la survie de l'entreprise avant l'audience au cours de laquelle il sera statué sur la continuation de la procédure et dont la date aura été fixée par le tribunal lors du jugement d'ouverture¹⁴⁴. Cette audience marque la fin d'une période que l'on peut rapprocher de la période d'observation de la procédure française. Le tribunal ne peut toutefois fixer la date de l'audience au-delà de six semaines et cette dernière ne peut être reportée au-delà de trois mois¹⁴⁵. L'objectif du législateur est ici de ne pas demander un sacrifice trop important aux cocontractants qui devront, en cas de refus de l'administrateur d'exécuter le contrat, se contenter d'une créance dont ils n'obtiendront, selon toute vraisemblance, le paiement que d'une quote-part dans le cadre des répartitions¹⁴⁶.

89.- Les droits français et allemand ne fixent aucun délai d'exercice de l'option. Néanmoins, afin d'éviter que le titulaire de l'option prolonge son silence et en vue d'offrir aux cocontractants la possibilité de résilier le lien contractuel dont ils n'ont pu se défaire du simple fait de l'ouverture de la procédure collective, chacun de ces systèmes offrent aux cocontractants la possibilité de provoquer la décision du titulaire de l'option.

¹⁴³ Articles L. 621-3 et R. 621-9 du Code de commerce.

¹⁴⁴ DUURSMA-KEPPLINGER, *Eigentumsvorbehalt und Mobilienleasing in der Insolvenz*, op. cit., p. 329.

¹⁴⁵ Selon les dispositions du § 29 I 1 InsO.

¹⁴⁶ RUNKEL, note de l'arrêt OLG Köln, 2.12.2002: *EWIR* 2003, 715.

90.- Les dispositions de l'article L. 622-13 III du Code de commerce énoncent « [le] contrat est résilié de plein droit : 1° Après une mise en demeure de prendre parti sur la poursuite du contrat adressée par le cocontractant à l'administrateur restée plus d'un mois sans réponse »¹⁴⁷. Selon cet article, le bailleur financier oblige, par l'envoi d'une mise en demeure, le titulaire de l'option à prendre sa décision dans le délai d'un mois. Ce délai court à compter de la réception de la mise en demeure par le titulaire de l'option. Il peut être modifié par une ordonnance du juge-commissaire qui peut l'abréger ou comme c'est souvent le cas en pratique, l'allonger. Cependant, la prolongation ne peut excéder deux mois. Un délai de réflexion plus long aurait été contraire à l'objectif de la loi qui est d'assurer une protection au cocontractant¹⁴⁸.

91.- En fonction de la nature du bien loué, le bailleur financier peut avoir tout intérêt à ne pas attendre la fin de la période d'observation pour être fixé sur la situation de contrat et en obtenir la résiliation. Ce sera notamment le cas si le bien peut facilement faire l'objet d'un nouveau contrat. Il peut alors mettre le titulaire de l'option en demeure de prendre parti. La décision du titulaire de l'option de ne pas poursuivre le contrat constitue une offre de *mutuus dissensus*, que le bailleur financier est ensuite libre ou non d'accepter¹⁴⁹.

92.- Le texte allemand, quant à lui, ne mentionne pas de délai précis à l'intérieur duquel l'administrateur de l'insolvabilité doit se prononcer après que le cocontractant lui en ait fait la demande¹⁵⁰. Le § 103 II InsO prévoit, à l'instar du droit français, la possibilité de demander à l'administrateur de se prononcer. Contrairement au droit français, toutefois, il ne s'agit pas d'une véritable mise en demeure. Il ne s'agit que d'une simple demande. L'administrateur de l'insolvabilité doit, selon les termes du § 103 InsO, se prononcer « immédiatement » (*unverzüglich*). Cette notion doit néanmoins être entendue au sens du § 121 BGB, c'est-à-dire « sans retard fautif » (*ohne schuldhaftes Zögern*). Il doit s'agir d'une

¹⁴⁷ Article L. 622-13 dans le cadre de la sauvegarde et sur renvoi de l'article L. 631-14 dans le cadre du redressement judiciaire, et article L. 641-11-1 dans le cadre de la liquidation.

¹⁴⁸ B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, op. cit., n° 1333.

¹⁴⁹ Voir sur ce point, P. ROUSSEL GALLE, *Les contrats en cours dans le redressement et la liquidation judiciaires*, th. préc., p. 220 s. ; X. GROSCLAUDE, « Pour une nouvelle lecture de l'article 37 de la loi du 25 janvier 1985 », *LPA* 1994, p. 20 s., n° 60.

¹⁵⁰ *Münch.Komm-InsO/Huber*, § 103, Rn. 170.

« action prompte au regard des circonstances de l'espèce »¹⁵¹. Si l'administrateur ne se prononce pas malgré la demande qui lui a été adressée, son silence est interprété comme un refus de poursuivre le contrat¹⁵². L'absence de délai déterminé offre une certaine flexibilité que le droit français a été obligé de compenser par la possibilité de raccourcir ou d'allonger le délai de réflexion. Dans la procédure de droit allemand, le bailleur financier peut tout de même préciser dans sa demande un délai dans lequel l'administrateur de l'insolvabilité devra prendre sa décision. La rédaction du § 103 InsO qui ne prévoit aucun délai, lui laisse cette opportunité. Néanmoins, le délai accordé doit être objectivement raisonnable¹⁵³. Un délai raisonnable au vu des circonstances permet de procéder à toutes les constatations et concertations nécessaires à un exercice pertinent de son droit d'option¹⁵⁴, comme l'a précisé l'*Oberlandesgericht* de Cologne dans un arrêt du 2 décembre 2002.

93.- Contrairement au droit français qui prévoit la résiliation de plein droit du contrat si le titulaire de l'option garde le silence, le droit allemand ne précise aucunement les effets du silence de l'administrateur de l'insolvabilité sur le contrat lui-même. Toutefois, le silence étant assimilé au refus d'exécuter le contrat¹⁵⁵, il conduit à un résultat similaire¹⁵⁶. En refusant d'exécuter le contrat, l'administrateur de l'insolvabilité confirme la situation de suspension des droits à exécution réciproques née par l'ouverture de la procédure¹⁵⁷. La question de la résiliation du contrat peut également se poser en l'absence de paiement des loyers pendant la période de réflexion.

¹⁵¹ RG, 6.10.1906 – II 88/06, RGZ 64, 159, 162 : « (...) nach den Umständen des Falles zu bemessendes schleugnistes Handeln ».

¹⁵² *Frankf.Komm.-InsO/Wegener*, § 103, n° 83.

¹⁵³ *Münch.Komm-InsO/Huber*, § 103, n° 172 s.

¹⁵⁴ OLG Köln, 2.12.2002: *ZinsO* 7/2003, 336.

¹⁵⁵ Voir *Infra*, n° 100 s.

¹⁵⁶ *BRAUN/Kroth*, § 103, Rn, 62.

¹⁵⁷ *Frankf.Komm.-InsO/Wegener*, § 103, Rn. 84.

B. Le maintien du contrat de location financière malgré le défaut de paiement des loyers pendant le délai de réflexion

94.- Si les dispositions du Code de commerce et de l'*Insolvenzordnung* offrent la possibilité au bailleur financier d'abréger la période de réflexion, elles ne permettent pas de prime abord de déterminer les conséquences qu'aura l'absence de paiement des loyers sur le contrat. Le bailleur financier peut-il obtenir la résiliation du contrat si les loyers ne sont pas payés pendant la période de réflexion c'est-à-dire avant que le titulaire ait pris parti ?

95.- La réponse n'a pas, en droit français, été clairement formulée par la Chambre commerciale de la Cour de cassation. Dans un arrêt du 7 novembre 2006¹⁵⁸, les juges ont estimé que « (...) *la résiliation de plein droit prévue à l'article L. 621-28 alinéa 3 du Code de commerce [article L. 622-13 alinéa 3] en cas de non-paiement d'une somme d'argent, qui doit nécessairement être constatée par le juge-commissaire, suppose que l'administrateur ait opté expressément ou tacitement pour la continuation du contrat ; qu'il s'ensuit qu'en l'absence d'option expresse ou tacite de la part de l'administrateur pour la continuation, le contrat non exécuté par celui-ci n'est pas résilié de plein droit* ». D'après cet arrêt, destiné à être un arrêt de principe, il apparaît que le bailleur financier ne peut invoquer la résiliation de plein droit du contrat de location financière pour défaut de paiement des loyers pendant la période de réflexion. Il était, en l'espèce, nécessaire de déterminer précisément la date de résiliation pour permettre de déterminer le point de départ du délai pour agir en revendication.

96.- Le refus d'accorder la résiliation du contrat de plein droit pour le défaut de paiement des loyers d'un contrat sur le sort duquel le titulaire de l'option ne s'est pas prononcé, est en accord avec la lettre du texte qui ne prévoit cette sanction qu'en cas d'inexécution des contrats initialement poursuivis¹⁵⁹. Cette solution fait toutefois place à une incertitude pour le bailleur financier dont le contrat n'est ainsi ni continué ni résilié. Plusieurs solutions s'offrent alors à lui. Si le bailleur financier espère que le contrat de

¹⁵⁸ Cass. com. 7/11/2006, n° 05-17112 : *Bull. civ. IV*, n° 217.

¹⁵⁹ F. PEROCHON, note à propos de l'arrêt Cass. com. 7/11/2006 : *Gaz. Pal.* 2007, n° 20, p. 45 ; E. LE CORRE-BROLY, « La date de résiliation des contrats en cours au jour du jugement d'ouverture » – À propos de Cass. com., 7/11/2006, *JCP Ent.* 2007, 1003 ; sur ce même arrêt, note M. CABRILLAC, *JCP Ent.* 2007, 1004, n° 14.

location financière pourra être cédé, il peut décider de maintenir le lien contractuel en ne demandant pas le prononcé de la résiliation judiciaire ou en ne faisant pas jouer une clause prévoyant la résiliation de plein droit du contrat. Dans le cas contraire, il pourrait faire jouer une clause résolutoire de plein droit pour être libéré du contrat, aucun texte ne venant s'opposer à l'efficacité d'une telle clause¹⁶⁰. Enfin, et dans l'hypothèse où les tribunaux s'opposeraient à une résiliation conventionnelle de plein droit, il pourra mettre fin à l'incertitude en mettant le titulaire de l'option en demeure de prendre parti sur la continuation du contrat. Dans ce cas toutefois, la résiliation ne serait pas la conséquence du défaut de paiement mais bien de la décision du titulaire de l'option de renoncer à l'exécution du contrat.

97.- La qualification juridique des créances de loyers est, en droit allemand, étroitement liée à la décision de l'administrateur de l'insolvabilité sur l'exécution du contrat. En effet, selon une jurisprudence désormais constante du *Bundesgerichtshof*¹⁶¹, l'ouverture de la procédure suspend les contrats et surtout les obligations de chacune des parties à ces contrats. Les actions tendant à l'exécution de ces obligations sont ainsi inopposables (*nicht durchsetzbar*). Si l'administrateur renonce à l'exécution du contrat, les droits issus du contrat restent suspendus. Le bailleur financier ne peut, dès lors, que déclarer une indemnité pour inexécution du contrat dont le montant comprendra celui des loyers échus pendant la période de réflexion. En revanche, si l'administrateur exige l'exécution du contrat, les loyers prennent dès lors la nature de dettes de la masse au sens du § 55 InsO et ce, rétroactivement à compter du jugement d'ouverture de la procédure.

98.- L'état de suspension des créances à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité engendre une solution qui diffère de celle qui a été retenue par la Cour de cassation française. Dans la mesure où le paiement des créances ne peut être réclamé pendant la phase de réflexion afin de garantir la possibilité d'exiger l'exécution des contrats

¹⁶⁰ Sur ce point E. LE CORRE-BROLY, «La date de résiliation des contrats en cours au jour du jugement d'ouverture» – À propos de Cass. com., 7 nov. 2006, *JCP Ent.* 2007, 1003, spéc. n° 18 s.; le jeu d'une telle clause a été admise sous le régime de la loi du 25 janvier 1985, TGI Paris, 10/09/1992, *D.* 1993, p. 3, note F. DERRIDA.

¹⁶¹ BGH, 25.04.2002, BGHZ 150, 353: *ZInsO* 2002, 577 ; BGH, 27.05.2003, BGHZ 155, 87 : *ZInsO* 2003, 607 ; BGH, 7.04.2005 : *ZInsO* 2005, 535; BGH, 17.11.2005: *ZInsO* 2006, 35 ; dans le même sens également, OLG Düsseldorf, 7.04.2005 : *ZInsO* 2005, p. 820 – Pour une présentation de cette jurisprudence, *Kölner Schrift zur InsO/ Pape*, « Ablehnung und Erfüllung schwebender Rechtsgeschäfte », p. 353 s., spéc. n° 14.

nécessaires à la pérennité de l'activité malgré des liquidités insuffisantes pendant cette période, on ne peut concevoir que le bailleur financier soit fondé à demander la résiliation du contrat pour inexécution durant ce laps de temps.

La solution contraire a néanmoins été admise dans un arrêt rendu par l'*Oberlandesgericht* de Cologne. En l'espèce, l'appelante avait loué au débiteur trois véhicules en *leasing*. Après l'ouverture de la procédure, elle exigea de l'administrateur de l'insolvabilité qu'il se prononce sur l'exécution du contrat et lui fixa un délai dont la date butoir se trouvait être plus de deux mois avant l'audience d'examen de la situation de l'entreprise (*Berichtstermin*). L'administrateur refusa de se prononcer avant l'audience et ne paya pas les loyers. L'appelante résilia le contrat unilatéralement et demanda la restitution des véhicules. L'*Oberlandesgericht* relève dans sa décision que l'administrateur de l'insolvabilité doit disposer d'une période suffisamment longue pour prendre sa décision mais précise que l'administrateur de l'insolvabilité est obligé de payer les loyers arrivant à échéance pendant cette période. Dans le cas contraire, le bailleur financier est, selon l'*Oberlandesgericht*, fondé à demander la résiliation du contrat sur les règles de droit commun, en l'occurrence le § 543 II Nr. 3a BGB.

Cette solution est clairement contraire aux objectifs poursuivis par le législateur qui a prévu une phase de réflexion d'une durée relativement courte pour ne pas imposer au cocontractant un sacrifice démesuré. En effet, si l'administrateur avait refusé l'exécution du contrat, l'état de suspension dans lequel il se trouvait à partir de l'ouverture de la procédure aurait été poursuivi. L'appelante n'aurait dès lors disposé que d'une créance d'indemnité soumise à déclaration. Il paraît ainsi difficilement concevable de justifier la résiliation du contrat par le défaut de paiement de créances que l'administrateur n'est pas autorisé à payer. L'*Oberlandesgericht* a probablement mal évalué toutes les conséquences de sa décision¹⁶². D'après nos recherches, cette solution est d'ailleurs restée isolée.

99.- La période de réflexion permet au titulaire de l'option de faire face à un manque de liquidités en maintenant tout de même le réseau contractuel nécessaire à la poursuite d'activité. En droit français, le contrat de location financière est en suspens,

¹⁶² RUNKEL, note à propos de l'arrêt OLG Köln, 2.12.2002: *EWIR* 2003, p. 715 s.; pour une opinion contraire qui n'est, selon nous, pas justifiée : *ZInsO* 2003, p. 336.

c'est-à-dire qu'il est poursuivi sans être continué¹⁶³. Par conséquent, le bailleur financier peut se libérer du contrat pendant cette phase en raison d'une inexécution. En droit allemand, le contrat est suspendu, de telle sorte qu'il ne peut être résilié. Le sacrifice imposé au bailleur financier est toutefois compensé dans la mesure où la période d'observation est d'une durée relativement courte. Toutefois, dans chacun des deux systèmes juridiques, le bailleur financier a la possibilité de demander au titulaire de l'option de se prononcer afin de provoquer la fin de cette phase d'incertitude. Les conditions d'exercice de l'option en présence ou non d'une mise en demeure doivent maintenant être précisées.

II. Conditions d'exercice de l'option sur la continuation du contrat

100.- La période d'attente prend fin avec l'exercice de l'option. Il convient d'en préciser les conditions dans chacun des deux systèmes juridiques étudiés afin de permettre au bailleur financier de reconnaître les comportements constituant un exercice de l'option (A) et le mettre en garde contre les conséquences d'un exercice irrégulier de l'option (B).

A. Conditions de forme de l'exercice de l'option

101.- L'exercice de l'option n'est soumis à aucune exigence de forme particulière ni en droit allemand ni en droit français. La décision de l'administrateur de l'insolvabilité est, en droit allemand, définie comme une déclaration unilatérale de volonté (*Willenserklärung*) soumise aux règles de droit commun des §§ 130 à 132 BGB qui suppose réception par le cocontractant¹⁶⁴. Une fois parvenue au cocontractant, elle devient irrévocable et ne peut faire l'objet d'un recours¹⁶⁵. Cette déclaration peut résulter d'un comportement probant de l'administrateur de l'insolvabilité (*ein konkluentes*

¹⁶³ Expression employée par P. ROUSSEL GALLE, *Les contrats en cours dans le redressement et la liquidation judiciaires, th. préc.*, p. 234 – cette notion de mise en attente correspond à l'idée de « contrats suspendus » qui prévaut en droit allemand dans le sens où le lien contractuel est maintenu malgré une inexécution antérieure en attendant la décision du titulaire de l'option.

¹⁶⁴ OLG Naumburg, 4.02.2004: *ZInsO* 2004, 1145.

¹⁶⁵ FRANKEN, *Mietverhältnisse in der Insolvenz*, Beck, München, 2002, n° 230.

Erfüllungsverlangen). Les juristes allemands interprètent ce comportement au regard de la signification que le cocontractant a pu lui donner eu égard aux circonstances de l'espèce¹⁶⁶. Le comportement de l'administrateur ne produira des effets juridiques qu'à condition que le cocontractant ait pu ou ait dû comprendre que l'administrateur optait pour l'exécution du contrat¹⁶⁷. Le Code de commerce français ne donne guère plus d'indices. Il est néanmoins généralement admis que l'option pour la continuation du contrat peut être expresse ou tacite, c'est-à-dire résulter de l'exécution du contrat sans manifestation de volonté particulière.

102.- Dans le cadre du contrat de location financière, le paiement des loyers est jugé suffisant pour établir la décision du titulaire de l'option de poursuivre le contrat. Cette solution a été retenue aussi bien par les tribunaux français que par les tribunaux allemands¹⁶⁸. En revanche, les tribunaux français se montrent bien plus réticents à admettre que le comportement du titulaire de l'option pourrait signifier qu'il renonce à l'exécution du contrat. La Chambre commerciale a ainsi précisé dans le cadre de contrats de crédit-bail que la simple déclaration d'intention de la part de l'administrateur de ne pas poursuivre ces contrats alors que ce dernier n'avait pas restitué les véhicules et qu'il avait obtenu la prolongation de la phase de réflexion était insuffisante pour entraîner la renonciation à la poursuite du contrat¹⁶⁹.

103.- Quant au silence, il doit être interprété différemment selon que le bailleur financier a ou non mis le titulaire de l'option en demeure de se prononcer. Là encore, les solutions française et allemande sont proches. En l'absence de mise en demeure, les

¹⁶⁶ OLG Naumburg, 4.02.2004 : *ZInsO* 2004, 1145.

¹⁶⁷ OLG Dresden, 24.01.2002 : *ZIP* 2002, 815 : il a été décidé en l'espèce qu'une lettre de rappel de paiement envoyée par l'administrateur de l'insolvabilité est à considérer comme une déclaration en faveur de l'exécution du contrat quand elle laisse le destinataire penser, sans aucune équivoque, que l'administrateur exige l'exécution du contrat.

¹⁶⁸ En droit français, Cass. com. 3/12/1996, n° 94-20669 : *Bull. civ. IV*, n° 302 – en droit allemand, AG Zweibrücken, 27.08.2004 : *ZIP* 2005, 679 : «*Leistet der Insolvenzverwalter Zahlungen auf einen vom Gemeinschuldner geschlossenen Leasingvertrag zum jeweiligen Fälligkeitstpunkt der Leasingraten, so wählt er konkludent die Erfüllung des Leasingvertrags i.S.v. § 103 InsO* ».

¹⁶⁹ Cass. com. 9/04/1991, n° 89-16742 : *Bull. civ. IV*, n° 137.

tribunaux considèrent que le lien contractuel est maintenu¹⁷⁰. Néanmoins, alors que le contrat est poursuivi en droit français, il est suspendu en droit allemand.

En revanche, les deux systèmes juridiques étudiés attachent la même valeur au silence du titulaire de l'option après une mise en demeure. Il constitue un refus de continuer le contrat. Le Code de commerce affirme clairement cette présomption puisque l'article L. 622-13 de ce code sanctionne le silence gardé par le titulaire de l'option pendant plus d'un mois, par la résiliation de plein droit du contrat. Cette présomption a en droit français un caractère irréfragable. Dès lors, le contrat de location financière sera résilié, en l'absence de réponse de l'administrateur après mise en demeure, même si ce dernier continue à en régler les loyers¹⁷¹. En droit allemand, les dispositions du § 103 al. 2 InsO précisent que si l'administrateur omet de déclarer sans délai qu'il entend demander l'exécution, il ne peut plus le faire. L'absence de réponse conduit aux mêmes effets que la renonciation à poursuivre le contrat¹⁷².

104.- Les problèmes que peut soulever l'interprétation du comportement du titulaire ainsi que la présomption que les deux systèmes juridiques étudiés attachent au silence du titulaire de l'option après mise en demeure conduisent à inciter le bailleur financier à mettre le titulaire de l'option en demeure de se prononcer sur la continuation du contrat. Cela nécessite encore qu'il puisse déterminer qui est le titulaire de ce droit d'option.

¹⁷⁰ En droit français Cass. com. 27/10/1998 : *Act. Proc. coll.* 1998-12, n° 159, note C. RÉGNAULT-MOUTIER : arrêt rendu à propos d'un contrat de bail : « l'administrateur n'a pas pris parti contre l'exécution du bail et a laissé les lieux loués à la disposition de M. X. ». Cette solution est transposable au contrat de crédit-bail, dans l'hypothèse où l'administrateur ne prendrait pas parti sur la continuation du contrat et laisserait le bien crédit-baillé entre les mains du crédit-preneur – en droit allemand, OLG Naumburg, 4.02.2004 : *ZInsO* 2004, 1145 : « *Ob im Verhalten, also auch im Schweigen des Insolvenzverwalters, eine Erklärung im Sinne des § 103 Abs. 1 InsO gesehen werden kann, ist aber von Fall zu Fall je nach den gegebenen Umständen zu entscheiden* ».

¹⁷¹ Cass. com. 20/05/1997, n° 95-13958 : « *Attendu qu'en se déterminant par de tels motifs inopérants, sans rechercher si l'administrateur, qui a l'exclusivité du droit d'option avait, au terme de la prolongation de délai qui lui avait été accordée, répondu expressément à la mise en demeure, à défaut de quoi, il était présumé irréfragablement avoir renoncé à la poursuite des contrats en cours* ».

¹⁷² BRAUN/Kroth, § 103, Rn. 62 ; UHLENBRUCK/Wegener, § 103, Rn. 129.

B. Conditions liées au titulaire de l'option

105.- Les droits français et allemand désignent clairement le titulaire de l'option dans les procédures dites ordinaires, c'est-à-dire dans lesquelles le tribunal nomme un administrateur ou, en droit français, un liquidateur (1). Les modalités d'exercice de l'option soulèvent plus de difficultés dès lors que le débiteur est laissé à la tête de ses affaires malgré l'ouverture de la procédure (2). Il ne peut, selon les cas, exercer la faculté de continuer les contrats sans obtenir l'aval d'une personne déterminée. Le non-respect de ces modalités a des conséquences pour le bailleur financier.

1. L'exercice de l'option par son titulaire dans les procédures dites ordinaires

106.- L'exercice du droit d'option suppose, tout d'abord, l'ouverture d'une procédure collective. Si cela n'est pas explicitement précisé en droit français, les dispositions qui prévoient la continuation des contrats en cours se situent dans le chapitre consacré à la procédure en question. L'article L. 622-13 du Code de Commerce applicable à la procédure de sauvegarde confère à l'administrateur la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours, et ce, quelle que soit la mission (mission de surveillance ou de substitution du débiteur) qui lui est attribuée. L'administrateur est également le titulaire de l'option dans le cadre du règlement judiciaire selon le renvoi à l'article L. 622-13 opéré par l'article L. 627-2 du Code de commerce. Dans la procédure de liquidation judiciaire enfin, le débiteur étant dessaisi de ses affaires, l'option sur la continuation des contrats en cours appartient au liquidateur¹⁷³.

107.- La situation n'est pas différente en droit allemand où le tribunal nomme un administrateur provisoire pour la période comprise entre le dépôt de la demande et l'ouverture même de la procédure. Les dispositions du § 103 InsO ne s'appliquant que dans le cadre de la procédure d'insolvabilité déjà ouverte¹⁷⁴, l'administrateur à titre

¹⁷³ F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté/Instruments de crédit et de paiement*, op. cit., n° 413 s.

¹⁷⁴ *Münch.Komm.-InsO/Huber*, §103, Rn. 150; voir pour un exemple en jurisprudence: OLG Düsseldorf, 7.04.2005: *ZInsO* 2005, 820: «Beim Mobilien-Leasing steht dem Insolvenzverwalter des Leasing-Nehmers

provisoire ne dispose pas de la faculté de demander l'exécution des contrats¹⁷⁵. Dès lors, ni le « *starker Insolvenzverwalter* »¹⁷⁶ ni le « *schwacher Insolvenzverwalter* »¹⁷⁷ ne peut exiger la poursuite des contrats de *leasing*. L'administrateur de l'insolvabilité, désigné par le jugement d'ouverture, est donc le seul titulaire du droit d'option et peut, seul, exiger l'exécution du contrat de *leasing*.

2. L'exercice de l'option par son titulaire dans les procédures sans administrateur

108.- Le débiteur maintenu à la tête de ses affaires malgré l'ouverture de la procédure, exerce en principe le droit d'option sous contrôle afin de ne pas alourdir le passif privilégié avec des contrats inutiles au maintien de l'activité (a). Les conséquences pour le bailleur financier d'un exercice irrégulier de l'option seront ensuite précisées (b).

a. L'exercice sous contrôle de l'option par le débiteur

109.- En droit français, le contrôle se fait à deux niveaux. Selon les dispositions de l'article L. 627-2 du Code de commerce, le débiteur ne peut décider de continuer les contrats en cours qu'après avoir obtenu un avis conforme de la part du mandataire judiciaire, dont la désignation est obligatoire dans chaque procédure. Dans son rapport, la commission des lois de l'Assemblée nationale a indiqué qu'il faudrait entendre par « avis conforme », un « *accord, de façon à garantir les droits des tiers par la consultation d'un organe indépendant du débiteur* ». Le débiteur ne doit cependant recueillir l'accord du mandataire judiciaire que lorsqu'il choisit la continuation du contrat. Cette interprétation est celle qui était retenue sous le régime de la loi antérieure à la Loi de Sauvegarde et qui limitait l'accord du juge-commissaire à la seule hypothèse d'option pour la continuation du

ein Wahlrecht gem. § 103 InsO zu. Dieses Wahlrecht kann nur durch den endgültigen, nicht durch den vorläufigen Insolvenzverwalter ausgeübt werden».

¹⁷⁵ DELHAES, «Im Überblick: Der vorläufiger Insolvenzverwalter», *NZI* 1998, 103, spéc. 105.

¹⁷⁶ Si le tribunal prive le débiteur de son pouvoir de disposer, les pouvoirs d'administration et de disposition de ce dernier sont transmis à l'administrateur à titre provisoire qui est alors appelé « *starker Insolvenzverwalter* » ou « administrateur fort ».

¹⁷⁷ L'administrateur à titre provisoire est nommé sans que le tribunal ait prononcé une interdiction de disposer à l'encontre du débiteur, il est alors appelé « *schwacher Insolvenzverwalter* » ou « administrateur faible ».

contrat de location financière¹⁷⁸. En cas de désaccord entre les deux, le bailleur financier a encore la possibilité de faire un recours devant le juge-commissaire qu'il ne soit pas d'accord avec la décision du débiteur ou avec l'avis non conforme du mandataire judiciaire¹⁷⁹.

110.- Le contrôle de l'exercice du droit d'option existe aussi en droit allemand dans la cadre de la *Eigenverwaltung*, procédure qui fait exception à la procédure régulière¹⁸⁰. Dans le cadre de cette procédure que l'on peut traduire par l'expression « administration directe », le débiteur conserve ses pouvoirs sous la surveillance d'un curateur (*Sachverwalter*)¹⁸¹. Le débiteur peut exiger, comme le fait l'administrateur de l'insolvabilité dans les procédures ordinaires, l'exécution du contrat de location financière, si celui-ci n'a pas été entièrement exécuté par les parties avant l'ouverture de la procédure¹⁸². Toutefois, à la différence de l'administrateur, il n'exerce pas ce pouvoir sans contrôle, l'accord du curateur étant nécessaire. En outre, contrairement au droit français, l'accord du curateur est nécessaire aussi bien pour poursuivre le contrat de location financière que pour le résilier¹⁸³.

b. Conséquences de l'exercice irrégulier de l'option par le débiteur

111.- La décision irrégulière de continuer le contrat de location financière ne saurait produire ses effets à l'égard de la procédure collective. Le contrôle des décisions du débiteur a essentiellement pour but de surveiller que la décision prise par le débiteur ne va pas à l'encontre de l'intérêt commun des créanciers.

¹⁷⁸ P. ROUSSEL-GALLE, *Réforme du droit des entreprises en difficulté*, Litec, 2005, n° 321.

¹⁷⁹ Rapport Assemblée nationale, n° 2095, X. ROUX, p. 333.

¹⁸⁰ La procédure régulière suppose en effet que les pouvoirs d'administration et de disposition du débiteur soient transmis à l'administrateur comme le prévoit le § 80 Abs. 1 InsO.

¹⁸¹ § 279 InsO : « Les dispositions sur l'exécution des actes juridiques et l'intervention du comité d'établissement (§§ 103 à 128) sont applicables dans la mesure où le débiteur prend la place de l'administrateur de l'insolvabilité. Le débiteur doit exercer ses droits en vertu de ces dispositions en accord avec le curateur. Les droits prévus aux §§ 120, 122 et 126 ne peuvent être exercés valablement qu'avec l'autorisation du curateur ».

¹⁸² *Münch.Komm- InsO/Huber*, § 103, Rn. 152.

¹⁸³ *UHLENBRUCK/Uhlenbruck*, § 279, Rn. 2. ; *Münch.Komm-InsO/Wittig/Tetzlaff*, § 279, Rn. 10.

112.- Le Code de commerce français, dans sa version actuelle, ne prévoit pas de sanctions à l'exercice irrégulier de l'option. La solution est à rechercher sous le régime de la loi antérieure à la Loi de Sauvegarde¹⁸⁴. Antérieurement à la réforme de 2005, la continuation d'un contrat de location financière sans autorisation du juge-commissaire était déclarée nulle et sans effet¹⁸⁵. Les juges de la Cour de cassation avaient considéré que la créance née d'un contrat qui avait été poursuivi par le débiteur sans l'assistance de l'administrateur, n'était pas née régulièrement au sens de l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985¹⁸⁶. Même si les conditions d'octroi du traitement privilégié ont été modifiées avec la réforme, une d'entre elles est toujours la naissance « régulière » de la créance. La solution ancienne devrait, par conséquent, être reprise sous l'empire de la Loi de Sauvegarde.

En outre, si le bailleur financier a mis le titulaire de l'option en demeure de prendre parti, aucune option en faveur de la continuation du contrat ne sera réputée être intervenue après la mise en demeure, le contrat de location financière sera donc résilié de plein droit¹⁸⁷. Une telle solution peut se révéler préjudiciable pour le bailleur financier qui n'aura pas déclaré la créance résultant de cette résiliation dans le délai légal imparti, dont le point de départ se trouve être la date de résiliation de plein droit du contrat de location financière.

113.- En droit allemand, la sanction varie logiquement en fonction de la surveillance exercée sur la décision du débiteur. Dans une *Eigenverwaltung*, en effet, si le débiteur exerce le droit d'option sans l'accord du curateur, l'efficacité de sa décision en faveur de la continuation du contrat n'est pas remise en cause¹⁸⁸. Le débiteur ayant les mêmes pouvoirs que l'administrateur de l'insolvabilité, sa décision de continuer le contrat de location financière fait naître des créances privilégiées au sens du § 55 InsO (*Masseverbindlichkeiten*). Par conséquent, si le débiteur exige l'exécution par le bailleur financier du contrat de *leasing*, sans avoir obtenu l'accord du curateur, les loyers nés du fait de la continuation du contrat bénéficieront du traitement préférentiel et seront dès lors

¹⁸⁴ Pour cet avis, v. P. ROUSSEL-GALLE, *Réforme du droit des entreprises en difficulté*, op.cit., n° 321.

¹⁸⁵ V. arrêt rendu à propos de la continuation par le débiteur, sans l'autorisation du juge-commissaire d'un bail commercial, Cass. com. 6/05/1997, n° 95-10933: *Bull. Civ. IV*, n°125.

¹⁸⁶ Cass. com. 4/02/1992, n° 90-15977: *D.* 1993, somm. 5, obs. F. DERRIDA.

¹⁸⁷ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action 2010/2011, n° 431.43.

¹⁸⁸ *Münch.Komm-InsO/Huber*, § 103, Rn. 152.

payés à échéance. En revanche, si le tribunal ordonne, à la demande de l'assemblée des créanciers¹⁸⁹, que certains actes juridiques déterminés du débiteur soient autorisés par le curateur pour être efficaces, la décision du débiteur de continuer le contrat sans qu'il ait préalablement obtenu l'autorisation du curateur ne pourra être efficace¹⁹⁰. Toutefois, le curateur a la possibilité de valider l'exercice de l'option par le débiteur en donnant son accord *a posteriori* (*nachträgliche Genehmigung*)¹⁹¹. Dans ce cas, la continuation du contrat est considérée comme régulière à compter de l'exercice de l'option par le débiteur. En revanche, lorsque le curateur ne valide pas la continuation du contrat, la décision du débiteur est privée d'efficacité. Dès lors, les créances de loyers nées de la continuation irrégulière du contrat ne bénéficient pas du traitement préférentiel du § 55 InsO.

114.- Aussi bien dans la procédure de droit français que dans celle de droit allemand, les loyers nés après l'exercice irrégulier de l'option ne peuvent bénéficier du traitement préférentiel à défaut de « naissance régulière ». Ils ne sauraient pas non plus recevoir la même qualification juridique que les créances de loyers nées entre l'ouverture de la procédure et la décision du titulaire de l'option quand ce dernier renonce à la continuation du contrat. A la différence de la période de réflexion, le bailleur financier a ici légitimement pu croire à la continuation du contrat. Il n'était dès lors plus fondé à invoquer l'exception d'inexécution pour ne pas exécuter le contrat. La seule issue serait donc de fonder l'action sur l'enrichissement sans cause. L'ensemble des créanciers, en droit français, comme le patrimoine du débiteur failli en droit allemand, ont en effet bénéficié de l'exécution du contrat de location financière. Le bailleur financier ne pourrait voir ses intérêts sacrifiés au profit de l'intérêt commun en l'absence de toute négligence de sa part. Alors que la créance bénéficiera en droit allemand du traitement préférentiel du § 55 al. 1 n° 3 InsO, il semble qu'elle ne remplisse pas le critère d'utilité exigé par les dispositions de l'article L. 622-17 du Code de commerce.

115.- Conclusion de la section 2 : La situation du bailleur financier est pendant cette période très semblable dans les procédures de droit français et de droit allemand. Les

¹⁸⁹ Conformément aux dispositions du § 277 al. 1 1^{ère} phrase InsO.

¹⁹⁰ *Münch.Komm-InsO/Wittig/Tetzlaff*, § 277, Rn. 35 – *UHLENBRUCK*, § 277, Rn. 5.

¹⁹¹ *Münch.Komm-InsO/Wittig/Tetzlaff*, § 277, Rn. 36.

deux systèmes juridiques étudiés laissent au titulaire de l'option le temps d'évaluer l'utilité économique du contrat au regard des besoins et des liquidités disponibles de l'entreprise avant de se prononcer sur sa continuation. Le bailleur financier est donc contraint d'attendre. Les règles de droit commun sont écartées afin de garantir l'exercice de l'option. Le bailleur financier dispose toutefois de la possibilité de demander au titulaire de l'option de se prononcer afin de limiter cette phase d'incertitude. En revanche, alors qu'il peut se dégager du contrat en cas d'inexécution du contrat pendant la phase de réflexion en droit français, le système allemand le contraint à attendre la décision de l'administrateur.

116.- Conclusion du chapitre 1 : Peu de différences apparaissent à ce niveau de l'étude. Les similitudes constatées entre les deux systèmes juridiques étudiés n'ont pourtant rien d'étonnant. Les contrats de location financière peuvent porter sur les machines de production indispensables à la poursuite de l'activité. La pérennité de l'activité exige qu'il soit dérogé au droit commun des contrats et que les intérêts des cocontractants soient sacrifiés au profit de l'intérêt collectif. Le contrat doit être mis en attente afin de laisser au titulaire de l'option le temps d'établir un diagnostic de la situation du débiteur. On peut cependant se demander si les sacrifices imposés au bailleur financier après l'exercice de l'option sont finalement compensés.

CHAPITRE 2 LE CONTRAT DE LOCATION FINANCIÈRE APRÈS LA DÉCISION DÉFINITIVE

117.- L'ouverture d'une procédure collective conduit à écarter les règles de droit commun. Le contrat est mis en attente dès ce moment, jusqu'à ce que le titulaire puisse exercer son option sur la continuation des contrats. Deux issues sont alors possibles : soit le contrat de location financière est dénoncé parce qu'il n'est pas utile au maintien de l'activité ou parce que le titulaire de l'option ne dispose pas de liquidités suffisantes pour en assurer l'exécution, soit le contrat est continué et les parties doivent en assumer l'exécution. Dans cette dernière hypothèse, le bailleur financier peut, en outre, être confronté à la cession du contrat à l'issue de la période d'observation.

118.- Les auteurs français insistent généralement sur le retour à la loi du contrat, qu'entraîne la décision de continuer celui-ci¹⁹². Les auteurs allemands sont, en revanche, peu éloquents sur cette question. Cela signifie-t-il pour autant que les règles de droit commun ne retrouvent pas leur empire sur le contrat de location financière une fois l'option exercée ? Dans ce cas, les intérêts du bailleur financier seraient une nouvelle fois sacrifiés au profit de l'intérêt commun.

119.- Afin de pouvoir répondre à cette question et comparer la situation du bailleur financier dans les procédures de droit français et de droit allemand, nous distinguerons deux hypothèses en fonction de la décision du titulaire de l'option. Nous analyserons dès lors les conséquences de la dénonciation (Section 1) puis celles de la continuation du contrat de location financière (Section 2).

¹⁹² Entre autres, C. BRUNETTI-PONS, « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », *RTD com.* 2000, p. 783 s. ; P. ROUSSEL GALLE, *Les contrats en cours dans le redressement et la liquidation judiciaires*, th. préc. ; S. SABATHIER, *Le droit des obligations à l'épreuve du droit des procédures collectives*, thèse dactyl., Toulouse 2000 ; E.CHVIKA, *Droit privé et procédures collectives*, op. cit.

SECTION 1 LA DÉNONCIATION DU CONTRAT DE LOCATION FINANCIÈRE

120.- Deux motifs sont susceptibles de conduire le titulaire de l'option à dénoncer le contrat. D'une part, il peut constater que le contrat n'est pas nécessaire à l'activité. Il n'est dès lors pas utile d'alourdir le passif de l'entreprise avec des loyers dont la contrepartie n'est pas indispensable à la pérennité de l'activité. D'autre part, le contrat de location financière peut aussi se révéler nécessaire à la poursuite de l'activité mais être dénoncé par le titulaire de l'option qui constate qu'il ne peut assurer le paiement en raison d'une insuffisance de liquidités.

121.- Peu important néanmoins les motifs de la dénonciation du contrat. Les conséquences de la dénonciation du contrat ne sont pas déterminées en fonction de ceux-ci. Une fois le contrat dénoncé, le lien contractuel qui avait été maintenu, parfois contre le gré du bailleur financier, disparaît. Les sacrifices imposés au bailleur financier doivent prendre fin une fois la décision prise. Plusieurs questions surgissent alors. Les règles de droit commun reçoivent-elles application ? Quelles sont les conséquences financières de la dénonciation du contrat ?

122.- Afin de répondre à ces questions et de comparer ainsi la situation du bailleur financier dans les procédures de droit français et de droit allemand, nous présenterons les conséquences de la dénonciation du contrat de location financière sur le rapport contractuel (I) avant d'en déterminer les conséquences financières (II).

I. Conséquences de la dénonciation du contrat de location financière sur le rapport contractuel

123.- La rédaction de l'article L. 622-13 du Code de commerce ainsi que celle du § 103 InsO ne précisent pas les conséquences de la renonciation spontanée du titulaire de l'option à l'exécution du contrat. Si le droit français prévoit la résiliation de plein droit du

contrat lorsque la renonciation à sa continuation intervient après mise en demeure du titulaire de l'option, rien ne permet de dire que la renonciation, en l'absence de mise en demeure, ait la même conséquence. En droit allemand, aucune conséquence n'est envisagée. Peu importe que le bailleur financier ait eu ou non un rôle actif. En l'absence de dispositions dérogatoires (B), les règles de droit commun sont appliquées (A).

A. La résiliation du contrat de location financière

124.- La dénonciation du contrat de location financière ne débouche pas sur la résiliation de plein droit du contrat. Le titulaire de l'option étant la partie défaillante du contrat, l'initiative de la résiliation ne lui appartient pas.

125.- Les tribunaux français avaient, sous l'empire de la loi antérieure à la Loi de Sauvegarde des entreprises, considéré que la renonciation du titulaire de l'option à la continuation du contrat ne pouvait conduire à la résiliation de plein droit de ce dernier. La solution rendue par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt du 19 mai 2004 ne laisse désormais plus de place au doute : *« en l'absence de mise en demeure par le cocontractant, la renonciation de l'administrateur à la poursuite du contrat n'entraîne pas la résiliation de plein droit de la convention à son initiative mais confère au seul cocontractant le droit de la faire prononcer en justice et (...) une telle demande n'entre pas dans les attributions du juge-commissaire »*¹⁹³. Cette solution confirmait la position adoptée antérieurement par la Cour d'appel de Caen qui avait refusé que la renonciation spontanée de l'administrateur puisse entraîner la résiliation de plein droit du contrat aux motifs que le texte *« ne donne aucun pouvoir à l'administrateur de résilier, par l'expression de sa seule volonté, un contrat normalement exécuté par le cocontractant et qui, selon les règles générales édictées par l'article 1134 du Code civil, fait la loi des parties »*¹⁹⁴. Cette solution¹⁹⁵ est néanmoins source d'interrogations. Se pose notamment la

¹⁹³ Cass. com. 19/05/2004, n° 01-13542: *Bull. Civ. IV*, n° 100: *D.* 2004, Jur. p. 1668, obs. A. LIENHARD.

¹⁹⁴ CA Caen 11/05/2001: *Rev. Proc. Coll.* 2002, p. 192, obs. P. ROUSSEL GALLE.

¹⁹⁵ Cette solution retenue par la Cour de cassation va à l'encontre de la théorie émise par E. LE CORRE-BROLY qui était de dire que si l'on considère que le silence de l'administrateur gardé après la mise en demeure équivaut au refus de la poursuite du contrat et que cela entraîne la résiliation de plein droit du

question du devenir du contrat après la renonciation mais dans l'attente d'une demande en résiliation et le cas échéant, à défaut d'une telle demande¹⁹⁶.

126.- Malgré cette question, la solution de l'arrêt du 19 mai 2004 a été reprise dans le cadre de la liquidation judiciaire dans un arrêt du 5 juillet 2005¹⁹⁷. En l'espèce, une société bailleuse avait été placée en liquidation judiciaire et le liquidateur de la société avait notifié aux sociétés preneuses qu'il n'entendait pas poursuivre les baux avant de vendre les immeubles concernés, exerçant ainsi l'option sur la continuation des contrats en cours. Les sociétés preneuses ont alors assigné le liquidateur en nullité de la lettre de notification de renonciation à la poursuite des baux. La société ayant acquis les locaux est ensuite intervenue à l'instance et a demandé l'expulsion des sociétés ainsi que leur condamnation à payer une indemnité d'occupation. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt qui refusait l'expulsion des sociétés preneuses au motif que *« les contrats en cours ne sont pas résiliés par le simple fait de la liquidation judiciaire ; qu'en l'absence de mise en demeure par le cocontractant, la renonciation du liquidateur à la poursuite du contrat n'entraîne pas la résiliation de plein droit de la convention à son initiative mais confère au seul cocontractant le droit de la faire prononcer en justice »*. Cette solution rendue sous le régime de la loi antérieure à 2005, semble à première vue résulter du statut particulier des baux commerciaux. Toutefois, les dispositions spéciales du Code de commerce sur les baux commerciaux, concernent le bail des immeubles affectés à l'activité de l'entreprise et visent donc implicitement l'activité du preneur. Elles ne peuvent, en outre, être invoquées en cas de liquidation judiciaire du bailleur¹⁹⁸. Ce sont, par conséquent, les dispositions générales sur la continuation des contrats en cours qui étaient applicables en l'espèce. Les juges ont suivi la jurisprudence antérieure sans distinguer selon qu'il y avait eu ou non maintien de l'activité dans le cadre de la liquidation judiciaire. La Cour de cassation a récemment réitéré sa position dans le cadre d'un contrat de crédit-bail en relevant que *« l'absence de mise en demeure adressée au liquidateur par*

contrat, alors toute renonciation à la poursuite du contrat doit en entraîner la résiliation : v. E. LE CORRE-BROLY, *Crédit-bail mobilier et procédure collective*, th. préc., n°59.

¹⁹⁶ Cass. com 18/09/2007, n° 06-13824 : *Bull. civ. IV*, n° 200 ; *Gaz. Pal.* 2008, n° 24, p. 42, note F. REILLE : dans cet arrêt, les juges de la Cour de cassation ont contourné la question du sort du contrat et ont uniquement précisé le régime juridique des créances de loyers « échus » entre la renonciation et la résiliation du contrat.

¹⁹⁷ Cass. com. 5/7/2005 n° 04-13834: *Bull. Civ. IV*, n° 151.

¹⁹⁸ M.-P. DUMONT, note sous arrêt Cass. com. 5/7/2005 : *Gaz. Pal.* 2005 n° 309, jur. comm., p. 23.

*le crédit-bailleur et de toute manifestation spontanée de volonté du liquidateur quant à la continuation du contrat de crédit-bail, ce dernier était toujours en cours »*¹⁹⁹.

La solution retenue par la Cour de cassation a été saluée notamment dans le cadre de la procédure collective ouverte à l'encontre du bailleur. Elle permettrait au locataire de ne pas prendre l'initiative de la mise en demeure de l'administrateur ou du liquidateur comme le prévoit l'article L. 622-13 du Code de commerce dans le cas d'une procédure collective du bailleur, afin de pouvoir rester dans les lieux²⁰⁰.

127.- L'ordonnance du 18 décembre 2008 a mis en place un mécanisme permettant de mettre fin à cette pratique. L'article L. 622-13 IV du Code de commerce prévoit désormais au profit du titulaire de l'option qui renonce spontanément à la continuation du contrat, la possibilité d'en solliciter la résiliation devant le juge-commissaire si celle-ci ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant²⁰¹. Il semble que cette possibilité ait été introduite pour permettre à l'administrateur de la procédure ouverte contre le bailleur de reprendre les biens loués par le débiteur lorsque le locataire tarde à demander la résiliation du contrat²⁰². Par conséquent, l'administrateur ne devrait pas pouvoir solliciter la résiliation du contrat de location financière dont le bailleur financier aurait tardé à demander la résiliation devant le juge de droit commun.

128.- Le maintien des relations contractuelles avec le débiteur présente un intérêt considérable pour le bailleur financier. Il lui permet en effet, d'envisager l'éventuelle cession du contrat qui se révèle particulièrement intéressante si le bien loué est spécifique à l'activité de l'entreprise débitrice. Plutôt que d'être contraint de revendre un bien ou de conclure un nouveau contrat de location financière pour ce bien, le bailleur financier peut préférer attendre la cession de l'entreprise et la cession judiciaire du contrat initialement conclu avec le débiteur. Le maintien du contrat n'étant pas contraire aux intérêts de la procédure, les créances de loyers nées après la renonciation étant exclues du traitement

¹⁹⁹ Cass. com. 17/02/2009, n° 07-20660 : *Rev. Proc. coll.* 2009, 163, comm. P. ROUSSEL GALLE.

²⁰⁰ V. pour cette position, par exemple, M.-P. DUMONT, note sous arrêt Cass. com. 5/7/2005 : *Gaz. Pal.* 2005, n° 309, *jur. comm.*, p. 23.

²⁰¹ Nouvelle rédaction de l'article L. 622-13 IV du Code de commerce.

²⁰² E. LE CORRE-BROLY, «Les modifications apportées au droit commun de la continuation des contrats en cours », *D.* 2009, p. 663.

préférentiel, il serait souhaitable de limiter strictement la faculté du titulaire de l'option de demander la résiliation des contrats qu'il aura dénoncés.

129.- Ces discussions ne trouvent pas leur équivalent en droit allemand. Pourtant la résiliation du contrat après la renonciation spontanée de l'administrateur à l'exécution du contrat s'y opère également selon les règles de droit commun. Aucune disposition ne prévoyant la résiliation du contrat de plein droit, il appartient au bailleur financier de le résilier lui-même²⁰³ et ce, en vertu du droit de résiliation prévu au § 314 I 1 BGB qui dispose «*Tout contrat à exécution successive peut être résilié pour motif grave par chacune des parties sans qu'elle ait à respecter un délai de préavis. Il y a motif grave lorsque la continuation du rapport contractuel jusqu'au terme convenu ou jusqu'à l'expiration d'un délai de préavis ne peut être imposée à la partie qui résilie, eu égard à tous les faits de l'espèce et aux intérêts respectifs des deux parties*»²⁰⁴. La dénonciation du contrat par l'administrateur constitue le motif grave qui justifie la résiliation. A l'instar du droit français, la résiliation peut survenir par le jeu d'une clause résolutoire prévue au contrat²⁰⁵.

130.- Il faut néanmoins souligner une particularité de la pratique allemande. L'administrateur de l'insolvabilité préfère souvent renoncer à l'exécution du contrat de location financière et ce, bien que le bien loué soit utile à la poursuite de l'activité. Il négocie alors avec le bailleur financier la possibilité de continuer à utiliser le bien au profit de la procédure contre une indemnité dont le montant équivaut à celui d'un loyer du contrat initial. Par conséquent, le contrat est résilié mais l'administrateur de l'insolvabilité ou le débiteur bénéficie toujours du droit d'utiliser le bien. Cette pratique s'explique certainement par les contraintes imposées à l'administrateur de l'insolvabilité lorsqu'il exige l'exécution du contrat. Elle n'empêche pas non plus l'éventuel transfert du bien au

²⁰³ BÄRENZ, «Von der Erlöschenstheorie zur Theorie der insolvenzrechtlichen Modifizierung – zur Dogmatik der neuen BGH-Rechtsprechung zu § 103 InsO», *NZI* 2/2006, 72.

²⁰⁴ § 314 Abs.1 BGB: «**Kündigung von Dauerverhältnissen aus wichtigem Grund.** (1) Dauerverhältnisse kann jeder Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist kündigen. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem kündigen Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann.»

²⁰⁵ BÄRENZ, «Von der Erlöschenstheorie zur Theorie der insolvenzrechtlichen Modifizierung – zur Dogmatik der neuen BGH-Rechtsprechung zu § 103 InsO», *op.cit.*, 72.

cessionnaire. Le bien restant dans l'entreprise, le repreneur peut choisir de conclure un nouveau contrat avec le bailleur financier avec des loyers d'un montant moindre puisque le bien a déjà perdu de sa valeur.

131.- La renonciation spontanée à l'exécution du contrat de location financière permet au bailleur financier d'obtenir la résiliation du contrat dans chacun des deux systèmes étudiés. Conformément au droit commun, l'initiative de la résiliation appartient au bailleur financier impayé. En droit français, il la demande devant le juge de droit commun. La résiliation peut également résulter du jeu d'une clause résolutoire. En droit allemand, la résiliation du contrat ne nécessite pas l'intervention d'un juge. La question du devenir du contrat en l'absence de résiliation n'est pas évoquée par les auteurs allemands. La justification en est toutefois relativement simple. En droit français, le contrat de location financière peut faire l'objet d'une cession judiciaire, cession qui ne trouve pas d'équivalent en droit allemand. Par conséquent, alors que le bailleur financier français peut avoir un intérêt légitime à ne pas anéantir définitivement les relations contractuelles, son homologue allemand n'en a pas.

B. La résiliation de plein droit du contrat de location financière

132.- La résiliation de plein droit du contrat de location financière à la suite de sa dénonciation par le titulaire de l'option est propre au droit français²⁰⁶. Elle est expressément prévue à l'article L. 622-13 III du Code de commerce qui dispose « *Le contrat est résilié de plein droit : 1° Après une mise en demeure de prendre parti sur la poursuite du contrat adressée par le cocontractant à l'administrateur et restée plus d'un mois sans réponse (...)* ». Le titulaire de l'option qui renonce à poursuivre le contrat ne peut prendre l'initiative de la résiliation puisqu'il est à l'origine de l'inexécution. En prévoyant la résiliation de plein droit du contrat si le titulaire de l'option renonce à exécuter le contrat de location financière, le droit français laisse au bailleur financier l'initiative de la rupture des relations contractuelles conformément aux dispositions de

²⁰⁶ En droit allemand, le § 103 InsO donne uniquement au silence la même valeur d'une renonciation expresse à la continuation du contrat.

l'article 1184 du Code civil²⁰⁷. Les juges de la Cour de cassation ont récemment précisé la notion de mise en demeure dans le cadre d'un contrat de crédit-bail. Ils ont considéré que l'indication faite par le crédit-bailleur au mandataire de la procédure, selon laquelle le défaut de paiement avait entraîné la résiliation des contrats ainsi que la demande de restitution des biens crédit-baillés ne constituaient pas une mise en demeure²⁰⁸. Le contrat de crédit-bail n'était donc pas résilié de plein droit.

133.- Pourquoi toutefois, limiter la résiliation du plein droit du contrat au seul cas dans lequel le titulaire de l'option a gardé le silence ? La renonciation expresse du titulaire de l'option à la continuation du contrat après mise en demeure ne conduit-elle pas à la résiliation de plein droit du contrat de location financière ? La chambre commerciale de la Cour de cassation a, dans un arrêt du 18 mars 2003²⁰⁹, interprété cette disposition de manière extensive en décidant que « *l'administrateur ayant été mis en demeure de se prononcer sur la poursuite d'un contrat en cours, son refus exprès de poursuivre le contrat entraîne la résiliation de plein droit de celui-ci, à la date de la réception par le cocontractant de ce refus, si celle-ci intervient dans le délai d'un mois prévu à l'article 37 de la loi n°85-98 du 25 janv. 1985, devenu l'article L. 621-28 du Code de commerce* ». Outre l'affirmation que le refus exprès de poursuivre le contrat après une mise en demeure du titulaire de l'option entraîne aussi la résiliation de plein droit du contrat, cet arrêt contient deux indications importantes. D'une part, le contrat de location financière est, en cas de renonciation expresse de l'administrateur, résilié à compter de la date de réception par le bailleur financier de cette décision. D'autre part, il n'est pas nécessaire de faire constater la résiliation du contrat par le juge-commissaire.

134.- Le bailleur financier doit donc, en droit français, être conscient des conséquences de la mise en demeure qu'il adresse au titulaire de l'option. En effet, contrairement à la renonciation spontanée de ce dernier, c'est à dire sans mise en demeure, la résiliation s'effectue ici de plein droit et est dès lors irréversible. Le contrat ne pourra plus faire l'objet d'une cession. Cette conséquence peut être, comme nous l'avons évoqué

²⁰⁷ P. ROUSSEL GALLE, *Les contrats en cours dans le redressement et la liquidation judiciaires*, th. préc., p. 220.

²⁰⁸ Cass. com. 16/03/2010 n° 09-12572: *Rev. Proc. coll.* 2010, 159, comm. P. ROUSSEL GALLE.

²⁰⁹ Cass. com. 18/3/2003, n° 00-12693: *Bull. civ.* IV, n°47: *D.* 2003, Jur. p. 972, obs. A. LIENHARD.

à propos de la renonciation spontanée à la continuation du contrat, particulièrement préjudiciable pour le bailleur financier si le bien loué est propre à l'activité du débiteur failli. Le bailleur financier se verra restituer un bien qu'il ne pourra que difficilement relouer. Par conséquent, la mise en demeure ne doit être envoyée, en droit français, que si le bailleur financier est sûr de vouloir mettre fin au contrat²¹⁰.

II. Conséquences financières de la dénonciation du contrat de location financière

135.- L'application des règles de droit commun après la renonciation du titulaire de l'option à l'exécution du contrat conduit nécessairement à la question de l'indemnité due au bailleur financier du fait de l'inexécution du contrat. Chacun des deux systèmes étudiés prend d'ailleurs soin de régler la question du régime juridique de cette indemnité et à l'exclure du traitement préférentiel (B). En revanche, le régime juridique auquel sont soumises les créances de loyers échues entre l'ouverture de la procédure et la renonciation du titulaire de l'option à l'exécution du contrat n'est pas précisé dans la loi (A).

A. Les créances de loyers échues pendant la période de réflexion

136.- Pendant la phase de réflexion du titulaire de l'option, le contrat de location financière est « mis en attente », en droit français et suspendu en droit allemand. Lorsque le titulaire de l'option renonce à l'exécution du contrat, la question du régime applicable aux créances nées du contrat pendant la phase de réflexion se pose nécessairement. Ces créances de loyers sont-elles des créances à déclarer ou bénéficient-elles au contraire du traitement préférentiel ? Les faire bénéficier du traitement préférentiel contribue nécessairement à alourdir le passif immédiat du débiteur alors que les liquidités sont déjà insuffisantes. D'un autre côté, les exclure contribue à sacrifier davantage les intérêts du bailleur financier au profit de l'intérêt collectif des créanciers. Les deux systèmes juridiques étudiés ont adopté deux critères différents pour déterminer le régime juridique applicable aux créances de loyers échues pendant la phase de réflexion.

²¹⁰ Sur ce point, P. ROUSSEL GALLE, *Les contrats en cours dans le redressement et la liquidation judiciaires, th. préc.*, p. 222 s.

1. Le bénéfice du traitement préférentiel en droit français

137.- Le contrat de location étant « mis en attente » à partir du jugement d'ouverture de la procédure, le bailleur financier ne peut revendiquer son bien et doit continuer à effectuer sa prestation jusqu'à ce que l'administrateur prenne sa décision sur le sort du contrat. Sous le régime antérieur à la Loi de Sauvegarde, pour compenser cet inconvénient, la créance de loyers échus entre le jugement d'ouverture et la décision de l'administrateur était soumise à l'article L. 621-32 du Code de commerce qui disposait *« les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture sont payées à leur échéance lorsque l'activité est poursuivie »*²¹¹. En recourant au critère chronologique de l'article L. 621-32 du Code de commerce, on attribuait le bénéfice du paiement à échéance dès l'ouverture de la procédure collective afin de compenser le sacrifice imposé au bailleur financier pour le maintien du contrat²¹². La Cour de cassation avait ainsi précisé dans un arrêt du 16 octobre 1990 que le bailleur se trouvait *« dans l'obligation de remplir ses engagements jusqu'à la renonciation de l'administrateur »* dans la mesure où *« la procédure collective n'avait pas entraîné la résiliation des contrats de location conclus antérieurement »* et considéré par conséquent que *« les loyers dus en contrepartie de la jouissance des véhicules pendant la période considérée constituaient une créance née régulièrement après le jugement d'ouverture du redressement judiciaire et relevant, à ce titre, des dispositions de l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985 »*²¹³.

138.- Les conditions du bénéfice du traitement préférentiel désormais inscrites à l'article L. 622-17 du Code de commerce ont été modifiées par la Loi de Sauvegarde. L'article L. 622-17 I du Code de commerce²¹⁴ n'accorde le bénéfice du traitement préférentiel qu'aux seules *« créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture*

²¹¹ Cass. com. 16/10/1990, n° 89-12930: Bull. Civ. IV, n° 240 – Cass. com. 9/05/1995, n° 92-21277 : *« attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'ouverture de la procédure collective à l'égard du crédit-preneur n'ayant pas entraîné la résiliation des contrats de crédit-bail conclus antérieurement et le crédit-bailleur s'étant trouvé dans l'obligation de remplir ses propres engagements jusqu'à l'expiration du délai imparti par le juge-commissaire à l'administrateur judiciaire pour se prononcer, ou jusqu'à la renonciation expresse de l'administrateur judiciaire intervenant avant ou pendant ce délai, sa créance de loyers relève des dispositions de l'article 40 de la loi du 24 janvier 1985 et doit être payée à échéance »*.

²¹² P. ROUSSEL GALLE, *Les contrats en cours dans le redressement et la liquidation judiciaires*, th. préc., p. 239 s.

²¹³ Cass. com. 16/10/1990, n° 89-12930: Bull. Civ. IV, n° 240.

²¹⁴ Dans le cadre de la liquidation judiciaire, article L. 641-13 I du Code de commerce.

pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période ». Le critère chronologique n'est désormais plus le seul critère qui détermine l'octroi du traitement préférentiel. Les créances de loyers échues entre le jugement d'ouverture et la dénonciation du contrat peuvent-elles encore bénéficier de ce régime juridique ?

139.- Du point de vue du bailleur financier, il est certain que la situation n'a pas changé par rapport au régime antérieur. Le contrat de location financière est, comme il l'était auparavant, « mis en attente » pendant la période de réflexion. Dès lors, le bailleur financier continue à exécuter le contrat. Les loyers échus pendant cette période constituent donc la contrepartie de l'utilisation paisible de la chose objet du contrat que le bailleur financier laisse entre les mains du locataire. Par conséquent, le paiement de ces loyers à échéance permet de laisser au titulaire de l'option le temps nécessaire pour prendre sa décision tout en accordant un avantage au bailleur financier.

140.- D'un autre côté, l'objectif de la modification de l'article L. 622-17 du Code de commerce était de diminuer le nombre de créances bénéficiant du traitement préférentiel qui alourdissaient considérablement le passif de l'entreprise. Par conséquent, les créances de loyers échues pendant la phase de réflexion pourraient en être exclues. Dans la mesure où le contrat n'est pas poursuivi, c'est qu'il n'est pas nécessaire à l'activité ou au bon déroulement de la procédure ou de la période d'observation. L'exclusion de ces créances du traitement préférentiel obligerait le bailleur financier à mettre rapidement en demeure le titulaire de l'option de prendre sa décision quant à la poursuite éventuelle du contrat de location financière. Il ne serait, dans cette hypothèse, guère avantageux de laisser la période de réflexion se prolonger. Le bailleur financier, créancier chirographaire, aurait, en effet, peu de chance d'obtenir le paiement intégral des créances de loyers échues pendant cette phase. Quant au passif de la procédure, il ne s'en trouverait qu'allégé, conformément à l'esprit du texte.

141.- Les décisions des tribunaux concernant cette question ne sont pas encore très nombreuses. Toutefois, les juges semblent accorder le bénéfice du traitement préférentiel aux loyers échus pendant la période de réflexion. Ainsi, dans un arrêt de la Cour d'appel de

Besançon²¹⁵, les juges décidaient que « *le juge-commissaire n'a pas à statuer sur une déclaration de créances visant les loyers postérieurs à l'ouverture de la procédure collective, qui ne peuvent constituer qu'une créance éligible au traitement préférentiel prévu par l'article L. 622-17 du Code de commerce selon la jurisprudence constante* », sans qu'il ne soit fait référence à la décision sur la continuation du contrat. De même, dans un arrêt de la Cour de Versailles²¹⁶, les magistrats relevaient que « *les créances déclarées [étaient] nées ou à naître postérieurement au jugement d'ouverture et ne [pouvaient] donc être admises au passif [du débiteur]* » avant de décider que « *les mensualités postérieures au jugement d'ouverture dues par [le débiteur] au titre des contrats de crédit-bail doivent être payées à leur échéance* », là encore sans mentionner si l'administrateur avait ou non opté en faveur de la continuation du contrat.

142.- Les motifs conduisant à la décision des juges sont plutôt étonnants dans les deux cas cités. Les magistrats ne vérifient pas dans un cas comme dans l'autre que les critères énoncés à l'article L. 622-17 du Code de commerce sont remplis avant d'accorder le bénéfice du traitement préférentiel aux loyers échus pendant la phase de réflexion. Le régime juridique auquel sont soumises les créances de loyers échues pendant la phase de réflexion reste incertain en l'attente d'une décision de la Cour de cassation. Leur utilité pour la procédure ou la période d'observation peut être contestée. En droit allemand, en revanche, le régime juridique de ces créances de loyers semble désormais bien établi.

2. L'impossibilité de recouvrer la créance de loyers en droit allemand

143.- Le régime juridique des créances de loyers échues pendant la phase de réflexion est, en droit allemand, le résultat d'une longue évolution jurisprudentielle. Les mécanismes développés par les tribunaux allemands sont relativement complexes et méritent dès lors qu'on s'y attarde, afin de les rendre intelligibles au juriste français. Ils pourront alors être appliqués au cas concret du contrat de *leasing*.

²¹⁵ CA Besançon, 11/05/2011, n° rôle 10/00752.

²¹⁶ CA Versailles, 21/02/2008, n° rôle 07/03489.

144.- Sous le régime du *Konkursordnung*, le droit d'option de l'administrateur sur la poursuite des contrats synallagmatiques pas encore exécutés était régi par les dispositions du § 17 KO. La jurisprudence et la doctrine ont d'abord considéré que, selon le § 17 KO, l'ouverture de la procédure n'avait pas d'effet sur les contrats synallagmatiques. Les droits réciproques²¹⁷ (*Erfüllungsansprüche*) subsistaient tant que le contrat était provisoirement exécuté c'est-à-dire jusqu'à ce que l'administrateur prenne parti. La renonciation à l'exécution du contrat était considérée comme un acte menant ces droits à extinction et conférant, le cas échéant, au cocontractant un droit à réparation pour inexécution du contrat. Le refus de poursuivre le contrat avait pour autre conséquence, de priver de fondement juridique les prestations exécutées avant l'ouverture de la procédure. Ceci donnait lieu à une compensation entre l'indemnité pour inexécution, dont bénéficiait le cocontractant, et les prestations qui avaient été effectuées par le débiteur avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Si le montant de la prestation effectuée par le débiteur dépassait celui des dommages et intérêts dus au cocontractant en raison de l'inexécution, le supplément devrait être restitué à la masse sur le fondement de l'enrichissement injustifié²¹⁸. La situation juridique qui naissait de la renonciation à l'exécution du contrat se révélait, par conséquent, bien plus favorable à la masse, conduisant l'administrateur à renoncer presque systématiquement à l'exécution du contrat²¹⁹.

145.- Afin de remédier à cette situation, la neuvième chambre civile du *Bundesgerichtshof*²²⁰ a consacré la « *Erlöschenstheorie* » dans un arrêt du 11 février 1988²²¹. Les juges ont considéré, dans cet arrêt, que les droits réciproques étaient dès l'ouverture de la procédure *ipso jure* privés d'effet et par conséquent, disparaissaient. Si l'administrateur renonçait à l'exécution du contrat, cette situation devenait définitive même

²¹⁷ Sur la notion d'*Anspruch*, v. SCHLECHTRIEM/SCHMIDT-KESSEL, *Schuldrecht AT*, op. cit., n° 170 : la qualité de créancier permettant d'exiger du débiteur qu'il accomplisse la prestation due donne à ce créancier un droit de faire ou de ne pas faire (*Anspruch*) au sens du § 194 I BGB. La notion d'*Anspruch* comprend non seulement la qualité de créancier mais aussi la possibilité d'agir devant les tribunaux pour voir reconnaître ce droit ou l'exercer. Le mot *Erfüllungsanspruch* constitue alors le recours destiné à obtenir l'exécution par le débiteur.

²¹⁸ *Münch.Komm.-InsO/Kreft*, § 103, Rn. 8.

²¹⁹ GRAF/WUNSCH, «Gegenseitige Verträge im Insolvenzverfahren», *ZIP* 2002, 2117.

²²⁰ IX Zivilsenat du BGH.

²²¹ BGH, 11.02.1988 : *ZIP* 1988, 322.

si le rapport contractuel subsistait. Dans le cadre d'un contrat de *leasing*, le bailleur financier pouvait alors résilier le contrat, éventuellement par le jeu d'une clause résolutoire, en raison du retard dans le paiement des loyers. Il ne pouvait pas, en revanche, réclamer le paiement des loyers échus pendant la phase de réflexion. Dans le cas contraire, c'est-à-dire si l'administrateur exigeait l'exécution du contrat, les droits qui étaient éteints *ex nunc*, réapparaissaient et étaient revalorisés en dettes de la masse au sens du § 59 I Nr.2 KO devenu § 55 Abs.1 Nr. 2 InsO (créances bénéficiant du traitement préférentiel).

146.- Cette décision du *Bundesgerichtshof* était profitable à la masse en matière de cession de créance et de compensation²²² et rendait l'option en faveur de la poursuite du contrat beaucoup plus intéressante²²³. Toutefois, elle ne présentait pas que des avantages pour la masse de l'insolvabilité car l'administrateur de l'insolvabilité devait choisir entre « tout ou rien ». Dès lors, si le cocontractant avait déjà exécuté partiellement son obligation avant l'ouverture de la procédure, la décision d'exécuter le contrat valait pour l'ensemble du contrat. Par conséquent, les créances dont disposait le cocontractant à l'encontre du débiteur devenaient des dettes de la masse (*Masseverbindlichkeiten*) alors qu'elles étaient dues pour des prestations divisibles exécutées au moins pour partie avant l'ouverture de la procédure.

147.- Dans un arrêt du 27 février 2002, le *Bundesgerichtshof* a considéré que la créance relative aux prestations divisibles effectuées avant l'ouverture de la procédure

²²² GRAF/WUNSCH, «Gegenseitige Verträge im Insolvenzverfahren», *ZIP* 2002, 2117: Dans le cadre de la cession de créance, la théorie de l'extinction des créances réciproques et de leur réapparition postérieure en cas de choix de l'administrateur de l'insolvabilité en faveur de la poursuite du contrat, permettait à la masse de disposer de créances à l'encontre du cocontractant, créances dont le débiteur bénéficiait déjà avant l'ouverture de la procédure. Comme cette créance cédée avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, était considérée avoir disparu et que la jurisprudence prenait comme point de départ une nouvelle créance qui naissait au moment de l'exercice de l'option par l'administrateur de l'insolvabilité, cette dernière ne pouvait pas être comprise dans la cession conformément aux dispositions du § 15 KO devenu § 91 InsO. Le premier alinéa du § 91 InsO dispose « *des droits sur les biens de la masse de l'insolvabilité ne peuvent pas être acquis valablement après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, même s'ils ne sont pas fondés sur les actes de disposition du débiteur ou des actes d'exécution forcée de la part d'un créancier de l'insolvabilité* ».

En ce qui concerne la compensation, elle ne pouvait être exercée selon les dispositions du § 55 Nr.1 KO, devenu § 96 Abs.1 Nr.1 InsO quand « un créancier de l'insolvabilité [était] devenu débiteur de la masse de l'insolvabilité après l'ouverture de la procédure de l'insolvabilité seulement ». Avec la «*Erlöschenstheorie* », les dettes de la masse étaient considérées naître de la décision de l'administrateur de poursuivre le contrat. Par conséquent, le cocontractant ne pouvait de ce fait, en cas d'option de l'administrateur de l'insolvabilité en faveur de la poursuite du contrat, pas compenser les créances dont disposait la masse à son encontre avec les créances dont il disposait lui-même à l'encontre du débiteur.

²²³ GRAF/WUNSCH, «Gegenseitige Verträge im Insolvenzverfahren», *op. cit.*

devenait une créance de la procédure, soumise à déclaration, (*Insolvenzforderung*) et le restait même en cas de continuation du contrat²²⁴. Cette solution très favorable à la masse a été retranscrite dans le § 105 InsO lors de la réforme de 1999²²⁵.

148.- La *Erlöschenstheorie* avait dans le cadre d'un contrat de *leasing* les conséquences suivantes : avec l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, le bailleur financier perdait tout droit aux loyers dus par le débiteur. Si l'administrateur exigeait l'exécution du contrat, les créances de loyers dues antérieurement à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité étaient déclarées et les créances de loyers nées depuis l'ouverture de la procédure d'insolvabilité réapparaissaient, avec la qualité de dettes de la masse. En revanche, si l'administrateur de l'insolvabilité renonçait à l'exécution du contrat, il n'existait aucune créance de loyers pour la période comprise entre l'ouverture de la procédure et l'exercice de l'option. Le bailleur financier pouvait néanmoins exercer une action en enrichissement sans cause à l'encontre la masse qui s'était enrichie du fait de l'utilisation du bien pendant la période de réflexion alors que le bailleur financier n'avait reçu aucune contrepartie. La créance résultant de l'action en enrichissement sans cause avait la qualité de dette de la masse selon les dispositions du § 55 I Nr. 3 InsO²²⁶.

149.- En raison des critiques émises par les auteurs à propos de la «*Erlöschenstheorie*», le *Bundesgerichtshof* a opéré un revirement de jurisprudence dans un arrêt du 25 avril 2002²²⁷. Dans cet arrêt, les juges du *Bundesgerichtshof* ont considéré que les droits des contractants ne disparaissaient pas avec l'ouverture de la procédure. En revanche, ils ont précisé que ces droits n'étaient pas opposables (*durchsetzbar*) du fait de l'exception d'inexécution (§ 320 BGB) qui pouvait réciproquement être invoquée par les deux parties pendant cette période. L'exception d'inexécution ne peut être invoquée que

²²⁴ BGH, 27.02.2002: BGHZ, 135, 25; ZIP 1997, 688.

²²⁵ § 105 InsO : « **Teilbare Leistungen.** Sind die geschuldeten Leistungen teilbar und hat der andere Teil die ihm obliegende Leistung zur Zeit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens bereits teilweise erbracht, so ist er mit dem der Teilleistung entsprechenden Betrag seines Anspruchs auf die Gegenleistung Insolvenzgläubiger, auch wenn der Insolvenzverwalter wegen der noch ausstehenden Leistung Erfüllung verlangt. Der andere Teil ist nicht berechtigt, wegen der Nichterfüllung seines Anspruchs auf die Gegenleistung die Rückgabe einer vor der Eröffnung des Verfahrens in das Vermögen des Schuldners übergegangenen Teilleistung aus der Insolvenzmasse zu verlangen ».

²²⁶ Sur le droit à invoquer l'enrichissement sans cause, GRAF v. WESTPHALEN, *Der Leasingvertrag*, op.cit., Rn. 1533.

²²⁷ BGH, 25.04.2002: ZIP 24/2002, 1093.

pour les prestations dues pendant la phase de réflexion et non en raison de l'inexécution antérieure à l'ouverture de la procédure. Si l'administrateur de l'insolvabilité exige la continuation du contrat, sa décision donnera aux droits du cocontractant et du débiteur failli, portant sur les prestations devant encore être effectuées, le caractère de créances originaires à l'encontre et au profit de la masse. Dans l'hypothèse d'une renonciation à la poursuite du contrat, en revanche, les droits à exécution réciproques restent inopposables et le cocontractant du débiteur failli est seulement fondé à demander une indemnité pour l'inexécution du contrat²²⁸.

150.- Le contrat de location financière est donc, non pas « mis en attente » comme c'est le cas en droit français, mais « suspendu ». Les droits qui en sont issus deviennent inopposables (*nicht durchsetzbar*). Si le titulaire de l'option renonce à l'exécution du contrat de location financière, les loyers échus pendant la phase de réflexion restent inopposables même si l'administrateur de l'insolvabilité a continué à utiliser le bien objet du contrat²²⁹.

151.- En vertu de la *Erlöschenstheorie*, le bailleur financier avait la possibilité de demander sur le fondement de l'enrichissement sans cause le paiement d'une créance destinée à compenser l'utilisation du bien et faire valoir cette créance comme dette de la masse au sens du § 55 I Nr.3 InsO²³⁰. Néanmoins, la créance due n'était pas toujours égale à la valeur des loyers conventionnellement prévus. Pour calculer le montant de l'enrichissement, on distinguait habituellement selon que l'on était en présence d'un *Operatingleasing* ou d'un *Finanzierungsleasing*, et le cas échéant, selon que l'amortissement du bien loué était total ou partiel²³¹.

Désormais, dans la mesure où les droits à exécution ne disparaissent plus avec l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, l'enrichissement sans cause ne peut plus être invoqué pour obtenir le paiement des loyers échus entre l'ouverture de la procédure et le

²²⁸ V. aussi, FISCHER, « Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshof zum Insolvenzrecht im Jahre 2002 », NZI 6/2003, 285 – GRAF/WUNSCH, « Gegenseitige Verträge im Insolvenzverfahren », *op. cit.*, 2120.

²²⁹ OLG Düsseldorf, 7.04.2005: EWIR 2005 (MOSESCHUS), 769.

²³⁰ GRAF v. WESTPHALEN, *Der Leasingvertrag*, *op. cit.*, Rn. 1533.

²³¹ Voir supra pour la base de calcul de l'enrichissement de la masse.

choix de l'administrateur²³². Dans un arrêt du 7 avril 2005, les juges de l'*Oberlandesgericht* de Düsseldorf avaient considéré qu'en cas de renonciation à la poursuite du contrat, le bailleur financier pouvait faire valoir une créance d'indemnité pour inexécution du contrat²³³, mais que cette créance était exclue du champ d'application du § 55 InsO et était soumise à déclaration conformément aux dispositions du § 38 InsO (*Insolvenzforderung*). Le *Bundesgerichtshof* a, quant à lui, accueilli la demande de révision de cet arrêt et précisé que l'administrateur devait rendre le bien dès l'ouverture de la procédure s'il renonçait à sa continuation, que l'indemnité pour privation de jouissance était en principe soumise à déclaration mais que lorsque le bien avait été utilisé par l'administrateur pendant cette période, la créance d'indemnité pour privation de jouissance avait la qualité de dette de la masse²³⁴.

152.- Contrairement à la situation en droit français, les créances de loyers échues pendant la phase de réflexion sont, en droit allemand, exclues du bénéfice du traitement préférentiel. Le maintien de la relation contractuelle imposé par le bailleur financier n'est pas compensé par le paiement à échéance des loyers. Cette solution a néanmoins le mérite de réduire le nombre de créances prioritaires, d'autant que le titulaire de l'option a pu renoncer à l'exécution du contrat faute de liquidités suffisantes. Il n'est donc pas utile d'alourdir le passif de l'entreprise avec ces créances.

B. La créance d'indemnité pour inexécution

153.- Contrairement au cas des créances de loyers échues pendant la période de réflexion, l'indemnité pour inexécution est expressément exclue du bénéfice du traitement préférentiel dans les deux systèmes juridiques étudiés. Le deuxième alinéa du § 103 InsO dispose très clairement « *si l'administrateur refuse d'exécuter le contrat, l'autre partie ne peut faire valoir une créance fondée sur l'inexécution, qu'en qualité de créancier de l'insolvabilité* ». En droit français, c'est l'article L. 622-13 V du Code de commerce qui

²³² OLG Düsseldorf, 7.04.2005: *EWIR* 2005, 769, Anm. MOSESCHUS.

²³³ OLG Düsseldorf, 7.04.2005: *EWIR* 2005, 769 Anm. MOSESCHUS – RUNKEL, commentaire de l'arrêt du OLG Köln, 2.12.2002: *EWIR* 2003, 715.

²³⁴ BGH, 1.03.2007: *NZM* 2007, 500.

dispose de façon non équivoque « *si l'administrateur n'utilise pas de la faculté de poursuivre le contrat (...), l'inexécution peut donner lieu à des dommages et intérêts au profit du cocontractant, dont le montant doit être déclaré au passif* ». Il en est de même de la créance de manque à gagner due en cas de renonciation spontanée du titulaire de l'option à la poursuite du contrat. Le contrat de location financière n'est pas résilié de plein droit lorsque le titulaire de l'option renonce à sa continuation. Dans un arrêt du 18 septembre 2007, les juges de la Cour de cassation ont précisé que « *la créance fondée sur le manque à gagner résultant de la renonciation par le mandataire judiciaire à la poursuite des contrats de crédit-bail équivaut à une créance au titre de la résiliation de ces contrats, exclue de la priorité de paiement instituée par l'article L. 621-32 du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, et doit être déclarée au passif de la procédure collective* »²³⁵.

154.- Dans ces deux systèmes, la question du régime juridique de l'indemnité pour inexécution se pose en raison, d'une part, de son montant qui peut se révéler élevé et, d'autre part, de son fait générateur qui se situe nécessairement après le jugement d'ouverture de la procédure collective. Si les deux systèmes juridiques ont choisi d'exclure l'indemnité pour inexécution du bénéfice du traitement préférentiel, ils adoptent en revanche des solutions opposées en ce qui concerne la détermination du montant de l'indemnité.

155.- En droit français, en effet, la dénonciation du contrat de location financière entraîne l'application des règles de droit commun. En vertu de ces règles, la dénonciation du contrat par le titulaire de l'option constitue un cas d'inexécution fautive par le débiteur, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ne constituant jamais un cas de force majeure. Il s'agit, par conséquent, d'une cause de résiliation anticipée du contrat qui, ou donnera lieu à une évaluation judiciaire du préjudice par le juge de droit commun,²³⁶ ou permettra le jeu de clauses contractuelles prévoyant une indemnité de résiliation. Cette indemnité est bien souvent calculée selon un mode de calcul établi dans la clause conventionnelle. Dans les contrats de location financière, ces clauses prévoient habituellement une indemnité

²³⁵ Cass. com. 18/09/2007, n° 06-13824; *Bull. Civ. IV*, n° 200.

²³⁶ P. ROUSSEL GALLE, *Les contrats en cours dans le redressement et la liquidation judiciaires, th. préc.*, p. 250.

égale, soit aux loyers restant à courir jusqu'à la date d'expiration du contrat, soit au quatre cinquièmes de ce loyer total, ce qui dans les deux cas, peut représenter une somme importante qui viendra s'ajouter au passif de l'entreprise si le terme du contrat est lointain²³⁷. Dans la mesure où ces clauses évaluent par avance et forfaitairement l'indemnité due en cas d'inexécution du débiteur, elles peuvent être considérées comme des clauses pénales au sens de l'article 1226 du Code Civil²³⁸. La Cour de cassation admet généralement cette qualification²³⁹. Conformément à l'article 1152 du Code Civil, le juge de droit commun a la faculté d'en réduire la portée si elle lui apparaît manifestement excessive²⁴⁰.

156.- En droit allemand, le calcul de l'indemnité peut aussi bien se faire de manière concrète ou abstraite selon les règles de droit commun. La méthode de calcul concrète consiste à faire le solde entre les avantages et les inconvénients liés à l'inexécution du contrat dans le cadre d'une comparaison d'ensemble de la situation pécuniaire. Dans la méthode abstraite, on calcule la différence avec la situation pécuniaire à un point donné de l'exécution du contrat, si ce dernier avait été normalement exécuté en considérant tous les avantages et inconvénients. Les dispositions des § 249 et suivants du BGB relatifs à la réparation des dommages s'appliquent à l'indemnité pour inexécution²⁴¹. En droit commun, le montant de la réparation du bailleur financier en cas de résiliation anticipée du contrat est limité à l'intérêt d'exécution (*Erfüllungsinteresse* ou *positives Interesse*), c'est-

²³⁷ G. VIRASSAMY, « Les clauses contractuelles aménageant l'après-contrat de crédit-bail résolu ou résilié », *JCP Ent.* 1992, 137.

²³⁸ D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, thèse Paris XII, 1990.

²³⁹ Cass. civ. 3ème 4/01/2006, n° 04-18642 : *Bull. Civ.* III, n° 6; Cass. com. 24/05/2005, n° 04-12369; les cours d'appel également, CA Dijon, 11/03/2003 : *Juris-Data* n° 2003-209013 ; *contra*, pourtant dans un contrat de crédit-bail immobilier, Cass. com. 27/06/2001, n° 00-11996 : *Bull. Civ.* IV, n° 85.

²⁴⁰ Cass. com. 10/12/1991, n° 90-11145 : *Bull. Civ.* IV, n° 378 : « *Attendu qu'en se prononçant ainsi, alors qu'aucun texte et spécialement l'article 37 alinéa 4 de la loi du 25 Janvier 1985 ne dispose que la clause déterminant le montant destiné à réparer le préjudice causé au bailleur en cas de résiliation de la convention serait réputée non écrite après le prononcé du redressement judiciaire du locataire et qu'une telle clause, dont les parties peuvent librement convenir lors de la signature du contrat sous réserve du pouvoir reconnu au juge par l'article 1152 alinéa 2 du Code Civil n'est pas contraire à la règle d'égalité des créanciers.* » - Cass. com. 5/07/1994, n° 92-19106 : *Bull. Civ.* IV, n° 253 : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la majoration des charges financières pesant sur la débitrice, résultant de l'anticipation de l'exigibilité des loyers dès la date de résiliation, a été stipulée à la fois comme un moyen de la contraindre à l'exécution et comme l'évaluation conventionnelle et forfaitaire du préjudice futur subi par le crédit-bailleur du fait de l'accroissement de ses frais ou risques, à cause de l'interruption des paiements prévus et qu'elle constitue une clause pénale susceptible de modération, en cas d'excès, la cour d'appel a violé le texte susvisé [art. 1152 al.2 du Code de commerce.* »

²⁴¹ *Münch. Komm.-InsO/Kreft*, § 103, Rn. 186.

à-dire qu'il ne peut se trouver dans une situation plus favorable que celle dans laquelle il se serait trouvé si le contrat de location financière avait été exécuté jusqu'à son terme²⁴². Le bailleur financier ne peut obtenir, dans le cadre de la procédure collective, plus que ce qu'il obtiendrait en dehors de celle-ci. Toute clause pénale est considérée, même en dehors de toute procédure, inefficace et le calcul de son préjudice se fera dès lors de manière abstraite. Les mêmes règles s'appliquent dans le cadre de la procédure collective²⁴³.

157.- Les règles de droit commun sont applicables en principe au calcul de l'indemnité pour inexécution que le bailleur financier est fondé à demander après la dénonciation du contrat aussi bien en droit allemand qu'en droit français. Le locataire ainsi que ses créanciers sont protégés contre une indemnité au montant excessif par la nécessité de limiter celle-ci au dommage d'inexécution, en droit allemand, et par le pouvoir modérateur du juge, en droit français.

158.- Conclusion de la section 1 : Les intérêts du bailleur financier sont, dès l'ouverture de la procédure collective, nécessairement sacrifiés au profit de l'intérêt collectif. Ils le sont encore davantage lorsque le titulaire de l'option renonce à l'exécution du contrat. Dans ce cas, en effet, il appartient au bailleur financier de déclarer les créances de loyers échues antérieurement à l'ouverture de la procédure alors qu'il a été, malgré l'inexécution antérieure du débiteur, maintenu dans le lien contractuel pendant la phase de réflexion. Ses intérêts sont encore davantage sacrifiés dans la procédure de droit allemand puisque les loyers échus pendant la phase de réflexion n'y bénéficient pas, contrairement à ce qui se passe dans la procédure de droit français, du traitement préférentiel. Non seulement, ces créances ne sont pas payées à échéance mais elles ne peuvent même pas être déclarées puisque les loyers ne sont, pendant cette période, pas opposables. Enfin, alors que le contrat de location financière est à nouveau régi par le droit commun dès la prise de position du titulaire de l'option, le préjudice est en principe calculé selon les règles du droit commun de la responsabilité civile. Le préjudice ne doit finalement représenter aussi bien en droit français qu'en droit allemand, que le réel préjudice subi par le bailleur financier du fait de la résiliation anticipée du contrat.

²⁴² GRAF Von WESTPHALEN, *Der Leasingvertrag*, op. cit., n° 1174.

²⁴³ GRAF Von WESTPHALEN, *Der Leasingvertrag*, op. cit., n° 1532.

SECTION 2 LA CONTINUATION DU CONTRAT DE LOCATION FINANCIÈRE

159.- Afin d'assurer la pérennité de l'activité et si les liquidités disponibles le permettent, le titulaire de l'option peut choisir d'exécuter le contrat de location financière. Celui-ci porte souvent sur les machines de production, la flotte automobile de l'entreprise ou encore sur les ordinateurs ou logiciels. Le bailleur financier ne peut alors, ni en droit français, ni en droit allemand, invoquer une éventuelle inexécution antérieure de la part du débiteur pour échapper à ses obligations. Il doit exécuter le contrat.

Le maintien de l'activité est non seulement nécessaire pour assurer la sauvegarde ou le redressement de l'entreprise mais également pour permettre le bon déroulement des opérations de liquidation et en particulier, la cession de l'entreprise débitrice. Cette dernière ne peut être envisagée sans le transfert des contrats du débiteur et notamment ceux portant sur les outils de production. Le contrat de location financière nécessaire au maintien de l'activité est par conséquent, directement concerné par une éventuelle cession.

160.- Il convient ici d'établir comment les intérêts du bailleur financier sont conciliés avec ceux de la procédure, dans les procédures de droit français et de droit allemand. Pour cela, nous comparerons la situation du bailleur financier pendant la période d'observation lorsque le contrat est continué (Sous-section 1) puis, dans le cadre de la cession de l'entreprise à l'issue de cette période (Sous-section 2).

SOUS-SECTION 1 LA CONTINUATION DU CONTRAT PENDANT LA PÉRIODE D'OBSERVATION

161.- Les sacrifices imposés au bailleur financier pendant la phase de réflexion ne peuvent être étendus au-delà de la décision du titulaire de l'option de continuer le contrat de location financière. A la suite de cette décision, il paraît indispensable d'offrir des garanties au bailleur financier contre une nouvelle inexécution de la part de son cocontractant d'autant que les risques sont aggravés par les difficultés de l'entreprise débitrice. Le maintien de l'activité de l'entreprise débitrice ne saurait, en effet, justifier la mise en difficultés de ses cocontractants²⁴⁴. Il est, par conséquent, indispensable de trouver l'équilibre entre les intérêts de l'entreprise en difficulté et ceux des cocontractants, en l'occurrence les intérêts du bailleur financier. Dans chacun des deux systèmes étudiés, la conciliation des intérêts en présence est soumise à l'application des règles de droit commun. Les obligations de chacune des parties doivent être exécutées conformément aux stipulations contractuelles initiales (I). L'inexécution de ses obligations par l'entreprise débitrice doit, dès lors, être sanctionnée (II).

I. L'exécution du contrat de location financière après la décision de continuation

162.- La décision du titulaire de l'option d'exécuter le contrat de location financière a des conséquences, d'une part, sur l'exécution du contrat (A) et d'autre part, sur le régime juridiques des créances de loyers (B).

A. L'état du rapport contractuel après la décision de continuation

163.- La continuation du contrat de location financière conduit avant tout à l'application de la loi du contrat. Dès lors, l'exécution du contrat de location financière se

²⁴⁴ V. sur ce point en droit français, P. ROUSSEL GALLE, *Les contrats en cours dans le redressement et la liquidation judiciaires*, th. préc., p. 261 et s.

déroule selon les conditions initialement prévues entre les parties (1). La question de l'efficacité de certaines clauses contractuelles dans le cadre de la procédure collective se pose néanmoins (2).

1. L'exécution du contrat aux conditions initiales

164.- La décision du titulaire de l'option de continuer le contrat oblige le cocontractant, en l'occurrence le bailleur financier, à exécuter le contrat sans pouvoir se prévaloir, le cas échéant, des manquements antérieurs du débiteur et ce, aussi bien en droit français qu'en droit allemand. En droit français, cette obligation est imposée par l'article L. 622-13 I du Code de commerce qui dispose « *le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture. Le défaut de ses engagements n'ouvre droit au profit des créanciers qu'à déclaration du passif* »²⁴⁵. En droit allemand, ce sont les dispositions du § 105 InsO qui prévoient que « *si les prestations à accomplir sont divisibles et que l'autre partie a déjà au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité partiellement exécuté celle à laquelle elle était obligée, elle est dès lors dans la mesure du montant de la créance correspondant à sa prestation partielle, créancière de l'insolvabilité pour la contreprestation même si l'administrateur de l'insolvabilité demande l'exécution de la prestation qui reste à recouvrer* ».

165.- Les deux systèmes juridiques étudiés empêchent le bailleur financier de subordonner, le cas échéant, l'exécution de ses obligations au paiement de loyers qui n'auront pas été payés par le débiteur avant l'ouverture de la procédure. En l'absence de telles dispositions, le bailleur financier pourrait, en effet, échapper à ses obligations puisque le titulaire de l'option ne peut pas procéder au paiement de créances antérieures à l'ouverture de la procédure, aussi bien en droit français qu'en droit allemand. Le bailleur financier pourrait, dès lors, résilier le contrat et priverait la procédure de la jouissance d'un

²⁴⁵ Dans le cadre de la sauvegarde. Le régime est le même sur renvoi de l'article L. 631-14 du Code de commerce dans le cadre du redressement, de l'article L. 641-10 du Code de commerce dans le cadre de la liquidation et enfin, sur renvoi de l'article L. 627-2 du Code de commerce dans le cadre d'une procédure sans administrateur.

bien nécessaire à la pérennité de l'activité. En outre, admettre une telle pratique conduirait à une rupture d'égalité entre les créanciers.

166.- L'exécution du contrat par le bailleur financier suppose l'exécution par le titulaire de l'option des obligations réciproques prévues au contrat. Le bailleur financier est déjà, le cas échéant, contraint de renoncer au paiement d'une partie de la créance de loyers antérieurs et on ne peut raisonnablement exiger de sa part un nouveau sacrifice.

167.- En droit français, l'article L. 622-13 II du Code de commerce dispose « *l'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur* »²⁴⁶. Dans le cadre du contrat de location financière, il appartient au titulaire de l'option de payer les créances de loyers échues après la décision de continuer le contrat, à échéance²⁴⁷.

La détermination de la première échéance peut poser problème. L'ouverture de la procédure peut en effet avoir lieu entre deux échéances prévues au contrat. Il est, dès lors, nécessaire de déterminer quelle partie de ce loyer situé à la fois sur la période antérieure et la période postérieure est à payer à échéance. La chambre commerciale de la Cour de cassation a précisé dans un arrêt du 28 mai 2002 que « *la redevance prévue par un contrat à exécution successive poursuivi par l'administrateur est une créance de la procédure pour la prestation afférente à la période postérieure au jugement d'ouverture et constitue une créance née postérieurement au jugement d'ouverture pour la prestation afférente à la période antérieure à ce jugement et soumise à déclaration au passif peu important la date à laquelle la redevance est devenue exigible* »²⁴⁸. Le loyer étant dû pour la disposition du bien loué, il est nécessaire d'opérer alors une ventilation de la somme due selon la période d'utilisation du bien. Il appartient dès lors au titulaire de l'option de payer uniquement le montant correspondant à la contrepartie de la jouissance postérieure au jugement d'ouverture.

²⁴⁶ Et sur renvoi, dans le cadre du redressement, de l'article L. 631-14, dans le cadre de la liquidation, de l'article L. 641-10 et en l'absence d'administrateur, l'article L. 627-2 du Code de commerce.

²⁴⁷ B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, op. cit., n° 1364 (à propos du bail mais la solution est transposable au contrat de location financière).

²⁴⁸ Cass. com. 28/05/2002, n° 99-12275: *Bull. Civ.IV*, n° 9; *LPA* 2002, n° 253, p. 18, note J.-L. COURTIER.

168.- Les solutions retenues en droit allemand sont identiques. Conformément au § 103 I InsO, l'administrateur de l'insolvabilité exécute le contrat à la place du débiteur qui perd son pouvoir de disposition (*Verfügungsbefugnis*) dès l'ouverture de la procédure. La formulation de ce paragraphe sous-entend que le contrat est exécuté dans les conditions prévues initialement²⁴⁹. Le contenu du rapport contractuel reste le même qu'au moment de l'ouverture de la procédure. L'administrateur de l'insolvabilité qui se substitue au débiteur dans le rapport contractuel ne dispose pas de plus de droits que n'en avait le débiteur²⁵⁰. L'administrateur de l'insolvabilité doit, par conséquent, payer le bailleur financier selon les échéances prévues au contrat²⁵¹.

2. Le maintien des clauses contractuelles initiales

169.- Le bailleur financier a pu insérer, au moment de la conclusion du contrat, des clauses contractuelles dont l'application peut se heurter aux principes gouvernant les procédures collectives. Ce sera par exemple le cas d'une clause pénale, de clauses résolutoires, attributives de compétence ou encore compromissaires. Ces clauses sont-elles efficaces après la décision du titulaire de l'option de continuer le contrat ?

170.- L'efficacité des clauses pénales²⁵² après la décision du titulaire de l'option de continuer le contrat ne soulève pas de difficultés dans les deux systèmes juridiques étudiés. Dans cette hypothèse, en effet, la clause pénale joue le même rôle que celui qui lui est attribué en dehors d'une procédure collective, à savoir contraindre le débiteur à exécuter le contrat. La clause n'a pas pour finalité de contourner l'exercice de l'option, raison pour laquelle elle est privée d'efficacité en droit allemand en cas de dénonciation du contrat.

171.- En revanche, le contentieux relatif à l'application des clauses compromissaires et des clauses attributives de compétence est relativement important.

²⁴⁹ *Frankf.komm.-InsO/Wegener*, § 103, Rn.67.

²⁵⁰ *Münch.Komm.-InsO/Kreft*, § 103, Rn. 164.

²⁵¹ BGH, 6.05.2004: *NZI* 2004, 435.

²⁵² Cass. com. 10/12/1991, n° 90-11145: *Bull. Civ. IV*, n° 378 – Cass. com. 30/03/1993, n° 91-15318 : *Bull. Civ. IV*, n° 135.

Dans le cadre de la procédure collective, il paraît plus aisé de donner compétence au tribunal qui a ouvert la procédure pour traiter de tous les litiges dans lesquels le débiteur failli est impliqué afin notamment d'accélérer la procédure. Ce regroupement des intérêts est d'autant plus important si le litige est international, notamment si une clause stipulée au contrat donne compétence à un tribunal se situant dans un pays autre que celui dans lequel la procédure a été ouverte. Il est, par conséquent, nécessaire de déterminer quelles sont les conditions d'application des clauses compromissoires et attributives de compétence après la décision du titulaire de l'option de continuer le contrat.

172.- En matière de clauses attributives de compétence, la Cour de cassation française a rendu ses décisions sur le fondement de l'article 174 du décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985 relatif au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises²⁵³, dont le contenu a été repris dans l'article R. 662-3 du Code de commerce qui dispose désormais : « *Sans préjudice des pouvoirs attribués en premier ressort au juge-commissaire, le tribunal saisi d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaires connaît de tout ce qui concerne la sauvegarde, le redressement ou la liquidation judiciaires, l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, la faillite personnelle ou l'interdiction prévue à l'article L. 653-8, à l'exception des actions en responsabilité civile exercées à l'encontre de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du commissaire à l'exécution du plan ou du liquidateur qui sont de la compétence du tribunal de grande instance* ».

173.- Le critère retenu par les tribunaux français pour décider de l'application ou non de la clause attributive de compétence est celui du lien existant entre le litige et la procédure collective et plus particulièrement de « l'influence juridique » de la procédure sur le litige²⁵⁴. Ce critère consiste à rechercher si le problème se serait posé aux juges dans les mêmes termes si le débiteur n'avait pas été soumis à la procédure²⁵⁵. Les tribunaux déterminent si le litige entre ou non dans le domaine de compétence exclusive du tribunal qui a ouvert la procédure collective. La chambre commerciale de la Cour de Cassation a,

²⁵³ Cass.com. 6/06/199, n° 92-18439 ; Cass.com. 5/02/2008, n° 07-14794: *Rev. Proc. coll.* 2008, p. 57, comm. S. GORRIAS ; *Proc.* 2008, 116, comm. B. ROLLAND.

²⁵⁴ Et non de l'influence directe de la procédure sur le litige, v. Cass. com. 2/10/2007, n° 06-17104 : *JCP Ent.* 2008, 175, comm. C. LEBEL.

²⁵⁵ A. HONORAT, note sous arrêt Cass. com. 6/06/1995, n° 93-14356 : *D.* 1995, p. 307.

dans un arrêt du 20 juin 2000²⁵⁶, retenu qu'une cour d'appel ne pouvait écarter l'application d'une clause attributive de compétence en retenant l'influence juridique de la procédure collective sur le litige né d'un contrat antérieur à l'ouverture de la procédure collective alors qu'elle avait constaté que le cocontractant du débiteur ne pouvait ignorer l'existence et la continuation du contrat, d'où il résultait que la contestation n'était pas née de la procédure collective qui n'exerçait pas une influence juridique sur la solution du litige.

174.- La solution s'inscrit dans une position constante de la Chambre commerciale de la Cour de Cassation. Elle avait, notamment, censuré les juges du fond qui avaient retenu la compétence de la juridiction désignée par la clause attributive de compétence du contrat de concession, relevant que « *les dispositions de l'article 174 du Décret du 27 décembre 1985 ne sauraient concerner une action liée à la rupture du contrat dont le redressement puis la liquidation ne sont que l'occasion* » sans rechercher comme elle aurait dû si la résiliation du contrat par le concédant n'avait pas été unilatéralement décidée du seul fait du redressement judiciaire de la société concessionnaire²⁵⁷. La Cour de Cassation ne consent donc à l'application des clauses attributives de compétence que si elle estime que les litiges ne relèvent pas de la compétence exclusive du tribunal ayant ouvert la procédure collective, donnant à l'article R. 662-3 du Code de commerce un caractère d'ordre public. Cette solution a pour objectif d'assurer la centralisation de tous les litiges concernant la procédure collective afin de faciliter et d'accélérer son règlement²⁵⁸.

175.- En droit allemand également, les clauses attributives de compétence sont efficaces selon les dispositions du § 40 ZPO sauf lorsque le tribunal de l'insolvabilité a une compétence matérielle exclusive. Dans le cadre des procédures d'insolvabilité, le tribunal de l'insolvabilité a compétence exclusive pour ouvrir la procédure mais également pour admettre les créances déclarées par les créanciers. A la différence du droit français, le contentieux allemand est peu abondant en matière de clauses attributives de compétence.

²⁵⁶ Cass. com. 20/06/2000, n° 97-18204; *Bull. civ.* IV, n° 130.

²⁵⁷ Cass. com. 6/06/1995, n° 92-18439.

²⁵⁸ P. ANCEL, « Arbitrage et procédures collectives », *Rev. Dr. Arb.* 1983, p. 255.

176.- Lorsque le contrat de location financière est international, la clause attributive de compétence peut prévoir la compétence d'un tribunal situé dans le pays de localisation du siège du bailleur financier. Le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale dit Bruxelles I n'est, en principe, pas applicable aux procédures d'insolvabilité. Celles-ci font l'objet d'un règlement spécial. Il s'agit du règlement (CE) n°1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. Selon ce règlement, la décision d'ouverture d'une procédure collective est reconnue dans les autres Etats membres dès qu'elle produit ses effets dans l'Etat d'ouverture et produit sans aucune autre formalité dans les autres Etats membres les effets que lui attribue la loi de l'Etat d'ouverture, sauf en cas de disposition contraire. Quant aux décisions ultérieures prises au cours d'une procédure, elles sont soumises aux règles de reconnaissance et d'exécution prévues par le Règlement Bruxelles I. La Cour de Justice des Communautés européennes a, dans un arrêt du 10 septembre 2009, précisé les limites du champ d'application de ces deux règlements en interprétant notamment les critères posés par le règlement n°1346/2000 et commandant son application : *« qui dérivent directement de la procédure d'insolvabilité et qui s'y insèrent étroitement »*²⁵⁹. L'application de la Convention de Bruxelles, reprise dans le règlement Bruxelles I, était uniquement exclue pour les actions *« ayant un lien suffisamment étroit avec la procédure collective »*. La Cour de justice a alors décidé que dans le cas d'espèce qui lui était soumis, l'action portant sur la clause de réserve de propriété constituait *« une action autonome, ne trouvant pas son fondement dans le droit des procédures d'insolvabilité et ne requérant ni l'ouverture d'une procédure de ce type ni l'intervention d'un syndic »*²⁶⁰.

177.- Dès lors que le tribunal considère que l'action n'est pas accessoire aux procédures collectives, le règlement Bruxelles I est applicable pour déterminer l'efficacité de la clause. L'article 23 du règlement Bruxelles I dispose : *« Si les parties, dont l'une au moins a son domicile sur le territoire d'un Etat membre, sont convenues d'un tribunal ou de tribunaux d'un Etat membre pour connaître des différends nés ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé, ce tribunal ou les tribunaux de cet Etat membre sont compétents. Cette compétence est exclusive, sauf convention contraire des parties »*. La

²⁵⁹ CJCE 10/09/2009, C-292/08, D. 2009, p. 2782, note J.-L. VALLENS.

²⁶⁰ Point 32 de l'arrêt CJCE, 10/09/2009, C- 292/08.

lecture de cet article suggère que dans la mesure où les parties peuvent prévoir une clause attributive de compétence dans les actions soumises au règlement Bruxelles I, la clause insérée dans le contrat de location financière trouvera application lorsque le litige entre dans le domaine d'application Bruxelles I. Les actions liées à l'exécution du contrat continué ne constituent pas des actions accessoires aux procédures collectives. Dès lors, la clause attributive de compétence, à condition d'être efficace, doit être appliquée²⁶¹.

178.- Le contentieux relatif à l'efficacité des clauses compromissoires est lui aussi relativement abondant. En droit français, il est généralement admis que le titulaire de l'option est tenu de respecter les clauses compromissoires valablement passées avant le jugement d'ouverture²⁶². Cette solution est constante. Dans un arrêt du 19 juillet 1982 déjà, les juges de la Cour de cassation avait censuré un arrêt de cour d'appel qui retenait l'influence juridique du règlement judiciaire sur la contestation au motif « *qu'en se déterminant ainsi, alors que le syndic d'un règlement judiciaire ou d'une liquidation des biens use de la faculté de poursuivre l'exécution d'un contrat, il doit le faire avec tous les droits et les obligations qui s'y attachent, ce qui implique l'observation d'une clause compromissoire s'il en a été stipulé, la cour d'appel a violé [l'article 38 de la loi du 13 juillet 1967]* »²⁶³. Cette solution correspond à celle retenue en droit allemand. La clause compromissoire insérée dans le contrat continué reste en principe efficace²⁶⁴. Par conséquent, les litiges nés à l'occasion de l'exécution du contrat poursuivi seront soumis au tribunal arbitral.

²⁶¹ CA Paris, 1^{ère} ch., 1/04/2010, n° rôle 10/00360 : Dans cet arrêt, les juges relevaient que « *si l'article 1^{er} du Règlement (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 (...)exclut de son champ d'application les faillites, cette exclusion ne s'applique aux actions accessoires aux procédures collectives que si elle dérivent directement de la faillite et s'insèrent étroitement dans le cadre d'une liquidation des biens ou d'un règlement judiciaire ; que contrairement à ce que soutient [le cocontractant], tel n'est pas le cas d'une action en recouvrement de créance introduite pour la société en redressement judiciaire par le commissaire à l'exécution du plan de cession* ».

²⁶² Sous le régime de la loi du 13 juillet 1967, Cass. com. 4/02/1986, n° 84-16565: *Bull. civ. IV*, n° 3 ; sur la reprise de cette solution sous le régime de la loi du 25 janvier 1985, P. ANCEL, « Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985 », *Rev. arb.* 1987, p. 127 s.

²⁶³ Cass. com. 19/07/1982, n° 80-17183 : *Bull. civ. IV*, n° 280 ; à ce propos, P. ANCEL, « Arbitrage et procédures collectives », *Rev. arb.* 1983, p. 255 s.

²⁶⁴ BGH, 20.11.2003 : *ZInsO* 2004, 88 ; solution confirmée par BGH, 17.01.2008: *SchiedsVZ* 2008, 148.

B. Les conséquences de la décision de continuer le contrat sur les créances de loyers

179.- L'ouverture de la procédure a, en droits français et allemand, des effets différents sur les droits issus du contrat de location financière. En présence d'une décision de continuation du contrat, le régime juridique applicable aux créances de loyers échues pendant la phase de réflexion doit donc être analysé comme cela a été fait dans l'hypothèse précédente de dénonciation du contrat (1). L'exécution du contrat fait également naître de nouvelles créances de loyers dont il convient de préciser le régime juridique (2).

1. La créance de loyers échus pendant la phase de réflexion

180.- Le régime juridique des créances de loyers échues pendant la phase de réflexion ne pose pas de difficultés, en droit français. Contrairement à l'hypothèse dans laquelle le titulaire de l'option renonce à l'exécution du contrat, rien ne s'oppose ici à ce que ces loyers bénéficient du traitement préférentiel prévue par les dispositions de l'article L. 622-17 du Code de commerce. Le titulaire de l'option dispose, en effet, de liquidités suffisantes pour continuer le contrat et ce dernier se révèle nécessaire au bon déroulement de la procédure, sinon le titulaire de l'option n'en aurait pas demandé l'exécution. En outre, l'ordonnance de 2008 est venue supprimer toute référence à l'activité professionnelle.

181.- En droit allemand, les loyers échus pendant la phase de réflexion bénéficient également du traitement préférentiel si le contrat est continué. Le mécanisme est toutefois assez original. Dans la procédure de droit allemand, en effet, les contrats sont suspendus dès l'ouverture de la procédure c'est-à-dire que les droits qui en sont issus deviennent inopposables (*nicht durchsetzbar*)²⁶⁵, contrairement au droit français selon lequel les contrats sont simplement « mis en attente ». Si le titulaire de l'option exige l'exécution du contrat, celui-ci reprend son cours. Néanmoins, cette reprise ne se fait pas seulement pour l'avenir, elle est rétroactive. Par conséquent, les créances de loyers échues pendant la phase de réflexion bénéficient du même régime juridique que les loyers échus à l'issue de la prise

²⁶⁵ Voir Infra, sur le régime des créances de loyers échus entre l'ouverture de la procédure et l'exercice de l'option par l'administrateur de l'insolvabilité.

de position du titulaire de l'option. Toutes ces créances ont la qualité de dettes de la masse au sens du § 55 InsO²⁶⁶. Il appartient dès lors au titulaire de l'option de payer les loyers conventionnellement prévus, à compter de l'ouverture de la procédure.

182.- L'identité des solutions française et allemande quant au régime juridique applicable aux créances de loyers échues pendant la phase de réflexion se justifie par la volonté de compenser le sacrifice imposé au bailleur financier à l'ouverture de la procédure. Le paiement à échéance des loyers échus pendant la phase de réflexion est, en effet, le gage d'une bonne coopération future avec le bailleur financier.

2. Les créances de loyers échues après la prise de position du titulaire de l'option

183.- En droit français, la décision du titulaire de l'option de continuer le contrat emporte application de l'article L. 622-17 I du Code de commerce selon lequel « *Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, pendant cette période, sont payées à leur échéance* »²⁶⁷. En vertu de cet article, les loyers postérieurs à la décision du titulaire de l'option doivent être payés à échéance. Le bailleur financier jouit d'une position favorable d'autant que l'article L. 622-17 II ajoute « *Lorsqu'elles ne sont pas payées à leur échéance, ces créances sont payées par privilège avant toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou sûretés, à l'exception de celles garanties par le privilège établi aux articles L. 143-10, L. 143-11, L. 742-6 et L. 751-15 du Code du travail, des frais de justice nés régulièrement après le jugement pour les besoins du déroulement de la procédure et de celles garanties*

²⁶⁶ Münch.Komm.-InsO/ Kreft, § 103, Rn. 39.

²⁶⁷ Dans le cadre de la sauvegarde. Cet article est également applicable à la procédure de redressement judiciaire en vertu du renvoi opéré par l'article L. 631-14-I. En ce qui concerne la liquidation judiciaire, c'est l'article L. 641-13-I du Code de commerce qui est applicable et celui-ci dispose : « *Les créances nées régulièrement après le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire ou dans ce dernier cas, après le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire qui l'a précédée, pour les besoins du déroulement de la procédure, pour les besoins, le cas échéant, de la période d'observation antérieure, ou en raison de la prestation fournie au débiteur, pour son activité professionnelle postérieure à l'un de ces jugements, sont payées à leur échéance (...).* »

par le privilège établi par l'article L. 611-11 du Code de commerce »²⁶⁸. Ces créances sont en principe payées, sauf dans les cas de faillites à répétition.

184.- En droit allemand, le traitement des créances postérieures est régi par les dispositions des §§ 53 et 55 InsO. Selon le § 53, « [l]es dépens de la procédure d'insolvabilité et les autres dettes de la masse sont à payer par priorité sur la masse de l'insolvabilité ». L'expression « masse de l'insolvabilité » désigne ici l'actif patrimonial du débiteur failli. Le § 55 Nr. 2 InsO précise quant à lui : « [Sont dettes de la masse celles] qui naissent des contrats synallagmatiques, dans la mesure où leur exécution est demandée sur la masse de l'insolvabilité ou doit survenir dans la période qui suit l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ». Il résulte de la combinaison des §§ 53 et 55 Nr. 2 InsO que les créances résultant de la poursuite des contrats en cours doivent être payées en priorité sur la masse de l'insolvabilité²⁶⁹. L'administrateur de l'insolvabilité ayant demandé l'exécution du contrat, les loyers échus à compter de la prise de position de l'administrateur bénéficient du traitement préférentiel. Le contrat étant exécuté selon les conditions initiales, les loyers sont payés à échéance.

185.- La question de l'application des dispositions des §§ 53, 55 InsO aux loyers échus postérieurement à la décision sur la continuation du contrat a néanmoins été discutée. M. Eckert²⁷⁰ soutient qu'il s'agit en fait de créances soumises à déclaration. Il s'appuie, tout d'abord, sur un arrêt du 14 décembre 1989 rendu par le *Bundesgerichtshof* dans lequel la Cour avait considéré que les loyers résultant d'un contrat de location financière représentaient non seulement la rémunération de la jouissance du bien laissé au preneur, mais aussi la rémunération pour la prestation de financement du bailleur financier²⁷¹. D'après cette décision, le bailleur financier ne serait pas uniquement dans l'obligation d'assurer la jouissance paisible de la chose louée au preneur, ce qui selon M. Eckert ne constituerait qu'une obligation secondaire (*Nebenpflicht*). La prestation principale du bailleur financier consisterait à produire ou à acquérir le bien, à le financer

²⁶⁸ La formulation de l'article L. 641-13-II du Code de commerce est pratiquement identique à celle de l'article L. 622-17 II du Code de commerce.

²⁶⁹ *Münch.Komm.-InsO/Huber*, § 103, Rn. 165.

²⁷⁰ ECKERT, « Leasingraten – Masseschulden oder Konkursforderungen? », *ZIP* 1997, 2077 et s.

²⁷¹ « [Leasingraten sind] nicht nur das Entgelt für eine zeitlich begrenzte Nutzungsüberlassung, sondern zugleich für die vom Leasinggeber erbrachte Finanzierungsleistung ».

puis à le remettre au preneur. Celle-ci serait, par conséquent, exécutée dès la remise de la chose au locataire et, ainsi antérieurement à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

186.- M. Eckert invoque également le § 105 InsO selon lequel « (...) *l'autre partie n'est pas habilitée à exiger de la masse de l'insolvabilité, du fait de l'inexécution de la contreprestation à laquelle elle a le droit, la restitution d'une prestation partielle effectuée au profit du patrimoine du débiteur avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité* ». L'auteur considère que cette disposition doit trouver application dans le cadre du contrat de location financière. En vertu du § 105 InsO, le bailleur financier ne pourrait pas réclamer les loyers dus par le locataire après la décision de l'administrateur de continuer le contrat dans la mesure où ils constitueraient la contrepartie de l'obligation principale du bailleur financier, exécutée avant l'ouverture de la procédure.

187.- Ce dernier argument est toutefois peu convaincant. La volonté du législateur de soumettre le contrat de location financière à la décision sur les contrats en cours, n'avait pas pour but de priver le bailleur financier de toute protection. La solution proposée par M. Eckert conduirait à priver le bailleur financier de la possibilité de prétendre au paiement des créances dont il dispose à l'encontre du débiteur failli après l'ouverture de la procédure et également de celle de résilier le contrat pour retard dans le paiement des loyers.

188.- La position de M. Eckert ne fait pas l'unanimité auprès des auteurs allemands. Ces derniers relèvent que la production ou l'acquisition du bien loué ne sont que des actes préalables que le bailleur financier doit accomplir pour pouvoir exécuter ensuite son obligation principale à savoir la concession d'usage pour une période conventionnellement prévue. Les prestations que constituent la concession d'usage et les loyers sont réciproques. Une telle interprétation permet de justifier la séparation entre les loyers échus avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité qualifiés de créances simples soumises à déclaration et ceux échus après l'ouverture de cette procédure que le bailleur financier peut faire valoir comme dettes de la masse au sens du § 55 InsO²⁷².

²⁷² *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung/Sinz*, «Leasing und Factoring im Insolvenzverfahren», p. 403 s., Rn. 37.

189.- Les loyers échus après la décision du titulaire de l'option de continuer le contrat bénéficient dans les deux systèmes juridiques étudiés du traitement préférentiel. Ce traitement préférentiel assure un équilibre entre les sacrifices imposés au bailleur financier qui devra, le cas échéant, renoncer à une partie de la créance de loyers antérieurs et les intérêts de l'ensemble des créanciers qui profitent indirectement de l'exécution de ce contrat indispensable à la pérennité de l'activité. En droit allemand, la situation contraste encore davantage avec celle qui se présente en cas de dénonciation du contrat puisque les loyers échus pendant la phase de réflexion bénéficient également du traitement préférentiel. Outre le bénéfice du traitement préférentiel, certaines garanties sont accordées au bailleur financier pour assurer la bonne exécution du contrat continué.

II. Les garanties du bailleur financier en cas d'inexécution du contrat continué

190.- Les garanties offertes au bailleur financier sont celles du droit commun applicable au contrat continué. Une nouvelle inexécution du contrat par le débiteur entraîne sa résiliation (A). Le bailleur financier peut, en outre, engager la responsabilité du titulaire de l'option, si l'inexécution se révèle fautive (B).

A. La résiliation pour inexécution du contrat de location financière continué

191.- Le législateur français a mis à la charge du titulaire de l'option l'obligation de mettre fin au contrat de manière préventive s'il s'aperçoit qu'il ne pourra respecter la prochaine échéance. Cette obligation n'a pas d'équivalent en droit allemand. En revanche, le droit commun s'appliquant dès la décision de continuer le contrat, les deux systèmes juridiques sanctionnent le défaut de paiement par la résiliation.

1. La résiliation volontaire et préventive du contrat de location financière

192.- Le titulaire de l'option ne peut au moment de sa prise de décision raisonnablement être certain de disposer des fonds suffisants pour exécuter le contrat jusqu'à son terme. L'article L. 622-13 II alinéa 2 du Code de commerce dispose « (...) Au

vu des documents provisionnels dont il dispose, l'administrateur s'assure, au moment où il demande l'exécution, qu'il disposera des fonds nécessaires à cet effet. S'il s'agit d'un contrat à exécution ou paiement échelonnés dans le temps, l'administrateur y met fin s'il lui apparaît qu'il ne disposera pas des fonds nécessaires pour remplir les obligations du terme suivant »²⁷³.

193.- La lecture de cette disposition laisse croire *a priori* qu'il ne s'agit que d'une faculté offerte au titulaire de l'option. Ce dernier peut mettre fin au contrat en l'absence de fonds suffisants pour procéder au paiement de la prochaine échéance de loyer. Pourtant, il apparaît au vu du contentieux concernant la mise en jeu de la responsabilité du titulaire de l'option pour ne pas avoir exercé « cette faculté », qu'elle n'en est finalement pas une²⁷⁴. Cette obligation ne consiste toutefois pas en une réitération de l'option à chaque échéance. Le titulaire de l'option ne peut pas décider de mettre fin au contrat parce qu'il estime que celui-ci n'est plus nécessaire à la poursuite de l'activité.

194.- L'obligation qui incombe au titulaire de l'option de mettre fin au contrat préventivement s'il s'aperçoit qu'il ne disposera pas des fonds suffisants pour exécuter le contrat à la prochaine échéance, n'a pas d'équivalent en droit allemand dans le cadre d'un contrat de location financière mobilier. Un paragraphe de l'*Insolvenzordnung* fait écho à la résiliation préventive de l'article L. 622-13 du Code de commerce. Le § 109 InsO dispose ainsi « *l'administrateur de l'insolvabilité peut résilier un contrat de bail ou de fermage portant sur un immeuble ou des locaux et conclu par un débiteur en qualité de locataire ou de fermier, sans considération de la durée prévue pour le contrat par les parties à condition de respecter le délai de préavis légal. Si l'administrateur résilie le contrat en vertu de la phase 1, l'autre partie peut exiger des dommages et intérêts pour rupture anticipée du contrat, en qualité de créancier de la procédure* ».

²⁷³ Et sur renvoi, dans le cadre du redressement, l'article L. 631-14, de la liquidation, l'article L. 641-10 et en l'absence d'administrateur, l'article L. 627-2 du Code de commerce.

²⁷⁴ P. ROUSSEL GALLE, *Les contrats en cours dans le redressement et la liquidation judiciaires, th. préc.*, p. 294 s. ; pour un exemple dans lequel la responsabilité de l'administrateur a été retenue, v. Cass, com. 26/05/1998, n° 96-15820; CA Paris, Ch. 16, Section A, 26/09/2001, Juris-Data n° 2001-161172; Cass. com. 26/11/2002, n° 01-11437; CA Paris, 1^{ère} ch., pôle 2, 29/06/2011, n° rôle 10/00512; et sur le rejet de la responsabilité de l'administrateur, Cass. com. 8/07/2003, n° 00-17819; CA Grenoble 25/06/2006, Juris-Data n° 2003-249589.

195.- La question de l'application du § 109 InsO aux contrats de *leasing* mobiliers a bien sûr été soulevée. Néanmoins, ce paragraphe est étroitement lié au § 108 InsO qui prévoit la continuation de plein droit des contrats de bail et de fermage immobiliers à l'ouverture de la procédure. On peut, dès lors, raisonnablement douter de son application aux contrats de bail et, par extension, de *leasing* mobiliers²⁷⁵. Par conséquent, l'administrateur de l'insolvabilité qui exige l'exécution du contrat de location financière doit s'assurer à peine de responsabilité qu'il disposera des fonds nécessaires pour assurer l'exécution du contrat pendant toute la durée de la procédure. L'administrateur se trouve donc devant un choix difficile. Soit il renonce à l'exécution du contrat, réduisant considérablement les chances de redressement de l'entreprise, soit il s'expose à la mise en jeu de sa responsabilité.

196.- L'obligation imposée au titulaire de l'option de résilier préventivement le contrat a pour but, non pas d'accorder le pouvoir au titulaire de l'option de mettre fin au contrat de manière discrétionnaire mais de protéger le cocontractant, en l'occurrence le bailleur financier, des conséquences d'une nouvelle inexécution. Pour l'entreprise débitrice, la mise en œuvre de la résiliation préventive du contrat évite une inexécution du contrat ainsi que les sanctions qui y sont attachées, à savoir la résiliation de plein droit et éventuellement la fin de la période d'observation conformément aux dispositions de l'article L. 622-13 III 2° du Code de commerce.

2. La résiliation sanction de l'inexécution du contrat continué

197.- Si le contrat de location financière est continué, le droit commun s'applique dès la prise de position du titulaire de l'option. Par conséquent, le bailleur financier doit pouvoir obtenir la résiliation du contrat en cas d'inexécution du contrat par le titulaire de l'option.

198.- Dans le droit français de la faillite, la résiliation en pareil cas n'est pas judiciaire contrairement aux dispositions de l'article 1184 du Code civil qui devraient s'appliquer ici. Le contrat de location financière est, en cas d'inexécution, résilié de plein

²⁷⁵ KÜBLER/PRÜTTING/Tintelnot, § 103, Rn. 82.

droit selon les dispositions de l'article L. 622-13 III 2° du Code de commerce sauf si le bailleur financier consent à poursuivre les relations contractuelles. Ce dernier peut préférer poursuivre le contrat notamment si une cession de l'entreprise est envisagée.

199.- En droit allemand, en revanche, la résiliation intervient dans les conditions de droit commun. En cas de retard dans le paiement des loyers, le bailleur financier peut résilier le contrat sans être paralysé par les dispositions du § 112 InsO qui interdit uniquement la résiliation d'un contrat de location (ou de fermage) après la demande d'ouverture de la procédure fondée sur un défaut de paiement de loyer antérieur à cette demande d'ouverture²⁷⁶.

200.- Le bailleur financier est fondé à demander réparation pour la résiliation anticipée du contrat de location financière. Dans la mesure où le contrat a régulièrement été poursuivi, la question de la nature juridique de cette créance dont le fait générateur est postérieur à la prise de position du titulaire de l'option se pose nécessairement. Alors que cette créance est, en droit français, expressément exclue du bénéfice du traitement préférentiel selon l'article L. 622-17 III 2° du Code de commerce, le bailleur financier, en droit allemand, dispose au contraire d'une créance de réparation privilégiée²⁷⁷.

201.- Les garanties offertes au bailleur financier en cas d'inexécution du contrat par le titulaire de l'option ont, en droits français et allemand, des aspects assez différents. Le droit commun s'applique au contrat afin de redonner confiance au bailleur financier. Par conséquent, chacun des deux systèmes étudiés sanctionne l'inexécution par la résiliation du contrat, qu'elle soit ou non de plein droit. Le législateur français renforce toutefois cette garantie par l'obligation imposée au titulaire de l'option de résilier préventivement le contrat si les fonds dont il dispose sont insuffisants. L'absence d'une obligation comparable est largement compensée en droit allemand par l'octroi du bénéfice du traitement préférentiel à la créance d'indemnité pour résiliation anticipée. Si cette solution se révèle favorable au bailleur financier, elle risque cependant d'alourdir significativement le passif de la procédure qui manque déjà de fonds. Ceci explique certainement que

²⁷⁶ *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung /Sinz*, «Leasing und Factoring im Insolvenzverfahren», *op. cit.*, Rn. 25.

²⁷⁷ *Ibid.*

l'administrateur de l'insolvabilité allemand demande rarement en pratique l'exécution du contrat de location financière, d'autant que sa responsabilité risque d'être mise en jeu en cas d'inexécution ultérieure du contrat.

B. La mise en jeu de la responsabilité du titulaire de l'option

202.- Dans les deux systèmes juridiques, la continuation du contrat de location financière oblige le titulaire de l'option à exécuter le contrat aux conditions initiales prévues par les parties, sanctionnant certains de ses manquements par l'engagement de sa responsabilité.

203.- Il ressort de l'article L. 622-13 du Code de commerce que le titulaire de l'option doit, d'une part, payer les loyers à échéance à partir de sa décision de continuer le contrat et d'autre part, s'assurer qu'il pourra remplir les obligations issues du contrat de location financière sous peine d'engager sa responsabilité²⁷⁸. Pour cela, il doit, au moment d'exercer l'option, examiner les documents prévisionnels de l'entreprise dont il dispose afin d'avoir la certitude de pouvoir honorer les obligations contractuelles²⁷⁹. Par la suite, il doit s'assurer qu'il dispose des fonds suffisants pour payer la prochaine échéance de loyers²⁸⁰, dans la mesure où il doit mettre fin au contrat dès qu'il se rend compte qu'il ne pourra plus remplir ses obligations.

204.- Certains auteurs ont dès lors considéré que le titulaire de l'option était soumis à une obligation de résultat²⁸¹. Ce dernier, en effet, engage sa responsabilité lorsqu'il exige

²⁷⁸ Cass. com. 13/05/2003, n° 01-15572: *Bull. Civ. IV*, n° 77: Rejet du pourvoi prétendant qu'une Cour d'appel ne pouvait décider qu'un administrateur n'avait pas commis de faute en exigeant la poursuite d'un contrat de location de matériel en dépit de l'existence d'arriérés de loyers, après avoir relevé qu'il s'était assuré le paiement des loyers pouvait être effectué et que le bailleur avait accepté en connaissance de cause d'accorder à la société débitrice un moratoire, nonobstant la faculté qu'il avait de demander la résiliation du contrat.

²⁷⁹ E.-M. BEY, « Le crédit-bail dans la réforme des procédures collectives opérée par la loi du 10 juin 1994 », *RJDA* 8-9/94, p. 707.

²⁸⁰ J.-P. HAEHL, « L'option de l'administrateur », *LPA* 1996, n° 82, p.4.

²⁸¹ E.-M. BEY, « Le crédit-bail dans la réforme des procédures collectives opérée par la loi du 10 juin 1994 », *RJDA* 8-9/94, p. 707 ; *contra*, Rapp. E. DAILLY, Sénat n° 303, p.77- Cass. com. 6/07/1982, n° 80-15886: *Bull. Civ. III*, n° 170: arrêt rendu à propos d'un contrat de bail commercial mais la solution peut être transposée au contrat de location financière.

la continuation du contrat, s'il est évident qu'il ne disposait pas à ce moment-là des fonds nécessaires à la poursuite du contrat²⁸². L'obligation lui incombe ensuite de contrôler l'exécution du contrat en cours, sous peine d'engager sa responsabilité s'il ne met pas fin au contrat à temps. Le titulaire de l'option risque d'engager sa responsabilité pour chaque inexécution du contrat.

205.- Les décisions rendues par les tribunaux ont permis de préciser la nature de l'obligation mise à la charge du titulaire de l'option. Dans un arrêt du 17 septembre 1997 rendu par la Cour d'appel de Bordeaux²⁸³, les magistrats ont rappelé les conditions de la responsabilité de l'administrateur dans le cadre de la continuation d'un contrat de crédit-bail. En l'espèce, la procédure de redressement judiciaire avait été ouverte le 6 juillet 1992. L'administrateur avait informé les crédit-bailleurs par courrier de la poursuite de deux contrats de crédit-bail portant sur du matériel indispensable à la poursuite de l'activité. Les loyers ont été payés jusqu'au mois de septembre 1992 inclus et la liquidation judiciaire a été prononcée par un jugement datant du 1 décembre 1992. Les crédit-bailleurs voulaient engager la responsabilité de l'administrateur. Les juges ont considéré que *« l'existence de la faute ne peut se déduire du seul fait de l'arrêt des paiements des loyers, la faute devant être appréciée lorsque [l'administrateur] a informé les sociétés de la poursuite des deux contrats, que cette option était justifiée, dès lors que le matériel, objet des deux contrats, était nécessaire à la poursuite de l'activité de l'entreprise et que les [crédit-bailleurs] ne démontrent pas que le [débiteur] ne disposait pas alors de ressources suffisantes pour payer les loyers ; que le [débiteur] a effectivement réglé les loyers d'Août et Septembre 1992 ; que [les crédit-bailleurs] n'établissent pas l'existence d'une faute ou d'une imprudence à l'égard de [l'administrateur] qui n'a pas pris d'engagement inconsidéré »*. Le bailleur financier doit donc établir la faute de ce dernier, l'existence de son préjudice ainsi que le lien de cause à effet entre la faute et le préjudice.

206.- La Cour de cassation a par la suite confirmé que l'administrateur n'était pas débiteur d'une obligation de résultat mais bien d'une obligation de moyens. C'est ce qui ressort notamment d'un arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le

²⁸² B. SOINNE à propos de TGI Béthune 17/05/1989 : *Rev. Proc. Coll.* 1991, p. 444, n° 12 : selon l'auteur, l'administrateur n'est pas « un devin, et n'a pas à consulter un astrologue ou extralucide ».

²⁸³ CA Bordeaux, 2e ch., 17/09/1997, *Juris-Data* n°1997- 045589.

26 juin 2001²⁸⁴ dans le cadre d'un contrat de crédit-bail immobilier. En l'espèce, il y avait eu prorogation de la période d'observation par deux jugements qui mentionnaient expressément que ces prorogations devaient permettre l'aboutissement des négociations avec la SICOMI, crédit-bailleur immobilier, afin de réaménager les loyers. Un plan de continuation avait été envisagé et des pourparlers avaient eu lieu avec des acquéreurs potentiels, tous refusés par la SICOMI. La chambre commerciale a alors confirmé la position de la Cour d'appel qui avaient retenu « *que toutes ses démarches démontraient la recherche d'une solution favorable et que les échecs subis ne témoignaient pas d'une faute commise par l'administrateur qui n'avait qu'une obligation de moyens et non de résultat* » et, par conséquent, considéré qu'il n'y avait aucune faute de nature à engager la responsabilité de l'administrateur. De même dans un arrêt du 14 octobre 2008²⁸⁵, les juges de la Cour de cassation ont décidé, après avoir relevé qu'en l'espèce la poursuite de contrats de location portant sur les engins de chantier était justifiée par la poursuite de l'activité de la société, mise en redressement en raison de possibilités sérieuses de redressement et de règlement du passif, activité prorogée à deux reprises avant que ne soit arrêté un plan de continuation, que « *la cour d'appel a pu déduire [de ces éléments], (...), qu'au moment où l'option de poursuivre le contrat en cours avait été exercée par l'administrateur, date à laquelle sa responsabilité doit être appréciée, celui-ci pouvait légitimement escompter qu'il disposerait des fonds nécessaires à la poursuite d'activité et au paiement des termes mensuels suivants et qu'en conséquence aucune faute ne pouvait lui être reprochée* ». La faute n'est donc pas constituée par la seule inexécution du contrat. La responsabilité sanctionne l'éventuel usage inconsidéré de l'option. La faute est donc à apprécier au moment de l'exercice de l'option.

207.- En droit allemand, l'administrateur de l'insolvabilité peut engager sa responsabilité sur le fondement du § 61 InsO²⁸⁶. Cette disposition prévoit, en effet, la responsabilité de l'administrateur en cas de défaut de paiement de créances privilégiées au sens du § 55 InsO : « *si une dette de la masse due à un acte de l'administrateur de l'insolvabilité, n'a pas été entièrement acquittée à partir de la masse, l'administrateur est*

²⁸⁴ Cass. com. 26/06/2001, n° 98-17126.

²⁸⁵ Cass.com. 14/10/2008, n° 07-16109.

²⁸⁶ Cela s'applique aussi à l'administrateur provisoire fort : v. OLG Brandenburg, 3.07.2003: NZI 2003, 552 s.

tenu de réparer le dommage ainsi causé aux créanciers de la masse. Ceci ne s'applique pas lorsque l'administrateur ne pouvait pas savoir, lors de la naissance de la dette, que la masse ne suffirait probablement pas à son exécution ». Ce paragraphe constitue une disposition spéciale par rapport aux dispositions du § 60 InsO qui dispose « l'administrateur est tenu de réparer les dommages causés à tout intéressé, dès lors qu'il a manqué d'une manière fautive aux obligations que lui impose la présente loi. Il doit assurer sa mission avec la diligence d'un administrateur de l'insolvabilité honnête et consciencieux »²⁸⁷.

208.- Les conditions de la responsabilité de l'administrateur dans le cadre de cette disposition ont été précisées dans un arrêt du *Bundesgerichtshof* du 6 mai 2004²⁸⁸. Les juges ont considéré que la responsabilité de l'administrateur de l'insolvabilité, au sens du § 61 InsO²⁸⁹ ne pouvait être engagée qu'à condition qu'il n'ait pu savoir au moment de la décision de poursuivre le contrat que la masse ne serait pas suffisante pour exécuter ses obligations²⁹⁰. Si la responsabilité de l'administrateur de l'insolvabilité est reconnue, il doit réparer le préjudice subi par le créancier du fait de sa croyance erronée en l'exécution par de la créance soumise au § 55 InsO²⁹¹ (*negative Interesse*²⁹²).

209.- Le bailleur financier peut, dans chacun des deux systèmes étudiés, engager la responsabilité du titulaire de l'option en cas de manquement de ce dernier dans la mise en œuvre de l'option. Même si les juges français ont précisé que l'obligation imposée au

²⁸⁷ § 60 InsO : «*Haftung des Insolvenzverwalters. (1) Der Insolvenzverwalter ist allen Beteiligten zum Schadenersatz verpflichtet, wenn er schuldhaft die Pflichten verletzt, die ihm nach diesem Gesetz obliegen. Er hat für die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Insolvenzverwalters einzustehen (...)* ».

²⁸⁸ BGH, 6.05.2004: NZI 2004, 435 s.

²⁸⁹ BGH, 6.05.2004: NZI 2004, 435 s.: Le partage de la responsabilité se fait alors ainsi. Si l'administrateur de l'insolvabilité ne paie pas les loyers postérieurement à sa décision de poursuivre le contrat de *Leasing*, le bailleur financier peut engager sa responsabilité personnelle sur le fondement du § 61 InsO, si l'administrateur avait connaissance au moment de sa décision de l'insuffisance du patrimoine du débiteur failli pour faire face à toutes ces obligations. Si par contre, l'administrateur paie d'autres créanciers de même rang que le bailleur financier et qu'il ne peut alors satisfaire ce dernier en raison de l'insuffisance du patrimoine du débiteur failli, sa responsabilité sera cette fois engagée sur le fondement du § 60 InsO.

²⁹⁰ HUNTEMANN/BROCKDORFF, *Der Gläubiger im Insolvenzverfahren*, Berlin-New York, 1999, Rn.89.

²⁹¹ BGH 9. Zivilsenat, 6.05.2004: NZI 2004, 435 s.; pour un exemple dans lequel le préjudice pour croyance erronée n'a pas été admis, v. OLG Düsseldorf, 26.03.2004: ZIP 2004, 1375-1376.

²⁹² Le *negative Interesse* correspond au préjudice subi du fait de la croyance en la validité ou en l'exécution d'un contrat, par opposition au *positive Interesse* qui correspond à l'intérêt que le créancier aurait eu à l'exécution du contrat.

titulaire de l'option n'est pas une obligation de résultat, le titulaire de l'option doit en droit français être très vigilant tout au long de l'exécution du contrat de location financière s'il ne veut pas que le bailleur financier puisse engager sa responsabilité. L'obligation de contrôle imposée au titulaire de l'option offre une garantie considérable au bailleur financier dans la procédure de droit français. Ce renforcement des obligations du titulaire de l'option vient contrebalancer le fait que la créance d'indemnité de résiliation anticipée ne bénéficie pas, contrairement à la procédure de droit allemand, du traitement préférentiel.

210.- Conclusion de la sous-section 1 : La situation du bailleur financier dont le contrat est continué est très favorable aussi bien dans le cadre d'une procédure de droit français que dans celui d'une procédure de droit allemand. Tout est fait pour lui redonner confiance en son partenaire et pour que le contrat reçoive exécution, comme en témoigne l'obligation imposée, en droit français, au titulaire de l'option de contrôler tout au long du contrat que l'exécution sera possible. Le contrat de location financière est de nouveau soumis au droit commun et le bailleur financier n'est pas contraint à de nouveaux sacrifices. Les intérêts de ce cocontractant et de la procédure sont enfin équilibrés. En droit allemand, la situation contraste nettement avec l'hypothèse de la dénonciation du contrat, puisque les loyers échus pendant la phase de réflexion dont le bailleur financier ne peut se prévaloir si le titulaire de l'option dénonce le contrat, bénéficient du traitement préférentiel si ce dernier exige l'exécution du contrat. En outre, le bailleur financier peut se prévaloir d'une créance d'indemnité de résiliation anticipée bénéficiant du traitement préférentiel, alors que cette créance est soumise à déclaration en droit français.

SOUS SECTION 2 LA CESSION DU CONTRAT DE LOCATION FINANCIÈRE

211.- La cession était, en droit français, envisagée comme un moyen de redressement jusqu'à la réforme de la Loi de Sauvegarde. Elle relève désormais d'une logique de réalisation des actifs²⁹³. C'est ce que démontre la place même qui est désormais réservée aux articles L. 642-1 à L. 642-17 du Code de commerce, situés au titre IV du Livre VI²⁹⁴, relatif à la liquidation. Elle n'en reste pas moins un facteur de maintien de l'activité de l'entreprise. La cession partielle peut ainsi être prévue dans un plan de sauvegarde²⁹⁵ et une cession totale ou partielle peut intervenir dans la procédure de redressement judiciaire²⁹⁶.

212.- Dans la procédure allemande de droit commun, la cession d'entreprise qui a lieu dans le cadre d'une *übertragende Sanierung* (redressement par transfert) constitue un moyen d'apurer le passif de la société en transférant uniquement l'actif de celle-ci à un repreneur, une société reprenante. Ce type de cession est appelé *Asset Deal*. Il ne s'agit pas, par conséquent, d'un redressement comme le terme « *Sanierung* » pourrait le laisser entendre, mais bien de la liquidation de la société²⁹⁷. Le maintien de l'activité pourra être assuré par le repreneur.

213.- En revanche, si un plan de résorption de l'insolvabilité est adopté, la cession peut avoir pour objectif le redressement de la société par un autre dirigeant. Le modèle de cession est dans cette hypothèse, le *Share-Deal*. Il tend au véritable redressement de la société dans la mesure où cette dernière subsiste avec à sa tête un nouveau dirigeant²⁹⁸.

²⁹³ L.-C. HENRY, « Le plan de cession et la loi de sauvegarde des entreprises », *Gaz. Pal. Proc. Coll.* 2005, Doct., p. 39 et s.

²⁹⁴ Livre consacré aux difficultés des entreprises.

²⁹⁵ Article L. 626-1 du Code de commerce.

²⁹⁶ Article L. 631-22 du Code de commerce.

²⁹⁷ KLUTH, « Die „übertragende Sanierung“ – Risiken und Nebenwirkungen einer Packungsbeilage zur Unternehmensveräußerung in der Insolvenz », *NZI* 2002, 1.

²⁹⁸ NERLICH/KREPLIN/Taurus/Janner, § 17, Rn. 46.

Néanmoins, le cessionnaire reprend dans ce cadre l'actif comme le passif de la société. Cette option se révèle donc bien plus onéreuse pour le repreneur, en particulier si la société est soumise à une procédure d'insolvabilité, puisqu'il s'engage dans ce cas, à payer les créanciers de la société.

214.- Dans certaines de ces hypothèses, la cession reste une modalité de continuation de l'exploitation. Celle-ci ne peut toutefois avoir lieu sans le maintien des contrats. En droit français, le tribunal peut, même dans la procédure de liquidation judiciaire²⁹⁹, autoriser le maintien de l'activité à la condition que la cession totale ou partielle de l'entreprise soit envisageable. Le maintien de l'activité nécessite la continuation des contrats en cours même dans le cadre de la liquidation.

La continuation de l'activité est aussi recherchée en droit allemand. Toutefois, alors que le Code de commerce français offre au tribunal la possibilité de céder judiciairement les contrats nécessaires à la pérennité de l'entreprise, l'*Insolvenzordnung* ne l'envisage même pas. Pourtant, l'entreprise utilise certainement des machines de production ou des logiciels indispensables à la poursuite de son activité de l'entreprise et qui font le plus souvent l'objet de contrats de location financière. La question du transfert des contrats de location financière portant sur ces biens sans lesquels l'activité ne peut être maintenue, se pose nécessairement. En outre, le bailleur financier peut, lui aussi, avoir un intérêt à la transmission de son contrat, en particulier si le bien qu'il loue est spécifique à l'activité en question. Dès lors, le recours aux règles de droit commun s'impose en droit allemand.

215.- Avant d'envisager les effets de la cession pour les différentes parties, à savoir le bailleur financier, le repreneur mais aussi la caution (II), les modes de cession du contrat de location financière doivent être précisés (I).

I. Les modes de cession du contrat de location financière

216.- Le tribunal français ne peut céder judiciairement tous les contrats de l'entreprise. Selon l'article L. 642-7 du Code de commerce, seuls les contrats de crédit-

²⁹⁹ En vertu de l'article L. 641-10 du Code de commerce.

bail, de location ou de fourniture de biens et services peuvent être cédés sur décision judiciaire (B). En droit allemand, en revanche, faute de disposition contraire, la cession du contrat se fait selon les seules règles de droit commun (A).

A. Les conditions de la cession du contrat de location financière en droit allemand

217.- Les conditions de la cession du contrat de location financière diffèrent selon le mode de cession de l'entreprise qui a été choisi dans le cadre de la procédure d'insolvabilité allemande. Lorsque la cession de la société prend la forme d'un *Share-Deal*, le transfert des contrats est automatique. Dans le cadre d'un *Asset-Deal* en revanche, les conditions de la cession sont, celles du droit commun. La cession du contrat est donc conventionnelle.

1. La cession du contrat de location financière dans le Share-Deal

218.- Lorsque le redressement de l'entreprise est envisageable et qu'un plan de résorption de l'insolvabilité est adopté, la cession de l'entreprise exploitée en société peut prendre la forme d'un *Share-Deal*. La cession se réalise par transfert des parts de la société, que ce soient des actions ou des parts de *GmbH*³⁰⁰. La société qui est partie aux contrats, est cédée dans son ensemble. Aucune séparation n'intervient entre la personne morale et ses biens et contrats. En outre, le passif est transmis au même titre que l'actif. Ce mode de cession est particulièrement recommandé lorsque les difficultés financières de la société sont le résultat d'une mauvaise gestion. Il s'agit finalement dans ce cas d'un remplacement des associés et dirigeants de la société.

219.- Dans une telle cession, le bailleur financier doit poursuivre l'exécution du contrat. En effet, les parties au contrat restent identiques. Les associés sont remplacés mais la société subsiste. Par conséquent, il n'y a pas véritablement d'effets sur le contrat. Le

³⁰⁰ Ce type de cession suppose que les parts de la société appartiennent au patrimoine du dirigeant de celle-ci et non au patrimoine de l'entreprise débitrice.

bailleur financier reste lié à la société débitrice. Le contrat de location financière est exécuté conformément aux dispositions contractuelles initiales.

2. La cession conventionnelle du contrat de location financière dans le cadre d'un Asset Deal

220.- Contrairement au mode de cession précédent, la cession de type « *Asset Deal* » conduit à la liquidation de la société. L'entreprise exploitée en société subsiste néanmoins. Pour cela, les actifs ou une partie des actifs de la société débitrice sont transférés à une société dite de reprise (*Übernahmegesellschaft*). Le produit de la réalisation des actifs est réparti entre les créanciers. Le repreneur ne bénéficie toutefois pas, dans ce cadre, de la poursuite des contrats. Puisque le droit allemand ne comporte pas de possibilité de céder judiciairement les contrats³⁰¹, l'unique possibilité pour le repreneur qui veut conserver le bien loué est d'obtenir la cession conventionnelle du contrat³⁰². L'accord du bailleur financier est nécessaire à la cession que ce soit au moment de la cession ou postérieurement à celle-ci³⁰³. En effet, le transfert des contrats et, en particulier, du contrat de location financière peut être prévu dans le contrat de cession. La cession du contrat est provisoirement inefficace jusqu'à ce que tous les intervenants y donnent leur accord³⁰⁴. Si le bailleur financier refuse de donner son accord, la cession de contrat échoue.

En pratique, l'administrateur de l'insolvabilité refuse, par l'exercice de l'option, la poursuite du contrat de *Leasing* tout en continuant à utiliser le bien objet du contrat³⁰⁵. L'administrateur convient alors avec le bailleur financier d'une indemnité d'utilisation du bien d'un montant égal aux loyers prévus par le contrat initial, pour l'utilisation temporaire du bien. Le patrimoine du débiteur failli n'est alors pas engagé pour les loyers issus du contrat puisque ce dernier est résilié. Si l'entreprise est ensuite cédée, le débiteur (ou

³⁰¹ Deux cas de cession par la force de la loi sont, toutefois, envisagés à propos du contrat de bail et à propos du contrat de travail. Il semble, cependant, que le § 566 BGB relatif au contrat de bail ne soit pas applicable par analogie au contrat de *Leasing* mobilier, dans la mesure où la disposition concerne la location d'un immeuble.

³⁰² La cession de contrat consiste « à substituer dans le rapport contractuel un tiers à l'une des parties, de telle sorte que le tiers succède aux droits et obligations de cette partie qui, elle, se retire », définition de M. PEDAMON, *Le contrat en droit allemand*, LGDJ, 2^{ème} éd., 2004, n° 156.

³⁰³ LANGE, « Rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme und Insolvenz », *ZIP* 1999, p. 1373.

³⁰⁴ Van BETTERAY/ GASS, « Vorverträge, Asset Deals und Unternehmenskaufverträge in der Insolvenz », *BB* 2004, 2309, spéc. 2316.

³⁰⁵ Informations obtenues auprès d'administrateurs de l'insolvabilité.

l'administrateur de l'insolvabilité) n'est plus partie au contrat. Il appartient par conséquent au repreneur, s'il entend continuer à utiliser le bien objet du contrat initial, de conclure un nouveau contrat avec le bailleur financier. Il pourra alors négocier un nouveau contrat avec les loyers moindres que ceux prévus dans le premier contrat de *Leasing*, en se prévalant notamment du caractère usagé du bien loué.

221.- Une telle pratique constitue un moyen de pression sur le bailleur financier. L'administrateur de l'insolvabilité et le repreneur utilisent la menace de la liquidation de la société pour contraindre le bailleur financier à négocier de bonnes conditions avec le repreneur particulièrement s'il sait que le bien sera difficile à relouer à un tiers. Les instruments du droit de l'insolvabilité, en particulier le pouvoir de renoncer à l'exécution des contrats du § 103 InsO sont alors utilisés au profit du repreneur et donc au détriment du bailleur financier.

222.- Un auteur allemand propose d'appliquer les dispositions du § 25 I HGB³⁰⁶ (*Handelsgesetzbuch*) au transfert des contrats dans le cadre d'un redressement par transfert³⁰⁷. Les dispositions du § 25 I HGB ne sont en principe pas applicables aux contrats. Elles sont applicables dans le cadre de la cession d'un fonds de commerce entre vifs avec continuation de l'activité et prévoient la reprise des dettes nées de l'activité antérieurement à la cession. En cas de redressement par transfert (*Asset Deal*), les actifs ou une partie des actifs d'une société débitrice sont vendus à une société de reprise. Le prix de vente est réparti entre les créanciers et la société débitrice est liquidée. Les contrats n'étant en principe pas transmis, la société de reprise peut être confrontée au refus de certains partenaires de la société faillie de consentir à la cession des contrats. Si cet auteur précise que ces dispositions du § 25 HGB ne peuvent être applicables aux créances antérieures qui doivent être déclarées, il considère que ce paragraphe pourrait constituer le fondement du transfert légal des contrats. Selon lui, l'application de ce paragraphe au transfert des contrats ne se heurte pas au principe d'égalité entre les créanciers qui s'oppose uniquement

³⁰⁶ § 25 I HGB: «Wer ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeuten Zusatzes fortführt, haftet für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Die in dem Betriebe begründeten Forderungen gelten den Schuldner gegenüber als auf den Erwerber übergegangen, falls der bisherigen Inhaber oder seine Erben in die Fortführung der Firma gewilligt haben».

³⁰⁷ NOACK, « Unternehmensinsolvenz : Reorganisation des Rechtsträgers oder Vertragsnachfolge bei übertragender Sanierung », in: *Festschrift für Röhrich* 2005, p. 455.

à l'application de cet article aux créances antérieures non payées par le débiteur. L'application du § 25 HGB aux contrats faciliterait considérablement, selon lui, le transfert d'entreprise.

223.- Ces développements montrent que la cession conventionnelle des contrats dans le cadre d'une cession d'entreprise n'est pas vraiment adaptée aux exigences du redressement de l'activité, dans le cadre d'une procédure d'insolvabilité, puisque certains contrats pourtant nécessaires à l'activité ne seront pas cédés. Pour le bailleur financier, en revanche, cette situation est plutôt favorable. Si le bien loué peut faire l'objet d'un nouveau contrat avec un tiers, il pourra s'opposer à la cession du contrat. Dans l'hypothèse inverse, il sera disposé à négocier avec le repreneur de nouvelles conditions contractuelles.

B. La cession judiciaire des contrats de location financière en droit français

224.- Alors qu'en droit allemand le principe d'autonomie de la volonté prend le pas sur le redressement de l'entreprise, le droit français adopte une solution diamétralement opposée. La cession judiciaire des contrats a été introduite en droit français par la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises³⁰⁸. On considérait à cette époque qu'il n'y avait pas de mauvaise entreprise mais seulement des mauvais entrepreneurs. La transmission aux bons repreneurs était ainsi facilitée. La nécessité d'une telle cession s'était notamment fait sentir à propos de l'impossibilité pour le syndic d'exiger la continuation du contrat au profit du locataire-gérant, chargé de redresser l'entreprise en redressement judiciaire³⁰⁹. Si la cession de l'entreprise n'entraînait pas la cession automatique des contrats, les contrats devraient être à nouveau conclus avec le repreneur qui pourrait évidemment s'y opposer, à l'instar de ce qu'il se passe dans la procédure de droit allemand. Si la cession judiciaire du contrat constitue une nouvelle entorse aux règles du droit commun, elle est guidée par un intérêt supérieur qui est la continuation de l'exploitation³¹⁰. La Loi de Sauvegarde n'a pas modifié la cession

³⁰⁸ Loi n° 85-98, J.O. du 26 janvier 1985.

³⁰⁹ D. FABIANI, « Les conditions de la cession judiciaire des contrats dans la loi du 25 janvier 1985 sur le redressement ou la liquidation judiciaire des entreprises », *Rev. Jur. Com.* 1987, p. 41.

³¹⁰ B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, op. cit., n° 1706.

judiciaire des contrats, sauf à supprimer la faculté pour le tribunal d'imposer des délais de paiement au profit du crédit-preneur.

225.- Le tribunal qui arrête le plan de cession détermine les contrats qu'il convient de céder au repreneur. Pour cela, il lui appartient d'identifier les contrats de crédit-bail, de location ou de fourniture de biens ou services nécessaires au maintien de l'activité. Cette dérogation aux règles de droit commun implique que son champ d'application soit strictement défini. Le tribunal ne peut céder que les contrats qui sont visés par le texte, en cours au jour du jugement arrêtant le plan de cession et nécessaires au maintien de l'activité.

1. La possibilité de céder judiciairement les contrats de location financière

226.- L'article L. 642-7 du Code de commerce vise expressément les contrats de crédit-bail. Par conséquent, il ne fait aucun doute que le tribunal peut céder judiciairement ce contrat. La situation n'est, en revanche, pas aussi claire pour les contrats de location financière qui ne sont pas expressément visés. B. Soinne considère que seuls les contrats correspondant à la définition de l'article L. 313-7 du Code monétaire et financier, c'est-à-dire comportant une faculté d'achat au profit du locataire qui laissent la propriété du bien au crédit-bailleur jusqu'à la levée de l'option d'achat et fixent dès leur conclusion la valeur résiduelle, sont visés par le terme « crédit-bail »³¹¹. Les contrats de location financière seraient dans ce cas exclus du champ d'application de cette disposition. Toutefois, les termes de « contrats de fourniture de biens ou services » permettent d'englober un grand nombre de contrats dont ceux de location financière. En effet, le contrat de crédit-bail entre, lui-même, dans la catégorie des contrats de prestation de biens ou de services³¹².

227.- Les auteurs soulignent, en outre, le caractère général de l'article L. 642-7 du Code de commerce et préfèrent désigner les contrats qui ne peuvent être judiciairement cédés par le tribunal³¹³ plutôt qu'énumérer les contrats visés par cette disposition.

³¹¹ B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, op. cit., n° 1698.

³¹² *Ibid.*, n° 1702.

³¹³ F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté/Instruments de crédit*, op. cit., n° 457 s.

Néanmoins, le contrat de location avec option d'achat porte bien souvent sur un bien qui n'a pas une destination professionnelle. C'est cet élément qui empêche le contrat d'entrer dans la définition légale de crédit-bail. Il est ainsi très probable que le bien ne soit pas nécessaire à la poursuite de l'activité. Par conséquent, le titulaire de l'option dénoncera le contrat empêchant de ce fait qu'il soit cédé judiciairement³¹⁴.

2. Un contrat de location financière en cours à la date du jugement d'arrêté du plan

228.- Le tribunal ne peut céder un contrat que s'il est en cours à la date du jugement d'arrêté du plan. Le tribunal ne peut céder que les contrats qui ne sont ni résiliés ni arrivés à terme ni annulés ou caducs à la date du jugement prononçant la cession. Les contrats de crédit-bail et de location financière résiliés de plein droit à la suite du silence gardé par le titulaire de l'option après mise en demeure d'exercer son option ou du fait de l'inexécution du contrat après la décision du titulaire de l'option de continuer le contrat, ne peuvent pas faire l'objet d'une cession judiciaire. La résiliation de plein droit du contrat dans ces conditions empêche évidemment sa cession par le tribunal.

229.- En revanche, les contrats de location financière dénoncés à la seule initiative du titulaire de l'option, c'est-à-dire en l'absence de mise en demeure, ne sont pas résiliés de plein droit³¹⁵. Il appartient, dans ce cas, au bailleur financier d'en demander ou non la résiliation judiciaire. Or, en l'absence de résiliation, les contrats de location financière continuent à pouvoir être cédés. Le bailleur financier dont le bien loué est spécifique à l'activité de l'entreprise débitrice aura tout intérêt, le cas échéant, à ne pas demander la résiliation du contrat, et surtout à s'abstenir de mettre le titulaire de l'option en demeure de prendre sa décision pour éviter la résiliation de plein droit du contrat. Il laissera ainsi la possibilité au tribunal de céder judiciairement le contrat de location financière non résilié si la cession d'activité vient à être prononcée.

³¹⁴ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action 2010-2011, n° 542.81 ; E. LE CORRE-BROLY, « Le régime de la levée d'option d'achat du contrat de crédit-bail judiciairement cédé », *LPA* 1996, n° 70, p. 4.

³¹⁵ Voir *Supra*, n° 123 s.

230.- Le bailleur financier qui voudrait, en revanche, échapper à la cession judiciaire ne peut s'y opposer par le jeu d'une clause contractuelle qui serait insérée au contrat. La liberté de choix du tribunal ne doit pas être entravée. La cession de contrat étant l'accessoire de la cession d'entreprise, elle participe à son efficacité et ne doit, par conséquent, pas être menacée par des stipulations contractuelles restrictives³¹⁶. Les auteurs fondent l'inefficacité de ces clauses sur l'alinéa 3 de l'article L. 642-7 du Code de commerce selon lequel « *ces contrats doivent être exécutés aux conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure, nonobstant toute clause contraire* »³¹⁷, ainsi que sur le caractère impératif des règles sur la faillite.

231.- Cette position a été adoptée par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 17 mars 2000³¹⁸, rendu sous le régime de la loi de 1985³¹⁹. En l'espèce, le cocontractant cédé faisait valoir l'inopposabilité de la cession qui ne lui avait pas été signifiée. Le contrat avait, de plus, été conclu *intuitu personae* et exigeait par stipulation expresse un accord écrit en cas de cession. Les magistrats ont rappelé que la cession d'un contrat opérée en application de l'article 86 de la loi du 25 janvier 1985 (devenu article L. 642-7 du Code de commerce) ne requérait pas le consentement du cocontractant, peu important que le contrat en cause ait été conclu *intuitu personae*. C'est la seule nécessité du contrat au maintien de l'activité de l'entreprise qui dicte la décision du tribunal. Toute clause subordonnant la cession du contrat à un accord écrit du cocontractant est ainsi inopérante. Les juges ont, en revanche, admis l'application de la clause attributive de compétence territoriale stipulée au contrat cédé rappelant ainsi que toutes les clauses du contrat, à la seule exception des clauses restreignant la faculté de cession, devaient être respectées³²⁰.

³¹⁶ Cette dernière expression n'a pas de sens dans le contexte des conditions d'exécution du contrat cédé. Par conséquent, elle doit être comprise de façon plus large comme l'expression de l'inefficacité des clauses relatives à la cession des contrats. Cette interprétation est celle qui s'accorde le mieux avec l'esprit du droit des procédures collectives. La validité de telles clauses viendrait ruiner le principe de la cession des contrats dans la mesure où elles deviendraient rapidement des clauses de style dans l'ensemble des contrats, voir sur ce point, E. CHVIKA, *Droit privé et procédures collectives*, Defrénois, 2003, n° 66; B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, op. cit., n° 1693 ; P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz 2010-2011, n° 542-65.

³¹⁷ E. CHVIKA, *Droit privé et procédures collectives*, op. cit., n° 66; B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, op. cit., n° 1693 ; P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 542-65.

³¹⁸ CA Paris, 25^e ch. A, 17/03/2000, D. 2000, AJ, p. 249, note P. PISONI.

³¹⁹ La solution peut toutefois être reprise sous l'application de la loi de sauvegarde.

³²⁰ Note P. PISONI, sous l'arrêt CA Paris, 25^e ch. A, 17/03/2000, D. 2000, AJ, p. 249.

3. Un contrat de location financière nécessaire au maintien de l'activité

232.- L'article L 642-7 alinéa 1 du Code de commerce dispose : « *Le tribunal détermine les contrats de crédit-bail, de location ou de fourniture de biens ou services nécessaires au maintien de l'activité (...)* »

233.- La nécessité du contrat cédé s'apprécie par rapport à l'entreprise à venir, c'est-à-dire après la cession. B. Soinne précise que « *le terme "nécessaire" employé par le législateur ne s'identifie pas nécessairement avec celui "d'utile", mais ce terme doit bénéficier d'une interprétation suffisamment large pour qu'il permette une application de l'article 86 [l'article L. 642-7 du Code de commerce] conforme à son objectif qui est de permettre la continuation de l'exploitation* »³²¹. Le contrat doit seulement avoir un lien avec l'activité professionnelle principale du cédant. Son caractère nécessaire sera apprécié *in concreto*. Ce sera clairement le cas d'un contrat de crédit-bail portant sur des machines de production, la flotte des moyens de transport de l'entreprise, son parc d'ordinateurs...

234.- Si seuls les contrats nécessaires au maintien de l'activité peuvent être cédés, il est permis de s'interroger sur la possibilité pour le tribunal de céder des contrats dénoncés spontanément par le titulaire de l'option et non résiliés. Si le titulaire de l'option a renoncé à la poursuite du contrat de location financière, c'est soit parce qu'il a estimé que celui-ci n'était pas nécessaire au maintien de l'activité soit parce qu'il n'avait pas les moyens d'en payer les échéances futures. Le tribunal peut toutefois décider de céder le contrat de location financière qu'il considère nécessaire au maintien de l'activité alors même que le titulaire de l'option aura estimé que le contrat n'était pas utile au maintien de l'activité. Le tribunal n'est lié ni par la décision du titulaire de l'option ni par l'avis du repreneur qui estimerait que le contrat n'est pas nécessaire au maintien de l'activité³²². Il appartient au tribunal de déterminer souverainement quels sont les contrats qui doivent être cédés. Dans l'hypothèse de la cession du contrat non poursuivi mais non résilié, le transfert peut s'avérer intéressant pour le repreneur. Ce dernier bénéficie, en effet, d'un contrat déjà existant, car non résilié, et nécessaire à la continuation de l'entreprise sans pour autant

³²¹ B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, op. cit., n° 1706.

³²² E. JOUFFIN, *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, LDGJ, 1998, p. 366, n° 425.

qu'il soit indispensable. C'est pourquoi le bailleur financier qui ne veut pas que le contrat soit cédé aura tout intérêt à demander la résolution judiciaire du contrat après le refus spontané du titulaire de l'option de poursuivre le contrat, ou à insérer une clause au contrat prévoyant la résiliation de plein droit. Une fois résilié, le contrat ne pourra plus être cédé.

II. Les effets de la cession du contrat de location financière

235.- Le Code de commerce français ne précise pas la forme dans laquelle s'opère la cession judiciaire des contrats de location financière. Il est uniquement prévu que « *le jugement qui arrête le plan emporte cession de ces contrats, même lorsque la cession est précédée de la location-gérance prévue à l'article L. 642-13* »³²³. Toutefois, la cession des contrats n'est pas immédiate. L'article L. 642-8 du Code de commerce précise qu'« *en l'exécution du plan arrêté par le tribunal, le liquidateur ou l'administrateur lorsqu'il en a été désigné passe tous les actes nécessaires à la réalisation de la cession* ». Conformément aux décisions rendues sous le régime de la loi antérieure à la Loi de Sauvegarde³²⁴, « *le transfert des droits compris dans le plan s'opère à la date de passation, par l'administrateur, des actes nécessaires à la réalisation de la cession* »³²⁵.

Après la cession, le contrat est exécuté aux conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure. La cession n'ayant par principe aucun effet novatoire, elle opère simplement substitution d'un tiers au cédant. Contrairement au droit commun, le

³²³ Alinéa 2 de l'article L. 642-7 du Code de commerce.

³²⁴ Voir sur la reprise des solutions antérieures, A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, op.cit, n° 760.

³²⁵ Cass. com. 26/05/1999, n° 95-20984 : les juges de la Cour de cassation avaient censuré l'arrêt rendu par la Cour d'appel au motif qu'« *en condamnant le cessionnaire à payer des loyers échus depuis la date du jugement arrêtant le plan de cession, sans rechercher la date à laquelle le cessionnaire était entré en jouissance* » ; CA Paris 10/10/2000, n° rôle 1999/22069, Juris-Data n° 2000-128418 : En l'espèce, le tribunal avait annulé l'ordonnance qui avait autorisé la cession au profit du cessionnaire et autorisé la cession au profit de tiers. Le cessionnaire évincé avait demandé à ce que soit reconnu son droit de propriété sur un véhicule objet d'un contrat de crédit-bail, et pour lequel il avait levé l'option d'achat avant l'annulation de l'ordonnance. Les juges avaient, dès lors, rappelé que la cession du débiteur en liquidation autorisée par le juge-commissaire ne vaut pas vente en elle-même, la cession n'étant réalisée que par les actes que doit passer le liquidateur après l'ordonnance passée en force de chose jugée ; par conséquent, le cessionnaire n'avait qu'un droit de jouissance sur les biens de l'entreprise, et ne pouvait pas accomplir d'acte de disposition sur l'un quelconque des éléments composant l'unité de production dont il s'était porté acquéreur. Il n'était donc pas fondé à se prévaloir de la qualité de propriétaire sur le véhicule en cause à l'égard du nouveau cessionnaire et le jugement ayant constaté la nullité de la levée d'option doit être confirmée.

cédant n'est pas tenu de garantir l'exécution de ses obligations par le cessionnaire³²⁶. La cession du contrat de crédit-bail ou de location financière laisse subsister à la charge du crédit-preneur initial les obligations du contrat qu'il n'a pas exécutées avant la cession, et met à la charge du cessionnaire le paiement des loyers encore à échoir.

236.- En droit allemand, si la reprise d'entreprise prend la forme d'un *Share Deal*, on ne peut véritablement parler d'une cession du contrat. Si elle prend, en revanche, la forme d'un *Asset Deal*, le contrat de location financière fait l'objet d'une cession conventionnelle dont les effets sont conformes à ceux du droit commun. Le cessionnaire est contraint de garantir l'exécution de ses obligations par le cédant. En revanche, certains contrats pouvant se révéler trop onéreux et être sources des difficultés de l'entreprise, la procédure d'insolvabilité constitue l'occasion pour le repreneur d'analyser exactement l'intérêt des contrats de l'entreprise et les renégocier lui-même avec les cocontractants ou bien de les négliger³²⁷.

237.- La cession du contrat de location financière a des effets non seulement sur la situation du bailleur financier (A) et du repreneur (B) mais également sur celle d'une éventuelle caution (C)³²⁸.

A. Les effets de la cession sur la situation du bailleur financier

238.- La situation du bailleur financier ne peut être identique dans les deux systèmes juridiques. Alors que la cession du contrat est réalisée, en droit allemand, selon les règles de droit commun, la cession judiciaire du droit français est forcément imprégnée de considérations propres au droit des faillites.

239.- Le bailleur financier ne peut invoquer en droit français le défaut de paiement de loyers échus antérieurement à l'ouverture de la procédure collective pour s'opposer à la

³²⁶ B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, op. cit., n° 1722.

³²⁷ MORSHÄUSER/FALKNER, « Unternehmenskauf aus der Insolvenz », NZG 2010, 881, spéc. 884.

³²⁸ Il a précédemment été précisé que lors de la poursuite du contrat, la caution reste tenue de ses engagements, le même rapport d'obligations continuant à exister.

cession du contrat³²⁹. Le contrat est exécuté selon les conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure³³⁰. Le bailleur financier ne peut agir en résiliation du contrat pour des causes antérieures à la cession, imputables au débiteur cédant³³¹. En outre, le bailleur financier se voit imposer un nouveau contractant qui peut se révéler moins digne de confiance que le précédent.

240.- La situation du bailleur financier cédé a néanmoins été améliorée lors de la réforme de 2005. Le tribunal ne peut plus lui imposer des délais de paiement contrairement au système antérieur³³². Sous le régime de la loi de 1985 modifiée, le tribunal avait la possibilité d'étaler comme il le souhaitait les échéances futures des contrats cédés, laissant le cocontractant prisonnier du contrat. Cette mesure avait été qualifiée d'« *anti-économique, et incompatible avec l'exigence d'un plan sérieux* » parce que la nécessité pour le repreneur d'obtenir ces délais de paiement pour « *assurer la poursuite de l'activité* » laissait présager une situation précaire et à la limite de la cessation des paiements³³³. Dans le cadre d'un contrat de crédit-bail, un report d'échéances pouvait conduire à un report de la date prévue pour la levée d'option. La suppression de cette mesure est donc favorable aux crédits-bailleurs.

241.- Le bailleur financier n'est pas, dans la procédure de droit allemand, confronté à de semblables problèmes. La cession conventionnelle s'opère par contrat entre trois parties, bailleur financier, locataire et cessionnaire, et nécessite par conséquent l'accord de

³²⁹ CA Paris 11/07/1986, *Gaz. Pal.* 1988, 1, p. 87, note E.-M. BEY.

³³⁰ Article L. 642-7 alinéa 3 du Code de commerce.

³³¹ V. Contra, E. LE CORRE-BROLY, *Crédit-bail mobilier et procédure collective*, op. cit., n° 106 ; Cette remarque vaut à propos de la continuation du contrat de location financière puisque celle-ci oblige le bailleur financier à exécuter le contrat non exécuté auparavant, entraînant pour P. Roussel-Galle la nécessité de qualifier le contrat de rapport d'exploitation, rapport devant respecter les règles contractuelles initialement définies, v. P. ROUSSEL-GALLE, *Les contrats en cours dans le redressement et la liquidation judiciaires*, th. préc., p. 277 : l'auteur relève que le contractant du débiteur soumis à la procédure collective, ne signe pas de nouvel engagement mais doit respecter le contrat initial continué, les attitudes antérieures du débiteur important peu. Par conséquent, il paraît difficile de définir juridiquement la relation contractuelle après l'exercice de l'option comme un contrat au sens classique de rapport d'obligations.

³³² L'ancien alinéa 3 de l'article L. 621-28 du Code de commerce disposait : « *Ces contrats doivent être exécutés aux conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure, nonobstant toute clause contraire, sous réserve des délais de paiement que le tribunal, le cocontractant entendu ou dûment appelé, peut imposer pour assurer la poursuite de l'activité.* »

³³³ F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté. Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2003, n° 347-2.

chacune d'elles³³⁴. Dès lors, le bailleur financier est libre de ne pas consentir à la cession s'il estime que le cessionnaire n'est pas digne de confiance. Quant à la résiliation du contrat pour des inexécutions antérieures, là encore, le bailleur financier peut choisir de ne pas consentir à la cession du contrat pour s'en dégager.

B. Les effets de la cession sur la situation du repreneur

242.- En droit français, le cessionnaire devient débiteur des obligations qui étaient jusqu'alors à la charge du cédant sans que le bailleur financier ne dispose des garanties dont il disposait à l'encontre du locataire initial et qui pouvaient constituer un motif essentiel de son engagement³³⁵. Les garanties qui ont été consenties au moment de la conclusion du contrat ne sont pas transmises avec le contrat dont elles garantissaient l'exécution, comme le fera ressortir l'étude des effets de la cession sur la caution³³⁶.

243.- Le cessionnaire n'est tenu qu'au paiement des loyers afférents à la période de jouissance postérieure au jugement qui ordonne la cession du contrat. Cela complique la détermination des créances de loyers dont le paiement incombe au cessionnaire. Il est, en effet, nécessaire de prendre en compte la période de jouissance et non la date d'exigibilité des sommes dues, celle-ci pouvant être antérieure à la date d'entrée en jouissance du cessionnaire³³⁷. Ce dernier ne doit pas payer le loyer afférent à la période de jouissance antérieure à sa propre entrée en jouissance, même si ce loyer est échu après cette date. Il faut, le cas échéant, fractionner l'échéance en cours au moment de la cession au *prorata* de la durée de jouissance effective. Le cessionnaire n'assume pas non plus les inexécutions imputables au cédant quelles qu'elles soient. Le contrat n'est, en effet, pas transmis avec ses causes de résiliation ou de dommages et intérêts³³⁸. Par conséquent, seules sont transmises les obligations afférentes à l'exécution du contrat de crédit-bail ou de location financière, postérieures au prononcé du jugement de cession et seules les défaillances

³³⁴ BGH, 27.11.1985: *NJW* 1986, 918.

³³⁵ B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, op. cit., n° 1723.

³³⁶ Voir infra, n° 245 s.

³³⁷ Cass. com. 6/01/1998, n° 95-15407: *Bull. Civ. IV*, n° 7.

³³⁸ P. DELEBECQUE, « Le régime des contrats cédés en application de l'article 86 de la loi du 25 janvier 1985 », *Rev. Jur. Com.* 1992, n° spécial, p. 134 et s., n° 17.

imputables au cessionnaire seront susceptibles de fonder ultérieurement une action en résiliation de ces contrats.

244.- En droit allemand, en revanche, la cession a lieu selon les règles de droit commun. Le cessionnaire prend la place du débiteur dans le contrat et endosse l'ensemble des droits et obligations de ce dernier. La cession a un effet novatoire par changement débiteur. Le bailleur financier peut néanmoins demander à l'administrateur de l'insolvabilité qu'il paie les loyers impayés avant de donner son accord à la cession. Cependant, s'agissant de créances antérieures, l'administrateur est contraint de refuser le paiement. Le cessionnaire peut cependant envisager de payer lui-même les arriérés de loyers au bailleur financier sauf à diminuer de même montant le prix d'achat offert de l'entreprise³³⁹.

C. Les effets de la cession du contrat de location financière sur la caution

245.- Le contrat de crédit-bail ou de location financière est, en pratique, souvent assorti d'un cautionnement qui garantit le paiement des loyers du locataire au bailleur financier. La question du transfert de cette sûreté personnelle se pose nécessairement en cas de cession du contrat, que celle-ci soit conventionnelle ou judiciaire.

246.- En droit français, cette question est controversée. La plupart des auteurs considèrent que le contrat de cautionnement n'est pas transmis sans l'accord de la caution dans le cadre de la cession judiciaire du contrat. Ils invoquent l'article 2292 du Code Civil selon lequel «*on ne peut étendre [le cautionnement] au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté*». La cession du contrat garanti induit un changement de la garantie. Il l'étend, par conséquent, au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté et est dès lors contraire aux dispositions de l'article 2292 du Code Civil³⁴⁰.

³³⁹ MORSHÄUSER/FALKNER, « Unternehmenskauf aus der Insolvenz », NZG 2010, 881.

³⁴⁰ J.-M. CALENDINI, « La détermination des contrats cédés », *Rev. Jur. Com.* 1992, n° spécial, p. 110.

247.- La Cour de cassation refuse le transfert à titre d'accessoire du cautionnement de manière constante en cas de cession du contrat de crédit-bail³⁴¹. La chambre commerciale de la Cour de cassation s'est encore prononcée récemment à ce propos³⁴² et a précisé au visa des article 2015 devenu l'article 2292 du Code civil et L. 621-88 du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises « *qu'il résulte de la combinaison de ces textes que si les cautions solidaires ne peuvent se prévaloir du jugement qui arrête le plan de redressement, leur engagement ne peut être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté ; que lorsqu'un contrat de crédit-bail, dont l'exécution est garantie par une caution, est cédé, la caution reste garante des loyers nés du chef du débiteur cédé antérieurement à la cession, et ne garantit pas les loyers postérieurs dus par le cessionnaire dont elle n'a pas garanti les obligations* ». Cette solution est conforme à la jurisprudence de la chambre commerciale relative au fait générateur des créances de loyers, qui consiste à considérer le loyer du bail comme la contrepartie de la jouissance du bien³⁴³. Cette interprétation propre à la chambre commerciale permet de ne pas considérer la créance de loyers comme née intégralement au moment de la conclusion du contrat. Une telle interprétation conduirait, à l'égard de la caution, à considérer la créance née du contrat de crédit-bail comme une créance antérieure à la procédure collective, garantie par la caution, conception contraire au mécanisme des contrats en cours³⁴⁴.

248.- La solution retenue par la Chambre commerciale écarte, en outre, l'application de l'article 1281 alinéa 2 du Code Civil qui dispose « *la novation opérée à*

³⁴¹ Cass. com. 12/10/1993, n° 91-17128: Bull. Civ. IV, n° 333 : « *le contrat dans l'exécution duquel le repreneur succède au débiteur en redressement judiciaire étant celui-là même qui liait le contractant cédé au débiteur, il en résulte que ce dernier n'est pas déchargé du passif contractuel afférent à sa propre gestion et que si la caution n'a pas à garantir les créances nouvelles nées du chef du repreneur depuis la cession, elle demeure tenue au titre des créances nées du chef du débiteur antérieurement à la cession.* » – Cass. com. 21/11/1995, n° 93-20387: Bull. Civ. IV, n° 267 : « *lorsqu'un contrat de crédit-bail, dont l'exécution est garantie par une caution, est cédé par application de l'article 86 de la loi du 25 janvier 1985, que si la caution reste garante des loyers échus antérieurement à la cession, nés du chef du débiteur cédé, elle ne garantit pas les loyers postérieurs dus par le cessionnaire, dont elle n'a pas garanti les obligations, à moins que, par un nouvel engagement, elle ait donné sa garantie au cessionnaire pour le paiement de ces loyers.* ».

³⁴² Cass. com. 13/02/2007, n° 05-19470.

³⁴³ P.-M. LE CORRE, note sous l'arrêt Cass. com. 13/02/2007: Gaz. Pal. 2007, n° 104, p. 54.

³⁴⁴ P.-M. LE CORRE, note sous l'arrêt Cass. com. 13/02/2007, *op. cit.* : La créance de loyer étant alors une créance antérieure, celle-ci ne pourrait plus être payée postérieurement à l'ouverture de la procédure collective. De plus, le défaut de paiement après le jugement d'ouverture ne pourrait également plus entraîner la résiliation du contrat.

l'égard du débiteur principal libère les cautions». La cession judiciaire n'opère pas novation par changement de débiteur puisqu'elle ne résulte pas de la volonté des parties³⁴⁵. Le débiteur principal n'est pas libéré de ses propres dettes issues du contrat. Dès lors, les dettes nées de l'exécution du contrat doivent être distinguées selon qu'elles sont afférentes à l'exécution du contrat antérieure à la cession et donc à la charge du débiteur, ou à la jouissance postérieure, qui sont à la charge du repreneur.

249.- Le transfert du bénéfice du cautionnement en cas de cession du contrat est, en droit allemand, réglé par les dispositions du § 401 al. 1 BGB qui dispose «(1) *Les hypothèques, hypothèques maritimes et les droits de gage, de même que les droits provenant d'une caution constituée pour la garantir, sont transférés avec la créance cédée, pour laquelle ils existaient* »³⁴⁶. En vertu de ces dispositions, le cautionnement est transmis au même titre que les autres sûretés en même temps que la dette cédée qu'elle garantit. Cela signifie qu'au contraire de la solution retenue en droit français, la caution garantit les créances de loyers dues pour la jouissance du bien par le cessionnaire. La caution peut, cependant, exiger qu'une clause exclusive de cession soit insérée dans le contrat. Dans cette hypothèse, la garantie se limitera aux loyers impayés antérieurement à la cession du contrat. En l'absence d'une telle disposition, la caution continue à garantir les loyers impayés postérieurement à la cession³⁴⁷. Cette position protectrice des intérêts du bailleur financier est, en revanche, sévère à l'égard de la caution. La caution joue dans ce cas pleinement son rôle de garantie.

250.- Conclusion de la Sous-section 2 : Les intérêts du maintien de l'activité et du bailleur financier se concilient difficilement dans le cadre de la cession judiciaire

³⁴⁵ Cass. com. 12/10/1993: Bull. Civ. IV, n° 333 : «*Qu'il résulte de cette disposition [article 86 de la loi du 25 janvier 1985] que la cession des contrats intervenant en vertu d'une décision du Tribunal et non de la volonté des parties n'emporte pas extinction de l'obligation préexistante et remplacement de celle-ci par une obligation nouvelle substituée à l'ancienne, aucun effet novatoire n'étant ainsi attaché à l'opération.*» ; Cass. com. 6/06/1995, n° 93-14456.

³⁴⁶ Traduction libre de l'auteur, le texte original étant : § 401: «**Übergang der Neben- und Vorzugsrechte.**

(1) *Mit der abgetretenen Forderung gehen die Hypotheken, Schiffshypotheken oder Pfandrechte, die für sie bestehen, sowie die Rechte an seiner für die bestellten Bürgschaft auf den neuen Gläubiger über.*

(2) *Ein mit der Forderung für den Fall der Zwangsvollstreckung oder des Insolvenzverfahrens verbundenes Vorzugsrecht kann auch der neue Gläubiger geltend machen.*»

³⁴⁷ Münch.Komm-BGB/Roth, § 401, Rn. 5.

d'entreprise. Les deux systèmes juridiques étudiés ont choisi de faire prévaloir des intérêts antagonistes. Le droit français déroge aux règles de droit commun en prévoyant la cession judiciaire des contrats de location financière nécessaires au maintien de l'activité³⁴⁸. L'intérêt privilégié est ainsi la continuation de l'activité ainsi que le maintien des emplois. En droit allemand, le redressement de l'activité après la cession peut être compromis par le refus du bailleur financier de consentir au transfert du contrat. Les intérêts de ce dernier sont donc préservés au détriment du maintien de l'activité. Aucune de ces solutions ne se révèle parfaite. Pour le bailleur financier, toutefois, la solution allemande est certainement la plus confortable. Il ne se voit pas imposer un nouveau cocontractant et se trouve même en position de négocier auprès du repreneur le paiement des créances de loyers antérieures. Ceci est certainement dû à la volonté du législateur allemand d'assurer avant tout la satisfaction des créanciers.

251.- Conclusion du chapitre 2 : La décision de continuer le contrat améliore considérablement la situation du bailleur financier dans chacun des deux systèmes juridiques étudiés. Les intérêts en présence sont alors enfin équilibrés. La situation est plus évidente en droit allemand. Les intérêts du bailleur financier sont sacrifiés au profit de l'intérêt collectif jusqu'à la décision du titulaire de l'option. Si ce dernier renonce à l'exécution du contrat, alors il n'y a pas lieu d'alourdir le passif du débiteur avec des loyers inutiles au maintien de l'activité. En revanche, si la poursuite de l'activité nécessite l'exécution du contrat, l'exécution du contrat imposée, le cas échéant, au bailleur financier, doit être compensée et ce, dès l'ouverture de la procédure. La loi du contrat est à nouveau applicable. Dès lors, la créance d'indemnité pour inexécution d'un contrat non poursuivi bénéficie également du traitement préférentiel et le contrat ne peut être cédé sans le consentement du bailleur financier. Cela contraste dès lors avec le droit français qui, d'une part, accorde le bénéfice du traitement préférentiel aux loyers échus pendant la phase de réflexion en application de critères essentiellement chronologiques alors même que le contrat n'est pas continué mais exclut, d'autre part, la créance d'indemnité pour inexécution du contrat poursuivi du bénéfice du traitement préférentiel. Sans compter que

³⁴⁸ En revanche, en l'absence de disposition légale contraire, un contrat non cédé dans le plan de cession n'est pas résilié de plein droit et les règles de droit commun sont dès lors pleinement applicables au contrat qui se poursuit entre le débiteur et le bailleur financier, v. sur cette question, P.-M. LE CORRE, « Le sort du contrat non cédé dans le plan de cession », *JCP Ent.* 2006, p. 2671.

le contrat de location financière peut faire l'objet d'une cession judiciaire. Si les sacrifices imposés au bailleur financier sont, en droit français, justifiés par le maintien de l'activité, ils contribuent à rendre sa situation moins confortable qu'elle ne l'est en droit allemand.

252.- Conclusion de la Partie 1 : En vertu du principe du principe d'égalité des créanciers, le bailleur ne peut obtenir le paiement des créances de loyers échues avant l'ouverture de la procédure et que le débiteur n'aurait pas payées. Pourtant, l'intérêt collectif impose d'empêcher au bailleur financier de mettre fin au contrat de location financière en raison de l'inexécution du contrat sous peine de réduire à néant les chances de redressement de l'entreprise. Le droit des procédures collectives doit dès lors déroger aux règles de droit commun aussi bien en droit français qu'en droit allemand. Le bailleur financier ne doit pas pouvoir soustraire le contrat à l'option sur la continuation des contrats en cours. Toutefois, les conceptions divergent quant aux conséquences de l'issue de l'option. Le droit commun est à nouveau applicable au contrat en droit allemand dès lors que le contrat est continué. Les règles de droit commun s'appliquent aussi en cas de cession. Le droit français fait, en revanche, toujours prévaloir l'intérêt collectif sur ceux du bailleur financier. Ainsi, il écarte la créance d'indemnité pour inexécution du contrat poursuivi du bénéfice du traitement privilégié afin de ne pas alourdir le passif du débiteur failli. Dans le cadre de la cession, le maintien de l'activité prévaut sur la liberté contractuelle du bailleur financier. La situation du bailleur financier paraît ainsi plus favorable en droit allemand.

PARTIE 2 LE BAILLEUR FINANCIER, CRÉANCIER DU DÉBITEUR FAILLI

253.- Le bailleur financier est, dès l'ouverture de la procédure, confronté aussi bien en droit français qu'en droit allemand, à l'interdiction des paiements et à la suspension des poursuites individuelles qui frappent le débiteur. Il ne peut, dès lors, obtenir le paiement d'éventuels loyers antérieurs à l'ouverture de la procédure. En outre, la poursuite du contrat de location financière, tout comme son absence, va générer de nouvelles créances dont la qualité va déterminer les conditions du paiement. Les deux systèmes juridiques objets de cette étude, soumettent un certain nombre de créances à un traitement collectif et offrent aux créances générées en vue du maintien de l'activité un traitement préférentiel.

254.- Dans les deux systèmes juridiques étudiés, le bailleur financier doit se plier à la formalité de déclaration des créances dont il veut obtenir le paiement dans le cadre des répartitions. En revanche, les créances bénéficiant du traitement préférentiel sont payées à échéance sans formalité particulière. Néanmoins, alors que les contraintes imposées au bailleur financier semblent similaires, le droit français sacrifie davantage les droits du bailleur financier au profit non seulement du débiteur failli, des autres créanciers mais également de la caution et ce, malgré les améliorations apportées par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté³⁴⁹. L'équilibre est alors plus ou moins rétabli par le privilège attaché aux créances de loyers échues après la décision de continuer le contrat, même si la Loi de Sauvegarde est venue réduire le champ d'application de ce traitement privilégié³⁵⁰. En droit allemand, le sacrifice imposé au bailleur financier semble moins important. Néanmoins, le bailleur financier ne dispose pas, contrairement à son homologue dans la procédure de droit français, d'un véritable privilège.

³⁴⁹ JORF n°0295 du 19 décembre 2008.

³⁵⁰ Notamment par l'ajout du critère d'utilité, voir infra la question du bénéfice du traitement préférentiel pour les loyers échus entre le jugement d'ouverture et le refus de maintenir le contrat de location financière.

255.- Afin de déterminer quel système juridique répond au mieux aux intérêts du bailleur financier en tant que créancier, nous devons examiner d'une part le régime juridique des créances soumises à la discipline collective (Chapitre 1) puis celui des créances bénéficiant du traitement préférentiel (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 LE RÉGIME JURIDIQUE DES CRÉANCES SOUMISES A DÉCLARATION

256.- Une fois la procédure collective ouverte, l'étendue du passif du débiteur failli doit être déterminée. Dans les deux systèmes juridiques étudiés, les créanciers ne sont plus autorisés à poursuivre individuellement le recouvrement de leur créance à l'encontre du débiteur failli. Les créanciers titulaires de créances antérieures à l'ouverture de la procédure collective sont, aussi bien en droit français qu'en droit allemand, soumis à l'obligation de déclarer leurs créances à compter de l'ouverture de la procédure collective. Par cette déclaration, ils manifestent leur volonté de participer à la procédure collective et aux règlements consécutifs.

257.- En droit français, le bailleur financier doit, à compter du jugement d'ouverture et dans un délai de deux mois, adresser la déclaration de ces créances de loyers nées antérieurement au jugement d'ouverture au représentant des créanciers³⁵¹. Une telle déclaration lui permet, alors qu'il ne peut poursuivre son débiteur selon les règles de droit commun, de faire constater sa créance afin que celle-ci soit, du moins en partie, payée dans le cadre de la procédure collective. Le régime de la déclaration de créances est le même dans les différentes procédures, c'est-à-dire sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires. La même fonction est attribuée en droit allemand à la déclaration de créances³⁵². Le bailleur financier, créancier de l'insolvabilité c'est-à-dire créancier personnel du débiteur qui, au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, a contre lui un droit justifié de caractère patrimonial³⁵³, doit déclarer par écrit sa créance à l'administrateur de l'insolvabilité afin de participer aux répartitions.

258.- Les créances déclarées par le bailleur financier sont ensuite vérifiées afin d'être admises aux répartitions. Ce n'est qu'une fois les créances vérifiées et admises qu'il

³⁵¹ Article L. 622-24 du Code de commerce.

³⁵² § 174 InsO.

³⁵³ § 38 InsO.

pourra être procédé à leur paiement dans un ordre déterminé, sauf dans les hypothèses dérogatoires. Néanmoins, l'admission de la créance du bailleur financier, créancier chirographaire, n'implique pas le paiement entier de celle-ci, l'actif du débiteur failli pouvant être insuffisant. Le bailleur financier peut alors, le cas échéant, envisager une action en paiement contre la caution.

259.- Le bailleur financier se doit, particulièrement en droit français, d'être très prudent lors de la déclaration de créance puisque c'est elle qui détermine non seulement le montant qu'il obtiendra lors des répartitions mais également son droit de prendre part au plan adopté ainsi que les conditions de son recours à l'encontre de la caution. Le contentieux relatif à la déclaration de créance est donc à la hauteur des enjeux. Toute erreur ou manquement à une des conditions d'efficacité de la déclaration de créance peut avoir des conséquences préjudiciables pour le bailleur financier. Au contraire, les décisions allemandes en la matière sont peu nombreuses, la déclaration de créance ayant une importance moindre pour le bailleur financier qui ne se trouve pas privé du droit d'exercer sa créance malgré une déclaration erronée ou faite sans respecter les modalités prévues par la loi.

260.- La déclaration de créance du bailleur financier telle qu'elle résulte des dispositions des deux systèmes juridiques sera donc présentée (Section 1) avant que ne soient envisagées les conséquences de l'admission ou du rejet des créances à la répartition des actifs (Section 2) et l'action du bailleur financier à l'encontre d'une éventuelle caution (Section 3).

SECTION 1 LA DÉCLARATION DE CRÉANCE DU BAILLEUR FINANCIER

261.- Aussi bien en droit français qu'en droit allemand, la déclaration de créance s'analyse en une demande en justice ou acte de procédure (*Verfahrenshandlung*)³⁵⁴ ayant notamment pour effet d'interrompre la prescription³⁵⁵. La détermination de son contenu se révèle, dans certaines circonstances, relativement complexe, le bailleur financier n'étant pas toujours fixé sur la situation du contrat de location financière au moment de la déclaration de créance. Il peut ainsi être amené à procéder à plusieurs déclarations distinctes s'il n'avait pas connaissance, au moment de la première déclaration faite dans le délai légal, de toutes les créances dont il est titulaire à l'encontre du débiteur failli et qui sont soumises à une telle obligation. S'ajoutent encore des conditions strictes et précises dans lesquelles cette déclaration doit être effectuée. Néanmoins, c'est en droit français que le bailleur financier doit se montrer le plus prudent. Le contentieux en la matière est très révélateur d'une telle nécessité et ceci, même si sa situation a globalement été améliorée avec l'entrée en vigueur de la Loi de Sauvegarde. Toutefois, elle reste moins favorable que celle de son homologue allemand.

262.- Afin de démontrer cette tendance, nous préciserons tout d'abord quels sont les délais impartis au bailleur financier pour procéder à la déclaration de créances (I), puis les conditions de mise en œuvre de la déclaration de créance (II).

I. Les délais impartis au bailleur financier pour déclarer ses créances

263.- Le mandataire de la procédure ne peut faire un diagnostic de la situation du débiteur et estimer ses chances de redressement qu'à la condition de connaître l'importance du passif de l'entreprise défaillante. Par la déclaration de leurs créances, les créanciers

³⁵⁴ *Münch.Komm-InsO/Nowak*, § 174, Rn. 2.

³⁵⁵ En droit français, Cass. com. 15/03/2005, n° 03-17783: *Bull. civ. IV*, n° 63: D. 2005, AJ, p. 1286, obs. A. LIENHARD ; en droit allemand, § 204 I Nr. 10 BGB.

l'informent de l'existence d'une créance à l'encontre du débiteur et expriment leur volonté de participer à la procédure. Les impératifs de rapidité de la procédure justifient que des délais aient été prévus pour procéder à cette déclaration. Avant de préciser les sanctions auxquelles s'expose le bailleur financier dans chacun des deux systèmes juridiques étudiés s'il ne respecte pas les délais impartis (B), nous nous attacherons à déterminer ces derniers ainsi que leur point de départ (A).

A. La détermination des délais et de leur point de départ

264.- Conformément aux dispositions de l'article R. 622-26 du Code de commerce, le bailleur financier doit procéder à la déclaration de ses créances dans le délai de deux mois à compter de la publication du jugement au Bulletin des annonces civiles et commerciales. En cas de renonciation à la poursuite du contrat de location financière, le bailleur financier doit déclarer la créance d'indemnité de résiliation dans le délai d'un mois à compter de la date de la résiliation de plein droit ou de la notification de la décision prononçant la résiliation, s'il a dû être procédé à une résolution judiciaire, conformément aux dispositions de l'article R. 622-21 du Code de commerce. En droit allemand, le délai accordé aux créanciers pour déclarer leurs créances n'est pas, contrairement au droit français, strictement fixé par la loi mais précisé par le tribunal lors du jugement d'ouverture de la procédure dans les limites de deux semaines et trois mois à compter de ce jugement, conformément aux dispositions du § 28 InsO³⁵⁶. Le point de départ du délai est la date à partir de laquelle les créanciers doivent avoir eu connaissance du jugement d'ouverture, c'est-à-dire deux jours après le jour de la première publication au journal officiel déterminée pour la publicité du jugement³⁵⁷.

265.- La différence essentielle entre ces deux délais tient à la forclusion attachée en droit français au dépassement du délai imparté. Le délai prévu par le tribunal allemand n'a

³⁵⁶ § 28 Abs. 1 InsO: «Im Eröffnungsbeschuß sind die Gläubiger aufzufordern, ihre Forderungen innerhalb einer bestimmten Frist unter Beachtung des § 174 beim Insolvenzverwalter anzumelden. Die Frist ist auf einen Zeitraum von mindestens zwei Wochen und höchstens drei Monaten festzusetzen.».

³⁵⁷ UHLENBRUCK/Sinz, § 174, Rn. 13.

pas le caractère de délai de forclusion³⁵⁸ et les créanciers conservent la possibilité de déclarer leurs créances au-delà du délai imparti.

En droit français, les créanciers ne pouvant déclarer leur créance que dans le délai légal de deux mois, le législateur a prévu bon nombre d'exceptions permettant de prolonger le délai ou d'en décaler le point de départ dans certaines circonstances particulières. Le délai est ainsi doublé pour les créanciers ne demeurant pas sur le territoire de la France métropolitaine quand la procédure est ouverte par une juridiction ayant son siège sur ce territoire³⁵⁹. Le bailleur financier allemand bénéficie ainsi d'un délai de quatre mois pour procéder à la déclaration de ses créances dans le cadre d'une procédure collective ouverte contre le locataire établi en France.

266.- Par ailleurs, le point de départ du délai est décalé pour les créanciers titulaires d'une sûreté publiée ou liés au débiteur par un contrat publié. Ceux-ci sont avertis personnellement ou, s'il y a lieu, à domicile élu³⁶⁰. Dans le délai de quinze jours à compter du jugement d'ouverture, le mandataire judiciaire avertit les créanciers connus d'avoir à lui déclarer leurs créances dans le délai de deux mois³⁶¹. A leur égard, le délai de déclaration court à compter de la notification de cet avertissement. Alors que sous le système antérieur à la Loi de Sauvegarde, seuls les créanciers titulaires de « *sûretés ayant fait l'objet d'une publication ou d'un contrat de crédit-bail* » étaient concernés, l'article L. 622-24 du Code de commerce vise désormais les créanciers « *liés au débiteur par un contrat publié* ». L'obligation du mandataire judiciaire est ainsi étendue aux créanciers liés au débiteur par un contrat publié que la publication de celui-ci soit obligatoire ou facultative³⁶². Les contrats de crédit-bail doivent être distingués des autres contrats de location financière pour déterminer le point de départ du délai.

267.- Les contrats de crédit-bail, c'est-à-dire correspondant à la définition légale établie dans la loi n° 66-455 du 2 Juillet 1966 à savoir « *les opérations de location de biens*

³⁵⁸ UHLENBRUCK/Sinz, § 174, Rn. 13 ; NERLICH/RÖMERMANN/Becker, § 174, Rn. 10 ; Münch.Komm-InsO/Nowak, § 174, Rn. 7.

³⁵⁹ Article R. 622-24 al. 2 du Code de commerce.

³⁶⁰ Article L. 622-24 alinéa 1 du Code de commerce.

³⁶¹ Article R. 622-21 du Code de commerce.

³⁶² F.-X. LUCAS et H. LECUYER, *La réforme des procédures collectives/La loi de sauvegarde article par article*, LGDJ 2006, p. 140.

d'équipement ou de matériel d'outillage achetés en vue de cette location par des entreprises qui en demeurent propriétaires, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, donnent au locataire la possibilité d'acquérir tout ou partie des biens loués, moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers », doivent être publiés sous peine d'inopposabilité du droit de propriété à la procédure. Cette obligation de publication ainsi que la sanction qui y est attachée, sont prévues par le décret n° 72-665 du 4 juillet 1972. L'inopposabilité est une sanction extrêmement lourde pour le crédit-bailleur conduisant à le priver de la possibilité de se prévaloir de son droit de propriété pour revendiquer le bien loué dans le cadre d'une procédure collective³⁶³.

Le crédit-bailleur, dont le contrat de crédit-bail est publié, est alors informé de son obligation de déclarer ses créances issues du contrat de crédit-bail à la faillite du crédit-preneur. Si le mandataire judiciaire tarde à avertir le crédit-bailleur, le point de départ du délai de déclaration est retardé d'autant³⁶⁴. En l'absence d'information de la part de l'administrateur ou du liquidateur, la loi ne précise plus quelle est la démarche que le crédit-bailleur doit suivre. Néanmoins, le délai ne peut commencer à courir³⁶⁵. La chambre commerciale de la Cour de cassation a, en effet, précisé dans un arrêt rendu le 27 février 2007 que *« la forclusion n'est pas opposable aux créanciers titulaires d'une sûreté ayant fait l'objet d'une publication ou d'un contrat publié dès lors qu'ils n'ont pas été avisés personnellement et seule la réception de l'avertissement prévu à l'article 66 du décret du 27 décembre 1985 [désormais repris à l'article R. 622-12, al. 1 du Code de commerce] fait courir le délai de deux mois à l'expiration duquel les créanciers encourent la forclusion ; ayant constaté que le liquidateur ne rapportait pas la preuve de la réception de l'avertissement par cette société, la Cour d'appel [...] a légalement justifié sa décision »*³⁶⁶.

³⁶³ Voir infra, n° 484 s.

³⁶⁴ Article L. 622-24 al. 1 et L. 622-26 al. 3 du Code de commerce - CA Amiens, Ch. Economique, 17/11/2005, Juris-Data n° 2005-298741.

³⁶⁵ Cass. com. 7/07/2009, n° 07-17028 et n° 07-20220: Bull. civ. IV, n° 99: JCP Ent. 2010, 1011, n° 8, obs. P. PETEL : *« l'avertissement personnel dû aux créanciers de sûretés publiées doit, lorsqu'il est adressé à un créancier domicilié dans un autre Etat de l'Union européenne, porter dans toutes les langues officielles des institutions de l'Union le titre « invitation à produire une créance-délais à respecter » et, en toute hypothèse, reproduire certaines dispositions légales »*. L'arrêt laisse ainsi entendre que l'absence d'un tel intitulé serait également une irrégularité privant d'effet l'avertissement.

³⁶⁶ Cass. com. 27/02/2007, n° 06-12033: Bull. civ. IV, n° 69: Gaz. Pal. Proc. Coll. 2007, p. 45, note E. L.-B. Il faut souligner, de plus, un cas particulier qui est celui de l'indemnité de résiliation en cas de contrat initialement poursuivi. Le bailleur financier peut difficilement soutenir dans ce cas ne pas être au courant de

En cas de litige opposant le crédit-bailleur et le mandataire judiciaire sur la question de l'avertissement, il appartient au juge-commissaire de trancher. Dans une telle hypothèse, le crédit-bailleur présente non pas une demande en relevé de forclusion au juge-commissaire mais une requête en constat de non forclusion³⁶⁷. A la différence de la demande de relevé de forclusion, son action n'est enfermée dans aucun délai. L'obligation faite au mandataire judiciaire d'avertir les titulaires de contrats publiés est donc très favorable au crédit-bailleur. Le délai imparti pour procéder à la déclaration de créances étant extrêmement court, l'avertissement d'avoir à déclarer la créance est un avantage considérable.

268.- Si aucune obligation légale ne lui est imposée, le bailleur financier peut choisir de publier son contrat afin d'éviter les risques de forclusion en cas d'ouverture de la procédure. Le bailleur financier dont le contrat ne correspond pas à la définition légale de crédit-bail et qui n'aurait pas publié son contrat n'est, en revanche, pas averti personnellement par le mandataire judiciaire. Dans ce cas, le délai court à son encontre même s'il n'a pas été averti ou qu'il était inconnu du mandataire judiciaire, le débiteur lui en ayant dissimulé l'existence³⁶⁸.

269.- Il peut toutefois demander un relevé de forclusion au juge-commissaire dans le délai de six mois à compter de la publication du jugement d'ouverture³⁶⁹. Néanmoins, ceci ne le dispense pas de déclarer sa créance dans le délai pendant lequel il peut agir en relevé de forclusion. C'est ce que la chambre commerciale de la Cour de cassation a précisé dans un arrêt rendu le 9 mai 2007³⁷⁰ en disant que si « *aucun texte n'oblige le créancier défaillant à déclarer sa créance avant de saisir le juge-commissaire de sa demande en relevé de forclusion, [celui-ci] est néanmoins tenu de la déclarer dans le délai prefix d'un an à compter de la décision d'ouverture de la procédure, même si le juge-*

la situation le conduisant à déclarer cette créance et par conséquent, prouver que son absence de déclaration n'est pas due à son fait, v. sur ce point P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 665-35.

³⁶⁷ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 665.87.

³⁶⁸ Cass. com. 19/01/1993, n° 91-11462: *Bull. civ. IV*, n° 16: *JCP G.* 1993 I, 236, n° 14, Obs. M. CABRILLAC.

³⁶⁹ Article L. 622-26 al.3 du Code de commerce.

³⁷⁰ Cass. com. 9/05/2007, n° 05-21.357: *Bull. civ. IV*, n° 125: *Rev. Dr. Banc. et Fin.* 2007, 113, note F.-X. LUCAS.

commissaire n'a pas statué sur sa demande de relevé de forclusion à l'intérieur de ce délai ». Cet arrêt a été rendu sous le visa de l'article L. 621-46 du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi du 26 juillet 2005. Il ne perd toutefois pas de son intérêt sous le régime de la Loi de Sauvegarde, le bailleur financier, qui ne procède pas à la déclaration de sa créance dans le délai préfix de six mois à compter de la publication du jugement d'ouverture³⁷¹, même en l'absence de décision du juge-commissaire, ne dispose plus d'aucun moyen d'obtenir son admission au passif et de participer aux répartitions et dividendes.

270.- Les contraintes imposées au bailleur financier français en matière de déclaration de créances ont conduit certains auteurs à qualifier celle-ci de véritable obligation³⁷². En droit allemand, le bailleur financier qui ne déclare pas sa créance dans le délai imparti par le tribunal a la possibilité de le faire ultérieurement. Selon les dispositions du § 177 InsO, les créances qui ont été déclarées au-delà du délai fixé par le tribunal sont susceptibles d'être vérifiées lors de l'audience prévue à cet effet³⁷³. Le bailleur financier garde même la possibilité de déclarer sa créance après la tenue de l'audience de vérification. Dans ce cas, le tribunal de l'insolvabilité organise une audience spéciale de vérification dont les coûts sont, en principe, à charge du créancier, ici le bailleur financier retardataire, ou ordonne que la vérification soit faite dans le cadre d'une procédure écrite. En l'absence de déclaration, le bailleur financier ne participe pas aux répartitions. De même, si le bailleur financier déclare sa créance après que l'administrateur a déposé le bilan économique de l'entreprise défaillante et autorisé la répartition d'après l'état de répartition final après que le délai du § 189 al. 1 InsO a expiré³⁷⁴, la créance ne peut plus être prise en compte dans la répartition³⁷⁵.

³⁷¹ Délai prévu par l'article L. 622-26 alinéa 3 du Code de commerce.

³⁷² M. LAROCHE, *Revendication et propriété*, Defrénois, 2007, n° 484.

³⁷³ § 177 al. I 1ère phrase InsO: « *Im Prüfungstermin sind auch die Forderungen zu prüfen, die nach dem Ablauf der Anmeldefrist angemeldet worden sind* ».

³⁷⁴ Ce délai est de deux semaines à compter de la publication par l'administrateur de l'insolvabilité d'un état de répartition.

³⁷⁵ OLG Köln, 20.05.1992: ZIP 1992, 949: « *Eine Forderung, die aufgrund verspäteter Anmeldung erst am Tage des Schlusstermins zur Konkurstabelle festgestellt wird, kann bei der Schlussverteilung nicht mehr berücksichtigt werden* ».

271.- Même exclu du bénéfice des répartitions, le bailleur financier conserve toutefois un intérêt légitime à la vérification de la créance. L'inscription de la créance au tableau des créances lui permet, en effet, de recourir à l'exécution forcée une fois la procédure close, conformément aux dispositions du § 201 II InsO³⁷⁶. En effet, l'application de ce paragraphe est uniquement subordonnée à l'existence d'une créance inscrite au tableau des créances et non contestée. Peu importe, en revanche, que la créance ait été prise en compte dans les répartitions³⁷⁷. C'est notamment pour cette raison que certains auteurs se prononcent contre la possibilité de déclarer la créance au-delà du délai susmentionné³⁷⁸. Pour eux, le créancier qui déclare sa créance en sachant qu'il ne pourra pas prendre part à la répartition, n'exprime pas sa volonté de participer à la procédure, destination initiale de la déclaration de créance, mais simplement celle d'obtenir un titre à un stade de la procédure auquel ni l'administrateur de l'insolvabilité, ni le débiteur ne vont s'opposer à la déclaration dans la mesure où la créance déclarée ne sera pas destinée à entrer dans la répartition³⁷⁹. Certes, le débiteur a toujours la possibilité de faire opposition à la créance en vertu des dispositions du § 201 al. 2 InsO mais un débiteur profane restera en général passif. Cette inscription au tableau constitue, par conséquent, pour le bailleur financier un moyen rapide et peu onéreux d'obtenir un titre exécutoire.

272.- Les tribunaux allemands considèrent toutefois qu'une déclaration tardive doit être déclarée recevable, et ceci même si elle intervient après la détermination de la date de l'audience finale (*die erst nach Bestimmung des Schlusstermins erfolgt*). La déclaration tardive de la créance fut, tout d'abord, considérée comme une objection à l'état final de répartition, le créancier contestant ainsi son exclusion de l'état final de répartition (*Schlussverzeichnis*)³⁸⁰. Puis, le *Bundesgerichtshof* a précisé dans une décision du 22 mars 2007 qu'une créance déclarée après la publication et le dépôt de l'état final de répartition n'est pas prise en compte dans la répartition finale³⁸¹. En pratique, cela signifie également

³⁷⁶ BRAUN/Kießner, § 177. Rn. 10; KÜBLER/PRÜTTING/Pape, § 177, Rn. 2; Solution également mentionnée dans LG Frankfurter/Oder, 20.07.2006: *ZinsO* 2006, 1111,1113, spéc. 1113, LG Verden, 20.05.2005: *ZinsO* 2005, 949 et s, spéc. 950.

³⁷⁷ *Münch. Komm.-InsO/Hintzen*, § 201, Rn. 1 et s.

³⁷⁸ FOERSTE, *Insolvenzrecht*, op. cit., Rn. 408; GOTTWALD/Eikmann/§ 63, Rn. 49.

³⁷⁹ *Ibid.*

³⁸⁰ LG Verden, 20.05.005: *ZInsO* 2005, 949.

³⁸¹ BGH 9. Zivilsenat, 22.03.2007: *NZI* 2007, 401.

que la déclaration ne constitue pas une objection à l'état de répartition³⁸². Pour le bailleur financier, elle présente simplement l'avantage de lui permettre d'obtenir un titre exécutoire du fait de l'inscription de la créance au tableau³⁸³. Cela n'aura, toutefois, que très peu de répercussions concrètes puisque si la procédure d'insolvabilité est ouverte à l'encontre d'une société, le débiteur disparaît avec la liquidation de la société. La décision du *Bundesgerichtshof* témoigne d'une volonté de privilégier l'intérêt commun des créanciers sur l'intérêt personnel qu'a un créancier de participer à la procédure pour la créance déclarée tardivement.

273.- En droit français, le bailleur financier dont le contrat est publié bénéficie, grâce à l'avertissement personnel d'avoir à déclarer ses créances, d'une position extrêmement favorable par rapport aux autres créanciers. Pourtant, comparée à celle de son homologue dans la procédure de droit allemand, sa situation n'est pas particulièrement favorable, et ceci, bien que le bailleur financier ne bénéficie d'aucune mesure particulière dans la procédure de droit allemand. Cela s'explique par l'absence de forclusion qui entraîne une absence de sanction en cas de dépassement des délais impartis pour déclarer ses créances à l'encontre du débiteur failli.

B. Sanction en cas de dépassement des délais impartis

274.- L'absence de déclaration dans les délais conduit donc dans chacun des deux systèmes juridiques à exclure le bailleur financier des répartitions. Ceci représente, toutefois, la seule similitude entre les deux systèmes juridiques étudiés. La forclusion constitue, en droit français, une sanction qui ne trouve pas d'équivalent en droit allemand selon lequel le délai fixé par le tribunal n'est pas sanctionné par la forclusion. L'écart entre la situation du bailleur financier dans la procédure de droit français et dans celle de droit allemand tend, néanmoins, à se réduire.

³⁸² M. ZEUNER, jurisPR-InsR 22/2007 Anm. 1.

³⁸³ Notons qu'en droit français, l'état des créances n'a pas la valeur d'un titre exécutoire, v. Cass. com. 2/05/2001, n° 97-19536 : *Bull. civ.* IV, n° 82.

Sous le régime de la loi du 25 janvier 1985, les créances qui n'avaient pas été déclarées et qui n'avaient pas donné lieu à relevé de forclusion étaient éteintes³⁸⁴. La Loi de Sauvegarde du 26 juillet 2005 a supprimé la sanction d'extinction des créances. Cette suppression est le résultat de la mise en conformité avec l'article 6 du règlement (CE) n°1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité qui prévoit que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité n'affecte pas le droit réel d'un créancier ou d'un tiers sur les biens corporels ou incorporels meubles ou immeubles qui se trouvent sur le territoire d'un autre Etat membre au moment de l'ouverture de la procédure³⁸⁵. Le droit français n'était pas en conformité avec ce règlement chaque fois que la créance était grevée d'un droit réel. L'extinction de la créance n'aurait pu entraîner celle du droit réel qui lui servait de garantie dans un pays tiers, conduisant à une contradiction flagrante³⁸⁶.

275- Les dispositions de l'article L. 622-26 du Code de commerce énoncent désormais qu'à défaut de déclaration de ses créances, le bailleur financier ne sera pas admis dans les répartitions et les dividendes et ne pourra pas non plus opposer ses créances non déclarées pendant l'exécution du plan et après cette exécution lorsque les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal auront été tenus. Alors qu'aucun nom n'avait véritablement placé sur cette sanction avant l'ordonnance du 18 décembre 2008, les auteurs avaient pris l'habitude de parler d'inopposabilité de la créance en l'absence de déclaration, sanction calquée sur celle qui résulte de l'absence de revendication. Cette position a été confirmée par la chambre commerciale dans un arrêt du 3 novembre 2010³⁸⁷, dans lequel les juges ont retenu « *qu'il résulte de l'article L. 622-26 du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 18 décembre 2008 que, si les créanciers qui n'ont pas déclaré leurs créances ne sont pas, sauf à être relevés de la forclusion encourue, admis dans les répartitions et les dividendes, cette créance n'est pas éteinte, que la Cour d'appel en a déduit à bon droit que la créance (...) qui n'avait pas été déclarée au passif [du débiteur] était inopposable à la liquidation judiciaire* ». Cette solution qui ne repose sur aucun fondement légal conduit à considérer que la créance n'est pas seulement

³⁸⁴ Ancien article L. 621-46 du Code de commerce.

³⁸⁵ Ass. Nationale, Rapport X. de Roux, n°2095, p.235.

³⁸⁶ A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, Litec 4^{ème} éd., 2006, n° 460.

³⁸⁷ Cass. com 3/11/2010, n° 09-70312 : *Bull. civ. IV*, n° 165 : *Gaz. Pal.* 8/01/2011, p.18, note E. LE CORRE-BROLY.

inopposable au débiteur mais à la procédure collective, c'est-à-dire aux autres créanciers et au repreneur notamment³⁸⁸.

276.- Malgré l'inopposabilité de la créance, le bailleur financier reste titulaire de sa créance qui ne disparaît plus du simple fait de l'absence de déclaration. La situation du bailleur financier a ainsi été considérablement améliorée du fait de ce changement de sanction. Dans la mesure où la créance ne disparaît plus en l'absence de déclaration, la question de la reprise des poursuites du bailleur financier se pose comme c'est le cas en droit allemand également. En principe, le bailleur financier restant titulaire de la créance, il peut reprendre ses poursuites à l'encontre du débiteur. Néanmoins, il peut se heurter soit à une prescription déjà acquise soit à des dispositions particulières destinées à protéger le débiteur.

277.- La déclaration de créance a, aussi bien en droit français qu'en droit allemand, un effet interruptif de prescription. L'interruption de la prescription ne peut logiquement avoir lieu en l'absence de déclaration de la créance³⁸⁹. Par conséquent, le bailleur financier peut, si les effets de la procédure collective se prolongent dans la durée, se trouver dans l'impossibilité de réclamer le paiement de cette créance à la clôture de la procédure du fait de la prescription intervenue. La prescription pourra notamment être acquise en cas d'ouverture d'une seconde procédure consécutive à l'échec d'un plan. En droit français, compte tenu de la disparition de la sanction d'extinction de la créance non déclarée, le bailleur financier forclos a désormais la possibilité de déclarer sa créance dans le délai légal de la seconde procédure³⁹⁰. La situation est la même en droit allemand en l'absence de disposition légale contraire. Il peut néanmoins s'être écoulé une longue période entre la naissance de la créance et l'ouverture de la seconde procédure, la prescription pouvant alors être acquise. Le bailleur financier a, dans la procédure de droit allemand, la possibilité de déclarer la créance tardivement dans la procédure, ce qui lui permet

³⁸⁸ F.-X. LUCAS, note à propos de l'arrêt Cass. com. 3/11/2010, *L'essentiel, Droit des entreprises en difficulté*, 2011, n° 2, p. 1 : pour l'auteur, la sanction d'inopposabilité à la procédure collective conduit à une personnification de la procédure collective et fait ressusciter la notion d'inopposabilité à la masse.

³⁸⁹ En droit allemand, il n'y a pas pour ces créances, interruption de la prescription pendant la procédure d'insolvabilité au sens du § 204 10° BGB qui ne s'applique qu'aux créances qui ont été déclarées et inscrites à l'état des créances.

³⁹⁰ F. DERRIDA et J. P. SORTAIS, « La situation des créanciers forclos dans les nouvelles procédures collectives », *LPA* 2006, n° 58, p. 7.

d'interrompre la prescription. S'il obtient un titre exécutoire après vérification de la créance, il bénéficie en outre de l'interversion de prescription dont son homologue français ne peut se prévaloir³⁹¹.

278.- La reprise des poursuites du bailleur financier est également confrontée à certaines limites légales en droit français. Tel est notamment le cas de la limite posée à l'alinéa 2 de l'article L. 622-26 du Code de commerce, selon lequel les créances qui n'ont pas été déclarées dans les délais légaux sont inopposables au débiteur pendant l'exécution du plan et après cette exécution lors que les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus. La créance est également inopposable aux personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie pendant la durée de l'exécution du plan. Elle est donc définitivement perdue si le débiteur réussit son redressement.

279.- En droit allemand, en revanche, le bailleur financier qui n'a pas déclaré sa créance, peut faire valoir celle-ci après clôture de la procédure même si un plan de résorption de l'insolvabilité a été adopté. Il faut préciser ici qu'en droit allemand, la procédure est clôturée dès lors qu'un plan a été adopté. Selon les dispositions du § 254 I 3 InsO, les effets du plan s'appliquent aussi à l'égard des créanciers qui n'ont pas déclaré leur créance à la procédure. Dès lors, le contrôle de l'exécution du plan prévu dans le plan lui-même s'étend à tous les créanciers antérieurs du débiteur dans les conditions des §§ 260 et suivants InsO, y compris ceux qui n'ont pris part au plan faute d'avoir déclaré leur créance. Le bailleur financier qui n'a pas déclaré sa créance ne peut, en revanche, obtenir le paiement de sa créance qu'à hauteur du même pourcentage que les créanciers qui font partie du plan comme s'il avait pris part au plan³⁹².

280.- En droit français, l'inopposabilité de la créance du bailleur financier forclos pendant l'exécution du plan est justifiée par l'idée que ce dernier ne doit pas avoir plus de droits que les créanciers qui ont déclaré leurs créances. Le droit allemand réalise, quant à lui, un compromis entre les intérêts du bailleur financier et ceux des autres créanciers, le

³⁹¹ Voir infra, n° 315 s.

³⁹² *Münch.Komm.-InsO/Huber*, § 254, Rn. 23; BREUTIGAM/KAHLERT, «Forderungsfeststellung im Planverfahren – eine unendliche Geschichte?», *ZInsO* 2002, p. 469 s., spéc. 471; OTTE/WIESTER, «Nachmeldungen im Planverfahren», *NZI* 2005, p. 70 s.

bailleur financier ne pouvant obtenir plus que les créanciers admis à participer aux répartitions. Le bailleur financier peut participer au plan sans avoir déclaré sa créance. Cette solution n'est toutefois pas sans conséquence sur les chances de succès du plan³⁹³. Dans le cadre d'un contrat de *leasing* mobilier de longue durée, le bailleur financier est titulaire, lorsque l'administrateur de l'insolvabilité renonce à la poursuite du contrat, d'une indemnité pour inexécution du contrat dont le montant représente, suivant les clauses usuelles, celui des loyers à échoir jusqu'au terme initial du contrat, ce qui peut constituer une somme d'un montant considérable³⁹⁴. Le paiement, ne serait-ce que d'un pourcentage, d'une créance d'un tel montant peut avoir des effets néfastes sur le succès éventuel du plan. L'instauration d'une sanction de forclusion dans le cadre du plan a été invoquée pour remédier à ce risque. Les auteurs relèvent toutefois que si l'on instaure une telle sanction, il faudra également prévoir la possibilité d'un relevé de forclusion. Certains émettent alors un doute quant au réel apport d'une telle règle sur la sécurité juridique après clôture de la procédure³⁹⁵.

281.- La question des poursuites que peut engager le bailleur financier en l'absence de déclaration de créance se pose enfin à la clôture de la procédure en l'absence d'actifs suffisants. En droit français, la créance du bailleur financier forclos n'a pas à être prise en considération pour déterminer le montant du passif à régler en vue d'aboutir à la clôture. Il dispose de son droit de poursuite à la clôture de la procédure pour extinction du passif³⁹⁶, à l'instar de son homologue allemand.

³⁹³ Voir sur cette question, OTTE/WIESTER, « Nachmeldungen im Planverfahren », *NZI* 2005, p.70-77; BREUTIGAM/KAHLERT, « Forderungsfeststellung im Planverfahren – eine unendliche Geschichte? », *ZInsO* 2002, p. 469-472.

³⁹⁴ SCHREIBER/FLITSCH, « Geltendmachung von Forderungen nach Aufhebung des Insolvenzplanverfahrens », *BB* 2005, p. 1173 et s.; dans le même sens, OTTE/WIESTER, « Nachmeldungen im Planverfahren », *NZI* 2005, p. 70-77, spéc. p. 73.

³⁹⁵ SCHREIBER/FLITSCH, « Geltendmachung von Forderungen nach Aufhebung des Insolvenzplanverfahrens », *BB* 2005, p. 1173 et s., spéc. p. 1177 : ils soulignent, en outre, que les dispositions du § 254 al. 1 visent expressément les créanciers qui n'ont pas déclaré leur créance, ce qui montre que le risque ne résulte pas d'un oubli du législateur; contra, OTTE/WIESTER, « Nachmeldungen im Planverfahren », *NZI* 2005, p. 70-77, spéc.73 et s.: les auteurs évoquent la possibilité d'insérer dans le plan, contrat entre les créanciers et le débiteur/administrateur de l'insolvabilité, une clause excluant du paiement de la quote-part prévue au plan les créanciers qui n'auront pas déclaré leur créance au plus tard à l'audience prévue pour le vote du plan. Ils considèrent que le fait de ne pas insérer une telle clause dans le plan serait une faute de la part de l'auteur du plan. Une autre solution consisterait à prévoir une provision diminuant la quote-part pour les créanciers inconnus.

³⁹⁶ DERRIDA/SORTAIS, « La situation des créanciers forclos dans les nouvelles procédures collectives », *op.cit.*, p. 7.

En revanche, lorsque la procédure de liquidation est clôturée pour insuffisance d'actifs en droit français ou qu'une remise du reste des dettes (*Restschuldbefreiung*) est prononcée au profit du débiteur dans la procédure de droit allemand, le bailleur financier ne peut engager des poursuites à l'encontre du débiteur. La *Restschuldbefreiung* constitue une dérogation aux dispositions du § 201 InsO qui prévoit la reprise des poursuites à l'encontre du débiteur³⁹⁷. Cette mesure permet au débiteur, personne physique, d'être libéré envers les créanciers de l'insolvabilité en contrepartie de la cession d'une partie de ses revenus à un administrateur fiduciaire chargé de la répartir équitablement entre les différents créanciers de l'insolvabilité³⁹⁸. Le premier alinéa du § 294 InsO interdit les voies d'exécution forcée individuelles sur le patrimoine du débiteur aux créanciers de l'insolvabilité pendant la période de validité de la déclaration de cession. Par souci d'équité envers les autres créanciers qui auront déclaré leur créance, le bailleur financier qui n'a pas déclaré sa créance ne retrouve pas son droit de poursuites individuelles dans ce cadre.

282.- Cette solution est proche de celle retenue en droit français en cas de clôture de la procédure de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif. Peut-on admettre que le bailleur financier négligent puisse échapper aux effets de la clôture de la procédure pour insuffisance d'actif et retrouver son droit de poursuite contre le débiteur ? Il semble normal que la situation des créanciers négligents ne puisse être meilleure que celle des créanciers ayant procédé régulièrement à la déclaration de leur créance³⁹⁹.

283.- L'absence de reprise des poursuites individuelles s'imposant au bailleur financier forclos, il convient de déterminer s'il dispose, au même titre que les autres créanciers, de la possibilité d'entreprendre des poursuites individuelles à la clôture de la procédure lorsque les conditions posées par l'article L. 643-11 V du Code de commerce sont réunies. Il s'agit en particulier de l'hypothèse dans laquelle la faillite personnelle du

³⁹⁷ *Münch.Komm.-InsO/Hintzen*, § 201, Rn. 7; *KÜBLER/PRÜTTING/Holzer*, § 201, Rn. 2 : les dispositions du § 201 InsO posent le principe d'une reprise des poursuites à l'encontre du débiteur au profit des créanciers de l'insolvabilité et doivent être interprétées largement. La reprise des poursuites individuelles est également applicable aux créanciers n'ayant pas pris part à la répartition ou n'ayant pas déclaré leur créance. *Münch.Komm.-InsO/Hintzen*, § 201, Rn. 17 et s. : En l'absence de déclaration, la créance n'a pu être inscrite sur le tableau des créances et le bailleur financier ne dispose d'aucun titre exécutoire. C'est, par conséquent, son titre d'origine qui lui permet d'exiger du débiteur le paiement de cette créance.

³⁹⁸ § 286 InsO.

³⁹⁹ F. MACORIG-VENIER et C. SAINT ALARY-HOUIN, « La situation des créanciers dans la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises », *Rev. Dr. banc. et fin.* 2006, n° 1, p. 60 et s.

débiteur est prononcée ou encore de celle dans laquelle le débiteur a été reconnu coupable de banqueroute⁴⁰⁰. Si l'on s'en tient au texte, rien ne s'oppose à une telle interprétation⁴⁰¹. En outre, si l'on considère que le créancier forclos est soumis aux effets de la procédure dès son ouverture, et ne peut, à son issue, disposer de son droit de poursuivre le débiteur à l'instar des autres créanciers, il y a lieu de le laisser les entreprendre dans les mêmes conditions que ces derniers⁴⁰².

Toutefois, la créance non déclarée n'ayant pas été vérifiée, le bailleur financier français ne peut pas obtenir de titre exécutoire par ordonnance du président du tribunal. En cas de reprise des poursuites individuelles, le bailleur financier forclos exerce dès lors ses droits selon les règles de droit commun⁴⁰³. C'est ce qui le distingue de son homologue allemand qui a la possibilité de procéder à la déclaration de sa créance au-delà du délai fixé par le tribunal, afin qu'elle soit vérifiée, alors même qu'il est trop tard pour qu'il puisse prendre part aux répartitions. Par l'admission de la créance, il obtient un titre exécutoire⁴⁰⁴.

284.- Le bailleur financier a, en droit français, tout intérêt à publier le contrat de location financière afin de ne pas risquer la forclusion et les sanctions qui lui sont attachées, dans le cadre d'une procédure collective ouverte à l'encontre du locataire. En droit allemand, le bailleur financier bénéficie d'une situation plus favorable même en l'absence de toute exception à son profit. La suppression de la sanction d'extinction des créances en droit français a néanmoins contribué à améliorer considérablement la situation

⁴⁰⁰ Mais également, lorsque le débiteur ou une personne morale dont il a été le dirigeant a été soumis à une procédure de liquidation judiciaire clôturée pour insuffisance d'actif moins de cinq ans avant l'ouverture de celle à laquelle il est soumis ou enfin lorsque la procédure a été ouverte en tant que procédure territoriale au sens du § 2 de l'article 3 du Règlement (CE) n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité.

⁴⁰¹ Rapport X. ROUX, n° 2095, p. 235-236 - P. ROUSSEL-GALLE, *Réforme du droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 314 - P.-M. LE CORRE, « Les déclarations de créances », *LPA* 2007, n° 119, p. 64 et s.

⁴⁰² F. DERRIDA et J.-P. SORTAIS, « La situation des créanciers forclos dans les nouvelles procédures collectives », *op.cit.*, p. 7.

⁴⁰³ Article L. 643-11 V du Code de commerce.

⁴⁰⁴ En droit français, l'état des créances ne vaut pas lui-même titre exécutoire : Cass. com. 2/05/2001, n° 97-19536 : *Bull. civ. IV*, n° 82: Sur cette question, voir P.-M. LE CORRE, « Déclaration, vérification et admission des créances et procédure civile », *LPA* 2008, n° 239, p. 72 : La décision d'admission au passif n'est pas un titre exécutoire dans la mesure où la déclaration ne tend pas à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent et symétriquement, l'admission au passif n'emporte pas la condamnation du débiteur au paiement mais fixe au jour du jugement d'ouverture les droits du créancier à l'égard de la procédure collective - F. MACORIG-VENIER et C. SAINT ALARY-HOUIN, « La situation des créanciers dans la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises », *op.cit.*, n° 36.

du bailleur dans les procédures de droit français et à rapprocher sa situation de celle de son homologue dans la procédure de droit allemand.

II. La déclaration de créances, demande en justice du bailleur financier

285.- La nature juridique de la déclaration de créance est commune aux deux systèmes juridiques étudiés. Par cette déclaration, le bailleur financier fait une demande de paiement d'une somme d'argent. Le bailleur fait sa demande par écrit⁴⁰⁵ et l'adresse, en droit français, au mandataire judiciaire en sauvegarde et redressement judiciaires ou au liquidateur en liquidation judiciaire et, en droit allemand, à l'administrateur de l'insolvabilité. Les enjeux sont toutefois différents en droit français et en droit allemand, spécialement pour les conséquences d'une déclaration irrégulière. Il est donc important de déterminer précisément quel doit être l'auteur de la déclaration (A) ainsi que le contenu de la déclaration de créances (B).

A. L'auteur de la déclaration de créance

286.- En droit français, le contentieux relatif à l'identité du déclarant est considérable. En droit allemand, en revanche, la déclaration effectuée par une personne non habilitée conduit uniquement à exiger une nouvelle déclaration. Il convient, par conséquent, de déterminer précisément quelles sont les personnes habilitées à déclarer pour le compte du bailleur financier.

1. La déclaration par le bailleur financier

287.- Le bailleur financier, établissement de crédit ou société financière, est toujours une personne morale. La déclaration doit être effectuée par ses organes légaux. Il s'agit des dirigeants en place, y compris, le cas échéant, l'administrateur provisoire ou

⁴⁰⁵ A. GHOZI, « Nature juridique de la production des créances dans les procédures collectives de règlement du passif », *RTD Com.* 1978, p.1 s.; en droit allemand, § 174 ZPO.

liquidateur amiable. Les sociétés financières revêtent, en général, la forme légale de sociétés par actions⁴⁰⁶. Ainsi, s'il s'agit, en France, d'une société anonyme, les organes habilités par la loi sont le président du conseil d'administration ou du directoire ainsi que le directeur général, investi des mêmes pouvoirs que le président d'administration conformément aux dispositions de l'article L. 225-56 du Code de commerce⁴⁰⁷. Le nom et la qualité du dirigeant social doivent alors apparaître sur la déclaration de créance pour permettre l'identification du signataire de la déclaration de créance⁴⁰⁸.

288.- Cette solution n'a rien d'original. En droit allemand aussi, lorsque le créancier ne dispose pas concrètement de la capacité d'ester en justice, la déclaration de créance doit être effectuée par les représentants légaux⁴⁰⁹. Lorsqu'il s'agit d'une personne morale ou d'une société commerciale, la déclaration de créance est effectuée par l'organe représentatif⁴¹⁰. Ainsi, si la société de *Leasing* est une société par actions de droit allemand (*Aktiengesellschaft*), la déclaration de créance doit, conformément aux dispositions du § 78 alinéa 1 AktG, être effectuée par le directoire, organe de direction et de gestion de la société. Par conséquent, le nom de tous les membres du directoire doit être cité dans la déclaration de créance⁴¹¹. Le président du directoire ne possédant pas d'office le pouvoir de représenter ce dernier, un membre du directoire peut être chargé de représenter l'ensemble des membres et d'effectuer la déclaration de créance. Les demandes en justice ne pourront toutefois être effectuées que s'il est accompagné d'un mandataire commercial selon les dispositions du § 78 alinéa 4 AktG. Les deux noms figureront alors sur la déclaration de créance⁴¹².

⁴⁰⁶ V. sur ce point, F. DE SOLA CANIZARES, « Les sociétés financières en droit comparé », *RIDC* 1995, vol. 7 n° 3, p. 600 et s.

⁴⁰⁷ Cass. ass. plén. 18/11/1994, n° 90-44754: *Bull. Civ. ass. plén.*, 1994, n° 6.

⁴⁰⁸ Cass. com. 3/04/2002, n° 99-12893.

⁴⁰⁹ *Münch.Komm.-InsO/Nowak*, § 174, Rn. 3 – *KÜBLER/PRÜTTING/Pape*, § 174, Rn. 25.

⁴¹⁰ *Münch.Komm.-InsO/Nowak*, § 174, Rn. 3 – *KÜBLER/PRÜTTING/Pape*, § 174, Rn. 25.

⁴¹¹ *Münch. Komm.-AktG/Spindler*, § 78, Rn. 14.

⁴¹² *Ibid.*

2. La déclaration par un tiers à la société

289.- Dans les deux systèmes juridiques étudiés, la déclaration de créance du bailleur financier peut être effectuée par un avocat ou par un tiers à la société financière ne disposant pas de cette qualité. Si le tiers est un avocat, il est dispensé de justifier d'un mandat *ad litem*⁴¹³.

Lorsque le tiers qui déclare la créance n'est pas avocat, il est nécessaire aussi bien en droit français⁴¹⁴ qu'en droit allemand⁴¹⁵ qu'il justifie d'un mandat écrit⁴¹⁶. Toutefois alors qu'en droit allemand, il suffit de disposer d'un mandat général devant être prouvé au plus tard à la date de l'examen des créances (*Prüfungstermin*)⁴¹⁷, il s'agit nécessairement, en droit français, d'un mandat spécial devant obligatoirement exister avant l'expiration du délai de déclaration de créances. L'Assemblée Plénière de la Cour de cassation a rappelé dans un arrêt du 26 janvier 2001 que, dans le cas d'une déclaration de créance effectuée par le « chef de file » d'un groupement d'établissement de crédit, « *la recherche d'éléments de preuve d'un mandat tirés des circonstances de la cause ne pouvait suppléer l'absence de production d'un pouvoir spécial et écrit lors de la déclaration des créances ou dans le délai légal de cette déclaration* »⁴¹⁸. Les règles ont néanmoins été assouplies par un arrêt du 4 février 2011 rendu par l'Assemblée plénière, qui s'il confirme que la personne qui déclare la créance d'un tiers doit, si elle n'est pas avocat, être munie d'un pouvoir spécial, donné par écrit, avant l'expiration du délai de déclaration de créance, précise que ce pouvoir peut être justifié, en cas de contestation, jusqu'au jour où le tribunal statue⁴¹⁹. Le droit français reste, néanmoins, formaliste au détriment du créancier.

⁴¹³ Article 416 du nouveau Code de procédure civile en droit français et § 88 al.2 ZPO en droit allemand.

⁴¹⁴ Articles 416 et 853 du nouveau Code de procédure civile.

⁴¹⁵ § 88 alinéa 2 ZPO.

⁴¹⁶ Pour le droit français : Cass. com. 17/12/1996, n° 94-19489 et 94-19550: *Bull. Civ. IV*, n° 313 – Cass. com. 30/03/1999, n° 96-15144: *Bull. Civ. IV*, n° 75 – Pour le droit allemand, § 80 Abs. 1 ZPO : «*Der Bevollmächtigte hat die Bevollmächtigung durch eine schriftliche Vollmacht nachzuweisen und diese zu den Gerichtsakten abzugeben*».

⁴¹⁷ *Münch.Komm-InsO/Nowak*, § 174, Rn. 4.

⁴¹⁸ Cass. ass. plén. 26/01/2001, n° 99-15153: *Bull. Civ., ass. Plén.*, n°1- plus récemment, Cass. com. 30/01/2007, n° 05-17141: *Bull. civ. IV*, n° 16; mais aussi, Cass. com. 17/02/2009, n° 08-13728 : *Bull. civ. IV*, n° 25.

⁴¹⁹ Cass. Ass. Plén. 4/02/2011, n° 09-14619 : *Gaz. Pal.* 2011, p. 30-32, note E. LE CORRE-BROLY ; *JCP Ent.* 2011, 1264, comm. P. ROUSSEL GALLE; *Bull. Joly. Ent. en diff.* 2011, p. 130, note P.-M. LE CORRE.

3. La déclaration par un préposé

290.- Alors que le droit allemand ne l'envisage pas, le droit français permet à un préposé du créancier d'effectuer la déclaration de créance du créancier⁴²⁰. Les dirigeants du bailleur financier, créancier personne morale, ont la possibilité de déléguer leurs pouvoirs à des préposés⁴²¹.

291.- Cette possibilité n'est toutefois pas exclue en droit allemand où un préposé peut être mandaté par les représentants de la société de *Leasing* pour procéder à la déclaration de créance. S'il s'agit d'une société anonyme, son directoire peut donner mandat à un tiers pour procéder à la déclaration de créance. En effet, si le directoire ne peut transférer son pouvoir de représentation légal de la société, rien ne l'empêche de donner mandat à quelqu'un par le biais d'une procuration ou autre pouvoir de représentation⁴²². A ce titre, le mandataire peut très bien être un préposé de la société qui

⁴²⁰ Selon les dispositions de l'article L. 622-24 al. 2 du Code de commerce.

⁴²¹ Il s'agit d'une exception aux règles de représentation en justice des personnes morales dans la mesure où il a été décidé que « *seules les personnes habilitées à représenter une personne morale peuvent intenter une action en justice au nom de celle-ci* » (Cass. com. 13/02/1979: *D.* 1981, jur. p. 205) et qu'il a précédemment été précisé que la déclaration de créance a la nature d'une demande en justice.

Néanmoins, la Chambre commerciale de la Cour de cassation est allée encore plus loin en admettant la possibilité pour une personne autre que le représentant légal de la personne morale de nommer un préposé de la société pour déclarer les créances. Elle a tout d'abord précisé dans un arrêt du 28 septembre 2004 (Cass. com. 28/09/2004, n° 03-12023 ; solution confirmée par Cass. com. 15/04/2008, n° 07-10535 : *LPA* 2008 n° 154, p. 18, note J.-F. BARBIERI : L'auteur souligne le caractère pragmatique d'une telle solution mais regrette que cette dérogation aux règles de représentation en justice des personnes morales ne soit pas inscrite dans le texte de l'article L. 622-24 du Code de commerce afin d'éviter un revirement de jurisprudence) que le conseil d'administration d'une banque ayant la forme d'une société anonyme, avait le pouvoir de nommer un préposé de la société pour déclarer les créances avec ou sans faculté de délégation. Puis, dans un arrêt du 22 janvier 2008 (Cass. com. 22/01/2008, n° 06-20379: *Bull. civ.* IV, n° 9 : *D.* 2008, p. 413, obs. A. LIENHARD), elle a affirmé que le directoire d'une banque avait le pouvoir de nommer un préposé de la société pour déclarer les créances de celle-ci. Enfin, dans un arrêt du 10 février 2009 (Cass. com. 10/02/2009, n° 07-21216), la chambre commerciale a retenu que le directeur général d'une société anonyme tenait de la combinaison des articles L. 225-51-1 et L.225-56 I du Code de commerce, le pouvoir d'ester en justice au nom de la société et notamment d'effectuer en application de l'article L. 621-43 du Code de commerce des déclarations de créances au nom de celle-ci et qu'il ne pouvait être apporté de restrictions à ce pouvoir que par une délibération expresse du conseil d'administration ou par une clause des statuts de la société. Elle a, dans cet arrêt, cassé un arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles qui avait retenu que si la déclaration de créance au passif d'une société était incluse dans la notion de direction générale de la banque, son directeur général avait été renouvelé dans ses fonctions par une délibération du conseil d'administration « *avec faculté de substituer les pouvoirs figurant en annexe* », sans que la déclaration de créance ne figure dans la délégation de pouvoirs de sorte que ce dirigeant ne pouvait, selon elle, valablement déléguer au signataire de la déclaration de créance litigieuse un pouvoir qu'il ne détenait pas.

⁴²² *Münch.Komm.-AktG/Spindler*, § 78, Rn. 25.

devra prouver son mandat par écrit⁴²³ dans les conditions qui ont précédemment été précisées.

292.- Dans le cadre d'une procédure collective de droit français, le bailleur financier devra porter une attention particulière à ce que le préposé soit habilité pour déclarer la créance. Dans un arrêt du 15 décembre 2009⁴²⁴, la chambre commerciale de la Cour de cassation a, en effet, précisé qu'« *aux termes de l'article 4 §2 h du règlement CE n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, la loi de l'Etat d'ouverture détermine les conditions d'ouverture, le déroulement et la clôture de la procédure d'insolvabilité et notamment les règles concernant la production, la vérification et l'admission des créances ; qu'il en résulte que dans le cas d'une procédure d'insolvabilité ouverte en France, la déclaration de créance, faite à titre personnel, par une personne morale, si elle n'émane pas des organes habilités par la loi à la représenter, peut encore être effectuée par tout préposé titulaire d'une délégation de pouvoirs lui permettant d'accomplir un tel acte, émanant d'un des organes précités ou d'un préposé ayant lui-même reçu d'un organe habilité le pouvoir de déclarer les créances ainsi que la faculté de subdéléguer ; qu'une attestation fût-elle postérieure à l'expiration du délai de déclaration des créances par laquelle celui ou ceux qui exercent actuellement les fonctions d'organe habilité par la loi nationale de la société créancière à la représenter certifiant que le préposé déclarant bénéficiait, à la date de la déclaration, d'une délégation de pouvoirs à cette fin, suffit à établir que celle-ci émanait d'un organe ayant qualité pour la donner* ». La personne habilitée à procéder à la déclaration de créance au nom du bailleur financier est donc désignée par la loi nationale de ce dernier. En revanche, les règles applicables à la déclaration de créance sont celles de la loi applicable à la faillite. En conséquence, le bailleur financier allemand doit être particulièrement attentif lorsqu'il procède à une déclaration de créances dans une procédure ouverte en France.

293.- Les règles qui concernent l'auteur d'une demande en justice ne sont pas fondamentalement différentes en droit français et en droit allemand. Ce qui tranche, ce sont les conséquences attachées à une déclaration irrégulière. Le bailleur financier doit, en droit

⁴²³ *Münch. Komm.-InsO/Nowak*, § 174, Rn. 4.

⁴²⁴ Cass. com. 15/12/2009, n° 08-14949 : *Bull. civ. IV*, n° 164.

français, éviter les « pièges » de la déclaration de créances pour pouvoir participer aux répartitions.

B. Le contenu de la déclaration

294.- Le bailleur financier exprime, par la déclaration de créances, sa volonté de participer aux répartitions. Il doit établir le montant exact des créances dont il est titulaire à l'encontre du débiteur. En droit français, les créances qui n'ont pas été déclarées dans les délais impartis sont inopposables à la procédure, le plus grand soin doit donc être apporté à la rédaction de la déclaration.

1. La créance des loyers antérieurs et les intérêts

295.- Que le contrat de location financière ait ou non été résilié avant l'ouverture de la procédure, qu'il ait été ou non poursuivi par le titulaire de l'option, si le débiteur n'a pas payé certains loyers dus pour la jouissance du bien au cours d'une période antérieure à l'ouverture de la procédure, ces derniers font l'objet d'une déclaration de créance aussi bien en droit français qu'en droit allemand. Les loyers à déclarer sont déterminés par rapport à leur fait générateur. En droit français, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a, dans un arrêt rendu le 28 mai 2002, précisé dans le cadre d'un contrat de crédit-bail immobilier poursuivi par l'administrateur que *« la redevance prévue par un contrat à exécution successive poursuivi par l'administrateur est une créance de la procédure pour la prestation afférente à la période postérieure au jugement d'ouverture et constitue une créance née antérieurement au jugement d'ouverture pour la prestation afférente à la période antérieure à ce jugement et soumise à déclaration au passif peu important la date à laquelle la redevance est devenue exigible »*⁴²⁵. Le Bundesgerichtshof a retenu une solution identique dans les motifs d'un arrêt du 6 novembre 1978, rendu dans le

⁴²⁵ Cass. com. 28/05/2002, n° 99-12275: *Bull. civ. IV*, n° 94: *Act. Proc. Coll.* 2002-13, n° 172, note J. VALLANSAN et C. GOLHEN. En l'espèce, les échéances portaient sur des périodes de six mois. Pour les loyers mensuels, une répartition de la somme due doit également être opérée selon la période d'utilisation du bien, l'administrateur ne devant payer que la partie du loyer correspondant à la partie postérieure.

cadre d'un contrat de bail⁴²⁶. Le bailleur financier doit également déclarer les intérêts de retard échus et impayés avant le jugement d'ouverture qu'il s'agisse d'intérêts légaux ou conventionnels en droit français et allemand⁴²⁷.

296.- Si le bailleur financier déclare en droit français et en droit allemand les loyers antérieurs ainsi que les intérêts courus jusqu'à l'ouverture de la procédure, les intérêts de retard courus à compter de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité ne peuvent courir, en droit français. L'article L. 622-28 du Code de commerce prévoit, en effet, que « *le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux ou conventionnels ainsi que tous les intérêts de retard et majorations* ». L'arrêt du cours des intérêts ne s'applique toutefois pas aux intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an. Cette exception qui consiste à favoriser le crédit à moyen et long terme ne peut, selon les tribunaux, être invoquée par le bailleur financier⁴²⁸. Par conséquent, le bailleur financier ne peut réclamer le paiement des intérêts courus à compter du jugement d'ouverture dans la procédure de droit français.

En droit allemand, la situation est un peu différente. Les intérêts continuent en effet à courir malgré l'ouverture de la procédure. Toutefois, en vertu des § 39 I 1⁴²⁹ et 174 III InsO⁴³⁰, les intérêts qui courent à compter du jugement d'ouverture ne peuvent être déclarés que si le tribunal de l'insolvabilité demande spécialement leur déclaration. En l'absence d'une telle injonction, ces intérêts ne peuvent être déclarés et le bailleur financier ne pourra pas participer aux répartitions pour la créance d'intérêts.

⁴²⁶ BGH, 6.11.1978 : NJW 1979, 310.

⁴²⁷ Le taux d'intérêt doit être précisé ainsi que la période pour laquelle les intérêts ont couru⁴²⁷. Afin de déterminer la période, l'indication du point de départ des intérêts ainsi que la mention de l'application du taux légal est suffisante, voir sur ce point, KUHN/UHLENBRUCK, § 139, Rn. 2.

⁴²⁸ CA Aix en Provence, 8^{ème} ch. A, 5/07/1991, Juris-Data n° 1991-049220; CA Paris, 5^{ème} ch. B, 22/10/1993, Juris-Data n° 1993-024116; CA Paris, 14/04/1995, Juris-Data n° 1995-021509.

⁴²⁹ § 39 al. 1 1° : « *En rang inférieur après les autres créances des créanciers de l'insolvabilité, seront payés dans l'ordre suivant, et dans la proportion du montant des créances lorsqu'elles sont de rang égal : 1° les intérêts des créances des créanciers de l'insolvabilité qui courent depuis l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.* »

⁴³⁰ § 174 Abs. 3 InsO: « *Die Forderungen nachrangiger Gläubiger sind nur anzumelden, soweit das Insolvenzgericht besonders zur Anmeldung dieser Forderungen auffordert. Bei der Anmeldung solcher Forderungen ist auf den Nachrang hinzuweisen und die dem Gläubiger zustehende Rangstelle zu bezeichnen.* »

En pratique, le tribunal demandera rarement au bailleur financier titulaire d'intérêts courus postérieurement au jugement d'ouverture, créancier inférieur (au sens du § 39 InsO) de procéder à la déclaration de ceux-ci⁴³¹. L'objectif est d'épargner au tribunal l'examen de ces créances dans la mesure où la masse est, en général, insuffisante pour satisfaire ces créanciers de rang inférieur⁴³².

Par conséquent, la différence constatée entre les deux systèmes juridiques étudiés concernant les intérêts courus depuis l'ouverture de la procédure, se révèle essentiellement théorique. Tout d'abord, il faut souligner que le droit allemand n'octroie pas aux intérêts la qualité de dettes de la masse au sens du § 55 InsO même s'ils trouvent leur fait générateur dans un retard intervenu postérieurement à l'ouverture de la procédure. Ils ne bénéficient donc pas d'un traitement privilégié.

2. La créance d'indemnité de résiliation

297.- Le contrat de location financière peut avoir été résilié avant l'ouverture de la procédure. En pareil cas, outre les loyers antérieurs et les intérêts, le bailleur financier doit déclarer la créance d'indemnité de résiliation anticipée du contrat aussi bien en droit français qu'en droit allemand, s'il veut en obtenir éventuellement le paiement.

298.- Le contrat de location financière peut aussi avoir été mis en attente à l'ouverture de la procédure puis avoir été résilié, de plein droit ou non, à la suite du refus du titulaire de l'option de continuer le contrat. La créance d'indemnité de résiliation anticipée est exclue du traitement préférentiel par les dispositions légales dans chacun des

⁴³¹ La question de la pertinence pratique d'une telle disposition a été soulevée par les auteurs allemands. Cette possibilité offerte aux créanciers d'être invités à déclarer leur créance d'intérêts ayant couru postérieurement au jugement d'ouverture, date de la réforme de 1999. Avant cette date, le § 63 KO prévoyait que les intérêts qui avaient couru depuis l'ouverture de la procédure ne pouvaient pas être réclamés en tant que créances de la procédure. Les créanciers avaient toutefois la possibilité d'obtenir le paiement de leur créance d'intérêts sur la part du patrimoine du débiteur qui n'entrait pas dans la masse de l'insolvabilité et était constituée par les revenus et acquisitions datant d'après l'ouverture de la procédure et revenant au débiteur (*Neuerwerb*)⁴³¹. Désormais, le § 35 InsO qui définit la notion de masse de l'insolvabilité fait entrer un tel patrimoine dans la masse de l'insolvabilité. Pour compenser ceci, il existe maintenant une distinction entre créanciers de la procédure et créanciers de la procédure de rang inférieur. Par ce biais, il existe au profit du créancier de rang inférieur au moins une possibilité théorique d'obtenir le paiement de cette créance. ; V. notamment, *UHLENBRUCK/Hirte*, § 39, Rn. 1.

⁴³² *NERLICH/RÖMERMAN*, § 39, Rn. 3 ; *BRAUN/Bäuerle*, § 39, Rn.1; *Münch.Komm.-InsO/Ehrliche*, § 39, Rn. 4 ff.

deux systèmes juridiques afin de ne pas alourdir le passif du débiteur failli⁴³³. Il appartient alors au bailleur financier de la déclarer lors de la déclaration principale si cette dernière n'a pas été effectuée avant la résiliation ou lors d'une déclaration complémentaire, dans le cas contraire.

3. La créance de loyers « à échoir »

299.- En droit français, l'article L. 622-25 alinéa 1 du Code de commerce dispose « la déclaration porte le montant de la créance due au jour du jugement d'ouverture avec indication des sommes à échoir et de la date de leurs échéances ». A première lecture, le bailleur financier pourrait comprendre que les loyers « à échoir » doivent être déclarés. Pourtant, les loyers « à échoir », c'est-à-dire dus pour la jouissance du bien pour une période postérieure au jugement d'ouverture, ne sont pas des créances antérieures. Par conséquent, le bailleur financier ne doit pas les déclarer. En outre, ils ne constituent pas véritablement des sommes à échoir, dans la mesure où leur fait générateur, à savoir la jouissance du bien, n'a lieu qu'après l'ouverture de la procédure⁴³⁴. Il ne s'agirait donc pas de loyers à échoir mais de futurs loyers dont le bailleur financier pourrait se prévaloir au fur et à mesure de l'exécution du contrat. La solution est identique en droit allemand où les dispositions du § 38 InsO définissent les créanciers de l'insolvabilité, c'est-à-dire devant déclarer leurs créances, comme étant les créanciers qui au moment de l'ouverture de la procédure, ont un droit justifié de caractère patrimonial à l'encontre du débiteur. Par conséquent, les loyers « à venir » du contrat de location financière ne doivent pas être déclarés.

300.- Le bailleur financier peut néanmoins, croyant que cela est nécessaire et par crainte d'être exclu des répartitions pour cette créance, avoir déclaré la créance de loyers à venir. En droit allemand, si le contrat de location financière n'est pas poursuivi par le titulaire de l'option, le bailleur financier ne peut réclamer le paiement des loyers échus

⁴³³ En droit français, par les dispositions de l'article L. 622-13 V du Code de commerce et par celles du § 103 InsO en droit allemand.

⁴³⁴ E. LE CORRE-BROLY, « La déclaration de créance du bailleur financier et du crédit-bailleur », *Gaz. Pal.* 2005, p. 14 s.; P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 666.33 ; contra, C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 5^{ème} éd., Montchrestien « Domat », 2007, n° 691.

pendant la phase de réflexion dans la mesure où ces derniers ne sont pas opposables. Il ne peut faire valoir qu'une créance d'indemnité pour inexécution du contrat ou pour privation de jouissance. Dans l'hypothèse où le bien n'aura pas été utilisé pendant la période de réflexion, il pourrait vouloir se fonder sur la déclaration des créances de loyers à venir afin de participer aux répartitions pour la créance d'indemnité ou de privation de jouissance puisque son montant correspond aux loyers qui auraient dû échoir pendant la phase de réflexion si le contrat n'avait pas été suspendu. En droit français, cela présenterait en outre l'avantage de dispenser le bailleur financier de procéder à une nouvelle déclaration dans le délai légal et d'écarter tout risque de forclusion⁴³⁵.

301.- Cette question a été soumise au *Bundesgerichtshof* dans un arrêt du 23 octobre 2003⁴³⁶. Les juges ont considéré que lorsque le fondement d'une créance est modifié pendant la procédure, une nouvelle déclaration est nécessaire⁴³⁷. Pour le bailleur financier qui a procédé à la déclaration des loyers à venir, cela revient à dire qu'il ne peut faire valoir la créance d'indemnité pour inexécution du contrat ou privation de jouissance en invoquant la déclaration qu'il a effectuée puisque même si le montant est identique, le fondement est, quant à lui, différent.

302.- La Cour de cassation française adopte une position similaire. Sous le régime de la Loi de Sauvegarde, les juges de la Cour de cassation ont précisé dans un arrêt du 26 novembre 2002 que « *la déclaration de créance doit exprimer de façon non équivoque la volonté du créancier de réclamer le paiement de sa créance ; qu'après avoir relevé que [le crédit-bailleur] avait déclaré les loyers à échoir dus en cas de continuation du contrat et non de l'indemnité de résiliation, créance distincte de celle des loyers et seule due postérieurement à la (...) date de résiliation, l'arrêt en déduit que la créance d'indemnité de résiliation est éteinte ; qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel a légalement*

⁴³⁵ Voir aussi Cass. com. 16/06/2004, n° 02-14942 : *Bull. civ. IV*, n° 129 : dans cet arrêt, la chambre commerciale de la Cour de cassation a cassé l'arrêt rendu par la Cour d'appel admettant au passif la créance déclarée au titre de l'indemnité de résiliation d'un contrat de crédit-bail que l'administrateur avait décidé de ne pas poursuivre, sans rechercher si le délai d'un mois pour déclarer la créance résultant de la résiliation, distincte de celle des loyers à échoir régulièrement déclarée dans les délais légaux, n'avait pas couru.

⁴³⁶ BGH, 23.10.2003 : ZIP 2003, 2379, 2382.

⁴³⁷ BGH, 23.10.2003: ZIP 2003, 2379, 2382 : «*Wird der Grund des Anspruchs im Laufe des Verfahrens geändert, bedarf es einer neuen Anmeldung; ohne sie ist eine auf den anderen Anspruchsgrund gestützte Feststellungsklage ebenso unzulässig wie eine Klage ohne jede Anmeldung.*»

justifié sa décision, peu important que l'indemnité de résiliation ait été fixée à un pourcentage du montant des loyers dus au jour de la résiliation ». Cette solution a été reprise par les juridictions du fond. La cour d'appel de Paris a ainsi précisé dans un arrêt du 3 février 2004⁴³⁸ : « s'il est vrai que, (...) l'indemnité de résiliation due au bailleur en réparation du préjudice subi est égale à la totalité des loyers HT restant à échoir jusqu'au terme initialement prévu de la location, la banque prétend en vain qu'en déclarant sa créance au titre des loyers à échoir, elle a, s'agissant d'une créance de même montant, déclaré l'indemnité de résiliation alors que les deux créances sont de nature juridique différente ».

303.- Si le contrat de location financière est résilié, la déclaration de créance des loyers à venir et la déclaration de créance d'indemnité de résiliation ont des fondements distincts et sont donc des créances distinctes. Le bailleur financier ne peut se prévaloir d'une d'entre elles pour obtenir le paiement de l'autre créance, aussi bien dans la procédure de droit français que de droit allemand. La différence entre les deux systèmes réside dans le délai dont dispose le bailleur financier dans la procédure de droit français. En effet, ce dernier dispose uniquement d'un délai d'un mois à compter de la date de résiliation de plein droit ou de la notification de la décision prononçant la résiliation pour déclarer au passif la créance résultant de la résiliation⁴³⁹.

304.- La question se pose ensuite de savoir quelles sont les conséquences de la déclaration des loyers à venir si le contrat est poursuivi et que les loyers bénéficient dès lors du traitement préférentiel. Le bailleur financier risque-t-il de perdre le bénéfice du traitement préférentiel pour les loyers déclarés à tort ?

La question a été soumise à la Chambre Commerciale de la Cour de cassation⁴⁴⁰. En l'espèce, à la suite du prononcé du redressement judiciaire du crédit-preneur, le crédit-bailleur avait déclaré sa créance deux fois, une fois au titre des loyers échus au jour du jugement d'ouverture et une fois au titre des loyers à échoir. Le contrat avait été continué par l'administrateur judiciaire, auquel le bailleur financier avait réclamé le paiement d'une

⁴³⁸ CA Paris 3/02/2004, *Gaz. Pal.* 2004, jur. p. 16, note E. LE CORRE-BROLY.

⁴³⁹ Article R. 622-21 du Code de commerce.

⁴⁴⁰ Cass. com. 12/05/2009, n° 08-13861.

certaine somme correspondant aux loyers échus depuis le jugement d'ouverture. Dès lors que la créance de loyers à échoir avait été déclarée au passif, l'administrateur judiciaire soutenait que le crédit-bailleur avait perdu le bénéfice de percevoir des loyers au titre d'une créance postérieure au jugement d'ouverture. Sur requête de l'administrateur judiciaire, le juge-commissaire avait considéré que le crédit-bailleur avait perdu le bénéfice du traitement préférentiel pour les loyers déclarés et que la somme litigieuse était soumise au régime des créances antérieures du fait de sa déclaration au passif. Le tribunal a confirmé la position du juge-commissaire, qui caractérisait un excès de pouvoir, commettant lui-même un excès de pouvoir. La Cour d'Appel a infirmé le jugement et la Cour de cassation a rejeté le pourvoi. En effet, la Chambre Commerciale a retenu qu'« *aucun texte ne confère de pouvoir au juge-commissaire pour statuer sur une créance née régulièrement après l'ouverture de la procédure collective* » et que « *l'arrêt [d'appel] retient exactement que, dès lors que la créance de la société OSEO n'avait pas été définitivement admise pour l'intégralité des sommes déclarées, le juge-commissaire ne pouvait, sans excéder ses pouvoirs, décider que cette société avait perdu le bénéfice de percevoir des loyers au titre de l'article L. 621-32 du Code de commerce [devenu article L. 622-17 du Code de commerce]* ». Dans cette espèce, le rejet du pourvoi est uniquement fondé sur l'excès de pouvoir du juge-commissaire. Par conséquent, il est à craindre que si le juge-commissaire avait admis la créance de loyers « à échoir », l'autorité de chose jugée attachée à la décision d'admission aurait empêché une remise en cause ultérieure de la nature de la créance admise. Aucun juge n'aurait pu venir ensuite remettre en cause le caractère antérieur de la créance admise par le juge-commissaire⁴⁴¹.

305.- Une telle solution peut paraître sévère au juriste allemand. Le droit allemand connaît une solution tout à fait opposée. En effet, dans l'hypothèse d'un contrat poursuivi par l'administrateur puis résilié en raison d'un défaut de paiement des loyers, il a été décidé que la déclaration d'une créance admise au passif de la procédure n'empêchait pas à elle seule le créancier de la faire valoir comme dette de la masse.

C'est ce qui ressort d'un arrêt du *Bundesgerichtshof* du 13 juin 2006⁴⁴². Le demandeur à la révision était propriétaire d'une machine industrielle qu'il louait à la

⁴⁴¹ E. LE CORRE-BROLY, note sous l'arrêt Cass. com. 12/05/2009, n° 08-13861: *Lexbase Hebdo*, n° 355 du 16/06/2009.

⁴⁴² BGH, 13. 6. 2006: *LMK* 2006, 193101, Anm. PAPE.

société débitrice. Dans le cadre de la procédure d'insolvabilité ouverte à l'encontre de la société débitrice en avril 1999, il avait procédé à la déclaration de créances de loyers correspondant à la période comprise entre février et septembre 1999 ainsi que d'autres créances. Les créances avaient fait l'objet d'une vérification et avaient été admises, la décision d'admission ayant force de chose jugée. Par la suite, le demandeur retira par lettre sa déclaration de créance sauf pour les loyers concernant les mois de février et mars 1999. Il réclamait cependant le paiement d'une dette de la masse au sens des dispositions du § 55 I n° 2 InsO. Pour la société débitrice, le demandeur ne pouvait plus réclamer les sommes dues en tant que dettes de la masse mais en tant que créances de la procédure en raison de l'autorité de chose jugée que recouvre la décision d'admission de la créance. Le *Bundesgerichtshof* précise dans cette décision que la déclaration, la reconnaissance et l'admission d'une dette de la masse ne lui font pas perdre sa nature.

Les auteurs allemands relèvent que les dispositions sur l'admission des créances ne concernent, selon l'énoncé de la loi, que les créances de l'insolvabilité. D'après le § 174 InsO, les créanciers de l'insolvabilité doivent déclarer leurs créances auprès de l'administrateur. Par conséquent, la procédure d'admission ne sert pas à qualifier les créances selon leur nature, mais la déclaration suppose l'existence d'une créance de l'insolvabilité⁴⁴³. Ils soulignent, de plus, que le fait d'admettre que la dette de la masse perde ce caractère à cause de l'admission de la créance déclarée conduirait à permettre à l'administrateur de transformer, par un comportement adapté, les créances de créanciers de la masse qui n'auraient pas connaissance du droit, en des créances de l'insolvabilité. Il n'y a, selon eux, aucun intérêt à laisser sur le tableau des créances une créance qui aurait été déclarée par erreur. L'inscription erronée d'une créance au tableau peut, par conséquent, être rectifiée.

306.- Conclusion de la section 1 : L'approche qu'ont les deux systèmes juridiques de la déclaration de créances est radicalement différente. En droit allemand, la déclaration de créances obéit aux mêmes règles que toute demande en justice. En droit français, en revanche, elle est adaptée aux besoins de la procédure collective. Le délai de forclusion

⁴⁴³ Voir aussi *KÜBLER/PRÜTTING/Pape*/§ 174, Rn. 39 : à propos de créances de l'insolvabilité de rang postérieur au sens du § 39 InsO: « *Der Grundsatz, dass die Feststellungswirkung für unanmeldbare Forderungen nicht gilt, kann insoweit nicht eingreifen, weil es sich letztlich auch um eine Insolvenzforderung handelt* ».

relativement court imposé aux créanciers en est le meilleur exemple. En outre, toute erreur ou manquement conduit à considérer qu'il n'y pas eu de déclaration. La suppression de la sanction d'extinction de la créance non déclarée en droit français contribue largement à améliorer la situation du bailleur financier et à la rapprocher de celle de son homologue dans la procédure de droit allemand. Toutefois, pour arriver à une situation comparable, le bailleur financier doit, d'une part, publier le contrat de location financière, et d'autre part, faire preuve d'une extrême diligence lors de la déclaration. Le contentieux est dès lors beaucoup plus nourri en droit français qu'en droit allemand.

SECTION 2 LE SORT DES CRÉANCES DÉCLARÉES À L'ISSUE DE LA VÉRIFICATION

307.- Le bailleur financier ne participe aux répartitions ou, le cas échéant, au plan qu'à condition que la créance déclarée ait été vérifiée puis admise. La décision d'admission ou de rejet de la créance a donc des conséquences directes sur le paiement de la créance déclarée. Néanmoins, les deux systèmes juridiques étudiés abordent non seulement la question de l'admission des créances de manière différente mais également les conditions du paiement de la créance admise.

308.- Nous analyserons, au travers de l'étude comparée des conséquences de la décision d'admission ou de rejet de la créance déclarée par le bailleur financier (I), puis du sort de la créance admise (II), les conditions de paiement du bailleur financier dans le cadre de la procédure collective dans chacun des deux systèmes.

I. Les conséquences de l'admission ou du rejet de la créance déclarée par le bailleur financier

309.- Les effets de la décision d'admission ou de rejet de la créance déterminent les conditions du paiement du bailleur financier à plusieurs points de vue. Ils conditionnent non seulement le paiement de la créance dans le cadre de la procédure collective mais également en dehors de celle-ci, que ce soit à son issue par le débiteur, ou parallèlement à la procédure par une caution. Nous distinguerons ici les conséquences de l'admission de la créance (A) de celles du rejet de celle-ci (B).

A. Les conséquences de la décision d'admission de la créance

310.- La déclaration de créance a la nature d'une demande en justice. Elle en a donc aussi les effets, qui restent toutefois sous certains aspects, spécifiques au droit des procédures collectives. Leurs conséquences sur le contrat de location financière et le

paiement du bailleur financier doivent être déterminées. Il s'agit, tout d'abord, de l'autorité de chose jugée (1) mais également d'un effet interservif de prescription (2).

1. Autorité de chose jugée de la décision d'admission de la créance du bailleur financier

311.- Les procédures de vérification des créances connaissent un déroulement similaire dans les deux systèmes juridiques. La vérification est en droit français effectuée par le mandataire judiciaire. Ce dernier examine l'existence, la nature et le montant de chacune des créances et avise, le cas échéant les créanciers dont la créance est contestée totalement ou en partie, avant de présenter ses propositions au juge-commissaire⁴⁴⁴.

En droit allemand, la vérification de la créance porte également sur son fondement, son montant et pour les créances de rang inférieur⁴⁴⁵, leur rang. Comme en droit français, seules les créances contestées par l'administrateur ou par un créancier sont particulièrement examinées par le tribunal de l'insolvabilité⁴⁴⁶, lors d'une audience prévue par le tribunal de l'insolvabilité à cet effet et à laquelle participent, outre l'administrateur de l'insolvabilité, le débiteur et les créanciers⁴⁴⁷.

312.- Malgré des procédures de vérification des créances très semblables, l'autorité de chose jugée de la décision d'admission de la créance a une portée très différente dans les deux systèmes juridiques étudiés. En droit français, par exception aux règles de la procédure civile, l'autorité de chose jugée de la décision est absolue. L'admission de la créance au passif n'est pas limitée aux parties et s'impose notamment à la caution. Une fois admise, la créance ne peut plus être modifiée ni dans sa nature, ni dans son montant. En droit allemand, la créance admise ne peut, à l'instar du droit français, plus être contestée ni

⁴⁴⁴ F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté/Instruments de crédit et de paiement*, op. cit., n° 541.

⁴⁴⁵ Ces créances sont celles visées par le § 39 InsO. Il s'agit en particulier des intérêts des créances des créanciers de l'insolvabilité qui courent depuis l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, les frais qui résultent pour les créanciers individuels de l'insolvabilité de leur participation à la procédure, les amendes, les amendes forfaitaires...

⁴⁴⁶ FOERSTE, *Insolvenzrecht*, op. cit., Rn. 404 – *Kölner Schrift zur InsO*/Eckardt, «Feststellung und Befriedigung des Insolvenzgläubigerrechts», p. 533 s., Rn. 25- PAPE/UHLENBRUCK; *Insolvenzrecht*, Beck, 2002, Rn. 725.

⁴⁴⁷ Cette audience doit obligatoirement avoir lieu dans les cinq mois qui suivent le jugement d'ouverture de la procédure, UHLENBRUCK/Sinz, § 176, Rn. 1.

pour son montant, ni pour son fondement, ni pour son rang⁴⁴⁸. Néanmoins, à la différence du droit français des procédures collectives⁴⁴⁹, l'autorité de chose jugée est relative puisqu'elle ne vaut qu'à l'encontre de l'administrateur de l'insolvabilité, des autres créanciers de la procédure et du débiteur, dans la mesure toutefois où il n'a pas lui-même contesté la créance⁴⁵⁰. Les effets de l'admission sont uniquement procéduraux⁴⁵¹. L'admission de la créance n'a pas d'effet sur la créance elle-même, mais uniquement sur l'exercice de la créance dans le cadre de la procédure d'insolvabilité. Par la déclaration de créance, le créancier fait reconnaître son droit au paiement de sa créance sur l'ensemble des biens du débiteur. L'exercice de la créance dont le créancier était titulaire avant la procédure est substantiellement modifié par l'ouverture de la procédure qui l'empêche d'exercer son droit individuellement et le soumet à la discipline collective. L'admission de la créance lui donne le droit de participer aux répartitions⁴⁵². Dès lors, l'inscription de la créance sur l'état des créances n'a pas, contrairement au droit français, d'effets envers les tiers tels que la caution⁴⁵³.

313.- En outre, les conséquences de la décision d'admission d'une créance déclarée, à tort, à titre chirographaire sont radicalement différentes dans les deux systèmes juridiques étudiés. En droit français, si la créance a été admise à titre chirographaire, elle ne peut plus être déclarée ultérieurement comme privilégiée⁴⁵⁴. En droit allemand, en revanche, la doctrine majoritaire considère que la décision d'admission d'une créance déclarée de

⁴⁴⁸ *Münch.Komm.-InsO/Schumacher*, § 178, Rn. 59; *Kölner Schrift zur InsO/Eckardt*, « Feststellung und Befriedigung des Insolvenzgläubigerrechts », p. 533 s., Rn. 38: Les effets sont ceux prévus par les dispositions du § 322 I ZPO.

⁴⁴⁹ En droit français des procédures collectives, on déroge au caractère relatif de l'autorité de chose jugée attaché à la décision d'admission au passif du droit commun de la procédure civile, v. sur ce point, P.-M. LE CORRE, « Déclaration, vérification, admission des créances et procédure civile », *op. cit.*

⁴⁵⁰ *KÜBLER/PRÜTTING/Pape*, § 178, Rn. 6; *Kölner Schrift zur InsO/Eckardt*, « Feststellung und Befriedigung des Insolvenzgläubigerrechts », p. 533 s., Rn. 39.

⁴⁵¹ La même chose vaut dans le cadre du § 201 alinéa 2 InsO à l'égard du débiteur : « *Die Insolvenzgläubiger, deren Forderungen festgestellt und nicht vom Schuldner im Prüfungstermin bestritten worden sind, können aus der Eintragung in die Tabelle wie aus einem vollstreckbaren Urteil die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner betreiben. Einer nicht bestrittenen Forderung steht eine Forderung gleich, bei der ein erhobener Widerspruch beseitigt ist. Der Antrag auf Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung aus der Tabelle kann erst nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens gestellt werden* ».

⁴⁵² *Kölner Schrift zur InsO/Eckardt*, « Feststellung und Befriedigung des Insolvenzgläubigerrechts », p. 533 s., Rn. 2 – Dans le même sens, *Münch.Komm./Schumacher*, § 178, Rn. 15.

⁴⁵³ *KÜBLER/PRÜTTING/Pape*, § 178, Rn. 7 – *Münch.Komm.-InsO/Schumacher*, § 178, Rn. 72 – *UHLENBRUCK/Sinz*, § 178, Rn. 33.

⁴⁵⁴ Cass. com. 3/05/2011, n° 10-18031 : *Gaz. Pal.* 2011, n° 190, p. 12, comm. E. LE CORRE-BROLY.

manière erronée parce que le créancier est titulaire d'un droit de distraction au sens du § 47 InsO (*Aus- und Absonderungsrecht*) n'acquiert pas autorité de chose jugée et cela bien que la créance n'ait fait l'objet d'aucune contestation lors de l'audience de vérification des créances⁴⁵⁵. Dans un arrêt du *Bundesgerichtshof* du 21 février 1991⁴⁵⁶, les juges ont confirmé cette position doctrinale en précisant que « *lorsque une créance ne peut pas, pour des raisons juridiques être inscrites sur l'état des créances, elle ne doit pas devenir une créance de la procédure du fait de son inscription erronée sur l'état des créances* »⁴⁵⁷. Il faut préciser, qu'à la différence du droit français, les créances garanties par des sûretés réelles ne sont pas soumises à déclaration. Les créanciers titulaires de telles créances ne sont pas des créanciers de l'insolvabilité au sens du § 38 InsO et ne participent pas, par conséquent, aux répartitions.

314.- Le caractère définitif de l'autorité de chose jugée varie également d'un système à l'autre. L'autorité de chose jugée est, en droit français, définitive. Le bailleur financier a la possibilité de se prévaloir de la créance admise dans une première procédure ouverte contre le locataire, dans le cadre d'une seconde procédure ouverte à son encontre après résolution du plan, sans qu'il soit tenu compte des éventuelles remises qu'il aura pu consentir dans le cadre du plan ensuite résolu. Les dispositions de l'article L. 626-7 III du Code de commerce énoncent en effet, « *[après] résolution du plan et ouverture de la nouvelle procédure, les créanciers soumis à ce plan sont dispensés de déclarer leurs créances et sûretés. Les créances inscrites à ce plan sont admises de plein droit, déduction faite des sommes déjà perçues* ».

En droit allemand, en revanche, l'autorité de chose jugée est provisoire. Le bailleur financier dont la créance admise n'a pas entièrement été payée, doit déclarer à nouveau sa créance pour son montant originel, c'est-à-dire sans tenir compte des remises éventuellement consenties au débiteur dans le cadre du plan résolu, en déduisant toutefois,

⁴⁵⁵ KÜBLER/PRÜTTING/Pape, § 178, Rn. 10 - *Kölner Schrift zur InsO/Eckardt*, « Feststellung und Befriedigung des Insolvenzgläubigerrechts », p. 533 s., Rn. 46 – UHLENBRUCK/Sinz, § 178, Rn. 28 : L'auteur considère que dans la mesure où l'administrateur de l'insolvabilité et les créanciers n'ont pas la compétence pour décider sur le bien-fondé de l'un privilège spécial sur les biens du débiteur failli ou sur un droit de préférence ou encore sur le bénéfice du traitement préférentiel, le fait que ces droits n'ont pas été contestés lors de la vérification ne doit pas lier la procédure.

⁴⁵⁶ BGH, 21.02.1991: NJW 1991, 1615.

⁴⁵⁷ Traduction libre de l'auteur, le texte original de la décision est « *Wenn eine Forderung aus Rechtsgründen nicht zur Konkurstabelle angemeldet werden kann, muss sie nicht ohne weiteres durch eine versehentliche Eintragung in die Tabelle zur Konkursforderung werden.* »

les sommes qu'il a perçues pendant l'exécution du plan. Les délais et remises que les créanciers ont accordés au débiteur sont, conformément aux dispositions du § 255 InsO, annulés en cas de retard dans l'exécution du plan⁴⁵⁸. Les créanciers ne doivent pas être placés dans une position qui leur serait défavorable par rapport aux créanciers qui n'auraient pas consenti de telles remises au débiteur. Ceci doit permettre de protéger la confiance que les créanciers auront placée dans l'exécution du plan⁴⁵⁹. Dans la mesure où un plan de résorption de l'insolvabilité a déjà échoué, il est fort probable que cette seconde procédure aboutisse à la liquidation du débiteur. Par conséquent, le bailleur financier doit de nouveau déclarer sa créance afin de participer aux répartitions dans cette seconde procédure et d'obtenir le paiement d'au moins une partie de sa créance.

2. Effet interversif de prescription

315.- La décision d'admission de la créance en droit français a, comme l'inscription de la créance déclarée sur l'état des créances en droit allemand, un effet interversif de prescription. La substitution d'une nouvelle prescription à compter de la décision d'admission de la créance n'a toutefois de sens pour le bailleur financier que si, à l'issue de la procédure, les conditions de reprise des poursuites individuelles sont remplies. Dans le cas contraire, en effet, le bailleur financier ne pourra pas engager de poursuites à l'encontre du débiteur, même si la prescription n'est pas acquise.

316.- En droit français, la décision d'admission de la créance fait courir un nouveau délai de prescription dont la durée n'est plus fixée en fonction de la nature des droits. Les loyers issus du contrat de location financière⁴⁶⁰ ainsi que l'indemnité de résiliation ne sont plus soumis à une prescription quinquennale spéciale. Le bailleur financier dispose d'un délai de cinq ans⁴⁶¹ à compter de l'admission⁴⁶², délai de droit commun.

⁴⁵⁸ *Münch.Komm.-InsO/Huber*, § 255, Rn. 1.

⁴⁵⁹ *BRAUN/Braun/Frank*, § 255, Rn. 1.

⁴⁶⁰ Désormais soumis à la prescription de droit commun.

⁴⁶¹ Délai de droit commun depuis l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2008.

⁴⁶² Cass. com. 16/04/1996, n° 93-17695.

En droit allemand, l'action en paiement des loyers se prescrit par trois ans. Il en est de même pour une éventuelle indemnité de résiliation anticipée⁴⁶³. L'inscription de la créance du bailleur financier sur le tableau des créances lui permet d'obtenir, à la clôture de la procédure, un titre exécutoire prenant la forme d'un extrait de l'état des créances⁴⁶⁴. Il peut alors exercer son droit soumis à la prescription trentenaire⁴⁶⁵, prescription des titres exécutoires, qui court à compter de la date d'admission de la créance⁴⁶⁶. La position allemande se distingue ici très nettement de la position française qui refuse de reconnaître la décision d'admission au passif comme un titre exécutoire, dans la mesure où elle n'emporte pas condamnation du débiteur au paiement mais fixe uniquement au jour du jugement d'ouverture les droits du créancier à l'égard de la procédure collective⁴⁶⁷.

317.- Grâce à la substitution de prescription, le bailleur financier améliore ses chances de pouvoir exiger le paiement de la créance après la clôture de la procédure lorsque la loi lui permet de reprendre les poursuites. La procédure peut se prolonger dans le temps notamment lorsqu'elle est suivie d'un plan de sauvegarde ou de redressement. Encore une fois, le droit allemand est plus favorable au bailleur financier. Ce dernier dispose d'un nouveau délai bien plus long que celui prévu en droit français, pour agir en paiement de la créance⁴⁶⁸. Les cas de reprise des poursuites individuelles sont néanmoins très limités. Par conséquent, l'intérêt de cette nouvelle prescription est minime.

⁴⁶³ § 195 BGB – *Münch.Komm.-BGB/Grothe*, §195, Rn. 4.

⁴⁶⁴ *Münch.Komm.-InsO/Hintzen*, § 201, Rn. 7.

⁴⁶⁵ §197 BGB : « **Dreißigjährige Verjährungsfrist.** In 30 Jahre verjähren soweit nichts anderes bestimmt ist (...) 5. Ansprüche, die durch die im Insolvenzverfahren erfolgte Feststellung vollstreckbar geworden sind (...).» – *Münch.Komm.-BGB/Grothe*, § 197, Rn. 22 ; *KÜBLER/PRÜTTING/Holzer*, § 201, Rn. 7.

⁴⁶⁶ § 201 BGB : « **Beginn der Verjährungsfrist von festgestellten Ansprüchen.** Die Verjährung von Ansprüchen der in § 197 Abs. 1 Nr. 3 bis 6 bezeichneten Art beginnt mit der Rechtskraft der Entscheidung, der Errichtung des vollstreckbaren Titels oder der Feststellung im Insolvenzverfahren, nicht jedoch vor der Entstehung des Anspruchs. § 199 Abs. 5 findet entsprechende Anwendung.»

⁴⁶⁷ Voir sur ce point, P.-M. LE CORRE, « Déclaration, vérification, admission des créances et procédure civile », *op. cit.*

⁴⁶⁸ Solution admise encore récemment dans LAG Rheinland-Pfalz, *BeckRS* 2007, 44876.

B. Conséquences du rejet de la créance

318.- L'autorité de chose jugée de la décision d'admission de la créance a une portée différente en droit français et en droit allemand. La même différence est observée à propos de la décision de rejet de la créance. En droit français, la solution n'est toutefois pas claire. Sous le régime de la loi du 25 janvier 1985, l'Assemblée Plénière a précisé dans un arrêt du 10 avril 2009 que la décision d'admission tout comme celle de rejet, prononcée au cours d'une première procédure n'avait pas autorité dans la seconde procédure ouverte à l'encontre du même débiteur, en raison de l'absence d'identité de parties⁴⁶⁹. Toutefois, cette décision n'est plus applicable sous le régime de la Loi de Sauvegarde, en ce qui concerne la décision d'admission du moins, puisque l'article L. 626-27 III du Code de commerce vient consacrer la solution inverse en cas de résolution du plan de sauvegarde ou de redressement⁴⁷⁰. En revanche, la loi est muette en ce qui concerne la portée d'une décision de rejet. Néanmoins, dans la mesure où la décision de rejet signifie que la créance n'appartient pas au passif du débiteur, il paraît difficile de concevoir qu'elle puisse en faire partie dans une seconde procédure⁴⁷¹. Une décision de rejet semble donc conduire à l'extinction de la créance et empêcher le bailleur financier de s'en prévaloir dans une seconde procédure ouverte contre le débiteur. Dans ce cas, elle vaudrait également à l'encontre de la caution⁴⁷², par la règle de l'accessoire.

319.- En droit allemand, la situation est différente dans le sens où le rejet de la créance déclarée empêche le bailleur financier de réclamer le paiement de la créance dans le cadre de la procédure. Cependant, la décision de rejet ne signifie pas que la créance n'existe pas. La participation du bailleur financier à la procédure est conditionnée non seulement par l'existence de la créance mais également par sa qualité de dette de l'insolvabilité, c'est-à-dire de dette antérieure à la procédure, et par son rang (§§ 38 ou 39). La vérification de la créance ne porte en effet pas sur la créance elle-même mais sur la

⁴⁶⁹ Cass. Ass. Pl. 10/04/2009, n° 08-10154 : *Bull. civ. Ass. Pl.*, n° 4 ; dans le même sens, antérieurement, Cass. com. 3/12/2003, n° 02-14474 : *Bull. civ. IV*, n° 190.

⁴⁷⁰ Voir supra, n° 314 s.

⁴⁷¹ En ce sens, J. THERON, « Réflexions sur la nature et l'autorité des décisions rendues en matière d'admission de créances au sein d'une procédure collective », *RTD Com.* 2010, p. 635 s.

⁴⁷² Cass.com. 18/01/2000, n° 96-16833: *Bull. Civ. IV*, n° 12: Dans cet arrêt, les juges reconnaissent que la décision du juge de la procédure collective rendue dans les rapports entre le créancier et le débiteur s'impose à la caution.

possibilité pour le bailleur financier de participer à la procédure⁴⁷³. La décision de rejet de la créance a autorité de chose jugée y compris à l'égard du débiteur qui n'a pas contesté la créance⁴⁷⁴. Néanmoins, cette décision empêche uniquement le § 201 II InsO de produire ses effets. Ce paragraphe prévoit que les créanciers dont la créance est admise peuvent recourir à l'exécution forcée contre le débiteur à la clôture de la procédure. Le bailleur financier dont la créance est rejetée ne peut donc, à l'inverse, recourir à l'exécution forcée contre le débiteur après la clôture de la procédure⁴⁷⁵.

II. Paiement de la créance admise

320.- La déclaration de créance du bailleur financier a pour objectif de manifester sa volonté de participer à la procédure collective. L'admission de la créance lui permet d'obtenir le paiement de la créance dans le cadre des répartitions (A), d'un plan prévoyant la continuation de l'activité (B) ou encore d'un plan de cession (C).

A. Paiement de la créance du bailleur financier dans la répartition des dividendes

321.- Aussi bien dans la procédure de droit français que dans la procédure de droit allemand, le bailleur financier, créancier chirographaire, obtient rarement le paiement intégral de ses créances antérieures dans le cadre de la liquidation des actifs du débiteur. Le patrimoine du débiteur est bien souvent insuffisant pour permettre le paiement des créances déclarées, non privilégiées.

⁴⁷³ *Münch.Komm.-InsO/Schumacher*, § 178, Rn. 15.

⁴⁷⁴ *KUHN/UHLENBRUCK/KO*, § 147, Rn. 2 ; BGH: WM 1958, 696, 697.

⁴⁷⁵ Contra, *Kölner Schrift zur InsO/Eckardt*, « Feststellung und Befriedigung des Insolvenzgläubigerrechts », p. 533 s., Rn. 59: Pour cet auteur, le débiteur n'est cependant pas à l'abri de l'obtention par le bailleur financier d'un nouveau titre exécutoire. Ce n'est, en effet, qu'à l'encontre du patrimoine du débiteur failli que la décision de rejeter la créance a autorité de la chose jugée. L'autorité de chose jugée ne vaut donc pas à l'encontre du patrimoine du débiteur, qui n'entre pas dans la procédure. Cette position est, à juste titre, très discutée. S'il est possible de soutenir une telle possibilité en cas de rejet de la créance du fait de sa qualité par exemple, il est en revanche difficile de concevoir que la créance déclarée soit rejetée pour inexistence et que le bailleur financier puisse ensuite obtenir un titre exécutoire pour cette même créance. Voir alors, *KUHN/UHLENBRUCK*, § 147 (KO), Rn. 2 et BGH : WM 1958, 696, 697.

322.- Afin de pouvoir procéder au plus vite aux répartitions, les deux systèmes juridiques prévoient des mécanismes similaires de déchéance du terme des créances. En droit allemand, les créances non échues deviennent exigibles au moment de l'ouverture de la procédure, conformément aux dispositions du § 41 I InsO, indépendamment de l'issue de celle-ci. En droit français, le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire rend exigibles les dettes non échues, selon l'article L. 643-1 du Code de commerce.

323.- Dans le cadre de la liquidation, les biens du débiteur sont réalisés et le prix est réparti entre les créanciers selon leur rang, compte tenu du faible prix obtenu. Le bailleur financier, créancier chirographaire, n'obtient souvent qu'une quote-part de la créance déclarée. Les sommes provenant des répartitions servent d'abord à payer les créanciers privilégiés. Le solde est ensuite réparti entre les créanciers chirographaires au prorata des créances admises⁴⁷⁶.

324.- Une fois les répartitions effectuées, la question de la possibilité pour le bailleur financier de poursuivre le débiteur pour le solde de la créance se pose nécessairement. Les possibilités de reprise des poursuites sont en droit français limitées aux cas énumérés par l'article L. 643-11 III du Code de commerce. Le bailleur financier ne retrouve son droit de poursuite que si la faillite personnelle est prononcée à l'encontre du débiteur, si le débiteur est condamné pour banqueroute, si le débiteur ou une personne morale dont il a été le dirigeant a été soumis à une procédure de liquidation judiciaire antérieure clôturée pour insuffisance d'actifs moins de cinq ans avant l'ouverture de celle à laquelle il est soumis, ou encore si la procédure a été ouverte en tant que procédure territoriale au sens du règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. Le tribunal autorise, en outre, la reprise des actions individuelles de tout créancier à l'encontre du débiteur en cas de fraude à l'égard de l'un ou de plusieurs créanciers.

⁴⁷⁶ V. en droit français, P.-M. LE CORRE et E. LE CORRE-BROLY ; *Droit des entreprises en difficulté*, 2^{ème} éd., Sirey, 2006, n° 308; A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, op.cit, n° 835 s.; en droit allemand, KÜBLER/PRÜTTING/Holzer, § 196, Rn. 20 – même si aucune fixation de quote-part selon les dispositions du § 195 n'est prévue, Münch.Komm.-InsO/Füchsl/Weishäupl, § 195, Rn. 1- une fois le pourcentage déterminé, il appartient au bailleur financier de « percevoir » la quote-part qui lui revient auprès de l'administrateur de l'insolvabilité, la dette étant quérable au sens du § 269 BGB, v. KÜBLER/PRÜTTING/Holze, § 196, Rn. 21.

325.- En droit allemand, la conception est exactement inverse. Le bailleur financier, créancier, retrouve la possibilité de poursuivre le débiteur pour ses dettes impayées selon les dispositions du § 201 I InsO à moins que le débiteur ne bénéficie de la remise des dettes restantes. Cette remise est régie par les dispositions du § 286 InsO selon lequel « *Si le débiteur est une personne physique, (...), il sera libéré envers les créanciers de l'insolvabilité des dettes qui n'ont pas été payées lors de la procédure d'insolvabilité* ». Elle est prononcée par le tribunal de l'insolvabilité à la demande du débiteur, après que les créanciers de l'insolvabilité ont été entendus. Si le débiteur est une personne morale, la reprise des poursuites n'est bien souvent pas envisageable dans la mesure où la personne morale disparaît du fait de la liquidation. C'est notamment le cas des sociétés par actions ou des sociétés à responsabilité limitée. La liquidation entraîne, comme en droit français, la dissolution de la personne morale et l'effacement de son enregistrement au registre du commerce⁴⁷⁷.

B. Paiement de la créance du bailleur financier dans le cadre d'un plan de « continuation »

326.- Au cours de la période de préparation du plan de sauvegarde ou de redressement en droit français, ou de résorption de l'insolvabilité en droit allemand, les créanciers sont consultés. Leurs chances d'obtenir le paiement d'une partie importante, voire la totalité, de leur créance sont, dans le cadre d'un plan, nettement améliorées. Dans ce cadre, le bailleur financier est souvent amené à consentir des délais de paiement ainsi que des remises de dettes au débiteur défaillant.

327.- Depuis la réforme du droit des procédures collectives français en 2005, la consultation des créanciers peut se faire au travers de comités de créanciers. Cette procédure est celle qui se rapproche le plus de la procédure de droit allemand. Toutefois, contrairement au droit allemand, les comités ne sont instaurés que lorsque certains seuils sont atteints. En outre, cette procédure est souvent écartée par les praticiens car aucune sanction n'a été prévue. Les comités sont au nombre de deux et regroupent, d'une part, les établissements de crédit et de l'autre, les principaux fournisseurs de biens ou de services. Celui des établissements de crédit regroupe les banques, les sociétés financières ainsi que

⁴⁷⁷ Münch.Komm.-InsO/Stephan, § 286, Rn. 9.

les sociétés de crédit-bail. En effet, l'article L. 511-1 du Code monétaire et financier définit les établissements de crédit comme étant « *des personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque au sens de l'article L. 311-1* ». Les dispositions de l'article L. 311-1 du Code monétaire et financier assimilent les opérations de crédit aux opérations de banque. Les opérations de crédit sont définies, quant à elles, à l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier, qui assimile à de telles opérations, les opérations de crédit-bail et de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat.

328.- Dans ce mode d'adoption du plan, les délais et remises sont consentis au débiteur par les comités des créanciers sur proposition du débiteur. La décision est prise à une majorité prévue à l'article L. 626-30-2 alinéa 4 du Code de commerce et les propositions acceptées sont applicables à tous les membres du comité conformément aux dispositions de l'article L 626-31 du même code.

329.- Lorsque le locataire failli est une petite entreprise ou un commerçant individuel, les créanciers, parmi lesquels le bailleur financier, sont consultés soit de manière individuelle, soit de manière collective au cours d'une réunion des créanciers, sur les délais et remises qu'ils sont prêts à consentir au débiteur. Si la consultation se fait par écrit, le défaut de réponse du bailleur financier dans un délai de trente jours à compter de la réception de la lettre du mandataire judiciaire vaut acceptation des conditions proposées selon l'article L. 626-5 alinéa 2 du Code de commerce. La réponse du bailleur financier est adressée par lettre recommandée avec accusé de réception afin qu'il conserve la preuve qu'il a respecté les délais. Le tribunal a toutefois la possibilité d'imposer des délais de paiement uniformes aux créanciers n'ayant pas répondu dans le délai de trente jours. Ces délais de paiement ne pourront toutefois pas excéder la durée du plan⁴⁷⁸. Quant au premier paiement, il ne peut intervenir au-delà d'un an.

330.- Le crédit-bailleur bénéficie toutefois d'une situation favorable par rapport aux autres créanciers⁴⁷⁹. Cette situation résulte des dispositions de l'article L. 626-18 alinéa 7 du Code de commerce selon lequel les délais accordés au débiteur, par le crédit-bailleur,

⁴⁷⁸ Selon l'article L. 626-18 alinéas 4 et 6 du Code de commerce.

⁴⁷⁹ Voir Infra, n° 570 s.

prennent fin avant leur expiration en cas de levée de l'option d'achat. La levée de l'option d'achat n'est possible que si, sous déduction des remises acceptées, l'intégralité des sommes dues en vertu du contrat est réglée. Le crédit-bailleur peut donc espérer obtenir le paiement intégral des loyers déclarés ainsi que les éventuels intérêts de retard antérieurs à l'ouverture de la procédure⁴⁸⁰.

331.- Le bailleur financier ne bénéficie d'aucune mesure particulière en droit allemand. Aucune consultation individuelle n'est, en outre, prévue dans la phase d'adoption du plan. Le plan est préparé par l'administrateur de l'insolvabilité à la demande de l'assemblée des créanciers au moment de l'audience statuant sur le rapport présentant la situation économique du débiteur ainsi que ses causes. La partie dispositive du plan, par opposition à la partie descriptive, détermine la manière dont la situation juridique des intéressés doit être modifiée par le plan. Afin de déterminer les droits des intéressés, des groupes de créanciers doivent être constitués. Les créanciers de l'insolvabilité dont fait partie le bailleur financier, forment l'un d'eux. Toutefois, à l'intérieur de ce groupe, d'autres groupes sont constitués avec des créanciers qui ont les mêmes intérêts économiques. C'est par exemple le cas des fournisseurs du débiteur ou des établissements de crédit. La partie dispositive du plan indique dans quelle proportion leurs créances sont réduites. Contrairement au droit français qui prévoit que le premier paiement ne peut intervenir au-delà du délai d'un an à compter de l'homologation du plan et que le montant de chacune des annuités prévues, à compter de la deuxième année, ne peut être inférieure à 5% du passif, aucune quote-part minimum et aucun délai minimum ne sont prévus en droit allemand.

332.- Après l'étude du plan par le tribunal de l'insolvabilité, une audience pour un examen du plan ainsi que son vote par les créanciers, est organisée conformément aux dispositions du § 235 InsO. Le bailleur financier ne dispose d'un droit de vote que dans la mesure où la créance qu'il a déclarée n'a pas été contestée ni par l'administrateur, ni par un créancier disposant d'un droit de vote. Chaque groupe de créanciers avec droit de vote, vote séparément sur le plan. Le plan n'est adopté qu'à condition qu'une double majorité ait été atteinte dans chacun des groupes conformément aux dispositions du § 244 InsO. Il est

⁴⁸⁰ P.-Y. ROSSIGNOL, « Le règlement des crédits-bailleurs après la loi du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises », *LPA* 2008, p. 4.

ainsi non seulement nécessaire d'obtenir la majorité des créanciers participant au vote mais il faut également que la somme des créances des créanciers ayant donné leur approbation soit supérieure à la moitié des créances des créanciers participant au vote. Le plan peut tout de même être considéré comme adopté par un groupe de créanciers lorsqu'il apparaît que le plan ne met pas les créanciers de ce groupe dans une situation moins bonne que celle qu'ils connaîtraient si aucun plan n'était établi. Le plan adopté par les créanciers de l'insolvabilité est, après l'obtention de l'accord du débiteur⁴⁸¹, homologué par le tribunal de l'insolvabilité.

333.- À l'intérieur d'un même groupe, tous les créanciers ont donc les mêmes droits. Lors du vote du plan par son groupe, le bailleur financier n'a pas l'opportunité de défendre ses intérêts particuliers. L'intérêt collectif prime lors de l'adoption du plan. Si le bailleur financier s'estime lésé par les dispositions du plan, il peut, au plus tard lors de l'audience pendant laquelle le vote a lieu, faire opposition par écrit et démontrer que si le plan était homologué, il se trouverait dans une situation plus mauvaise que celle qui résulterait de l'absence de plan. Cette opposition vise à obtenir le refus de l'homologation du plan. Dans la mesure où le bailleur financier est bien souvent un créancier chirographaire, les chances d'obtenir le paiement de la créance déclarée en l'absence d'un plan sont extrêmement faibles car la procédure de droit commun aboutit à la liquidation des actifs du débiteur, rarement profitable. Dès lors, même si le bailleur financier est contraint d'accepter des remises importantes au débiteur dans le cadre du plan, son sacrifice est justifié par l'espoir d'obtenir un gain lors d'opérations futures⁴⁸². Par conséquent, il rencontrera des difficultés certaines à faire reconnaître que sa situation est plus mauvaise qu'en l'absence de plan.

C. Paiement du bailleur financier dans le cadre de la cession

334.- La question du paiement du bailleur financier dans le cadre du plan de cession n'a véritablement de sens que dans la procédure de droit français. En effet, si le contrat de location financière est cédé que ce soit par le tribunal, à l'instar du droit français ou

⁴⁸¹ L'accord du débiteur constitue une différence majeure avec le système français.

⁴⁸² *Münch.Komm.-InsO/Breuer*, § 224, Rn. 4.

conventionnellement, dans la procédure de droit allemand, le cessionnaire ne supporte en principe que le paiement des loyers futurs. Le paiement des loyers échus avant l'ouverture de la procédure reste, quant à lui, à la charge du débiteur. Leur paiement se fait donc dans les conditions définies antérieurement, le plus souvent dans le cadre des répartitions puisque la cession s'inscrit le plus souvent dans le cadre de la liquidation des actifs du débiteur failli, sauf en cas de cession partielle.

335.- Dans le cadre de la procédure de droit français, le crédit-bailleur bénéficie d'une situation très favorable dans l'hypothèse de la levée d'option d'achat. Conformément aux dispositions de l'article L. 642-7 du Code de commerce, le crédit-preneur substitué ne peut lever l'option qu'en assumant le paiement des sommes restantes dues dans la limite de la valeur du bien fixée d'un commun accord entre les parties ou, à défaut par le tribunal à la date de la cession. En cas de désaccord entre les parties, le tribunal fixe la valeur du bien, au besoin après expertise. Le crédit-bailleur est ainsi certain d'obtenir le paiement d'une quote-part des loyers plus importante que celle qu'il aurait obtenue dans le cadre des répartitions.

336.- Cette exception, fruit des revendications des lobbys de sociétés de crédit-bail, ne trouve pas d'équivalent en droit allemand. Elle n'est cependant pas nécessaire dans la procédure d'insolvabilité dans la mesure où le contrat de *leasing* n'est pas cédé judiciairement mais conventionnellement, c'est-à-dire avec l'accord du bailleur financier. Ce dernier peut donc subordonner la cession du contrat au paiement des créances antérieures du débiteur par le cessionnaire, qui imputera leur montant sur le prix global de la cession⁴⁸³.

337.- Conclusion de la section 2 : Les différences constatées entre les deux systèmes quant aux effets procéduraux de la décision d'admission des créances ont peu de conséquences sur le paiement du bailleur financier dans le cadre de la procédure. En ce qui concerne le paiement des créances antérieures de loyers dans le cadre de la procédure, les conditions en sont comparables dans le cadre des répartitions. Le bailleur financier est généralement un créancier chirographaire qui n'obtiendra au mieux qu'une quote-part de la

⁴⁸³ MORSHÄUSER/FALKNER, « Unternehmenskauf aus der Insolvenz », NZG 2010, 881 s.

créance déclarée. En revanche, les chances de paiement du bailleur financier sont considérablement améliorées dans le cadre d'un plan de continuation. En accordant des délais et remises, ce dernier peut obtenir le paiement d'une quote-part importante de sa créance, voire son intégralité, que ce soit dans le cadre d'une procédure de droit français ou de droit allemand. Toutefois, le crédit-bailleur bénéficie en droit français d'une position très avantageuse par rapport aux autres créanciers, puisque la levée d'option d'achat est conditionnée, selon le plan, au paiement quasi intégral ou intégral des loyers antérieurs. Si ceci lui confère un avantage considérable dans le cadre du plan de redressement par rapport à son homologue allemand, il n'en est rien dans le cadre de la cession du débiteur en difficulté. En outre, cette exception génère en droit français du contentieux si les parties ne peuvent se mettre d'accord sur la valeur du bien. Du reste, cette exception a été rendue nécessaire par l'importance des contrats de crédit-bail dans la pratique française. Les contrats correspondant à la définition française du crédit-bail ont longtemps été rares dans la pratique allemande qui, pour des raisons fiscales, préférait la location de longue durée.

SECTION 3 L'ACTION EN PAIEMENT DU BAILLEUR FINANCIER CONTRE LA CAUTION

338.- Lors de la conclusion du contrat de location financière, il n'est pas rare que le bailleur financier exige le cautionnement d'un tiers pour garantir le paiement des loyers, en particulier en cas d'ouverture d'une procédure collective contre le locataire. Les développements qui précèdent montrent que cette précaution est raisonnable étant donné que le bailleur financier, créancier chirographaire, n'obtiendra pas toujours le paiement intégral des loyers antérieurs à l'ouverture d'une procédure collective, que ce soit parce qu'il s'agit d'une liquidation ou parce qu'il consent des remises au débiteur dans le cadre de l'adoption d'un plan. Cela vaut aussi bien dans la procédure de droit français que dans la procédure de droit allemand.

339.- Le contrat de cautionnement présente des caractéristiques proches dans les deux systèmes étudiés. Il est, en droit allemand, régi par le § 765 BGB qui le définit comme étant l'obligation contractuelle d'une personne, la caution, envers le créancier d'une tierce personne (qui n'est pas partie au contrat principal), appelée débiteur principal (*Hauptschuldner*) selon laquelle la caution se porte garante de l'exécution des obligations de cette tierce personne. La définition française est relativement proche puisque le contrat de cautionnement consiste pour celui qui se constitue caution en l'obligation de se soumettre envers le créancier à satisfaire à cette obligation si le débiteur n'y satisfait pas lui-même⁴⁸⁴.

340.- Le cautionnement est notamment caractérisé par son caractère accessoire dans les deux systèmes juridiques. La dette de la caution dépend aussi bien dans son existence que dans sa poursuite et son étendue, de la dette principale dont elle garantit le paiement. Selon les règles de l'accessoire, la caution paie le créancier à hauteur de ce qu'il devrait recevoir du débiteur principal afin de garantir le créancier en cas d'impossibilité pour le débiteur d'honorer ses engagements.

⁴⁸⁴ Article 2288 du Code civil.

341.- Les deux systèmes juridiques étudiés adoptent néanmoins des approches différentes de la situation de la caution en cas de faillite du débiteur garanti. Alors que le droit français atténue parfois les obligations des cautions, personnes physiques, dans les procédures collectives afin d'encourager les dirigeants qui se seraient portés cautions des dettes de la société, à demander le plus rapidement possible l'ouverture d'une procédure collective, le droit allemand déroge au principe de l'accessoire afin de soulager le débiteur tout en permettant au créancier d'obtenir le complet paiement de sa créance. Il s'agit, par conséquent, de déterminer quels sont les effets de ces différences d'approche sur l'action du bailleur financier à l'encontre de la caution.

342.- Afin de déterminer les conditions du paiement des créances du bailleur financier par la caution, nous envisagerons l'action de ce créancier à l'encontre de la caution si la créance déclarée a été admise (I) d'une part et d'autre part, si la créance du bailleur financier n'a pas été déclarée (II).

I. L'action en paiement du bailleur financier contre la caution si la créance a été admise

343.- Le bailleur financier, dont la créance a été déclarée et admise, participe aux répartitions ou au plan. Pourtant, suivant la procédure, cela ne conduit pas au paiement intégral de la créance. Le cautionnement exigé au moment de la conclusion du contrat de location financière est justement destiné à garantir le paiement intégral de celle-ci. Afin de déterminer les conditions d'exercice de l'action en paiement du bailleur financier à l'encontre de la caution, nous envisagerons les effets de la décision d'admission de créance sur l'obligation de la caution (A) puis les exceptions que cette dernière pourra opposer au bailleur financier (B).

A. Les effets de l'admission de la créance sur l'obligation de la caution

344.- La portée de l'autorité de chose jugée de la décision d'admission de la créance est différente en droit français et allemand⁴⁸⁵. Si cette décision revêt en droit français un caractère absolu, elle n'a, en droit allemand, qu'un caractère relatif. Elle est ainsi opposable à l'administrateur de l'insolvabilité, aux autres créanciers et au débiteur si celui-ci ne l'a pas contestée⁴⁸⁶. En revanche, elle ne l'est pas à l'égard des tiers tels que la caution⁴⁸⁷. Dans les motifs d'un arrêt du 18 mai 1995⁴⁸⁸. Le *Bundesgerichtshof* a confirmé cette solution en retenant, sous le régime du *Konkursordnung*, que la reconnaissance de l'existence de la créance d'un créancier n'avait pas d'effet à l'égard de la caution. Même si la créance est inscrite sur le tableau des créances du fait de cette reconnaissance, la décision n'a pas autorité de chose jugée à l'égard de la caution⁴⁸⁹.

345.- L'effet interversif de prescription attaché à la décision d'admission de la créance ne s'étend pas non plus à la caution. Dès lors, l'action du bailleur financier se prescrit par trois ans selon les dispositions du § 195 BGB. Le point de départ de cette action est le jour auquel la créance de loyers est devenue exigible à l'encontre du débiteur⁴⁹⁰, c'est-à-dire comme en matière de bail auquel le *leasing* est, en droit allemand, traditionnellement assimilé, au troisième jour ouvrable de la période pour laquelle le loyer est dû⁴⁹¹. Le bailleur financier doit, par conséquent, demander rapidement un titre exécutoire devant le juge de droit commun afin de pouvoir exercer une action en paiement des créances antérieures à l'encontre de la caution.

⁴⁸⁵ Voir Supra, n° 311 s.

⁴⁸⁶ KÜBLER/PRÜTTING/Pape, § 178, Rn. 6.

⁴⁸⁷ KÜBLER/PRÜTTING/Pape, § 178, Rn. 7.

⁴⁸⁸ BGH, 18.05.1995: NJW 1995, 2161 ; ZIP 1995, 1076.

⁴⁸⁹ «Die Klage ist nicht schon deshalb teilweise begründet, weil der Konkursverwalter die Forderung der Klägerin in Höhe von 66957,23 DM anerkannt hat. Ein Urteil, das der Klage des Gläubigers stattgibt, wirkt nicht gegen den Bürgen. Selbst wenn daher aufgrund des Anerkenntnisses die Forderung in die Tabelle eingetragen worden ist, können sich die Wirkungen des § 145 Abs.2 KO nicht gegen die Beklagte richten.»

⁴⁹⁰ OLG Düsseldorf, 08.09.2009 I-24 U 28/09: BeckRS 2009, 27564, reprenant la solution du BGH 29.01.2008 : NJW 2008, 1729 à propos de la caution sans bénéfice de discussion. Néanmoins, cette solution doit pouvoir être étendue à la caution simple en l'absence de disposition contraire.

⁴⁹¹ PALANDT/Heinrichs, § 199, Rn. 12.

346.- Cette solution contraste nettement avec la solution française. Les effets de l'admission de la décision d'admission de la créance ont été précisés par les tribunaux. Au contraire de ce qui se passe en droit allemand, les effets de l'admission de la créance sont les mêmes pour la caution et le débiteur, le mandataire ou encore le bailleur financier⁴⁹². La chambre commerciale de la Cour de cassation a, par deux arrêts du 5 décembre 2006 notamment, rappelé que l'interversion de prescription se produit tant à l'égard du débiteur principal que de la caution solidaire⁴⁹³. Quant à l'effet attaché à la constatation du droit, fondé sur l'autorité de la chose jugée, il n'opère que dans la limite de ce qui a été vérifié et admis, et sous réserve de la fraude⁴⁹⁴. Le bailleur financier ne peut, en effet, demander paiement à la caution que s'il démontre que la décision d'admission inclut bien la somme qu'il lui réclame⁴⁹⁵. La caution pourra, en outre, se prévaloir du rejet partiel de la créance pour voir son engagement réduit, puisqu'elle ne peut être condamnée à payer une somme supérieure au montant de la créance admise au passif, en vertu du principe de l'accessoire. L'extension de l'autorité de la chose jugée à l'égard de la caution déroge au droit commun de la procédure civile⁴⁹⁶. La Cour de cassation en justifie par la règle de l'accessoire⁴⁹⁷.

347.- Les effets de l'admission de créance peuvent conduire, en droit français, à étendre la garantie de la caution. L'exemple des conséquences de la décision d'admission de la déclaration des « loyers à échoir » dans l'hypothèse dans laquelle le contrat est cédé judiciairement, est assez parlant. La Cour de cassation a, à de nombreuses reprises, rappelé le principe de la disparition de l'obligation de couverture de la caution, postérieurement à la cession du contrat garanti, à moins que la caution n'ait souscrit un nouvel engagement

⁴⁹² Cass. com. 24/10/1995, n° 93-19625: *Bull. civ.* IV, n° 251; Cass. com. 26/04/1994, n° 92-13889; Cass. com. 3/11/2009, n° 08-16296.

⁴⁹³ Cass. com. 5/12/2006, n° 05-11761: *Bull. Civ.* IV, n° 238; Cass. com. 5/12/2006, n° 05-11762; et antérieurement Cass.com. 15/10/2002, n° 99-14394; Cass. com. 12/03/2002, n° 99-18131; Cass. com. 16/04/1996, n° 93-17695.

⁴⁹⁴ Cass. com. 3/11/2009, n° 07-14329; Cass. com. 9/01/2001, n° 97-22053 – sur l'impossibilité aussi pour la caution de soulever la nullité du contrat de crédit-bail ou de ses clauses, v. CA Aix en Provence 31/01/2002, *Juris-Data* n° 2002-169952.

⁴⁹⁵ Cass. com. 14/01/2004, n° 01-00466.

⁴⁹⁶ P.-M. LE CORRE, « Déclaration, vérification, admission des créances et procédure civile », *op.cit.*

⁴⁹⁷ Cass. com. 18/01/2000, n° 96-16833, *Bull. Civ.* IV, n° 12; Cass. com. 30/05/2006, n° 05-12961; Cass. com. 11/02/2004, n° 02-16475.

pour garantir les dettes du cessionnaire⁴⁹⁸. Néanmoins, dans l'hypothèse où le bailleur financier a déclaré les « loyers à échoir » et que ceux-ci ont été admis et inscrits à l'état des créances, les juges ont retenu que la caution solidaire du débiteur était tenue de payer les loyers à échoir après le jugement arrêtant le plan de cession, alors qu'ils étaient théoriquement dus par le repreneur, au motif qu'ils avaient été admis au passif⁴⁹⁹.

348.- Bien que les effets de la décision d'admission de la créance valent aussi à l'égard de la caution, le bailleur financier peut choisir de déclarer sa créance dans le cadre de la procédure collective ouverte contre le débiteur principal et agir avant l'admission de la créance contre la caution, à l'instar de son homologue allemand, à condition toutefois que la caution ne puisse lui opposer le bénéfice des poursuites individuelles, ce qui est le cas pendant la période d'observation aussi bien dans la procédure de sauvegarde que dans celle de redressement⁵⁰⁰.

En dehors de ces hypothèses, il appartient au bailleur financier qui agit contre la caution d'établir l'existence et le montant de sa créance devant le juge de droit commun, comme l'ont précisé les juges de la Cour de cassation dans un arrêt du 16 septembre 2008⁵⁰¹. Cette solution, rendue sous le régime de la loi antérieure à la Loi de Sauvegarde, devrait à l'heure actuelle faire encore moins de doute puisque le créancier n'encourt pas l'extinction de la créance en l'absence de déclaration. La sanction de l'absence de déclaration est, en effet, désormais, l'inopposabilité de la créance à la procédure⁵⁰², ce qui n'affecte pas le rapport créancier-caution.

349.- Pourtant, si cette solution est conforme à une jurisprudence antérieure⁵⁰³, elle apparaît peu compatible avec une décision rendue en matière de crédit-bail un an auparavant. Dans un arrêt du 30 janvier 2007, la chambre commerciale de la Cour de cassation a, en effet, retenu que « *si la forclusion n'est pas opposable au créancier titulaire*

⁴⁹⁸ Par ex. Cass. com. 13/02/2007, n° 05-19470 ; Cass. com. 6/07/1999, n° 97-10381; Cass. com. 21/11/1995, n° 93-20387, *Bull. civ.* IV, n° 267 – V. sur ce point, C. BERGER; «Le sort de la caution en cas de cession du contrat dans le cadre d'une procédure collective », *D.* 2003, p. 1682.

⁴⁹⁹ Cass. com. 24/10/1995, n° 93-19625; *Bull. civ.* IV, n° 251.

⁵⁰⁰ Pour la procédure de sauvegarde, article L. 622-28 alinéa 2 du Code de commerce et sur renvoi de l'article L. 631-14 alinéa 1 du Code de commerce dans la procédure de redressement.

⁵⁰¹ Entre autres, Cass. com. 16/09/2008, n° 07-16499.

⁵⁰² A. MARTIN-SERF, obs. à propos de l'arrêt Cass.com. 16/09/2008, n°07-16499: *RTD Com.* 2009, p. 209.

⁵⁰³ Cass. com. 9/11/2004, n° 02-12044; Cass. com. 4/02/2004, n° 02-16475.

du contrat de crédit-bail publié dès lors qu'il n'a pas été averti personnellement d'avoir à déclarer sa créance, celui-ci reste néanmoins tenu de le faire pour agir contre la caution »⁵⁰⁴. D'aucuns ne manquent toutefois pas de souligner, à juste titre, la contradiction qui existe entre cette décision et la protection légale accordée au titulaire d'un contrat publié non averti personnellement, bénéficiant de l'inopposabilité de la forclusion⁵⁰⁵. D'autres y ont vu le signe d'une possible extension de cette obligation de déclaration de créance préalable à toute action contre la caution, sous l'empire de la Loi de Sauvegarde⁵⁰⁶. En attendant une décision de la Cour de cassation qui viendrait mettre fin à toute incertitude, il est préférable que le bailleur financier, même titulaire d'un contrat publié, procède à la déclaration de sa créance avant d'agir contre la caution.

350.- Contrairement au droit allemand, le bailleur financier a, en droit français, particulièrement intérêt à déclarer la créance de loyers antérieurs, et ce même s'il agit finalement à l'encontre de la caution. L'autorité de la chose jugée attachée à la décision d'admission de la créance lui permet de s'en prévaloir à l'égard de la caution. Toutefois, même si la créance a été admise, la caution garde dans les deux systèmes juridiques la possibilité d'opposer certaines exceptions au bailleur financier.

B. Les moyens de défense de la caution

351.- Les exceptions que la caution peut opposer au bailleur financier sont d'abord celles offertes par le droit commun, aussi bien en droit français qu'en droit allemand. Ainsi, la chambre commerciale de la Cour de cassation rappelle régulièrement, en droit français, que *«nonobstant la chose jugée par l'admission définitive de la créance à la procédure collective d'un débiteur, la caution solidaire du paiement de cette créance peut opposer au créancier toutes les exceptions qui lui sont personnelles»*⁵⁰⁷. A l'opposé, la

⁵⁰⁴ Cass. com. 30/01/2007, n° 05-13751: *Bull. Civ. IV*, n° 15.

⁵⁰⁵ V. notamment, A. MARTIN-SERF, obs. à propos de l'arrêt Cass.com. 16/09/2008, n° 07-16499: *RTD Com.* 2009, p. 209 ; P.-M. LE CORRE obs. à propos de l'arrêt Cass. com. 30/01/2007, n° 05-13751 : *D.* 2008, pan., p. 578.

⁵⁰⁶ P. CROCQ, obs. à propos de l'arrêt Cass. com. 30/01/2007, n° 05-13751 : *RTD Civ.* 2007, p. 597.

⁵⁰⁷ Cass. com. 25/06/2002, n° 98-20953 ; Cass. com. 11/12/2001, n° 98-18580 : *Bull. Civ. IV*, n° 196; Cass. com. 22/04/1997, n° 94-12862 : *Bull. Civ. IV*, n° 97.

caution ne peut pas opposer au bailleur financier les exceptions personnelles au débiteur⁵⁰⁸, puisque seules les exceptions accessoires à la créance lui sont transmises. En droit allemand, la caution aura également la possibilité d'opposer au bailleur financier les exceptions que le débiteur pouvait déjà opposer à ce dernier⁵⁰⁹ mais s'y ajoutent les exceptions qui lui sont personnelles.

352.- La question du recours du bailleur financier et des exceptions qui peuvent être soulevées par la caution prend essentiellement son sens en cas d'adoption d'un plan. Il s'agit, en effet, de savoir si les remises accordées par le bailleur financier dans le cadre d'un plan pourront ensuite lui être opposées par la caution. Ceci revient à se demander si les remises que ce créancier accorde au débiteur affectent la créance de telle sorte que la caution pourra ensuite les lui opposer. Là encore, l'objectif poursuivi par les droits respectifs des procédures collectives influencent considérablement la situation de la caution et donc celle du bailleur financier et ses chances d'obtenir le paiement de sa créance.

353.- La situation se révèle particulièrement complexe pour le bailleur financier confronté à une procédure de droit français puisqu'elle varie, à la fois, en fonction du type de plan qui a été adopté mais également en fonction de la qualité de personne physique ou personne morale de la caution. Dans les procédures ouvertes à compter du 1^{er} janvier 2006, auxquelles s'applique la Loi de Sauvegarde, les cautions personnes physiques bénéficient des remises accordées par le bailleur financier qui auront été prévues dans le plan de sauvegarde⁵¹⁰. En revanche, dans le cadre d'un plan de redressement, le bailleur financier ne pourra se voir opposer par la caution, les remises et réductions qu'il aura accordées au débiteur⁵¹¹.

⁵⁰⁸ V. par exemple : CA Rennes 5/06/1991, Juris-Data n° 1991-051063 : Lorsque par application de l'article 169 de la loi du 25/01/1985 (abrogé par la loi du 26 juillet 2005), le débiteur principal est libéré, ce n'est que le droit d'action contre le débiteur principal qui se trouve paralysé, l'obligation n'étant en aucun cas éteinte. La libération n'est pas inhérente à la dette elle-même, mais purement personnelle au débiteur, la caution ne peut l'invoquer ou se soustraire à ses obligations. Par conséquent, la juridiction saisie d'une demande en paiement dirigée contre la caution solidaire peut en apprécier le montant même en l'absence de vérification.

⁵⁰⁹ § 768 BGB.

⁵¹⁰ Article L. 626-11 du Code de commerce.

⁵¹¹ Article L. 631-20 du Code de commerce.

354.- La possibilité, pour la caution personne physique, d'opposer aux créanciers les délais et remises accordés au débiteur dans le cadre du plan de sauvegarde se justifie par la volonté du législateur français d'inciter les dirigeants souvent cautions des dettes de la société débitrice, à déclarer le plus tôt possible les difficultés de celle-ci afin que l'activité puisse être sauvegardée. Dans le cadre de la procédure de redressement, en revanche, peu importe que la caution soit une personne physique ou une personne morale, elle ne pourra se prévaloir ni des dispositions du plan ni de l'arrêt du cours des intérêts. Ces mesures tendent à renforcer l'attractivité de la procédure de sauvegarde. Le dirigeant social, caution personne physique, a ainsi intérêt à ce que son entreprise fasse l'objet d'une procédure de traitement de ses difficultés avant d'être en état de cessation des paiements.

355.- Ces règles contrastent avec celle du droit allemand qui adopte une solution unique quel que soit le type de plan. Il n'est, en outre, fait aucune distinction selon que la caution est une personne physique ou une personne morale. Les droits du bailleur financier contre les codébiteurs ou la caution du débiteur ne sont pas modifiés par l'adoption du plan⁵¹². La caution ne pourra opposer au bailleur financier les remises et délais qu'il aura pu consentir au débiteur et ce créancier pourra ainsi obtenir le complet paiement de sa créance par la caution⁵¹³. En revanche, le débiteur, lui, est libéré à l'égard de la caution ou des autres personnes disposant d'un droit de recours contre lui⁵¹⁴. En cela, la solution allemande se distingue de la solution française. Dans le cadre du redressement, en effet, si la caution paie le bailleur financier après le jugement arrêtant le plan de redressement, les dispositions de ce plan ne lui sont pas opposables⁵¹⁵. La caution peut donc demander le paiement intégral au débiteur, ce qui risque de compromettre l'exécution du plan⁵¹⁶.

⁵¹² BT Drucks 12/2443, S. 212 f.

⁵¹³ *Frankf.Komm.-InsO/Jaffé*, § 254, Rn. 16.

⁵¹⁴ § 254 Abs. 2 InsO : «**Allgemeine Wirkungen des Plans.** (2) Die Rechte der Insolvenzgläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen des Schuldners sowie die Rechte dieser Gläubiger an Gegenständen, die nicht zur Insolvenzmasse gehören, oder aus einer Vormerkung, die sich auf solche Gegenstände bezieht, werden durch den Plan nicht berührt. Der Schuldner wird jedoch durch den Plan gegenüber dem Mitschuldner, dem Bürger oder anderen Rückgriffsberechtigten in gleicher Weise befreit wie gegenüber der Gläubiger.»

⁵¹⁵ Sous le régime de la loi antérieure, Cass. com. 17/11/1992, n° 89-14997 : *Bull. civ. IV*, n° 355.

⁵¹⁶ V. sur ce point, *Jur. Cl. Notarial Rép.*, Fasc. 50, V° *Cautionnement*, n° 31.

356.- Le législateur allemand a, selon toute vraisemblance, considéré que la caution méritait moins de protection que le débiteur failli⁵¹⁷. Le législateur allemand donne moins d'importance que son homologue français à la protection de la caution. Au contraire, il déroge au principe de l'accessoire du contrat de cautionnement⁵¹⁸. Le fondement juridique permettant une telle dérogation est le suivant : en cas de remise partielle d'une créance, la partie remise continue d'exister en tant qu'obligation naturelle dont on ne peut obtenir l'exécution forcée, ce qui est suffisant pour justifier le maintien de la garantie accessoire⁵¹⁹. Le droit allemand donne ainsi tout son sens et son effet à la garantie afin de permettre la sécurité du crédit, tout en préservant les chances de succès du plan.

357.- La solution retenue en droit allemand permet au bailleur financier dont la créance de loyers antérieurs est garantie par une caution de consentir des remises plus importantes dans le cadre d'un plan dans la mesure où la caution assure pleinement le rôle qui lui est assigné. La charge du montant de la remise est en effet supportée non pas par le bailleur financier, à l'instar du droit français mais par la caution. Cette solution se révèle favorable aussi bien pour le créancier qui obtient le paiement intégral de la créance déclarée que pour le débiteur qui voit ses chances de redressement améliorées. Toutefois, la décision du créancier d'accorder des remises modifie et alourdit la charge acceptée par la caution. L'efficacité économique l'emporte sur le respect de la volonté.

II. L'action en paiement du bailleur financier contre la caution si la créance n'a pas été déclarée

358.- Le droit français, à l'instar du droit allemand, ne sanctionne plus l'absence de déclaration de la créance du bailleur financier par l'extinction de celle-ci. Cela ne signifie pas pour autant que les conditions de l'exercice de l'action à l'encontre de la caution sont similaires dans le cadre d'une procédure collective de droit français et d'une de droit allemand. Il faut donc mettre en perspective les conséquences de l'absence de déclaration à

⁵¹⁷ *Frankf.Komm.-InsO/Jaffé*, § 254, Rn. 17.

⁵¹⁸ *Münch.Komm.-InsO/Huber*, § 254, Rn. 25.

⁵¹⁹ *Münch. Komm.-InsO/Huber*, § 254, Rn. 27.

l'égard de la caution (A) que la caution peut opposer au bailleur financier (B) dans chacun des deux systèmes.

A. Les conséquences de l'absence de déclaration sur la situation de la caution

359.- En droit français, l'amélioration de la situation du bailleur financier, du fait de la suppression de la sanction d'extinction des créances pour absence de déclaration, est particulièrement nette lorsque l'on étudie son action en paiement contre la caution. Désormais, la créance non déclarée est inopposable à la procédure collective⁵²⁰, y compris, le cas échéant, pendant l'exécution du plan mais également après cette exécution lorsque les engagements énoncés au plan ont été tenus. La créance est également inopposable à la caution, personne physique pendant toute la durée d'exécution du plan⁵²¹. Le bailleur financier a, néanmoins, la possibilité d'agir en paiement contre la caution après l'exécution du plan, à condition toutefois que la prescription ne soit pas acquise. La caution ne disposera, dans ce cas, ni du recours subrogatoire en raison de l'absence de déclaration du créancier ni de son recours personnel puisque les dispositions du plan lui seront opposables⁵²².

L'action en paiement du bailleur financier forclos est facilitée lorsque la caution est une personne morale. Il peut, en effet, agir en paiement contre celle-ci aussi bien pendant la période d'observation que pendant la période d'exécution du plan. La caution qui ne peut, faute de déclaration de créance du bailleur financier, être subrogée dans les droits de ce dernier, peut procéder à sa propre déclaration et exercer, dès lors, son recours personnel contre le débiteur principal. La déclaration de créance de la caution peut être effectuée dès l'ouverture de la procédure sans que la caution n'ait encore payé la dette, afin que sa participation aux distributions soit garantie.

⁵²⁰ Cass. com 3/11/2010, n° 09-70312: *Bull. civ.* IV, n° 165; *Gaz. Pal.* 8/01/2011, p.18, note E. LE CORRE-BROLY.

⁵²¹ Article L. 622-26 alinéa 2 du Code de commerce.

⁵²² En ce sens, *Jur.-Cl. Notarial Rép.*, Fasc. 50, V° *Cautionnement*, n° 33.

Enfin, le bailleur financier forclos peut désormais agir, dès lors que la créance n'est pas prescrite à l'encontre du débiteur principal ou encore à l'encontre de la caution, à la clôture de la procédure et ce, même s'il ne peut plus agir contre le débiteur. Il s'agit notamment de l'hypothèse de la clôture de la procédure de liquidation pour insuffisance d'actif. L'extinction du droit de poursuite du bailleur financier impayé qu'entraîne une telle clôture, ne vaut qu'à l'égard du débiteur. Elle est, en effet, attachée à la personne et non à la dette, qui n'est pas éteinte⁵²³. La caution bénéficie alors d'un recours contre le débiteur conformément aux dispositions de l'article L. 643-11 du Code de commerce⁵²⁴.

360.- La situation du bailleur financier français se rapproche de celle de son homologue allemand puisque ce dernier est, lui aussi, exclu des répartitions en l'absence de déclaration mais demeure néanmoins titulaire de la créance. Il garde la possibilité d'agir en paiement à l'encontre de la caution. Celle-ci ne peut, en cas d'ouverture de la procédure d'insolvabilité du débiteur, opposer l'exception du bénéfice de discussion selon les dispositions du § 773 alinéa 1 n° 3 BGB, sauf si le créancier dispose d'un droit de gage ou d'un droit de rétention⁵²⁵, ce qui dans le cadre d'un contrat de *leasing* n'est pas le cas. Aucune suspension des poursuites n'étant prévue au profit de la caution, le bailleur financier peut poursuivre la caution dès l'ouverture de la procédure sans même avoir à déclarer sa créance à la procédure. Contrairement au droit français, la caution ne peut déclarer sa créance que si le bailleur financier n'a pas lui-même procédé à la déclaration de celle-ci⁵²⁶, ce qui évite qu'une même créance ne soit prise en compte deux fois dans la procédure⁵²⁷. Une fois le bailleur financier satisfait, il appartient à la caution, voulant participer à la répartition, de déclarer sa créance à la procédure. Elle n'est limitée dans le temps que par les dispositions du § 189 InsO.

⁵²³ Cass. com. 8/06/1993, n° 91-13295 : *Bull. civ.* IV, n° 230.

⁵²⁴ Sous le régime de la loi antérieure à la Loi de Sauvegarde, les juges de la Cour de cassation avait précisé que « *La caution qui a payé au lieu et place du débiteur peut poursuivre celui-ci soit en exerçant un recours subrogatoire sous réserve que le créancier ait déclaré sa créance, soit en exerçant un recours personnel dès lorsqu'elle a elle-même déclaré sa créance* » (Cass. com. 12/05/2009, n° 08-12178). La question de la transposition de cette décision se pose sous le régime de la Loi de Sauvegarde, d'autant que l'absence de déclaration de créance ne conduit plus à l'extinction de la créance, V sur ce point, A. LIENHARD, comm. de l'arrêt Cass. com. 12/05/2009, n°08-12178 : *D.* 2009, 1472.

⁵²⁵ *Münch.Komm.-BGB/Habersack*, § 733, Rn. 8.

⁵²⁶ § 44 InsO: « **Rechte der Gesamtschuldner und Bürgen.** Der Gesamtschuldner und der Bürge können die Forderung, die sich durch eine Befriedigung des Gläubigers künftig gegen den Schuldner geltend machen, wenn die Gläubiger seine Forderung nicht geltend macht. »

⁵²⁷ *Münch.Komm.-InsO/Bitter*, § 44, Rn. 4.

361.- Contrairement au Code de commerce, l'*Insolvenzordnung* ne contient aucune disposition limitant de quelque manière que ce soit l'exercice de l'action du bailleur financier contre la caution. La caution a un rôle de garantie que le droit des faillites ne doit pas venir restreindre. Par conséquent, si la remise des dettes restantes (*Restschuldbefreiung*) est prononcée en faveur du débiteur, situation comparable dans ses effets à la clôture pour insuffisance d'actif en droit français, les dispositions du § 301 InsO indiquent que les droits des créanciers restent inchangés à l'égard des cautions. A l'instar du droit français, la créance ne disparaît pas du fait de la remise des dettes restantes. Le créancier ne peut simplement plus l'exercer à l'égard du débiteur⁵²⁸.

362.- Le bailleur financier qui n'a pas déclaré sa créance a la possibilité d'agir en paiement contre la caution. Son action est toutefois plus restreinte en droit français qui protège la caution, personne physique. Les exceptions que la caution peut opposer au bailleur financier en l'absence de déclaration de créance doivent encore être précisées.

B. Les moyens de défense de la caution en l'absence de déclaration

363.- Depuis la réforme de 2005, la caution ne peut plus, en droit français, se prévaloir de l'absence de déclaration de créance par le bailleur financier pour échapper à ses obligations puisque la créance n'est plus éteinte. Le bailleur financier conserve donc la possibilité de poursuivre la caution en l'absence de déclaration, à l'instar de son homologue allemand. Néanmoins, contrairement au droit allemand, la caution est protégée par les dispositions de l'article L. 622-26 du Code de commerce qui interdisent au bailleur financier qui n'a pas déclaré sa créance dans les délais prévus d'opposer pendant l'exécution du plan celle-ci aux personnes physiques qui ont consenti une sûreté personnelle⁵²⁹. Cette protection de la caution n'existe pas, en revanche, dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire⁵³⁰.

⁵²⁸ *Münch.Komm.-InsO/Stephan*, § 301, Rn. 28.

⁵²⁹ Article L. 622-26 du Code de commerce.

⁵³⁰ Article L. 631-14 alinéa 6 du Code de commerce.

364.- En outre, contrairement à la solution allemande, le bailleur financier, en s'abstenant de déclarer sa créance dans le délai légal, peut avoir empêché la caution de se prévaloir par subrogation d'une sûreté réelle ou lui avoir fait perdre une possibilité d'action en justice. Conformément aux dispositions de l'article 2314 du Code civil⁵³¹, la caution est, dans une telle hypothèse, déchargée. Dans un arrêt du 27 mars 2007⁵³², la Chambre commerciale de la Cour de cassation avait précisé, sous le régime de la loi antérieure à la Loi de Sauvegarde, les conditions de l'exercice de l'action d'un créancier titulaire d'une sûreté réelle à l'égard de la caution, auquel l'avertissement d'avoir à déclarer sa créance n'était pas parvenu. En l'espèce, un créancier hypothécaire avait agi, avec succès, afin que la forclusion lui soit déclarée inopposable et avait, parallèlement, été désintéressé par la caution. La Cour d'appel avait rejeté son action au motif que la créance était éteinte du fait de son paiement par la caution et que le créancier perdait dès lors son intérêt à agir. La chambre commerciale a censuré cet arrêt en précisant que le créancier « *avait intérêt à agir en inopposabilité de la forclusion afin de pouvoir déclarer sa créance pour en éviter l'extinction et l'exercice à son encontre de la part de la caution d'une action en répétition de l'indu* ». Cette solution garde toute sa valeur sous l'empire de la Loi de Sauvegarde dans la mesure où la caution peut invoquer l'impossibilité du créancier de lui transmettre par voie de subrogation la qualité de créancier hypothécaire dans la procédure collective, pour être déchargée⁵³³. Elle est toutefois d'un intérêt limité pour le bailleur financier, dans la majeure partie des cas, créancier chirographaire.

365.- Une autre exception peut, plus fréquemment, être opposée au bailleur financier. Ce dernier peut, en principe, agir en paiement de la créance non déclarée contre la caution sans être confronté à la suspension des poursuites ; cette facilité pourrait l'encourager à ne pas déclarer⁵³⁴. Cependant, ce créancier doit tenir compte de la possibilité d'être déchargé dont bénéficie la caution dans l'hypothèse où le débiteur

⁵³¹ F. MACORIG-VENIER et C. SAINT ALARY-HOUIN, « La situation des créanciers dans la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises », *op. cit.* ; P.-M. LE CORRE, « Les créanciers antérieurs dans le projet de sauvegarde des entreprises », in : La réforme des procédures collectives, Colloque Crafege, Nice 27 Mars 2004, *LPA* 2004, n° 116, p. 25 et s. – G. TEBOUL, « La préservation des créances et le sort des contrats », *LPA* 2006, n° 125, p. 13 et s.

⁵³² Cass. com. 27/03/2007, n° 05-20757: *Gaz. Pal. Proc. Coll.* 2007, n° 202, p. 47, note E. L.-B.

⁵³³ Voir note E. L.-B sous l'arrêt précité.

⁵³⁴ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficultés*, Montchrétien, 5^{ème} éd., n° 714, p. 424.

bénéficierait d'un plan de sauvegarde⁵³⁵. Dans la mesure où la caution, personne physique, bénéficie des délais et remises accordés au débiteur principal dans le cadre d'un plan de sauvegarde, pourquoi le bailleur financier qui n'aurait pas procédé à la déclaration de sa créance pourrait-il obtenir de la caution le paiement en totalité? La caution pourrait reprocher au bailleur financier sa faute, à savoir l'absence de déclaration, sur le terrain de la responsabilité civile de droit commun. Une difficulté apparaît toutefois dans la détermination du montant du préjudice subi par la caution puisque l'on ne peut connaître le montant des remises qui auraient été accordées par le bailleur financier dans le cadre du plan de sauvegarde s'il avait dû y participer.

366.- Au contraire de ce qui se passe en droit français, la caution ne peut, en droit allemand, opposer au bailleur financier sa négligence dans la mesure où elle ne pourrait, en aucun cas, opposer les remises accordées par le bailleur financier au débiteur principal, conformément aux dispositions du § 254 II InsO⁵³⁶. La règle est une atteinte légale au caractère accessoire du cautionnement, justifiée par l'idée que le cautionnement est destiné à protéger le créancier contre l'insuffisance d'actifs du débiteur⁵³⁷.

367.- En droit allemand, l'action en paiement contre la caution peut être particulièrement intéressante en ce qui concerne le paiement des loyers échus pendant la période de réflexion sur la continuation du contrat. Le bailleur financier se trouve dans l'impossibilité d'exercer son droit à paiement des loyers échus entre le jugement d'ouverture et la décision de l'administrateur de l'insolvabilité quant à la poursuite du contrat. La question d'un éventuel exercice de ses droits contre la caution se pose inévitablement, d'autant qu'il peut agir contre la caution dès l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Toutefois, la caution pourrait refuser le paiement de cette créance, en vertu

⁵³⁵ P.-M. LE CORRE, « Les déclarations de créances », *LPA* 2007, n° 119, p. 64 et s.

⁵³⁶ § 254 Abs. 2 InsO : « **Allgemeine Wirkungen des Plans.** (2) Die Rechte der Insolvenzgläubiger gegen Mitschuldner und Bürgen des Schuldners sowie die Rechte dieser Gläubiger an Gegenständen, die nicht zur Insolvenzmasse gehören, oder aus einer Vormerkung, die sich auf solche Gegenstände bezieht, werden durch den Plan nicht berührt. Der Schuldner wird jedoch durch den Plan gegenüber dem Mitschuldner, dem Bürger oder anderen Rückgriffsberechtigten in gleicher Weise befreit wie gegenüber der Gläubiger. »

⁵³⁷ *NomosKommentar BGB Schuldrecht / Beckmann*, § 767, Rn. 8; *Münch.Komm.-InsO/Stephan*, § 301, Rn. 28.

du principe de bonne foi énoncé au § 242 BGB⁵³⁸, jusqu'à la décision de l'administrateur sur la continuation du contrat, décision que le créancier peut provoquer selon les dispositions du § 103 al. 2 InsO⁵³⁹. En effet, si l'administrateur de l'insolvabilité opte pour la continuation du contrat, les loyers auront rétroactivement la qualité de dettes de la masse (créances privilégiées). La caution peut opposer les dispositions des §§ 767 et 768 BGB au bailleur financier pour échapper au paiement, ce dernier ne pouvant réclamer à la caution le paiement de créances que le débiteur principal est en mesure de payer. En revanche, si l'administrateur renonce à la continuation du contrat, le bailleur financier a le droit d'exiger de la caution le paiement des dommages et intérêts résultant de l'inexécution du contrat et ce, dès la résiliation du contrat puisqu'il n'y a pas de suspension des poursuites au bénéfice de la caution.

368.- En droit français, les loyers échus entre le jugement d'ouverture et la décision sur la poursuite du contrat bénéficient, en principe, du traitement préférentiel prévu à l'article L. 622-17 du Code de commerce. Ils sont donc payés à échéance. Même dans l'hypothèse où de telles créances ne pourraient bénéficier des dispositions de l'article L. 622-17 car elles ne vérifient pas les conditions nécessaires à son application, la situation reste différente de celle envisagée en droit allemand. En effet, le bailleur financier ne peut poursuivre la caution du simple fait de l'ouverture de la procédure collective à l'encontre du débiteur principal. Le titulaire de l'option refusant la poursuite du contrat, les loyers échus depuis le jugement d'ouverture devraient être déclarés à la procédure⁵⁴⁰. Si la créance n'est pas déclarée et par conséquent pas admise, le bailleur financier ne pourra poursuivre la caution que dans les conditions envisagées précédemment.

369.- Conclusion de la Section 3 : Le droit allemand assure au bailleur financier une situation plus favorable que celle qui lui est offerte en droit français. Dans ce dernier système, en effet, l'existence d'un cautionnement garantissant la créance du bailleur financier ne préjuge en rien de l'effectivité du paiement de celle-ci. L'exercice de l'action

⁵³⁸ § 242 BGB : «*Leistung nach Treu und Glauben. Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*»

⁵³⁹ Münch.Komm.-InsO/Kreft, § 103, Rn. 44.

⁵⁴⁰ Article L. 622-24 alinéa 5 du Code de commerce.

contre la caution peut, en effet, être bloqué du fait d'autres considérations telles que la qualité de personne physique de la caution. Cette dernière peut, en outre, se prévaloir d'éventuelles remises consenties ou, en l'absence de déclaration, qui auraient pu être consenties par le bailleur financier dans le cadre d'un plan. En droit allemand, au contraire, le paiement du bailleur financier est une priorité. Le cautionnement est une garantie exigée au moment de la conclusion du contrat et sert à assurer le paiement de la créance du bailleur financier en cas de défaillance du débiteur principal. Il faut souligner que cette solution ne nuit pas non plus au débiteur puisque le bailleur financier sachant le paiement de sa créance garanti, n'hésitera pas à accorder des remises au débiteur dans le cadre de l'adoption d'un plan.

370.- Conclusion du Chapitre 1 : Le bailleur financier est, en ce qui concerne les créances de loyers antérieures à l'ouverture de la procédure, soumis à la discipline collective. Par conséquent, il lui appartient de faire connaître son droit à la procédure collective pour pouvoir y participer. Ceci explique que les démarches auxquelles il est soumis soient similaires en droit français et en droit allemand. Pourtant, elles sont, en droit français, largement adaptées aux besoins de la procédure collective. Ainsi en est-il du court délai prévu en droit français pour déclarer sa créance et des sanctions qui y sont attachées. Et si l'on a pu croire que le bailleur financier, titulaire d'un contrat publié bénéficiait d'une situation favorable, on s'aperçoit que son homologue allemand n'a rien à lui envier, bien au contraire. Il suffit de s'intéresser au contentieux français relatif à l'auteur ou aux conséquences du contenu erroné de la déclaration de créance pour s'apercevoir que le bailleur financier doit être particulièrement prudent lorsqu'il procède à cette déclaration s'il ne veut pas être exclu des répartitions ou perdre le bénéfice d'un privilège. Dans l'action du bailleur financier à l'égard de la caution également, les intérêts de la procédure collective prévalent, en droit français, sur ceux du bailleur financier, alors que le droit allemand fait supporter le risque de la défaillance à la personne qui est destinée à le supporter dès la conclusion du contrat, à savoir la caution. La situation du bailleur financier est donc, dans l'ensemble, meilleure en droit allemand. En effet, si les conditions du paiement des créances antérieures du bailleur financier sont plus ou moins identiques dans les deux systèmes juridiques étudiés, le contentieux est beaucoup moins important en droit allemand.

CHAPITRE 2 LE RÉGIME JURIDIQUE DES CRÉANCES BÉNÉFICIAIRE DU TRAITEMENT PRÉFÉRENTIEL

371.- L'activité d'une entreprise en difficulté ne peut être poursuivie sans le maintien de certains contrats notamment de location financière s'ils portent sur les machines ou autres instruments de production. Il ne saurait néanmoins être imposé au bailleur financier, déjà créancier de loyers impayés, de poursuivre un contrat sans un minimum de garantie quant au paiement de loyers qui viendraient à échoir par la suite, alors que l'ensemble des créanciers profitent de la poursuite de l'activité. Le maintien forcé du bailleur financier dans un contrat inexécuté, en dépit des règles de droit commun, ne peut se faire qu'en assurant le traitement préférentiel des créances nées postérieurement à la décision de poursuivre le contrat.

372.- En droit français, la loi du 25 janvier 1985 ne liait le bénéfice du traitement préférentiel qu'à un critère purement chronologique et un critère de régularité. Dès lors, certaines créances bien qu'« inutiles » à la procédure bénéficiaient de ce traitement. Les critères prévus dans le système antérieur ont été jugés insatisfaisants quant à la détermination des créances bénéficiant du traitement préférentiel⁵⁴¹. Le fait de multiplier les créances soumises à ce traitement avait pour effet de diminuer les effets de la préférence accordée. Le régime préférentiel a, lors de la réforme de 2005, fait l'objet de sensibles modifications, afin de limiter l'importance des créances susceptibles d'obérer le redressement de l'entreprise en difficulté. L'ajout du critère d'utilité a fait naître certaines difficultés d'interprétation auxquelles est venue remédier l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008⁵⁴².

373.- Le système français paraît particulièrement complexe lorsque l'on compare les systèmes de traitement privilégié français et allemand. Les articles de doctrine tout comme les décisions des tribunaux sont nettement plus nombreux en droit français, du fait

⁵⁴¹ F. PEROCHON, « Le sort des créanciers postérieurs », *LPA* 2004, n° 116, p. 16.

⁵⁴² F. REILLE, « Les retouches apportées au sort des créanciers élus », *Gaz. Proc. coll.* 2009, n° 66, p. 38 et s.

d'une part, des nombreuses modifications dont le droit français des procédures collectives a fait l'objet depuis 1967⁵⁴³ mais également du fait de la difficulté à déterminer par l'application des critères établis dans la loi quelles seront les créances élues au traitement préférentiel⁵⁴⁴.

374.- Le bailleur financier qui participe au sauvetage de l'entreprise doit être mis en confiance. Aussi bien en droit français qu'en droit allemand, la continuation du contrat pour les besoins de la procédure entraîne l'application des règles de droit commun, c'est-à-dire d'une part, le paiement des créances à échéance et d'autre part, la reprise des poursuites individuelles. C'est en cas d'insuffisance des fonds disponibles pour payer les créances qui bénéficient du traitement préférentiel que les systèmes vont adopter des approches différentes. Là encore, la réforme française de 2005 a apporté son lot de modifications améliorant sensiblement la situation du bailleur financier⁵⁴⁵.

375.- Afin de déterminer quel système est le plus protecteur des intérêts du bailleur financier, nous précisons l'étendue des créances de loyers qui bénéficient du traitement préférentiel en fonction des critères qui conditionnent sa mise en œuvre (Section 1) puis nous établirons les conditions du paiement préférentiel du bailleur financier (Section 2).

⁵⁴³ Jur. Cl. Proc. Coll., Fasc. 2388, V° *Sauvegarde, Redressement et liquidations judiciaires – Créanciers postérieurs*, n° 1 s.

⁵⁴⁴ Voir, entre autres, A. LIENHARD, « Le nouveau privilège de procédure : entre restauration et éclatement », in : *Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, ABRY et al. [éd.], 2006, p. 471 et s.

⁵⁴⁵ C. SAINT-ALARY HOUIN, « Les privilèges de procédure », *LPA*, 2007, n° 119, p. 70 ; A. LIENHARD, « Le nouveau privilège de procédure : entre restauration et éclatement », in : *Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, *op. cit.* ; F. REILLE, « Les retouches apportées au sort des créanciers élus », *op.cit.*

SECTION 1 LA DÉTERMINATION DES CRÉANCES DU BAILLEUR FINANCIER ÉLUES AU TRAITEMENT PRÉFÉRENTIEL

376.- En droit français, les conditions du traitement préférentiel sont précisées par les dispositions de l'article L. 622-17 du Code de commerce selon lequel « *Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période, sont payées à leur échéance* ». En droit allemand, selon les dispositions du § 55 I 2 InsO, les dettes qui « *naissent des contrats synallagmatiques, dans la mesure où leur exécution est demandée sur la masse de l'insolvabilité ou doit survenir dans la période qui suit l'ouverture de la procédure d'insolvabilité* » sont des dettes de la masse.

377.- Une première lecture de ces deux textes permet de constater que les conditions d'attribution du traitement préférentiel divergent fondamentalement d'un système juridique à l'autre. Alors que le droit français prévoit plusieurs critères, le droit allemand n'en prévoit qu'un. Afin de déterminer quelles sont les créances du bailleur financier qui bénéficient du traitement préférentiel dans chacun des deux systèmes juridiques étudiés, nous étudierons séparément les critères prévus en droit français (I) et en droit allemand (II).

I. Les critères du droit français

378.- Le champ d'application de l'article L. 622-17 du Code de commerce est large. Il comprend aussi bien les créances contractuelles, que les créances délictuelles ou encore les frais engendrés par la procédure elle-même, tels que les frais de justice notamment. Les critères qui ouvrent droit au traitement préférentiel aux créances sont, en droit français, au nombre de trois. Pour bénéficier du traitement préférentiel, les créances issues du contrat de location financière doivent naître régulièrement, postérieurement au jugement d'ouverture, et être utiles à la procédure ou à la période d'observation. Il faut distinguer,

dès lors, un critère chronologique (A), un critère de régularité (B) et depuis la réforme de la Loi de Sauvegarde en 2005, téléologique (C).

A. Le critère chronologique

379.- Contrairement au droit allemand qui lie le traitement préférentiel à l'option de l'administrateur de l'insolvabilité en faveur de la continuation du contrat, la loi française applique le critère chronologique, indépendamment de la décision du titulaire de l'option sur la continuation des contrats en cours, pour déterminer les créances bénéficiant du régime préférentiel⁵⁴⁶. Que le contrat soit poursuivi ou non par le titulaire de l'option, les créances postérieures qui en sont issues bénéficient du traitement préférentiel, à condition que les autres critères soient également remplis. Il en est de même si le contrat n'est pas continué en l'absence de décision positive du titulaire de l'option. Dans la mesure où le cocontractant n'a pas la possibilité de se délier du contrat sans connaître la volonté, expresse ou tacite, du titulaire de l'option, les créances postérieures issues de ce contrat doivent bénéficier du traitement préférentiel⁵⁴⁷.

380.- La créance de loyer issue du contrat de location financière ne peut, toutefois, bénéficier du traitement préférentiel qu'à condition d'être « née » postérieurement au jugement d'ouverture. La détermination de la date de naissance des créances a fait l'objet de nombreux articles de doctrine⁵⁴⁸ et a généré un important contentieux⁵⁴⁹ à propos, en particulier, des contrats à exécution successive dont fait partie le contrat de location financière. Dans le cadre de ces contrats, le fait générateur de la créance est la jouissance du bien par le locataire. Le droit des procédures collectives adopte, en effet, une

⁵⁴⁶ Cass. com. 16/10/1990, n° 89-12930 : *Bull. civ. IV*, n° 240; *RTD Com.* 1991, p. 461, obs. A. MARTIN-SERF - Cass. com. 27/10/1998: *Bull. civ. IV*, n° 263.

⁵⁴⁷ Cass. com. 16/10/1990: *Bull. civ. IV*, n° 240.

⁵⁴⁸ V. entre autres, N. THOMASSIN, « La date de naissance des créances contractuelles », *RTD Com.* 2007, p. 655 s. ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « La date de naissance de la créance issue d'un contrat synallagmatique à exécution successive », *LPA* 2004, n° 224, p. 41 s. ; C. SAINT ALARY-HOUIN, « La date de naissance des créances en droit des procédures collectives », *LPA* 2004, n° 24, p. 11 s. ; J.-L. COURTIER, « Date de naissance d'une créance à exécution successive d'un contrat poursuivi en vertu de l'article L. 621-28 du Code de commerce », *LPA* 2002, n° 253, p. 18 s. ; F. BARON, « La date de naissance des créances contractuelles à l'épreuve du droit des procédures collectives », *RTD Com.* 2001, p. 1 s.

⁵⁴⁹ Voir par exemple, Cass. com. 5 /05/2004, n° 01-16566 ; Cass. com. 3/11/1992, n° 90-18698: *Bull. civ. IV*, n° 340; Cass. com. 3/05/1994, n° 91-20479: *Bull. Civ. IV*, n° 163.

conception matérialiste en considérant que le fait générateur de la créance ne se situe pas à la conclusion du contrat mais dans son exécution, s'éloignant des analyses classiques⁵⁵⁰. La chambre commerciale a précisé, dans un arrêt du 28 mai 2002⁵⁵¹ rendu à propos d'un contrat de crédit-bail immobilier, que « *la redevance prévue par un contrat à exécution successive poursuivi par l'administrateur est une créance de la procédure pour la prestation afférente à la période postérieure au jugement d'ouverture et constitue une créance née antérieurement au jugement d'ouverture pour la prestation afférente à la période antérieure à ce jugement et soumise à déclaration au passif, peu important la date à laquelle la redevance est devenue exigible* ». Par conséquent, seuls les loyers du contrat de location financière correspondant à la jouissance du bien après l'ouverture de la procédure collective constituent des créances postérieures au jugement d'ouverture⁵⁵².

381.- La date de naissance des créances de loyers bénéficiant du traitement préférentiel n'est pas la seule source de difficultés. Selon les dispositions de l'article L. 622-17 du Code de commerce, les créances postérieures au jugement d'ouverture doivent être nées pour les besoins de la période d'observation ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période pour pouvoir bénéficier du traitement préférentiel. Par conséquent, les créances nées au-delà de la période d'observation, sauf si elles sont utiles à la procédure, ne doivent pas en bénéficier.

Lorsqu'un plan de redressement ou de sauvegarde est adopté, la période d'observation prend fin avec l'adoption du plan de sauvegarde ou de redressement alors que la clôture de la procédure n'intervient qu'ultérieurement. Dès qu'un plan de redressement est adopté, le débiteur est réputé à nouveau *in bonis*. Dans le cadre de la procédure de sauvegarde, l'adoption du plan met fin à la procédure et au régime de faveur dont le débiteur a bénéficié jusque-là⁵⁵³. Les créances de loyers ne bénéficient plus du traitement préférentiel au-delà de l'arrêté du plan dans la mesure où elles sont plus utiles à la procédure. Dès lors que les loyers sont dus en contrepartie de l'utilisation du bien

⁵⁵⁰ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ.* 1999, p. 771.

⁵⁵¹ Cass. com. 28/05/2002, n° 99-12275: *Bull. Civ. IV*, n° 94: *D.* 2002, p. 2124, obs. A. LIENHARD.

⁵⁵² M. BEHAR-TOUCHAIS, « La date de naissance de la créance issue d'un contrat synallagmatique à exécution successive », *op. cit.*

⁵⁵³ A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 657.

postérieurement à l'arrêté du plan, ils en sont exclus⁵⁵⁴. Ces créances ne sont pas non plus soumises au traitement collectif. Il s'agit de créances de droit commun dont le bailleur financier pourra obtenir le paiement par les voies classiques sans même devoir mettre en cause le commissaire à l'exécution du plan⁵⁵⁵.

382.- La même question se pose dans le cadre d'un plan de cession. Le contrat de location financière peut faire l'objet d'une cession judiciaire, ce qui constitue une particularité du système français. La situation est complexe dans la mesure où la cession peut intervenir dans le cadre de la liquidation ou dans le cadre d'un plan de redressement. Si la cession intervient dans une procédure de liquidation judiciaire, le cessionnaire n'est responsable que des dettes dues pour l'exécution du contrat après la passation des actes de cession c'est-à-dire au moment du transfert de propriété⁵⁵⁶. Les loyers échus entre l'adoption du plan et la passation des actes restent à la charge du débiteur et continuent à relever du traitement préférentiel⁵⁵⁷. En revanche, dans le cadre d'un plan de redressement, le jugement d'arrêté du plan met fin à la période d'observation, dès lors, les loyers échus entre l'arrêté du plan et la passation des actes sont des créances de droit commun⁵⁵⁸.

383.- La situation se révèle plus complexe encore lorsque le contrat de location financière n'est pas cédé. Si le législateur a prévu les conséquences de la cession, il n'a pas envisagé la question de l'absence de cession du contrat. Sous le régime de la loi de 1985, les juges de la Cour de cassation ont, dans le cadre d'une liquidation judiciaire, précisé que « *les contrats non repris dans le plan de cession totale ne se trouvent pas résiliés par l'effet du jugement arrêtant le plan* »⁵⁵⁹. Cette décision confirme celle rendue antérieurement par la même Chambre Commerciale dans un arrêt du 15 octobre 2002, dans le cadre d'une procédure de redressement⁵⁶⁰. Les juges avaient précisé que les créances

⁵⁵⁴ P.-M. LE CORRE et E. LE CORRE-BROLY, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 212.

⁵⁵⁵ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 451-31.

⁵⁵⁶ Cass. com. 26/01/1993, n° 91-40308: *Bull. civ. IV*, n° 30.

⁵⁵⁷ Cass. com. 6/12/1994, n° 92-10008: *Bull. civ. IV*, n° 366.

⁵⁵⁸ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, op.cit., n° 451-32; *Jur. Cl. Proc. coll.*, Fasc. 2388, V° *Sauvegarde, Redressement et liquidations judiciaires – Créanciers postérieurs*, n° 17.

⁵⁵⁹ Cass. com. 6/10/2009, n° 07-15325: *Bull. civ. IV*, n° 120; *Rev. Proc. coll.* 2009, p. 161, comm. P. ROUSSEL GALLE.

⁵⁶⁰ Cass. com. 15/10/2002, n° 00-15241.

afférentes aux contrats qui n'ont pas été transmis par le plan de cession relevaient des dispositions de l'article 40 (désormais article L. 622-17 du Code de commerce) jusqu'à l'achèvement ou la résiliation de ces contrats, peu important la date de clôture de la procédure. En l'espèce, une société de *leasing* avait loué des camions et remorques à une société mise, par la suite, en redressement judiciaire. L'administrateur avait exigé la poursuite des contrats puis un plan de cession, ne comprenant pas ces derniers, fut arrêté. Par la suite, la société bailleuse demanda le paiement de factures émises, pour certaines, postérieurement à la cession. La Cour d'appel de Grenoble avait accueilli ces demandes, décision contre laquelle le commissaire à l'exécution du plan et la société débitrice avaient formé un pourvoi en cassation invoquant l'impossibilité de soumettre ces créances au traitement préférentiel du fait de la clôture de la procédure prononcée par le tribunal après l'accomplissement de tous les actes nécessaires à la cession.

Sous le régime de la loi antérieure à la Loi de Sauvegarde, la Cour de cassation considérait donc non seulement que le contrat de location financière non cédé ne prenait pas fin du simple fait du jugement arrêtant le plan de cession que celle-ci soit totale ou partielle, mais également que les créances de loyers continuaient à être soumises au traitement préférentiel. Cette solution est favorable au bailleur financier dont le contrat n'est pas transmis, ce dernier conservant l'initiative de la résiliation du contrat.

384.- Si le régime du plan de cession a considérablement été modifié par la Loi de Sauvegarde⁵⁶¹, la question des contrats non transmis dans ce cadre n'est toujours pas précisée par le Code de commerce. Il est donc important de déterminer quelles sont les conséquences de l'absence de cession du contrat de location financière sur les créances de loyers qui naîtront ultérieurement aux actes de cession des autres actifs. En cas de cession partielle dans le cadre d'un plan de redressement ou de sauvegarde, le contrat est continué par le débiteur. Le paiement des loyers se donc fait dans les conditions qui ont été définies précédemment c'est-à-dire selon les règles de droit commun, le débiteur étant considéré *in bonis*.

385.- La situation est, en revanche, différente si la cession intervient dans le cadre d'une procédure de liquidation. Le contrat de location financière est-il poursuivi ou est-il,

⁵⁶¹ V. J. DEHARVENG, « Le plan de cession dans la nouvelle architecture des procédures collectives », *D.* 2006, p. 1047 s.

au contraire, résilié de plein droit parce qu'il n'est pas cédé ? La résiliation de plein droit du contrat empêcherait la naissance de loyers ultérieurs. Le législateur a envisagé un certain nombre d'hypothèses qui conduisent à la résiliation de plein droit des contrats dans le cadre des procédures collectives. L'absence de disposition particulière pour le cas des contrats non transmis laisse penser que le défaut de cession de ces contrats ne conduit pas à la résiliation de plein droit.

386.- Il faut, par conséquent, déterminer à qui appartient l'initiative de la résiliation du contrat de location financière non transmis. Dans la mesure où rien n'est expressément prévu dans le Code de commerce, ce sont les règles de droit commun qui doivent s'appliquer. Le bailleur financier peut se prévaloir d'une inexécution ou d'un manquement du débiteur, placé dans l'impossibilité d'exécuter une obligation financière, pour obtenir la résiliation judiciaire ou faire jouer une clause résolutoire de plein droit. La situation est identique à celle retenue pour les contrats non résiliés de plein droit dont le titulaire de l'option a renoncé spontanément à l'exécution⁵⁶². En ce qui concerne le régime auquel sont soumis les loyers toutefois, ils bénéficient du traitement préférentiel ou bien parce que le contrat a régulièrement été poursuivi par le titulaire de l'option, ou bien parce qu'aucune option n'a été exercée faute de mise en demeure⁵⁶³. Bien que les créances de loyers dues jusqu'à la résiliation du contrat bénéficient du traitement préférentiel, le bailleur financier a tout de même intérêt à demander rapidement la résiliation du contrat pour pouvoir, d'une part, déclarer la créance d'indemnité de résiliation et d'autre part, obtenir la restitution du bien, d'autant qu'il risque d'être confronté à l'impécuniosité du débiteur.

387.- Outre le régime juridique auquel sont soumises les créances de loyers, c'est la question du régime juridique de la créance d'indemnité de résiliation qui se pose. Cette créance est, en effet, « née » après le jugement d'ouverture qu'elle soit due après la renonciation du titulaire de l'option à la poursuite du contrat ou après la résiliation d'un contrat initialement poursuivi. Elle en est, pourtant expressément exclue que ce soit quand le titulaire de l'option renonce à l'exécution du contrat de location financière, par les

⁵⁶² Dans cette hypothèse, toutefois, les loyers ne bénéficient pas du traitement préférentiel dans la mesure où leur naissance n'est pas régulière. Le contrat est « suspendu », v. P.-M. LE CORRE, « Le sort du contrat non cédé dans le plan de cession », *JCP Ent.* 2006, p. 2671 s.

⁵⁶³ Cass. com. 16/10/1990, n° 89-12930; *Bull. civ.* IV, n° 240; *RTD Com.* 1991, p. 461, obs. A. MARTIN-SERF.

dispositions de l'article L. 622-13 V du Code de commerce, ou en cas de résiliation d'un contrat initialement poursuivi, conformément aux dispositions de l'article L. 622-17 III 2° du Code de commerce. Si cette exclusion paraît légitime dans la première hypothèse, elle l'est beaucoup moins dans la seconde. Elle conduit, en effet, à faire supporter au bailleur financier le risque de l'insuffisance d'actifs. Les intérêts de ce cocontractant, qui aura dû continuer à exécuter le contrat malgré une éventuelle inexécution antérieure de la part du débiteur, sont à nouveau sacrifiés au profit de l'intérêt collectif.

388.- Le critère chronologique se révèle ainsi difficile à mettre en œuvre dans le cadre du contrat de location financière, contrat à exécution successive, aussi bien quant à la date de naissance de la créance que dans la détermination du moment au-delà duquel les créances ne peuvent plus bénéficier du traitement préférentiel.

B. Le critère de régularité

389.- Selon l'article L. 622-17 du Code de commerce, « *les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture doivent être payées à échéance* ». Les termes de l'article L. 641-13 du même code, applicables à la liquidation, sont très proches puisqu'ils précisent que « *les créances nées régulièrement après le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire (...)* ». Le terme « régulièrement » signifie ici « dans le respect des règles de répartition des pouvoirs » après le jugement d'ouverture⁵⁶⁴.

390.- Comme pour le critère chronologique, la régularité n'est pas, pour l'exécution des contrats en cours, subordonnée à décision de poursuite formelle et préalable du contrat⁵⁶⁵, dont l'exécution se poursuit de plein droit après l'ouverture de la procédure⁵⁶⁶. Il permet uniquement d'exclure les créances issues d'un contrat que le débiteur aurait poursuivi, dans le cadre d'une procédure sans administrateur, sans avoir eu l'autorisation préalable du mandataire judiciaire. L'exercice de l'option sans avoir respecté les règles

⁵⁶⁴ C. SAINT-ALARY HOUIN, « Les privilèges de procédure », *op. cit.*

⁵⁶⁵ Sous le régime de la loi antérieure, voir Cass. com. 27/10/1998, n° 95-21286: *Bull. civ.* IV, n° 263.

⁵⁶⁶ F. PEROCHON, « Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005 », *Gaz. Pal.* 2005, n° 251, p. 57.

légales de répartition des pouvoirs ne permet pas la naissance régulière de loyers échus ultérieurement.

391.- Le critère de régularité joue un rôle mineur dans l'application du traitement préférentiel aux créances de loyers issues du contrat de location financière. Il ne permet pas d'exclure ou d'appliquer véritablement le traitement préférentiel aux créances de loyers, sauf dans des cas très exceptionnels. Le contrat de location financière étant un contrat en cours, les loyers échus postérieurement au jugement d'ouverture bénéficient en principe du traitement préférentiel.

C. Le critère d'utilité

392.- En droit français, l'article L. 622-17 du Code de commerce disposait, après la réforme de la Loi de Sauvegarde en 2005, que « *les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, pour son activité professionnelle, pendant cette période sont payées à leur échéance* ». La créance de loyers devait donc, pour pouvoir bénéficier du traitement préférentiel, non seulement être postérieure au jugement d'ouverture mais en outre, être utile au déroulement de la procédure et être liée à l'activité professionnelle. L'expression « *pour son activité professionnelle* » permettait d'évincer un certain nombre de créances de son champ d'application. La question de la soumission au traitement préférentiel des loyers d'un contrat de location financière portant sur le véhicule personnel du commerçant pouvait se poser. Toutefois, cette précision a été supprimée par l'ordonnance du 18 décembre 2008⁵⁶⁷ et nous n'y reviendrons pas.

393.- Désormais, la créance de loyer doit, pour bénéficier du traitement préférentiel, être née « *pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette*

⁵⁶⁷ Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008.

période »⁵⁶⁸. Dans le cadre de la liquidation, elle doit être née « *pour les besoins du déroulement de la procédure ou le maintien provisoire de l'activité autorisé en application de l'article L. 641-10 ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant ce maintien de l'activité* »⁵⁶⁹.

Les solutions retenues antérieurement à propos des créances nées de l'exécution des contrats en cours semblent devoir être transposées. Ces créances de loyers constituent, en effet, la « contrepartie » d'une prestation fournie au débiteur. Il n'est dès lors pas nécessaire de vérifier que ces créances sont utiles au bon déroulement de la procédure ou de la période d'observation⁵⁷⁰.

394.- Ce critère permet néanmoins d'exclure du traitement préférentiel les créances de loyers qui naissent entre le moment de la renonciation spontanée à la continuation du contrat et celui de sa résiliation. Dans l'hypothèse d'une renonciation spontanée à l'exécution du contrat, le contrat n'est pas résilié de plein droit. Néanmoins, dans la mesure où le titulaire de l'option renonce à la continuation du contrat, les créances de loyers postérieures à la décision ne peuvent être considérées utiles à la procédure et doivent, par conséquent, être soumises au traitement collectif. Cette exclusion du traitement privilégié est davantage justifiée lorsque la renonciation est faite à regret faute de liquidités. Ces créances ne viendraient qu'augmenter le volume des créances privilégiées⁵⁷¹. La Cour de cassation avait déjà exclu ces loyers du bénéfice du traitement préférentiel sous le régime de la loi antérieure⁵⁷². Cette solution devrait perdurer sous le régime de la Loi de Sauvegarde⁵⁷³.

395.- Le critère d'utilité a conduit à s'interroger sur la soumission au traitement préférentiel des créances qui peuvent naître dans le cadre du contrat de location financière.

⁵⁶⁸ Article L. 622-17 I du Code de commerce, pour la procédure de sauvegarde et sur renvoi de l'article L.631-14 du Code de commerce, pour le redressement.

⁵⁶⁹ Article L 641-13 du Code de commerce.

⁵⁷⁰ En ce sens, L.-C. HENRY, « La notion de privilège de procédure dans la loi de sauvegarde », *Rev. Proc. Coll.* 2008, p. 20 s., spéc. n°19.

⁵⁷¹ F. PEROCHON, « Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005 », *op. cit.*, spéc. n° 21.

⁵⁷² Cass. com. 18/09/2007, n° 06-13824 : *Bull. civ.* IV, n° 200 ; *D.* 2007, p. 2393, obs. A. LIENHARD ; *Gaz. Pal.* 2008, n° 24, p. 42, obs. F. REILLE.

⁵⁷³ *Contra*, L.-C. HENRY, « La notion de privilège de procédure dans la loi de sauvegarde », *Rev. Proc-Coll.* 2008, p. 20 s., spéc. n°19.

La créance d'indemnité de résiliation du contrat en cas de renonciation du titulaire de l'option à la poursuite du contrat ou du contrat régulièrement poursuivi aurait-elle pu bénéficier du traitement préférentiel en l'absence de disposition expresse ? Si la créance d'indemnité de résiliation du contrat ne constitue pas la contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, elle pourrait être considérée nécessaire au bon déroulement de la procédure, ce que semble d'ailleurs confirmer sa soumission légale au traitement collectif⁵⁷⁴, et par la même occasion, son exclusion du traitement préférentiel⁵⁷⁵. Cette exclusion du traitement préférentiel au détriment du bailleur financier a pour objectif d'alléger le passif privilégié des créances que les critères issus de la réforme de 2005 ne permettaient pas d'exclure.

396.- La soumission au traitement préférentiel de l'indemnité d'utilisation due pour la période comprise entre la résiliation du contrat et la restitution des biens loués doit, elle aussi, être envisagée au regard de ce critère. Antérieurement à la réforme de la Loi de Sauvegarde, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait considéré, dans le cadre d'un bail immobilier que *« le fait générateur de l'indemnité étant l'occupation sans droit ni titre des locaux par la société postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective et la créance du bailleur, née postérieurement à ce jugement, n'est pas soumise à déclaration et bénéficie de la priorité de paiement instaurée par l'article 40 [devenu article L. 622-17 du Code de commerce] »*⁵⁷⁶. La solution peut être reprise pour l'indemnité d'utilisation d'un bien loué dans le cadre d'un contrat de location financière.

Certains auteurs ont considéré qu'une telle solution pourrait être remise en cause avec l'entrée en vigueur de la Loi de Sauvegarde⁵⁷⁷. En effet, avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 18 décembre 2008, la créance devait être née en contrepartie d'une

⁵⁷⁴ Article L. 622-13 V du Code de commerce, en cas de renonciation à la poursuite du contrat et article L. 622-17 III in fine du Code de commerce.

⁵⁷⁵ En ce sens, F. PEROCHON, « Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005 », *op. cit.*

⁵⁷⁶ Cass. com. 25/01/1994, n° 91-20603: *Bull. Civ. IV*, n° 33; Cass. com. 12/10/1999, n° 96-14468; CA Paris 24/11/2000, *Rev. proc. coll.* 2002, p.101 ; Pour un contrat de crédit-bail immobilier mais la solution peut être transposée pour un contrat de location financière mobilier, Cass. com. 9/05/1995, n° 92-19251 : « (...) la demande de la société [bailleur] ne tendait pas au paiement de la créance née de la rupture du contrat de crédit-bail, mais d'une indemnité d'occupation pour la période comprise entre la résiliation du contrat et la libération des lieux, et qui naît postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective, la créance d'indemnité d'occupation n'était pas soumise à déclaration mais entrainait les prévisions de l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985. » - plus récemment dans le cadre d'un contrat de bail, Cass. com. 4/10/2005, n° 03-19367.

⁵⁷⁷ Voir en ce sens, F. REILLE, « Les retouches apportées au sort des créanciers élus », *op. cit.*

prestation utile à l'activité professionnelle pour bénéficier du traitement préférentiel. Dans l'hypothèse visée, la prestation n'était plus fournie en vertu du contrat et la créance qu'elle faisait naître n'était pas contractuelle. Toutefois, aucun texte n'exigeait que la créance soit contractuelle et le critère d'utilité devait être appliqué à la créance d'indemnité. Certains auteurs considéraient alors que la finalité du dispositif établi par la Loi de Sauvegarde dans sa rédaction initiale conduisait à exclure cette créance du régime de faveur dans la mesure où cette prestation n'était pas fournie pour les besoins de l'activité professionnelle du débiteur⁵⁷⁸.

La référence à l'activité professionnelle ayant été supprimée, la question de l'éligibilité de l'indemnité d'utilisation se pose à nouveau. Désormais, aucun critère ne semble empêcher la soumission de cette indemnité au traitement privilégié⁵⁷⁹.

397.- Cette solution ne contribue pas à l'allègement du passif privilégié. Toutefois, elle semble conforme à l'intérêt du bailleur financier. Une décision de la Cour de cassation en ce sens serait donc souhaitable. Dans un arrêt du 26 janvier 2010⁵⁸⁰, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a éludé la question de l'éligibilité d'une créance d'occupation des locaux après résiliation du bail au bénéfice du traitement préférentiel, en cassant l'arrêt de cour d'appel pour manque de base légale. La Chambre commerciale a, dans cet arrêt, souligné la nécessité de vérifier le critère d'utilité, encore appelé téléologique, d'élection des créances postérieures. Les juges du fond avaient considéré que la créance était postérieure dans la mesure où le fait générateur était intervenu postérieurement à l'ouverture de la procédure et était ainsi éligible au traitement préférentiel, sans vérifier que la créance remplissait également le critère d'utilité.

⁵⁷⁸ Voir notamment, F. REILLE, « Les retouches apportées au sort des créanciers élus », *op. cit.* ; F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement, op. cit.*, n° 312 s. ; dans le même sens, S. BECQUE-ICKOWICZ, in « La loi de sauvegarde, article par article » (1^{ère} partie), ss. dir. F.-X. LUCAS et H. LECUYER, *LPA* 8 févr. 2006, n° 28, n° spéc., p. 39 et s. ; A. MARTIN-SERF, *RTD Com.* 2006, p. 478 (à propos de Cass.com. 30/03/2005, n° 01-11620); *contra* L.-C. HENRY, obs. à propos de l'arrêt Cass. com. 4/10/2005, n° 03-19367: *Gaz. proc. coll.* 2006/1, p. 23 ; obs. même auteur, à propos de l'arrêt Cass. com. 26/01/2010, n° 07-21542 : *Gaz. Pal.* 2010, p. 18.

⁵⁷⁹ F. REILLE, « Les retouches apportées au sort des créanciers élus », *op. cit.* ; dans le même sens, obs. L.-C. HENRY, à propos de l'arrêt Cass. com. 26/01/2010, n° 07-21542 : *Gaz. Pal.* 2010, p. 18.

⁵⁸⁰ Cass.com. 26/01/2010, n° 07-21542: *LPA* 2010, n° 138, p. 19, obs. J.-P. SORTAIS ; *Gaz. Pal.* 2010, p. 18, obs. L.-C. HENRY.

398.- Cet arrêt pourrait suggérer qu'une distinction soit faite. Si dans le cadre d'un contrat de crédit-bail, le bien était utilisé pour les besoins de la procédure après résiliation du contrat, la créance d'indemnité d'utilisation devrait, selon nous, bénéficier du traitement préférentiel. L'exemple pourrait être celui d'une machine de production utilisée pendant la période de maintien d'activité dans le cadre de la liquidation judiciaire bien que le liquidateur ait renoncé à poursuivre l'exécution du contrat dont elle était l'objet, faute de liquidités suffisantes. Tout d'abord, la prestation fournie serait, dans cette hypothèse, utile au déroulement de la procédure, en l'occurrence le maintien de l'activité. Ensuite, soumettre la créance d'indemnité au traitement collectif conduirait à un enrichissement du débiteur failli et un appauvrissement corrélatif du bailleur financier qui aurait laissé la jouissance du bien sans obtenir le paiement intégral de l'indemnité correspondante, en particulier dans le cadre de la liquidation. En l'absence d'utilisation du bien entre la résiliation du contrat de location financière et la restitution, en revanche, le bailleur financier ne pourrait prétendre qu'à une indemnité pour restitution tardive, exclue du régime de faveur. Ce serait le cas d'un bien loué, non restitué par négligence du mandataire de la procédure.

399.- Une telle solution, qui rejoindrait la position allemande, nous paraît constituer une conciliation entre les intérêts du bailleur financier et l'intérêt collectif. Si le débiteur failli s'enrichit au détriment du bailleur financier, les autres créanciers profiteront indirectement de cet enrichissement. Par conséquent, il n'y a pas lieu de sacrifier les intérêts du bailleur financier au profit des autres créanciers et d'exclure la créance d'indemnité d'utilisation du traitement privilégié. En revanche, en l'absence d'utilisation, le passif privilégié ne doit pas être augmenté par une créance d'indemnité due en raison de la négligence du mandataire de la procédure ou de celle du bailleur financier qui n'aura pas exigé la restitution du bien⁵⁸¹.

400.- L'application des critères déterminant l'application du traitement préférentiel aux créances issues du contrat de location financière en droit français se révèle particulièrement délicate. L'ajout du critère d'utilité vient rendre la situation encore plus complexe. Il convient, par conséquent, de comparer ce système avec celui du droit allemand, qui prévoit un critère unique de détermination.

⁵⁸¹ Sur la responsabilité du mandataire et la restitution tardive, v. *Infra*, p. 282 s.

II. Le critère unique du droit allemand

401.- Contrairement à l'article L. 622-17 du Code de commerce, la formulation du § 55 InsO n'est pas générale. Le § 55 I 2 InsO vise expressément les dettes « *qui naissent des contrats synallagmatiques dans la mesure où leur exécution est demandée sur la masse de l'insolvabilité ou doit survenir dans la période qui suit l'ouverture de la procédure d'insolvabilité* ». Seule la première alternative est applicable au contrat de location financière portant sur un bien mobilier. En effet, la seconde s'applique uniquement aux contrats soumis aux dispositions du § 108 InsO, c'est-à-dire poursuivis de plein droit à l'ouverture de la procédure d'insolvabilité. Il s'agit en particulier des contrats de bail immobiliers auxquels sont assimilés les contrats de *leasing* immobiliers. Conformément aux dispositions du § 55 I 2 InsO, les loyers issus d'un contrat de *leasing* immobilier bénéficient du traitement préférentiel à compter du jugement d'ouverture. La situation est, en revanche, différente pour les contrats de *leasing* mobilier qui sont soumis au choix sur la continuation des contrats régis par les dispositions du § 103 InsO et qui font l'objet de cette étude⁵⁸². Le régime juridique des créances qui en sont issues est déterminé par des critères différents en fonction de leur fait générateur.

402.- Nous envisagerons tout d'abord le critère qui détermine le régime juridique des loyers issus du contrat de location financière (A) puis celui applicable aux autres créances issues de ce contrat (B).

A. Le critère déterminant le statut des loyers

403.- Contrairement au droit français, le droit allemand détermine les loyers qui bénéficient du traitement préférentiel grâce à un seul critère. Ce critère n'est pas chronologique. Les créances de loyers ne bénéficient pas automatiquement du traitement préférentiel du fait de leur naissance postérieure au jugement d'ouverture. C'est le choix de l'administrateur ou du débiteur de poursuivre le contrat qui détermine l'attribution du traitement préférentiel. Seul le titulaire de l'option peut engager le patrimoine du débiteur

⁵⁸² Sur la soumission du contrat de *leasing* mobilier aux dispositions du § 103 InsO, v. Supra, p. 38 s.

failli, puisque c'est lui qui dispose du pouvoir de disposition sur le patrimoine⁵⁸³. Le *Bundesgerichtshof* élabore une fiction juridique selon laquelle les loyers bénéficient dans cette hypothèse du traitement préférentiel, non pas à compter de la décision en faveur de la poursuite du contrat mais à compter du jugement d'ouverture. Cela confère à la décision de continuer le contrat des effets rétroactifs. Le jugement d'ouverture empêche le bailleur financier de demander le paiement des loyers échus pendant la phase de réflexion⁵⁸⁴. Le droit à paiement est inopposable à compter du jugement d'ouverture. Ce n'est que dans la mesure où l'administrateur de l'insolvabilité exige l'exécution du contrat que les créances de loyers prennent rétroactivement la qualité de dettes de la masse⁵⁸⁵.

404.- Après la décision de continuer le contrat, la détermination des loyers antérieurs et loyers postérieurs se fait de la même manière qu'en droit français. Toutefois, elle est définie par les dispositions du § 105 InsO qui s'appliquent aux contrats à exécution successive et ne fait, par conséquent, pas l'objet d'un important contentieux, comme c'est le cas en droit français. Ce paragraphe indique que *« si les prestations à accomplir sont divisibles et que l'autre partie a déjà, au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, partiellement exécuté celle à laquelle elle était obligée, elle est dès lors dans la mesure du montant de la créance correspondant à sa prestation partielle, créancière de l'insolvabilité pour la contreprestation même si l'administrateur de l'insolvabilité demande l'exécution de la prestation qui reste à recouvrer »*. Cette disposition conduit donc à déclarer les créances dues pour les prestations apportées au débiteur avant l'ouverture de la procédure, sans pouvoir invoquer les inexécutions de ce dernier pour refuser l'exécution du contrat à l'administrateur de l'insolvabilité.

405.- En revanche, la question de la définition des contrats à exécution successive a été posée. Doit-on considérer le contrat de location financière comme un contrat à exécution successive ? Les loyers naissent-ils au fur et à mesure de l'exécution du contrat ou naissent-ils au moment de la conclusion du contrat, conception traditionnelle française ?

⁵⁸³ Dans une procédure avec désignation d'un administrateur de l'insolvabilité, le transfert des pouvoirs sur le patrimoine est envisagé par le § 80 al. 1 InsO qui dispose *« Par l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, le droit du débiteur d'administrer le patrimoine qui appartient à la masse de l'insolvabilité et celui d'en disposer librement est transmis à l'administrateur de l'insolvabilité »*.

⁵⁸⁴ BGH, 1.03.2007: NZI 2007, 335 et s., spéc. 335.

⁵⁸⁵ Münch.Komm.-InsO/Kreft, § 103, Rn. 13; SCHWEMER, «Leasing in der Insolvenz», ZMR 2000, 348; Kölner Schrift zur InsO/Sinz, «Leasing und Factoring im Insolvenzverfahren», p. 403 s., Rn. 25.

Un auteur allemand considérerait que l'obligation principale du bailleur financier n'était pas de conférer la jouissance paisible du bien loué au locataire mais d'acquérir et de financer le bien loué à la place du locataire⁵⁸⁶. La doctrine allemande majoritaire considère, néanmoins, que les créances de loyers naissant pendant la période postérieure à l'ouverture de la procédure de l'insolvabilité bénéficient du traitement préférentiel⁵⁸⁷ alors que les créances échues antérieurement sont soumises aux dispositions du § 105 InsO et sont donc des créances de l'insolvabilité qui doivent être déclarées⁵⁸⁸.

406.- Lorsque le titulaire de l'option exige l'exécution du contrat, la solution est donc identique à la solution retenue en droit français en ce qui concerne les loyers. La solution allemande conduit, en revanche, à exclure du traitement préférentiel les créances de loyers échues entre l'ouverture de la procédure d'insolvabilité et l'exercice de l'option lorsque le titulaire de l'option renonce à l'exécution du contrat. Cette solution, défavorable au bailleur financier, est favorable à la procédure. Pourquoi alourdir le passif soumis au traitement préférentiel alors que le titulaire de la procédure a, dans certains cas, dû renoncer à poursuivre le contrat de location financière parce qu'il ne disposait pas des fonds nécessaires pour payer les loyers ultérieurs ou tout simplement parce que le bien n'était pas utile au maintien de l'activité? En droit français, la solution choisie permet de mettre en confiance le bailleur financier afin d'assurer, le cas échéant, une bonne exécution du contrat à partir du jugement d'ouverture⁵⁸⁹. En effet, le bailleur financier n'est pas certain d'obtenir le paiement intégral des créances antérieures dans le cadre des répartitions. Afin de compenser ce sacrifice, les créances postérieures de loyers,

⁵⁸⁶ ECKERT, « Leasingraten – Masseschulden oder Konkursforderung ? », ZIP 1997, 2077 : L'auteur considère, en s'appuyant sur une décision du *Bundesgerichtshof* (BGH, 14.12.1989: NJW 1990, 1113. Le BGH précisait que la concession d'usage se limite «nach heutiger Rechtsauffassung jedenfalls im Leasingrecht regelmässig darauf...den Leasingnehmer nicht in der Nutzung zu stören und ihn allenfalls gegenüber Störungen durch Dritte zu unterstützen») que le bailleur financier a, dès lors, qu'il s'est procuré le bien objet du contrat, qu'il l'a financé et qu'il l'a remis au locataire, accompli son obligation principale. De ce fait, une fois la procédure d'insolvabilité ouverte, la masse ne reçoit aucune contrepartie équivalente aux loyers versés. Par conséquent, les loyers dus pour la période postérieure à l'ouverture la procédure sont des créances de l'insolvabilité et doivent, ainsi, être déclarés.

⁵⁸⁷ Il ne peut alors s'agir que de créances dues pour l'exécution du contrat postérieure au jugement d'ouverture puisque toutes les créances antérieures au jugement non exigibles le deviennent du fait de l'ouverture de la procédure.

⁵⁸⁸ KÜBLER/PRÜTTING/Tintelnot, §103, Rn. 75; KÜBLER/PRÜTTING/Pape, § 55, Rn. 51; ZAHN, «Die Leistung des Leasinggebers nach Übergabe - wertlos?», DB 1998, 1701 s.; HUBER, «Gegenseitige Verträge und Teilbarkeit von Leistungen in der Insolvenz», NZI 2002, 467 et s.

⁵⁸⁹ V. sur ce point, P. ROUSSEL GALLE, *Les contrats en cours dans le redressement et la liquidation judiciaires, th. préc.*, p. 236 s.

contreparties de la prestation apportée au locataire, doivent être payées à échéance. Cette solution contribue aussi à alourdir le passif privilégié.

407.- Le droit allemand accorde néanmoins la qualité de dettes de la masse à d'autres créances issues du contrat de location financière. La comparaison de la situation du bailleur financier dans les procédures de droit français et de droit allemand impose de déterminer quelles sont les créances autres que les loyers qui bénéficient du traitement préférentiel.

B. Le statut des autres créances issues du contrat

408.- La résiliation du contrat fait naître une créance d'indemnité de résiliation anticipée. Il est également possible que l'administrateur de l'insolvabilité maintienne le bien en sa possession, sans droit ni titre, après la résiliation du contrat. Le régime juridique de ces créances doit être précisé.

409.- A l'instar du droit français, l'indemnité pour résiliation anticipée du contrat qui naît du refus du titulaire de l'option de continuer le contrat, ne bénéficie pas du traitement préférentiel. Le § 103 InsO dispose, en effet, « *si l'administrateur refuse d'exécuter le contrat, l'autre partie ne peut faire valoir une créance fondée sur l'inexécution qu'en qualité de créancier de l'insolvabilité* ». Cette solution n'est pas surprenante dans la mesure où seul le titulaire de l'option peut engager le patrimoine du débiteur failli et créer des dettes de la masse. En renonçant au contrat, il refuse d'engager celle-ci.

410.- En revanche, la créance d'indemnité née en raison de la résiliation du contrat initialement poursuivi bénéficie d'un traitement particulier. Les créances d'indemnité dues au bailleur financier en cas de retard, de mauvaise exécution ou d'inexécution d'un contrat initialement poursuivi par le titulaire de l'option sont des dettes de la masse au sens du § 55 I 1 InsO⁵⁹⁰, au même titre que les créances résultant de contrats conclus par le titulaire

⁵⁹⁰ Münch.Komm.-InsO/Hefermehl, § 55, Rn. 32; Kölner Schrift zur InsO/Sinz, «Leasing und Factoring im Insolvenzverfahren», *op. cit.*, Rn. 25.

de l'option. La solution retenue en droit allemand est diamétralement opposée à la solution française qui exclut expressément l'indemnité de résiliation d'un contrat initialement poursuivi du traitement privilégié. Le choix de l'administrateur de l'insolvabilité est ici encore déterminant de l'attribution du traitement préférentiel. L'inexécution du contrat est ici le fait de cet administrateur qui a lui-même opté pour la continuation du contrat et les intérêts du créancier ne doivent pas être sacrifiés au profit de la masse au moment de l'inexécution de ce contrat.

411.- Le sacrifice imposé au bailleur financier, en droit allemand, pendant la phase de réflexion, est ainsi largement compensé. Certes, le bailleur financier devra bien souvent renoncer à déplorer la perte d'une quote-part de sa créance antérieure ainsi que des loyers échus pendant la phase de réflexion puisque l'indemnité de résiliation ne les couvre pas entièrement. Il a toutefois la garantie, si le contrat est poursuivi par l'administrateur de l'insolvabilité, d'obtenir le paiement de l'indemnité de résiliation anticipée si le contrat n'était finalement pas exécuté.

La nature de dette de la masse qui est conférée à l'indemnité, s'insère dans la logique de la solution allemande, laquelle ne permet pas au titulaire de l'option qui a décidé de continuer le contrat d'y renoncer ensuite. Il appartient au titulaire de l'option de refuser l'exécution d'un contrat dont il sait qu'il ne pourra en assurer l'exécution jusqu'à son terme. Sa responsabilité peut être engagée sur le fondement du § 61 InsO⁵⁹¹. Par conséquent, c'est le titulaire de l'option qui porte le risque de l'insuffisance d'actifs s'il décide de continuer le contrat alors qu'il savait ou aurait dû savoir qu'il ne disposait pas des fonds suffisants pour en assurer l'exécution⁵⁹². En droit français, en revanche, ce risque est supporté par le bailleur financier. Les intérêts de ce dernier sont, par conséquent, sacrifiés au profit de la poursuite d'activité et de l'intérêt collectif.

412.- La solution retenue en droit allemand explique qu'en pratique, l'administrateur de l'insolvabilité décide généralement de ne pas continuer le contrat de

⁵⁹¹ § 61 InsO : « Si une dette de la masse, due à un acte de l'administrateur de l'insolvabilité, n'a pas été entièrement acquittée à partir de la masse, l'administrateur est tenu de réparer le dommage ainsi causé aux créanciers de la masse. Ceci ne s'applique pas lorsque l'administrateur ne pouvait pas savoir, lors de la naissance de la dette, que la masse ne suffirait probablement pas à son exécution ».

⁵⁹² BGH, 6.05.2004 : NZI 2004, 435 s.

location financière et convienne avec le bailleur financier d'une utilisation du bien en dehors du contrat initial contre une indemnité plus ou moins égale aux loyers. Le titulaire de l'option ne peut prendre le risque d'engager le patrimoine du débiteur failli pour l'ensemble des loyers alors qu'il n'est pas certain que la situation financière du débiteur lui permettra de payer tous les loyers ultérieurs que ce soit sous forme de loyers ou d'une indemnité pour inexécution.

413.- Dans le cadre d'une telle pratique, qui consiste finalement à ne pas restituer le bien après la résiliation du contrat, la question du régime juridique de l'indemnité pour privation de jouissance se pose nécessairement. Le bailleur financier peut-il prétendre au paiement préférentiel de cette créance ? Le *Bundesgerichtshof* a, dans un arrêt du 1^{er} mars 2007⁵⁹³, précisé la qualité de cette créance, aussi bien dans l'hypothèse d'un contrat de *leasing* efficacement résilié avant l'ouverture de la procédure que dans celle du refus du titulaire de l'option de continuer le contrat. Dans les deux cas, la rétention du bien par l'administrateur malgré l'obligation de restitution conduit à reconnaître au bailleur une créance qu'il pourra faire valoir non en tant que simple créance de la procédure soumise à déclaration mais en tant que dette de la masse⁵⁹⁴.

414.- En l'espèce, le débiteur était locataire de véhicules qu'il avait sous-loués à un tiers. Il avait été ensuite convenu que pendant la procédure d'ouverture de la procédure, 35% du montant des loyers seulement devraient être payés par le débiteur, mais qu'après l'ouverture de la procédure, les loyers seraient payés en fonction des liquidités de la masse et si possible dans leur totalité. Après l'ouverture de la procédure, l'administrateur de la procédure avait écrit aux créanciers que « *les prestations et livraisons apportées en relation avec la poursuite de l'activité seraient payées comme des dettes de la masse* »⁵⁹⁵. L'assemblée de créanciers a, par la suite, décidé la cessation de l'activité du débiteur et l'administrateur a fait savoir au bailleur financier que les loyers seraient entièrement payés jusqu'à la restitution effective des véhicules. L'administrateur avait alors laissé courir les

⁵⁹³ BGH, 1.03.2007 : NZI 2007, 335 et s.- dans le même sens que BGH, 21.12.2006: NZI 2007, 287 : Dans cet arrêt, les juges de la Cour suprême allemande avaient précisé que la créance d'indemnité pour privation de jouissance n'était pas soumise au traitement préférentiel à compter du jugement d'ouverture par le simple fait que l'administrateur ne restituait pas les biens loués malgré la volonté du bailleur.

⁵⁹⁴ PAPE, note à propos de BGH, 1.03.2007 : LMK 2007, 242421.

⁵⁹⁵ « *Die von Ihnen im Zusammenhang mit der Geschäftsführung erbrachten Lieferungen und Leistungen werden als Masseverbindlichkeiten bezahlt.* »

contrats de sous-location et payé les loyers entièrement au bailleur. Ce dernier avait ensuite demandé le paiement d'une indemnité pour privation de jouissance d'un montant égal aux loyers convenus pour la période allant du terme des contrats de sous-location à la restitution des véhicules par l'administrateur dans la mesure où les loyers ne lui étaient plus versés.

415.- Le *Bundesgerichtshof* a rappelé que l'administrateur de la procédure ouverte contre le locataire était obligé de restituer le bien à compter de l'ouverture de la procédure s'il n'exigeait pas la continuation du contrat de *leasing*. Le bailleur financier peut demander le paiement d'une indemnité pour privation de jouissance sur le fondement du § 546a BGB à compter de l'ouverture de la procédure. Selon les juges, cette créance d'indemnité (*Nutzungentschädigung*) est, en principe, une dette de la procédure (au sens du § 38 InsO). Or en l'espèce, l'administrateur ne s'était jamais prononcé quant à la poursuite des contrats. Il voulait simplement garder les véhicules à disposition jusqu'à ce qu'une décision soit prise sur le sort de l'entreprise ce qui est habituellement considéré comme un refus de poursuivre le contrat⁵⁹⁶. Le bailleur financier était donc, en l'absence de restitution, fondé à demander une indemnité pour privation de jouissance au sens du § 546a BGB. Néanmoins, puisque l'administrateur avait conservé et continué à utiliser le bien au profit de la masse, malgré la volonté contraire du bailleur, il avait fait naître des dettes de la masse⁵⁹⁷. En l'espèce, cette situation était caractérisée par le fait de laisser les véhicules au sous-locataire et de percevoir les loyers au profit de la masse. L'indemnité pour privation de jouissance était, par conséquent, due à partir du jugement d'ouverture et jusqu'à la restitution, donc y compris pour la période postérieure au terme des contrats de sous-location. Pour empêcher la naissance de cette indemnité, l'administrateur devait restituer les véhicules puisqu'il ne souhaitait pas poursuivre les contrats. Pour cela, il devait résilier les contrats de sous-location (§ 103 InsO) et restituer les véhicules au bailleur.

⁵⁹⁶ Voir BGH, 1.03.2007 : ZIP 16/2007, 778 et s.

⁵⁹⁷ Le fondement est ici le § 55 al. 1 1° qui dispose : « Sont encore des dettes de la masse de l'insolvabilité, les dettes :

- 1- qui, sans entrer dans les dépens de la procédure d'insolvabilité, prennent leur source dans les actions de l'administrateur de l'insolvabilité, ou d'une autre manière par l'administration, la réalisation et la répartition de la masse de l'insolvabilité. »

416.- Le système de détermination du régime juridique de la créance d'indemnité pour privation de jouissance nous paraît justifié. Il constitue, selon nous, un bon compromis entre les intérêts du bailleur financier et ceux de l'ensemble des créanciers, puisque le bailleur financier ne bénéficie d'une créance soumise au traitement préférentiel que dans la mesure où les biens ont été utilisés au profit du patrimoine du débiteur failli et par conséquent, de l'ensemble des créanciers. Toutefois, l'attribution du traitement préférentiel ne repose étonnamment pas sur le fondement de l'enrichissement sans cause. La décision du *Bundesgerichtshof* tient au motif que l'administrateur a délibérément choisi de ne pas restituer les véhicules au bailleur financier et donc de conserver la jouissance sans titre.

417.- Conclusion de la Section 1 : La complexité des critères déterminant les créances qui bénéficient du traitement préférentiel en droit français contraste avec le critère unique que connaît le droit allemand. Si la fiction légale créée par le *Bundesgerichtshof* peut a priori effrayer, elle offre une situation plus favorable au bailleur financier que celle dont bénéficie son homologue dans la procédure de droit français. Le bailleur financier ne peut, certes, pas réclamer le paiement des loyers échus pendant la phase de réflexion mais lorsque le contrat est continué, il a la garantie d'obtenir le paiement des loyers jusqu'au terme du contrat à condition toutefois que le patrimoine du débiteur failli soit suffisant. Mais ce système ne nuit pas non plus au bailleur financier dont le contrat n'est pas continué. La masse ne s'enrichit pas à ses dépens puisque la qualité de l'indemnité qui lui est due pour la période de réflexion varie en fonction de l'utilisation qui a été faite du bien pendant cette période. Par ce système, le droit allemand n'accorde la qualité de dette de la masse qu'aux créances d'indemnité dues pour une utilisation postérieure au jugement d'ouverture véritablement utile à la masse. Il en va autrement dans la procédure de droit français. Les critères qu'il prévoit sont difficiles à mettre en œuvre. Ils conduisent, en outre, à une attribution large du traitement préférentiel conduisant à alourdir le passif puisque tous les loyers échus pendant la phase de réflexion sur la continuation du contrat sont soumis au traitement privilégié.

SECTION 2 LE PAIEMENT PRÉFÉRENTIEL DES CRÉANCES DU BAILLEUR FINANCIER

418.- En droit français, comme en droit allemand, le traitement préférentiel est, avant tout, justifié par la nécessité de garantir aux créanciers qui apportent leur soutien à l'entreprise en difficulté et sans lequel le bon déroulement de la procédure serait impossible, le paiement des créances nées après la décision de maintenir le contrat⁵⁹⁸. Ce traitement préférentiel suppose, d'une part, le paiement à échéance des créances visées malgré l'interdiction des paiements et la suspension des poursuites, mais également l'institution d'un ordre de paiement des créances soumises à ce traitement si elles ne peuvent être payées à échéance. Ces règles s'appliquent au bailleur financier en tant que cocontractant. Aucun des deux systèmes juridiques ne prévoit de règle spécifique à ce créancier en vertu de la seule qualification du contrat.

419.- Il s'agira de comparer ici les conditions du paiement à échéance des créances de loyers bénéficiant du traitement préférentiel (I) avant d'envisager les conditions d'exécution des créances de loyers en l'absence de paiement à échéance (II).

I. Le paiement à échéance des loyers bénéficiant du traitement préférentiel

420.- La confiance des créanciers qui participent au redressement de l'activité est assurée par un retour aux règles du droit commun. Il ne peut être exigé du bailleur financier qu'il exécute son obligation sans en recevoir la contrepartie (A) et sans qu'il ne lui soit permis d'exercer son droit de poursuite individuelle (B) si les créances de loyers n'étaient finalement pas payées à échéance.

⁵⁹⁸ Jur. Cl. Proc. Coll., Fasc. 2388 : V° *Sauvegarde, Redressement et liquidations judiciaires – Créanciers postérieurs*, n° 1.

A. Le principe du paiement des loyers à échéance

421.- Le principe du paiement à échéance est, en droit français, énoncé par l'article L. 622-17 du Code de commerce pour la sauvegarde, sur renvoi à cet article par l'article L. 631-14 dans le cadre du redressement judiciaire et par l'article L. 641-13 dans le cadre de la liquidation. En revanche, en droit allemand, le paiement à échéance n'est pas expressément prévu par les textes.

422.- Les deux systèmes partagent néanmoins la même logique. L'option en faveur de la continuation du contrat entraîne un retour aux règles de droit commun. Le contrat de location financière est exécuté conformément aux stipulations contractuelles. Par conséquent, les loyers sont payés à échéance. En droit allemand, cette exécution du contrat selon les stipulations contractuelles est le résultat des dispositions du § 103 InsO, selon lesquelles l'administrateur de l'insolvabilité « *peut exécuter le contrat à la place du débiteur* ». La Cour de cassation française a, dans son rapport annuel de 2002, précisé à propos d'un arrêt du 5 février 2002⁵⁹⁹ que « *ce sont les règles de droit commun qui doivent s'appliquer aux créanciers apparus après le jugement d'ouverture ; ces créanciers doivent être payés à l'échéance, comme s'il n'y avait pas de procédure collective en cours* ».

423.- Cela signifie notamment qu'aucune condition spécifique ne vient conditionner le paiement à échéance au bailleur financier. Cette précision est particulièrement importante en droit français où les créanciers sont soumis à un nombre important d'obligations. Ainsi, le bailleur financier n'est soumis à aucune obligation de déclaration, ni en droit allemand, ni en droit français qui réserve cette obligation aux créanciers postérieurs non privilégiés⁶⁰⁰. En outre, le manquement l'obligation d'information à laquelle sont soumis les créanciers privilégiés en droit français⁶⁰¹ conduit uniquement à la perte du privilège mais il ne prive, en aucun cas, le bailleur financier du droit au paiement à échéance.

⁵⁹⁹ Cass. com. 5/02/2002, n° 98-18018: *Bull. civ.* IV, n° 27.

⁶⁰⁰ Et bien sûr dans les deux systèmes, aux créanciers antérieurs.

⁶⁰¹ Voir *Infra*, n° 432 s.

B. La possibilité d'exercer des poursuites individuelles

424.- En cas d'impayé, le bailleur financier peut, en droit français, agir en justice pour obtenir le paiement des créances postérieures soumises au traitement préférentiel⁶⁰². Le droit au paiement combiné au droit d'agir en justice implique le droit à l'exécution forcée de l'obligation de paiement constatée par un titre. Ce droit à l'exécution forcée est, au même titre que le paiement et l'obtention d'un titre, indépendant de l'ordre dans lequel s'exercent les privilèges et indépendant du classement figurant aux articles L. 622-17 II et L. 641-13 II du Code de commerce⁶⁰³. Le bailleur financier peut donc, dès lors que sa créance de loyers bénéficiant du traitement préférentiel est liquide, exigible et constatée par un titre exécutoire, saisir les biens du débiteur quel que soit l'ordre de sa créance en référence à l'article L. 622-17 du Code de commerce⁶⁰⁴. Ce droit ne peut pas, toutefois, être exercé sur les sommes qui sont déposées à la Caisse des dépôts et consignations⁶⁰⁵. Le bailleur financier ne peut être ultérieurement contraint de restituer le paiement au prétexte qu'un créancier de rang préférable ne pourrait être payé⁶⁰⁶. Le paiement est ici véritablement au prix de la course. En outre, le bailleur financier n'est pas privé de son droit de poursuite après la clôture d'une procédure de liquidation pour insuffisance d'actif,

⁶⁰² La demande de paiement doit être dirigée selon les règles de l'administration contrôlée ou de dessaisissement contre différentes personnes. Dans une procédure de redressement ou de sauvegarde, la demande doit être dirigée contre l'administrateur seul si celui-ci a une mission de représentation. Si l'administrateur a une mission d'assistance, la demande doit être dirigée contre l'administrateur et le débiteur et enfin, contre le débiteur seul si l'administrateur a une mission de surveillance ou en l'absence d'un administrateur. Dans une procédure de liquidation, la demande doit être dirigée contre le liquidateur, V. sur cette question, P.-M. LE CORRE et E. LE CORRE-BROLY, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 219.

⁶⁰³ A propos de la loi antérieure mais valable pour la loi de sauvegarde, M. KEITA, « L'exercice des voies d'exécution par les créanciers de l'article L. 621-32 du Code de commerce : évolutions récentes », *LPA* 2004, n° 201, p. 5 – Cass. com. 13/11/2002, n° 00-11200: *Bull. Civ. IV*, n° 164 : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que l'avis à tiers détenteur avait produit, en application de l'article 43 de la loi du 9 juillet 1991, l'effet d'attribution immédiate que lui confère l'article 86 de la même loi et que cette attribution ne pouvait être remise en cause par l'existence des créances garanties par le privilège établi aux articles L. 143-10, L. 143-11, L. 742-6 et L. 751-15 du Code du travail, la Cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

⁶⁰⁴ Cass. com. 13/10/1998, n° 94-19892 : *Bull. civ. IV*, n° 239 : « (...) dans l'exercice de son droit de poursuite individuelle et sans porter atteinte à l'ordre des paiements fixé par l'article 40 de la loi du 25/01/1985 [devenu article L. 622-17 du Code de commerce], le créancier dont la créance est née régulièrement après le jugement d'ouverture peut obtenir un titre exécutoire »; Cass. com. 13/11/2001, n° 98-20207 : *Bull. civ. IV*, n° 179 ; Cass. com. 7/03/2006, n° 04-20106.

⁶⁰⁵ Article L. 622-1 du Code de commerce qui interdit toute opposition et toute saisie sur les sommes déposées à la Caisse des dépôts et consignations.

⁶⁰⁶ Cass.com. 30/10/2000, n° 98-10688: *Bull. civ. IV*, n° 169: *JCP Ent. 2001*, Chron., p. 173, n° 33, obs. M. CABRILLAC: Dans cet arrêt, les juges de la Chambre commerciale ont relevé que « le paiement était intervenu sans atteinte au principe d'égalité des créanciers inapplicable aux créanciers privilégiés ».

l'interdiction de reprise des poursuites ne concernant que les créanciers dont le droit de poursuite avait été affecté au cours de la procédure collective⁶⁰⁷.

425.- En droit allemand, la situation du bailleur financier n'est guère différente. En l'absence de paiement à échéance des créances de loyers, ce dernier peut agir en paiement (*Leistungsklage*) ou en constatation de l'existence de la créance (*Feststellungsklage*) et exercer l'exécution forcée contre la masse⁶⁰⁸, à condition toutefois que l'on ne se trouve pas dans un cas d'insuffisance du patrimoine telle qu'elle est envisagée par les §§ 207 à 211 InsO⁶⁰⁹. Il résulte, en effet, des dispositions du § 210 InsO que le droit à l'exécution forcée du créancier titulaire d'une créance à l'encontre de la masse⁶¹⁰ s'efface au moment où l'administrateur de l'insolvabilité déclare au tribunal compétent pour la procédure, l'insuffisance du patrimoine du débiteur failli⁶¹¹. Le bailleur financier peut ainsi avoir recours à l'exécution forcée des loyers bénéficiant du traitement préférentiel jusqu'à ce que l'insuffisance du patrimoine lui soit notifiée par le tribunal. Le droit allemand ne classe pas les créanciers privilégiés entre eux. Par conséquent, c'est le créancier qui fera valoir en premier sa créance qui en obtiendra le paiement.

426.- Le retour aux règles du droit commun implique la possibilité pour le bailleur financier de réclamer le paiement des intérêts moratoires en cas de retard dans le paiement des loyers bénéficiant du traitement préférentiel. L'arrêt du cours des intérêts consécutif, en droit français, au jugement d'ouverture ne concerne pas les créances postérieures. Le bailleur financier peut dès lors prétendre au paiement des intérêts courus depuis la date d'exigibilité des loyers⁶¹². En droit allemand, le cours des intérêts n'est pas interrompu du

⁶⁰⁷ Article L. 643-11 I du Code de commerce.

⁶⁰⁸ *ULHENBRUCK/Sinz*, §53, Rn. 7 - *NERLICH/RÖMERMAN/Andres*, § 53, Rn. 12.

⁶⁰⁹ Relatifs à l'insuffisance du patrimoine.

⁶¹⁰ Au sens du § 209 alinéa 1 n°3 InsO

⁶¹¹ Au sens au sens du § 208 alinéa 2 InsO ; V. *ULHENBRUCK/Sinz*, §53, Rn. 8 : L'insuffisance du patrimoine est envisagée par les §§ 207 et 208 InsO. Selon les dispositions du § 207 InsO, elle intervient quand le patrimoine du débiteur failli est insuffisant pour couvrir les coûts de la procédure. Dans ce cas, le tribunal interrompt la procédure. Dans le cadre du § 208 InsO, l'insuffisance du patrimoine du débiteur failli est caractérisée quand, alors que les coûts de la procédure sont couverts, le patrimoine du débiteur failli est insuffisant pour exécuter les autres dettes exigibles de la masse ou ne suffira pas pour exécuter ces dettes au moment où elles seront exigibles. Dans cette hypothèse, il appartient à l'administrateur de l'insolvabilité de déclarer au tribunal de l'insolvabilité l'insuffisance du patrimoine. Le tribunal rend cette déclaration publique et la notifie particulièrement aux créanciers de la masse (*Massegläubiger*).

⁶¹² Cass. com. 20/06/2000, n° 97-11422: *Bull. civ. IV*, n° 129.

fait du jugement d'ouverture. Le bailleur financier peut, par conséquent, réclamer le paiement des intérêts moratoires en cas de retard dans le paiement des créances bénéficiant du traitement préférentiel⁶¹³.

427.- Le droit commun retrouve son autorité aussi bien en droit français qu'en droit allemand. Par conséquent, le paiement des créances se fait dans chacun des deux systèmes au « prix de la course », comme en droit commun. Par conséquent, il appartient au bailleur d'agir rapidement en cas de retard dans l'exécution du contrat. Dans le cadre du paiement des créances bénéficiant du traitement privilégié, le principe d'égalité des créanciers qui gouverne en matière de procédures collectives dans les deux systèmes étudiés, est mis entre parenthèses.

II. L'exécution des créances bénéficiant du traitement préférentiel à défaut de paiement à échéance

428.- L'article L. 622-17-II du Code de commerce indique désormais que les créances postérieures éligibles au traitement préférentiel, « *lorsqu'elles ne sont pas payées à l'échéance, [...] sont payées par privilège* ». En droit allemand, en revanche, le § 53 InsO n'accorde aucun privilège aux créanciers dont les créances sont soumises au traitement préférentiel. Par conséquent, nous nous attacherons à déterminer l'étendue du traitement préférentiel (A) afin de préciser les éventuelles obligations auxquelles le bailleur financier sera confronté avant de déterminer le rang qui est accordé aux créances de loyers (B).

⁶¹³ Münch.Komm.-InsO/Hefermehl, § 53, Rn. 47.

A. La nature juridique du traitement préférentiel

429.- Alors qu'en droit allemand, le § 53 InsO ne fait mention d'un quelconque privilège en faveur des créanciers de la masse, les auteurs qui en commentent les dispositions définissent pourtant le traitement préférentiel du § 53 InsO comme un privilège (*Privilegierung*)⁶¹⁴. Ce « privilège » se résume toutefois au droit accordé au bailleur financier d'être payé à échéance, tout d'abord, de pouvoir engager des poursuites à l'encontre du débiteur, mais aussi et surtout de ne pas être en concours avec les créanciers ordinaires. Ce traitement correspond à celui auquel la Cour de cassation française a refusé la qualification de privilège sous le régime antérieur à la Loi de Sauvegarde⁶¹⁵. La Cour avait, en effet, précisé dans son rapport annuel de 2002 que « *sauf exception, ce droit [au paiement prioritaire] n'est pas un privilège mais l'application du droit commun, celui d'être payé à l'échéance et d'exercer individuellement les poursuites* ».

430.- En droit français, la situation des créances bénéficiant du traitement préférentiel a toutefois évolué lors de la réforme de la Loi de Sauvegarde. Alors que sous l'empire de la législation antérieure, l'article L. 621-32 du Code de commerce n'édicte qu'un simple droit de priorité, les nouveaux articles L. 622-17 et L. 641-13 du Code de commerce prévoient un véritable privilège au profit des créanciers postérieurs⁶¹⁶. Le privilège est, en droit français, défini à l'article 2324 du Code civil comme étant « *un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires* ». L'octroi d'un privilège aux créances postérieures est justifié par l'existence de critères plus restrictifs qui en déterminent le bénéfice. Seules les créances postérieures utiles au déroulement de la période d'observation ou de la procédure ou qui viennent en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur peuvent en bénéficier. Ce privilège est un privilège de procédure. Il est accordé aux créanciers pour les inciter à participer à la procédure afin de permettre le maintien de l'activité pour permettre soit son redressement soit sa cession totale ou partielle⁶¹⁷. Néanmoins, le paiement à échéance

⁶¹⁴ NERLICH/RÖMERMANN/Andres, § 53, Rn. 3; *Münch.Komm.-InsO/Hefermehl*, § 53, Rn. 1.

⁶¹⁵ Rapport annuel de la Cour de cassation 2002, à propos de l'arrêt Cass.com. 5/02/2002, n° 98-18018 : *Bull. civ. IV*, n° 27.

⁶¹⁶ L.-C. HENRY, « La notion de privilège dans la loi de sauvegarde », *op. cit.*

⁶¹⁷ L.-C. HENRY, « La notion de privilège dans la loi de sauvegarde », *op. cit.* ; F. GREAU, « Pour un véritable privilège de procédure », *LPA* 2008, n° 118, p.4.

continue, selon nous, à n'être que la conséquence de l'application des règles de droit commun comme c'était le cas sous le système antérieur. On devrait, dès lors, distinguer la règle du paiement à échéance de la règle du paiement privilégié.

431.- Cette distinction entre paiement à échéance et paiement privilégié prend particulièrement son sens en cas de résolution d'un plan de sauvegarde et de redressement et l'ouverture d'une seconde procédure. Le privilège étant accessoire à la créance, il devrait être maintenu⁶¹⁸. Toutefois, le maintien du privilège ne concerne que le paiement privilégié et non le paiement à échéance⁶¹⁹. Le bailleur financier n'aura donc pas la possibilité de poursuivre individuellement le débiteur dans le cadre d'une seconde procédure. En revanche, la question du classement des créances postérieures dans les procédures collectives n'est pas résolue. En l'absence d'un classement déterminé, un auteur a considéré qu'il « *semble préférable de décider, du fait de l'absence de critères particuliers à appliquer, que les créanciers postérieurs de la première et de la seconde procédure doivent entrer en concours et être payés, à l'intérieur de chacun des rangs institués, au marc le franc* »⁶²⁰. Cette opinion n'est toutefois pas partagée par tous. Un autre auteur considère ainsi que les créanciers antéro-postérieurs sont, dans le cadre de la nouvelle procédure, primés par les créanciers privilégiés de cette dernière tout en

⁶¹⁸ Rapport HYEST, n° 335, p. 205. ; L.- C. HENRY, « La notion de privilège dans la loi de sauvegarde », *op. cit.* ; V. toutefois pour une certaine prudence : A. LIENHARD, « Le nouveau privilège de procédure : entre restauration et éclatement », in : *Etudes offertes au Doyen Simler*, Dalloz, 2006, p. 475 s. : L'auteur considère qu'il est probable que le privilège soit limité à la durée de la procédure. Pour cela, il avance tout d'abord que l'article L. 622-17 du Code de commerce se contente d'une part de fixer la portée du paiement « par privilège » de ces créances en cas de sauvegarde et de redressement et que l'article L. 641-13 II paraît viser, non pas l'hypothèse d'une liquidation ouverte après résolution d'un plan de sauvegarde ou de liquidation, mais plutôt celle d'une liquidation procédant d'une conversion de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Ensuite l'article L. 626-27 dispense les créanciers soumis au plan résolu de déclarer les créances et sûretés qu'il institue, ce que ne sont pas les créanciers postérieurs privilégiés de la première procédure. Enfin, il est possible de soutenir, selon cet auteur, que le privilège ne s'entend que de la naissance de la créance, dans les conditions prévues aux articles L. 622-17 et L.641-13 du Code de commerce, postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure dont le législateur entend favoriser le déroulement, qui constitue la qualité conférant à la créance son caractère privilégié, ce qui reviendrait à limiter l'effet du privilège à la durée de cette procédure.

⁶¹⁹ P.-M. LE CORRE, « Nature et régime des créances postérieures », *LPA* 2009, n° 71, p. 4.

⁶²⁰ P.-M. LE CORRE, « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises », *D.* 2005, chron., p. 2297, spéc. 2313, n° 46 ; L.-C. HENRY, « La notion de privilège de procédure dans la loi de sauvegarde », *op. cit.* ; A. LIENHARD, « Le nouveau privilège de procédure : entre restauration et éclatement », in : *Etudes offertes au Doyen Simler*, Dalloz, 2006, p. 475 s.

conservant leur priorité à l'égard des créanciers antérieurs de la sauvegarde ou du redressement judiciaire⁶²¹.

432.- Quoi qu'il en soit, la qualification de privilège fait nécessairement apparaître une obligation d'information. En effet, l'information est conforme au principe traditionnel du droit des sûretés selon lequel « *les causes de préférence doivent être connues de ceux à qui on les oppose* »⁶²². Elle est prévue à l'article L. 622-17 du Code de commerce. Il s'agit d'obliger les créanciers postérieurs privilégiés qui n'auront pas été payés à l'échéance à procéder à une sorte de déclaration de leur créance, comme le font les créanciers antérieurs⁶²³. Le bailleur financier impayé doit ainsi procéder auprès des mandataires de justice, à la déclaration⁶²⁴ des créances de loyers postérieures impayées bien qu'élues au traitement privilégié. L'accomplissement de cette formalité ne porte aucunement atteinte à la faculté du bailleur financier d'en obtenir le paiement à l'échéance⁶²⁵. Le bailleur financier devra, toutefois, comme pour la déclaration des créances antérieures, faire preuve de diligence pour procéder à la déclaration de son privilège dans le délai imparti⁶²⁶.

⁶²¹ F. PEROCHON, « Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005 », *op. cit.*

⁶²² P.-M. LE CORRE, « Nature et régime des créances postérieures », *op. cit.*

⁶²³ Rapport HYEST, n° 335, p. 207 – avec toutefois, certaines distinctions : pas de formalisme requis ; pas de vérification des pouvoirs de déclarer la créance ; pas d'effet interruptif de prescription, v. sur ce point, P.-M. LE CORRE, « Nature et régime des créances postérieures », *op. cit.*

⁶²⁴ Ne s'agissant que d'un acte de nature conservatoire et non d'une demande en justice, les règles décrites précédemment dans le cadre de la déclaration des créances antérieures concernant le pouvoir de l'auteur de la déclaration, ne trouvent pas ici application.

⁶²⁵ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 456-16 – P. LE CANNU et M. JEANTIN, *Droit commercial/Entreprises en difficulté*, 7^{ème} éd., 2006, n° 808.

⁶²⁶ En ce qui concerne les créances de loyers nées pendant la période d'observation, plusieurs hypothèses doivent être envisagées selon l'évolution de la procédure. En cas d'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement, le bailleur financier doit, dans le délai d'un an à compter de la fin de la période d'observation, porter sa créance de loyers impayée à la connaissance du mandataire judiciaire ou de l'administrateur s'il en a été désigné un (articles L. 622-17-IV et L. 631-14-I du Code de commerce). Dans le cadre de la liquidation judiciaire, le bailleur financier devra honorer son obligation dans un délai de six mois à compter de la publication du jugement ouvrant ou prononçant la liquidation judiciaire ou, à défaut, dans le délai d'un an à compter de celle arrêtant le plan de cession (article L. 641-13 IV du Code de commerce). En cas de conversion de la procédure de sauvegarde ou de redressement en liquidation judiciaire, les délais susmentionnés se chevauchent. La plupart des auteurs se prononcent alors en faveur du délai favorable aux créanciers à savoir le délai d'un an, V. sur ce point : Jur.-Cl. Proc. coll., Fasc. 2388, V° *Sauvegarde, Redressement et liquidations judiciaires – Créanciers postérieurs*, n° 91 – Dans le même sens, P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 456-16 ; F. PEROCHON, « Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005 », *op. cit.*, n° 61 ; P. PETEL, « Les créanciers postérieurs dans la loi de sauvegarde », *Rev. proc. coll.* 2006, p. 142, n° 10.

433.- Le manquement à l'obligation de déclarer la créance élue au traitement privilégiée est sanctionné par la perte du privilège. Mais la créance reste une créance postérieure c'est-à-dire exigible à échéance et pour laquelle le créancier conserve son droit de poursuite individuelle. Deux arguments justifient cette interprétation. D'une part, la question du privilège et de sa perte ne semble se poser que dans l'hypothèse dans laquelle le paiement ne peut être effectué à échéance⁶²⁷. D'autre part, le privilège est habituellement considéré comme une sûreté réelle⁶²⁸ ou au moins comme une règle de classement⁶²⁹, justifiant que la perte du privilège se limite à la perte du rang favorable⁶³⁰. La créance doit, par conséquent, être payée au même rang qu'une créance antérieure de même nature⁶³¹.

Si le bailleur financier n'a pu remplir son obligation d'information parce que les créances de loyers sont nées après l'expiration du délai de forclusion⁶³², l'adage *contra non valentem agere non curri praescriptio* doit s'appliquer. On ne saurait opposer la forclusion au bailleur financier qui ne pouvait pas agir⁶³³.

434.- Les obligations imposées au bailleur financier, en droit français, n'ont pas d'équivalent en droit allemand qui ne connaît qu'un droit de priorité et non un privilège comparable à celui du droit français. L'efficacité du privilège accordé au bailleur financier dans la procédure de droit français pour les créances postérieures élues, doit toutefois être relativisée au regard du rang attribué aux créances postérieures en l'absence de paiement à échéance.

B. Le classement des créances privilégiées de loyers

435.- Les droits français et allemand prévoient un système de classement prioritaire pouvant rassurer le bailleur financier dont le contrat est continué. En droit français, un premier classement organise le paiement des créances postérieures par rapport aux

⁶²⁷ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 456-19.

⁶²⁸ Entre autres, v. M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, Litec, 7^{ème} éd., n° 507 et 508.

⁶²⁹ M. DAGOT, « La notion de privilège » in : *Mélanges Mouly*, Litec, 1998, t. 2, p. 335.

⁶³⁰ P. PETEL, « Les créanciers postérieurs », op.cit.

⁶³¹ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., n° 456-19.

⁶³² Le relevé de forclusion n'est pas envisagé pour cette obligation d'information.

⁶³³ F. PEROCHON, « Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005 », op. cit.

créances antérieures. Ce classement est établi par les articles L. 622-17 II et L. 641-13 II du Code de commerce. Les créanciers antérieurs munis de sûretés immobilière ou mobilières spéciales assorties d'un droit de rétention ou constituées en application du Chapitre V du Titre II du Livre V⁶³⁴ priment les créanciers postérieurs qui n'ont pas été payés à échéance, dans le cadre de la liquidation judiciaire. Les créanciers postérieurs priment, en revanche, les créanciers dont les créances sont ou non assorties de privilèges ou de sûretés dans le cadre de la sauvegarde et du redressement. L'avantage conféré par le privilège de procédure est donc aléatoire puisqu'il dépend du type de procédure en cours. Il faut, tout de même, souligner que la plupart des redressements se terminent par une liquidation, ce qui diminue considérablement l'efficacité du privilège accordé au bailleur financier s'il existe des créances préférables⁶³⁵.

436.- En droit allemand, il n'existe pas de classement externe. Toutefois, la situation n'est pas si différente de celle du droit français. Les créanciers, titulaires de sûretés réelles qu'elles soient mobilières ou immobilières, sont titulaires d'un droit à règlement séparé (*Absonderungsrecht*), c'est-à-dire qu'ils ne participent pas aux répartitions. Ils priment alors les créanciers de la masse puisqu'ils bénéficient d'un paiement direct après la vente du bien sur lequel portait la sûreté (§ 49 et suivants InsO). Contrairement au droit français, ceci vaut quelle que soit l'issue de la procédure. Ce « classement », qui n'en est pas vraiment un, équivaut au classement établi en droit français dans le cadre de la liquidation. Ceci n'est toutefois pas étonnant dans la mesure où la procédure d'insolvabilité du droit allemand est, en principe, une procédure de liquidation.

437.- Les créances postérieures doivent également être organisées entre elles. En droit français, le bailleur financier qui consent à un paiement différé de ses créances élues bénéficie d'un meilleur rang dans le classement aussi bien dans le cadre de la liquidation judiciaire que dans le cadre du redressement et de la sauvegarde. Les efforts consentis pour le redressement de l'entreprise sont récompensés par l'octroi d'un rang favorable. Ainsi, dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou de redressement, ces créances se situent au deuxième rang après les créances de salaires dont le montant n'a pas été avancé mais prime

⁶³⁴ Intitulé « du nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement ».

⁶³⁵ F. GREAU, « Pour un véritable privilège de procédure », *LPA 2008*, p.4.

les autres créances. Dans le cadre de la liquidation judiciaire, il est également primé par les créances de salaire dont le montant n'a pas été avancé mais il prime non seulement les créances de salaires dont le montant a été avancé mais aussi les autres créances. Le bailleur financier a, néanmoins, intérêt à exercer son droit de poursuite individuelle comme sous le régime de la loi antérieure⁶³⁶. Le principal avantage de la réforme de 2005 est d'avoir réduit le nombre de créanciers postérieurs privilégiés, qui devraient par conséquent être sûrement payés à échéance⁶³⁷.

438.- Le droit allemand connaît, lui aussi, un classement entre les dettes de la masse. Ce classement est établi par le § 209 InsO et s'applique dans le cadre de l'insuffisance du patrimoine déclarée par l'administrateur de l'insolvabilité. Cette situation est caractérisée, selon le § 208 InsO, lorsque le patrimoine du débiteur failli est suffisant pour couvrir les coûts de la procédure mais ne suffit pas pour couvrir les créances échues et celles non encore exigibles au moment où elles le deviendront. Cette déclaration s'accompagne d'une interdiction de l'exécution forcée des dettes de la masse, selon les dispositions du § 210 InsO. Cette interdiction ne concerne toutefois ni les dépens de la procédure ni les dettes de la masse « *dont l'origine se situe après la déclaration de l'insuffisance d'actif de la masse, sans qu'elles entrent dans les frais de procédure* »⁶³⁸. Cela signifie que le bailleur financier conserve son droit de poursuite individuelle malgré la déclaration d'insuffisance d'actif lorsque l'administrateur de l'insolvabilité a opté en faveur de la continuation du contrat postérieurement à cette déclaration⁶³⁹.

439.- Pour les autres créances, pour lesquelles le bailleur financier ne peut exercer son droit de poursuite individuelle, elles sont payées dans le cadre des répartitions. Une fois l'insuffisance d'actif déclarée, il appartient en effet à l'administrateur de l'insolvabilité de réaliser entièrement les biens composant le patrimoine du débiteur failli pour procéder au paiement des créanciers selon l'ordre décrit au § 209 InsO et à proportion de leur

⁶³⁶ M. KEITA, « L'exercice des voies d'exécution par les créanciers de l'article L. 621-32 du Code de commerce : évolutions récentes », *op.cit.*

⁶³⁷ F. PEROCHON, « Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005 », *op. cit.*, n° 49.

⁶³⁸ § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO : « *Die Masseverbindlichkeiten, die nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit begründet worden sind, ohne zu den Kosten des Verfahrens zu gehören* ».

⁶³⁹ Si l'administrateur de l'insolvabilité n'a pas exercé son option sur la continuation du contrat, il faut rappeler que les droits réciproques sont suspendus. Le bailleur financier doit déclarer la créance d'indemnité pour inexécution ou privation de jouissance à la procédure.

montant lorsqu'elles sont de même rang. Sont ainsi successivement payés : les frais de la procédure d'insolvabilité, les dettes de la masse dont l'origine se trouve après la déclaration de l'insuffisance d'actif de la masse, lorsqu'il ne s'agit pas de frais de la procédure⁶⁴⁰ et enfin, les autres dettes de la masse, parmi lesquels en dernier lieu les secours accordés en vertu des §§ 100, 101 al. 1 ph. 3. Dans ce classement, les créances de loyers nées d'un contrat poursuivi après la déclaration d'insuffisance d'actif bénéficient d'un meilleur rang que celles qui naissent d'un contrat poursuivi antérieurement à cette déclaration. Le droit allemand ne récompense pas, contrairement au droit français, les efforts consentis par le bailleur financier dans le maintien de l'activité.

440.- A la clôture de la procédure, le bailleur financier conserve, aussi bien en droit français qu'en droit allemand, son droit de poursuite individuelle à l'encontre du débiteur⁶⁴¹ même en cas d'insuffisance d'actif. En droit français, cette reprise des poursuites est possible pour toutes les créances postérieures élues qu'elles soient assorties du privilège ou pas parce que le bailleur financier n'aurait pas rempli son obligation d'information.

441.- Conclusion de la Section 2 : Le privilège accordé au bailleur financier, en droit français, semble lui offrir une position plus confortable que celle offerte à son homologue dans la procédure de droit allemand. Pourtant, la possibilité laissée aux créanciers postérieurs d'exercer leurs droits de poursuite individuelle vient réduire les chances de paiement des créanciers privilégiés à échéance⁶⁴². La solution allemande qui, d'une part, limite plus drastiquement que le droit français les créances bénéficiant du traitement préférentiel, et qui, d'autre part, interdit les poursuites individuelles des créanciers postérieurs en cas d'insuffisance d'actifs, garantit mieux, selon nous, le respect du principe d'égalité des créanciers, au travers une distribution équitable des actifs. Le droit allemand n'offre certes pas la possibilité au bailleur financier de se prévaloir d'un

⁶⁴⁰ Sont à considérer comme telles les dettes qui naissent d'un contrat synallagmatique, que l'administrateur a choisi d'exécuter, après qu'il a déclaré l'insuffisance d'actif.

⁶⁴¹ En droit allemand, le débiteur n'est toutefois responsable personnellement du paiement de ces dettes qu'à hauteur des actifs qui lui ont été restitués à la clôture de la procédure. Il ne saurait avoir à sa charge une obligation supérieure à la valeur de son patrimoine concerné par la procédure dans la mesure où l'administrateur ne peut l'engager pour une somme supérieure, *UHLENBRUCK/Sinz*, § 53, Rn. 11.

⁶⁴² F. GREAU, « Pour un véritable privilège de procédure », *op. cit.*

privilège dans une procédure ultérieure contrairement au droit français. Néanmoins, ce privilège est d'un intérêt limité puisque la seconde procédure française est bien souvent une liquidation judiciaire. Dans le cadre d'une telle procédure, les chances du bailleur financier d'obtenir le paiement de ses créances privilégiées de la première procédure sont considérablement amoindries.

Le principal avantage du traitement préférentiel reste donc pour le bailleur financier, le paiement à échéance⁶⁴³, dans les deux systèmes juridiques. Et dans ce cas, moins le volume des créances privilégiées est important, plus les chances du bailleur financier d'obtenir le paiement de ses créances sont importantes. Le droit allemand semble, sous cet aspect, présenter les meilleures garanties pour le bailleur financier.

442.- Conclusion du Chapitre 2 : Comme pour les créances soumises au traitement collectif, la complexité du système français ainsi que le contentieux qu'il génère dans le cadre du contrat de location financière s'oppose à la solution du droit allemand. Le critère unique du droit allemand permet de définir de manière plus concrète quels sont les loyers du contrat de location financière qui bénéficient du traitement privilégié.

Les objectifs poursuivis par le législateur français sont pourtant louables. Les créanciers qui participent d'une quelconque manière au maintien de l'activité de l'entreprise doivent être récompensés au risque toutefois de ne pas pouvoir payer tous ces créanciers à échéance. C'est notamment le cas du bailleur financier dont le contrat est « mis en attente » à l'ouverture de la procédure. Pourtant, cela contribue à alourdir le passif privilégié. L'ajout du critère d'utilité, destiné à réduire le nombre des créances privilégiées, n'a pas suffi. Quant à l'octroi d'un privilège au profit du bailleur financier titulaire de créances postérieures, cela semble également lui offrir une position favorable. Cependant, les « *résultats ne sont pas à la hauteur des espérances* »⁶⁴⁴. La comparaison avec le système allemand le prouve. Sans privilège, les chances du bailleur financier de recevoir le paiement de ses créances à l'encontre de la masse ne sont pas plus restreintes que celles de son homologue dans la procédure de droit français.

⁶⁴³ Pour le droit français, F. PEROCHON, « Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005 », *op. cit.*

⁶⁴⁴ *Ibid.*

443.- Conclusion de la partie 2 : La discipline collective impose que les loyers antérieurs ne puissent pas être payés en dehors des répartitions. Le bailleur financier doit donc manifester sa volonté de participer aux répartitions en déclarant sa créance à la procédure. Deux logiques s'opposent ici. Alors que le droit français adapte la déclaration de créance aux exigences de rapidité de la procédure, faisant de la déclaration de créance une véritable obligation, le droit allemand connaît des règles relativement souples faisant de cette déclaration une simple faculté. Cette solution, favorable au créancier retardataire, en l'occurrence au bailleur financier, peut néanmoins se révéler dangereuse pour l'intérêt collectif en ruinant, par exemple, les chances de succès du plan de résorption de l'insolvabilité auquel il pourra prendre part dans les mêmes proportions que les autres créanciers. En ce qui concerne les conditions de paiement des créances admises, elles sont en revanche identiques dans les procédures de droit français et de droit allemand.

Le régime des créances postérieures est, quant à lui, bien plus favorable au bailleur financier. Ici encore, ce sont moins sur les conditions de paiement de ces créances que les deux systèmes juridiques s'opposent, que sur les critères déterminant l'octroi du régime préférentiel. Le droit français connaît un système complexe composé de critères multiples et dont l'objectif, à savoir réduire le nombre de créances privilégiées, ne semble pas atteint. Les deux systèmes s'accordent pour faire bénéficier aux créances de loyers nées à l'issue de la continuation du contrat d'un traitement privilégié. En revanche, c'est sur la qualité des créances échues pendant la phase de réflexion que les solutions diffèrent. La solution allemande qui consiste à n'accorder le bénéfice du traitement préférentiel qu'aux créances dues en contrepartie d'une prestation qui aura véritablement profité à l'ensemble des créanciers, se révèle plus efficace que le critère d'utilité du droit français pour réduire le volume des créances privilégiées.

PARTIE 3 LE BAILLEUR FINANCIER, PROPRIÉTAIRE

444.- Le droit de propriété constitue sans aucun doute le principal atout du bailleur financier dans le cadre de la procédure collective ouverte contre le locataire, aussi bien en droit français qu'en droit allemand. En effet, si le bailleur financier ne peut être certain d'obtenir le paiement intégral de loyers antérieurs impayés dans le cadre des répartitions, le paiement de l'indemnité de résiliation, souvent équivalente au montant des loyers restant à courir, sera garanti par la valeur de revente du bien dont le bailleur financier aura obtenu la restitution.

Néanmoins, les intérêts de ce propriétaire revendiquant se heurtent une nouvelle fois à l'intérêt collectif. Si cela est vrai dans les deux systèmes juridiques étudiés, chacun d'entre eux aborde la question de la conciliation des intérêts en présence de manière radicalement différente.

445.- Deux aspects doivent être distingués ici. Le bailleur financier doit, d'une part, pouvoir obtenir la restitution de son bien au terme du contrat et d'autre part, protéger ses intérêts dans le cadre de la levée d'une éventuelle option d'achat, si le contrat en prévoit au terme de la période de location.

L'étude comparative sera réalisée au travers de ces deux aspects. Nous envisagerons donc, tout d'abord, les conditions de restitution du bien loué afin de déterminer quel système sauvegarde au mieux les intérêts du bailleur financier (Chapitre 1) avant de préciser les conditions de la levée d'option d'achat (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 LA REPRISE DU BIEN LOUÉ

446.- Dans le cadre du contrat de location financière, le bailleur financier, propriétaire du bien loué, consent au locataire le droit de jouir du bien loué alors qu'il conserve sur celui-ci la plénitude des prérogatives de la propriété. Au terme du contrat, le locataire a l'obligation de lui restituer le bien loué.

Le droit de propriété a, en droit français, valeur constitutionnelle, et est, en droit allemand, protégé par l'article 14 de la Loi fondamentale. Chacun des deux systèmes juridiques étudiés protège le droit de propriété au moyen d'une action en revendication. En droit français, celle-ci est régie par l'article 2276 alinéa 2 du Code civil selon lequel « (...) *celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve* ». La Cour de cassation l'a définie, dans un arrêt du 16 avril 1973, comme « *l'action par laquelle le demandeur, invoquant la qualité de propriétaire, réclame à celui qui le détient la restitution du bien* »⁶⁴⁵. En droit allemand, la protection du droit de propriété est assurée par les dispositions du 985 BGB selon lequel « *le propriétaire peut exiger du possesseur la restitution de la chose* »⁶⁴⁶.

447.- En droit des procédures collectives, les intérêts des créanciers et de la procédure sont opposés à ceux des titulaires de droits réels. Ainsi en droit français, sous le régime de la loi de 1985 non modifiée, la propriété-garantie dont peut se prévaloir le bailleur financier a été considérée comme un instrument de fraude à la loi⁶⁴⁷. L'importance de la garantie conférée à ce créancier était notamment jugée disproportionnée par rapport aux sûretés classiques et entravant le but poursuivi par les procédures collectives, à savoir le redressement de l'entreprise. En droit allemand, en revanche, les propriétaires et titulaires de sûretés réelles ont toujours été tenus indemnes de la procédure collective. Leur

⁶⁴⁵ Cass.com. 16/04/1973, n° 72-13758: *Bull.civ.* III, n° 297.

⁶⁴⁶ § 985 BGB «*Der Eigentümer kann von dem Besitzer die Herausgabe der Sache verlangen.*»

⁶⁴⁷ P. CROCQ, *Propriété et garantie*, LGDJ, 1995, n° 479 et 480.

paiement se fait en dehors de celle-ci⁶⁴⁸. A la différence du droit français, le droit des procédures collectives allemand privilégie, encore actuellement, le paiement des créanciers. Néanmoins, le bailleur financier peut, par la revendication de son bien, ruiner les chances de maintien de l'activité lorsque le bien loué est nécessaire à celle-ci. Or la poursuite de l'activité se révèle nécessaire aussi bien pour permettre le redressement de l'entreprise que pour assurer le paiement des créanciers.

448.- Il n'est, dès lors, guère étonnant de constater par l'analyse des deux systèmes juridiques étudiés que les législateurs des deux pays objets de cette étude ont perçu l'importance de conserver la détention du bien loué pour assurer la pérennité de l'activité, d'autant que la location financière constitue un mode de financement privilégié des entreprises. Un équilibre doit donc être trouvé entre les intérêts du bailleur financier, propriétaire et ceux de la procédure collective. A grande échelle, sacrifier les intérêts du bailleur financier conduirait les établissements de crédit à durcir les conditions d'octroi d'un tel crédit et limiterait par là-même les possibilités de financement des entreprises. A l'inverse, privilégier les intérêts de ce propriétaire particulier peut paraître contraire au principe d'égalité entre les créanciers. Pourtant, si le bien loué reste dans l'entreprise faillie pour assurer la poursuite de l'activité, c'est l'ensemble des créanciers qui en bénéficie. La situation se révèle ainsi complexe par l'existence d'intérêts multiples en collision.

449.- Afin de déterminer si cet équilibre entre les intérêts en présence est atteint, nous comparerons les conditions de la revendication du bien loué (Section 1) avant de préciser les modalités de restitution de ce bien (Section 2) en droit français et allemand.

⁶⁴⁸ Il faut préciser que les titulaires de sûretés réelles ne sont pas intégrés dans la procédure de droit allemand. Contrairement à leurs homologues dans la procédure de droit français, ils n'ont pas à déclarer leurs créances. Leur paiement se fait conformément aux dispositions du § 47 InsO en dehors de la procédure. Pendant la préparation de la réforme du droit des faillites, il a été question d'intégrer ces créanciers dans la procédure. Cette mesure n'a pas été retenue. Voir sur les critiques avancées et en particulier l'atteinte au droit de propriété, STERN, « Insolvenzrechtsreform und verfassungrechtlicher Schutz der Mobiliarsicherungsgläubiger », in : *Für Recht und Staat, Festschrift für Herbert Helmrich zum 60. Geburtstag*, CH.Beck'sche, 1994, p. 737 s.

SECTION 1 LA REVENDICATION DU BIEN LOUÉ

450.- Le Code de commerce français consacre une section aux « *droits du vendeur de meubles, des revendications et des restitutions* ». Les articles L. 624-9 à L. 624-18 de ce Code énoncent les règles qui régissent la revendication dans le cadre des procédures collectives. Conformément à l'article L. 624-10 du Code de commerce, l'action en revendication du bailleur financier, propriétaire de bien meuble, est soumise aux dispositions de l'article L. 624-9 du même code. Comme en droit commun, la revendication est l'action qui consiste à faire reconnaître son droit de propriété en vue de sa restitution.

Le nombre des dispositions consacrées à la revendication dans le Code de commerce contraste avec l'unique paragraphe de l'*Insolvenzordnung* régissant la distraction des biens. Selon le § 47 InsO, « *Celui qui sur le fondement d'un droit réel ou d'un droit personnel peut faire valoir qu'un bien n'appartient pas à la masse de l'insolvabilité, n'est pas un créancier de l'insolvabilité. Son droit à demander la distraction du bien est défini par les lois qui s'appliquent hors de la procédure d'insolvabilité* »⁶⁴⁹.

451.- Contrairement au droit français qui fonde la restitution uniquement sur la reconnaissance du droit de propriété, le droit allemand la fonde soit sur cette reconnaissance soit sur celle d'un droit à restitution en vertu du contrat.

Le droit français dispose d'un système original par rapport au droit allemand puisqu'il dispense les propriétaires de contrats publiés de faire reconnaître leur droit de propriété. Cette publicité, obligatoire pour le contrat de crédit-bail est, en revanche, facultative pour les autres contrats de location financière. Le crédit-bailleur dont le contrat est publié peut faire valoir son droit de propriété à l'encontre de la procédure collective,

⁶⁴⁹ § 47 InsO: «**Aussonderungsrecht.** Wer auf Grund eines dinglichen oder persönlichen Rechts geltend machen kann, daß ein Gegenstand nicht zur Insolvenzmasse gehört, ist kein Insolvenzgläubiger. Sein Anspruch auf Aussonderung des Gegenstands bestimmt sich nach den Gesetzen, die außerhalb des Insolvenzverfahrens gelten.»

celui-ci étant opposable *erga omnes* du fait de l'accomplissement des mesures de publicité. En l'absence de publicité, le bailleur financier est, en revanche, contraint d'exercer l'action en revendication dans le cadre de la procédure collective ouverte contre le locataire afin de faire reconnaître son droit de propriété à la procédure collective.

452.- Le régime dérogatoire du contrat publié ainsi que son intérêt pour le bailleur financier ne prend son sens qu'à la lumière du régime général de revendication en droit des procédures collectives français, lequel se distingue considérablement du système allemand par sa sévérité à l'égard des revendiquants.

En revanche, la nature particulière du contrat de location financière justifie dans chacun des deux systèmes juridiques qu'elle ait des conséquences sur les conditions de la restitution du bien loué. Par conséquent, les conditions d'exercice de l'action en revendication du bien loué devront être présentées (I) avant que l'incidence de la nature particulière du contrat de location financière sur la reprise du bien ne soit envisagée (II).

I. Les conditions d'exercice de l'action en revendication du bien loué

453.- Alors que le droit français adapte les conditions d'exercice de l'action en revendication aux exigences de la procédure collective, le droit allemand fait prévaloir le droit de propriété sur les autres intérêts et fonde uniquement le droit de distraction sur l'existence d'un droit réel ou personnel reconnu selon les règles de droit commun. Soumettre l'action en revendication à des conditions particulières nécessite, en premier lieu, que soient prises des mesures destinées à assurer leur respect. Par conséquent, en droit français, le bailleur financier, dont le contrat n'est pas publié, s'expose à des risques dont son homologue ne soupçonne même pas l'existence dans la procédure de droit allemand.

454.- Afin de mettre en lumière ces différences, nous étudierons successivement les conditions d'exercice de l'action en revendication du bailleur financier dans les procédures collectives en droits français (A) puis en droit allemand (B).

A. L'action en revendication adaptée aux exigences de la procédure collective en droit français

455.- En ce qui concerne notre étude, il faut rappeler que cette action en revendication n'est exercée que lorsque le contrat de location financière n'a pas fait l'objet d'une publicité.

La revendication est, dans le cadre de la procédure collective, l'action qui consiste à faire reconnaître son droit de propriété en vue de sa restitution, définition proche de celle du droit commun⁶⁵⁰. Pourtant, alors que l'action de droit commun est imprescriptible en raison du caractère perpétuel du droit de propriété, le droit des procédures collectives enferme l'exercice de l'action en revendication dans un délai très court.

456.- L'action en revendication se déroule en deux temps. La première phase est gracieuse et ce n'est qu'en l'absence de réponse ou en cas de contestation que la procédure deviendra contentieuse.

La demande en acquiescement à la revendication, adressée à l'administrateur, s'il en a été désigné un, ou à défaut, au débiteur, est soumise à un délai strict⁶⁵¹. Le propriétaire dispose, en effet, d'un délai de trois mois pour faire la demande⁶⁵². Ce délai, prévu par l'article L. 624-9 du Code de commerce constitue la principale dérogation au droit commun⁶⁵³. Son point de départ du délai est fixé, depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, à la publication du jugement d'ouverture au BODACC⁶⁵⁴. Le délai pour procéder à

⁶⁵⁰ La nature juridique de l'action en revendication dans le cadre des procédures collectives fait l'objet de controverses doctrinales. Deux thèses récentes illustrent ces controverses. Il s'agit tout d'abord de la thèse de M. LAROCHE, *Revendication et propriété*, Defrénois, 2007 et de celle de P. DUTILLEUL-FRANCOEUR, *La revendication*, Thèse Dactyl., Paris, 2003.

⁶⁵¹ Il est d'ailleurs permis de s'étonner qu'une action ne constituant pas une demande en justice soit soumise au respect d'un tel délai. Le parallèle peut ainsi être fait avec la déclaration de créance, qui contrairement à l'action en revendication, a la nature d'une demande en justice et pour laquelle le non-respect du délai entraîne la forclusion. La forclusion paraît donc une sanction sévère pour l'action en revendication, voir P.-M. LE CORRE et E. LE CORRE-BROLY, « L'analyse jurisprudentielle de la demande en acquiescement de revendication », *D.* 2002, p. 948.

⁶⁵² Délai prévu à l'article L. 624-9 du Code de commerce.

⁶⁵³ M. LAROCHE, *Revendication et propriété*, *op. cit.*, n° 46 et s.

⁶⁵⁴ La suppression du délai double qui avait été mis en place par la réforme du 10 juin 1994 a été saluée par les auteurs français. Il était jusqu'à l'ordonnance du 18 décembre 2008 nécessaire de distinguer selon que le contrat était ou non en cours au jour du jugement d'ouverture. Ainsi, si le contrat était en cours au jour du jugement d'ouverture, le point de départ de l'action en revendication était la résiliation du contrat ou l'arrivée

cette action est un délai préfix. Il ne peut être, par conséquent, ni interrompu, ni suspendu. Si le bailleur financier n'envoie pas la demande à l'intérieur de ce délai, il est forclus. Pour justifier l'existence même d'un tel délai, les intérêts de la procédure collective sont traditionnellement opposés à ceux du revendiquant⁶⁵⁵. L'objectif est de limiter la restitution de biens qui font partie du gage commun des créanciers⁶⁵⁶.

457.- Ce délai relativement court est régulièrement justifié par la nécessité d'assurer aux organes de la procédure une connaissance rapide de l'actif minimal du débiteur⁶⁵⁷. La revendication intervient, dans le cadre des procédures collectives, en l'absence de tout litige concernant le droit de propriété. Le débiteur n'est pas possesseur du bien loué et n'invoque pas le bénéfice des dispositions de l'article 2276 du Code civil. Par conséquent, si l'on veut connaître rapidement quels sont les biens qu'il faut soustraire du patrimoine du débiteur failli, cette action doit être enfermée dans un délai à peine de déchéance⁶⁵⁸.

Ces arguments valent également dans le cadre de la procédure de droit allemand. Pourtant, ce dernier ne prévoit pas de délai pour agir en revendication. Dans sa thèse de doctorat portant sur la comparaison des actions en revendication dans les procédures

du terme. En revanche, s'il n'était pas en cours, le point de départ de l'action en revendication était la publication du jugement d'ouverture au BODACC. Ce système engendrait certaines difficultés perçues au travers de la jurisprudence lors de la détermination de la date de résiliation des contrats en cours en fonction de l'existence ou non d'une mise en demeure du titulaire de l'option sur la poursuite des contrats en cours en fonction de l'existence ou non d'une mise en demeure du titulaire de l'option sur la poursuite des contrats en cours de se prononcer sur le maintien du contrat, V. E. LE CORRE-BROLY, « Les modifications apportées par l'ordonnance du 18 décembre 2008 en matière de revendications et de restitutions », *Gaz. Pal.* 2009, n° 69, p. 48; Cette solution avait été antérieurement préconisée par F. PEROCHON, « La procédure des revendications et des restitutions dans les procédures collectives », *LPA* 2008, n° 239, p.56 s.

⁶⁵⁵ Ce fut encore le cas dans un arrêt récent de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 15 mars 2011. Les juges ont précisé que « les dispositions de l'article L. 624-9 du code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 18 décembre 2008, se bornent à unifier le point de départ du délai de l'action en revendication du meuble en le faisant courir, dans tous les cas, à compter de la publication au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (Bodacc) du jugement d'ouverture sous peine de rendre inopposable à la procédure collective le droit de propriété du revendiquant ; que les restrictions aux conditions d'exercice du droit de propriété qui peuvent résulter de ce texte répondent à un **motif d'intérêt général** et n'ont ni pour objet, ni pour effet d'entraîner la privation du droit de propriété ou d'en dénaturer la portée ; que la question posée ne présente donc pas de caractère sérieux au regard des exigences qui s'attachent au principe de valeur constitutionnelle invoqué », Cass. com. 15/03/2011, n° 10-40073 : *Gaz. Pal.* 2011, p. 32-33, obs. E. LE CORRE-BROLY ; *Rev. des Soc.* 2011, p. 387, obs. P. ROUSSEL GALLE.

⁶⁵⁶ A. MARTIN-SERF relève que « La procédure de revendication est suffisamment truffée de pièges et d'obstacles en tous genres », v. note à propos de Cass. com. 15/03/2005, n° 00-18550: *RTD Com.* 2005, p. 603.

⁶⁵⁷ F. PEROCHON, « La procédure des revendications et des restitutions dans les procédures collectives », *op. cit.*, p.56 s.

⁶⁵⁸ M. LAROCHE, *Revendication et propriété*, *op. cit.*, n° 46 s.

collectives de droits français et allemand, un juriste allemand a qualifié le délai de droit français d'inutile dans la mesure où il est rare, selon lui, que les propriétaires manquent d'agir dans les délais⁶⁵⁹. Néanmoins, l'abondance du contentieux français en la matière témoigne du contraire. Ce contentieux s'explique notamment par le fait que, contrairement à la déclaration de créances, il ne soit pas prévu de relevé de forclusion en la matière.

458.- Le seul argument susceptible de faire échapper le bailleur financier à la forclusion reste l'adage *contra non valentem agere non currit praescriptio*⁶⁶⁰. Les tribunaux français semblent cependant peu enclins à admettre l'impossibilité absolue d'agir que l'adage suppose. Les juges ont ainsi refusé son application dans un cas où le crédit-preneur avait confié le matériel objet du contrat de crédit-bail à un réparateur, lequel avait ensuite été mis en liquidation judiciaire. Le crédit-preneur, prévenu six mois plus tard de la mise en liquidation, en avisa le jour même le crédit-bailleur qui revendiqua immédiatement la propriété du matériel. La Cour d'appel, après avoir admis que le crédit-bailleur pouvait « très difficilement » avoir connaissance du dépôt de matériel chez le réparateur, avait débouté le crédit-bailleur de son action au motif que l'ignorance dans lequel se trouvait le crédit-bailleur ne constituait pas une impossibilité absolue d'exercer l'action en revendication dans le délai prefix⁶⁶¹.

De même, le bailleur financier ne pourra pas invoquer la distance pour échapper à la forclusion. Ainsi, un bailleur financier allemand dont le cocontractant serait soumis à une procédure de droit français ne se verra pas accorder de prorogation de délai en raison de la distance, alors que celle-ci aura véritablement pu l'empêcher d'avoir connaissance de l'ouverture de la procédure à l'encontre du locataire⁶⁶².

⁶⁵⁹ SPICKERHOFF, *Aus- und Absonderung in der Insolvenz nach deutschem und französischem Recht*, Köln, 2004, p. 63.

⁶⁶⁰ Désormais codifié à l'article 2234 du Code civil, qui dispose « *La prescription ne court pas ou est suspendue contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir par suite d'un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure* ».

⁶⁶¹ CA Agen, 17/06/1996, confirmé par Cass. com. 2/03/1999, n° 96-19253.

⁶⁶² Cass. com. 7/02/2006, n° 04-19342: *Bull. civ. IV*, n° 30: *Gaz. Pal.* 2006, n° 124, p. 51, obs. E. LE CORRE-BROLY: Dans cet arrêt, les juges de la Cour de cassation ont refusé le bénéfice des dispositions de l'article 643 du Nouveau Code de Procédure civile, à un propriétaire étranger présentant une demande en acquiescement de revendication.

459.- La demande en acquiescement de revendication n'est pas une demande en justice⁶⁶³. Par conséquent, les questions relatives aux dispenses de mandat⁶⁶⁴, telles que celles qui sont connues dans le cadre de la déclaration de créance⁶⁶⁵ sont écartées, évitant la naissance d'une nouvelle source de contentieux.

En revanche, le dépassement du délai d'exercice de cette demande amiable entraîne la forclusion. Les auteurs français sont particulièrement critiques sur ce point. Il est, selon eux, curieux d'enfermer dans un délai de forclusion une démarche qui n'est pas une demande en justice dans la mesure où la forclusion désigne véritablement la fermeture d'une action en justice. Ce qui est encore plus curieux, c'est que si la sanction du dépassement du délai pour faire la demande amiable est la forclusion, les propriétaires ne disposent, contrairement à la déclaration de créance, d'aucun recours en relevé de forclusion⁶⁶⁶.

460.- L'importance des délais, en droit français, devient encore plus flagrante à défaut d'acquiescement à la demande du propriétaire. Dans une pareille hypothèse, il appartient à ce dernier de saisir le juge-commissaire dans le délai d'un mois à compter de l'expiration du délai de réponse imparti au mandataire à peine de forclusion. La procédure devient alors une procédure contentieuse. Cette dernière est prévue par les dispositions de l'article L. 624-17 du Code de commerce. L'article R. 624-13 du Code de commerce prévoit qu'à défaut d'acquiescement à la demande de revendication, par l'administrateur ou le débiteur, dans le délai d'un mois à compter de la réception de la demande, le demandeur doit, sous peine de forclusion, saisir le juge-commissaire au plus tard dans le délai d'un mois à compter de l'expiration du délai de réponse. Par conséquent, le bailleur financier dont le contrat n'est pas publié, s'expose à un risque de double forclusion.

⁶⁶³ Cass. com. 6/03/2001, n° 98-15099: *Bull. civ. IV*, n° 50: *D.* 2001, p. 1099 obs. A. LIENHARD; *JCP Ent.* 2001, p. 1472, n° 12, obs. M. CABRILLAC et P. PETEL; *RTD Com.* 2001, p. 524, obs. J.-L. VALLENS.

⁶⁶⁴ E. LE CORRE-BROLY et P.-M. LE CORRE, « L'analyse jurisprudentielle de la demande en acquiescement de revendication », *op. cit.*

⁶⁶⁵ Voir *supra*, n° 285 s.

⁶⁶⁶ Contrairement aux règles qui s'appliquent en matière de déclaration de créance à laquelle l'action en revendication pourrait être rapprochée en raison du délai préfix qui est prévu pour son exercice, v. sur ce point, E. LE CORRE-BROLY et P.-M. LE CORRE, « L'analyse jurisprudentielle de la demande en acquiescement de revendication », *op. cit.*

461.- Les conséquences de la forclusion, que l'article L. 624-7 du Code de commerce ne mentionne pas, seront applicables au bailleur financier qui, en l'absence de publicité du contrat de location financière, n'aura pas agi en revendication dans les délais impartis mais aussi à l'encontre du crédit-bailleur qui n'aurait pas accompli les formalités de publicité obligatoire du contrat de crédit-bail.

Deux conséquences étaient envisageables : la perte du droit de propriété et son inopposabilité. La première se heurtant au principe constitutionnel d'inaliénabilité du droit de propriété⁶⁶⁷, l'inopposabilité de ce droit s'imposait⁶⁶⁸. Cette dernière a été strictement définie par la Cour de cassation dans un arrêt du 4 janvier 2000⁶⁶⁹. Les juges ont précisé que « *si l'absence de revendication rend le droit de propriété inopposable à la procédure collective, elle n'entraîne cependant pas extinction de ce droit de propriété ni le transfert de la propriété au débiteur, la forclusion ne constituant pas un mode d'acquisition de ce droit* ». L'inopposabilité du droit de propriété confère uniquement au débiteur la détention du bien⁶⁷⁰. Le débiteur ne pourra invoquer la prescription acquisitive faute de se comporter comme le maître de la chose (*animus domini*)⁶⁷¹.

Un auteur a relevé que la Cour de cassation avait simplement tiré les conséquences de la qualification du délai de revendication en délai préfix. Dans la mesure où le droit de propriété ne devient opposable à la procédure collective qu'au moyen de l'exercice de l'action en revendication, si celle-ci n'est pas susceptible d'être exercée une fois le délai écoulé, le droit de propriété devient inopposable à la procédure⁶⁷².

⁶⁶⁷ Article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen.

⁶⁶⁸ E. LE CORRE-BROLY, « Revendication et inopposabilité du droit de propriété (article 115 de la loi de 1985) », *D.* 2000, p. 533.

⁶⁶⁹ E. LE CORRE-BROLY, « Revendication et inopposabilité du droit de propriété (article 115 de la loi de 1985) », *op.cit.*

⁶⁷⁰ Voir sur les conséquences pratiques de l'inopposabilité du droit de propriété pour le bailleur financier, *Infra*, p. 289 s.

⁶⁷¹ En ce sens, M. LAROCHE, *Revendication et propriété*, *op. cit.*, n° 79.

⁶⁷² M. LAROCHE, *Revendication et propriété*, *op. cit.*, n° 58.

La question de la compatibilité de l'inopposabilité avec le droit de propriété a néanmoins été soulevée⁶⁷³ sans cependant qu'une telle incompatibilité n'ait été retenue jusqu'à présent. Les juges de la Cour de cassation ont ainsi relevé, sous le régime antérieur à la loi de sauvegarde que « *les dispositions de l'article 115 de la loi du 25 janvier 1985 aux termes desquels la revendication des biens meubles ne [pouvait] être exercée que dans le délai de trois mois à compter du jugement ouvrant la procédure de redressement judiciaire, [n'étaient] pas contraires à celles de l'article premier du Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales en qu'il protège le droit de propriété et [étaient] applicables à la revendication exercée par le bailleur sur le bien mobilier faisant l'objet du contrat de location* »⁶⁷⁴.

462.- En soumettant l'exercice de l'action en revendication à un délai préfix, le droit français fait de l'action en revendication, au même titre que pour la déclaration de créances, une véritable obligation à la charge du propriétaire⁶⁷⁵. En effet, le défaut d'exercice de l'action pendant le délai imparti a pour effet d'empêcher le revendiquant d'exercer ultérieurement la revendication, la sanction attachée au dépassement du délai conduisant à l'en empêcher définitivement. La complexité de ce système ainsi que le caractère dérogoire de l'action en revendication dans le cadre des procédures collectives contraste avec la situation du bailleur financier, propriétaire, dans la procédure de droit allemand.

⁶⁷³ V. notamment, P.-M. LE CORRE, « Les locations financières à l'épreuve de l'article 115 de la loi du 25 janvier 1985 » (à propos de deux arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 15/10/1991), *Rev. Proc. Coll.* 1992, Doctr., p.1: l'auteur relève que celui qui perd une des trois prérogatives du droit de propriété (usus, fructus et abusus) ne peut plus se prétendre propriétaire. Le crédit-bailleur ne pouvant plus reprendre possession du bien, il ne peut pas en user et ne peut davantage en jouir. Enfin, il perd son droit d'en disposer puisque le liquidateur a la possibilité de vendre le bien non revendiqué dans le délai. Cela reviendrait ainsi à dire que le crédit-bailleur perd ainsi son droit de propriété ; E.-M. BEY, « Le droit de propriété dans le crédit-bail », *RJDA* 2/91, p. 87 : l'auteur considère que l'arrêt du 5 décembre 1989 confond l'inopposabilité d'un droit sur un bien appartenant à autrui et gage et qu'en outre, affirmer que la chose baillée est dans « l'actif de l'utilisateur » revient à violer un droit et porter sans texte préjudice aux intérêts du crédit-bailleur.

⁶⁷⁴ Cass. com. 8/03/1994, n° 92-14394: *Bull. civ.* IV, n° 101.

⁶⁷⁵ M. LAROCHE, *Revendication et propriété*, op. cit., n° 41 ; E. LE CORRE-BROLY, « Les modifications apportées par l'ordonnance du 18 décembre 2008 en matière de revendication et de restitution », op. cit.

B. L'application en droit allemand des règles de droit commun

463.- La distraction régie par le § 47 InsO est définie comme la défense d'un droit portant sur un bien n'appartenant pas au patrimoine du débiteur failli contre les actions de l'administrateur de l'insolvabilité⁶⁷⁶. Selon certains auteurs allemands, le § 47 InsO constitue l'équivalent du § 771 ZPO (Code de procédure civile allemand) qui régit la distraction en cas de saisie-exécution⁶⁷⁷.

Le § 47 InsO accorde le droit de soustraire le bien au patrimoine du débiteur failli à tout titulaire d'un droit réel ou personnel portant sur un bien se trouvant entre les mains du débiteur. Contrairement au droit français, le bailleur financier a donc la possibilité de fonder son action sur son droit à restitution au terme du contrat.

464.- Le droit allemand adopte une approche très différente de celle du droit français. Les propriétaires ne doivent pas subir une quelconque atteinte à leur droit de propriété. Il en est de même pour les créanciers titulaires de sûretés réelles. Ces derniers ne peuvent être des créanciers soumis à déclaration comme les autres. Les droits réels dont ces créanciers et ces propriétaires sont titulaires, justifient qu'ils ne soient pas soumis à la discipline collective.

On est donc loin de l'idée de collectivisation des biens du droit français à l'ouverture de la procédure selon lequel le droit de propriété éventuel des tiers est d'abord ignoré⁶⁷⁸. Selon les dispositions du § 35 InsO, en effet, « *la procédure d'insolvabilité porte sur tout le patrimoine qui appartient au débiteur au moment de l'ouverture de la procédure et sur celui qui lui échoit pendant la procédure (masse de l'insolvabilité)* ». Les auteurs distinguent ainsi le « *Sollmasse* » du « *Istmasse* ». La notion de « *Sollmasse* » recouvre l'ensemble des biens du débiteur destinés au paiement collectif des créanciers. En revanche, la « *Istmasse* » désigne les biens qui se trouvent entre les mains du débiteur sans pour autant faire partie de son patrimoine. Par l'exercice de son droit de distraction, le

⁶⁷⁶ Münch.Komm.-InsO/Ganter, § 47, Rn. 5.

⁶⁷⁷ UHLENBRUCK/Brinkman, § 47, Rn. 1; sur les limites du parallèle effectué entre les deux actions, Münch.Komm.-InsO/Ganter, § 47, Rn. 10 : L'auteur relève que contrairement à l'action en distraction dans le cadre de la saisie-exécution, qui est dirigée contre le créancier qui exécute la saisie, l'action du § 47 InsO est exercée contre l'administrateur de l'insolvabilité.

⁶⁷⁸ M. LAROCHE, *Revendication et propriété*, op. cit., n° 115 : L'auteur relève que « *le jugement d'ouverture suppose (...) la mise en place immédiate de l'ensemble des mesures prévues par la loi en vue du redressement de l'entreprise* ».

titulaire du droit réel fait valoir que le bien présent dans la « *Istmasse* » n'appartient pas à la « *Sollmasse* »⁶⁷⁹.

465.- A partir du moment où l'administrateur de l'insolvabilité prend possession du patrimoine du débiteur failli (masse de l'insolvabilité) pour l'administrer, il examine ce qui appartient à celui-ci et ce qui ne lui appartient pas. Dès lors qu'il reconnaît que la masse est débitrice d'une obligation de restitution, il exclut le bien de la masse de l'insolvabilité. Si le débiteur est détenteur précaire d'un bien en vertu d'un titre, l'administrateur conserve la détention du bien. En revanche, en l'absence d'un tel titre, l'administrateur a l'obligation de restituer le bien à son propriétaire⁶⁸⁰.

Contrairement à leurs homologues français, les praticiens allemands ne soulignent donc pas la nécessité de permettre à l'administrateur de l'insolvabilité d'avoir au plus vite une idée de la consistance du patrimoine du débiteur. La tenue d'une comptabilité permet, selon un auteur, de donner à l'administrateur de l'insolvabilité une idée des biens appartenant effectivement au débiteur. Il n'est, en outre, pas dans l'intérêt du revendiquant de laisser un bien dont il est propriétaire et qu'il pourrait éventuellement revendre à un tiers, dans les mains débiteur failli⁶⁸¹.

Ces arguments valent également en droit français. Ainsi dans le cadre du contrat de location financière, l'administrateur ou le liquidateur ont connaissance du contrat d'une part, au moyen de la comptabilité mais également par la mise en demeure qui leur est éventuellement adressée par le bailleur financier de se prononcer sur la poursuite du contrat ou encore par la déclaration de créance qui mentionnera certainement l'existence du contrat pour justifier la naissance des créances de loyers. Néanmoins, l'action en revendication a pour objectif de faire reconnaître le droit de propriété à la procédure collective. La connaissance de ce droit de propriété par l'administrateur, le liquidateur et/ou le débiteur ne permet pas, à elle seule, d'obtenir la restitution du bien. Par

⁶⁷⁹ *Münch. Komm-InsO/Ganter*, § 47, Rn. 3.

⁶⁸⁰ *Münch. Komm-InsO/Ganter*, § 47, Rn. 463 s.

⁶⁸¹ V. SPICKERHOFF, *Aus- und Absonderungsrecht in der Insolvenz nach deutschem und französischem Recht*, op. cit., p. 63.

conséquent, ces éléments ne peuvent être invoqués par le bailleur financier qui n'aura pas agi dans les délais impartis.

466.- Au terme du contrat de location financière ou si l'administrateur refuse la continuation de celui-ci, le titre qui justifiait la détention du bien par le débiteur disparaît. Le bailleur financier, en tant que propriétaire juridique et économique du bien loué titulaire d'un droit à restitution⁶⁸² est, dans le cadre de la procédure d'insolvabilité, titulaire d'un *Aussonderungsrecht*, c'est-à-dire d'un droit de distraction.

467.- Dans le cadre du contrat de location financière, l'administrateur aura en principe connaissance des droits réel et personnel du bailleur financier dès l'ouverture de la procédure. En l'absence de restitution spontanée de la part de l'administrateur de l'insolvabilité parce que ce dernier ignore par exemple l'existence du contrat⁶⁸³, le bailleur financier ne peut reprendre le bien sans avoir préalablement obtenu l'autorisation de l'administrateur de l'insolvabilité.

A l'instar du droit français, la procédure de distraction se fait alors en deux temps. Tout d'abord, le bailleur financier doit faire valoir son droit de propriété ou à restitution auprès de l'administrateur. Aucune condition de forme n'est envisagée⁶⁸⁴. Le contrat de location financière suffit à prouver que le bien n'appartient pas au patrimoine du débiteur failli. En l'absence de contestation sur le contrat, l'administrateur s'oblige à mettre le bien à disposition pour qu'il puisse être repris.

En revanche, si l'administrateur de l'insolvabilité refuse d'admettre l'existence d'un droit à restitution au profit du bailleur financier, la procédure devient contentieuse. Le bailleur financier doit faire reconnaître son droit de propriété sur le fondement du § 985 BGB⁶⁸⁵, qui régit la revendication de droit commun, soit son droit à restitution sur le

⁶⁸² *STAUDINGER/ Stoffels*/§ 433-487/*Leasingrecht*/ Rn. 342.

⁶⁸³ Ce peut être le cas si le contrat était déjà arrivé à son terme avant l'ouverture de la procédure et ne figure plus dès lors dans la comptabilité du débiteur.

⁶⁸⁴ Les formes applicables à la déclaration de créance ne s'appliquent pas en la matière, *KÜBLER/PRÜTTING/Prütting*, § 47, Rn. 77.

⁶⁸⁵ *SOERGEL/Heintzmann*, Vor § 535, Rn. 93.

fondement du § 546 BGB⁶⁸⁶, qui régit la restitution du bien par le locataire au terme du contrat de bail et qui est applicable par analogie aux contrats de *leasing*. Contrairement au droit français, toutefois, la procédure est engagée ici devant les juridictions de droit commun⁶⁸⁷. Le litige n'a donc pas lieu dans le cadre de la procédure collective.

468.- L'obligation de revendication mise à la charge du bailleur financier dans la procédure de droit français qui est destinée à faire reconnaître par les mandataires et les créanciers qu'un droit réel porte sur le bien⁶⁸⁸ est, en droit allemand, rendue inutile par l'obligation imposée à l'administrateur de l'insolvabilité de s'assurer au moment où il prend possession de la masse de l'insolvabilité que les biens présents chez le débiteur font partie de ce patrimoine. Seuls les biens qui appartiennent effectivement au débiteur peuvent constituer le gage commun des créanciers.

469.- Le droit allemand connaît néanmoins une limite à l'exercice de la revendication qui ne trouve aucun équivalent en droit français. La loi de simplification de la procédure collective du 13 avril 2007⁶⁸⁹ a élargi la liste des mesures conservatoires que le tribunal de l'insolvabilité, chargé de se prononcer sur l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, était en mesure de prendre pour garantir l'intégrité du patrimoine du débiteur jusqu'au jugement d'ouverture⁶⁹⁰.

L'*Insolvenzordnung* limite désormais l'exercice du droit à restitution des propriétaires puisqu'il prévoit que le tribunal de l'insolvabilité peut ordonner que les biens mobiliers qui pourraient, si la procédure d'insolvabilité était ouverte, être vendus à l'amiable par l'administrateur de l'insolvabilité conformément aux dispositions du § 166 InsO ou faire l'objet d'un droit de distraction, ne pourront pas être vendus ou restitués et qu'ils seront affectés à la poursuite de l'activité de l'entreprise dans la mesure où ils sont pour celle-ci d'une importance considérable.

⁶⁸⁶ § 546 InsO: «*Rückgabepflicht des Mieters. (1) Der Mieter ist verpflichtet, die Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses zurückzugeben.*»

⁶⁸⁷ PAPE/UHLENBRUCK/VOIGT-SALUS/Kapitel 23, Rn. 10.

⁶⁸⁸ M. LAROCHE, *Revendication et propriété*, op. cit., n° 106.

⁶⁸⁹ Gesetz zur Vereinfachung des Insolvenzverfahrens vom 13.04.2007 (BGBl I, 509).

⁶⁹⁰ § 21 al. 2 n° 5 InsO.

L'objectif est d'éviter que la distraction ou la vente de tels objets viennent rendre plus difficile voire impossible l'ouverture de la procédure et de permettre ainsi de maintenir l'activité de l'entreprise pour pouvoir céder celle-ci⁶⁹¹. La doctrine majoritaire considère que le bailleur financier peut être visé par cette mesure⁶⁹². Il peut donc être contraint par le tribunal à laisser la détention du bien au débiteur. Le tribunal ne prend pas d'office la décision d'empêcher le bailleur financier d'obtenir la restitution du bien. L'administrateur provisoire, administrateur désigné par le tribunal pour la période comprise entre le dépôt de la demande d'ouverture et le jugement d'ouverture, doit indiquer au tribunal quel droit de revendication est concerné⁶⁹³, quels sont les biens qui doivent être utilisés afin de permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise et enfin, quels sont les objets qui présentent une importance considérable pour la poursuite de cette activité. La condition initiale est que l'activité existe encore et qu'elle doive être maintenue. L'ordonnance prononçant la mesure ne peut être générale. Elle doit viser individuellement chaque bien concerné⁶⁹⁴.

Si, en revanche, aucune interdiction de restitution n'est prononcée à l'encontre du bailleur financier, le débiteur peut lui restituer le bien si le contrat est arrivé à terme ou est résilié, sans avoir à obtenir l'approbation de l'administrateur provisoire, même si le pouvoir de disposition du débiteur lui a été transféré⁶⁹⁵.

470.- Les auteurs allemands considèrent que ce type de mesure peut être appliqué aux créanciers disposant de sûretés mobilières. Ils sont, en revanche, critiques quant au prononcé d'une interdiction de restitution à l'encontre d'un propriétaire qui constituerait, selon eux, une sorte d'expropriation⁶⁹⁶. En effet, ils soulignent que le tribunal peut ainsi

⁶⁹¹ GANTER, «Sicherungsmaßnahmen gegenüber Aus- und Absonderungsberechtigten im Insolvenzverfahren – Ein Beitrag zum Verständnis des neuen § 21 II 1 Nr. 5 InsO. », *NZI* 2007, 549.

⁶⁹² *Frankf. Komm.-InsO/Schmerbach*/§ 21, Rn.255; *KÜBLER/PRÜTTING/Pape*, § 21, Rn. 40 e; GRIESBACH, « Der neue § 21 Abs. 2 Nr. 5 InsO: Praktische Auswirkungen für Leasing-Geber », *FLF* 3/2007, 124 s. ; contra, *ULHENBRUCK/Vallender*, § 21, Rn. 38g : Il existerait selon lui des doutes quant à l'application de ces mesures au contrat de *leasing*.

⁶⁹³ Le droit allemand distingue le *Aussonderungsrecht* du *Absonderungsrecht*. Alors que le premier consiste à faire valoir que le bien n'appartient pas à la masse et doit en être écarté, le second ne représente qu'un droit de priorité sur un bien qui fait partie du patrimoine du débiteur failli, v. *Münch.Komm-InsO/Ganter*, §47, Rn. 12.

⁶⁹⁴ BGH, 3.12.2009: *NZI* 2010, 95.

⁶⁹⁵ OLG Naumburg, 27.05.2009: *NZI* 2009, 685 s.

⁶⁹⁶ *KÜBLER/PRÜTTING/ Pape*, § 21, Rn. 9g et 40d ; KIRCHHOF, «Probleme bei der Einbeziehung von Aussonderungsrechten in das Insolvenzeröffnungsverfahren », *ZInsO* 2007, 227 s.; GANTER,

interdire à un bailleur financier (au même titre qu'à un bailleur) d'engager une action en restitution alors que ce dernier serait fondé à le faire en raison de la résiliation du contrat du fait d'un retard de paiement des loyers.

En outre, les règles concernant l'indemnisation pour détérioration de l'objet ainsi que le paiement des intérêts dus pour retard dans la restitution de l'objet ne sont pas applicables pour la durée de la phase d'ouverture. Le § 21 InsO prévoit le paiement d'une compensation pour perte de valeur (*Wertverlustausgleich*) et une obligation de payer les intérêts (*Zinszahlungspflicht*) sans établir ce que cela désigne véritablement⁶⁹⁷. Ces sommes ne seront payables qu'à partir du troisième mois à compter de la décision d'interdiction conformément aux dispositions du § 169 InsO⁶⁹⁸. En pratique, cela conduit à priver le bailleur financier de toute compensation dans le cadre de la phase d'ouverture, la durée de celle-ci dépassant rarement trois mois.

Le législateur aurait ainsi trouvé un moyen d'imposer au bailleur financier et aux autres propriétaires revendiquants qu'ils exécutent une prestation sans obtenir de contrepartie et subventionnent ainsi involontairement la phase d'ouverture, c'est-à-dire la période comprise entre le dépôt de la demande et la décision d'ouvrir la procédure. Ils ajoutent que cette solution peut avoir des conséquences financières pour le bailleur financier puisque celui-ci a acquis le bien en vue du contrat et peut à son tour rencontrer des difficultés financières en raison de l'impossibilité d'obtenir la restitution du bien, difficultés qui pourraient le conduire lui aussi à la faillite⁶⁹⁹.

471.- Les critiques opposées à cette nouvelle mesure permettent d'apprécier les réticences des juristes allemands à tolérer qu'il soit porté atteinte au droit de propriété. La mesure imposée au bailleur financier dans la phase d'ouverture en droit allemand a pourtant des effets relativement limités par rapport à ce que risque son homologue dans la

«Sicherungsmaßnahmen gegenüber Aus- und Absonderungsberechtigten im Insolvenzverfahren – Ein Beitrag zum Verständnis des neuen § 21 II 1 Nr. 5 InsO», *NZI* 2007, 549 s.

⁶⁹⁷ Sur une critique de ces notions dans le cadre du *Leasing*, GRIESBACH, « Der neue § 21 Abs.2 Nr. 5 InsO : Praktische Auswirkungen für Leasing-Geber », *FLF* 3/2007, 124 s.

⁶⁹⁸ BGH, 3.12.2009: *NZI* 2010, 95.

⁶⁹⁹ KIRCHHOF, « Probleme bei der Einbeziehung von Aussonderungsrechten in das Insolvenzeröffnungsverfahren », *ZInsO* 2007, 227 s.; dans le même sens, KÜBLER/PRÜTTING/ Pape, § 21, Rn. 40d.

procédure de droit français lorsqu'il ne procède pas à la revendication de son bien dans les délais impartis.

472.- Les conditions d'exercice de la revendication dans le cadre des procédures collectives ne sont pas fondamentalement différentes dans les deux systèmes juridiques étudiés. Les différences observées sont essentiellement dues aux délais impartis aux propriétaires en droit français pour exercer l'action en revendication. La conséquence attachée à l'absence de revendication dans le délai incitera le bailleur financier français à publier son contrat même si celui-ci ne répond pas à la définition légale de crédit-bail.

II. L'incidence de la nature du contrat de location financière sur la restitution du bien

473.- En droit français, la situation du crédit-bailleur s'est considérablement améliorée au fil des réformes successives du droit des entreprises en difficulté. Sous l'empire de la loi de 1985, la Cour de cassation avait, par un arrêt du 15 octobre 1991⁷⁰⁰ soumis les crédits-bailleurs, à l'instar des autres propriétaires, à l'obligation d'exercer l'action en revendication lorsque le contrat n'était pas poursuivi. Cette décision s'est révélée désastreuse pour ces propriétaires en leur faisant perdre des sommes d'argent considérables⁷⁰¹. Depuis la loi de 1994, les crédits-bailleurs, ainsi que les propriétaires mobiliers dont les contrats sont publiés sont dispensés d'exercer l'action en revendication.

474.- Le bailleur financier dont le droit de propriété est rendu opposable par la publicité à la procédure collective dès son ouverture, n'a pas besoin de faire reconnaître son droit par la procédure. Il exerce uniquement l'action en restitution. Contrairement à l'action en revendication, l'exercice de l'action en restitution n'est enfermé dans aucun délai. Le propriétaire ne s'expose ainsi à aucun risque. En cela, la situation du bailleur financier dont le contrat est publié se rapproche de celle de son homologue dans la procédure collective de droit allemand. Le bénéfice du régime dérogatoire est toutefois

⁷⁰⁰ Cass. com. 15/10/1991, n° 90-10978 et n° 90-13147: *Bull. civ.* IV, n° 291.

⁷⁰¹ V. sur l'évolution de la question de l'applicabilité de l'action en revendication au crédit-bail sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, E. LE CORRE-BROLY, *Crédit-bail mobilier et procédure collective, th. préc.*, n° 370 s.

déterminé par certaines règles qui génèrent un contentieux forcément ignoré du droit allemand puisqu'il ne connaît pas de système de publicité en matière mobilière.

475.- Avant d'analyser les conditions d'exercice de l'action en restitution du bailleur financier (B), le régime dérogatoire accordé en droit français aux contrats de location financière publiés sera envisagé (A).

A. Le régime dérogatoire applicable en droit français aux contrats de location financière publiés

476.- Selon les dispositions de l'article R. 624-15 du Code de commerce, les propriétaires bénéficient de la dispense de revendication de l'article L. 624-10 du même code à condition d'avoir publié leur contrat avant le jugement d'ouverture. Il existe, en droit français, différents régimes de publicité applicables aux contrats de location financière. Il faut ici rappeler que le terme de « location financière » désigne dans cette étude comparative aussi bien les contrats de crédit-bail que ceux de location de longue durée. Tous ces contrats sont destinés à financer des biens d'équipement de l'entreprise. La distinction est toutefois importante en ce qui concerne la publicité puisque celle-ci, obligatoire pour les contrats de crédit-bail, est facultative pour les contrats de location financière ne correspondant pas à la définition légale de crédit-bail. Cette mesure est destinée à protéger les tiers de la solvabilité apparente du débiteur qui n'est pas propriétaire du bien dont il a la possession⁷⁰². Ceux-ci pourraient, en effet, être trompés par la présence de matériel souvent coûteux chez le débiteur mais également par le bilan allégé que ce dernier sera en mesure de présenter puisque la dette à moyen terme ne figure pas au passif⁷⁰³.

477.- Pour produire ses effets dans le cadre de la procédure collective, la publicité du contrat de crédit-bail ou de location financière doit non seulement avoir été effectuée

⁷⁰² E.-M. BEY, « L'évolution de la publicité dans le crédit-bail », *Gaz. Pal.* 1984, p. 370.

⁷⁰³ C. LUCAS DE LEYSSAC, « L'obligation de publier les contrats de crédit-bail mobilier et son application dans le temps », *D.* 1975, Chron., p. 23 s.

avant le jugement d'ouverture⁷⁰⁴ mais également, être exacte⁷⁰⁵. Toute modification des renseignements, permettant l'identification des parties, doit être publiée en marge de l'inscription existante au registre mentionné⁷⁰⁶. S'il veut se prévaloir de l'opposabilité de son droit de propriété, il appartient au bailleur financier de régulariser des inscriptions notamment lorsque la compétence territoriale du greffe pour la publicité change, par exemple en cas de transfert du siège du locataire⁷⁰⁷.

1. Le régime de publicité des contrats de location financière

478.- Le crédit-bail mobilier est, en droit français, strictement défini par la loi à l'article L. 313-7 alinéa 1^{er} du Code Monétaire et Financier comme « *[une opération] de location de biens d'équipement ou de matériel d'outillage achetés en vue de cette location par des entreprises qui en demeurent propriétaires, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, donnent au locataire la possibilité d'acquérir tout ou partie des biens loués, moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers* ».

Les dispositions de l'article L. 313-10 du Code Monétaire et Financier soumettent les opérations de crédit-bail telles qu'elles viennent d'être définies⁷⁰⁸ à une publicité qui doit permettre l'identification des parties et des biens faisant l'objet de l'opération⁷⁰⁹. Le défaut de publicité entraîne selon les termes de ce même article, l'inopposabilité du droit

⁷⁰⁴ Cass. com. 11/05/1999, n° 96-22763: *Bull. civ. IV*, n° 96; Cass. com. 22/05/2002, n° 00-20424.

⁷⁰⁵ Ce qui implique qu'elle soit faite sur le bon registre, Cass. com 13/01/1998, n° 95-17553: *Bull. civ. IV*, n°15; Cass. com. 4 /12/2001, n° 99-19622, *Act. Proc. Coll.* 2001, n° 62, obs. J. VALLANSAN (publicité du contrat de crédit-bail effectuée auprès du tribunal de commerce de Lille au lieu de celui de Roubaix-Tourcoing); mais également qu'elle ne contienne pas d'erreur sur l'identité du crédit-preneur, Cass com. 11/05/2010, n° 09-14048: *Bull. civ. IV*, n° 88.

⁷⁰⁶ Article R. 313-6 du Code monétaire et financier.

⁷⁰⁷ Dans le cadre du contrat de crédit-bail, soumis à une publicité obligatoire, le crédit-bailleur n'échappe à l'inopposabilité de son droit de propriété due à l'absence de publicité qu'à condition de démontrer qu'il a été laissé dans l'ignorance d'un tel changement CA Douai (Ch. com.) 5/02/2008, n° de rôle 07/00630.

⁷⁰⁸ Cette publicité ne concerne ni la location avec option d'achat des articles L. 311-1 et suivants du Code de la consommation, ni la location pure et simple, ni la location avec promesse d'achat, ni encore la location avec option d'achat non marquée consubstantiellement par l'empreinte financière caractéristique du crédit-bail. V. Jur.-Cl. Contrats-Distribution, Fasc. 2640, V° *Location financière*, n° 93.

⁷⁰⁹ Articles R. 313-3 et suivants du Code monétaire et financier.

de propriété. L'article R. 313-10 du Code Monétaire et Financier précise que « *Si les formalités de publicité n'ont pas été accomplies dans les conditions fixées aux articles R. 313-4 à R. 313-6, l'entreprise de crédit-bail ne peut opposer aux créanciers ou ayants-cause à titre onéreux de son client, ses droits sur les biens dont elle a conservé la propriété, sauf si elle établit que les intéressés avaient eu connaissance de l'existence de ces droits* ».

La publication est faite au registre ouvert à cet effet au greffe du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance statuant commercialement. Lorsque le crédit-preneur est immatriculé au registre du commerce et des sociétés, la publication s'effectue auprès du greffe du tribunal dans le ressort duquel ce crédit-preneur est immatriculé à titre principal. Lorsque ce dernier n'est pas immatriculé au registre du commerce et des sociétés, la publication s'effectue auprès du greffe du tribunal de commerce ou du tribunal de grande instance statuant commercialement dans le ressort duquel est situé l'établissement du crédit-preneur.

479.- Le bailleur financier dont le contrat de location financière ne correspond pas à la définition légale de crédit-bail n'a pas l'obligation de publier son contrat pour rendre son droit de propriété opposable dans la procédure collective.

La possibilité lui est tout de même offerte de procéder à sa publicité afin d'être dispensé de faire reconnaître son droit de propriété par le biais de l'action en revendication. Cette faculté est le résultat de la rédaction large de l'article L. 624-10 du Code de commerce. Si la publicité est la même que pour les contrats de crédit-bail⁷¹⁰, les conséquences de son absence sont différentes. Si le défaut de publicité du contrat de crédit-bail entraîne l'inopposabilité du droit de propriété, il n'en est rien dans le cadre du contrat de location financière.

La possibilité de publier le contrat de location financière semble, de prime abord, offrir une certaine cohérence au système français. Elle conduit pourtant à s'interroger sur les régimes différents auxquels sont soumis les divers contrats de location financière. On a, en effet, toujours justifié la nécessité de publier le contrat de crédit-bail par l'apparence de

⁷¹⁰ V. par exemple CA Riom 6/10/2010, n° de rôle 07/02392 : « *Attendu que la publicité que [le bailleur] a estimé devoir faire, bien que par leur nature, ces contrats n'étaient pas soumis à publicité obligatoire, n'a pas pu rendre ces contrats opposables aux tiers, notamment au repreneur, compte tenu de l'imprécision de la désignation des biens* ».

solvabilité qu'il crée envers les créanciers. Celle-ci ne semble alors guère différente dans le cadre du contrat de location financière⁷¹¹.

480.- Pour distinguer les autres contrats de location financière du contrat de crédit-bail, la destination professionnelle du bien, nécessaire à la qualification du contrat de crédit-bail, est déterminante. Elle est appréciée au moment de la conclusion du contrat⁷¹². Dans un arrêt du 24 février 1998, la chambre commerciale a relevé que la Cour d'appel avait retenu que le contrat litigieux n'envisageait pas une utilisation personnelle du bien donné en location dans la mesure où la qualité de commerçant du preneur y été expressément mentionnée, que le cas de l'inscription d'un nantissement sur fonds de commerce, la cession ou l'apport d'un fonds de commerce y était prévu et enfin que la résiliation intervenait de plein droit en cas de liquidation ou de redressement judiciaires. Elle a alors considéré que c'était « *hors toute dénaturation, sans inverser la charge de la preuve et sans avoir à procéder à la recherche prétendument omise, que la cour d'appel a retenu, que faute par [le bailleur] de rapporter la preuve d'une utilisation strictement personnelle du véhicule donné en location, le contrat était soumis à la législation sur le crédit-bail exigeant sa publicité* »⁷¹³.

481.- La promesse de vente constitue un élément déterminant de la qualification du contrat de crédit-bail et de l'obligation de publicité. Les contrats de location ne comportant

⁷¹¹ Comme le relèvent certains auteurs, v. notamment, B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, op. cit., n° 1888.

⁷¹² Sur cette question, voir E. LE CORRE BROLY, *Crédit-bail mobilier et procédure collective*, op. cit., n° 317 B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, op. cit., n° 1888.

⁷¹³ Cass. com. 24/02/1998, n° 95-13006 : Le demandeur faisait ici valoir que la Cour d'appel n'avait pas pris soin de vérifier que le véhicule loué était destiné à une utilisation professionnelle et avait ainsi violé les articles L. 313-7 et L. 313-10 du Code Monétaire et financier dans la mesure où la nécessité, à peine d'inopposabilité, de procéder à une publicité des contrats de crédit-bail mobilier ne s'impose que si ces derniers ont pour objet la «location de biens d'équipement ou de matériel d'outillage». La Chambre commerciale a relevé que « *ayant relevé que la facture d'achat portait la mention "locataire M. X... Y... import export", la cour d'appel qui en a déduit que le contrat conclu entre ce dernier et [le bailleur] était en réalité un contrat de crédit-bail relevant des dispositions de la loi du 2 juillet 1966 et soumis à publicité, a, (...) pu statuer comme elle a fait* » ; Cass. com. 31/03/2004, n° 02-18556 ; et antérieurement CA Toulouse 2/11/1994, Juris-Data n° 1994-050415 « *l'article 115 de la loi du 25/01/1985 est applicable au crédit-bail d'un véhicule destiné à l'usage personnel de l'exploitant d'un fonds de commerce dès lors que ce fonds est exploité à titre personnel et qu'il n'y avait donc pas séparation des patrimoines* » ; CA Paris 9/07/1992, Juris-Data n° 1992-022192 : « *Considérant que le contrat de crédit-bail se distingue des autres contrats de location avec promesse de vente essentiellement par la destination du bien loué ; que si l'utilisation personnelle ou familiale est exclue du champ d'application de ladite loi, l'emploi professionnel ou éventuellement mixte de ce bien fait du contrat de financement un contrat de crédit-bail* ».

pas de promesse de vente ne sont pas soumis à une publicité obligatoire. Les tribunaux s'attachent donc à vérifier la présence d'une telle promesse dans le contrat qui leur est soumis⁷¹⁴, reconnaissant parfois la nature de contrat de crédit-bail en l'absence de promesse de vente expresse au profit du locataire en fin de contrat⁷¹⁵. De même, le contrat ne constituera pas un contrat de crédit-bail s'il contient non pas une promesse de vente au profit du locataire, mais une promesse d'achat de la part de ce dernier⁷¹⁶. La promesse de vente permet de faire la distinction entre le contrat de crédit-bail et le contrat de location-vente⁷¹⁷. En effet, alors que le contrat de crédit-bail contient une promesse unilatérale de vente, la location-vente est assortie d'une promesse synallagmatique de vente⁷¹⁸.

482.- Se pose enfin la question de la nécessité de publier le contrat de cession-bail ou *lease-back*. Ce contrat consiste, pour un établissement de *leasing*, à acheter le bien d'équipement à son propre contractant qui en était propriétaire et le lui louer dans le cadre

⁷¹⁴ Cass. com. 13 mai 1997, n° 95-12996 : « Doit être cassé l'arrêt qui admet l'action en revendication du crédit-bailleur, malgré le défaut des formalités de **publicité**, au motif que la clause relative à la levée d'option, obligeant le locataire à faire connaître sa décision un mois avant expiration du contrat, ne constitue pas une promesse unilatérale de vente et que le contrat ne peut être qualifié de crédit-bail soumis à publication. En statuant ainsi, alors que le contrat offrait une option au locataire, sous condition de faire connaître sa décision dans un certain délai, de sorte que le choix du locataire n'était pas soumis à l'agrément du bailleur et que la clause s'interprétant en promesse unilatérale de vente, le contrat était un crédit-bail, la cour d'appel a violé l'article 1 de la loi du 2 juillet 1966 » ; CA Paris 14/03/1997, Juris-Data n° 1997-022289 ; Cass. com. 2/07/1991, n°89-18550 : « Dès lors que le contrat conclu excluait toute faculté de rachat du bien par le locataire, la Cour d'appel a pu en déduire qu'il s'agissait, non pas d'un crédit-bail, mais d'une simple location, les documents publicitaires invoqués se rapportant à cette autre forme de financement » ; CA Montpellier 24/04/2007, Juris-Data n° 2007-343794 : « (...) Attendu que ce contrat offrant au locataire une option d'achat qui n'était pas soumise à l'agrément du bailleur et que cette clause s'interprétant en une promesse unilatérale de vente, l'accord du 11 janvier 2005 était un contrat de crédit-bail ; qu'il est constant qu'il n'a pas été publié ».

⁷¹⁵ CA Montpellier 11/09/1997, Juris-Data n° 1997-034535 : « Le contrat litigieux est un contrat de crédit-bail mobilier même s'il ne comporte pas une promesse de vente expresse au profit du locataire en fin de contrat. En effet, il ne peut s'agir que d'une opération de crédit dès lors que le matériel a été acheté en vue de la location par une entreprise spécialisée, que cette entreprise s'est déchargée des obligations pesant ordinairement sur un propriétaire, que la somme totale des loyers dépasse en fin de bail le prix de la chose, que la durée de la location correspond sensiblement à la durée moyenne d'utilisation du matériel loué ».

⁷¹⁶ Cass. com. 27/02/1990, n° 88-15689.

⁷¹⁷ Ce contrat a successivement la nature d'une location puis celle d'une vente : Cass. com. 7/02/1977, n° 75-11716 : Bull. civ. IV, n° 38.

⁷¹⁸ Cass. crim. 12/11/1979, n° 79-90165 : Bull. civ. IV, n° 312 : « Si le contrat de crédit-bail régi par la loi n° 66-455 du 2 juillet 1966 est une opération complexe participant dans une certaine mesure du point de vue économique d'une opération de crédit et peut se rapprocher de la vente à crédit et de la location-vente, il s'en distingue néanmoins juridiquement par le fait qu'il est essentiellement constitué par un contrat de louage, assorti au profit du locataire d'une promesse de vente unilatérale et non plus synallagmatique comme dans la location-vente ».

d'un *leasing*⁷¹⁹. Un tel contrat est soumis, au même titre que le contrat de crédit-bail, à une obligation de publicité. En effet, si le contrat de crédit-bail concerne trois parties et que le contrat de cession-bail n'en concerne que deux, ce dernier contrat présente toutes les caractéristiques du crédit-bail à savoir le contrat de vente, la location ainsi que l'option d'achat au profit du locataire⁷²⁰. En revanche, le contrat de sous-location du bien par le crédit-preneur dans le *lease-back* n'est pas soumis à publicité dans la mesure où l'établissement de crédit et le sous-locataire ne sont liés par aucun contrat de crédit-bail⁷²¹.

483.- La question de la publicité du contrat de *leasing* a fait, en droit allemand également, l'objet de discussions. S'il existe une publicité pour les sûretés portant sur les navires et aéronefs, les sûretés mobilières ne sont pas publiées⁷²². L'idée d'instaurer une publicité pour les sûretés mobilières en Allemagne a pourtant été évoquée lors de la 51^{ème} réunion de l'association des juristes allemands mais elle a été très largement rejetée⁷²³. Dans un avis établi à l'occasion de cette réunion, le Professeur Drobnig a relevé qu'il est connu des créanciers allemands que l'acquisition d'un nouveau bien d'équipement se fait par le biais d'un crédit et qu'il faut alors compter avec une clause de réserve de propriété. Dès lors, il leur appartient de se renseigner auprès du débiteur de sa situation touchant aux droits réels⁷²⁴. Ainsi, introduire un système de publicité pour le contrat de *leasing*, dans le cadre duquel le droit de propriété du bailleur financier ne peut tout simplement pas être comparé aux sûretés traditionnelles, pourrait être considéré comme contraire au système⁷²⁵.

⁷¹⁹ Sur le *lease-back*, voir G. PARLEANI, « Le contrat de lease-back », *RTD Com.* 1973, p. 699 et s.

⁷²⁰ CA Toulouse 28/04/1992, *Juris-Data* n° 1992-042518 : « Doit être qualifiée de crédit-bail la convention de cession-bail passée entre deux parties s'analysant comme une technique de crédit par laquelle l'emprunteur transfère au prêteur la propriété d'un bien qu'il rachète progressivement selon la formule de location assortie d'une promesse de vente. Peu importe que ces relations ne concernent que deux parties, le fournisseur et le crédit-bailleur dès lors qu'existent les trois contrats prévus par la loi ».

⁷²¹ Cass. com. 11/05/1982, n° 80-13025: *Bull. civ.* IV, n° 170: *D.* 1983, p. 271, note C. WITZ.

⁷²² KOBLITZ, *Mobilien Finanzierungsleasing und crédit-bail*, Peter Lang, 1990, p. 251.

⁷²³ 51. DJT, II, *Sitzungsbericht*, O, p. 181, n° 11.

⁷²⁴ DROBNIG, « Empfehlen sich gesetzliche Massnahmen zur Reform der Mobiliarsicherheiten? », 51. DJT, I, F., spéc. p. 56 s. ; V. dans le même sens, S. CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques, Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, LGDJ, 2003, n° 197.

⁷²⁵ KOBLITZ, *Mobilien Finanzierungsleasing und crédit-bail*, *op. cit.*, p. 252.

2. L'incidence de l'absence de publicité du contrat de location financière sur l'action en revendication en droit français

484.- La publicité du contrat de crédit-bail bénéficie d'un régime autonome par rapport au droit des procédures collectives. La publicité obligatoire rend le droit de propriété opposable à tous, et surtout, et c'est là la différence avec le contrat de location financière, l'absence de publicité le rend inopposable. La publicité ou son absence a naturellement des incidences dans le cadre de la procédure collective ouverte contre le crédit-preneur. C'est dans ce contexte que la propriété est le plus souvent amenée à jouer son rôle de garantie. La situation est différente en matière de location financière.

485.- Le débiteur ne peut se prévaloir de l'absence d'exécution des formalités de publicité du contrat de crédit-bail dans la mesure où il n'est pas un tiers au contrat⁷²⁶. En revanche, les autres créanciers du crédit-preneur ainsi que leurs représentants sont des tiers au contrat. Par conséquent, l'inopposabilité du droit de propriété sera opposée au crédit-bailleur s'il agit en revendication.

Il a néanmoins la possibilité d'échapper à l'inopposabilité du droit de propriété selon les dispositions de l'article R. 313-10 du Code Monétaire et Financier. Il lui appartient pour cela d'apporter la preuve que les tiers avaient connaissance de son droit de propriété. Dans le cadre de la procédure collective, une telle preuve est quasiment impossible à apporter⁷²⁷. Il est, en effet, nécessaire de prouver que tous les créanciers avaient connaissance de son droit de propriété au jour d'ouverture de la procédure.

⁷²⁶ Cass. com. 16/05/1995, n° 93-13063: *Bull. Civ. IV*, n° 143; CA Aix en Provence 12/01/2005. *Juris-Data* 2005-266160 : En vertu des dispositions de l'article L. 621-116 du Code de commerce, le propriétaire d'un bien est dispensé de faire reconnaître son droit de propriété lorsque le contrat portant sur ce bien a fait l'objet d'une publicité. Le contrat de **crédit-bail** a été, à l'origine, régulièrement publié mais le renouvellement de la publicité n'a pas été effectué. Cependant, la procédure collective a été ouverte alors que la péremption de la publicité n'était pas acquise. Le contrat ayant été résilié avant la date de péremption de la publicité, le renouvellement de cette dernière, destinée à l'information des créanciers, ne s'imposait pas. En outre, l'inopposabilité du droit de propriété qui sanctionne le défaut de publicité ne bénéficiant qu'aux créanciers, le débiteur ne peut se prévaloir de l'absence de publicité du contrat. Le droit de propriété du crédit bailleur lui reste opposable. Le crédit bailleur est donc fondé à réclamer la restitution du véhicule dont il est propriétaire, sans que puisse lui être opposé un délai pour déposer sa requête.

⁷²⁷ Pour un exemple, CA Montpellier 24/04/2007, *Juris-Data* n° 2007-343794 : « (...) le crédit-bailleur ne pourra opposer son droit de propriété aux autres créanciers sauf à prouver qu'ils en avaient tous connaissance ; qu'à cet effet, la preuve que le liquidateur avait cette connaissance par l'existence d'une carte grise est insuffisante ».

La Cour de cassation refuse notamment d'admettre que la connaissance du droit de propriété résulte de la poursuite du contrat de crédit-bail par l'administrateur ou le liquidateur. Ce refus a été, plusieurs fois, clairement exprimé par la Cour de cassation. Dans un arrêt du 7 décembre 2004⁷²⁸, tout d'abord, les juges ont considéré que la preuve de la connaissance du droit de propriété sur le bien objet du contrat de crédit-bail par chacun des créanciers ne pouvait résulter ni de la continuation par l'administrateur judiciaire du contrat, ni de la déclaration de créance du crédit-bailleur au passif du redressement judiciaire. Cette solution se justifie pleinement dans la mesure où ces deux événements interviennent après l'ouverture de la procédure alors que la dispense d'agir en revendication ne vaut que lorsque le droit de propriété est déjà reconnu au jour de l'ouverture de la procédure⁷²⁹. En outre, la reconnaissance du droit de la propriété ne doit pas émaner des organes de la procédure mais de la « procédure ». Par ce terme qui ne connaît ni de définition légale, ni de définition jurisprudentielle, on entend l'ensemble des créanciers du débiteur ainsi que leurs représentants⁷³⁰. La décision de poursuivre le contrat ne peut être considérée comme émanant de la procédure⁷³¹.

Par la suite, les magistrats de la Chambre commerciale de la Cour de cassation ont relevé dans un arrêt du 15 février 2005 rendu à propos d'un contrat de location financière, que « *dès lors que les contrats passés entre la débitrice et [le bailleur financier] n'avaient fait l'objet d'aucune publicité, [le bailleur financier] ne pouvait pas bénéficier des dispositions de l'article L. 621-116 du Code de commerce et était tenu d'agir par la voie d'une action en revendication, peu important la connaissance par le liquidateur de son droit de propriété* »⁷³². Cet arrêt pouvait laisser penser que la Cour de cassation refusait de reconnaître au bailleur financier la possibilité d'invoquer la connaissance du droit de propriété en l'absence de publicité pour échapper à l'exercice d'une action en

⁷²⁸ Cass. com. 7/12/2004, n° 02-14088: *Gaz. proc. coll.* 2005/1, n° 120, p. 48, note E. LE CORRE-BROLY.

⁷²⁹ V. avant cette décision, dans le sens de celle-ci, E. LE CORRE-BROLY, *Crédit-bail mobilier et procédure collective*, *th. préc.*, n° 356 ; mais également le même auteur, *Gaz. Proc. coll.* 2005/1, p. 47, note à propos de Cass. com. 15/02/2005, n° 03-17604.

⁷³⁰ Voir *Infra*, n° 522 s.

⁷³¹ E. LE CORRE-BROLY, *Gaz. Proc. coll.* 2005/1, n° 120, p. 47, note à propos de Cass. com. 15/02/2005, n° 03-17604.

⁷³² Cass. com. 15/02/2005, n° 03-17604: *Bull. civ.* IV, n° 28.

revendication. Cette solution aurait été fondée sur l'impossibilité de procéder par analogie avec le contrat de crédit-bail.

Un nouvel arrêt de la Cour de cassation est, néanmoins, venu contredire cette interprétation, étendant la solution de l'arrêt du 15 février 2005 au crédit-bailleur qui n'aurait pas ou pas correctement procédé à la publication de son contrat. Dans l'espèce soumise à la Cour de cassation⁷³³, le crédit-bailleur avait publié son contrat de manière telle que l'on ne pouvait en identifier les parties. Il arguait que le débiteur avait opté pour la poursuite du contrat avec l'accord implicite du mandataire, reconnaissant, selon lui, sans équivoque son droit de propriété sur le matériel loué et le dispensant par conséquent d'avoir à exercer l'action en revendication prévue à l'article L. 624-9 du Code de commerce. La Cour de cassation n'a, dans cet arrêt, même pas pris la peine de répondre à cet argument⁷³⁴. Les juges ont uniquement relevé que « (...) l'arrêt retient que plusieurs erreurs ont été commises sur l'identité du contractant, son adresse, le code postal ainsi que la commune de domiciliation, de sorte que l'état relatif aux inscriptions et privilèges concernant l'activité [du débiteur], obtenu (...) par le mandataire judiciaire, était vierge ; que l'arrêt retient encore qu'à la date du jugement d'ouverture, la publicité du contrat de crédit-bail n'était pas régulière de sorte que ce contrat, dont les créanciers [du débiteur] n'avaient pas connaissance, leur est inopposable ainsi qu'au mandataire judiciaire ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, c'est à bon droit que la cour d'appel a rejeté la demande en restitution dès lors qu'à la date d'ouverture de la procédure collective, le droit de propriété du crédit-bailleur sur le matériel, objet du contrat, n'était pas opposable aux créanciers du preneur, faute d'accomplissement auprès du greffe compétent de la publicité prévue par les articles L. 313-7 et R. 313-3 à R. 313-11 du code monétaire et financier ».

486.- Le crédit-bailleur qui a effectué la publicité du contrat doit également être vigilant en cas de changement d'identité des parties. Dans ce cas, il doit procéder à une publicité modificative. S'il ne remplit pas cette nouvelle formalité, il s'expose à l'inopposabilité du contrat.

⁷³³ Cass. com. 11/05/2010, n° 09-14048: *Bull. civ.* IV, n° 88.

⁷³⁴ A. LIENHARD, « Crédit-bail : publicité dispensant de revendication », *D.* 2010, p. 1276, note sous arrêt Cass. com. 11/05/2010, n° 09-14048.

Dans le cadre de la procédure collective du repreneur, toutefois, la Cour de cassation a admis qu'en cas de cession forcée du contrat de crédit-bail intervenue dans le cadre d'un plan de cession, en l'absence de publicité modificative⁷³⁵, la connaissance des tiers résultait de la publication au BODACC du jugement arrêtant le plan de cession dans la mesure où les dispositions du plan étaient opposables à tous, conformément aux dispositions de l'ancien article L. 621-65 du Code de commerce. Les créanciers du repreneur étaient, dès lors, censés avoir eu connaissance de l'existence des droits du crédit-bailleur sur le matériel faisant l'objet du contrat de crédit-bail. Cette décision ne semble toutefois pas dispenser le crédit-bailleur de procéder à la publicité modificative conformément aux dispositions de l'article R. 313-6 du Code monétaire et financier puisque la cession judiciaire du contrat entraîne une modification de l'identité de l'une des parties au contrat. Le crédit-bailleur reste, en outre, soumis à l'obligation de revendiquer son bien dans les délais légaux s'il ne veut pas se voir opposer l'inopposabilité de son contrat pour absence de revendication dans les délais⁷³⁶.

487.- Les conséquences de l'inexactitude de la publicité sont moins sévères pour le crédit-bailleur lorsque le changement concerne non pas l'identité du crédit-preneur mais la sienne. La Chambre commerciale a admis⁷³⁷ que la publicité modificative du crédit-bail portant sur l'identité du crédit-bailleur était inutile en cas de fusion-absorption de ce dernier, en raison de la publicité du traité de fusion-absorption. Dans cette hypothèse, la publicité du contrat de crédit-bail est considérée comme régulière et la société absorbante, devenue crédit-bailleur, peut donc se contenter de présenter une simple demande de restitution et n'est pas soumise aux contraintes procédurales de la demande en revendication.

L'identité exacte du crédit-bailleur est moins importante que celle du crédit-preneur. Le rôle de la publicité est uniquement d'informer les tiers que le bien n'appartient pas au débiteur. La publicité effectuée par le crédit-bailleur avant son absorption est suffisante pour remplir cette fonction. La mention exacte de l'identité du crédit-bailleur

⁷³⁵ Cass. com. 28/10/2008, n° 07-16443.

⁷³⁶ En ce sens, E. LE CORRE-BROLY, « L'incidence de l'absence de publicité modificative du contrat de crédit-bail en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard du repreneur cessionnaire judiciaire du contrat », *Lexbase Hebdo*, n° 327 du 19/11/2008, note sous arrêt Cass. com. 28/10/2008, n° 07-16443.

⁷³⁷ Cass. com. 5/07/2005, n° 04-11320: *Bull. civ. IV*, n° 154.

n'est finalement utile qu'à ce dernier s'il veut notamment bénéficier de l'avertissement personnel dû à certains créanciers de procéder à la déclaration de créance⁷³⁸.

488.- La situation diffère dans le cadre du contrat de location financière. La publicité du contrat de location financière permet au propriétaire, comme dans le cadre du contrat de crédit-bail, d'être dispensé d'exercer l'action en revendication. Elle n'a, toutefois, qu'un caractère facultatif en matière de location financière. L'absence de publicité ne rend pas le contrat inopposable contrairement à l'absence de publicité du contrat de crédit-bail. Par conséquent, le bailleur financier ne peut pas se voir opposer l'absence de publicité du contrat et l'inopposabilité du droit de propriété qui en résulte. Cette différence de régime de publicité entre les contrats de location financière – au sens large - génère un contentieux important.

L'administrateur ou le liquidateur de la procédure qui veut rejeter l'action en revendication ou en restitution pour défaut de publicité du contrat, s'attachera à prouver que le contrat en cause est un contrat de crédit-bail et que le droit de propriété du bailleur financier est, en raison de l'absence de publicité, inopposable à la procédure⁷³⁹. S'il y parvient, il appartient au bailleur financier de prouver que les créanciers avaient connaissance de son droit de propriété. Dans le cas inverse, le bailleur financier peut agir en revendication dans le délai légal et faire reconnaître son droit de propriété dans le cadre de la procédure collective, sans que ne puisse lui être opposée l'inopposabilité de ce droit.

489.- L'existence de divers régimes de publicité vient construire un système complexe et génère du contentieux.

De plus, la diversité des régimes s'explique difficilement dans la mesure où la publicité obligatoire du contrat de crédit-bail a été justifiée par la solvabilité apparente que crée un tel contrat, apparence de solvabilité que créent également les autres contrats de location financière de longue durée⁷⁴⁰. Par conséquent, il serait souhaitable que le

⁷³⁸ En ce sens, F. PEROCHON, *Gaz. Pal.* 2005, n° 309, p. 55 s., note à propos de Cass. com. 5/07/2005, n° 04-11320.

⁷³⁹ V. CA Douai, 22/04/1999 : *JCP Ent.* 2000, p. 465, comm. M. LAUGIER.

⁷⁴⁰ La Cour d'appel de Dijon a, dans un arrêt (30/11/2004) ensuite cassé par la Cour de cassation (Cass. com. 3/05/2006, n° 05-11051), rejeté le recours formé par un bailleur financier contre l'ordonnance du juge-commissaire qui rejetait sa demande en revendication au motif que les contrats de location, conclus pour une

législateur français vienne unifier ce système de publicité afin de lui garantir toute sa cohérence et éviter ainsi toute source inutile de contentieux, notamment dans le cadre de la procédure collective.

En attendant, le bailleur financier est incité à procéder à la publication de son contrat afin de ne pas s'exposer à un risque inutile de forclusion. La publicité du contrat lui permet d'agir en restitution le plaçant dans une position comparable à celle de son homologue dans une procédure de droit allemand.

B. L'exercice de l'action en restitution par le bailleur financier

490.- En droit français, en l'absence de publicité, l'article R. 624-13 du Code de commerce précise que « *la demande de revendication emporte de plein droit demande en restitution* ». En revanche, si la publicité du contrat a été effectuée, le bailleur financier présente une demande en restitution du bien dont les modalités doivent être présentées (1). A l'instar du droit allemand, la restitution ne pourra, toutefois, avoir lieu qu'au terme du contrat de location financière ou lorsque la résiliation sera acquise, sauf accord contraire des parties (2).

1. Modalités de la demande de restitution du bailleur financier

491.- L'action en restitution est, en droit français, une action facultative⁷⁴¹. Contrairement à l'action en revendication, l'exercice de l'action n'est enfermé dans aucun délai⁷⁴². Le bailleur financier ne s'expose pas à l'inopposabilité de son droit de propriété dans le cadre de cette demande. En cela, sa situation est comparable à celle du bailleur financier dans la procédure de droit allemand, même si le droit français suppose encore une

durée de 36 mois, faisaient apparaître en permanence les biens loués dans l'entreprise et créaient une apparence de propriété vis-à-vis des tiers.

⁷⁴¹ Les dispositions de l'article L. 624-10 du Code de commerce énoncent en effet que le propriétaire d'un bien « *peut réclamer la restitution de son bien dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat* ». L'article R. 624-14 du Code de commerce précise que « *Pour l'application de l'article L. 624-10 du Code de commerce, la demande en restitution est faite par le propriétaire du bien par lettre recommandée avec demande d'avis de réception à l'administrateur, s'il en a été désigné, ou, à défaut, au débiteur. Une copie de cette demande est adressée au mandataire judiciaire* ».

⁷⁴² Voir infra, n° 530 s., la situation en l'absence de demande de restitution.

fois une démarche active de sa part. En droit allemand, il appartient à l'administrateur de l'insolvabilité qui a connaissance du contrat de location financière de restituer le bien loué au bailleur financier au terme du contrat⁷⁴³. Néanmoins, en l'absence de restitution spontanée, le bailleur financier devra lui faire parvenir une demande de restitution.

492.- Il existe en droit français une unité procédurale entre l'action en revendication et l'action en restitution. Le bailleur financier présente tout d'abord une demande en restitution. L'article R. 624-14 du Code de commerce précise que « *Pour l'application de l'article L. 624-10 du Code de commerce, la demande en restitution est faite par le propriétaire du bien par lettre recommandée avec demande d'avis de réception à l'administrateur, s'il en a été désigné, ou, à défaut, au débiteur. Une copie de cette demande est adressée au mandataire judiciaire* ».

Selon ce même article, à défaut d'acquiescement à sa demande dans le délai d'un mois à compter de la réception de celle-ci, le bailleur financier est contraint de saisir le juge-commissaire afin qu'il soit statué sur ses droits. L'action devient alors contentieuse.

493.- Si aucun délai n'est imparti pour présenter la demande en restitution et exercer le recours, ces formalités ont pour effet d'alourdir la procédure pour le bailleur financier et de retarder la restitution du bien faisant éventuellement perdre à ce propriétaire une chance de louer à nouveau le bien. D'autant que le juge-commissaire pourrait lui aussi tarder à rendre sa décision.

Tel fut le cas dans une espèce soumise à la chambre commerciale de la Cour de cassation qui donna lieu à un arrêt du 5 juillet 2005⁷⁴⁴. Le crédit-bailleur avait saisi le juge-commissaire faute d'avoir obtenu une réponse à sa demande en restitution puis, en l'absence de décision émanant de ce dernier, avait assigné le liquidateur devant le tribunal aux fins de restitution du matériel, à défaut de son prix.

La question était celle de l'appréciation du délai raisonnable dans lequel le juge-commissaire était tenu de prendre sa décision et l'occasion pour la Chambre commerciale de préciser que la procédure préliminaire de la demande en acquiescement présentée au mandataire compétent constitue « *un préalable obligatoire à l'engagement de l'action en restitution* ». Il faut, néanmoins, relever que dans la mesure où l'action en restitution n'est

⁷⁴³ SCHWEMER, « Leasing in der Insolvenz », *ZMR* 2000, 348.

⁷⁴⁴ Cass. com. 5/07/2005, n° 04-11320: *Bull. Civ. IV*, n° 154.

pas soumise à un délai contrairement à l'action en revendication, il appartiendra au juge-commissaire de surseoir à statuer et au bailleur financier qui n'aurait pas préalablement adressé sa demande au mandataire judiciaire d'y procéder. L'unique conséquence est ainsi la création de complications procédurales que l'on pourrait qualifier d'inutiles⁷⁴⁵.

2. Le moment de la restitution du bien loué

494.- Que ce soit en droit français ou en droit allemand, la restitution du bien ne peut toutefois avoir lieu qu'une fois que le contrat portant sur le bien est arrivé à son terme ou est résilié. Par conséquent, il est nécessaire de pouvoir poursuivre les contrats pour empêcher leur restitution et ne pas nuire à la poursuite de l'activité⁷⁴⁶. Tant que le débiteur a un titre qui justifie la détention du bien, le bailleur financier ne peut en obtenir la restitution.

Que ce soit dans la procédure de droit français ou dans celle de droit allemand, la propriété-garantie dont bénéficie le bailleur financier se trouve limitée par la poursuite du contrat fondée sur l'utilité des biens loués pour la pérennité de l'activité. Le moment de la restitution matérielle du bien dépend de la décision sur la poursuite des contrats en cours. Le débiteur peut, en effet, continuer à utiliser le bien malgré l'inexécution de ses obligations avant l'ouverture de la procédure collective. En droit français, la continuation du contrat peut être imposée sur le fondement de l'article L. 622-13 du Code de commerce⁷⁴⁷. En droit allemand, elle est exigée sur le fondement du § 103 InsO⁷⁴⁸.

495.- En droit français, désormais, le bailleur financier peut exercer l'action en restitution dès l'ouverture de la procédure. En effet, l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 a quelque peu modifié le régime de la restitution. Actuellement le propriétaire, cocontractant d'un contrat publié peut, sans être soumis à un quelconque

⁷⁴⁵ E. LE CORRE-BROLY, « De quelques difficultés intéressant l'action en restitution du crédit-bailleur mobilier », *D.* 2005, p. 2165 à propos de Cass. com. 5/07/2005, n° 04-11320.

⁷⁴⁶ En droit français E. JOUFFIN, *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, p. 273, n° 337 ; en droit allemand, *Münch.Komm.-InsO/Ganter*, § 47, Rn. 230.

⁷⁴⁷ Dans le cadre de la procédure de sauvegarde, sur renvoi de l'article L. 631-14 du Code de commerce dans le cadre du redressement et selon les dispositions de l'article L. 641-11-1 du même Code dans le cadre de la liquidation judiciaire.

⁷⁴⁸ Voir *Supra*, n° 44 s.

délai, présenter une demande de restitution dès l'ouverture de la procédure alors qu'il devait antérieurement attendre la fin du contrat. Si la demande aboutit, le droit pour le propriétaire de reprendre son bien est consacré. Si le contrat est en cours, la reprise n'est néanmoins possible qu'au jour où le contrat prend fin soit par l'arrivée de son terme, soit par sa résiliation. Selon les dispositions de l'article L. 624-10-1 du Code de commerce, la restitution effective du bien, lorsque le droit à restitution a été reconnu dans les conditions prévues aux articles L. 624-9 ou L. 624-10 de ce même code intervient au jour de la résiliation ou du terme du contrat. Le bailleur financier peut ainsi joindre sa demande en restitution à la déclaration de créance afin de s'assurer de la récupération immédiate du bien au terme du contrat ou après sa résiliation et lui permettre, le cas échéant, de le relouer à un tiers.

496.- En droit allemand, le bailleur financier ne peut récupérer le bien si l'administrateur de l'insolvabilité ou le débiteur dans le cadre d'une *Eigenverwaltung*, détient le bien en vertu d'un contrat de location financière. A l'instar du droit français, le droit du bailleur financier d'obtenir la restitution effective du bien est restreint par la soumission du contrat de *leasing* au § 103 InsO. Si le contrat de location financière est poursuivi, le bailleur financier ne peut se voir restituer son bien. Dans le cas contraire, il peut en exiger la restitution effective par l'administrateur de l'insolvabilité.

497.- Conformément aux dispositions du § 47 InsO, le créancier d'une obligation de restitution est titulaire d'un droit de distraction. Le droit à restitution du bailleur financier est fondé sur le § 546 BGB applicable au contrat de bail et, par analogie, au contrat de *leasing*. Le locataire est selon les règles du droit civil, débiteur d'une obligation de restitution de l'objet loué au terme du contrat⁷⁴⁹. Pour le bailleur financier, il ne s'agit aucunement dans ce cas de faire reconnaître son droit de propriété mais bien de prouver l'existence du contrat de location financière, la remise de la chose au débiteur ainsi que la résiliation ou le cas échéant, l'arrivée du terme, ce qui résulte bien souvent d'actes soigneusement conservés par le bailleur financier⁷⁵⁰. Ici, la restitution est donc fondée sur

⁷⁴⁹ *Münch.Komm-InsO/Ganter*, § 47, Rn. 223.

⁷⁵⁰ BERGER, «Zur Aussonderung aufgrund obligatorischer Herausgabeansprüche », in: *Festschrift für Gerhart Kreft*, ZAP Verlag 2004, p. 191 s., spéc. p. 194. Toutefois, si le bailleur financier a gardé tous les actes, il y a fort à parier qu'il sera également en mesure de prouver son droit de propriété.

un droit personnel⁷⁵¹ et non réel comme c'est le cas en droit français. En effet, la restitution au bailleur financier est, dans la procédure de droit français, conditionnée à la reconnaissance de son droit de propriété, fondement réel⁷⁵².

Le *Bundesgerichtshof* a précisé dans un arrêt du 1^{er} mars 2007 que l'administrateur de l'insolvabilité est obligé de restituer le bien objet du contrat de location (contrat auquel est assimilé le contrat de *leasing* en droit allemand) dès l'ouverture de la procédure d'insolvabilité dès lors qu'il renonce à poursuivre le contrat⁷⁵³. Par cette décision, le *Bundesgerichtshof* confirme l'existence d'un droit à indemnité pour restitution tardive sur le fondement du § 546a BGB, au profit du bailleur financier⁷⁵⁴.

Dès l'ouverture de la procédure, les droits issus du contrat sont suspendus devenant inopposables. Par conséquent, le bailleur financier ne peut demander le paiement des loyers pendant cette période et le locataire, débiteur failli, n'a plus de titre justifiant la détention du bien loué. L'administrateur est, dès lors, débiteur de cette obligation de restitution à compter de l'ouverture de la procédure, à condition toutefois qu'il ait renoncé à l'exécution du contrat. Dans le cas contraire, le bailleur financier est rétroactivement fondé à demander le paiement des loyers dès l'ouverture de la procédure et ne peut demander la restitution du bien loué avant la résiliation ou l'arrivée du terme du contrat de *leasing*.

La solution allemande diffère ici de la solution française en ce que le bailleur financier est, en cas de refus de l'administrateur de l'insolvabilité de continuer le contrat, créancier d'une obligation de restitution à compter de l'ouverture de la procédure et non de la résiliation du contrat.

498.- Le choix de l'administrateur sur la continuation du contrat de location financière permettant de s'opposer à la restitution d'un bien nécessaire à la poursuite de

⁷⁵¹ Le système allemand est toutefois double puisque le bailleur financier peut invoquer soit son droit de propriété soit son droit à restitution pour demander la restitution.

⁷⁵² V. sur ce point, M. LAROCHE, *Revendication et propriété*, *op.cit.*, n° 131 s.

⁷⁵³ BGH, 1.03.2007: NJW 2007, 1594.

⁷⁵⁴ § 546a BGB : « **Entschädigung des Vermieters bei verspäteter Rückgabe.** (1) Gibt der Mieter die Mietsache nach Beendigung des Mietverhältnisses nicht zurück, so kann der Vermieter für die Dauer der Vorenthaltung als Entschädigung die vereinbarte Miete oder die Miete verlangen, die für vergleichbare Sachen ortsüblich ist.

(2) Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.»

l'activité, la réforme allemande de 1999 a étendu le domaine d'application du § 112 InsO limitant les causes de résiliation du contrat.

Selon les dispositions du § 112 InsO, le bailleur financier n'a plus la possibilité de résilier le contrat de *leasing* (au même titre que le bailleur, auquel il est habituellement assimilé et le bailleur à ferme⁷⁵⁵) pour retard dans le paiement des loyers ou pour dégradation de la situation patrimoniale du débiteur, une fois que la demande d'ouverture d'une procédure d'insolvabilité a été déposée⁷⁵⁶. Bien entendu, la résiliation du contrat pour d'autres motifs reste possible. L'objectif poursuivi est de garantir à l'administrateur de l'insolvabilité qu'il pourra effectivement exercer son option sur la poursuite des contrats en cours et lui permettre par ce biais de poursuivre l'activité de l'entreprise⁷⁵⁷.

Ce paragraphe est considéré comme une atteinte au droit de propriété du bailleur financier. En empêchant le bailleur financier de résilier le contrat de location financière malgré une inexécution du contrat antérieure à la demande d'ouverture, le § 112 InsO empêche le bailleur financier de récupérer le bien loué.

La mise en place d'une telle mesure était destinée à faciliter la cession de l'entreprise dans le cadre de la procédure d'insolvabilité en permettant la réalisation du patrimoine du débiteur dans son ensemble (*Asset Deal*). Le gouvernement avait souligné, lors de la rédaction du projet d'*Insolvenzordnung*, la nécessité de laisser les objets, même seulement loués par le débiteur, à disposition de l'administrateur de l'insolvabilité afin que ce dernier puisse, à l'instar de son homologue français, examiner les chances de redressement de l'entreprise débitrice avant qu'il ne soit décidé d'ouvrir la procédure⁷⁵⁸. Il souhaitait ainsi conserver l'unité économique du patrimoine du débiteur pendant la procédure d'insolvabilité et que cette unité économique, dont le débiteur est en possession, ne soit pas brisée à une « heure indue ».

⁷⁵⁵ Von WILMOWSKY, «Der Mieter in Insolvenz: Zur Kündigungssperre des § 112 InsO », *ZInsO* 2004, 882; MAROTZKE, «Die Insolvenzzrechtliche Kündigungssperre », in: *Festschrift Zöllner*, 1998, p. 1193 s.

⁷⁵⁶ Cette disposition est applicable hors procédure. Il ne s'agit donc pas de l'interdiction des poursuites individuelles qui s'applique une fois que la procédure d'insolvabilité a été ouverte. Elle ne concerne, en outre, que les contrats de bail et de bail à ferme auxquels sont assimilés les contrats de *leasing*.

⁷⁵⁷ BT-Drucks. 12/2443, S.148.

⁷⁵⁸ Begr. der Bundesregierung zum RegE für eine InsO, BR-Drucks. 1/92, Erläuterung zu § 126 RegE (=112 InsO).

499.- Un auteur relève toutefois que la rédaction du § 112 InsO ne permet pas d'affirmer que le droit de résiliation du bailleur financier est seulement exclu à une « heure indue »⁷⁵⁹. Une telle mesure semble placer le bailleur financier dans une position comparable à celle des titulaires de sûretés réelles auxquels le droit de vendre individuellement le bien sur lequel elle porte, est retiré en vue d'une vente collective de cet objet par l'administrateur de l'insolvabilité.

Selon cet auteur, l'assimilation du droit de résiliation du bailleur financier et de la sûreté dont peut bénéficier un créancier ainsi que le droit de vendre le bien qui y est attaché, est pourtant délicate. En effet, l'objet du contrat de *leasing* n'a pas seulement pour fonction de garantir une créance antérieure dans la mesure où la propriété a moins pour finalité de garantir au bailleur financier d'en obtenir son paiement par la vente du bien que de garantir le paiement des loyers futurs. Ainsi, la question qui se pose à propos de la sûreté, à savoir celle du retrait du pouvoir individuel de vendre la chose sur laquelle porte la sûreté afin de récolter un montant plus important du fait de la collectivisation, ne se pose pas dans le cadre du contrat de location financière. Il ne s'agit pas ici d'un droit à paiement hors répartitions d'un créancier gagiste tel qu'il est prévu au § 49 InsO (*Absonderungsrecht*) mais d'un droit de distraction (*Aussonderungsrecht*). L'interdiction des interventions individuelles telles que le pouvoir de vente du créancier privilégié ne peut, par conséquent, être étendue au droit de distraction du propriétaire.

En outre, l'auteur considère que si l'on avait voulu soumettre le droit de distraction à une telle interdiction, il aurait été nécessaire, pour être cohérent, de suspendre le droit de distraction du bailleur financier au-delà de l'arrivée du terme prévu au contrat afin de pouvoir continuer à utiliser le bien malgré l'absence de titre justifiant la détention⁷⁶⁰.

Il relève, enfin, que l'interdiction qui est faite au bailleur financier de résilier le contrat a pour effet de procurer aux créanciers du locataire, débiteur failli, la jouissance d'un bien dont ils ne devraient, en principe, pas profiter puisque le bailleur financier devrait, selon les règles du droit civil, pouvoir résilier immédiatement le contrat de location financière en raison de l'inexécution antérieure du débiteur. En effet, le défaut de paiement

⁷⁵⁹ VON WILMOWSKY, «Der Mieter in Insolvenz: zur Kündigungssperre des § 112 InsO », *op. cit.*

⁷⁶⁰ *Ibid.*

de deux loyers suffit à justifier la résiliation du contrat de location financière selon les dispositions du § 543 BGB, applicables par analogie. Il appartient donc à l'administrateur de l'insolvabilité de juger lors de l'exercice de son droit d'option s'il souhaite conserver les droits du locataire. Il ne le fera que dans la mesure où l'intérêt à la jouissance du bien pour la masse est supérieur aux loyers prévus au contrat. Le droit du bailleur financier de résilier le contrat est ainsi sacrifié au profit de l'intérêt commun des créanciers.

500.- Ces critiques font ressortir des similitudes entre la situation du bailleur financier en droit allemand et en droit français où la restitution du bien est subordonnée à la décision de l'administrateur de continuer le contrat. Les auteurs français relèvent ainsi la fragilisation que subit la propriété-garantie dans le crédit-bail par rapport à la réserve de propriété⁷⁶¹. Le bailleur financier ne peut obtenir la restitution matérielle du bien avant le terme du contrat contrairement au vendeur qui a réservé la propriété des biens vendus. En effet, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a reconnu que la vente dans laquelle le vendeur se réserve la propriété des biens vendus jusqu'à complet paiement du prix n'est pas un contrat en cours⁷⁶², de sorte que l'action en revendication exercée par le vendeur a des effets immédiats. En revanche, dans le cadre du contrat de location financière, les dispositions contractuelles qui justifient la détention du bien par le débiteur prévalent sur les règles de droit réel qui fondent la restitution, uniquement due après la fin du contrat⁷⁶³.

501.- Les deux systèmes juridiques étudiés connaissent donc une même limite à la possibilité du bailleur financier de récupérer le bien. Néanmoins, les auteurs allemands soulignent davantage les effets de la soumission du contrat de *leasing* à l'option sur la continuation des contrats. Cette atteinte aux droits du bailleur financier n'existe que depuis la réforme de 1999, afin de permettre la poursuite de l'activité qui ne peut être garantie si les biens loués sont restitués à leur propriétaire. En revanche, le droit français sacrifiait, déjà sous le régime de la loi antérieure et dans une plus large mesure, les intérêts

⁷⁶¹ C. HOUIN-BRESSAND, « Fiducie-sûreté, clause de réserve de propriété, crédit-bail : quelle protection pour le banquier propriétaire ? », *Rev. Dr. banc. et fin.* 2010, dossier 12.

⁷⁶² Cass. com. 5/05/2004, n°01-17201/01-17590: *Bull. civ.* IV, n° 81; *JCP Ent.* 2004, p. 1292, n° 40, obs. M. CABRILLAC.

⁷⁶³ M. LAROCHE, *Revendication et propriété*, *op. cit.*, n° 139.

individuels au profit de l'intérêt commun, perçu d'abord comme la sauvegarde de l'activité.

En outre, le bailleur financier bénéficie, dans la procédure de droit français, d'une situation préférable par rapport aux titulaires de sûretés réelles. Ces derniers peuvent, en effet, perdre le bénéfice de leur sûreté et leur rang du fait d'une erreur dans la déclaration de créances.

Enfin, dans le cadre d'un contrat de crédit-bail, le crédit-bailleur peut obtenir le paiement des loyers antérieurs en cas de levée d'option d'achat, conformément aux dispositions de l'article L. 622-7 II du Code de commerce notamment⁷⁶⁴.

502.- Dans la procédure de droit français, le bailleur financier dont le contrat est publié échappe au risque d'inopposabilité de son droit de propriété dans la mesure où il est dispensé d'exercer l'action en revendication. Il se retrouve, dès lors, dans une situation comparable à celle de son homologue allemand. L'action en restitution peut être exercée quand il le souhaite⁷⁶⁵. La restitution ne pourra toutefois être effective qu'une fois que le terme du contrat est arrivé. Le droit du bailleur financier de demander la restitution est donc limité dans chacun des deux systèmes par la soumission du contrat de location financière à l'option sur la continuation des contrats en cours, que le fondement de la restitution soit réel comme en droit français ou personnel comme en droit allemand.

503.- Conclusion de la Section 1 : Les délais imposés, en droit français, au propriétaire-revendiquant pour exercer l'action en revendication sont un nouvel exemple du caractère dérogatoire du droit des procédures collectives par rapport au droit commun. Au fil des réformes successives, le crédit-bailleur et le bailleur financier dont le contrat a été publié ont acquis un traitement privilégié, comparable à celui de leur homologue dans la procédure de droit allemand. Néanmoins, le contentieux que génère ce système double de publicité est encore regrettable. Il serait souhaitable que le législateur unifie le régime de publicité des contrats de crédit-bail et de location financière. Le droit allemand est, quant à lui, particulièrement protecteur du droit de propriété. Pourtant, le législateur

⁷⁶⁴ Voir infra, n° 586 s.

⁷⁶⁵ Sur la possibilité du liquidateur de vendre le bien après mise en demeure du bailleur financier, v. Infra, p. 296 s.

allemand a, lui aussi, pris conscience de la nécessité de concilier les intérêts en présence lors de la réforme de 1999 en soumettant le contrat de location financière à la décision de l'administrateur de l'insolvabilité sur la poursuite des contrats en cours.

SECTION 2 L'ABOUTISSEMENT DE L'ACTION EN REVENDICATION OU EN RESTITUTION

504.- La finalité de l'action en restitution est la restitution du bien à son propriétaire. Dès que le débiteur ne dispose plus d'un titre justifiant la détention du bien, le bailleur financier doit pouvoir se voir restituer son bien. Néanmoins, cette restitution est, en droit français, liée à la reconnaissance du droit de propriété par la procédure qui fait suite à l'exercice de l'action en revendication dans les délais impartis ou à la publicité du contrat de location financière⁷⁶⁶. En droit allemand, l'existence d'un droit à restitution au terme du contrat donne droit à distraction.

Les conditions de la revendication ayant été adaptées, en droit français, aux impératifs de la procédure, c'est uniquement dans le cadre d'une telle procédure que le bailleur financier peut voir sa demande en revendication rejetée pour non-respect des délais impartis pour agir ou pour défaut de publicité (pour le crédit-bail). En revanche, le bailleur financier peut être exposé à une impossibilité matérielle de lui rendre le bien aussi bien en droit français qu'en droit allemand.

505.- Nous envisagerons tout d'abord les conditions de la restitution du bien loué après le succès des actions relatives au droit de propriété du bailleur financier (I) puis nous préciserons les conditions de leur rejet dans chacun des deux systèmes juridiques étudiés (II).

I. Succès des actions en revendication ou en restitution du bailleur financier

506.- La restitution du bien loué a lieu en nature au terme du contrat (A) et n'a pas d'incidence sur la déclaration de créance du bailleur financier (B).

⁷⁶⁶ Voir Supra, n° 455 s.

A. La restitution en nature du bien loué au terme du contrat suite au succès de l'action relative à son droit de propriété

507.- Une fois le contrat de location financière arrivé à son terme ou résilié⁷⁶⁷ et le droit de propriété du bailleur financier reconnu, le bien loué doit lui être restitué. Le mandataire de la procédure ne doit pas empêcher la restitution du bien à son propriétaire et continuer à utiliser le bien au profit de l'ensemble des créanciers.

La question de la restitution tardive et de l'utilisation sans titre du bien revendiqué est celle qui génère le contentieux le plus important aussi bien en droit français qu'en droit allemand.

508.- En droit français, la Cour de cassation a admis à plusieurs reprises dans des affaires concernant des baux commerciaux⁷⁶⁸ que l'utilisation postérieure à la résiliation d'un contrat de bail peut donner lieu à une indemnité d'occupation sur le fondement de la faute quasi-délictuelle. Dans les faits qui ont donné lieu à ces litiges, le bailleur avait exercé toutes les diligences nécessaires à la restitution de son bien. Ces solutions sont applicables par analogie aux contrats de location financière.

Plus la résiliation du contrat de location financière intervient tard dans la période de location et plus la valeur résiduelle est faible, moins le préjudice est important. Ainsi, dans deux arrêts de la Cour d'appel de Paris⁷⁶⁹, les juges ont relevé d'une part que les contrats de crédit-bail ne comportaient aucune clause mettant à la charge du preneur une indemnité d'utilisation en cas de restitution tardive du matériel et d'autre part, que le crédit-bailleur n'établissait pas subir de préjudice du fait de cette restitution tardive au vu de la durée du

⁷⁶⁷ BGH : ZIP 1994, 1700, 1703 : en cas de refus de l'administrateur de poursuivre un contrat de bail, celui-ci s'oblige à restituer la chose louée sans retard ; en droit français, CA Poitiers 30/06/1998, Juris-Data n° 1998-055586.

⁷⁶⁸ Cass. com. 25 janvier 1994, n° 91-20603: Bull. Civ. IV, n° 33; Cass. com. 31 mars 1992, n° 90-13942: Bull. Civ. IV, n° 138 : « (...) le liquidateur ne pouvait sérieusement contester avoir l'obligation personnelle de libérer les lieux en procédant à l'enlèvement des objets qui la garnissaient, la cour d'appel, qui a ainsi fait ressortir que la créance du propriétaire à raison de la faute quasi-délictuelle commise par le liquidateur *ès qualités* n'avait pas son origine antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective, a répondu en les écartant aux conclusions invoquées et a décidé à bon droit que cette créance entrait dans les prévisions de l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985. »

⁷⁶⁹ CA Paris 24/02/2006, n° de rôle 03/16191 et 04/02847.

contrat de location et de la très faible valeur résiduelle (en l'espèce 15,24 et 106,71 Euros) avant de débouter le crédit bailleur de sa demande.

509.- Dans le cadre d'une procédure collective, le contrat de location ne sera pas nécessairement arrivé à son terme mais peut avoir été résilié à la suite de la renonciation à sa poursuite par le mandataire de la procédure. Le préjudice du bailleur financier pourrait, dès lors, être important. Afin d'éviter à avoir à apporter la preuve de son préjudice, le bailleur financier peut prévoir dans le contrat de location financière que le locataire a l'obligation de remettre le bien entre les mains du bailleur financier au terme de la période de location et que tout retard donnera lieu au paiement d'une indemnité d'utilisation qui sera calculée sur la base du dernier loyer échu. Une telle indemnité est, selon les juges, de nature à indemniser les pertes financières dont le crédit-bailleur pourrait souffrir du fait de la restitution tardive⁷⁷⁰.

510.- L'insertion d'une telle clause n'apparaît, en revanche, pas nécessaire en droit allemand qui soumet le contrat de location financière, par analogie, aux dispositions du BGB régissant le contrat de bail⁷⁷¹. Lorsque le locataire, en l'occurrence l'administrateur de l'insolvabilité, ne restitue pas immédiatement la chose louée, le bailleur financier peut réclamer, comme tout bailleur, une indemnité pour la durée de rétention du bien qui sera égale aux loyers prévus au contrat sur le fondement du § 546a I BGB.

Le bailleur financier est, grâce à cette disposition, dispensé de prouver qu'il aurait pu louer le bien⁷⁷² s'il en avait obtenu la restitution. En revanche, comme son homologue dans la procédure de droit français, il doit avoir clairement exigé la restitution du bien et exprimé ainsi sa volonté d'en obtenir la possession⁷⁷³.

⁷⁷⁰ CA Rennes 03/06/2008, n° de rôle 07/07137.

⁷⁷¹ Sur l'application au *Finanzierungsleasingvertrag*, BGH, 22.03.1989: *NJW* 1989, 1730 s.; BGH, 7.01.2004 : *NZM* 2004, 354 soumet l'obtention d'une indemnité de privation de jouissance à condition que le bailleur financier ait réclaté au locataire la restitution du bien et ait ainsi clairement manifesté sa volonté d'obtenir la possession du bien.

⁷⁷² BERGER, «Zur Aussonderung aufgrund obligatorischer Herausgabeansprüche», in: *Festschrift für Gerhard Kreft, op. cit.*, p. 191 s.

⁷⁷³ BGH, 7.1.2004: *NZM* 2004, 354; HARDER, «Die verspätete Rückgabe des Leasing-Objekts», *FLF* 4/2004, 176.

Le *Bundesgerichtshof* a précisé dans un arrêt du 1^{er} mars 2007⁷⁷⁴, rendu dans le cadre d'un contrat de location financière, que l'administrateur de l'insolvabilité devait, en principe, restituer le bien objet du contrat dès lors qu'il en refusait l'exécution dans le cadre de l'exercice de son droit d'option. Il rappelle à cet effet que les droits issus du contrat étaient, dès l'ouverture de la procédure, inopposables. L'administrateur de l'insolvabilité est donc, en principe, obligé de restituer le bien loué au bailleur financier conformément aux dispositions du § 546 BGB sauf en cas de poursuite du contrat. A défaut de restitution du bien loué, le bailleur financier est en mesure d'exiger le paiement d'une indemnité pour privation de jouissance comme le prévoit le § 546a BGB. Le bénéfice d'une telle indemnité n'est pas lié à la preuve d'une faute du locataire⁷⁷⁵.

511.- Toutefois, comme cela a été relevé en droit français, si la résiliation du contrat de location financière intervient tardivement dans la période de location, l'indemnité d'utilisation peut se révéler très faible⁷⁷⁶. Il y a, tout d'abord, lieu de distinguer entre les différents types de *leasing*. Il est nécessaire de distinguer selon que le bien loué que l'administrateur de l'insolvabilité tarde à rendre, est ou non totalement amorti (*Vollamortisation- ou Teilamortisationsvertrag*).

Si l'on se trouve dans la période antérieure au complet amortissement, le bailleur financier a droit à une indemnité pour privation de jouissance à hauteur des loyers conventionnellement fixés. En revanche, une fois la période d'amortissement dépassée, un changement intervient dans la base de calcul des loyers. Au-delà de cette période, le bailleur financier ne peut plus invoquer de pertes financières puisque le bien est déjà amorti. Il ne souffre que de la privation de jouissance dont la valeur est celle de la concession d'usage (*Gebrauchsüberlassung*). Ainsi, si des loyers d'un montant moindre avaient été contractuellement prévus pour la période postérieure à l'amortissement du bien, l'indemnité de privation de jouissance correspondra au montant de ceux-ci⁷⁷⁷. Toutefois, l'utilisation du bien objet du contrat de *leasing* contribue à lui faire perdre de la valeur, de sorte que le

⁷⁷⁴ BGH, 1.03.2007 – IX ZR 81/05: *NJW* 2007, 1594 s.

⁷⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁷⁶ Sur le caractère moindre de l'indemnité dans le cadre du contrat de *leasing* dans la mesure où les loyers couvrent aussi la prestation de financement, ECKERT, « Mietverträge über bewegliche Sachen in der Schwebephase zwischen Eröffnung des Insolvenzverfahrens und Ausübung des Insolvenzverwalterwahlrechts », *NZW* 2007, 829.

⁷⁷⁷ Voir *Kölner Schrift zur InsO/Sinz*, « Leasing und Factoring im Insolvenzverfahren », *op. cit.*, Rn. 42 – DUURSMA-KEPPLINGER, *Eigentumsvorbehalt und Mobilienleasing in der Insolvenz*, *op. cit.*, p. 340.

produit de la revente sera toujours moindre alors que l'indemnité due pour privation de jouissance est, quant à elle, souvent d'un montant insignifiant⁷⁷⁸.

512.- Les fondements de l'indemnité pour privation de jouissance sont donc différents dans les deux systèmes juridiques étudiés. En droit allemand, le bailleur financier bénéficie d'une indemnité légale de privation de jouissance dont le montant correspond à celui des loyers. En droit français, le fondement de l'indemnité est différent puisque celle-ci est fondée soit sur la faute quasi-délictuelle du débiteur, soit sur une clause contractuelle. Les clauses contractuelles se réfèrent au dernier loyer avant la résiliation du contrat pour déterminer le montant de l'indemnité et dispensent le bailleur financier de prouver le préjudice subi, le plaçant dans une situation comparable à son homologue dans la procédure de droit allemand. En l'absence de clause, le préjudice est établi par référence aux pertes financières du bailleur financier c'est-à-dire en tenant compte des loyers restant à courir et de la valeur résiduelle, ce qui risque de conduire le crédit-bailleur à obtenir une indemnité d'un montant moindre notamment lorsque la résiliation du contrat intervient tardivement dans la période de la location.

B. L'indépendance de principe entre la restitution et la déclaration de créance

513.- La propriété-garantie constitue un avantage considérable pour le bailleur financier dans la procédure collective ouverte à l'encontre du locataire. Cet avantage est particulièrement important en droit français. En effet, le bailleur financier s'expose lors de la déclaration de créances à la forclusion. Dans la mesure où le droit de propriété n'a pas, dans le cadre du contrat de location financière, le caractère d'accessoire de la créance, le bailleur financier ne risque pas de perdre la possibilité d'opposer son droit de propriété à la procédure collective pour cause de défaut de déclaration. En droit allemand, cet avantage est moindre dans la mesure où les créanciers munis de sûretés sont, de toute façon, payés hors procédure et ne sont, par conséquent, pas soumis à l'obligation de déclarer leurs créances. Cependant, la question du caractère accessoire de la propriété-garantie se pose toute de même.

⁷⁷⁸ GÖLZENLEUCHTER, « Die Herausgabe des Leasing-Objektes – die Hauptsicherheit des Leasing-Gebers », *FLF* 2/2004, p. 83 s.

514.- Que ce soit dans le cadre du *Finanzierungsleasing* ou dans celui du contrat de crédit-bail, le locataire paie progressivement la valeur intrinsèque du bien loué, l'objectif de ce mécanisme étant l'amortissement complet du bien par le bailleur financier à l'issue de la période de location. Par ce contrat, le locataire renonce consciemment à inclure le bien loué, bien de consommation durable d'une durée de vie moyenne, dans son patrimoine qui constitue le gage commun des créanciers. Il paie en effet la valeur d'un bien qui ne lui appartient pas pendant toute la durée du contrat et ne peut l'acquérir qu'à la fin de la période de location conventionnellement prévue, si le contrat contient une option d'achat, ce qui, en droit français, est toujours le cas pour le contrat de crédit-bail. Dans le cadre des procédures collectives, la question se pose de la compatibilité de la mise en œuvre de la propriété avec le principe d'égalité entre les créanciers.

515.- Un auteur allemand⁷⁷⁹ s'est posé la question du bien-fondé de l'assimilation du contrat de *leasing* au contrat de bail dans le cadre de la procédure d'insolvabilité. Il a notamment relevé que les loyers payés par le locataire du bien constituaient en partie le paiement de la valeur du bien et que, par conséquent, la restitution du bien allait à l'encontre du principe d'égalité entre les créanciers. Le locataire, débiteur failli, paie la valeur du bien, qui ne lui appartient pas pendant toute la durée du contrat et peut acquérir celui-ci au terme de la période de location par la levée de l'option d'achat. Dès lors, la restitution du bien dont la valeur aurait été en grande partie payée par le débiteur se heurte au principe d'égalité entre les créanciers. En effet, en restituant le bien au bailleur financier, ce dernier bénéficie, d'une part, des loyers qui ont été payés par le débiteur et, d'autre part, de la pleine propriété du bien. Deux alternatives ont alors été proposées pour permettre de faire entrer le bien loué dans le gage commun des créanciers.

Selon la première alternative, le *Finanzierungsleasing* devrait être considéré comme laissant la propriété du bailleur financier à titre de garantie (propriété fiduciaire). Le droit de propriété ne donnerait pas droit à distraction mais droit à règlement séparé au sens du § 49 InsO. Dans cette hypothèse, le *leasing* serait considéré exécuté par le bailleur financier. L'administrateur de l'insolvabilité pourrait utiliser le bien pour la masse et exercer l'option d'achat en payant les loyers au bailleur financier. Dans le cas contraire, le bailleur financier ne

⁷⁷⁹ HÄSEMEYER, « Vorbehaltskauf und Finanzierungsleasing im geltenden und künftigen Insolvenzrecht », in : *Festschrift für Serick*, 1992, p. 153 s.

pourrait pas demander la restitution du bien mais seulement obtenir le paiement de la somme obtenue pour la vente du bien dont seraient déduits les loyers déjà payés par le locataire, en dehors des répartitions.

L'autre possibilité serait de distinguer un droit en formation (*Anwartschaftsrecht*) à hauteur des loyers déjà payés par le locataire et la propriété restante (*Resteigentum*) à hauteur des loyers restant à courir. Par ce mécanisme, le locataire deviendrait propriétaire du bien au fur et à mesure en acquérant une partie par le paiement de chaque loyer, le bailleur financier conservant la propriété de la partie non couverte par le paiement des loyers déjà effectué⁷⁸⁰. Dans cette alternative, le bailleur financier pourrait revendiquer le bien en remboursant les sommes déjà payées par le débiteur.

516.- Au moment de la réforme de l'*Insolvenzordnung*, ces deux solutions ont été écartées. Le vendeur avec réserve de propriété bénéficie d'un droit de distraction et il en est de même pour le bailleur financier. Cette solution conduit, comme celle retenue par la jurisprudence française, à une dissociation stricte entre les deux mécanismes que sont la propriété réservée et conservée et la déclaration de créances, renonçant ainsi à donner à la propriété-garantie la nature d'accessoire de la créance. Dans un arrêt du 29 janvier 1991 rendu sous le régime de la loi antérieure à la loi de Sauvegarde⁷⁸¹, la Cour de cassation française avait considéré que le bénéficiaire d'une clause de réserve de propriété n'était pas tenu de déclarer la créance du prix de vente avant de revendiquer le bien sur lequel portait la propriété réservée et que l'extinction de la créance consécutivement (sous le régime de la loi de 1985) au défaut de déclaration n'entraînait pas transfert de propriété à l'acheteur.

517.- La distinction entre la déclaration de créance et la revendication nous paraît encore plus justifiée en matière de crédit-bail où la propriété n'est pas seulement destinée à garantir le paiement des loyers et où le calcul de ces derniers est fait de telle manière qu'il existe toujours une adéquation entre la valeur retirée de la mise en œuvre de la propriété et du montant de la dette restant due. Les loyers sont, en effet, calculés de manière à tenir compte

⁷⁸⁰ HÄSEMEYER, « Vorbehaltskauf und Finanzierungsleasing im geltenden und künftigen Insolvenzrecht », in: *Festschrift für Serick*, 1992, p. 153 s. ; cité également par UHLENBRUCK/Brinkmann, § 47, Rn. 90a.

⁷⁸¹ Cass. com. 29/01/1991, n° 90-10525; Cass. com. 20/10/1992, n° 90-18867 ; et plus récemment, Cass. com. 1/04/2008, n° 07-11726 : *Bull. civ.* 2008, IV, n° 74 : *Rev. proc. coll.* 2008, comm. 152 par M.-H. MONSÉRIÉ-BON; *Gaz. Pal.* 2008, n° 211, p. 61, obs. F. PÉROCHON.

de la dépréciation du bien du fait de son usure et de son obsolescence⁷⁸². Les actions relatives au droit de propriété doivent, par conséquent, être indépendantes de la déclaration de créance. Lier la propriété-garantie à la déclaration de créances conduirait à affaiblir la position du bailleur financier dans la procédure collective et inciterait les établissements financiers à durcir les conditions d'octroi d'un tel financement en exigeant notamment plus de garanties de la part du débiteur. Or, le crédit-bail, en France, et le *Finanzierungsleasing*, en Allemagne, constituent des modes de financement très utilisés par les entreprises qui ne disposent pas d'assez de fonds propres pour obtenir un crédit classique. Cela contribuerait dès lors à augmenter les difficultés des entreprises.

518.- Si le succès de l'action en revendication ne peut être dépendant de l'existence d'une déclaration de créance, la restitution du bien loué au propriétaire peut avoir des conséquences sur le montant d'une créance déclarée. C'est le cas d'une créance d'indemnité de résiliation, dans le cadre du contrat de crédit-bail, qui inclut le prix de revente du bien. Le montant de l'indemnité est généralement égal à celui de l'intégralité des loyers restant à courir suite à la résiliation du contrat, sous déduction du montant du prix de revente du bien crédit-baillé. Si l'action en revendication ou en restitution du crédit-bailleur est admise, le montant de la créance de celui-ci devra être réduit du montant du prix de revente du bien crédit-baillé⁷⁸³. Là encore, la solution est identique en droit allemand, selon lequel l'indemnité de résiliation ne peut, en principe, dépasser le montant de l'intérêt d'exécution (*Erfüllungsinteresse* ou *positives Interesse*), c'est-à-dire que le bailleur financier ne peut obtenir plus que ce qu'il aurait obtenu si le contrat avait été exécuté jusqu'à son terme⁷⁸⁴. Dans le *Finanzierungsleasing*, le bailleur financier qui revend le bien loué une fois que celui-ci lui a été restitué, déduit le montant obtenu de la créance d'indemnité due pour l'inexécution du contrat⁷⁸⁵.

⁷⁸² P. CROCQ, *Propriété et garantie*, op. cit., n° 486 s.

⁷⁸³ P.-M. LE CORRE et E. LE CORRE-BROLY, *Droit des entreprises en difficulté*, 2^{ème} éd., 2006, n° 433 ; CA Paris, 12/05/2011, Juris-Data n° 2011-008780 : « (...) Il convient de déduire de cette indemnité de résiliation la valeur vénale du véhicule restitué ».

⁷⁸⁴ GRAF V. WESTPHALEN, *Der Leasingvertrag*, op. cit., n° 1174.

⁷⁸⁵ BGH, 12.06.1985: NJW 1985, 2253: Les contrats de location financière destinés à l'amortissement complet du bien sont conclus pour une durée représentant 90% de la durée habituelle d'utilisation de ce bien. Les 10% de durée habituelle d'utilisation restants ainsi que le prix que la vente du bien reviennent au bailleur financier. Les juges du BGH ont considéré que ces 10% représentaient 10% du prix de revente. Par conséquent, le bailleur financier ne déduit que 90% du prix de revente du montant de l'indemnité de résiliation anticipée.

519.- L'indépendance entre la restitution du bien au bailleur financier et la déclaration de créance reconnue aussi bien en droit français qu'en droit allemand tient à la nature particulière du contrat de location financière. La propriété-garantie est principalement destinée à garantir les créances qui seraient arrivées à échéance ultérieurement si le contrat avait été exécuté et non les créances de loyers antérieures impayées.

II. Défaut ou rejet des actions en revendication ou en restitution du bailleur financier

520.- En droit français, plusieurs hypothèses peuvent justifier le rejet des actions en revendication ou en restitution. La plupart de ces hypothèses sont liées aux conditions particulières d'exercice de ces actions dans la procédure collective. Ainsi, le non-respect des délais pour agir en revendication ou l'absence de publicité de crédit-bail justifient le rejet de l'action. Ce rejet a des conséquences sur le droit de propriété du bailleur financier qui devient inopposable à la procédure. Ces hypothèses sont inconnues du droit allemand.

Mais le rejet de l'action en revendication ou en restitution du bailleur financier peut également être dû à l'impossibilité matérielle de restituer le bien. Contrairement aux hypothèses précédentes, le rejet de l'action n'a pas de conséquence sur le droit de propriété. Cette hypothèse concerne aussi le bailleur financier dans la procédure de droit allemand.

521.- Afin d'analyser les conséquences du rejet des actions en revendication et en restitution, nous distinguerons selon que le rejet est dû à une cause autre que l'impossibilité matérielle (A) ou si c'est cette dernière qui empêche la restitution du bien à son propriétaire (B).

A. Rejet ou défaut de l'action en revendication ou en restitution du bailleur financier pour une cause autre que l'impossibilité matérielle

522.- En droit français des procédures collectives, l'opposabilité du droit de propriété à la procédure dépend de l'exercice de l'action en revendication dans les délais ou à l'existence d'une publicité. Si le droit de propriété du bailleur financier est inopposable à la procédure, ce dernier ne peut en obtenir la restitution (1). En revanche, l'absence d'action en restitution du bailleur financier dont le droit de propriété est reconnu n'empêche pas la

restitution du bien aussi bien dans le cadre de la procédure de droit français que dans celle de droit allemand (2)

1. Rejet ou défaut d'action en revendication et rejet de l'action en restitution pour une cause autre que l'impossibilité matérielle

523.- La conséquence du défaut de publicité ou d'absence de revendication dans les délais est propre au droit français. Il s'agit de l'inopposabilité du droit de propriété à la procédure. Celle-ci empêche la restitution matérielle du bien loué au bailleur financier.

524.- Contrairement à la perte du droit de propriété, l'inopposabilité est relative. Les magistrats de la Cour de cassation emploient l'expression « *inopposabilité à la procédure collective* »⁷⁸⁶.

L'expression ne désigne pas toutes les personnes intervenant dans la procédure mais plutôt des créanciers et leurs représentants, la procédure collective semblant être le successeur de « la masse », qui sous l'empire de la loi de 1967 désignait une personne morale constituée par l'ensemble des créanciers⁷⁸⁷. Certaines considérations terminologiques viennent étayer cette idée. Il en est ainsi de l'expression « procédures collectives de paiement » souvent employée, et qui sous-entend l'ensemble des créanciers⁷⁸⁸. Elle exclut, en revanche, le débiteur.

⁷⁸⁶ Cass. com. 4/01/2000, n° 96-19511 : D. 2000, Jur. 533 note E. LE CORRE-BROLY; Cass. com. 26/11/2002, n° 01-03980 : Bull. civ. IV, n° 176 : En l'espèce, l'époux de la débitrice n'avait pu exercer l'action en distraction lors de la première procédure collective de son épouse. Cependant, une seconde procédure fut ouverte, à l'occasion de laquelle un créancier avait fait pratiquer une saisie conservatoire sur plusieurs biens mobiliers se trouvant au domicile de la débitrice. Après la conversion en saisie-vente l'époux demanda la distraction de certains biens saisis. La Cour d'appel rejeta la demande en invoquant le défaut de revendication du mari dans les trois mois suivants la publication du jugement d'ouverture de la première procédure. Cassation : « *l'absence de revendication, qui a pour seul effet de rendre le droit de propriété inopposable à la procédure collective mais n'entraîne pas le transfert de la propriété des biens au débiteur, n'interdit pas au tiers qui se prétend propriétaire d'un bien saisi entre les mains de ce dernier, d'en demander la distraction pour s'opposer aux droits du créancier saisissant, sans préjudicier au droit de gage général des créanciers antérieurs au jugement d'ouverture.* »

⁷⁸⁷ M. LAROCHE, *Revendication et propriété*, th. préc., n° 78.

⁷⁸⁸ Note E. LE CORRE-BROLY sous l'arrêt Cass. com. 4/01/2000, n° 96-19511 : D. 2000, 533.

525.- Du fait de son caractère relatif, l'inopposabilité du droit de propriété a une durée limitée à la durée de la procédure. Dans un arrêt du 4 janvier 2000⁷⁸⁹, les juges de la Chambre commerciale ont rappelé le caractère relatif de l'inopposabilité du droit de propriété à l'égard de la procédure collective en précisant que « *si l'absence de revendication rend le droit de propriété inopposable à la procédure collective, elle n'entraîne cependant pas extinction de ce droit de propriété ni le transfert de la propriété au débiteur, la forclusion ne constituant pas un mode d'acquisition de ce droit ce dont il résulte que, dans les rapports entre le débiteur et bailleur, l'absence de revendication est sans incidence* »⁷⁹⁰. Sous le système antérieur à la Loi de Sauvegarde, cette solution permettait au bailleur financier de revendiquer à nouveau le bien dans le cadre d'un plan de continuation dans la mesure où le jugement arrêtant le plan de continuation mettait fin à la procédure collective. Le droit de propriété du bailleur financier n'était dès lors plus inopposable.

Désormais, les textes issus de la Loi de Sauvegarde semblent justifier d'interdire au bailleur financier forclos d'agir en revendication tant que l'exécution du plan n'est pas achevée puisque les procédures de sauvegarde ou de redressement judiciaire ne prennent fin que lors de l'achèvement de l'exécution du plan ou lors de la résolution de celui-ci, de sorte que l'inopposabilité du débiteur forclos perdurerait jusque-là. Néanmoins, le débiteur étant « remis à la tête de ses affaires suite à l'adoption du plan », la solution retenue sous le régime antérieur à la Loi de Sauvegarde pourrait être reprise⁷⁹¹. L'inopposabilité du droit de propriété ne valant pas à l'égard du débiteur, ce dernier ne pourrait, une fois le plan de redressement ou de sauvegarde adopté, se prévaloir de cette inefficacité pour refuser la reprise du bien par le bailleur financier.

Cette solution, qui protège le droit de propriété du revendiquant, implique toutefois la nécessité de se préoccuper, au moment de la mise en place d'un plan de redressement ou de sauvegarde, du titre auquel un bien indispensable à la continuation de l'activité est utilisé⁷⁹²,

⁷⁸⁹ Cass. com. 4/01/2000, n° 96-19511.

⁷⁹⁰ Voir supra, n° 461 s.

⁷⁹¹ V. en ce sens F. PEROCHON, « La procédure des revendications et des restitutions dans les procédures collectives », *LPA* 2008, n° 239, p. 56 et s., spéc. n°17 et s.

⁷⁹² M. CABRILLAC, obs. sous arrêt Cass. com. 24/03/2004, *JCP Ent.* 2004, n° 37, p. 1292, n° 12 ; dans le même sens, F. PEROCHON, « La procédure des revendications et des restitutions dans les procédures collectives », *op. cit.*, spéc. n°17 et s.

afin d'empêcher que la reprise du bien par un propriétaire forclos vienne mettre en péril des chances de sauvegarde de l'entreprise⁷⁹³. Ce serait le cas d'une machine de production indispensable à la poursuite de l'activité qui ferait l'objet d'un contrat de location financière et qui arriverait à son terme ou d'un contrat qui aurait été résilié avant l'ouverture de la procédure.

Sous le régime de la loi antérieure, la chambre commerciale avait limité la possibilité pour le propriétaire forclos de revendiquer le bien dans le cadre d'un plan de continuation. Les magistrats avaient, en effet, relevé dans un arrêt du 30 octobre 2007 que « *le jugement arrêtant le plan de continuation ayant mis fin à la procédure collective et le débiteur ayant été remis à la tête de ses affaires, le propriétaire du matériel pouvait, sous réserve que le bien n'ait pas été inclus dans le plan, en obtenir la restitution, peu important l'absence de revendication dans le cadre de la procédure collective* »⁷⁹⁴. Soumettre la revendication du propriétaire forclos à la condition que le bien n'ait pas été inclus dans le plan constituerait un compromis entre les intérêts du bailleur financier en tant que propriétaire et ceux des créanciers, puisqu'elle respecterait à la fois le caractère relatif de l'inopposabilité du droit de propriété et ne nuirait pas à l'exécution du plan.

En revanche, si le plan de sauvegarde ou de redressement était résolu, une nouvelle procédure serait ouverte et le bailleur financier pourrait se prévaloir de son droit de propriété à condition toutefois d'agir dans les délais ou d'avoir publié le contrat de location financière avant l'ouverture de la procédure de liquidation.

526.- La frontière entre les effets de l'inopposabilité du droit de propriété et la perte du droit de propriété est, en revanche, très mince dans le cadre du plan de cession et de la liquidation.

Dans le cadre d'un plan de cession, la situation varie selon que le plan a prévu la cession judiciaire du contrat de location financière, ou simplement la cession du bien non revendiqué. Dans le premier cas, la décision revêtue de l'autorité de la chose jugée reconnaît l'existence d'un contrat et ainsi du droit de propriété, de sorte que le cessionnaire ne pourra ni

⁷⁹³ A. LIENHARD, « Revendication après l'adoption d'un plan de continuation », *D.* 2004, p.1084, obs. sous l'arrêt Cass. com. 24/03/2004, n° 02-18048.

⁷⁹⁴ Cass. com. 30/10/2007, n° 06-18328.

se prévaloir de l'absence de publicité ni du défaut d'exercice de l'action en revendication pour soutenir que le droit de propriété du bailleur financier lui est inopposable. Dans le second cas, en revanche, le bailleur financier ne peut revendiquer la créance du prix de vente du bien faute de pouvoir se prévaloir de son droit de propriété⁷⁹⁵.

527.- Dans la liquidation judiciaire, le droit de propriété du bailleur financier ne peut être opposé au liquidateur. La Cour de cassation a précisé dans un arrêt du 23 mai 1995 que « *le crédit-bailleur avait perdu le droit d'agir en revendication, ce dont il résultait que le bien litigieux était devenu le gage des créanciers* »⁷⁹⁶. Le liquidateur a donc la possibilité de vendre le bien, le prix de la vente étant affecté au règlement des créances.

Cependant, dans un arrêt du 22 janvier 2002, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel d'avoir retenu la responsabilité du liquidateur qui avait vendu aux enchères un véhicule crédit-baillé alors que la requête en revendication du crédit-bailleur avait été rejetée. En l'espèce, une société avait loué un véhicule automobile en crédit-bail à un commerçant. Ce dernier ayant mis ce fonds de commerce en location-gérance, la société garante avait utilisé le bien avant que ne soit ouverte une procédure de redressement puis de liquidation à son encontre. Le liquidateur avait été autorisé par ordonnance du juge-commissaire à vendre aux enchères les biens de la débitrice, vente qui était intervenue après que la requête en revendication du crédit-bailleur a été déclarée irrecevable. Le rejet de l'action en revendication était fondé sur l'absence de mention du débiteur en tant que preneur sur la publicité du contrat.

Les magistrats ont considéré que le liquidateur avait commis une faute en vendant aux enchères un bien qu'il savait ne pas appartenir à la société débitrice⁷⁹⁷. Il appartient pourtant au bailleur financier de revendiquer le bien loué non seulement dans la procédure collective ouverte à l'encontre de son cocontractant mais aussi à l'encontre de tout détenteur du bien lui appartenant. Le rejet d'une telle action conduit à l'inopposabilité du contrat de crédit-bail aux créanciers pour lesquels, le droit de gage porte désormais également sur le bien loué. Par conséquent, le liquidateur aurait dû pouvoir procéder à la vente des biens. La Chambre

⁷⁹⁵ E. LE CORRE-BROLY, « Revendication et inopposabilité du droit de propriété », *D.* 2000, p. 533 s. note sous arrêt Cass. com. 4/01/2000, n° 96-19511.

⁷⁹⁶ Cass. com. 23/05/1995, n° 93-10439 : *Bull. civ.* IV, n° 153.

⁷⁹⁷ Cass. com. 22/01/2002, n° 99-12586: *RTD Com.* 2003, p. 569-570, obs. A. MARTIN-SERF; L. HAENNIG, « Commet une faute le liquidateur judiciaire qui fait procéder sciemment à la vente aux enchères d'un véhicule qu'il savait ne pas appartenir à la société débitrice », *JCP G.* 2003, II, 10013 comm. de l'arrêt Cass. com. 22/01/2002, n° 99-12586.

commerciale a toutefois considéré que le liquidateur ne pouvait se retrancher derrière l'ordonnance du juge-commissaire autorisant la vente du véhicule aux enchères publiques. Une telle solution conduit à empêcher le liquidateur de vendre les biens ayant fait l'objet d'une requête en revendication rejetée.

Deux explications ont été proposées pour justifier cet arrêt⁷⁹⁸. Selon la première, le crédit-bailleur n'aurait pas à revendiquer le bien dans la procédure collective ouverte à l'encontre du détenteur du bien qui ne serait pas contractuellement lié au crédit-bailleur, comme c'était le cas en l'espèce⁷⁹⁹. Il ne serait alors pas possible de retenir l'inopposabilité du droit de propriété en cas d'absence ou de rejet de la demande de revendication du crédit-bailleur, ce qui interdirait également au liquidateur de réaliser le bien dans le cadre de la procédure collective.

La seconde consisterait à dire que le liquidateur a une obligation supplémentaire, à savoir celle de s'assurer qu'il ne réalise pas des biens n'appartenant pas au débiteur. Pour les véhicules, cela signifierait s'assurer de l'identité du titulaire de la carte grise et s'abstenir de toute réalisation d'actif si le véhicule appartenait à une personne autre que le débiteur soumis à la procédure collective, dans la mesure où la carte grise jouerait le rôle de publicité⁸⁰⁰.

Il nous semble, cependant, qu'aucune de ces solutions n'est vraiment satisfaisante. Dispenser le crédit-bailleur de revendiquer le bien dans une procédure ouverte à l'encontre du détenteur du bien, tiers au contrat de crédit-bail, est contraire à la finalité assignée à l'action en revendication en droit français, à savoir faire reconnaître son droit de propriété sur le bien par la procédure.

En outre, la conséquence du rejet de l'action en revendication est toujours l'inopposabilité du droit de propriété, peu important les motifs sur lesquels la décision de rejet est fondée. Le liquidateur peut donc vendre le bien au profit de l'ensemble des créanciers puisque le bien devient le gage commun des créanciers.

En revanche, le rejet de l'absence en revendication pour absence de mention de l'identité du crédit-preneur semblerait, quant à lui, pouvoir être mis en cause. La publicité du

⁷⁹⁸ L. HAENNIG, «Commet une faute le liquidateur judiciaire qui fait procéder sciemment à la vente aux enchères d'un véhicule qu'il savait ne pas appartenir à la société débitrice », *op. cit.*

⁷⁹⁹ Voir pourtant, *contra* Cass. com. 2/03/1999, n° 96-19253.

⁸⁰⁰ L. HAENNIG, «Commet une faute le liquidateur judiciaire qui fait procéder sciemment à la vente aux enchères d'un véhicule qu'il savait ne pas appartenir à la société débitrice », *op. cit.*

contrat permet d'établir l'identité des parties au contrat. Cette formalité étant accomplie, le droit de propriété du crédit-bailleur est opposable à tous. L'absence de relation contractuelle entre les parties ne devrait pas justifier le rejet de l'action en revendication puisque celle-ci a pour but de faire reconnaître le droit de propriété à la procédure. La solution de l'arrêt du 22 janvier 2002 se fonde toutefois non pas sur les conséquences du rejet de l'action en revendication mais sur la faute du liquidateur.

Dans un arrêt du 26 novembre 2002, également, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel qui avait retenu la responsabilité de l'administrateur pour avoir vendu un bien qui ne dépendait pas de l'actif du débiteur « *alors qu'il avait l'obligation de s'assurer de l'existence des droits qu'il [mettait] en vente* »⁸⁰¹. Alors que l'administrateur invoquait l'impossibilité pour le crédit-bailleur d'exercer l'action en revendication, à laquelle il était soumis sous le régime de la loi de 1985 non réformée en l'absence de continuation du contrat⁸⁰², puisque le délai pour agir était dépassé, les magistrats de la Cour de cassation ont indiqué que la Cour d'appel avait été « *saisie d'une action en responsabilité et non d'une contestation en matière de revendication* ». Comme dans les faits qui avaient donné lieu à l'arrêt du 22 janvier 2002, les biens ne se trouvaient pas entre les mains du locataire mais dans le patrimoine d'un tiers au contrat. Il est, dès lors, probable que la responsabilité du liquidateur ne soit retenue que dans l'hypothèse où la procédure collective est ouverte à l'encontre d'un tiers au contrat de crédit-bail.

528.- L'inopposabilité du droit de propriété doit encore être distinguée de l'inopposabilité du contrat. Le contrat qui lie le bailleur financier au débiteur reste opposable. Les tribunaux ont considéré que l'absence de revendication n'empêchait pas la poursuite du contrat de location financière. Le bailleur financier, dont le droit de propriété subsiste même s'il est inopposable, peut réclamer non seulement le paiement des loyers ultérieurs mais également celui de l'indemnité de résiliation⁸⁰³. Dans un arrêt du 3 février 1998, les juges de la chambre commerciale ont, en effet, précisé que « (...) *la perte par le crédit-bailleur du droit de revendiquer le bien est sans influence sur les droits que le crédit-bailleur prétend exercer en application du contrat, notamment en cas de résiliation, et ne fait donc obstacle à*

⁸⁰¹ Cass. com. 26/11/2002, n° 99-21421.

⁸⁰² Cass. com. 15/10/1991, n° 90-10978 et n° 90-13147: *Bull. civ.* IV, n° 291.

⁸⁰³ Cass. com. 19/01/1999, n° 95-19216; *contra*, CA Paris, 30/10/1998: *D.* 1998, p. 263.

*son admission au passif pour le montant de l'indemnité de résiliation et de la valeur résiduelle du matériel »*⁸⁰⁴.

529.- Si la sanction de l'inopposabilité est sévère pour le bailleur financier, elle se révèle favorable pour le débiteur qui conserve la détention du bien loué et peut l'utiliser pour les besoins de la procédure. Par cette formule, on entend soit la poursuite de l'activité, soit le paiement des créanciers. Dans la mesure où le bien peut être cédé en vue de la répartition de son prix entre les créanciers, la frontière entre les effets de l'inopposabilité et le transfert du droit de propriété au profit du débiteur, supposant la perte du droit de propriété du bailleur financier sont minces⁸⁰⁵. Du fait de l'absence d'un régime spécifique à l'action en revendication dans le cadre de la procédure d'insolvabilité, le droit allemand ignore un tel contentieux et offre ainsi au bailleur financier une situation relativement simple⁸⁰⁶. Ce dernier ne perd jamais la possibilité d'exercer son droit de propriété au profit des autres créanciers puisque l'*Aussonderungsrecht* est fondé uniquement sur l'existence de son droit de propriété ou de son droit à restitution. L'existence d'un droit réel ou d'un droit personnel justifie en elle-même que le bien ne soit pas le gage commun des créanciers.

2. Défaute de demande en restitution

530.- Le bailleur financier dont le contrat est publié n'est pas, en droit français, contraint de revendiquer le bien loué. Le droit de propriété est opposable à la procédure comme si une action en revendication avait été engagée dans les délais légaux et admise.

En revanche, il lui faut demander la restitution du bien. Comme c'est le cas en droit allemand, le bailleur financier n'est pas soumis à un quelconque délai. Par conséquent, il pourrait tarder à demander la reprise du bien loué. Dans le cadre de la liquidation, l'absence de reprise du bien peut gêner les organes de la procédure qui veulent vider les locaux du débiteur. Les dispositions de l'article R. 641-32 du Code de commerce prévoient la possibilité

⁸⁰⁴ Cass. com. 3/02/1998, n° 95-20170 : *Bull. civ.* IV, n° 55.

⁸⁰⁵ V. sur ce point, M. LAROCHE, *Revendication et propriété*, *op. cit.*, n° 67.

⁸⁰⁶ E. LE CORRE- BROLY relève au contraire toute la complexité du système français, E. LE CORRE-BROLY, « Revendication et inopposabilité du droit de propriété », *op.cit.*

de vendre le bien qui n'aurait pas fait l'objet d'une demande en restitution. Cependant, le liquidateur doit préalablement adresser au bailleur financier dont le contrat est publié, une mise en demeure par lettre recommandée avec demande d'avis de réception pour lui demander s'il entend ou non obtenir la restitution du bien. Le bailleur financier dispose alors d'un délai d'un mois après l'envoi de la mise en demeure pour faire la demande de restitution. La demande de restitution pourra être faite au-delà de ce délai si le bien n'a pas été vendu⁸⁰⁷.

Dans le cas contraire, l'alinéa 2 de l'article R. 641-32 du Code de commerce prévoit une subrogation réelle. Une fois la vente réalisée, le prix de vente sera consigné à la Caisse des dépôts et consignations par le liquidateur au profit du bailleur financier. Selon ce même article, il appartient au liquidateur d'avertir le propriétaire, en l'occurrence le bailleur financier, que le prix est tenu à sa disposition par lettre recommandée avec accusé de réception. Si la demande est effectuée après la clôture de la procédure, le montant consigné sera reversé au bailleur financier par la Caisse des dépôts et consignations.

531.- L'*Insolvenzordnung* ne prévoit pas de procédure comparable à celle qui vient d'être décrite en droit français. Cependant, le bailleur financier peut autoriser l'administrateur de l'insolvabilité à vendre le bien pour lui dans le cadre de la réalisation des actifs du débiteur afin d'en tirer un meilleur prix. Le prix de vente lui sera ensuite remis en dehors de toute répartition. Comme en droit français, le bailleur financier doit avoir consenti à recevoir le prix de vente et non le bien lui-même. Toutefois, alors que la subrogation réelle est légale en droit français, elle est conventionnelle en droit allemand.

532.- Dans les deux systèmes juridiques étudiés, la mandataire de la procédure engage sa responsabilité s'il vend le bien sans l'autorisation du bailleur financier.

En droit français, le mandataire est tenu d'un devoir de « diligence », dont les contours ont été précisés dans un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 30 juin 2004⁸⁰⁸. Il incombe à l'administrateur « *de prendre les dispositions appropriées à assurer la protection et la conservation des biens du débiteur afin de permettre l'exercice effectif des droits des revendiquants et leur éventuelle indemnisation ...* ». En l'espèce, la Cour de

⁸⁰⁷ En ce sens, F. PEROCHON, « La procédure des revendications et des restitutions dans les procédures collectives », *op. cit.*, spéc. n° 73.

⁸⁰⁸ Cass. com. 30/06/2004, n° 02-17771: *Bull. civ. IV*, n° 138.

cassation a approuvé les juges du fond d'avoir retenu la responsabilité de l'administrateur après avoir constaté qu'il avait reçu la demande de restitution clairement circonstanciée et qu'il n'avait pas pris les dispositions pour que la matériel concerné soit isolé et ne soit pas livré au cessionnaire. L'administrateur ne peut pas englober le bien du bailleur financier dans le plan de cession. Dans une telle hypothèse, en effet, le revendiquant n'a pas accepté la subrogation de la créance du prix au bien⁸⁰⁹.

533.- La situation n'est pas différente en droit allemand. Le bailleur financier dont le bien serait vendu sans son autorisation par l'administrateur de l'insolvabilité pourrait engager la responsabilité de ce dernier⁸¹⁰ sur le fondement du § 60 InsO. Comme son homologue français, l'administrateur doit prendre toutes les mesures utiles à la conservation du bien afin de permettre sa restitution au revendiquant⁸¹¹. Dans un arrêt de l'*Oberlandesgericht* de Celle⁸¹², les juges ont retenu la faute de l'administrateur de l'insolvabilité en considérant que l'aliénation du bien constituait une violation de ses obligations dans la mesure où elle était à la fois contraire aux dispositions du contrat mais également à la volonté du créancier exprimée dans un courrier antérieurement à l'ouverture de la procédure. Les juges soulignaient, en outre, que l'administrateur ne pouvait alors invoquer l'erreur de droit qui aurait pu justifier l'aliénation, à savoir que le créancier ait été un créancier privilégié⁸¹³. La preuve du manquement du mandataire à ses obligations doit être apportée par le bailleur financier.

534.- Les deux systèmes juridiques étudiés mettent à la charge de l'administrateur de la procédure une obligation de diligence quant à la conservation et la restitution du bien

⁸⁰⁹ Cass. com. 30/06/2004, n° 02-17771: *JCP Ent.* 2005, n° 1 p. 30-31, note M. CABRILLAC.

⁸¹⁰ OLG Thüringen, 2. Zivilsenat 27.10.2004: *ZinO* 2005- 45,47.

⁸¹¹ GRUNDLACH/FRENZEL/SCHMIDT, «Die Haftung des Insolvenzverwalters gegenüber Aus- und Absonderungsberechtigten », *NZI* 2001, 350, spéc. 352.

⁸¹² OLG Celle, 1.10.2003 : *EWIR* 2004, 117, Anm. PAPE ; mais aussi OLG Jena, 27.10.2004 : *ZInsO* 2005, 44 s.: En l'espèce, l'administrateur de l'insolvabilité disposait de sérieux indices de l'existence d'une réserve de propriété portant sur des marchandises qu'il a pourtant vendues aux enchères. Le tribunal a retenu la violation de ses obligations et par conséquent, sa responsabilité. Il faut préciser qu'en droit allemand, le *leasing* et la réserve de propriété sont soumis aux dispositions du § 47 InsO. L'administrateur ne peut vendre les marchandises vendues au débiteur avec réserve de propriété qu'après avoir exigé la poursuite du contrat sur le fondement du § 103 InsO.

⁸¹³ Ce qui signifie non pas titulaire d'un *Aussonderungsrecht* mais d'un *Absonderungsrecht*. Ceci aurait impliqué la possibilité pour l'administrateur de l'insolvabilité de vendre le bien et de payer le créancier privilégié par priorité sur le bien contrairement à l'*Aussonderungsrecht* qui prévoit la restitution du bien lui-même.

appartenant à un tiers. Le droit de propriété du bailleur financier est donc protégé dans chacun des deux systèmes, à condition toutefois en droit français que le droit de propriété du bailleur financier ait été reconnu, soit du fait de l'exercice de l'action en revendication dans les délais soit du fait de la publicité du contrat. Libre à lui cependant de laisser le mandataire de la procédure vendre le bien dans le cadre de la réalisation des actifs du débiteur et de s'en voir restituer le prix de vente. En revanche, s'il ne consent pas même tacitement à la vente, la responsabilité du mandataire de la procédure peut être engagée.

B. Rejet de l'action en revendication ou en restitution en raison d'une impossibilité matérielle

535.- En droit français, lorsque le bien loué dans le cadre d'un contrat de location financière ne se trouve pas en nature dans le patrimoine du débiteur et ne figure pas dans l'inventaire réalisé à l'ouverture de la procédure collective, la demande en revendication ou en restitution, selon que le contrat a été ou non publié, doit être rejetée.

Le rejet de l'action en revendication ou en restitution en raison d'une impossibilité matérielle n'a pas de conséquence sur le droit de propriété du bailleur financier. L'impossibilité matérielle peut être due à la disparition fortuite du bien ou encore à un acte du débiteur. Ce dernier pourrait avoir vendu ou donné le bien loué à un tiers antérieurement à l'ouverture de la procédure. Cette situation se présente également en droit allemand.

536.- Lorsque le bien a été détruit ou volé, l'indemnité de l'assurance est, en droit français, subrogée au bien loué. Par conséquent, si le bailleur financier agit directement contre l'assureur, sur le fondement de l'article L. 121-13 du Code des assurances, il n'est pas nécessaire qu'il engage une action en revendication pour obtenir le paiement de l'indemnité car elle n'entre pas dans le patrimoine du débiteur qui n'était pas propriétaire du bien détruit ou volé⁸¹⁴.

La solution est la même en droit allemand. L'*Oberlandesgericht* de Francfort a ainsi repoussé, dans un arrêt du 7 août 2001, l'objection formée par l'administrateur de

⁸¹⁴ Cass. com. 12/05/2004; D. 2004, AJ 1904; Cass. Com. 22/04/1997, n° 93-10114: *Bull. Civ. IV*, n° 103; *JCP Ent.* 1997, I, 681, n° 30, note M. CABRILLAC; Cass. com. 6/07/1993: *JCP G.* 1993, II, 22153, comm. C. LARROUMET.

l'insolvabilité contre le paiement direct de l'indemnité d'assurance au bailleur financier⁸¹⁵. La subrogation opérée par le § 48 InsO ne s'applique pas à l'hypothèse de la destruction ou de la disparition du bien⁸¹⁶, de sorte que le bailleur financier ne doit pas revendiquer l'indemnité.

537.- La situation est, en revanche, différente dans les deux systèmes juridiques étudiés lorsque le bien a été vendu avant l'ouverture de la procédure collective et ne figure pas sur l'inventaire.

Le droit français ne permet pas au bailleur financier de revendiquer le prix de vente. Le bailleur financier peut revendiquer le bien auprès de l'acquéreur. Ce dernier peut toutefois lui opposer les dispositions de l'article 2276 du Code civil selon lequel « *en fait de meuble, la possession vaut titre* » pour faire échec à la revendication. Ce principe ne vaut toutefois que dans la mesure où il est acquéreur de bonne foi. Le bailleur financier, dont le contrat est publié, pourra alors se prévaloir de la publicité pour prouver la mauvaise foi de l'acquéreur. Cela ne vaut toutefois qu'à l'encontre de l'acquéreur du locataire. Dans un arrêt du 14 octobre 1997, la Cour de cassation a, en effet, précisé que si la publicité du contrat de crédit-bail « *permet l'identification des parties au contrat et des biens objet de l'opération par les créanciers ou ayants-cause à titre onéreux du client de l'entreprise de crédit-bail, il n'en est pas de même pour le sous-acquéreur, possesseur de bonne foi du bien mobilier, dont le droit de propriété demeure opposable au crédit-bailleur en dépit de l'accomplissement des formalités de publicité* ». La revendication du bien entre les mains du sous-acquéreur se révèle dès lors impossible.

Le bailleur financier est, en revanche, créancier d'une indemnité envers le locataire qui a vendu le bien loué sur le fondement de la responsabilité délictuelle. La vente étant intervenue avant l'ouverture de la procédure, le fait générateur de l'indemnité est antérieur à l'ouverture⁸¹⁷. Le bailleur financier doit, par conséquent, déclarer la créance à la procédure.

538.- En droit allemand, le terme d'« *Aussonderungsrecht* » suppose en lui-même que le bien se trouve dans le patrimoine du débiteur et que le revendiquant ait un droit de distraction sur ce bien. A ce titre, le bailleur financier dispose du droit d'être informé de la

⁸¹⁵ OLG Frankfurt, 7.08.2001 : NZV 2002, 44, Anm. NITSCH.

⁸¹⁶ Sur le principe de subrogation dans la distraction, V. GANTER, « Der Surrogationsgedanke bei der Aus- und Absonderung », NZI 2008, 583.

⁸¹⁷ Jur.Cl. Proc. Coll., Fasc. 2550, Redressement et liquidation judiciaires, V° *Situation du vendeur de meubles*, n°33.

présence ou non de l'objet en cause dans le patrimoine du débiteur failli⁸¹⁸. Si le bien ne se trouve pas en nature dans le patrimoine du débiteur au moment de l'ouverture de la procédure, le revendiquant ne peut plus exercer l'action en revendication au sens du § 47 InsO, comme son homologue dans la procédure de droit français. En revanche, le droit allemand prévoit une action en distraction de l'équivalent au § 48 InsO⁸¹⁹.

539.- L'exercice de l'action en distraction de l'équivalent suppose que plusieurs conditions soient réunies. La condition préalable est que le revendiquant ait disposé d'un droit de distraction sur le bien au sens du § 47 InsO. Ceci ne soulève pas de question particulière pour le bailleur financier.

Il doit ensuite y avoir eu un bien à revendiquer et que celui-ci ait été vendu (*veräußert*). Par le terme *Veräußerung*, on entend une aliénation du bien par contrat (*rechtsgeschäftliche Verfügung*). Le bien revendiqué doit avoir été transmis avant l'ouverture de la procédure par le débiteur⁸²⁰ ou après l'ouverture de la procédure par l'administrateur de l'insolvabilité. On pense donc seulement à une transmission qui constitue un acte de disposition (*verfügende Wirkung*) comme le transfert de propriété, une transmission entre vifs ou une charge réelle⁸²¹. La transmission devra, en tout cas, avoir été faite à titre onéreux et sans l'autorisation du propriétaire⁸²². La donation du bien n'est donc pas concernée par cette disposition, de même que la vente du bien pour le compte du bailleur financier. Dans le cas d'un contrat de *leasing*, l'hypothèse la plus fréquente est celle de la vente du bien loué par le locataire.

Si toutes les conditions sont réunies, le prix de la vente du bien loué peut être revendiqué. Toutefois, il faut que le prix de la vente puisse être distingué dans le patrimoine du débiteur⁸²³. Ce sera notamment le cas si le bien loué a été vendu antérieurement à

⁸¹⁸ ANDRES/LEITHAUS, § 47, Rn. 15 ; NERLICH/RÖMERMANN/Andres, § 47, Rn. 67.

⁸¹⁹ Le créancier qui était fondé à demander la restitution du bien, disposera d'un droit à réparation directement à l'encontre de celui qui serait à l'origine de cette disparition ou de cette détérioration. V. ULHENBRUCK/Brinkmann, § 48, Rn.11; Münch.Komm.-InsO/Ganter, § 48, Rn. 26.

⁸²⁰ GRUNDLACH/FRENZEL/SCHMIDT, «Die Anwendbarkeit des § 48 InsO auf Veräußerungen durch den Insolvenzschuldner », DZWIR 2001, 441 s.

⁸²¹ La sous-location du bien ne suffirait donc pas à justifier l'action du bailleur financier en revendication de l'équivalent, KÜBLER/PRÜTTING/Prütting, § 48, Rn. 7.

⁸²² Frankf.Komm.-InsO/Imberger, § 48, Rn. 9.

⁸²³ Cela signifie que la contrepartie doit, après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, avoir été placée un compte de l'administrateur ou sur un compte du débiteur géré par l'administrateur. V. DUURSMA-KEPPLINGER, *Eigentumsvorbehalt und Mobilienleasing in der Insolvenz*, op. cit., p. 333 ; à propos d'une

l'ouverture de la procédure et que le prix, payé par l'acheteur après l'ouverture de la procédure, a été placé sur un compte spécial. A défaut, le crédit-bailleur disposera d'une créance privilégiée, au sens du § 55 Abs. 1 ou 3 InsO⁸²⁴.

540.- Par une telle disposition, le législateur allemand voulait empêcher que la vente irrégulière d'un bien ne faisant pas partie du patrimoine du débiteur, et ainsi du gage commun des créanciers, vienne enrichir ce patrimoine⁸²⁵. A partir de ce postulat, le titulaire d'un droit de revendication au sens du § 47 InsO portant sur un objet qui aura été vendu de manière irrégulière par le débiteur ne doit pas être placé dans la même situation que les autres créanciers titulaires de créances d'indemnité même dans l'hypothèse dans laquelle la contrepartie serait entrée dans le patrimoine du débiteur failli avant l'ouverture de la procédure collective. Comme l'annulation des actes passés pendant la période suspecte, le § 48 InsO empêche les actes irréguliers du débiteur failli de conduire à une modification de l'étendue du patrimoine du débiteur failli. Certains auteurs vont même jusqu'à écrire qu'il serait « intolérable » que les créanciers puissent profiter d'un acte non autorisé du débiteur⁸²⁶. Le législateur protège le titulaire d'un droit de revendication qu'il s'agisse d'*Aussonderungsrecht* ou d'*Absonderungsrecht* indépendamment du moment auquel la contrepartie est arrivée dans le patrimoine que ce soit avant ou après l'ouverture de la procédure⁸²⁷. En cela, le droit allemand diffère du droit français. Si la chose est vendue par le débiteur, le bailleur financier ne pourra, en droit français, faire valoir qu'une créance de dommages et intérêts dans le cadre des répartitions. Dans la procédure de droit allemand, en revanche, le bailleur financier échappe à la discipline collective. Encore une fois, le droit de propriété du bailleur financier est mieux protégé en droit allemand.

réalisation pour un prix global, OLG Köln, 13.03.1998: ZIP 1998, 1544 (« *Die Veräußerung zu einem Gesamtpreis hindert nicht die Entstehung des Ersatzaussonderungsanspruchs. Unterscheidbarkeit ist nicht nur dann zu bejahen, wenn der für den Aussonderungsgegenstand erzielte Erlös auf ein Sonderkonto des Konkursverwalters genommen worden ist, sondern auch dann, wenn einzelne Buchungen auf dem Konto des Konkursverwalters gegeben sind, solange das Konto einen die Höhe des Ersatzaussonderungsanspruchs übersteigenden Betrag aufweist* »).

⁸²⁴ ZIMMERMANN, *Insolvenzrecht*, p. 50.

⁸²⁵ Cette protection est toutefois jugée comme imparfaite, BARNERT, « *Insolvenzspezifische Pflichten des Insolvenzverwalters gegenüber Aussonderungsberechtigten* », KTS 2005, 431 s.

⁸²⁶ *Münch.Komm.-InsO/Ganter*, § 48, Rn. 13.

⁸²⁷ GUNDLACH/FRENZEL/SCHMIDT, « *Die Anwendbarkeit des § 48 InsO auf Veräußerung durch den Insolvenzschuldner* », *op. cit.*

541.- Le titulaire d'un droit personnel qui justifierait la distraction au sens du § 47 InsO ne peut se prévaloir des dispositions du § 48 InsO⁸²⁸. Le texte légal lui-même ne fait aucune distinction. Dans le cadre du contrat de *leasing*⁸²⁹, le droit de distraction repose soit sur le droit de propriété soit sur le droit à restitution du bailleur financier. Dans le second cas, le droit de distraction (*Aussonderungsrecht*) repose ainsi sur un droit personnel (*schuldrechtlicher Anspruch*). Dans l'exercice du droit de distraction, ce qui est important, c'est que le bien n'appartient pas au patrimoine du débiteur failli⁸³⁰. C'est en cela que le droit de distraction du § 47 InsO se distingue le plus du droit français.

Dans le cadre du § 48 InsO, en revanche, la demande du revendiquant doit être considérée comme relevant du droit de la responsabilité. Par conséquent, seule une personne qui peut se prévaloir d'un droit réel établissant que le bien fait partie de son propre patrimoine et est, par conséquent, le gage commun de ses créanciers, peut prétendre à la distraction du prix de revente du bien. Dès lors, la personne qui pourrait uniquement exercer la revendication sur le fondement d'un droit personnel ne peut invoquer le § 48 InsO. Le bailleur financier peut donc demander la distraction du prix de revente du bien loué en raison de son droit de propriété.

542.- Conclusion de la Section 2 : Les conséquences du rejet ou de l'absence d'action en revendication comme celle du défaut de publicité en droit français permettent de mesurer la complexité du système français, en particulier au regard du droit allemand. Elles permettent également de mesurer à quel point la situation du bailleur financier dont le contrat de publié, est privilégiée par rapport à celle des autres propriétaires. Cette situation privilégiée n'est d'ailleurs que le résultat des contestations du lobby des établissements financiers lors de la réforme de 1994. Le droit allemand témoigne d'un plus grand respect du droit de propriété, rendant inutile toute mesure particulière au bailleur financier. Finalement, le bien loué dans le cadre d'un contrat de *leasing* ne doit pas être restitué tant que le contrat est poursuivi afin de ne pas nuire à la poursuite de l'activité. Au-delà du terme du contrat, le bien loué doit être

⁸²⁸ GRUNDLACH/FRENZEN/SCHMIDT, « Die Rechtsstellung des obligatorisch Aussonderungsberechtigten », *DZWIR* 2001, 95.

⁸²⁹ Pour un exemple d'exercice d'une action en *Ersatzaussonderungsrecht* par le bailleur financier et rejetée au motif que celui-ci avait déjà perdu son droit de propriété sur la chose objet du contrat de location-vente avant l'ouverture de la procédure, BGH, 10.12.1998 – IX ZR 86/98: *ZIP* 1999, 75.

⁸³⁰ GRUNDLACH/FRENZEN/SCHMIDT, « Die Rechtsstellung des obligatorisch Aussonderungsberechtigten », *op. cit.*

remis à son propriétaire. La décision sur la continuation du contrat de location financière constitue une atteinte suffisante mais justifiée par rapport au but à atteindre.

543.- Conclusion du chapitre 1 : L'ouverture de la procédure collective exige que les propriétaires puissent soustraire leur bien détenu par le débiteur afin qu'il ne soit pas inclus dans le patrimoine de ce dernier. Cette soustraction implique la reconnaissance de leur droit de propriété. La principale distinction entre les deux systèmes juridiques étudiés réside dans le délai imparti aux revendiquants, en droit français, pour faire valoir leur droit de propriété ainsi qu'à la situation particulière des titulaires de contrats publiés. L'action en revendication comme la publicité obligatoire du contrat de crédit-bail trouvent leur justification dans l'idée de solvabilité apparente du débiteur et sur celle de la nécessité de permettre rapidement aux organes de la procédure d'évaluer le patrimoine du débiteur pour envisager les perspectives qui s'offrent à lui.

Ces différents arguments peuvent néanmoins être facilement renversés. A l'heure actuelle, les créanciers sont conscients que le débiteur n'est certainement pas propriétaire de tous les biens dont il est détenteur et même si l'on admet qu'ils n'en ont pas conscience, la publicité obligatoire imposée pour les contrats de crédit-bail devrait être étendue non seulement aux contrats de location financière mais à tous les contrats faisant croire en la solvabilité apparente du débiteur. Enfin, les organes de la procédure ont, comme en droit allemand, accès à la comptabilité de l'entreprise notamment, ce qui leur permet d'avoir une idée globale de la situation patrimoniale du débiteur. Par conséquent, le système français des revendications mériterait d'être simplifié.

CHAPITRE 2 LE TRANSFERT DE LA PROPRIÉTÉ DU BIEN LOUÉ

544.- En France, le contrat de crédit-bail contient, par définition, une promesse de vente au profit du locataire. En Allemagne, les contrats de *Finanzierungsleasing*, plutôt comparables aux contrats de location financière du droit français, ne prévoient pas nécessairement une option d'achat à la fin de la période de location⁸³¹. Ces contrats peuvent connaître des issues qui varient selon qu'ils sont des contrats à amortissement total (*Vollamortisation*) ou partiel (*Teilamortisation*) du bien et ne prévoient pas systématiquement à leur terme un possible transfert de propriété du bien loué. Néanmoins, l'acquisition du bien au terme de la période de location est parfois envisagée. Ainsi, lorsque les loyers sont calculés de manière à permettre l'amortissement total du bien⁸³², le contrat de *leasing* peut prévoir une option d'achat ou une option de prolongation du contrat à condition que la durée de location du bien soit comprise entre 40% et 90% de la durée d'utilisation habituelle du bien par les entreprises⁸³³. En revanche, lorsque le contrat prévoit que le paiement des loyers ne permettra qu'un amortissement partiel du bien⁸³⁴, les options prévues en fin de contrat conduisent à garantir au bailleur financier un amortissement total puisque c'est l'objectif ultime de tout contrat de *leasing*. A ce titre, le contrat peut notamment prévoir un *Andienungsrecht* au profit du bailleur financier. L'*Andienungsrecht*, encore appelé *Andienungsoption* correspond à l'option de vendre. Elle suppose qu'une offre d'achat ait été émise par le locataire.

545.- La réalisation des conditions nécessaires au transfert de propriété telles qu'elles ont été prévues au contrat peut être contrariée par l'ouverture d'une procédure collective. La levée d'option d'achat est bien souvent subordonnée au paiement intégral des loyers contractuellement prévus. En droit français, le Code de commerce règle spécifiquement la question de la levée d'option dans le cadre des procédures collectives depuis la loi du 10 juin

⁸³¹ On pense, en particulier, au contrat de leasing allemand à amortissement partiel prévoyant au profit du locataire une option de prolongation du contrat, V. notamment sur la distinction du contrat de crédit-bail et le *Finanzierungsleasing*, KOBELITZ, *Mobilien-Finanzierungsleasing und Crédit-bail*, Peter Lang, 1990.

⁸³² Réglementé par le décret sur l'amortissement total du bien du 19 avril 1971 (*Vollamortisations-Erlass*).

⁸³³ Sur les conditions précises à respecter en cas d'insertion d'une option d'achat ou de prolongation du contrat, v. STAUDINGER/Leasingrecht, Rn.53 s.

⁸³⁴ *Der Teilamortisations-Erlass vom 22. 12.1975*.

1994. En effet, la règle de l'interdiction du paiement des créances antérieures fait obstacle à la levée de l'option d'achat.

Le législateur s'est attaché à protéger les intérêts du crédit-bailleur, tout en permettant à l'entreprise en difficulté d'acquérir un bien indispensable à son activité. Les mesures de protection accordées au crédit-bailleur sont essentiellement le fait des discussions engagées par le lobby des établissements financiers lors des travaux préparatoires suite aux conséquences sévères qu'avaient eues deux arrêts du 15 octobre 1991⁸³⁵ sur les droits de ces derniers. En effet, la Cour de cassation avait soumis les crédits-bailleurs à l'obligation d'exercer l'action en revendication dans le délai légal malgré la publicité du contrat, lorsque le contrat n'était pas poursuivi⁸³⁶. Les crédits-bailleurs y avaient vu un « *nouveau mode d'acquisition déguisée de la propriété par détournement de la loi* »⁸³⁷ ainsi qu'une manœuvre de l'administrateur pour faire exécuter le contrat jusqu'à l'expiration des trois mois et pouvoir opposer ensuite la forclusion aux crédit-bailleurs. C'est en effet ce qui s'était passé pour un certain nombre d'entre eux après que ces arrêts ont été rendus.

Au fur et à mesure des réformes, le droit français a donc précisé les conditions de la levée d'option d'achat afin de protéger les intérêts particuliers du crédit-bailleur. C'est ainsi que l'article L. 622-7 II al. 2 du Code de commerce prévoit, désormais, dans le cadre de la sauvegarde que « *le juge peut aussi autoriser [le débiteur] à payer des créances antérieures au jugement(...). Ce paiement peut, en outre, être autorisé pour lever l'option d'achat d'un contrat de crédit-bail, lorsque cette levée d'option est justifiée par la poursuite de l'activité et que le paiement à intervenir est d'un montant inférieur à la valeur vénale du bien objet du contrat* ». Cet article s'applique également dans le cadre de la procédure de redressement

⁸³⁵ Cass. com. 15/10/1991, n° 90-10978 et n° 90-13147 : *Bull. civ. IV*, n° 291.

⁸³⁶ Dans ces deux arrêts, les juges avaient respectivement considéré qu'« *en statuant ainsi, alors que les dispositions de l'article 115 de la loi du 25 janvier 1985 sont applicables quels que soient la cause juridique ou le titre invoqué à l'appui de la revendication et que le crédit-bailleur ne pouvait, dès lors, faire valoir son droit de propriété sur les biens objets du contrat qu'en les revendiquant dans le délai de trois mois à partir du prononcé du jugement ouvrant la procédure de redressement judiciaire, la Cour d'appel a violé l'article susvisé* » et « *attendu que la Cour d'appel a décidé à bon droit que les dispositions de l'article 115 de la loi du 25 janvier 1985 prévoyant que la revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de trois mois à partir du prononcé du jugement ouvrant la procédure de redressement judiciaire et que sont applicables quels que soient la cause juridique ou le titre invoqué à l'appui de la revendication, devaient recevoir application s'agissant d'une requête tendant à la restitution du matériel faisant l'objet de crédit-bail non poursuivis par l'administrateur de la procédure collective* ».

⁸³⁷ V. E.-M. BEY, « Le crédit-bail dans la réforme des procédures collectives », *op. cit.*, p.707.

judiciaire⁸³⁸. Les articles L. 626-18 alinéa 7, L. 641-3 alinéa 2 et L. 642-7 alinéa 4 du Code de commerce réglementent respectivement les conditions de la levée d'option d'achat dans le cadre du plan de sauvegarde⁸³⁹, de la liquidation et du plan de cession.

546.- Les dispositions françaises ne trouvent aucun équivalent en droit allemand. Pourtant, il est de l'intérêt de la procédure que puisse être levée l'option d'achat dans le cadre de la procédure de droit allemand également. Il en est de même pour le repreneur de l'entreprise en difficulté. L'absence de dispositions spéciales ne relève pourtant pas d'une lacune du législateur.

Le droit allemand adopte une autre approche. Il permet, en effet, l'exercice de l'option d'achat en subordonnant la possibilité de lever l'option d'achat à la décision de l'administrateur de l'insolvabilité de poursuivre l'exécution du contrat de *leasing*. Cette soumission ne semble possible que du fait du caractère essentiellement financier du contrat de *leasing*. Dans ce contrat, la conservation de la propriété du bien est essentiellement destinée à réaliser l'amortissement de celui-ci par la société de *leasing*. Aussi, une fois l'amortissement complet réalisé, le transfert de propriété peut avoir lieu.

547.- La nécessité de lever l'option d'achat que ce soit pour poursuivre l'activité de l'entreprise ou pour procéder à la réalisation de l'entreprise a donc été reconnue dans chacun des deux systèmes juridiques étudiés. Il convient néanmoins d'exposer les difficultés que ces systèmes ont dû surmonter pour arriver à concilier les intérêts en présence au moment de la levée d'option d'achat, afin de comprendre les solutions adoptées. Les deux systèmes juridiques ayant adopté des solutions vraiment différentes, nous envisagerons successivement les conditions du transfert de propriété en droit allemand (Section 1) puis en droit français (Section 2).

⁸³⁸ Sur renvoi de l'article L. 631-14 du Code de commerce.

⁸³⁹ Et dans le cadre du plan de redressement, sur renvoi de l'article L. 631-19 du Code de commerce.

SECTION 1 LES CONDITIONS DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ DANS LA PROCÉDURE COLLECTIVE DE DROIT ALLEMAND

548.- En droit allemand, le transfert de propriété à l'issue de la période de location est conséquent soit à la levée de l'option d'achat par le locataire, soit à l'exercice d'un *Andienungsrecht* ou *Andienungsoption* (option de vente) par le bailleur financier. Contrairement au droit français, le transfert de propriété ne se fait pas uniquement à l'initiative du locataire⁸⁴⁰. Ceci doit également être pris en compte dans le cadre de la procédure d'insolvabilité, le locataire pouvant être obligé d'acheter le bien loué au terme de la période de location si le bailleur financier exerce son option⁸⁴¹.

549.- La diversité des options permettant le transfert de propriété dans le cadre d'un contrat de *leasing* ne permet pas, à elle seule, de justifier que le législateur allemand n'ait pas règlementé les conditions de ce transfert pendant la procédure d'insolvabilité touchant le locataire. Le contrat de *leasing* avec option d'achat n'est pas avantageux fiscalement. Il constitue pourtant la forme contractuelle qui domine actuellement sur le marché allemand⁸⁴². Toutefois, le droit allemand des procédures d'insolvabilité déroge uniquement de façon exceptionnelle au droit commun et applique ainsi, dès que possible les dispositions contractuelles. Par conséquent, les sociétés de *leasing* allemandes ne se sont jamais trouvées dans une situation comparable à celle que connaissaient les établissements de crédit dans la procédure collective du locataire avant que ne soit adoptée la loi du 10 juin 1994, situation qui les a conduits à bénéficier d'un régime spécial.

Toutefois, en laissant la loi du contrat régir les rapports du bailleur financier, le droit allemand sacrifie parfois les intérêts de la procédure. Aussi bien en France qu'en Allemagne, le transfert de propriété du bien loué entraîne le paiement au bailleur financier de la valeur résiduelle et lui évite non seulement de payer les frais liés à l'organisation de la vente du bien

⁸⁴⁰ KOBLITZ, *Mobilien-Finanzierungsleasing und Crédit-bail*, Peter Lang, 1990, p. 133.

⁸⁴¹ MARTINEK, *Moderne Vertragstypen*, C.H. Beck, 1991, p. 195.

⁸⁴² BECKMANN, « Aktuellen Rechtsformen aus Finanzierungsleasingverträgen », *DStR* 2007, 157 s.

pour le revendre aussi mais aussi tout risque de pertes. Pour le débiteur et les autres créanciers de ce dernier, la restitution du bien au bailleur financier conduit à la perte d'un bien qui peut se révéler utile à la poursuite de l'activité ou dont la réalisation serait avantageuse pour l'ensemble des créanciers. En outre, la valeur résiduelle fixée à la conclusion du contrat tient compte des loyers déjà payés par le locataire.

550.- Les intérêts en cause sont donc difficilement conciliables. Afin de comprendre la solution allemande, nous analyserons, d'une part, les conditions de transfert de propriété pendant la procédure collective ouverte contre le locataire (I) puis par le repreneur (II).

I. Les conditions de la levée de l'option d'achat pendant la procédure ouverte contre le locataire

551.- Le maintien de l'activité peut être rendu difficile par la reprise du bien par le bailleur financier au terme de la période de location. L'administrateur de l'insolvabilité qui a pris la décision de continuer le contrat pour assurer la pérennité de l'activité peut vouloir lever l'option d'achat. La levée de l'option d'achat peut toutefois être subordonnée au paiement intégral de tous les loyers, ce qui rend son exercice difficile en cas d'inexécution antérieures du débiteur.

La solution du droit positif allemand à cette contradiction ne peut être présentée (B) sans qu'ait été envisagée avant la solution retenue sous le régime du *Konkursordnung* (A).

A. Les conditions de la levée de l'option d'achat pendant la procédure sous le régime du *Konkursordnung*

552.- Sous le régime du *Konkursordnung*, lorsque le contrat comprenait une option d'achat (*Kaufoption*), on distinguait le contrat de location dont l'obligation caractéristique était la jouissance du bien de celle de l'option d'achat, qui donnait lieu à un contrat de

vente⁸⁴³. Deux situations différentes se présentaient selon que la procédure était ouverte contre le locataire avant ou après la levée de l'option d'achat.

553.- Lorsque la procédure d'insolvabilité touchant le locataire était ouverte avant que l'option d'achat ne soit exercée, le contrat de *leasing* était soumis aux dispositions du § 19 KO. Les dispositions de ce paragraphe, reprises dans l'actuel § 108 InsO, étaient applicables aux contrats de bail et de bail à ferme. D'après ce paragraphe, le contrat était poursuivi de plein droit à l'ouverture de la procédure mais les parties avaient la possibilité de le résilier en respectant le délai légal de résiliation. Néanmoins, lorsque le contrat prévoyait une option d'achat (*Kaufoption*), les possibilités de résilier n'étaient pas identiques pour les deux parties.

L'administrateur de l'insolvabilité pouvait se dégager du contrat de location et libérer la masse du paiement des loyers futurs en respectant le délai légal ou conventionnel de résiliation. En effet, le § 19 KO garantissait le paiement des loyers, postérieurs à l'ouverture de la procédure, à celui qui avait concédé l'usage d'une chose au débiteur avant l'ouverture de la procédure, jusqu'à la résiliation du contrat⁸⁴⁴.

En revanche, le bailleur financier ne pouvait pas résilier le contrat de *leasing* qui prévoyait une option d'achat à l'issue de la période de location. Les auteurs considéraient que le bailleur financier était lié par sa promesse et que, par conséquent, si le débiteur décidait d'acquérir le bien, le bailleur financier était obligé de conclure le contrat de vente⁸⁴⁵. Ils relevaient que cette obligation était toutefois compensée par le paiement des loyers qui constituaient à la fois la contrepartie de la jouissance laissée au locataire mais également de

⁸⁴³ BGH, 14.12.1989: NJW 1990, 1113, 1116 : dans cet arrêt, les juges du *Bundesgerichtshof* ont précisé que les obligations nées de l'exercice de l'option d'achat ne pouvaient pas être qualifiées d'obligations accessoires du contrat de location. Le bailleur financier était ainsi protégé contre une résiliation du contrat avant le terme du contrat de *leasing* mais devait ensuite être traité comme un vendeur dont la protection n'était pas assurée par les dispositions du § 21 KO.

⁸⁴⁴ JAEGER/HENCKEL, § 19, Anm. 17.

⁸⁴⁵ Il faut encore préciser ici que contrairement à l'option d'achat, élément nécessaire à la qualification du contrat de crédit-bail en droit français, qui constitue une véritable promesse de vente de la part du bailleur financier et dont la levée suffit à faire naître le contrat de vente, la *Kaufoption* contenue dans le contrat de *leasing* en droit allemand ne constitue pas une véritable option. La décision du locataire d'acquérir le bien fait seulement naître pour le bailleur financier une obligation de conclure le contrat de vente. En revanche, lorsque le bailleur financier allemand fait usage de l'option de vente (*Andienungsrecht*), la réception de la déclaration écrite du bailleur financier au locataire suffit à former le contrat de vente. V. sur cette question, KOBELITZ, *Mobilien-Finanzierungsleasing und Crédit-bail*, op. cit., p. 133 s.; v. toutefois BECKMANN, « Aktuellen Rechtsfragen aus Finanzierungsleasingverträgen », op.cit., qui considère que le contrat de *leasing* prévoyant une option d'achat au profit du locataire fait naître un contrat de vente sous condition suspensive.

l'option⁸⁴⁶. Par conséquent, laisser la possibilité au bailleur financier de résilier le contrat comprenant une option d'achat et retirer par là-même le bénéfice de l'option au locataire aurait eu pour effet de priver celui-ci d'une partie de la contrepartie de sa propre obligation⁸⁴⁷. Dans la mesure où le bailleur financier n'avait pas résilié le contrat de *leasing* avant l'ouverture de la procédure, les auteurs considéraient que l'option appartenait à la masse et que le bailleur financier ne pouvait la lui retirer unilatéralement. Une clause de résiliation aurait été inefficace comme le sont les clauses qui limitent l'exercice de l'option sur la poursuite des contrats⁸⁴⁸.

554.- Lorsque l'option d'achat avait été valablement levée avant que ne soit ouverte la procédure d'insolvabilité contre le locataire, le contrat de vente ainsi formé – et encore inexécuté ou partiellement exécuté – était soumis à la décision de l'administrateur sur la poursuite des contrats prévue par le § 17 KO, alors que le contrat de *leasing* restait soumis aux dispositions du 19 KO⁸⁴⁹.

555.- Lors de la réforme de 1999 qui a introduit l'*Insolvenzordnung*, le sort du contrat de *leasing* mobilier a été distingué de celui du contrat de *leasing* immobilier. Désormais, alors que le contrat de *leasing* immobilier est soumis aux dispositions du § 108 InsO et est, par conséquent, poursuivi de plein droit à l'ouverture de la procédure, le contrat de *leasing* mobilier est soumis à l'option sur la continuation du contrat en cours. Les solutions dégagées sous le régime du *Konkursordnung* à propos de la levée de l'option d'achat ne pouvaient donc être reprises telles quelles.

⁸⁴⁶ BAUMGARTE, *Leasing-Verträge über bewegliche Sachen im Konkurs*, Verlag Otto Schwartz, 1980, p. 39.

⁸⁴⁷ JAEGER/HENCKEL, § 19, Anm. 18.

⁸⁴⁸ KUHN/UHLENBRUCK, § 19, Rn. 3e.

⁸⁴⁹ Les contrats de *leasing* allemands avec option d'achat prévoient souvent que le locataire devra informer le bailleur financier de sa volonté de lever l'option quelques mois avant le terme de la période de location. Il n'est dès lors pas inhabituel que le contrat de *leasing* et le contrat de vente soient en cours d'exécution au moment de l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

B. Les conditions de la levée de l'option d'achat pendant la procédure en droit positif allemand

556.- Désormais le contrat de vente est, au même titre que le contrat de *leasing*, soumis aux dispositions du § 103 InsO, qui reprend les termes de l'ancien § 17 KO. Comme sous le système du *Konkursordnung*, la situation doit être distinguée selon que la levée d'option d'achat a eu lieu avant ou après l'ouverture de la procédure d'insolvabilité.

557.- Lorsque l'option d'achat a été valablement exercée avant la procédure, l'administrateur de l'insolvabilité dispose d'un double choix. Il peut se prononcer séparément sur la continuation du contrat de *leasing* et sur celle du contrat de vente encore inexécuté. Il est nécessaire de préciser que les contrats de *leasing* allemands prévoient souvent que le locataire devra annoncer trois mois avant le terme de la période de location s'il souhaite ou non lever l'option d'achat. Ici, le contrat de vente, qui résulte de la levée de l'option d'achat, existe indépendamment de la continuation du contrat de location financière. Cette coexistence des contrats de vente et de *leasing* est rendue possible par le principe de séparation du droit allemand des obligations. Le contrat de vente est l'acte créateur d'obligations. Quant au transfert de propriété, il est réalisé par l'acte de disposition. Le contrat de vente peut donc être formé sans que les obligations qui en naissent, parmi lesquelles celle de transférer la propriété, aient été exécutées. Le contrat est donc en cours au moment de l'ouverture, parallèlement au contrat de *leasing*.

558.- Lorsque la procédure d'insolvabilité est ouverte à l'encontre du locataire pendant la période de jouissance contractuellement prévue, l'option d'achat subsiste si l'administrateur de l'insolvabilité décide de continuer le contrat de location financière. L'administrateur est ici libre de décider plus tard d'acquiescer ou non le bien loué⁸⁵⁰. S'il renonce à poursuivre le contrat de *leasing*, l'option d'achat ne peut plus être exercée⁸⁵¹, solution qui ne viendra pas surprendre le juriste français.

Cette solution a toutefois été critiquée. Seuls les contrats qui n'ont pas été ou ont été partiellement exécutés par les deux parties au moment de l'ouverture de la procédure

⁸⁵⁰ *Kölner Schrift zur InsO/Sinz*, « Leasing und Factoring im Insolvenzverfahren », *op. cit.*, Rn. 27.

⁸⁵¹ *Ibid.*,

d'insolvabilité sont soumis à la décision relative à la continuation des contrats prévue au § 103 InsO⁸⁵².

Toutefois, comment envisager que la décision de l'administrateur concernant la levée de l'option d'achat soit soumise au § 103 InsO ? Il faudrait considérer qu'il existe deux contrats distincts – le contrat de location financière et le contrat de vente – comme c'est le cas lorsque le débiteur a déjà manifesté sa volonté de lever l'option d'achat antérieurement à l'ouverture de la procédure⁸⁵³ ou pour les contrats de *leasing* portant sur des biens immobiliers⁸⁵⁴. Dans ce cas, en effet, l'administrateur de l'insolvabilité dispose d'un double droit d'option puisque le contrat de location financière et le contrat de vente sont suspendus du fait de l'ouverture de la procédure.

On pourrait encore considérer que dans la mesure où l'option d'achat n'a pas été levée avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, le choix de l'administrateur de poursuivre le contrat de *leasing* entraînera la levée de l'option d'achat, la décision sur la continuation du contrat ne pouvant être divisée.

559.- Les tribunaux refusent de reconnaître tout lien de dépendance entre le contrat de location financière et le contrat de vente qui justifierait que la poursuite du contrat de *leasing* entraîne la levée d'option d'achat, confirmant la thèse de la doctrine majoritaire. Les juges de l'*Oberlandesgericht* de Düsseldorf ont confirmé cette solution dans le cadre d'une procédure ouverte à l'encontre du bailleur financier qui bénéficiait d'un *Andienungsrecht* (option de vente)⁸⁵⁵.

En l'espèce, une société de *leasing* avait loué du matériel médical à un locataire. Un des contrats de *leasing* était un contrat à amortissement partiel prévoyant un *Andienungsrecht* (option de vente) au profit du bailleur financier au terme de la période de location. Une procédure d'insolvabilité avait été ouverte à l'encontre de ce dernier. Le contrat de *leasing*

⁸⁵² DUURSMA-KEPPLINGER, *Eigentumsvorbehalt und Mobilienleasing in der Insolvenz*, op. cit., p. 343.

⁸⁵³ *Kölner Schrift zur InsO/Sinz*, «Leasing und Factoring im Insolvenzverfahren », op. cit., Rn. 27 et 28.

⁸⁵⁴ *Münch.Komm.-InsO/Eckert*, § 108, Rn. 63.

⁸⁵⁵ OLG Düsseldorf, 9.06.2009 : *ZinsO* 2009, 2250 : arrêt rendu dans le cadre de la procédure collective du bailleur financier qui bénéficiait d'un *Andienungsrecht*. À cette occasion, les juges ont rappelé que l'administrateur de l'insolvabilité a la possibilité d'exercer son choix sur l'exercice de l'*Andienungsrecht*. Les arguments des juges n'en demeurent pas moins applicables pour la *Kaufoption*.

arrivant à son terme, l'administrateur de l'insolvabilité avait demandé au locataire la restitution du bien alors que celui-ci invoquait l'existence non pas d'une option de vente (*Andienungsrecht*) mais d'une obligation de faire une offre de vente (*Andienungspflicht*).

Les juges ne sont pas prononcés sur la qualification exacte de la clause litigieuse mais ont souligné que l'obligation de faire une offre de vente (*Andienungspflicht*) était, comme l'option d'achat, destinée à modifier l'attribution des droits réels portant sur l'objet loué. Si l'offre n'a pas été émise par le bailleur financier, en l'occurrence ici le débiteur failli, antérieurement à l'ouverture de la procédure, le contrat de vente n'a pu être valablement formé et le locataire n'a, dès lors, aucun droit à en demander l'exécution. En effet, le contrat de *leasing* avec option de vente ne peut pas être considéré comme une unité, aussi bien dans le cadre d'un contrat de *leasing* à amortissement complet que dans celui à amortissement partiel.

Dans le contrat à amortissement partiel, par exemple, l'amortissement du bien est réalisé grâce au paiement des loyers pendant la durée du contrat. La levée de l'option de vente ne constitue pas, par conséquent, une des obligations caractéristiques du bailleur financier au titre du contrat de location financière. Les contrats de *leasing* et de vente doivent dès lors être distingués, permettant à l'administrateur de l'insolvabilité de se prononcer séparément sur l'exécution du contrat et sur l'offre de vente à faire au locataire⁸⁵⁶.

Les juges ont, en outre, justifié la séparation du contrat de *leasing* et de l'obligation de faire une offre de vente (*Andienungspflicht*) par l'impossibilité d'appliquer au contrat de *leasing* les dispositions applicables au vendeur réservataire de propriété. La perspective d'acquisition ne doit pas être protégée, selon eux, si elle n'est pas renforcée par l'existence d'un droit en cours de formation (*Antwortschaftsrecht*), droit qui n'existe pas dans le cadre du contrat de *leasing*. Le locataire n'acquiert pas progressivement le bien loué par le paiement des loyers. Ceux-ci constituent la contrepartie de la jouissance du bien par le locataire. Il n'est donc pas nécessaire d'obliger l'administrateur de l'insolvabilité à exercer l'option de vente pour protéger un droit de propriété en formation.

La même solution s'applique *mutatis mutandis* à l'exercice de l'option d'achat dans la procédure ouverte contre le locataire. Les justifications avancées permettent d'expliquer que

⁸⁵⁶ MARTINEK/STOFFELS/WIMMER-LEONHARDT/Klink, § 50, Rn. 6.

l'administrateur de l'insolvabilité puisse décider de lever ou non l'option d'achat après avoir opté en faveur de la continuation du contrat de *leasing*.

560.- Cette solution, favorable à la masse dans la procédure d'insolvabilité touchant le locataire lorsque le contrat prévoit une option d'achat, se révèle moins avantageuse lorsque le contrat prévoit un *Andienungsrecht* (option de vente) au profit du bailleur financier.

Si l'option n'a pas été efficacement exercée par le bailleur financier avant l'ouverture de la procédure⁸⁵⁷, seule la poursuite du contrat de *leasing* fait l'objet de la décision de l'administrateur en vertu du § 103 InsO, le contrat de vente ne pouvant être formé.

Si l'administrateur de l'insolvabilité décide de ne pas continuer le contrat de location financière, l'option de vente disparaît. Le bailleur financier pourra prétendre à une créance correspondant à la valeur restant encore à amortir pour arriver à l'amortissement total du bien et soumise à déclaration ainsi qu'à la restitution du bien loué.

Si, en revanche, l'administrateur de l'insolvabilité décide de poursuivre le contrat de location financière, l'*Andienungsrecht* subsiste. Par conséquent, si le bailleur financier fait ensuite une offre au locataire, le prix de vente du bien aura, comme les créances de loyers postérieures à la décision de l'administrateur de poursuivre le contrat, la qualité de dette de la masse (*Masseschuld*)⁸⁵⁸.

Enfin, si le bailleur financier a exercé l'option de vente avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité, l'administrateur a la possibilité de refuser d'exécuter le contrat de vente, à condition toutefois que le locataire n'ait pas encore été totalement exécuté ses obligations nées du contrat⁸⁵⁹, puisque la décision sur la continuation des contrats ne s'applique qu'aux contrats inexécutés ou partiellement exécutés.

561.- Contrairement à l'hypothèse du *leasing* avec option d'achat (*Kaufoption*), le choix de l'administrateur de l'insolvabilité est difficile lorsque le contrat prévoit un *Andienungsrecht* (option de vente) au profit du bailleur financier. L'administrateur peut choisir de poursuivre le contrat de *leasing* et payer ainsi de nouvelles mensualités sans avoir la garantie que le bailleur financier fera une offre de vente en fin de contrat ou renoncer

⁸⁵⁷ C'est-à-dire si la déclaration de volonté du bailleur financier n'est pas parvenue au débiteur ou à l'administrateur provisoire avant l'ouverture de la procédure.

⁸⁵⁸ *Kölner Schrift zur InsO/Sinz*, « Leasing und Factoring im Insolvenzverfahren », *op. cit.*, Rn. 31.

⁸⁵⁹ *UHLENBRUCK/Sinz*, § 108, Rn. 94.

entièrement à l'exécution du contrat de *leasing* et perdre ainsi le bénéfice de tous les loyers déjà payés par le débiteur, s'il sait que l'actif du débiteur failli sera insuffisant pour acquérir le bien. Il faut néanmoins souligner que le bien loué dans le cadre d'un contrat de *leasing* avec *Andienungsrecht* a bien souvent une valeur modique à la fin de la période de location dans la mesure où il s'agit généralement d'un matériel particulier, propre à l'activité du débiteur et que le bailleur financier n'est dès lors pas certain de pouvoir le revendre à un meilleur prix à un tiers.

562.- Les conditions de la levée de l'option dans les procédures allemandes d'insolvabilité privilégient l'intérêt commun à celui du bailleur financier. La promesse de vente (*Kaufoption*) contenue dans un contrat de *leasing* en cours au moment de l'ouverture de la procédure appartient à la masse et ne peut lui être retirée⁸⁶⁰. Le bailleur financier ne peut donc pas se prévaloir des inexécutions antérieures du débiteur pour refuser le transfert de propriété sur le bien loué.

II. Les conditions de la levée de l'option d'achat par le repreneur après la cession du contrat

563.- Contrairement au droit français, le droit allemand des faillites ne réglemente pas la cession de l'entreprise en difficulté. Les conditions de la cession d'entreprise sont les mêmes qu'en dehors de toute procédure d'insolvabilité. Elle prend soit la forme d'un *Share-Deal*, soit celle d'un *Asset-Deal*⁸⁶¹. Les conditions de la cession du contrat de location financière variant en fonction de la forme de cession d'entreprise, nous envisagerons la levée de l'option d'achat dans le cadre d'un *Share-Deal* (A) puis dans celui d'un *Asset-Deal* (B).

⁸⁶⁰ Sous le système antérieur, *KUHN/ULHENBRUCK*, § 19, Rn. 3e.

⁸⁶¹ Voir *Supra*, n° 216 s.

A. Les conditions de la levée de l'option d'achat par le repreneur dans le cadre d'un *Share-Deal*

564.- Dans le cadre de la cession prenant la forme d'un *Share-Deal*, il n'existe pas de séparation entre la personne morale et les contrats. La cession a lieu par transfert des parts de la société. Le passif de la société est transmis au même titre que l'actif. La société, titulaire des contrats, est cédée dans son ensemble. Le contrat de location financière est donc poursuivi entre le cocontractant initial et le bailleur financier selon les dispositions contractuelles initiales.

565.- Par conséquent, si la levée de l'option d'achat est subordonnée au paiement intégral des loyers, les nouveaux associés devront payer les loyers antérieurs pour pouvoir lever l'option d'achat. Dans le cas contraire, le bailleur financier pourra s'opposer au transfert de propriété et récupérer le bien pour le revendre à un tiers pour un prix peut-être supérieur à la valeur résiduelle.

B. Les conditions de la levée de l'option d'achat par le repreneur dans le cadre d'un *Asset-Deal*

566.- La cession du contrat de location financière, à l'occasion de la cession d'entreprise de type *Asset-Deal*, est conventionnelle⁸⁶². Contrairement au droit français, les intérêts du repreneur ne sont pas spécifiquement protégés. Le repreneur endosse les droits et obligations du débiteur, cocontractant initial. La cession opère une novation parfaite. Il est, dès lors, tenu de payer les loyers impayés par le débiteur avant l'ouverture de la procédure d'insolvabilité s'il veut pouvoir conserver la détention du bien nécessaire au maintien de l'activité.

567.- Il n'existe donc pas d'opposition en droit allemand entre les différents intérêts en présence, à savoir ceux du bailleur financier et du repreneur. La question de la levée d'option d'achat, même si elle dépend du paiement intégral des loyers ne soulève aucune difficulté. Le repreneur paie les loyers antérieurs impayés par le débiteur et déduit leur montant du prix

⁸⁶² Voir *Supra*, n° 220 s.

global de cession⁸⁶³. L'administrateur d'insolvabilité ne pouvant pas payer des créances antérieures, cette solution se révèle être la seule alternative.

568.- Le bailleur financier dispose donc d'une position privilégiée dans le cadre de la cession, de quel type qu'elle soit. Le transfert de propriété sur le bien loué n'a lieu qu'à condition que les créances antérieures ainsi que la valeur résiduelle aient été payées. La propriété du bailleur financier joue ici pleinement son rôle de garantie.

569.- Conclusion de la Section 1 : L'absence de réglementation du droit allemand conduit au sacrifice des intérêts du bailleur financier en cas de la levée de l'option d'achat pendant la procédure. Le droit allemand lie la possibilité de lever l'option d'achat au choix de l'administrateur de l'insolvabilité de continuer le contrat de location financière de sorte que le bailleur financier ne peut opposer à l'administrateur les inexécutions antérieures du locataire pour s'opposer à la levée de l'option d'achat. La propriété ne peut ici remplir pleinement son rôle de garantie. La situation est très différente lorsque c'est le repreneur qui veut lever l'option d'achat. Dans ce cas, la loi du contrat reprend son empire et le bailleur financier obtient le paiement de toutes les créances contractuellement prévues.

⁸⁶³ MORSHÄUSER/FALKNER, « Unternehmenskauf aus der Insolvenz », NZG 2010, 881.

SECTION 2 LES CONDITIONS DE LA LEVÉE D'OPTION D'ACHAT DANS LA PROCÉDURE COLLECTIVE DE DROIT FRANÇAIS

570.- La position française quant au transfert de propriété dans la procédure collective se situe à l'exact opposé de la position allemande. Le droit français réglemente en effet la levée de l'option dans le cadre de la procédure collective touchant le locataire mais également par le repreneur. Cette réglementation n'est toutefois pas le fruit d'une seule réforme. Le législateur français avait lors de la réforme de la Loi de Sauvegarde repris les dispositions issues de la loi de 1985 qui réglementaient la levée de l'option d'achat uniquement dans des cas limités, à savoir pendant le plan de sauvegarde, de redressement et après la cession⁸⁶⁴.

Les conditions de la levée d'option d'achat n'étaient, en revanche, nullement envisagées lorsque le contrat de crédit-bail dont les loyers n'avaient pas intégralement été payés avant l'ouverture de la procédure arrivait à son terme pendant la période d'observation ou la liquidation. L'administrateur, comme le liquidateur, ne pouvait s'opposer à la restitution du bien loué que par la levée de l'option d'achat. Or, celle-ci était conditionnée, selon des clauses habituellement prévues au contrat, au paiement intégral des loyers. L'administrateur, comme le liquidateur qui se trouvait dans l'impossibilité de payer des créances antérieures, ne pouvait donc pas lever l'option d'achat et le bailleur financier pouvait demander la restitution de son bien au terme du contrat.

571.- Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, le Code de commerce réglemente la levée de l'option d'achat pendant la procédure qui touche le locataire et après la cession de l'entreprise. L'objectif de cette réglementation, qui ne trouve pas d'équivalent en droit allemand, vise à concilier les intérêts de la procédure ou du repreneur, selon les cas et ceux du bailleur financier.

⁸⁶⁴ Au grand regret des auteurs : V. notamment, E. LE CORRE-BROLY, « La levée de l'option d'achat du crédit-bail et la règle de l'interdiction des paiements des créances antérieures », *D.* 2007, p. 2363.

Comme pour le droit allemand, nous analyserons les conditions de la levée d'option d'achat pendant la procédure ouverte contre le locataire (I) puis par le repreneur après la cession du contrat (II).

I. Les conditions de la levée d'option d'achat pendant la procédure ouverte contre le locataire

572.- Le montant de la valeur résiduelle que le locataire doit verser au moment de la levée d'option d'achat est fixé en fonction des loyers qui seront versés au bailleur financier au cours de la période de location. Par conséquent, les crédits-bailleurs lient habituellement l'exercice de l'option d'achat au paiement intégral des loyers. Lors des travaux législatifs qui ont précédé l'adoption de la loi du 10 juin 1994, les discussions menées avec les établissements de crédit ont conduit à l'adoption de dispositions destinées à protéger les intérêts du crédit-bailleur. Si la levée d'option pendant le plan de continuation avait été envisagée, il n'en était rien de la levée d'option d'achat pendant la période d'observation ou la liquidation. La Loi de Sauvegarde de 2005 a repris les solutions qui prévalaient sous le régime de la loi antérieure sans venir combler les lacunes de la loi de 1994. Il a fallu attendre l'ordonnance du 18 décembre 2008 pour disposer d'une réglementation complète de la levée d'option d'achat.

573.- Nous envisagerons les conditions du transfert de propriété pendant le plan de sauvegarde et de redressement (A) avant d'exposer celles-ci dans le cadre de la période d'observation et la liquidation (B).

A. Les conditions de la levée d'option en cours d'exécution du plan de sauvegarde et de redressement

574.- Dans le plan de sauvegarde et de redressement, le débiteur peut lever l'option d'achat dans les conditions fixées par l'article L. 626-18 alinéa 7 du Code de commerce. Selon cet article « *pour les contrats de crédit-bail, les délais prévus au présent article prennent fin si, avant leur expiration, le crédit-preneur lève l'option d'achat. Celle-ci ne peut être levée si, sous déduction des remises acceptées, l'intégralité des sommes dues en*

vertu du contrat n'a pas été réglée ». Cet article, applicable au plan de sauvegarde, est applicable au plan de redressement sur renvoi de l'article L. 631-19 du Code de commerce.

575.- Selon cet article, le crédit-preneur, en l'occurrence ici le débiteur failli, peut donc lever l'option d'achat malgré ses inexécutions antérieures. Pour cela, toutefois, il doit payer les créances de loyers antérieures à l'ouverture de la procédure pour lesquelles le bailleur financier a pu consentir des remises et des délais de paiement dans le cadre de l'adoption du plan.

Les dispositions de l'article L 626-18 alinéa 7 du Code de commerce conduisent à conseiller au crédit-bailleur de ne pas consentir de remises au débiteur si le contrat de crédit-bail est en cours au jour de la consultation sur les délais et remises, puisqu'il pourra prétendre au paiement intégral de ses créances au moment de levée d'option d'achat.

576.- Ici, la solution française est bien plus favorable au crédit-bailleur que ne l'est la solution allemande. La propriété joue pleinement son rôle de garantie, d'autant que les loyers antérieurs devront être payés même en l'absence de déclaration⁸⁶⁵. Alors que le bailleur financier ne peut, dans la procédure de droit allemand invoquer les inexécutions du débiteur avant l'ouverture de la procédure pour s'opposer à la levée de l'option d'achat, le droit français prévoit l'obligation pour le débiteur de payer les créances antérieures s'il veut lever l'option d'achat. Cette mesure permet de garantir les chances de succès du plan puisqu'elle empêche la reprise d'un bien utile au maintien de l'activité. Elle crée néanmoins un avantage considérable au profit du crédit-bailleur au mépris du principe d'égalité entre les créanciers⁸⁶⁶.

⁸⁶⁵ Voir sous le système antérieur à la Loi de Sauvegarde, E. LE CORRE-BROLY, *Crédit-bail mobilier et procédure collective, th. préc.*, n° 475 : sous le système antérieur, la question de l'indépendance entre la déclaration de créance et la levée de l'option d'achat se posait notamment en raison de l'extinction de la créance non déclarée. Le crédit-bailleur pouvait-il réclamer le paiement de sommes éteintes au moment de la levée de l'option d'achat ? La réponse était positive dans la mesure où l'extinction de la créance ne valait pas paiement. Or, la levée de l'option d'achat était subordonnée au paiement de toutes les créances dues au titre du contrat. Dès lors, toutes les créances même non déclarées devaient être payées. Désormais, la sanction de la forclusion est l'inopposabilité de la créance. Par conséquent, la solution antérieure doit être reprise.

⁸⁶⁶ B. SOINNE, « La réforme de la loi de 1985 : premières réflexions », *LPA* 1994, n° 82, p.9 : L'auteur écrivait à ce propos: « *cette disposition n'est pas très heureuse. Elle comporte même des risques d'inconstitutionnalité. Il est anormal de contraindre le règlement immédiat des sommes dues avant le jugement d'ouverture au seul profit de certains créanciers fussent-ils établissements de crédit* ».

B. Les conditions de la levée d'option d'achat pendant la période d'observation et la liquidation

577.- Avant l'ordonnance du 18 décembre 2008, les conditions de la levée de l'option d'achat n'étaient ni réglementées pendant la période d'observation, ni pendant la liquidation. Nous analyserons d'une part, les obstacles qui étaient rencontrés en pratique avant l'adoption d'une réglementation (1), avant de présenter la réglementation actuelle (2).

1. Les obstacles à la levée d'option d'achat avant l'ordonnance du 18 décembre 2008

578.- Dans la mesure où le législateur de 1994 avait reconnu la validité des dispositions contractuelles qui liaient l'exercice de l'option d'achat au paiement intégral des loyers dans le cadre du plan de continuation ou de la cession, il était impossible de ne pas admettre leur validité et leur efficacité dans les autres hypothèses. Les conditions prévues dans les dispositions du Code de commerce réglementant la levée de l'option d'achat laissaient clairement apparaître la volonté du législateur de respecter les dispositions contractuelles.

Les clauses conditionnant la levée de l'option d'achat étant valables, l'interdiction de payer les créances antérieures empêchait le transfert de propriété dans le cadre de la période d'observation et de la liquidation, en l'absence de toute réglementation contraire. Il apparaissait inconcevable de sacrifier les intérêts du crédit-bailleur dans le cadre d'une liquidation judiciaire. D'autant que la propriété joue dans le contrat de crédit-bail le rôle d'un mécanisme de garantie du paiement des loyers⁸⁶⁷, dont le bénéfice ne peut être retiré au crédit-bailleur.

579.- C'est la solution qu'ont retenue les magistrats de la Cour de cassation dans un arrêt du 29 novembre 2002, dans le cadre d'une liquidation judiciaire. Ils ont précisé que *« le [crédit-bailleur] pouvait subordonner l'exercice de l'option d'achat au règlement intégral des sommes dues, y compris les loyers antérieurs au jugement d'ouverture, dès*

⁸⁶⁷ M. CABRILLAC, note sous Cass. com. 26/11/2002 : *JCP Ent.* 2003, Chron., 760.

*lors que cette option n'est pas inhérente à la continuation du contrat »*⁸⁶⁸. Par cette décision, les juges ont refusé de reconnaître à l'interdiction de paiement le caractère d'une dispense de paiement.

La solution de la Chambre commerciale conduisait à rendre la levée d'option d'achat impossible puisqu'elle considérait d'une part, que l'interdiction des paiements ne valait pas paiement des loyers antérieurs, tout en ordonnant, pour lever l'option d'achat, de payer ces loyers antérieurs qu'il était pourtant interdit de payer.

Il est vrai que payer les loyers antérieurs au crédit-bailleur pour pouvoir lever l'option d'achat conduit à une rupture du principe d'égalité entre les créanciers. Pourtant, à l'instar du professeur Le Corre, il faut relever que la levée d'option d'achat profite au groupement des créanciers dès lors que la valeur du bien est supérieure au paiement. De plus, si ce principe interdit de traiter différemment des créanciers placés dans une situation identique, il ne signifie pas qu'il faut aligner sur un pied d'égalité tous les créanciers sans distinction de leur situation respective⁸⁶⁹. Le crédit-bailleur, puisqu'il est propriétaire, peut récupérer le bien loué au terme du contrat et se trouve ainsi dans une situation particulière. La levée de l'option d'achat n'aurait alors eu pour but que d'éviter la remise du bien au crédit-bailleur et le paiement des loyers antérieurs ne pourrait ainsi conduire à une rupture de l'égalité entre les créanciers.

580.- Afin de pouvoir lever l'option d'achat au terme du contrat en dehors de cas réglementés, quelques solutions avaient été envisagées. Dans le cadre de la période d'observation, la transaction visée par l'article L. 622-7 al. 2 du Code de commerce pouvait ainsi être envisagée. Une telle transaction, autorisée par le juge-commissaire, supposait néanmoins l'accord du crédit-bailleur, qui se désistait de sa demande en restitution en contrepartie du paiement par le locataire d'une somme d'un montant supérieur aux arriérés de loyers⁸⁷⁰. Outre l'accord du crédit-bailleur, une telle transaction supposait que la levée d'option d'achat profite à l'ensemble des créanciers et que le bien ait une valeur supérieure à son prix. L'augmentation de l'actif du débiteur justifiait le

⁸⁶⁸ Cass. com. 26/11/2002, n° 00-10611.

⁸⁶⁹ P.-M. LE CORRE, « La règle de l'interdiction des paiements au lendemain de l'ordonnance du 18/12/2008 », *Gaz. Pal.* 2009, n° 69, p. 25.

⁸⁷⁰ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 633.22 et 633.23.

paiement sans que puisse être avancée la rupture d'égalité entre les créanciers, le paiement fait au crédit-bailleur, propriétaire, étant uniquement destiné à empêcher la restitution du bien au propriétaire⁸⁷¹.

S'il était possible de contourner l'obstacle au transfert de propriété en cas d'accord du crédit-bailleur à renoncer à la restitution, la levée de l'option d'achat restait impossible pendant la période d'observation en cas d'opposition de la part du propriétaire.

581.- La levée de l'option d'achat se révélait également impossible en cas de liquidation judiciaire en l'absence de poursuite d'activité. La question de la poursuite des contrats en cours est, depuis l'entrée en vigueur de la Loi de Sauvegarde, uniquement envisagée dans l'hypothèse du maintien de l'activité, sans pour autant que le contrat de crédit-bail se trouve résilié du simple fait de l'ouverture de la liquidation judiciaire. Cette solution suggère que le cocontractant puisse faire prononcer la résiliation du contrat qui ne peut dès lors être continué⁸⁷². Il en résultait ainsi l'impossibilité pour le contrat de crédit-bail d'arriver à son terme empêchant également le liquidateur de lever l'option d'achat⁸⁷³.

582.- Les intérêts du bailleur financier étaient protégés par l'application des dispositions contractuelles relatives à l'option d'achat. En revanche, la procédure collective perdait le bénéfice des loyers déjà payés, en particulier lorsque la valeur du bien était supérieure à son prix de vente.

Un arrêt de la Cour d'appel de Douai du 11 avril 2006⁸⁷⁴ avait permis de croire à l'existence d'une solution permettant de concilier les intérêts en présence. En l'espèce, un crédit-bailleur avait conclu deux contrats de crédit-bail avec un crédit-preneur. Une procédure de redressement fut ouverte à l'encontre de ce dernier au cours de laquelle les contrats ont été poursuivis et les créances de loyers antérieures déclarées. Un plan de

⁸⁷¹ *Ibid.*

⁸⁷² P.-M. LE CORRE et E. LE CORRE-BROLY, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 166.

⁸⁷³ Solution qui se rapproche alors de celle qui avait été admise par la Cour d'appel de Nancy qui avait rappelé, sous le régime de la loi de 1985, que la continuation des contrats en cours ne pouvait intervenir, dans le cadre d'une liquidation judiciaire, qu'en cas de maintien de l'activité et constaté que de ce fait, le liquidateur n'avait pu poursuivre le contrat de crédit-bail et en lever l'option d'achat, CA Nancy 18/03/1998 : *D. Aff.* 1998, p. 1114, note E. LE CORRE-BROLY ; voir également sur la possibilité de reprendre cette solution après la loi de sauvegarde des entreprises, P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 633.23.

⁸⁷⁴ CA Douai, 11/04/2006, n° de rôle: 04/7514.

continuation fut adopté puis résolu et une procédure de liquidation prononcée avec maintien provisoire de l'activité pour une durée de deux mois. Le crédit-bailleur demanda la restitution des biens objets des contrats. Le liquidateur refusa d'acquiescer à la demande, au motif qu'il sollicitait la levée d'options d'achat prévues dans les contrats arrivés à leur terme moins de deux mois après le prononcé de la liquidation judiciaire. Le crédit-bailleur s'opposa à la levée d'option et saisit le juge-commissaire qui, par une ordonnance, autorisa le liquidateur à lever l'option d'achat en payant la totalité des sommes dues. La Cour d'appel de Douai avait confirmé le jugement de première instance qui étendait l'application de l'alinéa 4 de l'article L. 621-122 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 10 juin 1994⁸⁷⁵, qui paralyse la revendication lorsque le prix est immédiatement payé, à tous les cas dans lesquels la revendication est possible et notamment en cas de contrat de crédit-bail. Le liquidateur était en droit de lever l'option d'achat des contrats poursuivis après la liquidation judiciaire et d'empêcher la reprise du bien par le bailleur financier en réglant immédiatement les échéances impayées avant l'ouverture de la procédure collective qui avaient fait l'objet de déclarations de créances en plus du prix.

La Cour de cassation est toutefois venue corriger cette interprétation de l'alinéa 4 de l'article L. 621-122 du Code de commerce qui, malgré le caractère équitable de la décision rendue sur son fondement, n'en restait pas moins erronée d'un point de vue

⁸⁷⁵ Article L. 621-122 du Code de commerce (dans sa rédaction issue de la loi du 10 juin 1994) : « *Peuvent être revendiquées, à condition qu'elles se retrouvent en nature, les marchandises consignées au débiteur, soit à titre de dépôt, soit pour être vendues pour le compte du propriétaire.*

Peuvent également être revendiqués s'ils se retrouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure, les biens vendus avec une clause de réserve de propriété subordonnant le transfert de propriété au paiement intégral du prix. Cette clause, qui veut figurer dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties, doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit établi, au plus tard, au moment de la livraison. Nonobstant toute clause contraire, la clause de réserve de propriété est opposable à l'acheteur et aux autres créanciers, à moins que les parties n'aient convenu par écrit de l'écarter ou de la modifier.

La revendication en nature peut s'exercer dans les mêmes conditions sur les biens mobiliers incorporés dans un autre bien mobilier lorsque leur récupération peut être effectuée sans dommage pour les biens eux-mêmes et le bien dans lequel ils ont été incorporés. La revendication en nature peut également s'exercer sur les biens fongibles lorsque se trouvent entre les mains de l'acheteur des biens de même espèce et de même qualité.

Dans tous les cas, il n'y a pas lieu à revendication si le prix est payé immédiatement. Le juge-commissaire peut, avec le consentement du créancier requérant, accorder un délai de règlement. Le paiement du prix est alors assimilé à celui d'une créance née régulièrement après le jugement d'ouverture. »

strictement juridique⁸⁷⁶. Rien ne permettait, en effet, d'étendre ainsi l'application de l'alinéa 4 de l'article L. 621-122 du Code de commerce au cas du crédit-bail dans la mesure où les trois premiers alinéas de l'article concernaient tous la réserve de propriété⁸⁷⁷. La Cour de cassation a ainsi fait prévaloir le principe de l'interdiction de paiement des créances antérieures en interprétant strictement l'exception légale permettant le « paiement du prix » pour empêcher la récupération du bien par le crédit-bailleur.

583.- Cette solution juridiquement justifiée n'en demeurerait pas moins inéquitable pour le débiteur ou du moins très avantageuse pour le crédit-bailleur qui récupérerait ainsi la propriété du bien loué alors pourtant que la quasi-totalité des mensualités avaient déjà été payée. Le crédit-bail est, avant tout, un contrat de crédit dont la propriété constitue une garantie. Elle permet, en effet, au bailleur financier de « se faire payer sur le bien » en cas de défaillance du locataire, la seule préoccupation du crédit-bailleur étant en principe d'obtenir le paiement de l'intégralité des loyers⁸⁷⁸. Mais ici, la solution de la Cour de cassation avait pour effet de permettre au crédit-bailleur d'obtenir une somme supérieure au montant représenté par l'intégralité des loyers dus au titre du contrat de crédit-bail puisque seuls deux loyers restaient impayés⁸⁷⁹.

584.- La solution française était ici à l'opposé de la solution allemande. Le crédit-bailleur bénéficiait d'une situation très privilégiée lorsque le contrat arrivait à son terme pendant la période d'observation ou pendant la liquidation. Sous prétexte de ne pas sacrifier les intérêts de ce propriétaire, les juges sacrifiaient ceux des autres créanciers et permettaient, en outre, l'enrichissement du crédit-bailleur. Les auteurs français ne manquaient pas de souligner le manque d'équité de cette solution qui permettait à ce

⁸⁷⁶ Cass. com. 19/06/2007, n° 06-15447 : *Bull. civ. IV*, n° 166, comm. A. MARTIN-SERF, *RTD Com.* 2008, p. 182; D. LEGEAIS, *RTD Com.* 2007, p. 818; E. LE CORRE BROLY, *D.* 2007, p. 2363; P. ROUSSEL-GALLE, *Gaz. Pal.* 2007, n° 300, p. 46.

⁸⁷⁷ D. LEGEAIS, « Droit pour le crédit-bailleur de récupérer le bien loué après la résolution du plan de continuation », *RTD Com.* 2007, p. 818.

⁸⁷⁸ E. LE CORRE-BROLY, « La levée d'option d'achat et la règle de l'interdiction des paiements des créances antérieures », *D.* 2007, p. 2363; dans le même sens déjà, M. CABRILLAC, note sous Cass.com. 26/11/2002 : *JCP Ent.* 2003, Chron., 760.

⁸⁷⁹ P. ROUSSEL-GALLE, note sous arrêt Cass.com. 19/06/2007 : *Gaz. Pal.* 2007, n° 300, p. 46; E. LE CORRE-BROLY, « La levée de l'option d'achat et la règle de l'interdiction des paiements des créances antérieures », *op.cit.*

propriétaire d'obtenir plus en cas de défaillance du crédit-preneur qu'il n'aurait obtenu en cas d'exécution du contrat⁸⁸⁰.

585.- Pour remédier à cette situation, un auteur avait suggéré, d'une part, que le crédit-bailleur se voit imposer de restituer au débiteur une somme équivalente à la différence entre la valeur du bien restitué et le solde de sa créance ou que le débiteur ou le liquidateur soient autorisés à lever l'option d'achat en payant les loyers antérieurs impayés lorsque le contrat de crédit-bail arrive à son terme pendant la période d'observation ou la liquidation judiciaire⁸⁸¹, imitant ainsi la solution appliquée au vendeur réservataire de propriété.

Une seconde proposition consistait à autoriser le débiteur ou le liquidateur à lever l'option d'achat moyennant le paiement de la créance de loyers antérieurs au jugement d'ouverture en cas d'arrivée du terme du contrat pendant la période d'observation ou la liquidation, créant ainsi une situation analogue à celle prévue par l'alinéa 4 de l'article L. 624-16 du Code de commerce. Par cette proposition, l'auteur entendait remédier à la situation dans laquelle un contrat de crédit-bail nécessaire au maintien de l'activité arrive à terme pendant la période d'observation sans que l'administrateur ou le débiteur ne puisse lever l'option.

L'ordonnance du 18 décembre 2008 a finalement comblé les lacunes de la réglementation en matière de levée d'option d'achat.

2. Les conditions de la levée d'option d'achat depuis la réforme du 18 décembre 2008

586.- L'ordonnance du 18 décembre 2008 a introduit une dérogation au principe d'interdiction de paiement des créances antérieures. Désormais, le paiement d'une créance antérieure peut « *être autorisé [pendant la période d'observation], pour lever l'option d'achat d'un contrat de crédit-bail, lorsque cette levée d'option est justifiée par la*

⁸⁸⁰ E. LE CORRE-BROLY, « La levée de l'option d'achat et la règle de l'interdiction des paiements des créances antérieures », *op.cit.*

⁸⁸¹ *Ibid.*

poursuite d'activité et que le paiement à intervenir est d'un montant inférieur à la valeur vénale du bien objet du contrat »⁸⁸². En outre, « le juge-commissaire peut [dans le cadre de la liquidation judiciaire] autoriser le liquidateur ou l'administrateur lorsqu'il en a été désigné à payer des créances antérieures au jugement, pour retirer le gage ou la chose légitimement retenue ou encore, lorsque le paiement à intervenir est d'un montant inférieur à la valeur vénale du bien objet du contrat, pour lever l'option d'achat d'un contrat de crédit-bail »⁸⁸³.

587.- D'aucuns ont considéré que la dérogation au principe de l'interdiction des paiements prévue par les articles L. 622-7 et L. 641-3 du Code de commerce revenait à diminuer le rôle de la propriété-garantie du contrat de crédit-bail⁸⁸⁴.

Il nous semble qu'une telle affirmation doit être nuancée. Il paraît excessif de parler de restriction à l'efficacité de la garantie alors que le droit français permet au crédit-bailleur de subordonner la levée de l'option d'achat au paiement des loyers antérieurs, pour lesquels la propriété constitue la garantie. Le crédit-bailleur peut, il est vrai, regretter la solution antérieure qui lui permettait d'obtenir davantage que dans le cadre de l'exécution normale du contrat et de s'enrichir. Il n'obtient désormais que la garantie du paiement intégral des loyers prévus au contrat ainsi que de la valeur résiduelle. Autrement dit, il obtient exactement ce qu'il aurait obtenu en dehors de la procédure collective. La propriété remplit, par conséquent, parfaitement son rôle de garantie dans la procédure collective puisqu'elle lui assure le paiement de toutes les sommes contractuellement prévues. C'est ce qui différencie sa situation de celle de son homologue dans la procédure de droit allemand. En subordonnant l'option d'achat à la décision de continuer le contrat de location financière, le droit allemand crée une véritable atteinte à la propriété-garantie du bailleur financier puisque ce dernier ne peut opposer les inexécutions antérieures du débiteur pour refuser le transfert de propriété. Il n'obtient donc que le paiement de la valeur résiduelle.

⁸⁸² Selon les dispositions de l'article L. 622-7 du Code de commerce.

⁸⁸³ Selon les dispositions de l'article L. 641-3 du Code de commerce.

⁸⁸⁴ F. BARAT, « La levée d'option d'achat du crédit-bail par le preneur soumis à une procédure collective après l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Rev. Dr. Banc. et Fin.* 2010, Dossier 13.

588.- Si l'ordonnance du 18 décembre 2008 a permis de mettre fin à une situation préjudiciable à la procédure collective, la réglementation qui en est issue fait naître de nouvelles interrogations.

Certains se sont ainsi interrogés sur l'opportunité pour le juge-commissaire d'entendre le crédit-bailleur avant de se prononcer et les éventuels recours dont disposerait alors le crédit-bailleur à l'encontre de la décision du juge-commissaire⁸⁸⁵. Il nous semble qu'une telle audition serait toutefois inutile. Dans la mesure où la levée de l'option d'achat est liée au paiement intégral des loyers, pourquoi devrait-on offrir au crédit-bailleur la possibilité de s'opposer à la levée de l'option d'achat ? Par cette dérogation, le législateur a admis la validité des dispositions contractuelles – les clauses de style – dans le cadre de la procédure collective et fait prévaloir les intérêts du crédit-bailleur sur ceux de la procédure collective. Il serait, par conséquent, difficilement justifiable de permettre au crédit-bailleur de s'opposer à la levée d'option alors qu'il ne disposerait pas d'une telle faculté en dehors de la procédure.

589.- Il est ensuite permis de s'interroger sur les modalités de détermination de la valeur vénale puisque l'article L. 641-3 du Code de commerce, applicable dans le cadre de la liquidation judiciaire, érige en condition à l'autorisation de paiement que ce dernier soit d'un montant inférieur à la valeur vénale du bien objet du contrat. Un auteur a proposé d'apprécier la valeur vénale du bien objet du contrat de crédit-bail, non à la date de la levée d'option par le preneur, mais à la date du jugement d'ouverture de la procédure⁸⁸⁶. Cette solution présenterait l'avantage de préserver les intérêts du crédit-bailleur en évitant que ce dernier ait à souffrir d'une diminution de la valeur vénale du bien entre la date du jugement d'ouverture et celle de la levée d'option.

L'absence d'une quelconque précision dans le Code de commerce amène certains auteurs à considérer la référence à la valeur vénale du bien comme présentant uniquement des inconvénients. Ils prônent la subordination de l'autorisation de payer le crédit-bailleur de lever l'option d'achat à l'utilité du bien pour la poursuite de l'activité pendant la période d'observation ou pour la collectivité des créanciers en cas de liquidation judiciaire et de

⁸⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁸⁶ F. BARAT, « La levée d'option d'achat du crédit-bail par le preneur soumis à une procédure collective après l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *op.cit.*

laisser au juge-commissaire le soin d'apprécier ce critère⁸⁸⁷. Madame le professeur Pérochon relève, en outre, que « *l'exigence légale témoigne d'une défiance surprenante à l'égard du débiteur ou des mandataires, et du juge-commissaire qu'elle va astreindre à exiger des précisions chiffrées sur la valeur vénale du bien* »⁸⁸⁸. D'autant, ajoute-t-elle, que le démontage d'un matériel (à la charge du débiteur) peut se révéler bien plus onéreux que le paiement de la valeur résiduelle et des arriérés de loyers assortis des pénalités, même si cette dernière somme est supérieure à la valeur vénale du bien et ne permet alors pas l'obtention de l'autorisation du juge-commissaire⁸⁸⁹.

590.- La référence à la valeur vénale semble soulever plus d'interrogations qu'elle n'en résout. Elle limite la marge de manœuvre du mandataire sans paraître indispensable. Sans arriver jusqu'à la solution allemande qui permet à l'administrateur de l'insolvabilité de se prononcer seul sur l'opportunité de lever l'option d'achat, une telle référence à la valeur vénale du bien pourrait être supprimée dans la mesure où la décision du juge-commissaire constitue déjà un contrôle de l'opportunité de la décision du mandataire d'acquiescer le bien.

Cette suppression permettrait, tout d'abord, d'éviter la confusion existant quant à l'expression de « *paiement à intervenir* » des articles L. 622-7 et L. 641-3 du Code de commerce : en effet, la levée d'option d'achat n'est possible qu'à condition que la valeur vénale du bien soit supérieure aux sommes dont le paiement doit intervenir. Il est dès lors nécessaire de déterminer quelles sont les sommes visées aux articles L. 622-7 et L. 641-3 du Code de commerce. La solution la plus logique économiquement consisterait à interpréter cette expression comme désignant l'ensemble des sommes que doit effectivement payer le crédit-preneur pour pouvoir procéder à la levée de l'option d'achat. Cela signifierait que le juge-commissaire ne pourrait autoriser le paiement du crédit-bailleur qu'à condition que le montant cumulé des sommes nées antérieurement au jugement d'ouverture restant dues (à savoir l'ensemble des échéances, frais et pénalités nés

⁸⁸⁷ F. PEROCHON, « Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », *D.* 2009, p. 65; F. BARAT, « La levée d'option d'achat du crédit-bail par le preneur soumis à une procédure collective après l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *op.cit.*

⁸⁸⁸ F. PEROCHON, « Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », *op.cit.*

⁸⁸⁹ F. PEROCHON, « Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », *op.cit.*

antérieurement au jugement) et de la valeur résiduelle, soit inférieur à la valeur vénale du bien.

Le texte de l'article L. 622-17 II du Code de commerce pourrait toutefois conduire à exclure le montant de la valeur résiduelle du « paiement à intervenir ». L'autorisation du juge-commissaire ne porte, en effet, que sur le paiement des créances nées antérieurement au jugement d'ouverture de sorte que l'expression « paiement à intervenir » ne pourrait concerner que ces seules créances et non le paiement de la valeur résiduelle⁸⁹⁰. Cette interprétation ne nous convainc toutefois pas. Si la valeur vénale du bien est seulement supérieure au montant des loyers, la revente du bien par le liquidateur rapportera à la procédure une somme inférieure à celle qui aura été payée au crédit-bailleur. La levée de l'option d'achat n'est intéressante pour la procédure que dans la mesure où la vente du bien rapportera une somme plus importante que celle qui aura été payée pour l'acquisition du bien loué. Il nous semble, dès lors, impossible d'exclure la valeur résiduelle des sommes comprises dans l'expression « paiement à venir »⁸⁹¹.

591.- Mais finalement, seule devrait compter l'opportunité de lever l'option d'achat au regard de la poursuite de l'activité, dans la mesure où le crédit-bailleur obtiendra de toute façon l'intégralité des loyers contractuellement prévus. Une telle solution constituerait alors un heureux compromis entre la solution retenue en droit allemand et celle actuellement retenue en droit français. En effet, en subordonnant l'existence de l'option d'achat à la décision de l'administrateur de continuer le contrat de location financière, le droit allemand fait prévaloir la poursuite de l'activité. Le droit français, en revanche, plus favorable au crédit-bailleur, permet à ce dernier d'obtenir non seulement le paiement privilégié de la valeur résiduelle, comme c'est le cas également dans la procédure de droit allemand mais également le paiement des loyers antérieurs à l'ouverture de la procédure, tout en garantissant désormais la conservation du bien pour les besoins de la procédure.

592.- Le législateur français a, lors de l'adoption de l'ordonnance du 18 décembre 2008, tenté de mettre fin à une situation pouvant nuire à la poursuite de l'activité.

⁸⁹⁰ BARAT, « La levée d'option d'achat du crédit-bail par le preneur soumis à une procédure collective après l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *op.cit.*

⁸⁹¹ En ce sens, F. PEROCHON, « Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », *op.cit.*

Néanmoins, les critères choisis ne semblent pas être les plus opportuns et la nouvelle réglementation viendra certainement générer un nouveau contentieux en matière de levée d'option d'achat. La situation n'est guère différente lorsque l'option d'achat est levée par le cessionnaire de l'entreprise défaillante après la cession du contrat.

II. Les conditions de la levée de l'option d'achat par le cessionnaire de l'entreprise défaillante après la cession du contrat

593.- Les conditions de la levée d'option d'achat par le cessionnaire ont été réglementées par le législateur dès la réforme du 10 juin 1994. Comme dans l'hypothèse précédente, les intérêts en présence, en l'occurrence ceux du crédit-bailleur et du cessionnaire, étaient en opposition (A). La réglementation tente de concilier ces intérêts (B).

A. L'opposition des intérêts du crédit-bailleur et du cessionnaire

594.- Lorsque le contrat de crédit-bail est judiciairement cédé, il l'est avec toutes ses dispositions initiales. Parmi celles-ci, se trouvent les clauses qui subordonnent la levée de l'option d'achat au paiement intégral des loyers et dont la validité a été admise par les tribunaux. L'application de ces clauses au cessionnaire se heurte toutefois à la règle selon laquelle ce dernier n'est tenu, après la cession judiciaire du contrat de crédit-bail, qu'au paiement des loyers dus pour la jouissance postérieure au jugement ordonnant la cession⁸⁹². Le droit français refuse en effet, contrairement au droit allemand, tout effet novatoire à la cession du contrat⁸⁹³.

Cette opposition entre les intérêts du crédit-bailleur et ceux du cessionnaire est propre au droit français. Elle naît de la possibilité de céder judiciairement le contrat de crédit-bail nécessaire à la poursuite de l'activité afin de ne pas compromettre la survie de l'entreprise cédée. Dans le cadre de la cession judiciaire du contrat, en effet, les obligations

⁸⁹² Cass. com. 6/01/1998, n° 95-15407: *Bull. civ. IV*, n° 7.

⁸⁹³ Cass. com. 12/10/1993, n° 91-17128: *Bull. civ. IV*, n° 333.

du cessionnaire sont limitées au passif afférent à l'exécution du contrat postérieurement au jugement ordonnant la cession. Au contraire, la cession conventionnelle du droit allemand entraîne la substitution du cessionnaire dans les droits et obligations du débiteur, contractant initial⁸⁹⁴. Il est, par conséquent, évident pour le bailleur financier d'opposer au cessionnaire les inexécutions antérieures du débiteur pour refuser la faculté de lever l'option d'achat. Rien ne s'y oppose. En revanche, la conciliation des intérêts en présence s'imposait en droit français.

595.- Deux solutions s'offraient. Soit priver les clauses de style d'efficacité dans le cadre de la cession judiciaire et permettre la levée d'option par le cessionnaire malgré l'existence de loyers impayés. Soit empêcher le cessionnaire de lever l'option d'achat s'il refusait de payer les loyers dus par le débiteur, cocontractant initial. Cette dernière solution n'était pas nécessairement favorable au crédit-bailleur. Le cessionnaire pourrait toujours se porter acquéreur du bien lors de sa revente par le crédit-bailleur et celui-ci ne pourrait qu'attendre les répartitions pour obtenir le paiement des loyers antérieurs et le paiement d'une quote-part de la créance déclarée.

Sous le régime de la loi de 1985, les tribunaux français étaient divisés sur l'issue à donner à cette contradiction. Fallait-il refuser au crédit-bailleur la possibilité de subordonner la levée d'option d'achat au paiement des créances impayées par le débiteur au prétexte d'égalité entre les créanciers⁸⁹⁵ ou s'en tenir aux dispositions contractuelles et interdire au crédit-bailleur d'exiger le paiement par le locataire et empêcher ainsi le cessionnaire de lever l'option d'achat ? Il semblait qu'en l'absence de disposition légale et du fait du principe d'intangibilité du contrat cédé, le cessionnaire ne devait pas pouvoir lever l'option d'achat à défaut d'exécution des conditions contractuelles⁸⁹⁶. Pourtant, certaines pratiques exercées à l'encontre des organismes de crédit se fondaient à l'époque sur un postulat selon lequel le cessionnaire était « *légalement fondé à lever l'option d'achat d'un contrat dès lors qu'il a acquitté les loyers à échoir à la date de la cession et*

⁸⁹⁴ Voir supra, n° 220.

⁸⁹⁵ En faveur de cette possibilité, CA Paris 7/03/1995: *Rev. Proc. Coll.* 1996, p. 102, obs. B. SOINNE; sur une approche plus détaillée de la jurisprudence des cours d'appel sous le régime de la loi de 1985, E. LE CORRE-BROLY, *Le crédit-bail mobilier et les procédures collectives, th. préc.*, n° 511.

⁸⁹⁶ V. en ce sens, E. LE CORRE-BROLY, « Le régime de la levée d'option d'achat du contrat de crédit-bail judiciairement cédé », *op. cit.*

cela quels que soient les loyers impayés par le débiteur avant la cession »⁸⁹⁷. Ce postulat ne résultait toutefois d'aucune disposition légale.

596.- La loi du 10 juin 1994 a mis fin à ces interrogations en prévoyant que la faculté de lever l'option d'achat était transmise au cessionnaire à condition qu'il paie les sommes dues au crédit-bailleur dans la limite de la valeur du bien estimée au jour de la cession⁸⁹⁸, permettant de concilier les intérêts en présence.

B. La conciliation des intérêts en présence dans le cadre de la levée d'option d'achat par le cessionnaire

597.- Lors de la réforme de la Loi de Sauvegarde, le législateur a quelque peu modifié les dispositions de l'ancien article 86 afin de mettre fin aux oppositions qui existaient entre les interprétations des différents tribunaux⁸⁹⁹. L'alinéa 4 de l'article L. 642-7 du Code de commerce dispose désormais qu'« *[e]n cas de cession d'un contrat de crédit-bail, le crédit-preneur ne peut lever l'option d'achat qu'en cas de paiement des sommes restant dues dans la limite de la valeur du bien fixée d'un commun accord entre les parties ou, à défaut, par le tribunal à la date de la cession* ». Cette disposition conduit à conditionner la levée d'option d'achat au paiement de l'équivalent de la valeur de rachat du bien loué.

598.- Cela implique de déterminer, en premier lieu, la valeur de rachat du bien. Si les parties n'arrivent pas à se mettre d'accord sur la valeur du bien, les dispositions de l'article R. 642-8 du Code de commerce précisent que « *le tribunal fixe [la valeur du bien*

⁸⁹⁷ E. LE CORRE-BROLY, *Crédit-bail mobilier et procédures collectives, th. préc.*, n° 515 qui fait référence à l'intervention de M. Jacques Barrot, à l'Assemblée Nationale lors de la séance du 24 novembre 1993 : J.O. déb. Ass. Nat., p. 6305, 2^e col.

⁸⁹⁸ Article 86 alinéa 4 de la loi du 25 janvier 1985.

⁸⁹⁹ Sous le régime de la loi du 10 juin 1994, l'alinéa 4 de l'article 86 (devenu art. L. 621-88 du Code de commerce) prévoyait qu'« *en cas de cession d'un contrat de crédit-bail, ces délais prennent fin si, avant leur expiration, le crédit-preneur lève l'option. Cette option ne peut être levée qu'en cas de paiement des sommes restant dues, dans la limite de la valeur du bien, fixée d'un commun accord entre les parties ou, à défaut, par le tribunal à la date de la cession* ».

objet du contrat de crédit-bail], au besoin après expertise, dans le plan de cession ou, à défaut, à la requête de l'une ou l'autre des parties ».

Le texte ne prévoit toutefois pas clairement à quelle date l'expert doit se placer pour déterminer la valeur de rachat du bien loué. Faut-il se placer au moment de la cession du contrat de crédit-bail ou à la date de la levée d'option d'achat, autrement dit de la cession du bien? Cette question est d'autant plus importante dans le cadre des contrats de crédit-bail mobiliers que la valeur du bien diminue considérablement au fil du temps. La formulation ambiguë de l'article L. 642-7 du Code de commerce a fait l'objet de critiques⁹⁰⁰.

Il semble toutefois qu'il faille se placer au moment de la cession d'entreprise. C'est ce qu'ont retenu les juges de la Cour d'appel de Chambéry dans un arrêt du 23 avril 2002⁹⁰¹. Certains auteurs considèrent néanmoins que l'expertise doit déterminer la valeur du bien au moment de sa cession. Cette solution se justifie mieux dans le cadre du crédit-bail mobilier. Dans ce cas, cependant, il paraît difficile de déterminer la valeur du bien au regard de son utilité et de son coût de remplacement particulièrement si l'on se trouve loin du terme de la période de location⁹⁰². Il serait nécessaire que la Cour de cassation précise cette question.

599.- Il faut ensuite établir quelles sont les sommes limitées dans leur montant à la valeur de rachat du bien. S'agit-il uniquement des sommes dues par le débiteur antérieur ou la valeur résiduelle est-elle également comprise dans ces sommes ? Dans un arrêt du 23 novembre 2004, les magistrats de la Chambre commerciale de la Cour de cassation ont précisé que si, en cas de cession du contrat de crédit-bail, l'option d'achat ne pouvait être levée qu'en cas de paiement des sommes restant dues dans la limite de la valeur du bien, fixée dans les conditions que nous venons d'exposer, le plafonnement ainsi prévu ne s'appliquait qu'aux sommes demeurrées impayées du chef du précédent crédit-preneur en procédure collective, le cessionnaire n'étant pas dispensé du paiement de l'intégralité des

⁹⁰⁰ E. LE CORRE-BROLY, note à propos de l'arrêt Cass. com. 23/11/2004, n° 03-13035: *Bull. civ. IV*, n° 205: *D.* 2005, p. 510 ; P.-M. LE CORRE et F.-X. LUCAS, « Redressement et liquidation judiciaires », *D.* 2005, p. 292.

⁹⁰¹ CA Chambéry 23/04/2002, *Juris-Data* n° 2002-184748.

⁹⁰² E. LE CORRE-BROLY, note à propos de l'arrêt Cass. com. 23/11/2004 : *D.* 2005, p. 510.

sommes qui lui incombe personnellement au titre du contrat cédé. Par conséquent, seules les créances de loyers antérieures, intérêts de retard et autres frais admis au passif sont concernés par la limite légale.

Les sommes payées par le cessionnaire sont ensuite déduites de la créance antérieure du crédit-bailleur qui aura été admise au passif. Le contrôle de ces sommes ainsi que la déduction de leur montant sur celui de la créance antérieure admise au passif sont assurés par l'intervention du liquidateur dans le processus de paiement. Selon les dispositions de l'article R. 642-8 du Code de commerce, il appartient en effet au cessionnaire de verser les sommes restant dues au liquidateur qui les remet sans délai au crédit-bailleur. A défaut, le paiement est nul.

600.- L'article L. 642-7 du Code de commerce confère un avantage certain au crédit-bailleur par rapport aux autres créanciers puisqu'il échappe au sort commun⁹⁰³. Cette disposition déroge au principe d'égalité entre les créanciers. Néanmoins, les sommes obtenues par le crédit-bailleur sont plafonnées au montant de la valeur de rachat du bien, de sorte que le crédit-bailleur ne peut se prévaloir des clauses contractuelles subordonnant la levée de l'option d'achat au paiement intégral des loyers contractuellement prévus⁹⁰⁴. Toutefois, ce plafonnement conduit à une situation qui n'est que le reflet de ce qui se passerait en pratique en l'absence de toute réglementation. Le cessionnaire qui s'apercevrait que la valeur du bien est inférieure aux sommes restant dues au terme du contrat, aurait intérêt à ne pas lever l'option d'achat et à se porter acquéreur du bien lors de sa revente par le crédit-bailleur au prix du marché⁹⁰⁵, à condition naturellement que celui-ci procède rapidement à la vente.

601.- Le résultat pratique n'est pas, au final, fondamentalement différent de celui obtenu en droit allemand après la cession du contrat. Le droit allemand se contente d'appliquer les règles de droit commun à la cession, ce qui permet au bailleur financier d'opposer les inexécutions antérieures pour refuser la cession du contrat de location

⁹⁰³ C. SAINT-ALARY-HOUIN, note à propos de l'arrêt Cass. com. 23/11/2004: *RTD Com.* 2005, p. 597.

⁹⁰⁴ E. LE CORRE-BROLY, *Crédit-bail mobilier et procédures collectives*, th. préc., n° 515 s.

⁹⁰⁵ C. SAINT-ALARY-HOUIN, note à propos de l'arrêt Cass. com. 23/11/2004: *RTD Com.* 2005, p. 597 ; E. LE CORRE-BROLY, note à propos de l'arrêt Cass. com. 23/11/2004 : *D.* 2005, p. 510.

financière. Si le cessionnaire accepte de payer les loyers antérieurs, il pourra lever l'option d'achat en fin de contrat. Par conséquent, le bailleur financier échappe également au sort commun dans la procédure de droit allemand. La seule différence réside donc dans le plafonnement des sommes versées par le cessionnaire, propre au droit français ainsi que dans le contentieux qu'il fait naître.

602.- Conclusion de la Section 2 : L'ordonnance du 18 décembre 2008 a permis au législateur français de terminer l'effort commencé en 1994 quant à la protection des intérêts du crédit-bailleur au moment de la levée d'option d'achat. Quand celle-ci a lieu lors de la procédure collective, la situation du crédit-bailleur est nettement plus favorable que celle de son homologue dans la procédure de droit allemand, dans laquelle l'intérêt collectif prime. En revanche, la dérogation au principe d'application des stipulations contractuelles que consacre le droit français lors de la levée d'option d'achat par le cessionnaire n'est que la conséquence de la cession judiciaire du contrat. Cette cession n'opère pas novation de sorte que la levée d'option d'achat pourrait être bloquée par les inexécutions antérieures du débiteur. En droit allemand, où la cession du contrat obéit aux règles de droit commun, la levée d'option d'achat se fait conformément aux stipulations contractuelles. Ici, les deux solutions arrivent à des résultats proches. Toutefois, le contentieux est beaucoup plus important en droit français.

603.- Conclusion du Chapitre 2 : Le transfert de propriété du bien loué est abordé de manière radicalement différente en droit français et allemand. Depuis la loi du 10 juin 1994, le législateur français s'efforce de concilier les intérêts en présence, là où le droit allemand a choisi de faire primer l'intérêt collectif. Toutefois, la différence ne se fait que si l'option d'achat est levée pendant la procédure collective. Les contestations des établissements financiers au moment de la réforme de 1994 ont conduit le législateur français à accorder certains avantages aux crédits-bailleurs en tant que propriétaires, dont les intérêts sont largement sacrifiés au profit de l'intérêt commun au cours de la procédure. Il a néanmoins fallu attendre l'ordonnance du 18 décembre 2008 pour que la réglementation de la levée d'option d'achat soit enfin complète. Si l'effort doit être salué, il est regrettable que le texte fasse naître de nouvelles interrogations qui généreront un nouveau contentieux.

604.- Conclusion de la Partie 3 : L'étude comparative de la situation du bailleur financier, propriétaire, dans la procédure collective est de loin celle qui révèle le plus de différences entre les droits français et allemand. Les deux modèles s'opposent. Le droit allemand fonde le droit du bailleur financier de demander la distraction du bien sur l'existence d'un droit réel ou personnel sans assortir l'action de conditions particulières d'exercice. En revanche, le droit français adapte les règles de l'action en revendication aux exigences de la procédure collective et notamment aux besoins de rapidité de cette dernière. Le non-respect de ces règles est générateur de contentieux. Il en est de même de la dispense accordée aux titulaires de contrats publiés, qui leur permet de prétendre à une situation comparable à celle du bailleur financier dans la procédure de droit allemand. La même remarque vaut pour les conditions du transfert de propriété. Le droit français offre un cadre légal à la levée d'option d'achat. Les règles qu'il prévoit équilibrent les sacrifices qui auront été imposés au crédit-bailleur tout au long de la procédure. Les efforts du législateur français pour offrir à ce dernier une situation comparable à celle de son homologue dans la procédure de droit allemand ne semblent toutefois être que la conséquence des dérogations au droit commun adoptées en amont.

CONCLUSION GENERALE

605.- L'objet de notre recherche était de comparer les solutions retenues en droit français et en droit allemand des procédures collectives dans la recherche d'une conciliation entre les intérêts du bailleur financier confronté à la procédure du locataire et l'intérêt collectif. L'étude comparative nous a conduits à un premier constat. Les dispositions particulières dont bénéficie le bailleur financier en droit français et qui lui assurent une position privilégiée par rapport aux autres créanciers du locataire, ne trouvent pas d'équivalent en droit allemand. Cela ne rend pourtant pas la situation du bailleur financier moins favorable dans la procédure de droit allemand.

606.- Contrairement au droit français des procédures collectives qui déroge considérablement au droit commun pour s'adapter aux exigences de la procédure collective, et notamment à l'exigence de rapidité, le droit allemand des procédures collectives renvoie généralement aux règles de droit commun. Ce constat se vérifie au travers de l'étude des différents rôles du bailleur financier dans la procédure ouverte contre le locataire : cocontractant, créancier mais également propriétaire. Quant aux mesures particulières dont bénéficie le bailleur financier, elles ne sont que des dérogations à ce système dérogatoire au droit commun et ne doivent leur existence qu'aux revendications menées par le lobby des établissements financiers destinées à améliorer la situation de ce partenaire particulier de l'entreprise en difficulté.

607.- Les exigences de la procédure et le maintien de l'activité conduisent nécessairement à des dérogations au droit commun. Ainsi en est-il également en droit allemand, de la soumission du contrat de *leasing* au choix de l'administrateur de l'insolvabilité sur la continuation des contrats en cours. Pour permettre la continuation du contrat par l'administrateur, le contrat doit être maintenu artificiellement malgré les inexécutions du débiteur. Par conséquent, les causes de résiliation du contrat de *leasing* sont limitées à compter du dépôt de la demande d'ouverture de la procédure afin de maintenir le contrat puis ce dernier est suspendu malgré les inexécutions antérieures du débiteur. En cela, les solutions française et allemande se rejoignent.

608.- En revanche, les solutions divergent après la décision de continuer le contrat. Une fois ce dernier poursuivi, le droit commun reprend son empire dans la procédure de droit allemand. Le contrat est exécuté conformément aux dispositions contractuelles. Cette solution s'oppose à la solution française où les principes d'autonomie de la volonté et de la force obligatoire des contrats sont bien souvent sacrifiés au profit de la sauvegarde de l'activité. L'intérêt social et économique prime sur les intérêts du cocontractant⁹⁰⁶. Il en est notamment ainsi en ce qui concerne la cession du contrat.

609.- Les mêmes observations valent au moment du paiement des créances. Bien sûr, le bailleur financier est soumis dans chacun des deux systèmes juridiques à la discipline collective pour obtenir le paiement des créances antérieures. Le principe d'égalité des créanciers doit prévaloir sur les intérêts particuliers des créanciers. Mais le droit français connaît des règles strictes en matière de déclaration de créances, assorties de sanctions que le droit allemand ignore. Par conséquent, les mesures particulières dont bénéficie le bailleur financier tel l'avertissement d'avoir à déclarer ses créances sont inutiles en droit allemand.

Le droit français tente de rétablir l'équilibre entre les intérêts en présence en accordant au bailleur financier le bénéfice du traitement préférentiel pour les créances nées à compter du jugement d'ouverture. C'est justement pour ces créances que le droit allemand restreint le bénéfice du traitement préférentiel. L'option en faveur de la continuation du contrat qui détermine l'application du droit commun au contrat détermine également le bénéfice de ce traitement particulier qui consiste essentiellement à payer les créances de loyers à échéance. Les créances échues pendant la phase de réflexion en sont donc logiquement exclues.

610.- Le bailleur financier, propriétaire du bien loué n'est pas épargné par les dérogations aux règles de droit commun propres au droit français. Là encore, l'action en revendication est largement adaptée aux exigences de la procédure collective. Le bailleur financier doit revendiquer son bien dans un délai relativement court ou justifier de la publicité du contrat. Mais en regardant de plus près le système allemand, on s'aperçoit que de telles mesures ne sont pas vraiment nécessaires. Le propriétaire a un intérêt légitime à

⁹⁰⁶ P. ROUSSEL GALLE, Les contrats en cours dans le redressement et la liquidation judiciaires, *th. préc.*, p. 413.

revendiquer son bien. Quant à la publicité, elle est finalement inutile. Le contrat de location financière apparaît dans la comptabilité du débiteur failli et les créanciers savent que les entreprises recourent de plus en plus souvent à des modes de financements qui ne leur confèrent pas ou pas immédiatement la propriété des biens financés. Ils ne peuvent pas, par conséquent, raisonnablement croire en la solvabilité apparente du débiteur. Pourtant, les conséquences auxquelles s'expose le bailleur financier dans cette procédure de revendication sont particulièrement sévères. Quant à la restitution, qu'elle soit fondée sur la reconnaissance du droit de propriété ou sur l'existence d'un droit personnel, elle ne peut avoir lieu qu'au terme du contrat. Par conséquent, c'est le choix sur la continuation du contrat qui doit se révéler déterminant de la restitution aussi bien en droit français qu'en droit allemand afin de garantir le maintien de l'activité.

611.- Enfin, afin de rétablir l'équilibre par rapport aux sacrifices imposés au bailleur financier tout au long de la procédure, le législateur français a progressivement réglementé les conditions de la levée de l'option d'achat. Ces dernières respectent les stipulations contractuelles initiales en subordonnant la levée de l'option d'achat au paiement de l'ensemble des sommes dues au titre du contrat, au mépris du principe d'égalité des créanciers. Cette mesure, très favorable à ce propriétaire lorsque l'option d'achat est levée par le locataire failli, n'est que le reflet de ce qui se passerait en pratique lorsque le cessionnaire lève l'option d'achat. Le législateur allemand a, en revanche, choisi de faire prévaloir le principe d'égalité des créanciers en soumettant l'option d'achat à la décision de l'administrateur de l'insolvabilité. Contrairement à son homologue dans la procédure de droit français, le bailleur financier ne peut opposer les inexécutions antérieures du débiteur pour empêcher la levée de l'option d'achat. En revanche, lorsque le contrat est cédé, le cessionnaire est contraint de payer les loyers antérieurs pour lever l'option d'achat. La solution est ici identique à celle du droit français, même en l'absence de toute réglementation particulière.

612.- L'étude comparative que nous avons menée fait ressortir les limites du droit français des procédures collectives. Le bailleur financier doit être particulièrement attentif à toutes les règles auxquelles il est soumis afin de ne perdre ni la possibilité de réclamer le paiement de sa créance ni celle d'exercer son droit de propriété. En cela, le droit français des procédures collectives constitue très probablement un frein au développement des opérations de location financière transfrontalières, alors qu'une offre de financement

internationale serait particulièrement utile en période de crise. Le bailleur financier allemand, confronté à la procédure collective de droit français de son locataire, ne pourrait échapper à l'application du droit français des procédures collectives dont les règles sont d'ordre public, en désignant un autre droit national applicable au contrat.

613.- De manière générale, les instruments communautaires actuels ne permettent pas de régler toutes les difficultés liées aux procédures présentant un caractère international, notamment en ce qui concerne la protection des intérêts des créanciers. Lorsque les actifs du débiteur sont situés sur le territoire de plusieurs Etats membres, le Règlement (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité prévoit la possibilité d'ouvrir une procédure d'insolvabilité principale de portée universelle c'est-à-dire ayant vocation à appréhender l'ensemble des actifs du débiteur, qu'ils se trouvent sur le territoire de l'Etat membre d'ouverture ou sur celui d'un autre Etat membre, et de procédures secondaires, dont les effets se limitent au territoire des Etats membres concernés. Il se contente de coordonner les procédures soumises aux différents droits nationaux et unifie uniquement les règles de conflit de juridiction et les règles de conflit de lois⁹⁰⁷, alors que ce sont les différences entre les droits nationaux qui sont en cause ici⁹⁰⁸.

614.- C'est ce qui a conduit la Commission des Nations Unies sur le droit commercial international à élaborer un « Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité » dont les termes ont été adoptés par son assemblée générale en Juin 2004. Le Guide propose un ensemble de principes généraux et de règles détaillées, que les différents législateurs nationaux peuvent adapter et intégrer dans leur propre système⁹⁰⁹. On obtiendrait alors une harmonisation des droits nationaux sans obtenir de modèle unique, les Etats étant libres de choisir les principes et les règles à intégrer dans leur droit national. Ceci offrirait néanmoins aux créanciers une meilleure prévisibilité des conséquences de l'insolvabilité de leurs débiteurs et faciliterait sans aucun doute l'accès au crédit de ces derniers⁹¹⁰.

⁹⁰⁷ F. MELIN, « Le Règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 et la coordination des procédures d'insolvabilité », *JCP Ent.* 2009, 1022.

⁹⁰⁸ V. sur ce point, J.-L. VALLENS, « Le guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité : vers l'harmonisation du droit de la faillite ? », *D.* 2004, p. 2420 s.

⁹⁰⁹ http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/insolven/05-80723_Ebook.pdf

⁹¹⁰ J.-L. VALLENS, « Le guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité : vers l'harmonisation du droit de la faillite ? », *op. cit.*

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

- A -

Admission des créances,

- autorité de chose jugée, 312 s.
- effets à l'égard de la caution, 312, 344 s.
- effet interservif de prescription, 315 s.
- paiement,
 - dans le cadre des dividendes, 321 s.
 - dans le cadre de la cession, 334 s.
 - pendant le plan de sauvegarde ou de redressement, 326 s.

Arrêt des poursuites individuelles, 253

Arrêt du cours des intérêts,

- créance antérieure au jugement d'ouverture, 296
- créance postérieure au jugement d'ouverture, 426

Avertissement d'avoir à déclarer sa créance, 266

- C -

Caution,

- admission au passif :
 - effets à l'égard de la -, 344 s.
- créance non admise,
 - effets à l'égard de la -, 359 s.
- plan de sauvegarde ou de redressement,
 - effets à l'égard de la -, 352 à 354
- plan d'insolvabilité
 - effets à l'égard de la -, 355 à 357

Cession-bail,

- définition, 482

Cession du contrat,

- *Asset Deal* (dans le cadre d'une cession de type),
 - conventionnelle, 220
 - effets à l'égard de la caution, 249
 - obligations du repreneur, 244
 - obligations du bailleur financier, 241
- *Share Deal* (dans le cadre d'une cession de type),
 - absence de -, 218, 219.

Cession judiciaire du contrat,

- contrats cessibles,
 - contrat arrivé à terme, 228
 - contrat en cours, 228 à 231
 - contrat nécessaire au maintien de l'activité, 232 à 234
 - nature des -, 226 et 227
- délais de paiement (non), 240
- effets à l'égard des tiers,
 - caution, 246 à 248
- effet novatoire (absence d'-), 248
- levée de l'option d'achat (Voir Levée de l'option d'achat par le cessionnaire)
- nécessité du contrat,
 - notion, 233
 - non cédé, non résilié, 234
- obligations,
 - répartitions entre le débiteur-cédant et le cessionnaire, 242 et 243

- relations entre le débiteur-cédant et le bailleur financier, 239 et 240
- publicité modificative, 486

Continuation du contrat,

- clause attributive de compétence, 171 s.
- clause compromissoire, 178
- clause d'indivisibilité, 80 s.
- clause pénale, 170 s.
- clause résolutoire, 74 s.
- contrat en cours (notion de), 56 s.
- créance postérieure au choix du titulaire, 183 s.
- loyers échus pendant la phase de réflexion, 180 s.
- nature des contrats, 51 s.
- option,
 - issues, 117 s.
 - modalités d'exercice, 100 s.
 - délai d'exercice, 89 s.
 - mise en demeure, 91 s.
 - titulaire, 105 s.

Créance antérieure au jugement d'ouverture,

- admission (Voir admission des créances)
- déclaration (Voir déclaration des créances)
- forclusion (Voir inopposabilité de forclusion/relevé de forclusion)
- interdiction de paiement, 253
- poursuites individuelles,
 - arrêt, 253

Créance postérieure au jugement d'ouverture,

- éligibilité (critères d'), 138 s., 370 s.
- date de la naissance, 380 et 381
- indemnité d'utilisation, 396, 412 s.
- indemnité de résiliation, 410 s.
- intérêts,
 - absence d'arrêt du cours des intérêts, 426

- non continuation du contrat, 409
- option de l'administrateur de l'insolvabilité, 403
- paiement,
 - à l'échéance, 421 à 423
 - défaut, 424 s.
- poursuites individuelles,
 - reprise, 424 à 425
- privilège,
 - définition, 430
 - conséquences, 431
 - déclaration, 432
- régime, 362 s.
- régularité de la naissance,
 - répartitions des pouvoirs, 109 s., 390
 - continuation du contrat, 391
- utilité de la -, 392 s.

Crédit-bail,

- définition, 4
- distinction avec la location financière, 4
- distraction (Voir ce mot)
- historique, 4
- intérêt,
 - pour le bailleur, 2
 - pour le locataire, 2
- international, 12 s.
- législation française sur le -, 4
- levée de l'option d'achat par le débiteur failli (Voir ce mot)
- levée de l'option d'achat par le cessionnaire (Voir ce mot)
- levée de l'option de vente par le bailleur (Voir ce mot)
- publicité obligatoire, 478
- propriété-garantie, (Voir ce mot)
- restitution, (Voir ce mot)
- revendication (Voir ce mot)

-D-

Déclaration de créance, 286 s.

- auteur,
 - dirigeant, 287, 288
 - tiers, 289
 - préposé, 290 s.
 - avertissement, 266
- contenu,
 - déclaration de créance initiale, 295 s.
 - déclaration de créance complémentaire, 298, 300 à 303
- défaut de -,
 - effet, 265
- délai,
 - déclaration de créance initiale, 264
 - déclaration de créance complémentaire, 303
- effet interruptif de prescription, 277
- forme, 285
- incidence de la – sur la levée d’option d’achat, (Voir Levée de l’option d’achat par le débiteur failli),
- nature juridique, 285

Distraction (droit de -),

- **continuation du contrat**, 494, 496 et 497
- définition, 463
- défaut de présentation de la demande, 531
- domaine,
 - existence du bien, 538
- modalités procédurales,
 - caractère gracieux, 467
 - délai (non), 472
 - forme de la demande, 467
 - juridiction compétente, 467
- effets de l’admission de l’action, 510

Droit de propriété,

- inopposabilité, (Voir Inopposabilité du droit de propriété)

-E-

Egalité des créanciers,

- levée de l’option d’achat par le débiteur failli, 579
- levée de l’option d’achat par l’entreprise cessionnaire, 600

-F-

Forclusion, 274 s.

- relevé de -, (Voir ce mot)

-I-

Indemnité de privation de jouissance, 300, 413 s., 510 et 511

Indemnité de résiliation, 155, 297 et 298, 395, 409 à 411

Indemnité d’utilisation, 396 à 399, 509

Indivisibilité (clause d’-), (Voir Continuation des contrats – contrats en cours)

Inopposabilité du droit de propriété,

- demande en restitution, 523 s.
- publicité, 478
- revendication, 471

-L-

Leasing,

- contrat à amortissement complet (*Vollamortisationsvertrag*),
 - définition, 6
 - issues, 6
- contrat à amortissement partiel (*Teilamortisationsvertrag*),
 - définition, 7
 - issues, 8

Levée de l'option d'achat,

- par l'administrateur de l'insolvabilité, (Voir Levée de l'option d'achat par l'administrateur de l'insolvabilité)
- par le débiteur failli, (Voir Levée de l'option d'achat par le débiteur failli)
- par le cessionnaire, (Voir Levée de l'option d'achat par le cessionnaire)

Levée de l'option d'achat par l'administrateur de l'insolvabilité,

- sous le régime du *Konkursordnung*, 552 s.
- en droit positif, 546 s.

Levée de l'option d'achat par le débiteur failli,

- force obligatoire des conventions,
 - respect, 578, 587
- obstacle à la - :
 - règle de l'interdiction des paiements de créances antérieures, 578
 - règle de l'égalité des créanciers, 579
- pendant la liquidation judiciaire,
 - régime antérieur à l'ordonnance du 18/12/2008, 579
 - régime postérieur à l'ordonnance du 18/12/2008, 586 s.
- en cours d'exécution du plan de sauvegarde et de redressement, 574 s.
- pendant la période d'observation,
 - régime antérieur à l'ordonnance du 18/12/2008, 580
 - régime postérieur à l'ordonnance du 18/12/2008, 586 s.

Levée de l'option d'achat par le cessionnaire,

- intangibilité du contrat, 595
- sommes restant dues,
 - détermination, 599

■ paiement, 599

■ valeur de rachat du bien, 598

Liquidation judiciaire,

- cession judiciaire du contrat, (Voir Cession judiciaire du contrat)
- contrat en cours (Voir Continuation du contrat – contrat en cours)
- levée de l'option d'achat pendant la -, (Voir Levée de l'option d'achat par l'entreprise débitrice [pendant la-])

Location avec option d'achat,

- publicité facultative, 479

-O-

Opposabilité du droit de propriété,

- publicité du contrat (Voir publicité du contrat – inopposabilité)

Option d'achat,

- levée de l'-
 - par le débiteur failli (Voir Levée de l'option d'achat par le débiteur failli)
 - par le cessionnaire (Voir Levée de l'option d'achat par le cessionnaire)

Option sur la continuation du contrat,

- nature juridique, 45 s.

-P-

Période d'observation,

- levée de l'option d'achat (Voir Levée de l'option d'achat par le débiteur failli –pendant la période d'observation)

Plans de sauvegarde et de redressement,

- admission de la créance au passif, 320
- caution, 352 à 357
- créance postérieure au jugement d'ouverture, 381
- délais et remises, 326
- levée de l'option d'achat (Voir levée de l'option d'achat par le débiteur failli [pendant le -])
- résolution, 314, 431

Poursuites individuelles, (Voir Créance antérieure au jugement d'ouverture – poursuites individuelles – arrêt)

- créance postérieure au jugement d'ouverture (Voir créance postérieure au jugement d'ouverture – poursuites individuelles – arrêt – clôture de la procédure)
- reprise après clôture de la procédure, 324 et 325.

Privilège des créances postérieures,

- classement, 435 s.
- nature juridique, 429 et 430

Procédures collectives,

- notion, 22

Propriété-garantie, 494, 513, 516 s., 587**Publicité du contrat,**

- contrats concernés, 478 s.
- conséquences de la non-conformité, 485
- inopposabilité du droit de propriété,
 - conséquences, 528 s.
 - définition de l'inopposabilité, 525 s.
 - connaissance du droit de propriété par les tiers, 485
- domaine,
 - publicité initiale, 477

- publicité modificative, 486 s.
- location financière, 479
- régime, 477

-R-

Relevé de forclusion, 269

Résiliation (clause de -), (Voir continuation des contrats – contrats en cours)

Restitution (demande en -)

- caractère facultatif de la demande, 491
- défaut de présentation de la demande,
 - vente du bien, 530
 - consignation des fonds, 530
- délai d'exercice de la demande (non), 491
- destinataire de la demande, 492 et 493
- domaine, 490
- effets du rejet de la demande,
 - inopposabilité du droit de propriété, 523 s.
- forme, 492
- indépendance avec la déclaration de créance, 513 s.
- juridiction compétente, 492
- modalités procédurales, 492

Responsabilité des mandataires de justice,

- défaut d'avertissement du créancier, 267
- créance postérieure au jugement d'ouverture,
 - défaut de paiement, 202 s.
- obligation de diligence, 532, 533

Revendication,

- domaine,
 - existence du bien, 535

- continuation du contrat, 494 et 495
- en droit allemand (Voir Distraction, droit de)
- forclusion, 456 s.
- nature juridique de l'action, 459
- publicité du contrat non conforme, 486
- régime, 453 s.
- modalités procédurales,
 - caractère gracieux, 456
 - délai de l'action, 456
 - juridiction compétente, 456
- voies de recours, 460

- effets de l'admission de l'action, 507 s.
- effets du rejet de l'action,
 - absence de perte du droit de propriété, 524, 526
 - inopposabilité du droit de propriété, 524 s.

-V-

Vérification des créances,

- admission de la créance (Voir ce mot)
- procédures, 311
- rejet de la créance, 318 et 319

BIBLIOGRAPHIE ESSENTIELLE

DROIT FRANÇAIS

OUVRAGES ET MANUELS

- **BONNEAU (T.)**, *Droit bancaire*, Montchrestien, 7^{ème} édition, 2007.
- **BRUNEAU (C.)**, *Le crédit-bail mobilier, la location de longue durée et la location avec option d'achat*, Banque éditeur, 1999.
- **CABRILLAC (M.) et MOULY (C.)**, *Droit des sûretés*, Litec, 7^{ème} édition, 2004.
- **CORNELOUP (S.)**, *La publicité des situations juridiques, Une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, LGDJ, 2003.
- **CROCQ (P.)**, *Propriété et garantie*, LGDJ, 1995.
- **GIOVANOLI (M.)**, *Le crédit-bail (leasing) en Europe : développement et nature juridique*, Litec, 1980.
- **JACQUEMONT (A.)**, *Droit des entreprises en difficulté*, 4^{ème} édition, Litec, 2006.
- **JOUFFIN (E.)**, *Le sort des contrats en cours dans les entreprises soumises à une procédure collective*, LDGJ, 1998.
- **LE CANNU (P.) et JEANTIN (M.)**, *Droit commercial/Entreprises en difficulté*, 7^{ème} édition, 2006.
- **LE CORRE (P.-M.)**, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, 2010/2011.
- **LE CORRE (P.-M) et LE CORRE-BROLY (E.)**, *Droit des entreprises en difficulté*, 2^{ème} édition, Sirey, 2006.
- **LUCAS (F.-X.) et LECUYER (H.)**, *La réforme des procédures collectives/La loi de sauvegarde article par article*, LGDJ, 2006.
- **MATTOUT (J.-P.)**, *Droit bancaire international*, 3^{ème} édition, Revue Banque Edition, 2004.
- **PEROCHON (F.) et BONHOMME (R.)**, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit*, 8^{ème} édition, LGDJ, 2009.

- **RIPERT (G.) ET ROBLOT (R.)**, *Traité de droit commercial*, T. 2, 14^{ème} édition, par P. Delebecque, 17^{ème} éd., LGDJ, 2004.
- **ROUSSEL GALLE (P.)**, *Réforme du droit des entreprises en difficulté*, Litec, 2005.
- **SAINT-ALARY-HOUIN (C.)**, *Droit des entreprises en difficulté*, 5^{ème} édition, Montchrestien « Domat », 2007.
- **SOINNE (B.)**, *Traité des procédures collectives*, 2^{ème} édition, Litec, 1995.

ARTICLES

- **ANCEL (P.)** :
 - *« Arbitrage et procédures collectives », *Revue de droit de l'arbitrage*, 1983, p. 255 et suivantes.
 - *« Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985 », *Revue de droit de l'arbitrage*, 1987, p. 127 et suivantes.
 - *« Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, p. 771 et suivantes.
- **ARATO/BLIESENER/MCCLEAN/RODRIGUEZ-ROVIRA/LAURENT**,
« Quelques exemples de réponses à la crise financière et aux difficultés des entreprises dans plusieurs pays européens », *Cahier de droit de l'entreprise*, n° 5, Sept. 2009, dossier 31.
- **BARAT (F.)**, « La levée d'option d'achat du crédit-bail par le preneur soumis à une procédure collective après l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Revue de droit bancaire et financier*, 2010, Dossier 13.
- **BARON (F.)**, « La date de naissance des créances contractuelles à l'épreuve du droit des procédures collectives », *Revue trimestrielle de droit bancaire et économique*, 2001, p. 1 et suivantes.
- **BECQUE-ICKOWICZ (S.)** sous la direction de F.-X. LUCAS et H. LECUYER, « La loi de sauvegarde, article par article (1^{ère} partie) », *Les Petites Affiches*, 8 février 2006, n° 28, p. 39 et suivantes.
- **BEGUIN (J.)**, « Une tentative d'équilibrage contractuel : la Convention d'Ottawa sur le crédit-bail mobilier international » in : *Le contrat au début du XXe siècle, Etudes offertes à J. Ghestin*, p. 65 et suivantes.
- **BEHAR-TOUCHAIS (M.)**, « La date de naissance de la créance issue d'un contrat synallagmatique à exécution successive », *Les Petites Affiches*, 2004, n° 224, p. 41 et suivantes.

- **BERAUDO (J.-P.)**, « Le nouveau droit du crédit-bail international et de l'affacturage international (1^{er} mai 1995) », *Juris-classeur périodique édition entreprise et affaires*, 1995, Chronique, p. 458 et suivantes.
- **BERGER (C.)**, « Le sort de la caution en cas de cession du contrat dans le cadre d'une procédure collective », *Recueil Dalloz-Sirey*, 2003, p. 1682 et suivantes.
- **BEY (E.-M.)** :
 - *« L'évolution de la publicité dans le crédit-bail », *Gazette du Palais*, 1984, p. 370 et suivantes.
 - *« La convention d'Ottawa sur le crédit-bail international », *Juris-classeur périodique édition entreprise et affaires*, 1989, II 15643.
 - *« Le droit de propriété dans le crédit-bail », *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, 2/91, p. 87 et suivantes.
 - *« Le crédit-bail dans la réforme des procédures collectives opérée par la loi du 10 juin 1994 », *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, 8-9/1994, p. 707 et suivantes.
- **BRUNETTI-PONS (C.)**, « La spécificité du régime des contrats en cours dans les procédures collectives », *Revue trimestrielle de droit commercial et économique*, 2000, p. 783 et suivantes.
- **CALENDINI (J.-M.)** :
 - *« La détermination des contrats cédés », *Revue de jurisprudence commerciale*, 1992, n° spécial, p. 110.
 - *« La notion de contrats en cours dans le redressement judiciaire : définition et portée à propos du contrat de prêt », *Revue Banque et Droit*, 1994, n° 7, p. 12.
- **CORNELOUP (S.)**, « La loi applicable aux obligations contractuelles – Transformation de la Convention de Rome en règlement communautaire « Rome I » », *Juris-classeur périodique édition générale*, 2008, I 205.
- **COURTIER (J.-L.)**, « Date de naissance d'une créance à exécution successive d'un contrat poursuivi en vertu de l'article L. 621-28 du Code de commerce », *Les Petites Affiches*, 2002, n° 253, p. 18 et suivantes.
- **DAGOT (M.)**, « La notion de privilège » in *Mélanges Mouly*, Litec, 1998, tome 2, p. 335 et suivantes.
- **DEHARVENG (J.)**, « Le plan de cession dans la nouvelle architecture des procédures collectives », *Recueil Dalloz-Sirey*, 2006, p. 1047 et suivantes.
- **DELEBECQUE (P.)**, « Le régime des contrats cédés en application de l'article 86 de la loi du 25 janvier 1985 », *Revue de jurisprudence commerciale*, 1992, n° spécial, n° 17, p. 134 et suivantes.

- **DERRIDA (F.) et SORTAIS (J.-P.)**, « La situation des créanciers forclos dans les nouvelles procédures collectives », *Les Petites Affiches*, 2006, n° 58, p. 7 et suivantes.
- **DE SOLA CANIZARES (F.)**, « Les sociétés financières en droit comparé », *Revue internationale de droit comparé*, 1995, volume 7, n° 3, p. 600 et suivantes.
- **FABIANI (D.)**, « Les conditions de la cession judiciaire des contrats dans la loi du 25 janvier 1985 sur le redressement ou la liquidation judiciaire des entreprises », *Revue de jurisprudence commerciale*, 1987, p. 41 et suivantes.
- **GHOZI (A.)**, « Nature juridique de la production des créances dans les procédures collectives de règlement du passif », *Revue trimestrielle de droit commercial et économique*, 1978, p.1 et suivantes.
- **GREAU (F.)**, « Pour un véritable privilège de procédure », *Les Petites Affiches*, 2008, n° 118, p.4.
- **GROSCLAUDE (X.)**, « Pour une nouvelle lecture de l'article 37 de la loi du 25 janvier 1985 », *Les Petites Affiches*, 1994, n° 60, p. 20 et suivantes.
- **HAEHL (J.-P.)**, « L'option de l'administrateur », *Les Petites Affiches*, 1996, n° 82, p.4.
- **HENRY (L.-C.)** :
 - *« Le plan de cession et la loi de sauvegarde des entreprises », *Gazette du Palais des procédures collectives*, 2005, Doctrine, p. 39 et s.
 - *« La notion de privilège de procédure dans la loi de sauvegarde », *Revue des procédures collectives*, 2008, p. 20 et suivantes.
- **HOUIN-BRESSAND (C.)**, « Fiducie-sûreté, clause de réserve de propriété, crédit-bail : quelle protection pour le banquier propriétaire ? », *Revue de droit bancaire et financier*, 2010, dossier 12.
- **KEITA (M.)**, « L'exercice des voies d'exécution par les créanciers de l'article L. 621-32 du Code de commerce : évolutions récentes », *Les Petites Affiches*, 2004, n° 201, p. 5 et suivantes.
- **LEGEAIS (D.)**, « Droit pour le crédit-bailleur de récupérer le bien loué après la résolution du plan de continuation », *Revue trimestrielle de droit commercial et économique*, 2007, p. 818 et suivantes.
- **LIENHARD (A.)** :
 - *« Revendication après l'adoption d'un plan de continuation », *Recueil Dalloz-Sirey*, 2004, p.1084 et suivantes.
 - *« Le nouveau privilège de procédure : entre restauration et éclatement », in : *Etudes offertes au Doyen Simler*, Dalloz, 2006, p. 475 et suivantes.
 - *« Le nouveau privilège de procédure : entre restauration et éclatement », in : *Etudes offertes au doyen Philippe Simler*, ABRY et al. [éd.], 2006, p. 471 et suivantes.

- **LE CORRE (P.-M.) :**
 - * « Les locations financières à l'épreuve de l'article 115 de la loi du 25 janvier 1985 », *Revue des procédures collectives*, 1992, Doctrine, p.1 et suivantes.
 - *« Les créanciers antérieurs dans le projet de sauvegarde des entreprises », in : La réforme des procédures collectives, Colloque Crafege, Nice 27 Mars 2004, *Les Petites Affiches*, 2004, n° 116, p. 25 et suivantes.
 - * « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises », *Recueil Dalloz-Sirey*, 2005, chronique, p. 2297 et suivantes.
 - *« Le sort du contrat non cédé dans le plan de cession », *Juris-classeur périodique édition entreprise et affaires*, 2006, p. 2671 et suivantes.
 - *« Les déclarations de créances », *Les Petites Affiches*, 2007, n° 119, p. 64 et suivantes.
 - *« Déclaration, vérification et admission des créances et procédure civile », *Les Petites Affiches*, 2008, n° 239, p. 72 et suivantes.
 - *« Nature et régime des créances postérieures », *Les Petites Affiches*, 2009, n° 71, p. 4 et suivantes.
 - *« La règle de l'interdiction des paiements au lendemain de l'ordonnance du 18/12/2008 », *Gazette du Palais*, 2009, n° 69, p. 25 et suivantes.
- **LE CORRE (P.-M.) et LE CORRE-BROLY (E.),** « L'analyse jurisprudentielle de la demande en acquiescement de revendication », *Recueil Dalloz-Sirey*, 2002, p. 948 et suivantes.
- **LE CORRE (P.-M.) et LUCAS (F.-X.),** « Redressement et liquidation judiciaires », *Recueil Dalloz-Sirey*, 2005, p. 292 et suivantes.
- **LE CORRE-BROLY (E.) :**
 - *« Le régime de la levée d'option d'achat du contrat de crédit-bail judiciairement cédé », *Les Petites Affiches*, 1996, n° 70, p. 4 et suivantes.
 - *« Revendication et inopposabilité du droit de propriété (article 115 de la loi de 1985) », *Recueil Dalloz-Sirey*, 2000, p. 533 et suivantes.
 - *« De quelques difficultés intéressant l'action en restitution du crédit-bailleur mobilier », *Recueil Dalloz-Sirey*, 2005, p. 2165 et suivantes.
 - *« La déclaration de créance du bailleur financier et du crédit-bailleur », *Gazette du Palais*, 2005, p. 14 et suivantes.
 - *« La levée d'option d'achat et la règle de l'interdiction des paiements des créances antérieures », *Recueil Dalloz-Sirey*, 2007, p. 2363 et suivantes.
 - *« La date de résiliation des contrats en cours au jour du jugement d'ouverture », *Juris-classeur périodique édition entreprise et affaires*, 2007, p. 1003 et suivantes.

*« Les modifications apportées par l'ordonnance du 18 décembre 2008 en matière de revendications et de restitutions », *Gazette du Palais*, 2009, n° 69, p. 48 et suivantes.

*« Les modifications apportées au droit commun de la continuation des contrats en cours », *Recueil Dalloz-Sirey*, 2009, p. 663 et suivantes.

- **LEVENEUR (L.)**, « Crédit-bail : du baume au cœur pour les crédit-bailleurs », *Contrats, concurrence, consommation*, n°4, 1995, p.1.
- **LUCAS DE LEYSSAC (C.)**, « L'obligation de publier les contrats de crédit-bail mobilier et son application dans le temps », *Recueil Dalloz-Sirey*, 1975, Chronique, p. 23 et suivantes.
- **MACORIG-VENIER (F.) et SAINT ALARY-HOUIN (C.)**, « La situation des créanciers dans la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises », *Revue de droit bancaire et financier*, 2006 n° 1, p. 60 et suivantes.
- **MARKUS (J.-P.)**, « Aide aux entreprises affectées par la crise financière », *Juris-classeur périodique édition entreprise et affaires*, 2010, p.1730 et suivantes.
- **MELIN (F.)**, « Le Règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000 et la coordination des procédures d'insolvabilité », *Juris-classeur périodique édition entreprise et affaires*, 2009, 1022.
- **MONSERIE (M.-H.)**, « Le crédit-bailleur », *La situation des créanciers d'une entreprise en difficulté*, Centre de droit des affaires de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, Montchrestien, 1998, p. 65 et suivantes.
- **MONTERAN (T.)**, « L'influence des procédures collectives sur la poursuite et la fin des contrats » : *Gazette du Palais*, 2003, n° 273, Doctrine, p. 2 et suivantes.
- **PARLEANI (G.)**, « Le contrat de *lease-back* », *Revue trimestrielle de droit commercial et économique*, 1973, p. 699 et suivantes.
- **PEROCHON (F.)** :
 - *« Le sort des créanciers postérieurs », *Les Petites Affiches*, 2004, n° 116, p. 16 et suivantes.
 - *« Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005 », *Gazette du Palais*, 2005, n° 251, p. 57 et suivantes.
 - *« La procédure des revendications et des restitutions dans les procédures collectives », *Les Petites Affiches*, 2008, n° 239, spéc. n°17 et suivants.
 - *« Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », *Recueil Dalloz-Sirey*, 2009, p. 65 et suivantes.
- **PETEL (P.)**, « Les créanciers postérieurs dans la loi de sauvegarde », *Revue des procédures collectives*, 2006, p. 142, n° 10 et suivantes.

- **REILLE (F.)**, « Les retouches apportées au sort des créanciers élus », *Gazette du Palais des procédures collectives*, 2009, n° 66, p. 38 et suivantes.
- **ROSSIGNOL (P.-Y.)**, « Le règlement des crédits-bailleurs après la loi du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises », *Les Petites Affiches*, 2008, p. 4 et suivantes.
- **SAINT-ALARY HOUIN (C.)** :
 - *« Les privilèges de procédure », *Les Petites Affiches*, 2007, n° 119, p. 70 et suivantes.
 - *« La date de naissance des créances en droit des procédures collectives », *Les Petites Affiches*, 2004, n° 24, p. 11 et suivantes.
- **SCHÜTZ (R.-N.)**, « La convention d'Ottawa sur le crédit-bail international », *Contrats concurrence, consommation*, n°4, 1996, 3, p.2 et suivantes.
- **SOINNE (B.)**, « La réforme de la loi de 1985 : premières réflexions », *Les Petites Affiches*, 1994, n° 82, p. 9 et suivantes.
- **TEBOUL (G.)**, « La préservation des créances et le sort des contrats », *Les Petites Affiches*, 2006, n° 125, p. 13 et suivantes.
- **THERON (J.)**, « Réflexions sur la nature et l'autorité des décisions rendues en matière d'admission de créances au sein d'une procédure collective », *Revue trimestrielle de droit commercial et économique*, 2010, p. 635 et suivantes.
- **THOMASSIN (N.)**, « La date de naissance des créances contractuelles », *Revue trimestrielle de droit commercial et économique*, 2007, p. 655 et suivantes.
- **VALLENS (J.-L.)** :
 - *« Les créanciers et le règlement 1346/2000 », *Les Petites Affiches* 2001, n° 231, p.33 et suivantes.
 - *« Le guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité : vers l'harmonisation du droit de la faillite ? », *Dalloz* 2004, 2420 s.
 - *« Réviser le Règlement Communautaire (CE) n°1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité », *Revue des procédures collectives* 2010, étude 13.
- **VIRASSAMY (G.)**, « Les clauses contractuelles aménageant l'après-contrat de crédit-bail résolu ou résilié », *Juris-classeur périodique édition entreprise et affaires*, 1992, p.137 et suivantes.
- **VOINOT (D.)**, « La nouvelle procédure de sauvegarde », *Gazette du Palais des Procédures collectives*, 2005, Doctrine, p. 24 et suivantes.
- **WATTE (N.) et NUYTS (A.)**, « Le champ d'application de la Convention de Vienne sur la vente internationale. La théorie à l'épreuve de la pratique », *Journal de droit international (Clunet)*, 2003, p. 365 et suivantes.

THÈSES

- **BOST (E.)**, *La location financière en droit international privé*, Thèse dactylographiée, Paris, 2003.
- **CHVIKA (E.)**, *Droit privé et procédures collectives*, Defrénois, 2003.
- **DUTILLEUL-FRANCOEUR (P.)**, *La revendication*, Thèse dactylographiée, Paris, 2003.
- **LAROCHE (M.)**, *Revendication et propriété*, Defrénois, 2007.
- **LE CORRE-BROLY (E.)**, *Crédit-bail mobilier et procédure collective*, Thèse dactylographiée, Lille, 1997.
- **MAZEAUD (D.)**, *La notion de clause pénale*, Thèse, Paris XII, 1990.
- **NAJJAR (I.)**, *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, Thèse, LGDJ, 1967.
- **ROUSSEL GALLE (P.)**, *Les contrats en cours dans le redressement et la liquidation judiciaires*, Thèse dactylographiée, Dijon, 1997.
- **SABATHIER (S.)**, *Le droit des obligations à l'épreuve du droit des procédures collectives*, Thèse dactylographiée, Toulouse, 2000.

JURISCLASSEURS

- **BEY (E.-M.)**, Juris-classeur Contrats-Distribution, Fasc. 2640, V° *Location financière – Régime légal – opérations complexes : les contrats dépendants*.
- **BOURDEAUX (G.)**, Fasc. 566-70, Juris-classeur Droit international, V° *Crédit-bail international*.
- **GAVALDA (C.)**, Juris-classeur Banque-Crédit-Bourse, Fasc. 640, V° *Crédit-bail mobilier*.
- **REILLE (F.)**, Juris-classeur Procédures collectives, Fasc. 2388, V° *Sauvegarde, Redressement et liquidations judiciaires – Créanciers postérieurs*.
- **SIMLER (P.)**, Juris-classeur Notarial Répertoire, V° *Cautionnement*, Fasc. 50 : *Effets – Rapports entre le débiteur principal et la caution*.
- **VALLANSAN (J.)** :
 - * Juris-classeur Procédures collectives, Fasc. 2335, V° *Redressement et liquidation judiciaire - Continuation des contrats en cours*,

*Juris-classeur Commercial, Fasc. 2550, V° *Redressement et liquidation judiciaires – Situation du vendeur de meubles – Revendication. Règles générales.*

*Juris-classeur Procédures Collectives, Fasc. 2550, V° *Redressement et liquidation judiciaires - Situation du vendeur de meubles.*

DÉCISIONS COMMENTÉES

▪ BARBIERI (J.-F.):

- Cass. com. 15/04/2008, n° 07-10535: *Les Petites Affiches*, 2008, n° 154, p. 18.

▪ BEY (E.-M.):

- CA Paris 11/07/1986: *Gazette du Palais*, 1988, I, p. 87.
- CA Versailles 27/05/1987: *Gazette du Palais*, 1988, I, p. 248.
- Cass. com. 15/10/1991, n° 90-10978 et n° 90-1314 : *Juris-classeur périodique édition générale*, 1992, II, p. 250.

▪ BUREAU (D.) :

- Cass.com. 8/01/2002, n° 98-19129: *Revue Critique de Droit international privé*, 2002, p. 328.

▪ CABRILLAC (M.):

- Cass. com. 19/01/1993, n° 91-11462: *Juris-classeur périodique édition générale*, 1993, I, n° 14, p. 236.
- Cass. com. 22/04/1997, n° 93-10114: *Juris-classeur périodique édition entreprise et affaires*, 1997, I, n° 30, p. 681.
- Cass.com. 30/10/2000, n° 98-10688: *Juris-classeur périodique édition entreprise et affaires*, 2001, Chronique, n° 33, p. 173.
- Cass. com. 26/11/2002, n° 00-10611: *Juris-classeur périodique édition entreprise et affaires*, 2003, Chronique, p. 760.
- Cass. com. 24/03/2004, n° 02-18048: *Juris-classeur périodique édition entreprise et affaires*, 2004, n° 37, p. 1384.
- Cass. com. 5/05/2004, n°01-17201/01-17590: *Juris-classeur périodique édition entreprise et affaires*, 2004, n° 40, p. 1292.
- Cass. com. 30/06/2004, n° 02-17771: *Juris-classeur périodique édition entreprise et affaires*, 2005, n° 1, p. 30-31.

▪ CABRILLAC (M.) et PETEL (P.) :

- Cass. com. 6/03/2001, n° 98-15099: *Juris-classeur périodique édition entreprise et affaires*, 2001, n° 12, p. 1472.

▪ **COURTIER (J.-L.) :**

- Cass. com. 28/05/2002, n° 99-12275, n° 94: *Les Petites Affiches*, n° 253, 2002, p. 18.

▪ **CROCQ (P.) :**

- Cass. com. 30/01/2007, n° 05-13751: *Revue trimestrielle de droit civil*, 2007, p. 597.

▪ **DERRIDA (F.):**

- Cass. com. 4/02/1992, n° 90-15977: *Recueil Dalloz-Sirey*, 1993, sommaire, 5.
- TGI Paris 10/09/1992 : *Recueil Dalloz-Sirey*, 1993, p.3

▪ **DUMONT (M.-P.) :**

- Cass. com. 5/07/2005: *Gazette du Palais*, 2005, n°309, jurisprudence commentée, p. 23.

▪ **GORRIAS (S.) :**

- Cass.com. 5/02/2008, n° 07-14794: *Revue des procédures collectives*, 2008, p. 57.

▪ **HAENNIG (L.):**

- Cass. com. 22/01/2002, n° 99-12586: *Juris-classeur périodique édition générale*, 2003, II, 10013.

▪ **HENRY (L.-C.):**

- Cass. com. 4/10/2005, n° 03-19367: *Gazette du Palais des procédures collectives*, 2006/1, p. 2.
- Cass. com. 26/01/2010, n° 07-21542: *Gazette du Palais*, 2010, p. 18.

▪ **HONORAT (A.):**

- Cass. com 6/06/1995, n° 93-14356: *Recueil Dalloz-Sirey*, 1995, p. 307.

▪ **LARROUMET (C.):**

- Cass. com. 15/10/1991, n° 90-10978 et n° 90-1314: *Juris-classeur périodique édition générale*, 1992, II, p. 21805.
- Cass. com. 6/07/1993: *Juris-classeur périodique édition générale*, 1993, II, p. 2215.

▪ **LAUGIER (M.) :**

- CA Douai 22/04/1999: *Juris-classeur périodique édition entreprise et affaires*, 2000, p. 465.

▪ **LEBEL (C.) :**

- Cass. com. 2/10/2007, n° 06-17104: *Juris-classeur périodique édition entreprise et affaires*, 2008, p. 175.

▪ **LE CORRE (P.-M.) :**

- Cass. com. 22/01/2002, n° 99-12586: *Bulletin Joly. Entreprises en difficulté*, 2011, p. 130.
- Cass. com. 30/01/2007, n° 05-13751 : *Recueil Dalloz-Sirey*, 2008, panorama, p. 578.
- Cass. com. 13/02/2007, n° 05-19470 : *Gazette du Palais*, 2007, n° 104, p. 54.

▪ **LE CORRE-BROLY (E.) :**

- CA Nancy 18/03/ 1998: *Dalloz Affaires*, 1998, p. 1114.
- Cass. com. 4/01/2000, n° 96-19511: *Recueil Dalloz-Sirey*, 2000, p. 533 s.
- CA Paris 3/02/2004: *Gazette du Palais*, 2004, jurisprudence, p. 16.
- Cass. com. 23/11/2004: *Recueil Dalloz-Sirey*, 2005, p. 510.
- Cass. com. 7/12/2004, n° 02-14088: *Gazette du Palais des procédures collectives*, 2005/1, p. 48.
- Cass. com. 15/02/2005, n° 03-17604: *Gazette du Palais des procédures collectives*, 2005/1, p. 47.
- Cass. com. 7/02/2006, n° 04-19342 : *Gazette du Palais*, 2006, p. 51.
- Cass. com. 27/02/2007, n° 06-12033 : *Gazette du Palais des procédures collectives*, 2007, p. 45.
- Cass. com. 27/03/2007, n° 05-20757 : *Gazette du Palais des procédures collectives*, 2007, n° 202, p. 47.
- Cass. com. 19/06/2007 n° 06-15447 : *Recueil Dalloz-Sirey*, 2007, n° 166, p. 2363.
- Cass. com. 28/10/2008, n° 07-16443 : *Lexbase Hebdo*, 19/11/2008 n° 327.
- Cass. com. 12/05/2009, n°08-13861 : *Lexbase Hebdo*, 16/06/2009.
- Cass. com. 3/11/2010, n° 09-70312 : *Gazette du Palais*, 8/01/2011, p.18.
- Cass. Ass. Plén. 4/02/2011, n° 09-14619 : *Gazette du Palais*, 2011, p. 30-32.
- Cass. com. 15/03/2011, n° 10-40073: *Gazette du Palais*, 2011, p. 32-33.
- Cass. com. 3/05/2011, n° 10-18031: *Gazette du Palais*, 2011, n° 190, p. 12.

▪ **LEGEAIS (D.) :**

- Cass. com. 19/06/2007, n° 06-15447: *Revue trimestrielle de droit commercial et économique*, 2007, n° 166, p. 818.

▪ **LIENHARD (A.):**

- Cass. com. 6/03/2001, n° 98-15099: *Recueil Dalloz-Sirey*, 2001, p. 1099.
- Cass. com. 28/05/2002, n° 99-12275: *Recueil Dalloz-Sirey*, 2002, p. 2124.
- Cass. com. 18/03/2003 n° 00-12693: *Recueil Dalloz-Sirey*, 2003, Jurisprudence, p. 972.
- Cass. com. 24/03/2004, n° 02-18048: *Recueil Dalloz-Sirey*, 2004, p.1084.
- Cass. com. 19/05/2004, n° 01-13542: *Recueil Dalloz-Sirey*, 2004, Jurisprudence, p.1668.

- Cass. com. 15/03/2005, n° 03-17783: *Recueil Dalloz-Sirey*, 2005, AJ, n° 63, p. 1286.
- Cass. com. 18/09/2007, n° 06-13824: *Recueil Dalloz-Sirey*, 2007, p. 2393.
- Cass. com. 22/01/2008, n° 06-20379: *Recueil Dalloz-Sirey*, 2008, p. 413.
- Cass. com. 12/05/2009, n°08-12178 : *Recueil Dalloz-Sirey*, 2009, 1472.
- Cass. com. 11/05/2010, n° 09-14048 : *Recueil Dalloz-Sirey*, 2010, p. 1276.

▪ **LUCAS (F.-X.) :**

- Cass. com. 9/05/2007, n° 05-21.357: *Revue de droit bancaire et financier*, 2007, p. 113.
- Cass. com 3/11/2010: *L'essentiel, Droit des entreprises en difficulté*, 2011, n° 2, p. 1.

▪ **MARTIN-SERF (A.) :**

- Cass. com. 16/10/1990, n° 89-12930: *Revue trimestrielle de droit commercial et économique*, 1991, p. 461.
- Cass. com. 22/01/2002, n° 99-12586 : *Revue trimestrielle de droit commercial et économique*, 2003, p. 569-570.
- Cass.com. 16/09/2008, n°07-16499: *Revue trimestrielle de droit commercial et économique*, 2009, p. 209.
- Cass. com. 15/03/2005, n° 00-18550: *Revue trimestrielle de droit commercial et économique*, 2005, p. 603.
- Cass.com. 30/03/2005, n° 01-11620: *Revue trimestrielle de droit commercial et économique*, 2006, p. 478.
- Cass. com. 19/06/2007, n° 06-15447: *Revue trimestrielle de droit commercial et économique*, 2008, p. 182.

▪ **MONSÉRIÉ-BON (M.-H.) :**

- Cass. com. 1/04/2008, n° 07-11726: *Revue des procédures collectives*, 2008, n° 74, comm. 152.

▪ **PEROCHON (F.) :**

- Cass. com. 5/07/2005, n° 04-11320: *Gazette du Palais*, 2005, p. 55 s.
- Cass. com. 7/11/2006 : *Gazette du Palais*, 2007, n° 20, p. 45.
- Cass. com. 1/04/2008, n° 07-11726: *Gazette du Palais*, 2008.

▪ **PÉTEL (P.) :**

- Cass. com. 7/07/2009, n° 07-17028 et 07-20220, n° 99 : *Juris-classeur périodique édition entreprise et affaires*, 2010, n°8, p. 1011.

▪ **PISONI (P.) :**

- CA Paris, 25^e ch. A, 17/03/2000 : *Recueil Dalloz-Sirey*, 2000, AJ, p. 249.

▪ **RÉGNAULT-MOUTIER (C.) :**

- Cass. com. 27/10/1998: *Actualité des Procédures collectives*, 1998-12, n° 159.

▪ **REILLE (F.):**

- Cass. com. 18/09/2007, n° 06-13824: *Gazette du Palais*, 2008, n° 24, p. 42.

▪ **ROLLAND (B.) :**

- Cass.com. 5/02/2008, n° 07-14794: *Revue des procédures*, 2008, p. 116.

▪ **ROUSSEL GALLE (P.) :**

- CA Caen 11/05/2001 : *Revue des procédures collectives*, 2002, p. 192.
- Cass. com. 22/01/2002, n° 99-12586: *Juris-classeur périodique édition entreprise et affaires*, 2011, p. 1264.
- Cass. com. 19/06/2007 n° 06-15447: *Gazette du Palais*, 2007, n° 300, p. 46.
- Cass. com. 17/02/2009, n° 07-20660: *Revue des procédures collectives*, 2009, p. 163.
- Cass. com. 6/10/2009, n° 07-15325: *Revue des procédures collectives*, 2009, p. 161.
- Cass. com. 16/03/2010 n° 09-12572: *Revue des procédures collectives*, 2010, p. 159.
- Cass. com. 15/03/2011, n° 10-40073: *Revue des Sociétés.*, 2011, p. 387.

▪ **SAINT-HALARY (B.) :**

- Cass. com. 17/05/1994: *Droit et Patrimoine*, décembre 1994, p. 81.

▪ **SAINT-ALARY-HOUIN (C.):**

- Cass. com. 23/11/2004: *Revue trimestrielle de droit commercial et économique*, 2005, p. 597.

▪ **SOINNE (B.) :**

- CA Paris, 7/03/1995: *Revue des procédures collectives*, 1996, p. 102.
- TGI Béthune 17/05/1989 : *Revue des procédures collectives*, 1991, p. 444, n° 12.

▪ **SEXER (Y.) :**

- Cass. com. 2/03/1993, n° 90-21849: *Droit et Patrimoine*, 1994, p. 20.

▪ **SORTAIS (J.-P.) :**

- Cass.com. 26/01/2010, n° 07-21542: *Les Petites Affiches*, 2010, n° 138, p. 19.

▪ **VALLANSAN (J.) :**

- Cass. com. 4 /12/2001, n° 99-19622: *Actualité des procédures collectives*, 2001, n° 62.

▪ **VALLANSAN (J.) et GOLHEN (C.) :**

- Cass. com. 28/05/2002 n° 99-12275: *Actualité des procédures collectives*, 2002-13, n° 172.

▪ **VALLENS (J.-L.) :**

- CA Paris 7/03/1995: *Revue trimestrielle de droit commercial et économique*, 2001, p. 524.
- Cass. com. 6/03/2001, n° 98-15099: *Revue trimestrielle de droit commercial et économique*, 2001, p. 524.
- CJCE 10/09/2009, C-292/08 : *Recueil Dalloz-Sirey*, 2009, p. 2782.

RAPPORTS et JOURNAUX OFFICIELS

- Rapport n° 335 (2004-2005) de M. Jean-Jacques HYEST, fait au nom de la commission des lois, déposé le 11 mai 2005.
- Rapport n°303 (1993-1994) de M. Etienne DAILLY, fait au nom de la commission des lois, déposé le 31 mars 1994.
- Rapports annuels de la Cour de cassation
- Journal Officiel de la République Française

SITES INTERNET

- www.asf.france.com
- www.deloitte.com/
- www.légifrance.gouv.fr
- www.senat.fr/
- www.assemblee-nationale.fr
- www.uncitral.org

DROIT ALLEMAND

OUVRAGES ET MANUELS

- **BAUMGARTE (C.)**, *Leasing-Verträge über bewegliche Sachen im Konkurs*, O.Schwartz, 1980.
- **DUURSMAN-KEPPLINGER (H.-C.)**, *Eigentumsvorbehalt und Mobilienleasing in der Insolvenz*, Springer Verlag, 2002.
- **FOERSTE (U.)**, *Insolvenzrecht*, 2. Auflage, C. H. Beck München, 2004.
- **FRANKEN (T.)**, *Mietverhältnisse in der Insolvenz*, 1. Auflage, C. H. Beck München, 2002.
- **GRAF v. WESTPHALEN (F.)**, *Der Leasingvertrag*, 5. Auflage, O. Schmidt, 1998.
- **HUNTEMANN (E.-M.) und BROCKDORFF (C.G.)**, *Der Gläubiger im Insolvenzverfahren*, De Gruyter, 1999.
- **KOBLITZ (A.)**, *Mobilien Finanzierungsleasing und crédit-bail*, Peter Lang, 1990.
- **MARTINEK (M.)**, *Moderne Vertragstypen*, Bd I, C. H. Beck München, 1991.
- **MARTINEK (M.),STOFFELS (M.) et WIMMER-LEONHARDT (S.)**, *Handbuch des Leasingsrechts*, 2. Auflage, C. H. Beck München, 2008.
- **PAPE (G.)/UHLENBRUCK (W.)/VOIGT-SALUS (J.)**, *Insolvenzrecht*, 2.Auflage, C. H. Beck München, 2010.
- **PEDAMON (M.)**, *Le contrat en droit allemand*, 2ème édition, LGDJ, 2004.
- **SCHLECHTRIEM (P.)/SCHMIDT-KESSEL (M.)**, *Schuldrecht A. T.*, 6. Auflage, M. Siebeck, 2005.
- **SPICKERHOFF (K.)**, *Aus- und Absonderung in der Insolvenz nach deutschem und französischem Recht*, P. Lang, 2004.
- **WOLF (M.)**, *Sachenrecht*, 22. Auflage, C. H. Beck München, 2006.

ARTICLES

- **BALDRINGER (S.)**, « Vertragliche Lösungsklauseln auf den Insolvenzfall », *Deutsches Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2004, p. 285 et suivantes.
- **BÄRENZ (C.)**, « Von der Erlöschenstheorie zur Theorie der insolvenzrechtlichen Modifizierung – zur Dogmatik der neuen BGH-Rechtsprechung zu § 103 InsO », *Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht*, 2/2006, p. 72.
- **BARNERT (T.)**, « Insolvenzspezifische Pflichten des Insolvenzverwalters gegenüber Aussonderungsberechtigten », *Zeitschrift für Insolvenzrecht-Konkurs, Treuhand, Sanierung*, 2005, p. 431 et suivantes.
- **BECKMANN (H.)**, « Aktuellen Rechtsformen aus Finanzierungsleasingverträgen », *Deutsches Steuerrecht*, 2007, p. 157 et suivantes.
- **BEY (E.-M.)**, « De la location financière ou *Mietfinanzierung* mobilière en République Fédérale d'Allemagne », *Gazette du Palais*, 1986, Doct., 488.
- **BERGER (K.-P.)**, « Lösungsklauseln für den Insolvenzfall », *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 3. Auflage, Münster, 2009, p. 325 et suivantes.
- **BERGER (C.)**, « Zur Aussonderung aufgrund obligatorischer Herausgabeansprüche », *Festschrift für Gerhard Kreft*, ZAP Verlag, 2004, p. 191 et suivantes.
- **BLOMEYER (J.)**, « Das Finanzierungsleasing unter dem Blickwinkel der Sachmängelhaftung und des Abzahlungsgesetzes », *Neue Juristische Wochenschrift*, 1978, p. 973 et suivantes.
- **BOSCH (U.)**, « Finanztermingeschäfte in der Insolvenz », *Wertpapier Mitteilungen*, 1995, p. 413.
- **BREUTIGAM (A.) und KAHLERT (S.)**, « Forderungsfeststellung im Planverfahren – eine unendliche Geschichte? », *Zeitschrift für das Gesamte Insolvenzrecht*, 2002, p. 469 à 472.
- **DAMMANN (R.) et UNDRITZ (S.-H.)**, « Die Reform des französischen Insolvenzrechts im Rechtsvergleich zur InsO », *Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht*, 2005, p. 198.
- **DELHAES (W.)**, « Im Überblick: Der vorläufiger Insolvenzverwalter », *Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht*, 1998, p. 103.
- **DROBNIG (U.)**, « Empfehlen sich gesetzliche Massnahmen zur Reform der Mobiliarsicherheiten? », *Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentages, Band I, F.*, p. 56 et suivantes.
- **ECKARDT (D.)**, « Feststellung und Befriedigung des Insolvenzgläubigerrechts », *Kölner Schrift zur InsO*, p. 533 et suivantes.

- **ECKERT (H.-G.):**
 - *«Miete, Pacht und Leasing im neuen Insolvenzrecht», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1996, p. 897 et suivantes.
 - *«Leasingraten – Masseschulden oder Konkursforderungen?», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1997, p. 2077.
 - *« Mietverträge über bewegliche Sachen in der Schwebephase zwischen Eröffnung des Insolvenzverfahrens und Ausübung des Insolvenzverwalterwahlrechts », *Neue Juristische Wochenschrift*, 2007, p. 829.
- **ENGEL (J.),** «Die rechtliche Behandlung von Leasinggeber und Leasingnehmer in der Insolvenz», *Finanzierung Leasing Factoring*, 2005, p. 272 et suivantes.
- **FEHL (N.),** «Leasing in der Insolvenz», *Deutsches Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1999, p. 89 et suivantes.
- **FISCHER (G.),** « Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshof zum Insolvenzrecht im Jahre 2002», *Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht*, 2003, p. 285.
- **GANTER (H.-G.):**
 - *«Sicherungsmassnahmen gegenüber Aus- und Absonderungsberechtigten im Insolvenzverfahren – Ein Beitrag zum Verständnis des neuen § 21 II 1 Nr. 5 InsO», *Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht*, 2007, p. 549 et suivantes.
 - *« Der Surrogationsgedanke bei der Aus- und Absonderung », *Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht*, 2008, p. 583.
- **GÖLZENLEUCHTER (R.):**
 - *«Kündigungsrecht in der Insolvenz des Leasingnehmers», *Finanzierung Leasing Factoring*, 2003, p. 225 et suivantes.
 - *« Die Herausgabe des Leasing-Objektes – die Hauptsicherheit des Leasing-Gebers », *Finanzierung Leasing Factoring*, 2/2004, p. 83 et suivantes.
- **GRAF (U.) und WUNSCH (I.),** «Gegenseitige Verträge im Insolvenzverfahren», *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 47/2002, p. 2117.
- **GRAF V. WESTPHALEN (F.),** «Leasing und Konkurs», *Der Betriebsberater*, 1988, p. 218.
- **GRIESBACH (J.),** « Der neue § 21 Abs.2 Nr. 5 InsO : Praktische Auswirkungen für Leasing-Geber », *Finanzierung Leasing Factoring*, 3/2007, p. 124 et suivantes.
- **GRUNDLACH (U.), FRENZEL (V.) und SCHMIDT (N.):**
 - *«Die Haftung des Insolvenzverwalters gegenüber Aus- und Absonderungsberechtigten», *Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht*, 2001, p. 350 et suivantes.

- *« Die Anwendbarkeit des § 48 InsO auf Veräußerung durch den Insolvenzschuldner », *Deutsches Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2001, p. 441 et suivantes.
- **HARDER (F.)**, « Die verspätete Rückgabe des Leasing-Objekts », *Finanzierung Leasing Factoring*, 4/2004, p. 176.
 - **HÄSEMAYER (L.)**:
 - *« Vorbehaltskauf und Finanzierungsleasing im geltenden und künftigen Insolvenzrecht », *Festschrift für Serick*, 1992, p. 153 et suivantes.
 - *« Gegenseitige Verträge im Spannungsfeld zwischen Privatautonomie und Insolvenzrecht », *FS 50 Jahre Bundesgerichtshof*, 2003, Bd. 3, p. 725 et suivantes.
 - **HOEVEL (A.)**, « Internationale Leasingtransaktionen unter besondere Berücksichtigung der Vertragsgestaltung », *Der Betrieb*, 1991, p. 1029.
 - **HUBER (M.)**, « Gegenseitige Verträge und Teilbarkeit von Leistungen in der Insolvenz », *Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht*, 2002, p. 467 et suivantes.
 - **KIRCHHOF (H.-P.)**, « Probleme bei der Einbeziehung von Aussonderungsrechten in das Insolvenzeröffnungsverfahren », *Zeitschrift für das Gesamte Insolvenzrecht*, 2007, p. 227 et suivantes.
 - **KLUTH (T.)**, « Die „übertragende Sanierung“ – Risiken und Nebenwirkungen einer Packungsbeilage zur Unternehmensveräußerung in der Insolvenz », *Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht*, 2002, p. 1.
 - **LANGE (K. W.)**, « Rechtsgeschäftliche Vertragsübernahme und Insolvenz », *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1999, p. 1371.
 - **MAROTZKE (W.)**, « Die insolvenzrechtliche Kündigungssperre », *Festschrift Zöllner*, 1998, p. 1193 et suivantes.
 - **MORSHÄUSER (R.) und FALKNER (T.)**, « Unternehmenskauf aus der Insolvenz », *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2010, p. 881 et suivantes.
 - **NOACK (U.)**, « Unternehmensinsolvenz : Reorganisation des Rechtsträgers oder Vertragsnachfolge bei übertragender Sanierung », *Festschrift für Röhrich*, 2005, p. 455.
 - **OTTE (K.) und WIESTER (R.)**, « Nachmeldungen im Planverfahren », *Neue Zeitschrift für Insolvenzrecht*, 2005, p. 70 à 77.
 - **PAPE (G.)**, « Ablehnung und Erfüllung schwebender Rechtsgeschäfte », *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 3. Auflage, Münster, 2009, p. 353 s.
 - **SCHMID-BURK (K.)**, « Leasingraten – Masseschulden oder Konkursforderungen? », *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1998, p. 1022 et suivantes.

- **SCHREIBER (W.) et FLITSCH (M.),** « Geltendmachung von Forderungen nach Aufhebung des Insolvenzplanverfahrens », *Der Betriebsberater*, 2005, p. 1173 et suivantes.
- **SCHWEMER (R.-O.),** «Leasing in der Insolvenz», *Zeitschrift für Miet- und Raumrecht*, 2000, p. 348.
- **SINZ (R.),** «Leasing und Factoring im Insolvenzverfahren», *Kölner Schrift zur Insolvenzordnung*, 3. Auflage, Münster, 2009, p. 403 et suivantes.
- **STERN (K.),** « Insolvenzrechtsreform und verfassungsrechtlicher Schutz der Mobiliarsicherungsgläubiger », in: *Für Recht und Staat, Festschrift für Herbert Helmrich zum 60. Geburtstag*, CH.Beck'sche, 1994, p. 737 et suivantes.
- **UHLENBRUCK (W.) und SINZ (R.),** «Die Forfaitierung von Leasingforderungen im Konkurs des Leasinggebers», *Wertpapier Mitteilungen* 1989, p. 1113.
- **VAN BETTERAY(W.) und GASS (W.),** « Vorverträge, Asset Deals und Unternehmenskaufverträge in der Insolvenz », *Der Betriebsberater*, 2004, p. 2309 et suivantes.
- **VON WILMOWSKY (P.):**
 - *« Lösungsklauseln für den Insolvenzfall – Wirksamkeit, Anfechtbarkeit, Reform », *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2007, p. 553 et suivantes.
 - *«Der Mieter in Insolvenz: zur Kündigungssperre des § 112 InsO», *Zeitschrift für das Gesamte Insolvenzrecht*, 2004, p. 882 et suivantes.
- **ZAHN (H.):**
 - *«Der Leasingvertrag über Mobilien in der Insolvenz des Leasinggebers nach der Novellierung der InsO», *Der Betrieb*, 1996, p. 1393.
 - *«Die Leistung des Leasinggebers nach Übergabe-wertlos?», *Der Betrieb*, 1998, p. 1701.

CODES

- BGB : Bürgerliches Gesetzbuch du 18.08.1986, RGBl. S. 195
- Code de l'insolvabilité allemand traduction de LEGAIS (R.) et LUCAS (S.)
- InsO: Insolvenzordnung du 5.10.0994, BGBl. I S. 2866.
- KO : Konkursordnung dans la version de la publication du 20.05.1898, RGBl. S. 612.
- ZPO: Zivilprozessordnung dans la version de la publication du 12.09.1950, BGBl. I. S. 535.

COMMENTAIRES

- **ANDRES (D.)/LEITHAUS (R.)**, Insolvenzordnung: Kommentar, 2. Auflage, C. H. Beck München, 2011
- **BRAUN (E.)**, *Insolvenzordnung: Kommentar*, 4. Auflage, C. H. Beck München, 2010
- *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*, éd. WIMMER (K.), 5. Auflage, Luchterhand, 2009
- **GOTTWALD (P.)**, Insolvenzrechts-Handbuch, 3. Auflage, C. H. Beck München, 2006.
- **JAEGER (E.)/HENCKEL (W.)**, *Kommentar zur Konkursordnung*, 9. Aufl., De Gruyter, 1997
- **KÜBLER (B. M.)/PRÜTTING (H.)**, *Insolvenzordnung : Kommentar*, RWS, 1998 -
- **KUHN (G.)/UHLENBRUCK (W.)**, *Konkursordnung : Kommentar*, F. Valhen., 1994
- *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, éd. KIRCHHOF (H.-P.), LWOWSKI (H.-J.) et STÜRNER (R.), C. H. Beck München, 2008.
- *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, éd. GOETTE (W.) et HABERSACK (M.), Beck.
- *Münchener Kommentar zur BGB*, éd. SÄCKER (F. J.) et RIXECKER (R.), Beck
- **NERLICH (J.)/KREPLIN (G.)**, *Münchener Anwaltshandbuch Sanierung und Insolvenz*, 1. Auflage, Beck, 2006.
- **NERLICH (J.)/RÖMERMANN (V.)**, *Insolvenzordnung : Kommentar*, Beck, 2011.
- *NomosKommentar BGB Schuldrecht*, éd. DAUNER-LIEB (B.) et LANGEN (W.), 1. Auflage, Nomos, 2005.
- **PALANDT (O.)**, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 67. Auflage, 2008.
- **SOERGEL (T.)**, *Bürgerliches Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, éd. ECKERT (H.-W.), 13 Auflage, Kohlhammer, 2007
- *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, §§ 433-487 Leasing, Sellier – de Gruyter, 2004.
- **UHLENBRUCK (W.)**, *Insolvenzordnung,: Kommentar*, éd. ULHENBRUCK (W.), HIRTE (H.) und VALLENDER (H.), 13. Auflage, F. Vahlen, 2010.

DÉCISIONS COMMENTÉES

▪ MOSESCHUS (A.-M.):

- OLG Düsseldorf, 7.04.2005: *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2005, p. 769.

▪ NITSCH (J.-C.):

- OLG Frankfurt, 7.08.2001: *Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht* 2002, p. 44.

▪ PAPE (G) :

- OLG Celle, 1.10.2003 : *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2004, p. 117.
- BGH 13. 6. 2006: *Lindenmaier-Möhring. Kommentierte BGH-Rechtsprechung*, Hrsg. Manfred Wolf, 2006, 193101.
- BGH 1.03.2007: *Lindenmaier-Möhring. Kommentierte BGH-Rechtsprechung*, Hrsg. Manfred Wolf, 2007, 242421.

▪ RUNKEL (H. P):

- OLG Köln, 2.12.2002: *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2003, p. 715.

▪ ZEUNER (M.):

- BGH 9. Zivilsenat, 22.03.2007, juris Praxis Report-Insolvenzrecht 22/2007 Anm. 1.

RAPPORTS

- Begründung der Bundesregierung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für eine Insolvenzordnung, Deutscher Bundestag Drucksache 12/2443.
- Begründung der Bundesregierung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für eine InsO, Deutscher Bundesrat-Drucksache 1/92, Erläuterung zu § 126
- Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentages, Band II, Sitzungsbericht, O.

SITES INTERNET

- www.beck-online.beck.de
- www.juris.de
- www.destatis.de
- www.leasing-verband.de
- www.bundestag.de

LEXIQUE

<i>Absonderungsrecht</i>	Droit à paiement hors répartitions
<i>Aktiengesellschaft (AktG)</i>	Société par actions
<i>Andienungsoption</i>	Option de vendre
<i>Andienungspflicht</i>	Obligation de faire une offre de vente
<i>Andienungsrecht</i>	Option de vente
<i>Antwortschaftsrecht</i>	Droit en cours de formation
<i>Anspruch (schuldrechtlicher)</i>	Droit personnel
<i>Asset Deal</i>	Redressement par transfert
<i>Aufteilung des Erlöses</i>	Répartition de l'excédent
<i>Aussonderungsrecht</i>	Droit de distraction
<i>Berichtstermin</i>	Audience d'examen
<i>Besitzer (unmittelbarer)</i>	Possesseur direct
<i>Besitzer (erststufiger mittelbarer)</i>	Possesseur indirect de premier niveau
<i>Besitzer (zweistufiger mittelbarer)</i>	Possesseur indirect de deuxième niveau
<i>Besitzmittlungsverhältnis (zweistufiges)</i>	Possession subordonnée à deux niveaux
<i>Bewirken</i>	Fournir
<i>Bundesfinanzhof</i>	Cour fédérale des finances
<i>Bundesgerichtshof</i>	Cour fédérale de justice
<i>Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)</i>	Code civil
<i>Durchsetzbar (Nicht)</i>	(in)opposable
<i>Eigenverwaltung</i>	Procédure sans administrateur, dans laquelle

	le débiteur est laissé à la tête de ses affaires
<i>Eintritt des Leistungserfolges</i>	Réalisation du résultat attendu
<i>Erfüllungsansprüche</i>	Droits réciproques
<i>Erfüllungsinteresse</i>	Dommages et intérêts compensatoires
<i>Erlöschenstheorie</i>	Théorie selon laquelle les droits réciproques issus des contrats disparaissent à l'ouverture de la procédure
<i>Erfüllungsverlangen (ein konkludentes)</i>	Comportement probant de l'administrateur de l'insolvabilité en faveur de la continuation du contrat
<i>Eröffnungsphase</i>	Phase d'ouverture
<i>Feststellungsklage</i>	Constatation de l'existence de la créance
<i>Finanzierungsleasing</i>	<i>Leasing</i> financier
<i>Gebrauchsüberlassung</i>	Concession d'usage
<i>Genehmigung (nachträgliche)</i>	Accord <i>a posteriori</i>
<i>Gesamtvollstreckungsordnung</i>	Procédure d'exécution forcée générale
<i>Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)</i>	Société à responsabilité limitée
<i>Handelsgesetzbuch (HGB)</i>	Code de commerce allemand
<i>Hauptschuldner</i>	Débiteur principal
<i>insolvenzfest</i>	Maintenus de pleins droit à l'ouverture de la procédure
<i>Insolvenzmasse</i>	Patrimoine du débiteur failli
<i>Insolvenzordnung (InsO)</i>	Loi sur l'insolvabilité
<i>Insolvenzverfahren</i>	Procédure d'insolvabilité

<i>Insolvenzverwalter</i>	Administrateur de l'insolvabilité
<i>Insolvenzverwalter (vorläufiger)</i>	Administrateur à titre provisoire
<i>Insolvenzverwalter (schwacher vorläufiger)</i>	Administrateur à titre provisoire sans pouvoir d'administration et de disposition
<i>Insolvenzverwalter (starker vorläufiger)</i>	Administrateur à titre provisoire avec pouvoir d'administration et de disposition
<i>Insolvenzforderung</i>	Créance soumise à déclaration et dont le paiement se fait dans le cadre des répartitions
<i>Interesse (negatives)</i>	Domages et intérêts dus pour la croyance erronée en la validité ou en l'exécution d'un contrat
<i>Interesse (positives)</i>	Domages et intérêts compensatoires
<i>Istmasse</i>	Biens qui se trouvent entre les mains du débiteur sans pour autant faire partie de son patrimoine
<i>Kaufoption</i>	Option d'achat
<i>Konkursordnung</i>	Loi sur la « procédure de concours »
<i>Leasingvertrag</i>	Contrat de <i>leasing</i>
<i>Leistungsklage</i>	Paiement de l'existence de la créance
<i>Massegläubiger</i>	Créanciers de la masse
<i>Masseschuld</i>	Dette de la masse
<i>Masseverbindlichkeit(en)</i>	Dette(s) de la masse

Mietfinanzierung	Location financière
Nebenpflicht	Obligation accessoire
Neuerwerb	Revenus et acquisitions datant d'après l'ouverture de la procédure et revenant au débiteur
Nutzungentschädigung	Indemnité pour privation de jouissance
Oberlandesgericht	Cour d'appel
Operatingleasing	<i>Leasing</i> opérationnel
Privilegierung	Fait de doter quelqu'un d'un privilège
Prüfungstermin	Audience d'examen des créances
Rechtausschuss	Commission des lois
Resteigentum	Propriété restante
Restschuldbefreiung	Remise des dettes restantes
Sachverwalter	Curateur
Sanierung (übertragende)	Redressement par transfert
Share-Deal	Cession qui se réalise par transfert des parts de la société
Schlussverzeichnis	Etat final de répartition
Schuldrecht	Droit des obligations
Sicherungsübereignung	Transfert de propriété à titre de garantie
Sollmasse	Ensemble des biens du débiteur destinés au paiement collectif des créanciers
Steueranpassungsgesetz	Loi sur le régime fiscal

<i>Teilamortisationsvertrag</i>	Contrat prévoyant un amortissement partiel
<i>Trennungsprinzip</i>	Principe de séparation
<i>Übernahmgesellschaft</i>	Société dite de reprise
<i>unverzüglich</i>	Immédiatement
<i>Veräußerung</i>	Aliénation
<i>Verfügung (rechtsgeschäftliche)</i>	Aliénation du bien par contrat
<i>Verfügungsbefugnis</i>	Pouvoir de disposition
<i>Verfügungsgeschäft</i>	Acte de disposition
<i>Vergleichsordnung</i>	Loi sur la « procédure de concordat »
<i>Verpflichtungsgeschäft</i>	Acte créateur d'obligations
<i>Verträge (schwebende)</i>	Contrats suspendus
<i>Vollamortisationsvertrag</i>	Contrat prévoyant l'amortissement complet
<i>Wahlrecht</i>	Décision sur la continuation des contrats
<i>Wertverlustausgleich</i>	Compensation pour perte de valeur
<i>Willenserklärung</i>	Déclaration unilatérale de volonté
<i>Wirkung (verfügende)</i>	Effet de translatif de propriété
<i>Zahlungseinstellung</i>	Cessation des paiements
<i>Zinszahlungspflicht</i>	Obligation de payer les intérêts
<i>Zögern (ohne schuldhaftes)</i>	Sans retard fautif

Table des matières

SOMMAIRE.....	12
INTRODUCTION GÉNÉRALE	13
PARTIE I LE BAILLEUR FINANCIER, COCONTRACTANT DU DÉBITEUR FAILLI ..	34
CHAPITRE 1 LE CONTRAT DE LOCATION FINANCIÈRE JUSQU'À L'EXERCICE DE L'OPTION	36
SECTION 1 LA NÉCESSAIRE SOUMISSION DU CONTRAT DE LOCATION FINANCIÈRE À L'OPTION SUR LA CONTINUATION DES CONTRATS	37
I. La soumission commune du contrat de location financière à l'option sur la continuation des contrats	37
A. La nature juridique de la décision de poursuivre l'exécution des contrats	38
B. La détermination des contrats de location financière soumis au droit d'option	39
1. Conditions liées à la nature du contrat	40
2. Critères de détermination des contrats de location financière soumis à l'option	43
a. Un contrat de location financière conclu avant l'ouverture de la procédure	44
b. Un contrat de location financière en cours d'existence	46
c. Un contrat de location financière dont toutes les obligations n'ont pas été exécutées	49
II. Le maintien nécessaire du contrat de location financière : limite à la liberté contractuelle	51
A. L'inefficacité des clauses résolutoires insérées par le bailleur financier	52
B. L'impossibilité pour le bailleur financier d'invoquer l'indivisibilité des prestations	55
SECTION 2 LE SORT DU CONTRAT DE LOCATION FINANCIÈRE JUSQU'À L'EXERCICE DE L'OPTION	58
I. La situation du bailleur financier pendant la période de réflexion	58
A. La durée de la mise en attente du contrat de location financière	59
B. Le maintien du contrat de location financière malgré le défaut de paiement des loyers pendant le délai de réflexion	62
II. Conditions d'exercice de l'option sur la continuation du contrat	65
A. Conditions de forme de l'exercice de l'option	65
B. Conditions liées au titulaire de l'option	68
1. L'exercice de l'option par son titulaire dans les procédures dites ordinaires	68
2. L'exercice de l'option par son titulaire dans les procédures sans administrateur	69

<i>a. L'exercice sous contrôle de l'option par le débiteur</i>	69
<i>b. Conséquences de l'exercice irrégulier de l'option par le débiteur</i>	70
CHAPITRE 2 LE CONTRAT DE LOCATION FINANCIÈRE APRÈS LA DÉCISION DÉFINITIVE	74
SECTION 1 LA DÉNONCIATION DU CONTRAT DE LOCATION FINANCIÈRE	75
I. Conséquences de la dénonciation du contrat de location financière sur le rapport contractuel	75
A. La résiliation du contrat de location financière	76
B. La résiliation de plein droit du contrat de location financière	80
II. Conséquences financières de la dénonciation du contrat de location financière	82
A. Les créances de loyers échues pendant la période de réflexion	82
1. <i>Le bénéfice du traitement préférentiel en droit français</i>	83
2. <i>L'impossibilité de recouvrer la créance de loyers en droit allemand</i>	85
B. La créance d'indemnité pour inexécution	90
SECTION 2 LA CONTINUATION DU CONTRAT DE LOCATION FINANCIÈRE	94
SOUS-SECTION 1 LA CONTINUATION DU CONTRAT PENDANT LA PÉRIODE D'OBSERVATION	95
I. L'exécution du contrat de location financière après la décision de continuation	95
A. L'état du rapport contractuel après la décision de continuation	95
1. <i>L'exécution du contrat aux conditions initiales</i>	96
2. <i>Le maintien des clauses contractuelles initiales</i>	98
B. Les conséquences de la décision de continuer le contrat sur les créances de loyers	103
1. <i>La créance de loyers échus pendant la phase de réflexion</i>	103
2. <i>Les créances de loyers échues après la prise de position du titulaire de l'option</i>	104
II. Les garanties du bailleur financier en cas d'inexécution du contrat continué	107
A. La résiliation pour inexécution du contrat de location financière continué	107
1. <i>La résiliation volontaire et préventive du contrat de location financière</i>	107
2. <i>La résiliation sanction de l'inexécution du contrat continué</i>	109
B. La mise en jeu de la responsabilité du titulaire de l'option	111
SOUS SECTION 2 LA CESSION DU CONTRAT DE LOCATION FINANCIÈRE	116

I. Les modes de cession du contrat de location financière	117
A. Les conditions de la cession du contrat de location financière en droit allemand.....	118
1. <i>La cession du contrat de location financière dans le Share-Deal</i>	118
2. <i>La cession conventionnelle du contrat de location financière dans le cadre d'un Asset Deal</i>	119
B. La cession judiciaire des contrats de location financière en droit français	121
1. <i>La possibilité de céder judiciairement les contrats de location financière</i>	122
2. <i>Un contrat de location financière en cours à la date du jugement d'arrêté du plan</i>	123
3. <i>Un contrat de location financière nécessaire au maintien de l'activité</i>	125
II. Les effets de la cession du contrat de location financière.....	126
A. Les effets de la cession sur la situation du bailleur financier	127
B. Les effets de la cession sur la situation du repreneur.....	129
C. Les effets de la cession du contrat de location financière sur la caution	130
PARTIE 2 LE BAILLEUR FINANCIER, CRÉANCIER DU DÉBITEUR FAILLI	135
CHAPITRE 1 LE RÉGIME JURIDIQUE DES CRÉANCES SOUMISES A DÉCLARATION.....	137
SECTION 1 LA DÉCLARATION DE CRÉANCE DU BAILLEUR FINANCIER.....	139
I. Les délais impartis au bailleur financier pour déclarer ses créances.....	139
A. La détermination des délais et de leur point de départ	140
B. Sanction en cas de dépassement des délais impartis	146
II. La déclaration de créances, demande en justice du bailleur financier	153
A. L'auteur de la déclaration de créance	153
1. <i>La déclaration par le bailleur financier</i>	153
2. <i>La déclaration par un tiers à la société</i>	155
3. <i>La déclaration par un préposé</i>	156
B. Le contenu de la déclaration.....	158
1. <i>La créance des loyers antérieurs et les intérêts</i>	158
2. <i>La créance d'indemnité de résiliation</i>	160
3. <i>La créance de loyers « à échoir »</i>	161
SECTION 2 LE SORT DES CRÉANCES DÉCLARÉES À L'ISSUE DE LA VÉRIFICATION	167

I. Les conséquences de l'admission ou du rejet de la créance déclarée par le bailleur financier	167
A. Les conséquences de la décision d'admission de la créance	167
1. <i>Autorité de chose jugée de la décision d'admission de la créance du bailleur financier</i>	168
2. <i>Effet interversif de prescription</i>	171
B. Conséquences du rejet de la créance	173
II. Paiement de la créance admise	174
A. Paiement de la créance du bailleur financier dans la répartition des dividendes	174
B. Paiement de la créance du bailleur financier dans le cadre d'un plan de « continuation »	176
C. Paiement du bailleur financier dans le cadre de la cession	179
SECTION 3 L'ACTION EN PAIEMENT DU BAILLEUR FINANCIER CONTRE LA CAUTION	182
I. L'action en paiement du bailleur financier contre la caution si la créance a été admise	183
A. Les effets de l'admission de la créance sur l'obligation de la caution	184
B. Les moyens de défense de la caution	187
II. L'action en paiement du bailleur financier contre la caution si la créance n'a pas été déclarée	190
A. Les conséquences de l'absence de déclaration sur la situation de la caution	191
B. Les moyens de défense de la caution en l'absence de déclaration	193
CHAPITRE 2 LE RÉGIME JURIDIQUE DES CRÉANCES BÉNÉFICIAIRE DU TRAITEMENT PRÉFÉRENTIEL	198
SECTION 1 LA DÉTERMINATION DES CRÉANCES DU BAILLEUR FINANCIER ÉLUES AU TRAITEMENT PRÉFÉRENTIEL	200
I. Les critères du droit français	200
A. Le critère chronologique	201
B. Le critère de régularité	206
C. Le critère d'utilité	207
II. Le critère unique du droit allemand	212
A. Le critère déterminant le statut des loyers	212
B. Le statut des autres créances issues du contrat	215
SECTION 2 LE PAIEMENT PRÉFÉRENTIEL DES CRÉANCES DU BAILLEUR FINANCIER	220

I. Le paiement à échéance des loyers bénéficiant du traitement préférentiel	220
A. Le principe du paiement des loyers à échéance	221
B. La possibilité d'exercer des poursuites individuelles.....	222
II. L'exécution des créances bénéficiant du traitement préférentiel à défaut de paiement à échéance.....	224
A. La nature juridique du traitement préférentiel	225
B. Le classement des créances privilégiées de loyers	228
PARTIE 3 LE BAILLEUR FINANCIER, PROPRIÉTAIRE	234
CHAPITRE 1 LA REPRISE DU BIEN LOUÉ.....	235
SECTION 1 LA REVENDICATION DU BIEN LOUÉ.....	237
I. Les conditions d'exercice de l'action en revendication du bien loué	238
A. L'action en revendication adaptée aux exigences de la procédure collective en droit français	239
B. L'application en droit allemand des règles de droit commun	245
II. L'incidence de la nature du contrat de location financière sur la restitution du bien	251
A. Le régime dérogatoire applicable en droit français aux contrats de location financière publiés ...	252
1. <i>Le régime de publicité des contrats de location financière</i>	253
2. <i>L'incidence de l'absence de publicité du contrat de location financière sur l'action en revendication en droit français</i>	258
B. L'exercice de l'action en restitution par le bailleur financier	263
1. <i>Modalités de la demande de restitution du bailleur financier</i>	263
2. <i>Le moment de la restitution du bien loué</i>	265
SECTION 2 L'ABOUTISSEMENT DE L'ACTION EN REVENDICATION OU EN RESTITUTION	273
I. Succès des actions en revendication ou en restitution du bailleur financier	273
A. La restitution en nature du bien loué au terme du contrat suite au succès de l'action relative à son droit de propriété	274
B. L'indépendance de principe entre la restitution et la déclaration de créance	277
II. Défaut ou rejet des actions en revendication ou en restitution du bailleur financier	281
A. Rejet ou défaut de l'action en revendication ou en restitution du bailleur financier pour une cause autre que l'impossibilité matérielle	281
1. <i>Rejet ou défaut d'action en revendication et rejet de l'action en restitution pour une cause autre que l'impossibilité matérielle</i>	282

2. Défaut de demande en restitution	288
B. Rejet de l'action en revendication ou en restitution en raison d'une impossibilité matérielle	291
CHAPITRE 2 LE TRANSFERT DE LA PROPRIÉTÉ DU BIEN LOUÉ	297
SECTION 1 LES CONDITIONS DU TRANSFERT DE PROPRIÉTÉ DANS LA PROCÉDURE COLLECTIVE DE DROIT ALLEMAND.....	300
I. Les conditions de la levée de l'option d'achat pendant la procédure ouverte contre le locataire	301
A. Les conditions de la levée de l'option d'achat pendant la procédure sous le régime du <i>Konkursordnung</i>	301
B. Les conditions de la levée de l'option d'achat pendant la procédure en droit positif allemand	304
II. Les conditions de la levée de l'option d'achat par le repreneur après la cession du contrat	308
A. Les conditions de la levée de l'option d'achat par le repreneur dans le cadre d'un <i>Share-Deal</i>	309
B. Les conditions de la levée de l'option d'achat pas le repreneur dans le cadre d'un <i>Asset-Deal</i>	309
SECTION 2 LES CONDITIONS DE LA LEVÉE D'OPTION D'ACHAT DANS LA PROCÉDURE COLLECTIVE DE DROIT FRANÇAIS	311
I. Les conditions de la levée d'option d'achat pendant la procédure ouverte contre le locataire	312
A. Les conditions de la levée d'option en cours d'exécution du plan de sauvegarde et de redressement	312
B. Les conditions de la levée d'option d'achat pendant la période d'observation et la liquidation....	314
1. Les obstacles à la levée d'option d'achat avant l'ordonnance du 18 décembre 2008	314
2. Les conditions de la levée d'option d'achat depuis la réforme du 18 décembre 2008.....	319
II. Les conditions de la levée de l'option d'achat par le cessionnaire de l'entreprise défaillante après la cession du contrat	324
A. L'opposition des intérêts du crédit-bailleur et du cessionnaire	324
B. La conciliation des intérêts en présence dans le cadre de la levée d'option d'achat par le cessionnaire.....	326
CONCLUSION GENERALE	331
BIBLIOGRAPHIE ESSENTIELLE.....	341
DROIT FRANÇAIS	341

DROIT ALLEMAND	355
LEXIQUE.....	363