



HAL
open science

Le procédé de passerelle entre la conciliation et la sauvegarde - Approche comparative droit français/droit OHADA

Moussa Fanta Kourouma

► **To cite this version:**

Moussa Fanta Kourouma. Le procédé de passerelle entre la conciliation et la sauvegarde - Approche comparative droit français/droit OHADA. Droit. Université de Toulon, 2018. Français. NNT : 2018TOUL0124 . tel-02009310

HAL Id: tel-02009310

<https://theses.hal.science/tel-02009310>

Submitted on 9 Apr 2019

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

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

ÉCOLE DOCTORALE

N°509 « CIVILISATION ET SOCIÉTÉS EURO-MEDITERRANEENNES ET
COMPAREES »

THÈSE présentée par :

MOUSSA FANTA KOUROUMA

Soutenue le : 05 novembre 2018

Pour obtenir le grade de Docteur en sciences juridiques

Spécialité : droit privé et sciences criminelles

**Le procédé de passerelle entre la conciliation
et la sauvegarde - approche comparative
droit français/droit OHADA**

THÈSE dirigée par :

Mme ROMANI Anne-Marie, Maître de conférences - HDR à l'Université de Toulon

JURY :

M. MBA-OWONO Charles	professeur des Universités, Université Omar
BONGO Libreville Gabon, Rapporteur	
Mme VERDIER Marie-France	Maître de conférences - HDR à l'Université de
Bordeaux, Rapporteur	
M. FALL Alioune Badara	professeur des Universités, Université Bordeaux 4
Montesquieu, suffragant	
Mme BAUDREZ Maryse Louise	professeur des Universités, Université de Toulon,
suffragant	

En l'honneur
de ma mère Fanta KOUROUMA, née CAMARA
et
à la mémoire de mon regretté père
Mamady KOUROUMA

AVERTISSEMENT

L'Université n'entend donner ni approbation ni improbation aux idées émises dans la présente thèse. Ces idées doivent être considérées comme propres à son auteur.

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier mon directeur de recherche, Madame Anne-Marie ROMANI, Maître de conférences - HDR à l'Université de Toulon, pour la confiance qu'elle m'a accordée en acceptant de diriger le présent travail, pour sa constante disponibilité, ses encouragements et pour ses précieux conseils.

Je remercie mon frère Amadou KOUROUMA

Je remercie toute ma famille et tous ceux qui, de près ou de loin, ont contribué à la réalisation de la présente thèse de doctorat.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

Al.	Alinéa
Art.	Article
Art. L.	Article d'une loi
Art. R.	Article d'un acte réglementaire
AUPC	Acte uniforme des procédures collectives
AUS	Acte uniforme portant organisation des sûretés
AUA	Acte uniforme relatif au droit d'arbitrage
AUDCIF	Acte uniforme relatif au droit comptable et à l'information financière
AUM	Acte uniforme relatif à la médiation
AUVE	Acte uniforme des voies d'exécution
AN	Assemblée nationale
ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Act.	Actualité
AJ	Actualité juridique
Alii	co-auteurs
AGS	Association pour la gestion du régime d'assurance des créances salariales
bibl.	Bibliothèque
BJE	Bulletin Joly entreprise
Bull.	Bulletin
Bull. Civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de Cour de cassation
Banc.	Bancaire
BCE	Banque centrale européenne
BODACC	Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales
c.	code
c. civ.	code civil
c. com.	code de commerce
c. trav.	code du travail
c. mon. fin.	code monétaire et financier
c. pén.	code pénal
c. proc. coll.	code des procédures collectives
Com.	Arrêt d'une chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. Ch. Mixte	Chambre mixte de Cour de cassation
Comm.	Commentaire
Cass. Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
CREG	Centre de ressources en économie gestion
Cah. dr. entr.	Cahier du droit de l'entreprise
Chron. Jurisp.	Chronique de jurisprudence
CNAJMJ	Conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires
CCIP	Chambre de commerce et d'industrie de Paris
CNUDCI	Commission des nations Unies pour le développement du commerce international
CIRI	Comité interministériel pour la restructuration industrielle
CCJA	Cour commune de justice et d'arbitrage
D.	Dalloz
entr.	entreprise
éd.	édition
EDJA	Éditions juridiques africaines
FCT	Fonds commun de titrisation
Gaz. Pal.	Gazette du palais
Inst.	Institution
<i>id.</i>	<i>Idem</i>
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i> : au même endroit dans la source précédemment citée
<i>infra</i>	Se reporter postérieurement à
Imp.	Imprimerie
Insee	Institut national des statistiques et des études économiques
Interv.	Intervention

JCP	Juris-classeur périodique (semaine juridique)
Juris.	Jurisprudence
Journ. Faill.	Journal de faillite
JOCE	Journal officiel des communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
L.	Loi
LCE	Loi sur la continuité des entreprises
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Lamy dr. aff.	Lamy droit des affaires
LEDEN	L'essentiel du droit des entreprises en difficulté
Mél.	Mélanges
NP	Arrêt de la Cour de cassation non publié
Ord.	Ordonnance
OHADA	Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires
P.	Page
PUF	Presses universitaires de France
Quot. Jur.	Quotidien juridique
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives
Rev. Banc.	Revue bancaire
Rev. Sociétés	Revue des sociétés
Rev. penant	Revue penant
Rev.seneg. dr. des aff.	Revue sénégalaise du droit des affaires
Rev. dr. uniforme afr.	Revue du droit uniforme africain
Rev. Ersuma	Revue Ersuma (école régionale supérieure de la magistrature)
Rev. juris. com.	Revue de jurisprudence commerciale
RIDC	Revue internationale de droit comparé
Rev. sc. morales et pol.	Revue des sciences sociales et politiques
Revue dr. public	Revue de droit public
RLDA	Revue Lamy du droit des affaires
Rapp.	Rapport
RCCM	Registre du commerce et du crédit mobilier
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
Règl.	Règlement
S.	Suivant
Soc.	Arrêt d'une chambre sociale de la Cour de cassation
Somm.	Sommaire
SFA	Sauvegarde financière accélérée
SA	Sauvegarde accélérée
<i>Supra</i>	Se reporter précédemment à
SFI	Société financière internationale
SAS	Société par actions simplifiée
SA	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée
Sem. Jur.	Semaine juridique
ST	Société de titrisation
SPV	<i>special purpose vehicle</i> (fonds commun de créance : FCC, en droit français)
t.	tome
Trib.	Tribunal
Trib. com.	Tribunal de commerce
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
TPI	Tribunal de première instance
TRHC	Tribunal régional hors classe (Dakar)
UEMOA	Union économique monétaire ouest-africaine
V.	Voir

TABLEAU DES CORRESPONDANCES

Droit OHADA	Droit français
Procédure de règlement préventif	Procédure de sauvegarde classique
Procédure de redressement judiciaire	Procédure de redressement judiciaire
Procédure de liquidation des biens	Procédure de liquidation judiciaire
Procédure de médiation	Procédure de mandat <i>ad hoc</i>
L'expert au règlement préventif. Il représente le tribunal dans le règlement préventif et a pour rôle de faire rapport sur la situation financière et économique du débiteur dans les trois mois qui suivent l'ouverture de la procédure.	Au sens du droit français, il n'est ni un administrateur judiciaire - il ne joue aucun rôle dans la gestion de l'entreprise -, ni un mandataire judiciaire - il ne représente pas les créanciers.
Le syndic	C'est le mandataire judiciaire, mais aussi l'administrateur judiciaire : il cumule les deux fonctions.
Le juge-commissaire	Le juge-commissaire
Concordat préventif	Plan de sauvegarde
Concordat de redressement judiciaire	Plan de redressement judiciaire
Homologation visa de l'accord de conciliation	Constataion de l'accord de conciliation
Homologation de l'accord contenant un privilège de <i>new money</i>	Homologation de l'accord de conciliation

**LE PROCEDE DE PASSERELLE ENTRE LA CONCILIATION ET LA
SAUVEGARDE - APPROCHE COMPARATIVE DROIT FRANÇAIS/
DROIT OHADA**

SOMMAIRE

Première partie

L'adoption et la validité du procédé de passerelle dans les droits français et OHADA

Titre 1. Les raisons pouvant expliquer l'adoption du procédé de passerelle dans les droits français et OHADA

Chapitre 1. Le risque de l'échec de la procédure de conciliation

Chapitre 2. Le procédé de passerelle : une solution admise juridiquement dans les droits français et OHADA

Titre 2. L'application du procédé de passerelle dans les droits français et OHADA

Chapitre 1. Les éléments de validité du procédé de passerelle en droit OHADA

Chapitre 2. Le régime juridique des procédures passerelles adoptées en droit français : la SFA et la SA

Deuxième partie

Étude prospective du procédé de passerelle dans les droits français et OHADA

Titre 1. La résolution des difficultés des entreprises via le procédé de passerelle

Chapitre 1. Le rôle préventif du procédé passerelle

Chapitre 2. Le rôle curatif du procédé de passerelle

Titre 2. La cession pré-arrangée via le procédé de passerelle : une consécration législative en droit français, une possibilité juridique en droit OHADA

Chapitre 1. Le préarrangement de la cession judiciaire d'entreprise

Chapitre 2. La réalisation de la cession pré-arrangée dans un cadre judiciaire

INTRODUCTION GENERALE

Le droit comparé « est le plus court chemin pour comprendre les phénomènes juridiques nationaux ».¹

1. « *La restauration des droits des créanciers et, à ce titre, leur participation à l'élaboration du traitement des difficultés de leur débiteur est amplement perçue comme le nouveau leitmotiv du droit des entreprises en difficulté. Combinée à la volonté de prévenir et de traiter les difficultés des entreprises en amont de la cessation des paiements, la réhabilitation de la voix des créanciers {participe à l'émergence des législations selon lesquelles} le traitement qu'il convient d'administrer au débiteur sera discuté* ».²
2. Le traitement des difficultés des entreprises par la négociation est une tendance législative qui s'affirme en France et dans l'espace OHADA³. En droit français, le rythme de la contractualisation du traitement des difficultés des entreprises s'est accéléré à la suite de la crise financière de 2008⁴. Selon les statistiques, plusieurs entreprises françaises avaient déposé le

¹ G. FARJAT, *Droit économique*, éd., Puff, 1971, p. 17.

² P.-A. BOUHENIC et S. LAMEY-CUBEDDU, « L'efficacité économique de la contractualisation du droit des entreprises en difficulté (1/2) », *Les Echos Exécutives*, 18 déc. 2017, p. 1., art. consulté le 15 juin 2018.

³ L'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires.

⁴ Dite des *subprime*, cette crise, qui a débuté en juillet 2007 aux États-Unis d'Amérique, s'est étendue à l'Europe avant de se mondialiser.

bilan⁵. Il était nécessaire de trouver une solution. Dans l'espace OHADA, certains experts⁶ avaient pu affirmer que la crise financière de 2008 n'a pas profondément touché les entreprises. Or, « dans un contexte de mondialisation toutes les économies sont touchées par le canal financier (chute des bourses) et par l'instabilité des places financières ». ⁷ D'où la nécessité de nuancer l'affirmation selon laquelle les entreprises africaines ont été épargnées.

3. Pour faire face aux conséquences de cette crise financière, le législateur français a réformé le secteur bancaire, financier et le droit des entreprises en difficulté. Dans ce dernier domaine, le renforcement de la négociation entre le débiteur et ses créanciers a été privilégié, le traitement judiciaire des difficultés des entreprises ayant montré des insuffisances⁸. Dans l'espace OHADA, la refonte de l'AUPC⁹, dans le but de l'adapter non seulement aux réalités du continent africain, mais aussi au contexte international, avait déjà été entreprise ; elle a abouti à la réforme de 2015¹⁰.
4. Par les textes de 2010¹¹ et de 2014¹², le législateur français a adopté une nouvelle méthode de sauvetage des entreprises, au travers des nouvelles procédures de sauvegarde accélérée qui servent de passerelles entre la conciliation et la sauvegarde. Cette approche de traitement des difficultés des entreprises combine l'amiable et le judiciaire ; elle permet la poursuite de la restructuration d'un débiteur, entamée dans la procédure de conciliation, dans le cadre de la sauvegarde avec, quasiment, les mêmes acteurs et le même projet de redressement. Il peut être ainsi pertinent de s'intéresser à ce mécanisme de redressement des entreprises en droit français

⁵ Plus de cinquante mille défaillances : Étude conjointe Deloitte & Altares, in « L'entreprise en difficulté en France - La facture économique », mars 2014, p. 7.

⁶ Y. DUHEM, directrice Afrique du centre et de l'ouest de la société financière internationale (SFI), institution du groupe de la banque mondiale chargée des opérations avec le secteur privé, s'exprimant sur la crise.

⁷ Ph. HUGON, « La crise mondiale et l'Afrique : transmission, impacts et enjeux », *Afrique contemporaine*, 2009/4, n°232, p. 151-170.

⁸ R. PERCEROU, « Le traitement judiciaire de la situation des entreprises en difficulté : mythe ou possibilité réelle ? », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^e siècle, Mél., en l'honneur de C. CHAMPEAUD*, éd., Dalloz, 1997, p. 507.

⁹ L'Acte uniforme des procédures collectives.

¹⁰ Le nouvel Acte uniforme des procédures collectives a été adopté le 10 sept. 2015 à Grand-Bassam (Côte d'Ivoire). Il a abrogé celui de 1998.

¹¹ L. n°2010-1249 du 22 oct. 2010 de régulation bancaire et financière, *JORF* n°0247 du 23 oct. 2010, p. 18984, texte n°1.

¹² Ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

et en droit OHADA, dans une approche comparative, sachant que la sauvegarde du droit français correspond fondamentalement au règlement préventif du droit OHADA.

5. En effet, la procédure de règlement préventif OHADA est une forme simplifiée de la sauvegarde française. Les deux procédures présentent des convergences : elles visent toutes les deux à éviter la cessation des paiements et à apurer le passif¹³ ; dans les deux procédures, la restructuration de l'entreprise est assurée au moyen d'un plan/concordat¹⁴. Cependant la période d'observation de la sauvegarde est de six mois renouvelables une fois pour une durée maximale de six mois¹⁵, alors que celle du règlement préventif est de trois mois renouvelables une fois pour une durée maximale d'un mois¹⁶.
6. Le législateur français oriente, depuis la loi de 1985¹⁷, le droit des entreprises en difficulté vers la négociation des solutions de redressement entre les acteurs concernés. Cette tendance se concrétise avec l'adoption de l'outil du plan pré-négocié. Le droit OHADA des entreprises en difficulté n'a pas adopté cette méthode pour le moment ; le législateur de 2015 a néanmoins adopté la procédure de conciliation qui est un outil important de négociation. Le caractère récent de l'adoption des sauvegardes accélérées en droit français, et l'absence de telles procédures en droit OHADA témoignent de l'originalité de la présente thèse intitulée : Le procédé de passerelle entre la conciliation et la sauvegarde-Approche comparative droit français/droit OHADA.
7. Cet intitulé mérite quelques précisions : le mot « procédé » vise à mettre un accent sur le caractère méthodique de la nouvelle approche de restructuration des entreprises précédemment décrite, tandis que le mot « passerelle » veut traduire la transition qui s'opère entre l'amiable et le judiciaire. De sorte que le présent sujet de recherche peut être reformulé comme suit : la nouvelle méthode de redressement des entreprises par l'utilisation combinée du traitement amiable et du traitement judiciaire.
8. Le rapprochement entre les droits français et OHADA est historique. Certains particularismes philosophiques existent cependant. Il en est ainsi, à titre d'exemple, de la cession d'entreprise

¹³ Art. L621-1, al. 1, c. com. ; Art. 2, al. 2, AUPC.

¹⁴ Art. L.626-1, c. com. ; Art. 2, al. 2, AUPC.

¹⁵ Art. L.621-3, c. com.

¹⁶ Art.13, AUPC.

¹⁷ L. n°85-98 du 25 janv. 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, *JORF* du 26 janv. 1985, p. 1097.

qui est considérée comme une mesure de redressement en droit français¹⁸, alors qu'elle doit prioritairement permettre l'apurement du passif en droit OHADA¹⁹. Les réalités économiques ont été déterminantes dans l'évolution des deux législations. La fréquence des réformes en droit français est importante²⁰ ; il convient d'en évoquer brièvement les principales.

9. Le code de commerce de 1807 a instauré des règles relatives à la banqueroute. Le débiteur failli était soumis à l'incarcération et à la contrainte par corps. La loi du 28 mai 1838 sur les faillites et banqueroutes a marqué une certaine inflexion à l'égard du débiteur failli, en opérant une distinction entre le débiteur malchanceux de bonne foi qui était soumis à la liquidation judiciaire et le débiteur malhonnête qui était soumis à la faillite. La loi du 22 juillet 1867²¹ a supprimé la contrainte par corps. Cette sanction, qui était infligée au débiteur failli, fut supprimée d'abord en 1793, puis en 1848 avant de l'être définitivement en matière civile et commerciale par la loi du 22 juillet 1867 précitée. La loi du 4 mars 1889 sur la faillite²² a permis au débiteur de se redresser au moyen d'un concordat conclu avec ses créanciers. La notion de bonne foi, sous l'empire de la loi du 28 mai 1838, fut ainsi revalorisée ; mais la lenteur dans le désintéressement des créanciers provoqua la modification de la loi du 4 mars 1889 par un décret du 20 mai 1955. Ce dernier a introduit un changement d'ordre terminologique et philosophique dans le droit des procédures collectives. Le redressement judiciaire du débiteur fut ainsi érigé en principe et la faillite en exception. Il s'est agi d'accorder au débiteur, victime d'aléas temporaires, la possibilité de négocier l'obtention des délais et remises. Ce qui fut qualifié de « *pacte d'atermoiement ou moratoire général* ». ²³ Celle du 13 juillet 1967²⁴ a abrogé les dispositions antérieures en soumettant l'entreprise qui est viable à la procédure de redressement judiciaire et celle dont la situation est irrémédiablement compromise à la liquidation judiciaire²⁵ ; le

¹⁸ Com. 26 juin 1990, *BRDA* 31.8. 90, n°15, p. 14 ; A. JACQUEMONT et Alii, *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd., LexisNexis, 2017, n°2, p. 1.

¹⁹ . En droit OHADA, ce sont les créanciers qui sont chargés de retenir l'offre qu'ils jugent à même de régler leurs créances selon les dispositions combinées des art. 132, al. 1^{er} et 125 de l'Acte uniforme des procédures collectives.

²⁰ V. A. LAMBERT et J.-C. BOULARD : rapp. *de la mission de lutte contre l'inflation normative*, ministère de la réforme de l'État, de la décentralisation et de la fonction publique, ministère délégué chargé de la décentralisation, 26 mars 2013.

²¹ Loi du 22 juillet 1867 relative à la contrainte par corps, *JORF* du 20 août 1944, p. 165.

²² Loi du 4 mars 1889 portant modification de la législation des faillites, *JORF* du 20 févr. 1889, p. 48.

²³ M. FERRARI, « Le pacte d'atermoiement, délit de fuite passible de banqueroute », *Gaz. pal.* 2 mai 1969, doct., p. 1,

²⁴ L. n°67-563 du 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes, *JORF* du 14 juill. 1967, p. 7059.

²⁵ F. DERRIDA et Alii, *Redressement et liquidation des entreprises, cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985*, 3^e éd., Dalloz. 1991, p. 1.

critère économique était pris en compte. Cette loi a également adopté un critère moral d'appréciation du comportement des dirigeants et prévu, à l'encontre de ces derniers, des sanctions patrimoniales, civiles et pénales en cas d'agissements fautifs. L'ordonnance du 23 septembre 1967²⁶ a instauré la suspension provisoire des poursuites individuelles pour les grandes entreprises qui n'étaient pas en cessation des paiements, mais dont la faillite aurait pu avoir des conséquences néfastes sur l'économie nationale ou régionale. Elle fut abrogée et remplacée respectivement par les lois du 1^{er} mars 1984²⁷ et du 25 janvier 1985²⁸. La loi du 25 janvier 1985²⁹ a introduit un changement important dans la réglementation du traitement des difficultés des entreprises en ce qu'elle a fait du sauvetage de l'entreprise un objectif prioritaire au détriment du paiement des créanciers³⁰. Il était question de sauvegarder l'activité, maintenir les emplois et, si possible, d'apurer le passif. Le texte du 10 juin 1994³¹ a modifié les lois de 1984 et de 1985 précédemment citées en améliorant notamment le sort des créanciers. Elle a amélioré le dispositif préventif, accru le rôle du président du tribunal et encouragé le recours au mandat *ad hoc* : le président du tribunal « *était la clef de voûte de la prévention* ». ³² La loi de 2005³³ a permis de nombreuses avancées : le règlement amiable a été supprimé et remplacé par la conciliation qui permet à un débiteur, qui n'est pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours, et qui éprouve des difficultés avérées ou prévisibles, de négocier un accord avec ses créanciers ; le privilège de la conciliation a été adopté, afin d'accorder un traitement préférentiel aux créanciers qui ont accepté, en dépit de la situation douteuse du débiteur, d'apporter de nouveaux apports en trésorerie, ou de nouveaux services. Outre ces réformes, la loi de sauvegarde de 2005 a adopté la procédure de sauvegarde pour accroître les solutions de redressement du débiteur. Le régime d'irresponsabilité des créanciers

²⁶ Ord. n°67-820 du 23 sept. 1967 tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises.

²⁷ L. n°84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, *Revue Jorf lois & decret*, p. 751, réf. 97259.

²⁸ L. n°85-98 du 25 janv. 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, *JORF* du 26 janv. 1985, p. 1097.

²⁹ L. n°85-98 du 25 janv. 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, *JORF* du 26 janv. 1985, 1097.

³⁰ A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., LexisNexis/Litec, 2011, p. 12 et s.

³¹ L. n°94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, *JORF* n°134 du 11 juin 1994, p. 8440 ; v. M. CABRILLAC et Ph. PETEL, « Le printemps des sûretés réelles », *D.* 1994, p. 243.

³²A. COURET, « Le traitement non judiciaire des difficultés des entreprises », in N. D. ROBAIN, *Le règlement amiable des difficultés des entreprises*, éd., Septentrion, 1997, p. 20.

³³ L. n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n°173 du 27 juill. 2005, p. 12187, texte n°5 ; v. Ph. Roussel Galle, *Réforme du droit des entreprises en difficulté, De la théorie à la pratique*, 2^e éd., Litec, 2007.

dispensateurs de crédit a été instauré en vue d'inciter ces derniers à dispenser plus de crédits. En effet le droit français des entreprises en difficulté a pu être considéré moins attrayant pour les investisseurs étrangers³⁴ ; il fallait l'améliorer. La loi de sauvegarde sera renforcée par les dispositions de l'ordonnance du 18 décembre 2008³⁵. La loi de régulation bancaire et financière de 2010³⁶ a, comme l'ordonnance du 18 décembre 2008, renforcé la loi de sauvegarde de 2005. Cette loi de 2010 a notamment adopté la sauvegarde financière accélérée, première passerelle entre la conciliation et la sauvegarde.

L'ordonnance du 12 mars 2014³⁷ portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives a apporté plusieurs améliorations, dont nous ne citerons que l'adoption de la seconde passerelle entre la conciliation et la sauvegarde, à savoir la sauvegarde accélérée, qui « *devient un genre au sein duquel la sauvegarde financière accélérée est une espèce particulière, met en évidence la volonté du « législateur » de traiter dans des délais réduits les difficultés financières, temporaires et non irrémédiables, des entreprises les plus importantes, en associant bien entendu le débiteur et certains créanciers* ». ³⁸ La sauvegarde accélérée est venue rétablir une sorte de justice pour les débiteurs dont le passif était essentiellement constitué de dettes des fournisseurs, mais qui ne pouvaient pas recourir à la sauvegarde financière accélérée. En effet, la sauvegarde accélérée permet de restructurer toutes les dettes à l'exception de celles alimentaire et salariale. La loi du 18 décembre 2016³⁹ a apporté plusieurs autres améliorations importantes dont, notamment, l'extension du bénéfice du privilège de la conciliation aux créanciers d'un débiteur agriculteur. Les États composant l'espace OHADA n'ont pas connu une telle avalanche de réformes.

10. Créée par le traité de Port-Louis (Île Maurice) du 17 octobre 1993 qui a été révisé le 17 octobre 1998 à Québec (Canada), l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires

³⁴ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, éd., Dalloz, 2006, n°051.

³⁵ Ord. n°2008-1345 du 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *JORF* n°0295 du 19 déc. 2008, p. 19462, texte 29.

³⁶ L. n°2010-1249 du 22 oct. 2010 de régulation bancaire et financière, *JORF* n°0247 du 23 oct. 2010, p. 18984, texte n°1.

³⁷ Ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3 ; v. C. CHAMPALAUNE, « Un nouveau droit des entreprises en difficulté. Propos introductifs », *Rev. proc. coll.* 4/2014, doss. 27.

³⁸ A. JACQUEMONT et Alii, *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd., LexisNexis, 2017, p. 18.

³⁹ L. n°2016-1547 du 18 déc. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e s, *JORF* n°0269 du 19 déc. 2016, texte n°1 ; v. Ph. ROUSSELLE GALLE et M.-F. BONNEAU, « Adaptation du traitement des difficultés des entreprises par la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *Rev. proc. coll.* juin 2016, étude 21.

est une organisation internationale qui poursuit une œuvre d'intégration juridique entre les pays qui en sont membres⁴⁰. L'objectif du droit OHADA est essentiellement la facilitation des investissements et des échanges, et la garantie de la sécurité juridique et judiciaire des activités des entreprises.

11. L'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires est dotée de plusieurs organismes qui assurent son fonctionnement : le conseil des ministres, composé des ministres de la justice et de ceux de l'économie et des finances, se réunit une fois par an. Il adopte les Actes uniformes et les règlements⁴¹ ; la conférence des chefs d'État et de gouvernement statue sur toutes les questions relatives au traité fondateur⁴² ; la cour commune de justice et d'arbitrage émet ses avis sur les Actes uniformes et les règlements, assure l'interprétation et l'application des normes communautaires⁴³ ; le secrétariat permanent prépare les Actes uniformes et autres textes de l'organisation⁴⁴ ; et l'école régionale supérieure de la magistrature⁴⁵.
12. Après l'accession à l'indépendance nationale entre 1958 et 1960, les pays africains ont adopté des textes largement inspirés pour ne pas dire calqués sur le modèle des puissances colonisatrices⁴⁶. Ces textes n'ont pas connu de réformes adaptées. Ce qui a favorisé l'insécurité juridique⁴⁷ et judiciaire⁴⁸, rendant ainsi difficile l'appréhension du droit applicable⁴⁹. Or, une telle insécurité ne peut que provoquer la stagnation de l'économie nationale, laquelle repose

⁴⁰ Les États actuellement membres de l'espace OHADA sont au nombre de dix-sept à savoir : Benin, Burkina Faso, Cameroun, Congo, Comores, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée Bissau, Guinée Équatoriale, Mali, Niger, République centrafricaine, République démocratique du Congo, Sénégal, Tchad et Togo.

⁴¹ Art. 16, traité OHADA, 2008.

⁴² Art. 27, traité OHADA, 2008.

⁴³ Art. 14, traité OHADA, 2008.

⁴⁴ Art. 6, traité OHADA, 2008.

⁴⁵ Art. 31, traité OHADA, 2008.

⁴⁶ H. MIKPONHOUÉ, *L'ordre juridique communautaire OHADA et les enjeux d'intégration du droit des Affaires*, thèse de doctorat, Université de Perpignan, 2016, p. 10.

⁴⁷ Les législations étaient hétérogènes, disparates, imprécises et mal connues. Dans le contexte de la mondialisation, ces législations étaient obsolètes.

⁴⁸ Les conditions d'une bonne procédure judiciaire n'étaient pas réunies (le sont-elles aujourd'hui ?) faute de moyens matériel, humain et de formation des magistrats et des auxiliaires de justice.

⁴⁹ Par exemple au Cameroun, les règles juridiques variaient d'une région à une autre. En effet, dans un même domaine, la réglementation héritée de la France s'appliquait dans la zone francophone, tandis que la *common law* s'appliquait dans la zone anglophone. Dans ces conditions, nul doute que la détermination de la règle applicable à une affaire transversale ne pouvait qu'être difficile voire préjudiciable pour l'investisseur.

essentiellement sur le secteur privé⁵⁰. La création de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires répondait ainsi à la nécessité d'enrayer l'insécurité juridique et judiciaire afin d'encourager l'investissement privé⁵¹ par l'adoption de procédures judiciaires adaptées et par l'incitation au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels.

13. De l'harmonisation, le droit OHADA passe progressivement à l'unification. En ce sens, neuf Actes uniformes ont déjà été adoptés. Ils constituent la législation commune à tous les États membres en matière du droit des affaires⁵². Depuis 2008, le législateur OHADA a entrepris la réforme de tous les Actes uniformes inadaptés aux réalités internes africaines et aux exigences de la mondialisation de l'économie. Le 15 décembre 2010, l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique⁵³ a été réformé. Il a notamment institué l'entrepreneur, redéfini l'acte de commerce, réformé le régime de la prescription, et pris en compte les procédures électroniques et l'informatisation du registre du commerce et du crédit mobilier (RCCM) ; l'Acte uniforme portant organisation des sûretés⁵⁴ a été révisé⁵⁵. Cet Acte uniforme a entre autres redéfini les notions de gage et de nantissement, simplifié les conditions de constitution des gages et des nantissements, étendu l'assiette des sûretés mobilières. Le 30 janvier 2014, l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique⁵⁶ a été réformé. Il a notamment institué la société par actions simplifiée (SAS), créé les actions de préférence et les valeurs mobilières composées, permis l'attribution gratuite d'actions au profit du personnel. Le 10 septembre 2015, l'Acte uniforme des procédures collectives d'apurement du passif qui est au cœur de la présente étude a connu une large

⁵⁰ A. YAYA SARR, *L'intégration juridique dans l'Union Économique et Monétaire Ouest-africaine (UEMOA) et dans l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)*, thèse de doctorat, Université d'Aix-Marseille III, 2008, p. 26.

⁵¹ Selon l'art. 1^{er} du traité du 17 oct. 1993, repris dans le traité révisé de 2008.

⁵² L'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et de voies d'exécution adopté en 1998 ; l'Acte uniforme sur le droit de l'arbitrage adopté en 1999 ; l'Acte uniforme relatif au transport des marchandises par route adopté en 2003 ; l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés coopératives adopté en 2010 ; l'Acte uniforme relatif au droit commercial adopté en 1997 ; l'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement économique adopté en 1997 ; l'Acte uniforme relatif au droit des sûretés adopté en 1997 ; l'Acte uniforme des procédures collectives d'apurement du passif adopté en 1998 ; l'Acte uniforme relatif à l'organisation et à l'harmonisation de la comptabilité des entreprises adopté en 2000.

⁵³ AUSCGIE.

⁵⁴ AUS.

⁵⁵ Sur cette réforme v. V. P. CROCQ, *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés - La réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, éd. Lamy, 2012 ; B. S. DIARRAH, « Les innovations introduites dans l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *Rev. dr. uniforme africain*, 2011, n°005, p. 3.

⁵⁶ AUSCGIE.

amélioration⁵⁷ : la procédure de conciliation a notamment été adoptée⁵⁸ ; le règlement préventif, créé par le texte de 1998, a été simplifié et sécurisé⁵⁹ ; le champ d'application des procédures collectives a été étendu. Le 26 janvier 2017, l'Acte uniforme relatif au droit comptable et à l'information financière⁶⁰ a connu une réforme. Il a substantiellement relevé le montant du chiffre d'affaires en deçà duquel les petites entités économiques sont éligibles au système minimal de trésorerie et reconnu la spécificité du système comptable des secteurs réglementés tout en précisant que ces derniers restent soumis au droit comptable OHADA. Le 23 novembre 2017, l'Acte uniforme relatif à la médiation⁶¹ a été adopté. Ce texte crée une procédure de négociation plus souple que la conciliation à l'image du mandat *ad hoc* en droit français. Enfin, un certain nombre de textes sont en cours d'élaboration dont les plus attendus sont l'Acte uniforme relatif au droit du travail⁶² et l'Acte uniforme portant droit général des obligations⁶³ dans l'espace OHADA. Ce dernier serait une initiative de la fondation du droit continental, mais non du secrétariat permanent de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires⁶⁴.

14. L'évolution de chaque système juridique est la résultante de l'évolution de son contexte endogène et exogène sur le plan économique, social, politique et historique. Ce qui peut expliquer les différences philosophiques entre les législations. Il a été déjà dit que le droit OHADA a un rapprochement historique avec le droit français par le fait colonial ; la problématique de la finalité du traitement et de la prévention des difficultés des entreprises dans ces deux législations relève de la dialectique.
15. Le délicat encadrement du rapport entre l'économie et le droit a conduit les législateurs français et OHADA à séparer l'homme, en tant qu'individu, de l'entreprise en tant

⁵⁷ AUPC.

⁵⁸ Pour tout savoir sur la nouvelle procédure de conciliation : C. NDONGO, *La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC révisé*, thèse de doctorat, éd., LGDJ, 2018, p. 190 et s.

⁵⁹ V. C. NDONGO, *La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC révisé*, thèse de doctorat, éd., LGDJ, 2018, p. 26 et s.

⁶⁰ AUDCIF.

⁶¹ AUM.

⁶² Depuis une décennie, le projet d'Acte uniforme relatif au droit du travail peine à être adopté : C. M. J. De DRAVO-ZINZINDOHUE, *La mise en place d'un droit uniforme du travail dans le cadre de l'OHADA*, éd., A.R.N.T, 2009.

⁶³ C. GRIMALDI, « Projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA », *Village de la justice*, 22 mars 2016.

⁶⁴ C. NDONGO, *La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC révisé*, thèse de doctorat, éd., LGDJ, 2018, p. 2.

qu'entité économique, de sorte que les agissements fautifs du chef d'entreprise n'empêchent plus mécaniquement le redressement de l'entreprise⁶⁵. La dialectique de la réflexion sur la finalité du droit des entreprises en difficulté porte, d'une part, sur le paiement des créanciers et, d'autre part, sur la nécessité de sauvegarder l'entreprise. Ces deux objectifs ne sont pas en principe contradictoires, mais ils peuvent l'être suivant le déséquilibre entre le poids du passif de l'entreprise et l'importance de son actif ; ils ont toutefois des fondements distincts. Le paiement des créanciers se fonde sur le principe de l'expression de la volonté qui pose l'obligation d'assumer ses engagements contractuels⁶⁶, alors que l'impératif de sauvegarde des entreprises tient à la considération de l'intérêt général⁶⁷. Quelle approche - contractuelle⁶⁸ ou institutionnelle⁶⁹ - de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises faut-il adopter ? Les législateurs français et OHADA semblent avoir opté pour une approche médiane qui concilie le paiement des créanciers et le redressement de l'entreprise. Ce choix est à approuver, d'autant que de plus en plus les créanciers aident à financer le redressement de l'entreprise⁷⁰.

16. Cette approche médiane utilise les vertus de la négociation pour arriver à une issue favorable à toutes les parties que l'État entérine ensuite. Le droit américain de la faillite en est un exemple⁷¹ : le chapitre 11 du code fédéral propose en effet différents types de procédures de réorganisation au travers d'un plan pré-négocié⁷². Le législateur français s'est inspiré de ce modèle américain en l'adaptant au contexte français ; la matérialisation en est l'adoption des

⁶⁵ Doss. législatif - Exposé des motifs de la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005, p. 8.

⁶⁶ R. SAVATIER, « Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles. Rapport de synthèse présenté aux journées 1964 de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française », *RIDC*, oct.-nov. 1964, vol. 16, n°4, p. 715 - 724, spéc. p. 717.

⁶⁷ M. GRAZIANI, « Les créanciers et la pérennité de l'entreprise article 2 », *CREG*, 15 déc. 2016, p. 1. Article consulté le 15 juin 2018.

⁶⁸ Qui veut que la volonté exprimée des parties soit respectée ; que le débiteur respecte son engagement tel que formé conformément au droit civil. Cette méthode prône le paiement des créanciers : v. S. T. STEVE KARFO, *Paiement des créanciers, Sauvetage des entreprises : Étude comparative des législations OHADA et française de sauvegarde judiciaire des entreprises, thèse de doctorat*, Université de Toulouse 1 - Capitole, 2014, p. 9 à 13.

⁶⁹ Qui veut que l'intérêt public, c'est-à-dire l'intérêt général de la société que l'entreprise incarne prime l'intérêt particulier du créancier. Les règles contraignantes, coercitives et autoritaires qu'applique le tribunal dans les procédures collectives sont les conséquences de cette approche : v. S. T. STEVE KARFO, *Paiement des créanciers, Sauvetage des entreprises : Étude comparative des législations OHADA et française de sauvegarde judiciaire des entreprises, thèse de doctorat*, Université de Toulouse 1 - Capitole, 2014, p. 13 à 19.

⁷⁰ D'où la reconnaissance du législateur qui leur accorde non seulement un privilège – celui de conciliation ou de *new money* – mais aussi une protection - celle qui tient au régime de leur irresponsabilité dans l'octroi des concours -.

⁷¹ S. STANKIEWICZ MURPHY, *L'influence du droit américain de la faillite en droit français des entreprises en difficulté*, thèse de doctorat, Université de Strasbourg, 2011, p. 11.

⁷² V. *infra*, n°133 et s.

procédures de sauvegarde accélérée formant les passerelles entre le traitement amiable et le traitement judiciaire des difficultés des entreprises⁷³. Plusieurs expressions synonymes sont utilisées pour désigner cette méthode de traitement des difficultés des entreprises⁷⁴.

17. Le procédé de passerelle consiste, pour un chef d'entreprise, en présence⁷⁵ ou non d'un état de cessation des paiements, de négocier un plan de restructuration avec ses créanciers dans un cadre amiable, et de faire valider ce plan par l'autorité judiciaire par un vote majoritaire des créanciers. Ces conditions essentielles, qui découlent des dispositions de l'article L.628-1 du code de commerce français, traduisent globalement l'idée du chapitre 11 du code fédéral américain de la faillite.
18. La négociation est un outil essentiel qui va permettre au chef d'entreprise de discuter avec chacun de ses principaux créanciers. Les remises de dettes ainsi que l'obtention des délais de paiement sont les principaux enjeux de cette négociation pour le chef d'entreprise. Le plus souvent, les créanciers sont diligents ; il en est ainsi parce que, dans un sens, il peut être regrettable pour un créancier de perdre un partenaire commercial stratégique qui n'est confronté qu'à une difficulté passagère et, dans l'autre, le créancier n'a vraiment pas le choix du fait de la menace d'une éventuelle ouverture de procédure judiciaire. Dans le droit américain, il n'y a pas de cadre dédié pour mener les négociations contrairement au droit français, où être engagé dans une procédure de conciliation est une condition de fond pour accéder à une procédure passerelle⁷⁶. A l'égard du droit OHADA, la présente thèse retient théoriquement les deux aspects de la problématique d'être ou non préalablement engagé dans une procédure de conciliation, chacun de ces deux aspects trouvant sa justification dans le redressement de l'entreprise et dans le contexte atypique africain⁷⁷.
19. Le critère de la cessation des paiements ne devrait pas être un handicap automatique à une opération de restructuration ; il devrait être modulable selon les chances de redressement de l'entreprise. Telle est l'approche adoptée par le législateur français. Cela permet au chef d'entreprise de disposer d'un laps de temps afin de faire adhérer la majorité des créanciers à

⁷³ V. J. REGNER, « La sauvegarde financière accélérée, dernière évolution du droit français des entreprises en difficulté », *Revue banque*, 27 mars 2012, n°747.

⁷⁴ Mécanisme de plan pré-négocié ; plan pré-arrangé ; procédure de *prepack*, procédé de passerelle, technique de la passerelle.

⁷⁵ De moins de quarante-cinq jours.

⁷⁶ Art. L. 628-1, c. com.

⁷⁷ V. *infra*, n°614 et s.

son projet de plan. L'adhésion de la majorité des créanciers au projet de plan du chef d'entreprise est une condition fondamentale pour la réussite de toute procédure de *prepack* eu égard au vote qui a lieu en phase judiciaire. La fermeté étant retenue par le législateur africain s'agissant du régime de la cessation des paiements, la présente étude propose des alternatives dans la perspective de l'adoption du procédé de passerelle⁷⁸.

20. A l'issue des négociations, le chef d'entreprise devra demander l'ouverture d'une procédure judiciaire. L'objectif d'une telle demande est de faire valider la volonté majoritaire des créanciers en faveur de l'adoption du plan. Normalement, il peut être supposé qu'il s'agisse de remplir une simple formalité, dans la mesure où le chef d'entreprise aura déjà signé un accord de principe avec une large majorité des créanciers selon lequel ces derniers voteront le projet d'accord conclu en phase amiable. En conséquence, la période d'observation de la procédure judiciaire est logiquement écourtée, ce qui couvre le débiteur de certains écueils⁷⁹, et constitue la principale différence avec la procédure ordinaire.
21. Plusieurs raisons ont dû conduire le législateur français à adopter le procédé de passerelle entre la conciliation et la sauvegarde parmi lesquelles il faut citer la règle de l'unanimité qui caractérise l'accord de conciliation. En effet, telle qu'elle est exposée dans la présente étude, l'unanimité, devant caractériser l'accord de conciliation, présente plus d'inconvénients que d'avantages aussi bien en droit français qu'en droit OHADA en ce qu'elle constitue un obstacle au redressement de l'entreprise⁸⁰ : un seul créancier est capable, en vertu de la liberté contractuelle - à laquelle la règle de l'unanimité tient - de tenir en échec un projet de redressement du débiteur même soutenu par une frange majorité des autres créanciers. D'ailleurs, confrontée à cet obstacle, la pratique française avait anticipé la solution de la passerelle au travers des affaires Thomson⁸¹ et Autodistribution⁸².

⁷⁸ V. *infra*, n°606 et s.

⁷⁹ Le coût élevé et la lourdeur de la procédure judiciaire, le ternissement de l'image ainsi que l'altération du crédit de l'entreprise.

⁸⁰ V. *infra*, n°97 et s.

⁸¹ Trib. com. Nanterre, 30 nov. 2009, *D.* 2009, 2929, note A. LIENHARD ; B. GRELON, « L'affaire Thomson : la loi à l'épreuve de la finance », *Rev. Sociétés*, juin 2010, p. 244 - « L'arrêt technicolor : entre rigueur et impuissance », *Rev. Sociétés* 2011, p. 239 ; Versailles 13^e ch. 18 nov. 2010, n°10/01433, *Rev. proc. coll.* 2011, comm. 41, note J.-J. FRAIMOUT ; com. 21 févr. 2012, n°11-11.693, *Rev. proc. coll.* 2012, comm. 82, note J.-J. FRAIMOUT.

⁸² R. ROUTIER, N. LAURENT, « Analyse de l'opération Autodistribution : premier *prepack* à la française, cah. dr. entr., sept.-oct. 2009, p. 20.

22. Les procédures de conciliation et de sauvegarde/règlement préventif sont particulièrement concernées par la présente thèse qui, comme cela a déjà été évoqué, s'intéresse aux droits français et OHADA. Toutefois, d'autres procédures sont occasionnellement évoquées, tels le redressement et la liquidation judiciaires dans les deux législations, le mandat *ad hoc* du droit français et la nouvelle procédure de médiation du droit OHADA. En outre, l'analyse faite des législations française et OHADA, à propos du procédé de passerelle entre la conciliation et la sauvegarde dans le cadre de cette étude, tient compte de certaines considérations d'ordre spatial et temporel. D'abord l'appréhension des raisons ayant favorisé l'adoption des procédures de sauvegarde accélérée en droit français, et qui pourraient être valables à l'égard du droit OHADA, ont nécessité de comparer le droit positif français avant la loi de sauvegarde de 2005 avec celui du droit OHADA. Analysée dans ce cadre temporel, la conciliation dans ces deux droits présente des faiblesses identiques, telles que la rigidité du régime de la cessation des paiements⁸³ et l'unanimité de l'accord ; le lecteur est invité à tenir compte de cette donnée essentielle à la compréhension générale de la présente thèse. Ensuite le droit américain de la faillite dont le législateur français s'est inspiré, le droit belge qui a procédé récemment à d'importantes réformes en matière du droit des affaires, le droit anglais qui partage une même philosophie préventive avec le droit français et le droit marocain qui peine à être réformé sont notamment évoqués. Le choix de s'intéresser à ces droits tient à la pertinence d'avoir une vision singulière de la problématique du plan pré-négocié à l'égard des droits français et OHADA, et de faire une évaluation de cette problématique à l'égard de droits qui ne sont pas objets du présent sujet de recherche.
23. L'étude qui est proposée dans le cadre de cette thèse ne pouvait ignorer le droit européen. C'est en ce sens que l'efficacité des passerelles de sauvegardes accélérées adoptées en droit français est évoquée à travers le prisme du droit européen de l'insolvabilité des entreprises. Il est fait état de la proposition de directive du 22 novembre 2016 de la commission européenne sur les procédures d'insolvabilité et de restructuration⁸⁴ ; cette directive vise la généralisation, pourrait-on dire, du système préventif français qui repose sur la conciliation et les nouvelles sauvegardes accélérées. Des aménagements sont prévus pour améliorer d'avantage la prévention.

⁸³ V. *infra*, n°59 et s.

⁸⁴ Proposition de directive (COM (2016) 723 final du 22 novembre 2016 sur les procédures préventives de restructuration, sur la seconde chance et sur les mesures accroissant l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et de décharge de dettes.

Étroitement lié au *prepack*-sauvegarde et, éventuellement, au *prepack*-règlement préventif s'agissant du droit OHADA, le *prepack*-cession⁸⁵ est abordé.

24. Ne sont pas prioritairement concernés par la présente recherche, les procédures de redressement et de liquidation judiciaires dans leur organisation et déroulement, le droit des sûretés et la procédure de rétablissement personnel prévus par les législations OHADA et française.
25. La technique de la passerelle entre le traitement préventif et le traitement curatif des difficultés des entreprises incarne la nouvelle orientation législative de la plupart des droits modernes⁸⁶. Il apparaît dès lors intéressant de s'interroger sur l'utilité pratique de ce nouveau dispositif de redressement des entreprises au regard du droit français. Tenant compte du contexte africain, et à la lumière de l'expérience française, le droit OHADA devrait-il l'adopter ? Ce sont autant de questionnements auxquels cette thèse tente d'apporter des éléments de réponse.
26. Afin de répondre aux questions soulevées, plusieurs méthodes ont été exploitées dont la comparaison. Il existerait en droit deux méthodes comparatives à savoir la méthode intégrative qui consiste à mettre en lumière les points de convergence, et la méthode différentialiste qui recherche les divergences pour démontrer que deux systèmes juridiques ne peuvent être unifiés⁸⁷. Une troisième catégorie peut être ajoutée. Celle de la méthode fonctionnelle qui réunit les deux premières citées. C'est cette dernière qui a été retenue. L'utilité pratique de la comparaison a été préférée à celle théorique car « *les lois doivent être étudiées à la lumière de leur finalité* ». ⁸⁸ Les aspects de convergence et de divergence, entre le droit OHADA et le droit français, concernant la problématique relative au mécanisme du plan pré-arrangé, ont été mis en relief.
27. La méthode analytique a été utilisée pour cerner les raisons d'ordre social, économique et politique qui sont susceptibles d'expliquer l'adoption de l'outil du plan pré-négocié en droit français, et qui pourraient ou non être valables en droit OHADA. Dans le prolongement de cette analyse, l'usage de la synthèse a été nécessaire pour affirmer non seulement la compatibilité et

⁸⁵ Dans le *prepack*-cession, la recherche d'un repreneur ainsi que l'élaboration du plan de cession sont amiablement menées dans le cadre d'une procédure contractuelle. La cession est ensuite mise en œuvre dans le cadre d'une procédure judiciaire : art. L.611-7, c. com.

⁸⁶ Notamment le droit américain de la faillite, le droit belge, le droit français.

⁸⁷ P. LEGRAND, *Droit comparé*, éd., PUF, 1999, p. 64.

⁸⁸ B. JALUZOT, « Méthodologie du droit comparé : bilan et perspective », *RIDC* 2005, n°1, p. 29.

l'utilité du procédé de passerelle à l'égard des droits français et OHADA des entreprises en difficulté, mais aussi pour proposer des pistes d'amélioration de ces derniers.

28. Enfin, l'interconnexion entre les sciences a nécessité l'utilisation de la méthode pluridisciplinaire. En ce sens, l'économie, le droit des contrats et des obligations, le droit du travail, le droit constitutionnel, ainsi que la sociologie ont souvent été mis à contribution. Par ailleurs, la recherche empirique, qui a permis de connaître les statistiques et opinions de certains théoriciens et praticiens relatives au procédé de passerelle, a été complétée par de nombreuses lectures en rapport avec le sujet de recherche. Le droit positif ainsi que la jurisprudence ont été largement exploités.
29. Avant d'être reconnu par le législateur français, le procédé de passerelle avait été évoqué par certains auteurs qui y avaient vu un moyen efficace de sauvegarde des entreprises⁸⁹. Au sein de la doctrine OHADA, le sujet ne semble pas évoqué. La raison pourrait tenir à un jugement subjectif : cette doctrine⁹⁰ semble apprécier que le législateur africain ne suive pas son homologue français. Or, pour un législateur, s'inspirer d'un pair n'est pas un défaut, ce qui peut l'être, c'est de ne pas adapter l'inspiration à sa réalité. Dans une économie mondialisée, aucune législation, en matière du droit des affaires, ne peut évoluer en vase clos. La présente étude vise à comprendre le redressement des entreprises par la méthode du plan pré-négocié et à évaluer son intérêt pratique au regard du contexte socio-économique en France et dans l'espace OHADA. Dans cette démarche, elle entend proposer une réflexion scientifique pour le cas particulier du droit OHADA ; car autant ce dernier ne devrait pas se priver de tirer bénéfice de certaines innovations dans la régulation, à l'échelle internationale, des matières qu'il régit, autant il ne doit pas tomber dans un suivisme aveugle ; d'où la nécessité d'un débat scientifique sur la nécessité de reconnaître ou non la technique de la passerelle.
30. Afin d'apporter des éléments de réponse aux questionnements évoqués, plusieurs plans de rédaction auraient mérité d'être adoptés. Il s'est avéré convenable d'établir, dans une première

⁸⁹ Th. MONTERAN, « Pour améliorer le droit des entreprises en difficulté, osons la réforme », *Gaz. Pal.* 23-24 janv. 2008, p. 3-5 ; H. CHRIQUI, « Prévention des difficultés d'entreprise ; peut-on aller plus loin ? », *Gaz. Pal.* 16-18 mai 2004, p. 2 ; F.-X. LUCAS, « Le plan de sauvegarde apprêté ou le prepackaged plan à la française », *cah. dr. entr.*, n°5, sept. oct 2009, p. 35 ; G. TEBOUL : « Les évolutions récentes provoquées par la crise sur les entreprises en difficulté », *LPA*, 3-4 sept. 2009, p. 4 à 6.

⁹⁰ C. NDONGO, *La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC révisé*, thèse de doctorat, éd., LGDJ, 2018, p. 82 - 85 : cet auteur semble apprécier par exemple que le législateur OHADA de 2015 (adoption du nouvel Acte uniforme des procédures collectives le 10 sept. 2015) n'ait pas suivi son homologue français de 2005 (loi n°2005-845 de sauvegarde des entreprises du 26 juill. 2005) sur l'assouplissement du régime de la cessation des paiements.

partie, un diagnostic des dispositifs préventifs en droit français avant la consécration législative du procédé de passerelle et en droit positif OHADA dans une approche comparative, et de procéder, dans une seconde partie, à une étude prospective de ce nouvel outil de redressement des entreprises à l'égard des deux droits.

31. Dans la première partie, qui s'intéresse à l'adoption et à la validité du procédé de passerelle dans les deux droits, deux volets sont essentiellement étudiés. Il s'agit de l'analyse, bien que des avantages soient réels, des faiblesses de la procédure de conciliation, qui tiennent à la rigidité du régime de la cessation des paiements et à l'unanimité de l'accord de conciliation, et des solutions, qui ont été adoptées ou qui auraient pu l'être par les législateurs français et OHADA. L'étude menée dans cette thèse démontre que ces faiblesses justifient l'adoption du procédé de passerelle dans le droit français, ce qui peut être valable au regard du droit OHADA ; l'application du procédé de passerelle dans les deux droits est également abordée. Dans la seconde partie, qui consacre une étude prospective de la technique de la passerelle, deux aspects sont principalement mis en avant. En premier lieu, le rôle du procédé de passerelle est analysé non seulement comme un outil de prévention des difficultés des entreprises, mais aussi comme un instrument de traitement curatif de ces difficultés ; l'étroite relation qui peut exister entre *prepack-cession* et *prepack-sauvegarde* est évoquée. En second lieu, à la lumière du diagnostic établi sur la prévention et le traitement des difficultés des entreprises dans les deux droits, des propositions d'amélioration argumentées sont faites. Il en est ainsi, notamment, pour le droit français, entre autres, de l'adoption des comités de créanciers dans la procédure de conciliation, de l'autonomisation de la procédure de mandat *ad hoc* pour l'organisation du *prepack-cession*. Pour le droit OHADA, le contexte socio-économique et politique a conduit à proposer l'assouplissement du régime de la cessation des paiements. Ce qui devrait nécessairement s'accompagner de la création de cellules spéciales d'information, de conseil et d'orientation dans les juridictions à compétence commerciale à l'attention des chefs d'entreprise. En outre, le nouvel Acte uniforme des procédures collectives est innovant, mais pour que l'objectif de redressement des entreprises qu'il vise puisse être atteint, l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires doit faire face au défi institutionnel qui se pose. En effet, cette thèse démontre, à l'appui de décisions jurisprudentielles, combien le manque de compétence de la plupart des personnels judiciaires, ainsi que l'absence de juridictions spécialisées en contentieux d'affaires constituent un obstacle à l'efficacité du droit OHADA. C'est pourquoi, elle suggère le renforcement de la formation des professionnels judiciaires, la création des juridictions dédiées au traitement des difficultés des entreprises. Elle propose enfin, au regard

de nombreux avantages, l'adoption d'une procédure passerelle entre la conciliation et le règlement préventif.

32. L'analyse de l'adoption et de la validité du procédé de passerelle dans les deux droits (Première partie), sera suivie d'une étude prospective (Deuxième partie).

PREMIERE PARTIE

L'ADOPTION ET LA VALIDITE DU PROCEDE DE PASSERELLE DANS LES DROITS FRANÇAIS ET OHADA

*« Avant d'aborder l'examen d'une question juridique il n'est pas inutile d'interroger le passé et de voir comment la solution actuellement appliquée procède de l'évolution historique dans laquelle elle a puisé ses sources ».*⁹¹

⁹¹G. CRANCHET, *La notion de cessation des paiements dans la faillite et le règlement judiciaire*, thèse de doctorat, bibl. dr. privé, t. XXXV, Paris, 1962, p. 8.

33. La prévention des difficultés des entreprises en droit français, avant la loi de sauvegarde de 2005⁹², présente plusieurs traits de ressemblance avec celle en vigueur en droit OHADA. Spécifiquement, l'organisation de la procédure de conciliation, dans les deux droits, présente des caractéristiques communes, notamment en ce qui concerne les aspects négatifs. A cet égard, il importe de préciser que les développements qui vont suivre se circonscrivent dans le temps, soit avant l'adoption du procédé de passerelle en droit français. Il s'agira notamment d'analyser, au travers des deux systèmes préventifs, la justification de l'adoption de la technique de la passerelle en droit français et, éventuellement, en droit OHADA.
34. L'appellation « droit des entreprises en difficulté » est récente et remplace celle plus classique de « procédures collectives de paiement », ou encore celle plus ancienne de « droit de la faillite ». « *Ces modifications de la terminologie, purement formelles en apparence, révèlent, en réalité, une évolution très profonde de la matière qui, d'une discipline orientée vers le désintéressement des créanciers d'un commerçant qui cesse ses paiements, devient un ensemble de règles destinées à prévenir et à traiter les défaillances d'entreprises* ». ⁹³ La prévention des difficultés des entreprises est au cœur des législations française et OHADA. Le concept de prévention est aussi important que complexe dans son appréhension générale. C'est pourquoi, selon un auteur, il faut le cerner sous l'angle de « *toutes formes de captation, de partage et d'analyse de l'information, jusque et y compris dans son expression finale et la plus achevée au moment de l'écoute du dirigeant par le président du tribunal* ». ⁹⁴
35. Ce droit des entreprises en difficulté est une des disciplines du droit des affaires qui reste marquée par de récurrentes réformes du fait de la nécessité d'adapter la matière à son environnement largement entendu et aux fluctuations économiques. Cette adaptation se matérialise par ces nombreux réformes et revirements respectivement sur le plan législatif et jurisprudentiel. Toute chose qui s'avère bien pour la matière selon un auteur pour qui, « *les scandales sont des sources de progrès pour les sciences juridiques* » ⁹⁵, ou encore, selon un autre auteur qui considère qu'« *il s'agit en quelques mots, de sauver les entreprises susceptibles de remonter leurs difficultés en leur accordant un répit et en leur offrant un cadre de*

⁹² V. *supra*, n° 16.

⁹³ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2016, p. 15.

⁹⁴ A.-M. ROMANI, *Les techniques de prévention des risques de défaillance des entreprises, procédures collectives et droit des affaires*, éd., Frison Roches, 2000, p. 173.

⁹⁵ Y. CHAPUT, *Quel Code de commerce pour demain ? Du Code de commerce à un Code de la sauvegarde des entreprises*, éd., Litec, 2007. p. 220.

*négociation avec leurs créanciers ; et de liquider sans traîner les autres pour ne pas laisser gonfler stérilement leur passif, et donner une chance aux entrepreneurs malchanceux de se relancer ».*⁹⁶

36. Si les législateurs français et OHADA suivent ces mouvements de près, force est de reconnaître cependant qu'ils mettent du temps à réagir, même s'il pourrait être argué que toute réforme nécessite une étude préalable et l'observation de certaines procédures. Or, dès que des difficultés d'ordre juridique, économique ou financier sont détectées au sein d'une entreprise, la gestion du temps pour leur résolution devient prioritaire. Plus elles perdurent, plus elles affectent la viabilité de l'entreprise concernée. C'est en cela que l'échec de la procédure de conciliation, faute d'accord unanime, contribue lentement à l'aggravation de la situation globale de l'entreprise. Pour les entreprises engagées dans une telle procédure, la seule véritable issue reste soit de redemander l'ouverture d'une conciliation dans les conditions des articles L.611-6⁹⁷ du code de commerce et 5-3, alinéa premier, de l'Acte uniforme des procédures collectives⁹⁸, soit de se mettre sous protection judiciaire en demandant l'ouverture d'une procédure de sauvegarde classique/règlement préventif. Cette dernière procédure étant judiciaire, ne permet pas non plus, dans la plupart des cas, de pérenniser l'entreprise, puisque les difficultés ne sont pas souvent anticipées en amont. En cas de cessation des paiements, elle aboutit soit à un redressement judiciaire dans le meilleur des cas, soit à une liquidation judiciaire⁹⁹.
37. L'échec de la procédure de conciliation, pour cause d'absence d'un accord unanime ou de la survenance de la cessation des paiements, ainsi que les écueils¹⁰⁰ d'une procédure judiciaire peuvent expliquer l'aggravation de la situation des entreprises qui sont en difficulté. C'est dire que ni la procédure de conciliation, ni celle de la sauvegarde/règlement préventif, prises séparément, ne se révèlent être des solutions pérennes au redressement des entreprises.
38. Si la prévention, dans les droits français et OHADA, présente des faiblesses communes, il n'en est pas de même des solutions adoptées (Titre 1). Face à l'inefficacité des procédures judiciaires

⁹⁶ A. LIENHARD, *Procédures collectives 2017-2018*, 7^e éd., Delmas, 2016, p. 5.

⁹⁷ « {...} A défaut, elles prennent fin de plein droit et une nouvelle conciliation ne peut être ouverte dans les trois mois qui suivent {...} ».

⁹⁸ « {...} A l'expiration de ces délais, la conciliation prend fin de plein droit et il ne peut être ouvert une nouvelle procédure de conciliation avant l'expiration d'un délai de trois mois (3) moi ».

⁹⁹ Art. L.626-7, al. 3, c. com. ; Art. 15, al. 2, AUPC.

¹⁰⁰ Dont la lourdeur, le coût élevé et l'effet négatif de la publicité.

pour redresser les entreprises, des souhaits¹⁰¹ avaient été émis en France pour l'expérimentation de la procédure américaine de *prepackaged plan* ou plan pré-arrangé. Cette méthode de traitement des difficultés des entreprises consiste, pour un chef d'entreprise, à négocier amiablement un plan de restructuration, et de le faire adopter judiciairement, présentant ainsi l'avantage de la célérité, mais aussi de la contrainte à l'encontre des créanciers non diligents. Ces souhaits, pouvant être formulés à l'égard du droit OHADA, conduisent à analyser l'application du procédé de passerelle en droit français et, éventuellement, en droit OHADA (Titre 2).

¹⁰¹ V. *supra*, n°47.

TITRE 1

LES RAISONS POUVANT EXPLIQUER L'ADOPTION DU PROCÉDE DE PASSERELLE DANS LES DROITS FRANÇAIS ET OHADA

39. La prévention des difficultés des entreprises dans les droits français et OHADA repose sur une organisation presque identique. Celle-ci se subdivise en deux niveaux dont l'un tient aux moyens préventifs internes, telle l'alerte¹⁰² du commissaire aux comptes par rapport à tout fait de nature à compromettre la production normale de l'entreprise, et l'autre aux moyens préventifs externes, telles les procédures de conciliation¹⁰³, de mandat *ad hoc*¹⁰⁴ et de médiation¹⁰⁵. Ces procédures préventives externes, bien qu'elles consacrent une négociation contractuelle de la restructuration des entreprises, comportent des faiblesses qui impactent leur efficacité. Il en est ainsi parce que la conciliation, qui est la principale procédure préventive en droit français et en droit OHADA, est biaisée, d'une part, par le principe d'unanimité¹⁰⁶ de l'accord et, d'autre part, par l'effet immédiat de la cessation des paiements¹⁰⁷, c'est-à-dire une conséquence effective dès le premier jour de la constatation de cet état.
40. Ces faiblesses présentent un risque, celui de l'échec de l'accord de conciliation (Chapitre 1). Afin de contourner ces obstacles, la pratique française, sur impulsion de la doctrine, a pu se trouver un moyen, celui du procédé de passerelle au travers des affaires Thomson¹⁰⁸ et Autodistribution¹⁰⁹, nonobstant l'absence d'un cadre juridique adapté. Il a pu en être ainsi, parce

¹⁰² Art. L.234-1, c. com. ; Art. 150 et s., AUDSC.

¹⁰³ Art. L.611-4, c. com. ; Art. 5-1, AUPC.

¹⁰⁴ Art. L.611-3, c. com.

¹⁰⁵ Art. 1-2, AUPC.

¹⁰⁶ Art. 2, al. 1, AUPC : « *La conciliation est une procédure préventive, consensuelle et confidentielle, {...}* » ; droit français : Cela résulte du caractère contractuel de la conciliation. Or, un contrat ne peut être conclu que sur la base d'un consensus, suivant le principe de la liberté contractuelle. C'est pourquoi l'alinéa 6 de l'art. L.611-7, c. com. en tire les conséquences en disposant qu'il est mis fin à la conciliation si les parties ne parviennent pas à un accord (consensuel).

¹⁰⁷ Art. 5-1, al. 1, AUPC : « *La conciliation est ouverte aux personnes visées par l'article 1-1 ci-dessus, {...} mais qui ne sont pas encore en état de cessation des paiements* » ; droit français : jusqu'à la loi n°2005-845, du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n°173 du 27 juill. 2005, p.12187, texte n°5, la conséquence de la cessation des paiements était immédiate, c'est-dire exclusive de l'ouverture d'une procédure amiable (l'ancien règlement préventif en l'occurrence). L'assouplissement du régime de la cessation des paiements, tel qu'il existe aujourd'hui, résulte de l'art. L.611-4 tel que modifié par le texte précité.

¹⁰⁸ Trib. com. Nanterre, 30 nov. 2009, *D.* 2009, 2929, note A. LIENHARD ; B. GRELON, « L'affaire Thomson : la loi à l'épreuve de la finance », *Rev. Sociétés*, juin 2010, p. 244 ; « L'arrêt technicolor : entre rigueur et impuissance », *Rev. Sociétés* 2011, p. 239 ; Versailles 13^e ch. 18 nov. 2010, n°10/01433, *Rev. proc. coll.* 2011, comm.41, note J.-J. FRAIMOUT ; Com. 21 févr. 2012, n°11-11.693, *Rev. proc. coll.* 2012, comm. 82, note J.-J. FRAIMOUT.

¹⁰⁹ R. ROUTIER, N. LAURENT, « Analyse de l'opération Autodistribution : premier prepack à la française », *cah. dr. entr.*, sept.-oct. 2009, p. 20.

que ce type de procédé de traitement des difficultés des entreprises est juridiquement admis aussi bien en droit français qu'en droit OHADA (Chapitre 2).

Chapitre 1. Le risque de l'échec de la procédure de conciliation

41. En droit français, sous l'empire de l'ancienne procédure de règlement amiable, à laquelle la procédure de conciliation a succédé en 2005¹¹⁰, l'accord était obtenu à l'aide de la règle de la majorité : l'approbation du projet d'accord par la majorité des créanciers permettait au tribunal de valider cet accord ; il faut dire que le règlement amiable était dirigiste, et donc moins contractuel¹¹¹. Lors de l'adoption de la procédure de conciliation, le législateur français a préféré la règle de l'unanimité à celle de la majorité, dans le but de respecter la liberté contractuelle et, partant, contractualiser entièrement la procédure de conciliation. Cela eut pour conséquence la réduction de la marge de manœuvre du chef d'entreprise et du conciliateur au point d'entretenir un risque d'échec des négociations.
42. En droit OHADA, le législateur de 1998 n'avait institué que le règlement préventif¹¹² comme procédure préventive. Comme le règlement amiable français, cette procédure de règlement préventif était exclusive de l'état de cessation des paiements. Elle a été dite préventive, mais elle était judiciaire en réalité car son ouverture était conditionnée à la préparation d'un concordat préventif¹¹³. Le législateur de 2015¹¹⁴, en introduisant la procédure conciliation dans l'Acte uniforme des procédures collectives, a adopté le même principe que son homologue français s'agissant du caractère unanime de l'accord de conciliation¹¹⁵. De ce fait, et comme en droit français, le même risque d'échec de la conciliation est présent. Ce risque tient principalement à deux faiblesses de la conciliation à savoir l'effet couperet de la cessation des paiements (Section 1) et l'unanimité qui doit caractériser l'accord (Section 2).

Section 1. L'immédiateté de l'effet de la cessation des paiements

43. « *Avant d'aborder l'examen d'une question juridique il n'est pas inutile d'interroger le passé et de voir comment la solution actuellement appliquée procède de l'évolution historique dans laquelle elle a puisé ses sources* ». ¹¹⁶ La cessation des paiements est une institution ancienne

¹¹⁰ Art. L.611-4, c. com. tel que modifié par la loi n°2005-845, du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n°173 du 27 juill. 2005, p. 12187, texte n°5.

¹¹¹ F. MACORIG-VENIER, « Du règlement amiable à la conciliation », *Rev. proc. coll.* 2005/4, p. 352.

¹¹² Art. 2, al.1, AUPC 1998.

¹¹³ Pour en savoir plus sur le règlement amiable, v. S. K. EVELAMENOU, *Le concordat préventif en droit OHADA, thèse de doctorat*, Université de Paris-Est Val-de-Marne, Université de Lomé, 2012. Il importe de préciser que le concordat préventif OHADA correspond au plan de sauvegarde en droit français.

¹¹⁴ Nouvel Acte uniforme des procédures collectives, adopté le 10 sept. 2015 en Côte d'Ivoire.

¹¹⁵ Art. 2, al. 1, AUPC : « *La conciliation est une procédure préventive, consensuelle et confidentielle, {...}* ».

¹¹⁶ V. *supra*, n°50.

en droit des entreprises en difficulté, où elle joue un rôle important en ce qu'elle a toujours été un évènement de référence pour la détermination du sort¹¹⁷ de l'entreprise et, par ricochet, de celui des créanciers. La survenance de la cessation des paiements dans la vie d'une entreprise crée la panique chez le chef d'entreprise - parce que cela suppose la mise éventuelle sous contrôle judiciaire de l'entreprise - et l'angoisse chez les créanciers - qui redoutent un paiement dérisoire. Ce climat anxiogène est le fait de l'immédiateté des conséquences à la fois factuelles et juridiques de cet état de cessation des paiements, suscitant ainsi de nombreux commentaires¹¹⁸.

44. En droit français, l'effet immédiat de la cessation des paiements a longtemps été une préoccupation. Jusqu'à la loi de régulation bancaire et financière de 2010¹¹⁹, une entreprise, dont la procédure de conciliation avait échoué, était obligée de recourir à une procédure judiciaire ordinaire, à défaut de s'engager à nouveau dans une procédure de conciliation ; alors même qu'elle pouvait arriver à un accord avec ses créanciers, si cet effet n'était pas immédiat, c'est-à-dire s'il était toléré de quelques jours comme il l'est depuis la loi de sauvegarde de 2005¹²⁰. En droit OHADA, le législateur de 1998¹²¹ a adopté le même principe d'immédiateté de l'effet de la cessation des paiements qu'en droit français. Celui de 2015¹²² n'y a rien changé. Il en ressort que l'immédiateté de l'effet de la cessation des paiements était une mesure législative partagée dans les droits français et OHADA (Paragraphe I), avant que le législateur français n'ait opéré une réforme en la matière (Paragraphe II).

¹¹⁷ E. OSSOUMA-EFFAME, *Le rôle de la cessation des paiements dans la prévention et le traitement des difficultés des entreprises*, thèse de doctorat, Université de Toulon, 2015, p. 1.

¹¹⁸ B. DIALLO, « La cessation des paiements en OHADA », *Juris info*, n° sp., déc. 2010, p. 12, réf. *Ohadata* D.10-64 ; C. NDONGO, *La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC révisé*, thèse de doctorat, LGDJ, 2018, p.76 -80 ; M.-L. COQUELET, *Entreprise en difficulté*, 5^e éd., Dalloz, 2015, n°103 et s. ; A. JACQUEMONT, R. VABRES, *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., LexisNexis, 2015, n°235 à 285 ; A. LIENHARD, *Procédures collectives 2017-2018*, 7^e éd., Delmas, 2016, n°112-30 -112-39 ; Ph. PETEL, *Procédures collectives*, 8^e éd., Dalloz, 2014, n°84 à 86 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., LGDJ, 2014, n°1068 -1070 ; F. PEROCHON, *Entreprise en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, n°406 à 412 ; J. VALLANSAN et Alii, *Difficulté des entreprises*, 6^e éd., LexisNexis, 2012, n°306 à 308 ; D. VOINOT, *Procédures collectives*, 2^e éd., LGDJ, 2013, n°188 à 189 ; G. CRANCHET, *La notion de cessation des paiements dans la faillite et le règlement judiciaire*, bibl. dr. privé, t. XXXV, Paris, 1962.

¹¹⁹ V. *supra*, n°17. En effet, cette loi a adopté la sauvegarde financière accélérée qui permet au chef d'entreprise de faire adopter l'accord tenu en échec dans le cadre de la conciliation par un vote majoritaire des créanciers ; cette procédure permettait ainsi la capitalisation des négociations menées dans la conciliation, contrairement à la sauvegarde classique.

¹²⁰ Art. L.611-4, c. com.

¹²¹ 1^{er} Acte uniforme des procédures collectives d'apurement du passif, adopté le 10 avr. 1998.

¹²² Nouvel Acte uniforme des procédures collectives d'apurement du passif, adopté le 10 sept. 2015.

Paragraphe I. Le régime rigide de la cessation des paiements

45. La rigidité du régime de la cessation des paiements dans les droits français et OHADA des entreprises en difficulté ne remonte pas aux mêmes dates. Ce qui est logique en ce qu'en droit OHADA, la matière est issue de l'Acte uniforme de 1998¹²³, alors qu'en droit français, elle résulte d'une succession de textes depuis le code de commerce de 1807¹²⁴.
46. Pour connaître l'histoire de l'évolution du régime de la cessation des paiements en droit français, il faut remonter au code de commerce de 1807. La crise financière qui suivit la révolution plomba les activités commerciales et provoqua des faillites scandaleuses qui montrèrent, d'un côté, l'insuffisance de la protection accordée aux créanciers par l'ordonnance de 1673¹²⁵ et, de l'autre, l'impérieuse nécessité de réformer le régime de la faillite. C'est dire que l'histoire de l'évolution de la cessation des paiements en droit français est intimement liée au droit de la faillite. Un commerçant qui cessait ses paiements était automatiquement déclaré failli. Les éléments de détermination de la cessation des paiements entraînèrent des commentaires et décisions divergents au sein de la doctrine et de la jurisprudence.
47. Dès 1801, un projet de code de commerce fut établi ; il donnait dans ses articles 345 et 353 les conditions d'ouverture de la faillite. Selon l'article 345, « *tout commerçant qui cesse ou suspend ses paiements est en état de faillite. Dans les trois jours qui suivent la cessation ou la suspension des paiements, il est tenu d'en faire la déclaration au greffe du tribunal de commerce* » ; selon l'article 353, « *l'ouverture de la faillite est fixée par la date de la déclaration de cessation ou de suspension des paiements. A défaut de déclaration, l'ouverture de la faillite est fixée par la date du premier protêt faute de paiement et à défaut de protêt par la date du premier acte qui constate le refus de payer* ». L'état de faillite était ainsi déterminé par la date de la cessation ou la suspension des paiements. Quant au point de départ, il était fixé à la date de déclaration de cet état de cessation des paiements par le failli ou, à défaut, à celle du non-règlement du premier protêt ou du premier acte constatant le refus de payer. Partant de ces considérations, la déclaration de la cessation des paiements était l'événement de référence pour la fixation de la date de cessation des paiements dans ce projet.

¹²³ 1^{er} Acte uniforme des procédures collectives d'apurement du passif, adopté le 10 avr. 1998.

¹²⁴ Pour l'histoire de l'évolution des législations dans les deux droits, v. *supra*, n°10 et s.

¹²⁵ Cette ordonnance dite aussi code *savary* était en réalité un Edit du roi servant de réglementation pour le commerce des négociants et des commerçants.

48. En 1807, conscient que la détermination des circonstances et la date de la cessation des paiements est loin de faire l'unanimité, le législateur prit en compte toutes les critiques et suggestions émises avant de donner corps au nouveau code de commerce. Ce dernier, après avoir indiqué en son article 437 que tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite, précisait en ses articles 441 et 454, les conditions d'ouverture de la faillite : « *l'ouverture de la faillite est déclarée par le tribunal, son époque est fixée soit par la clôture des magasins, soit par la date de tous les actes constatant le refus d'acquitter ou de payer des engagements de commerce. Tous les actes ci-dessus mentionnés ne constateront néanmoins l'ouverture de la faillite que lorsqu'il y aura cessation des paiements ou déclaration du failli*¹²⁶ » ; « *par le même jugement qui ordonnera l'apposition des scellés, le tribunal de commerce déclarera l'époque de l'ouverture de la faillite* ». ¹²⁷ A partir de ce code de commerce, la détermination de la date de cessation des paiements fut attribuée aux juges.
49. En 1838, de vives critiques furent émises à l'encontre du code de 1807 à cause de l'énumération des faits susceptibles d'entraîner la faillite par son article 441. Cette énumération provoqua des controverses jurisprudentielles et doctrinales¹²⁸. Il fut constaté¹²⁹ que les juges interprétaient trop largement cet article au point de prendre, pour date de la faillite, tout acte même isolé qui constatait un refus de paiement, dans le dessein de faire remonter la faillite à des dates très éloignées. Afin de mettre fin à cet abus d'interprétation jurisprudentielle, le projet de texte de 1838 supprima l'énumération des faits et fixa, dans son article 443, l'ouverture de la faillite à la date de la cessation notoire des paiements. L'exigence de la notoriété de la cessation des paiements provoqua de vives polémiques au cours de la discussion sur le projet à la chambre des députés. Finalement, le terme notoriété fut retiré du texte définitif qui déclarait que « *tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite* ». Seule une condition était alors exigée, celle de la cessation des paiements. Cette dernière n'était définie nulle part dans le code. Il peut être affirmé que la rigidité qui a caractérisé la cessation des paiements dans l'ancien droit français, et même jusqu'à l'ordonnance du 18 décembre 2008¹³⁰, a contribué à la

¹²⁶ Art. 441, c. com. 1807.

¹²⁷ Art. 454, c. com. 1807.

¹²⁸ G. CRANCHET, *La notion de cessation des paiements dans la faillite et le règlement judiciaire*, thèse de doctorat, bibl. de dr. privé, t. XXXV, Paris, 1962, p. 6.

¹²⁹ V. VINCENT, *Exposition raisonnée de la législation commerciale et examen critique du code de commerce*, t. I, Paris, 1821, p. 410 ; A. C. RENOARD, *Traité des faillites et banqueroutes*, t. I, 3^e éd., Rev. et augm., 1857, p. 122 à 129 ; J. G. LOCRE, *Législation civile et commerciale de la France*, t. XIX, 1830, p. 71-215.

¹³⁰ Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *JORF* n°0295 du 19 déc. 2008, p. 19462, texte n°29 : cette ordonnance a défini la cessation des paiements en ajoutant à

disparition de plusieurs entreprises viables qui avaient pourtant une chance réelle de se redresser.

50. Constituant la frontière entre une situation saine et une situation difficile d'un débiteur, les législateurs français et OHADA donnent une même définition de la cessation des paiements (I). En consacrant la même définition, les deux systèmes juridiques partagent les mêmes inconvénients de la rigidité du régime de la cessation des paiements (II).

I. La cessation des paiements : définition et unicité de la date

51. La notion de la cessation des paiements est l'une des thématiques les plus intéressantes en droit des entreprises en difficulté dont la définition a connu des rebondissements. En droit français, la définition est venue d'abord de la jurisprudence avant que la loi ne la consacre, tandis qu'en droit OHADA, le législateur s'est plutôt directement inspiré de son homologue français. En 2014, la Cour de cassation française a consacré l'unicité de la date de la cessation des paiements après de longues hésitations, ce qui n'est pas encore le cas en droit OHADA. Il en résulte que les deux législations présentent, dans un sens, une convergence à propos de la définition de la notion de la cessation des paiements (A) et, dans l'autre, une divergence s'agissant de l'unicité de la date de la cessation des paiements (B).

A. Une convergence des législations sur la définition de la cessation des paiements

52. La cessation des paiements constitue une notion centrale dans le traitement des difficultés des entreprises en France et dans l'espace OHADA. Elle est source de nombreux contentieux et reste largement commentée par la doctrine¹³¹. Dans le droit de la faillite, le législateur français

la définition de la loi du 25 janvier 1985 : « {...} l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible » ; que « {...} le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements {...} ». Tel n'était pas le cas jusqu'à cette date.

¹³¹ Th. MONTERAN, « L'état de cessation des paiements, clé de voûte des procédures collectives », *Rev. proc. coll.* 2001, p. 1 ; G. TEBOUL, « A propos de la cessation des paiements », *RJ com.* 1998, p. 169 ; J. P. MARTY, « De la cessation des paiements aux difficultés prévisible », *Lamy dr. aff.*, mars 2005, p. 21 ; G. BERTHELLO, « La cessation des paiements : une notion déterminante et perfectible », *JCP E* 2008, 2232 ; J. VALLANSAN, « Que reste-t-il de la cessation des paiements », *Rev. proc. coll.* mai/juin 2012, dossier n°12, art. 13 ; B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, 2^e éd., Litec, 1995, n°401 et s ; J.M. CALENDINI, « Cessation des paiements et rupture définitive du crédit pour l'entreprise », *LPA*, 16 nov. 1998, p. 8 ; J. CALVO, « La notion de cessation des paiements dans les procédures collectives », *LPA*, 7 sept. 1999, p. 4 ; F. DOULOUX, « La notion de cessation des paiements dans la loi française du 25 janvier 1985 », *RT Versailles*, avr. et Sept. 1987, n°5 et 6, p. 73.

ne voulut pas lui donner une définition provoquant de ce fait des interprétations des plus vives. Il fut considéré qu'il ne voulut pas « *enfermer la cessation des paiements dans une définition étroite* »¹³², ou encore « *qu'il est des expressions, claires par elles-mêmes, que les définitions ne font qu'obscurcir : celle de cessation des paiements est de ce nombre et guidera les tribunaux. La pratique de l'ancien article 441 démontre suffisamment qu'en pareil cas des développements superflus n'engendrent que la confusion* ». ¹³³ Le législateur français donnait alors une souveraineté d'appréciation aux juges du fond pour déterminer l'état de cessation des paiements. Espérée à la faveur de l'organisation du régime de la liquidation judiciaire, objet de la loi du 4 mars 1889¹³⁴, la définition de la cessation des paiements ne vint pas, et cette loi ne modifia finalement en rien cette notion.

53. Pourtant, la cessation des paiements est une notion légale en ce sens qu'elle est consacrée par la loi qui en fit une condition de la mise en faillite par les tribunaux. Faute de définition légale, la Cour de cassation française fut amenée à affirmer son droit de contrôle sur l'appréciation des éléments déterminant l'état de cessation des paiements par les juges du fond ; nonobstant l'établissement de certaines conditions, des divergences jurisprudentielles subsistent. C'est ainsi que certaines décisions donnaient à la cessation des paiements un sens entièrement matériel, et ne prononçaient pas la faillite tant que le débiteur continuait à payer, fut-ce en usant de moyens illicites ou frauduleux¹³⁵. D'autres, au contraire, prononçaient la faillite lorsque le débiteur payait d'une manière illicite ou licite mais ruineuse¹³⁶.
54. En choisissant de ne pas définir la cessation des paiements, le législateur français ne voulut certainement pas lier les juges par des formules rigides, pour ne pas leur imposer une conception restreinte de la faillite. En matière de cessation des paiements, en droit français, la jurisprudence joua un rôle déterminant, sous le contrôle de la Cour de cassation, qui finit par fournir une première définition en 1949 : « *est en état de cessation des paiements le débiteur dont la situation financière est désespérée et qui se trouve dans l'impossibilité de payer ses dettes commerciales, certaines, liquides et exigibles ou qui ne peut le faire sans recourir à des moyens*

¹³² G. CRANCHET, *La notion de cessation des paiements dans la faillite et le règlement judiciaire*, thèse de doctorat, bibl. dr. privé, t. XXXV, Paris, 1962, p. 34.

¹³³ A. C. RENOARD, *Traité des faillites et banqueroutes*, 3^e éd., Rev. et augm., t. I, 1857, p. 122 à 129 ; J. G. LOCRE, *Législation civile et commerciale de la France*, t. XIX, 1830, p. 235.

¹³⁴ Loi du 4 mars 1889 portant modification de la législation des faillites, *JORF* du 20 févr. 1889, p.48.

¹³⁵ Cass. req. 26 nov. 1902, *DP* 1903.1.86 ; civ. 17 déc. 1902, *DP* 1903.1.24 ; Cass. req. 12 janvier 1903, *DP* 1903.1.124 ; civ. 14 mai, 1930, *DP* 1933.1.121, note A. BESSON.

¹³⁶ Cass. req. 12 juillet 1881. *DP* 1882.1, p. 264.

frauduleux ou ruineux ». ¹³⁷ Le critère principal retenu par cette définition, à la fois matérielle et économique, fut « la situation financière désespérée », c'est-à-dire sans aucune issue comme le précisera plus tard un arrêt ¹³⁸ en 1960. Par la suite, il a fallu attendre plusieurs années pour qu'enfin l'on ait une définition légale de la cessation des paiements. C'était au travers de l'article 3 de la loi du 25 janvier 1985 ¹³⁹ : « {...} *l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible* ».

55. Cette définition plus juridique qu'économique est une reprise des termes d'un arrêt de la Cour de cassation rendu en 1978 ¹⁴⁰. Elle sera modifiée par l'ordonnance du 18 décembre 2008 ¹⁴¹. Aux termes de l'article L.631-1 du code de commerce, il est désormais précisé que « {...} *le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible n'est pas en cessation des paiements* {...} ». De ces définitions, il peut être retenu que le législateur français a posé une définition stricto sensu : la cessation des paiements est l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible, et une délimitation de celle-ci : le débiteur qui établit que les réserves de crédit ou les moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettent de faire face au passif exigible avec son actif disponible ne peut être considéré comme étant en cessation des paiements. C'est dire que le droit français des entreprises en difficulté vise désormais à redresser l'entreprise, mais non uniquement à apurer le passif du débiteur ¹⁴². Plusieurs observations peuvent être faites à cet égard.
56. D'une part, la notion de passif exigible regroupe les dettes dont le montant et l'existence ne sont pas contestés ¹⁴³, et pour lesquelles le débiteur n'a pas expressément obtenu de délais supplémentaires de paiement : « *l'existence d'un moratoire fait disparaître ce caractère*

¹³⁷ Civ. sect. com. 31 janv. 1949.

¹³⁸ Com., 9 février 1960, *RTD com.*, 1960, p. 884, obs. R. HOUIN ; *rev. synd. et adm. jud.* 1960, p. 101 ; *Bull. civ.* IV, 1960, n°57 ; J. ARGENSON et G. TOUJAS, *Règlement judiciaire, liquidation des biens et faillite, traité et formulaire*, t. I, 4^e éd., Litec, 1973, n°14.

¹³⁹L. n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises en difficulté, *JORF* du 26 janv. 1985, p. 1097.

¹⁴⁰ Com. 14 févr. 1978, *Bull., civ.* IV, 1978, n° 67 ; *RTD com.* 1980, p. 599.

¹⁴¹ Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *JORF* n°0295 du 19 déc. 2008, p. 19462, texte n°29.

¹⁴² F. DERRIDA, « La notion de cessation des paiements », in *Mélanges J. P. SORTAIS*, Université de Lausanne-Bruylant, 2003, p. 73.

¹⁴³ Com. 5 févr. 2013, n°11-28194, *Bull. Joly*, mai 2013, n°68, p. 136, obs. R. BONHOMME.

d'exigibilité ». ¹⁴⁴ Avant cette ordonnance du 18 décembre 2008¹⁴⁵, un moratoire obtenu par le débiteur alors que l'état de cessation des paiements était déjà établi, ne faisait pas obstacle à l'ouverture d'une procédure collective¹⁴⁶. De même, un moratoire obtenu après que le juge a déjà déterminé la date de la cessation des paiements, ne pouvait donner lieu à un report de cette date¹⁴⁷. Dans le même sens, un passif exigible payé par un tiers ne fait pas obstacle à la caractérisation de l'état de cessation des paiements¹⁴⁸ selon la Cour de cassation qui a considéré que cela ne constituait pas une réserve de crédit ; car une éventuelle demande de remboursement du payeur (le tiers) pourrait donner lieu à une subrogation dans les droits du bénéficiaire (le débiteur), ce qui provoquerait à nouveau la cessation des paiements. Il s'agit d'un passif échu qui donne lieu à un paiement immédiat¹⁴⁹. Ce passif est à différencier de la notion comptable de passif à court terme. Pour établir le passif échu, il est nécessaire de réétudier le passif à court terme, afin de ressortir les dettes échues et non réglées. Par ailleurs, la Cour de cassation a eu à indiquer que le passif exigible n'est pas effectif du fait de la présence d'une avance en compte courant bloquée, ou dont le règlement n'est pas exigé¹⁵⁰. Elle précisera plus tard que cette avance en compte courant doit être suffisante pour payer le passif exigible, « *dès lors que l'engagement pris par le gérant de régler par rapport en compte courant la somme de X euros ne permet pas d'apurer le passif exigible au regard du passif déclaré à titre définitif ; en l'absence de tout autre élément quant à la consistance de son actif disponible fourni par la société, celle-ci n'alléguant pas son augmentation après le 31 décembre 2011, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* ». ¹⁵¹ Parallèlement, la cessation des paiements n'est pas caractérisée par des dettes à l'égard des associés et des apporteurs en compte courant¹⁵². Ce qui signifie qu'un acquéreur de parts sociales ne peut demander la nullité pour dol en arguant que les parts étaient acquises alors que la société était déjà en état de cessation des paiements¹⁵³. Pour établir le passif exigible d'un débiteur, il faudrait également que la dette soit liquide et

¹⁴⁴ B. GRELON, « prévention et cessation des paiements », in *Melanges, D. Tricot*, Dalloz-Litec, 2011, p. 422.

¹⁴⁵ Ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *JORF* n°0295 du 19 déc. 2008, p. 19462, texte n°29.

¹⁴⁶ Paris, 3e ch. B, 20 nov. 1998, *Act. proc.* 1999/5, n° 63.

¹⁴⁷ Besançon, 31 janv. 1996, *Rev. proc. coll.* 1997, p. 176, n°14.

¹⁴⁸ Com. 27 oct. 1998, n°96-21.793, *Act. proc. coll.* 1998/12, n°157.

¹⁴⁹ V. discours de R. BADINTER, *JOAN CR*, 16 oct. 1984, p. 4691.

¹⁵⁰ Com. 12 mai 2009, n° 08-13. 741, *Gaz. proc. coll.* 2009/3, p. 12 ; *Rev. proc. coll.* 2009/5, p. 40, § 104, note B. SAINTOURENS.

¹⁵¹ Com. 14 oct. 2014, n° 13-22.293, NP.

¹⁵² Com. 23 avr. 2013, n°12-18-453, *Bull. civ. IV*, n°69 ; *D.* 2013, Actu. 1130, obs. A. LIENHARD.

¹⁵³ Com. 10 janv. 2012, n°11.10-018, *Bull. Joly* 2012, 295, note F. X. LUCAS.

certaine au regard du droit civil. C'est pourquoi, une procédure de redressement fondée sur des dettes fiscales en cours ne saurait permettre d'établir un passif exigible¹⁵⁴. Il en est de même pour une dette dont le sort est subordonné à une instance pendante devant un tribunal¹⁵⁵, ou qui est concernée par une injonction de payer frappée d'opposition. Par conséquent, si le débiteur conteste le montant ou l'existence d'une dette, celle-ci ne devra pas compter dans l'analyse de sa situation globale¹⁵⁶. Toutefois, il faut nuancer cette affirmation car il peut arriver que la contestation du débiteur soit peu fondée, ou constitue un acte dilatoire. En ce cas, la créance sera tout de même admise au passif exigible¹⁵⁷. En tout état de cause, il revient à la cour d'appel, appelée à trancher, de distinguer entre le passif exigible au moment précis du jugement d'ouverture et le passif rendu exigible par suite du prononcé de la procédure collective (liquidation judiciaire)¹⁵⁸.

57. D'autre part, l'actif disponible comprend les éléments inscrits au bilan de l'entreprise et qui ont une existence certaine et liquide¹⁵⁹, utilisables très rapidement pour payer le passif exigible. La détermination de l'actif disponible est pourtant loin d'être facile qu'on ne le croit¹⁶⁰. Un bien immobilier non vendu par exemple ne peut être compté dans l'actif disponible car n'étant pas liquide et utilisable tout de suite¹⁶¹. Un bien mobilier n'est pas non plus considéré comme pouvant faire partie de l'actif disponible¹⁶². Le cheptel et le matériel d'exploitation agricole¹⁶³, les contrats de vente et des marchés¹⁶⁴ signés, ainsi que les récoltes en cours ne peuvent être constitutifs de l'actif disponible. Aussi, une créance dont le sort définitif est subordonné à une instance pendante devant les juges du fond, ne peut être considérée comme certaine¹⁶⁵. En revanche, les liquidités présentes dans les caisses et banques sont, par nature, constitutives de l'actif disponible, de même que les effets de commerces et les titres de placement négociables

¹⁵⁴ Com. 12 nov. 1997, n°94-15.829, *Bull. civ. IV*, n°292, *Rev. proc. coll.* 2000, p. 46, n°7, obs. J. M. DELENEUVILLE.

¹⁵⁵ Com. 9 févr. 2010, n°09-10.880, *Rev. proc. coll.* 2010/4, § 153, p.46, note B. SAINTOURENS.

¹⁵⁶ Com. 22 févr. 1994, n° 92-11.634, *Bull. civ. IV*, n°75, 1994, p. 58.

¹⁵⁷ Com. 3 mai 2011, n°10-15.170, NP.

¹⁵⁸ Com. 26 mai 1994, n°96-22.635, *Bull. civ. IV*, n°110 ; *LPA*, 5 août 1999, n° 155, p. 5, note P. M. LE CORRE.

¹⁵⁹ Com. ch. civ. et com. 29 nov. 2016, n°15-194.74, *Bull. Joly Sociétés*, n°05, p.341, comm. F. MELIN.

¹⁶⁰ S. ZINTY, « Retour sur la notion d'actif disponible », *Rev. proc. coll.*, 1^{er} juill. 2012, n°4, étude 27.

¹⁶¹ Com. 27 févr. 2007, n°06-10.170, *D.* 2007, p. 872.

¹⁶² Com. 20 févr. 2002, n°99-13.802, *RJDA* 2002, n°516.

¹⁶³ Com. 8 juill. 2003, n°02-11.485, NP.

¹⁶⁴ Com. 18 mars 2008, n°06-20.510, *Bull. civ. IV*, 2008, n°64.

¹⁶⁵ Com. 28 nov. 2008, n°07-20972, NP.

à vue¹⁶⁶. Toutefois, il revient au juge de chercher à savoir si les liquidités présentées par le débiteur sont disponibles et peuvent couvrir le passif exigible¹⁶⁷. Les sommes consignées peuvent également faire partie de l'actif disponible¹⁶⁸. Il en découle que le débiteur qui n'a ni de liquidité, ni de réserve de trésorerie ne peut prétendre avoir un actif disponible¹⁶⁹, sauf s'il est titulaire d'un chèque de banque. Dans ce cas, la provision lui appartient durant toute la période de prescription¹⁷⁰, et peut lui éviter la cessation des paiements si la somme (la provision) est supérieure au passif exigible¹⁷¹.

58. Enfin, les réserves de crédit s'analysent comme toutes les avances de trésorerie qui ne sont pas bloquées ou dont le remboursement n'est pas demandé. Ces réserves de crédits s'imputent à l'actif disponible du débiteur. Elles y occupent une place importante¹⁷² bien avant la réforme effectuée par la loi de 1967¹⁷³. En effet, la jurisprudence indiquait déjà que le débiteur, qui démontre avoir des crédits supplémentaires pouvant payer ses dettes exigibles, n'était pas en cessation des paiements, à condition toutefois que ces crédits supplémentaires ne soient ni ruineux, ni disproportionnés¹⁷⁴. La loi de 1967 précédemment citée a maintenu la même solution, même après que la Cour de cassation a abandonné l'exigence d'une situation « irrémédiablement compromise », en adoptant celle de « l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible », pour définir la cessation des paiements¹⁷⁵. La Cour de cassation française continuera à appliquer la solution sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985¹⁷⁶, mais avec une certaine restriction dans l'interprétation de la réserve de crédit ; celle que la réserve de crédit ne s'entendait pas d'un crédit offert par un tiers. Cette interprétation restrictive et incertaine fut inspirée par la doctrine qui a considéré que l'existence d'une réserve de crédit devrait permettre d'échapper à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire,

¹⁶⁶ Trib. com. Lille, 4 mars 1985, *RJ. com.* 1985, p. 191.

¹⁶⁷ Com. 24 mars 2004, n°01-10.927, *Bull. civ. IV*, n°60.

¹⁶⁸ Aix-en-Provence, 19 nov. 1998, *Rev. proc.* 2000, n°49, obs. J. M. DELENEUVILLE.

¹⁶⁹ Com. 24 mai 2005, n° K 03-17.984, n° M 04-11.480, n° B. 04-11.586, *D.* n°774 ; NP.

¹⁷⁰ Art. L.131-59, al. 2. c. mon. fin.

¹⁷¹ Com. 18 déc. 2016, n°06-16.350, *Bull. civ. IV*, n°267 ; *JCP E* 2008, 1358,, note B. GIMONPREZ.

¹⁷² V. M. BOURGINAUD, « La notion de cessation des paiements, notion fonctionnelle », *RTD com.* 2002, p. 245.

¹⁷³ L. n°67-563 du 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes, *JORF* du 14 juill. 1967, p. 7059.

¹⁷⁴ Civ. 17 déc. 1992, *DP* 1903,1, p. 24.

¹⁷⁵ Com. 13 juill.1989, *Bull. civ. IV*, 1989, n°187.

¹⁷⁶ L. n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises en difficulté, *JORF* du 26 janv. 1985, p. 1097.

en tenant compte de la définition de l'ancien article L621-1¹⁷⁷ du code de commerce, lorsqu'elle pouvait permettre de faire face au passif exigible¹⁷⁸. La même ligne d'interprétation a été maintenue après la loi du 26 juillet 2005¹⁷⁹ qui a repris la définition antérieure de la cessation des paiements. La Cour de cassation a tracé les types de réserve de crédit susceptibles de constituer un actif disponible¹⁸⁰. La preuve de l'existence de la réserve de crédit incombe au débiteur¹⁸¹, elle s'apprécie à la date où la date du jugement¹⁸² ; les juges du fond sont souverains pour apprécier l'actif disponible¹⁸³. Dans la plupart des cas, seul un accord signé invoqué par le débiteur et faisant état d'une réserve de crédit, est recevable.

59. En droit OHADA, le législateur de 1998 définissait la cessation des paiements comme l'impossibilité pour un débiteur de faire face à son passif exigible avec son actif disponible¹⁸⁴. Elle opérait par-là une reprise de la définition de l'article 3 de la loi française de 1985¹⁸⁵, elle-même inspirée de l'arrêt du 14 février 1978¹⁸⁶. Le législateur de 2015 a maintenu la définition retenue en 1998, mais il a rajouté l'exception des « *situations où les réserves de crédit ou les délais de paiement dont le débiteur bénéficie de la part de ces créanciers lui permettent de faire face à son passif exigible* ». Encore une fois, ce rajout a été inspiré de l'apport de l'article L.631-1 de l'ordonnance du 18 décembre 2008, précédemment citée, à la définition de la cessation des paiements en droit français. Telle qu'elle se présente, la notion de cessation des paiements en droit OHADA est une copie de celle existant en droit français. De ce fait, l'analyse législative et jurisprudentielle, précédemment faite sur la définition de la cessation des paiements en droit français, reste valable à l'égard du droit OHADA, de sorte qu'il ne sera pas procédé à d'autres

¹⁷⁷ « *La procédure de redressement judiciaire est ouverte à toute entreprise, mentionnée à l'article L.620-2, qui est dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible* ».

¹⁷⁸ D. VIDAL, « Cessation des paiements et réserve de crédit », *Rev. huissiers*, 1991, p. 705.

¹⁷⁹ L. n°2005-845, du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n°173 du 27 juill. 2005, p. 12187, texte n°5.

¹⁸⁰ Com. 17 juin 1997, *Bull. civ. IV*, n°193.

¹⁸¹ Com. 13 nov. 2001, n°98-22.144, n°1840, *D. com.*, 10 mai 2005, n°04-11.453, n°699 D.

¹⁸² Com. 14 mars 1989, n°87-17.051, NP.

¹⁸³ Com. 4 oct. 2005, n°1266 D.

¹⁸⁴ Art. 25, al. 1, AUPC 1998.

¹⁸⁵ L. n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises en difficulté, *JORF* du 26 janv. 1985, p. 1097.

¹⁸⁶ Com. 14 févr. 1978, n°76-13.718, *Bull. civ. IV*, 1978, n° 67 ; *RTD com.* 1980, p. 599

développements. Il importe de préciser tout de même que la cessation des paiements fait l'objet de beaucoup de contentieux¹⁸⁷ en droit OHADA.

60. Après toutes les clarifications législatives et jurisprudentielles en droit français, la notion de cessation des paiements ne devrait plus être source de polémique ; mais d'autres questions allaient se poser, dont notamment celle de l'unicité de sa date de survenance. Pour l'heure cette question ne se pose pas en droit OHADA.

B. Une divergence des législations sur l'unicité de la date de cessation des paiements

61. Jusqu'en 2014, le droit français des entreprises en difficulté admettait l'indépendance des dates de la cessation des paiements. En d'autres termes, la date retenue au jugement d'ouverture pouvait être différente de celle retenue par les juges dans le cadre de la procédure des sanctions¹⁸⁸. L'unicité de la date de cessation des paiements a été confirmée par la chambre commerciale de la Cour de cassation en 2014¹⁸⁹. En l'espèce, le 4 février 2008, une procédure de redressement judiciaire a été ouverte en faveur d'une société civile immobilière. La procédure a ensuite été convertie en liquidation judiciaire le 9 avril 2008. Le liquidateur judiciaire assigne alors le gérant afin que soit retenue sa responsabilité au titre de l'insuffisance d'actif et que soit prononcée la sanction d'interdiction de gérer à son encontre. La demande était fondée sur le défaut de déclaration de l'état de cessation des paiements dans le délai légal de quarante-cinq jours, cette faute de gestion étant sanctionnée sur le fondement de l'article L.651-2 du code de commerce. La cour d'appel d'Aix-en-Provence a fait suite¹⁹⁰ à la demande et condamné le dirigeant à supporter notamment une partie de l'insuffisance d'actif. Le dirigeant poursuivi se pourvoit alors en cassation.

¹⁸⁷ TGI, Wagadougou, 25 avr. 2001, n°423, réf. *Ohadata* J-03-94 : définition de la cessation des paiements ; Wagadougou, 24 mai 2001, n°90 Bis, réf. *Ohadata* J-00-58 ; CCJA, Ass. plén. 27 avr. 2015, n°050/2015, pourvoi du 2 déc. 2011, n°119/2011/PC : condition d'absence de cessation des paiements pour être admis en règlement préventif ; Littoral, 16 mars 2002, n°040/C, réf. *Ohadata* J-14-14 : définition de la cessation des paiements ; Lomé, 20 avr. 2009, n°066/09, réf. *Ohadata* J-10-156 : refus de concordat préventif pour cause de cessation des paiements ; TGI, Wagadougou, 18 févr. 2004, n°45, réf. *Ohadata* J-04-374 : immobilisations et cessation des paiements. La liste n'est pas exhaustive.

¹⁸⁸ Dans le cadre des actions en responsabilité contre le gérant.

¹⁸⁹ Com., 4 nov. 2014, n°13-23.070, P+B+R+1, *legavox*, 20 déc. 2015, note N. BENABDELAZIZ

¹⁹⁰ Aix-en-Provence, 8^e ch., sect. A, 10 janv. 2013, RG n°12/04261 ; *JCP E*, n°48, 27 nov. 2014, note Ph. ROUSSEL GALLE.

62. La Cour de cassation a cassé l'arrêt et estimé que « *l'omission de déclaration de cessation des paiements dans le délai légal, susceptible de constituer une faute de gestion, s'apprécie au regard de la seule date de cessation des paiements fixée dans le jugement d'ouverture ou dans un jugement de report* ».
63. Or, jusqu'à la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005¹⁹¹, pour apprécier la date à partir de laquelle la déclaration de cessation des paiements aurait dû être déposée par le dirigeant poursuivi, les juges français n'étaient pas liés par la date fixée par un tribunal lors de l'ouverture de la procédure collective¹⁹² ou à l'occasion d'un jugement de report. Le demandeur pouvait démontrer la cessation des paiements sans même être lié par l'interdiction de report de la date de cessation des paiements à plus de dix-huit mois avant celle du jugement d'ouverture¹⁹³. A la lumière des pièces et éléments fournis dans le cadre de la procédure de sanction, le tribunal pouvait en conséquence fixer une date différente, et le défendeur à l'action contester une date fixée par un jugement antérieur. Il convient de rappeler qu'à l'occasion de la loi de sauvegarde citée plus haut, le principe d'indépendance des dates de la cessation des paiements avait été mis à mal par le pouvoir réglementaire s'agissant des sanctions personnelles, puisque selon l'article R.653-1 du code de commerce, « *pour l'application de l'article L.653-8¹⁹⁴, la date retenue pour la cessation des paiements ne peut être différente de celle retenue en application de l'article L.631-8* ». ¹⁹⁵
64. Désormais, le principe d'indépendance des dates de la cessation des paiements est définitivement abandonné à travers cet arrêt de la Cour de cassation qui constitue un véritable revirement de jurisprudence. Par cet arrêt, la Cour de cassation a unifié les modalités

¹⁹¹ L. n°2005-845, du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n°173 du 27 juill. 2005, p. 12187, texte n°5.

¹⁹¹ Com. 17 juin 1997, *Bull. civ. IV*, n°193.

¹⁹² Com. 11 juin 1996, n°94-18.844 : « Action en responsabilité pour insuffisance d'actif : modalités de détermination de la date de cessation des paiements », en ligne www.kpratique.fr.

¹⁹³ Com. 20 octobre 1992, n°90-28.964, « Action en responsabilité pour insuffisance d'actif : modalités de détermination de la date de cessation des paiements », en ligne www.kpratique.fr.

¹⁹⁴ « *Dans les cas prévus aux articles L.653-3 à L.653-6 le tribunal peut prononcer, à la place de la faillite personnelle, l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler, directement ou indirectement, soit toute entreprise commerciale ou artisanale, toute exploitation agricole ou toute personne morale, soit une ou plusieurs de celles-ci {...}* »

¹⁹⁵ « *Le tribunal fixe la date de cessation des paiements après avoir sollicité les observations du débiteur. A défaut, de détermination de cette date, la cessation des paiements est réputée être intervenue à la date du jugement d'ouverture de la procédure. Elle peut être reportée une ou plusieurs fois, sans pouvoir être antérieure de plus de dix-huit mois avant le jugement d'ouverture de la procédure {...}* »

d'appréciation de la date de la cessation des paiements dans le cadre de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif et celles applicables dans le cadre de l'interdiction de gérer¹⁹⁶.

65. Par ricochet, l'établissement de la responsabilité du dirigeant, poursuivi pour faute de gestion sur le fondement de déclaration tardive de l'état de cessation des paiements, devient difficile ; un auteur parle de déclin de la responsabilité du dirigeant¹⁹⁷. Plusieurs raisons peuvent expliquer cela : si la procédure est ouverte sur initiative du débiteur, cela veut dire que le tribunal ne statuera qu'au seul vu des éléments produits par lui, qui, de façon logique, ne devraient laisser transparaître une cessation des paiements antérieure à plus de quarante-cinq jours ; pour que le tribunal fixe une date antérieure au jugement d'ouverture, il doit déterminer de façon exacte la date de la cessation des paiements, ce qui est difficile au regard des seuls éléments à sa disposition au moment où il statue¹⁹⁸ ; le liquidateur, souvent auteur de l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif, doit l'anticiper et demander un report dans le délai d'un an que lui impartit la loi, ce qui nécessite un suivi rigoureux des dossiers dont toutes les pièces notamment comptables n'ont pas été transmises. Toutefois, l'unicité de la date de la cessation des paiements présente le mérite de fixer un point de départ déterminé pour de multiples délais en matière de procédures collectives.
66. Par ailleurs, dans le cadre de la poursuite du débiteur par le liquidateur ou le ministère public pour insuffisance d'actif, il importe de rappeler que la loi Sapin II¹⁹⁹ a simplifié le régime de la faute de gestion, « *afin de favoriser le rebond du dirigeant de bonne foi d'une société mise en liquidation judiciaire {...}* », selon les termes de l'exposé des motifs du texte. Désormais la faute de gestion due à une « simple négligence » du dirigeant de droit ou de fait d'une société ne constitue plus une cause de recevabilité de l'action en insuffisance d'actif. Autrement dit, le chef d'entreprise qui a commis une faute de gestion par négligence, même si cela a aggravé le passif, ne peut voir sa responsabilité engagée au titre de l'insuffisance d'actif²⁰⁰. Est-ce une innovation trop poussée ? Déjà, l'article L.651-2 du code de commerce confère un large pouvoir

¹⁹⁶ V. art. L.653-8 et R.653-1 c. com.

¹⁹⁷ M. COTTIGNY, *Responsabilité civile et procédures collectives, thèse de doctorat*, Université de Lille 2, 2016, p. 196.

¹⁹⁸ Com. 30 mars 2010, n°08-22.140, NP ; *chron. Jurisp. Gaz. pal.* 3 juill. 2010.

¹⁹⁹ Loi n°2016-1691 du 09 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *JORF* n°0287 du 10 sept. 2016, texte n°2.

²⁰⁰ Art. L. 651-2 C. com. tel que modifié par la Loi n°2016-1691 du 09 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique *JORF* n°0287 du 10 sept. 2016, texte n°2.

d'appréciation au juge : il peut écarter la condamnation du dirigeant poursuivi en l'exonérant, tout comme il peut décider, en cas de pluralité de dirigeants de fait ou de droit, que le montant de l'insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou partie, par tous les dirigeants ou certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. La réforme du régime de la faute de gestion vient conforter le chef d'entreprise sachant, par ailleurs, qu'il n'y a point de responsabilité pour insuffisance d'actif sans faute de gestion.

67. Cependant pour le juge, une question d'ordre juridique pourrait lui poser un problème : comment cerner « une simple négligence » de gestion ayant provoqué l'insuffisance d'actif ou augmenter son montant ? D'autant que la plupart des fautes qualifiées, *a priori*, de négligence ou d'autres circonstances atténuantes telles les interférences d'un actionnaire majoritaire, n'ont engagé la responsabilité du dirigeant que du fait de leur poids considérable sur le montant du passif²⁰¹. Deux possibilités pourraient s'offrir au juge : soit il choisit de cerner la faute présentée comme une « simple négligence » en mettant sur la balance ladite faute et son impact sur le passif, soit il choisit le critère de bonne foi du dirigeant. Ce dernier choix serait d'ailleurs en harmonie avec l'esprit des textes²⁰². La sanction ne sera alors appliquée qu'à des fautes conscientes et intentionnelles qui ont aggravé l'état du passif de l'entreprise²⁰³.
68. L'Acte uniforme des procédures collectives du droit OHADA, qui a été réformé dans la foulée de l'arrêt de la Cour de cassation de 2014 ayant posé l'unicité de la date de la cessation des paiements en droit français, n'a pas tenu compte de ce revirement jurisprudentiel.
69. Bien que le législateur OHADA de 2015 n'ait pas repris le principe d'unicité de la date de la cessation des paiements, posé en droit français, un rapprochement peut tout de même être relevé entre les deux législations. D'abord les deux législateurs ne déterminent pas si la date de la cessation des paiements, dans le cadre de la procédure de sanction, est à aligner ou non sur celle indiquée dans le cadre de la procédure collective, laissant de ce fait l'interprétation au juge. Pour le moment, ni une juridiction nationale, ni la Cour commune de justice et d'arbitrage, n'ont posé le principe d'unicité de la date de la cessation des paiements en droit OHADA. Ensuite, l'article 183 de l'Acte uniforme des procédures collectives pose, en convergence avec les dispositions de l'article L.650-1 du code de commerce, le principe de la sanction du dirigeant

²⁰¹ Com. 22 janv. 2013, n°11-27.420, NP.

²⁰² Dans l'exposé des motifs, il est mentionné que l'objectif de l'assouplissement du régime de la faute de gestion est de permettre le rebond des chefs d'entreprise de « bonne foi ».

²⁰³ M. DIZEL, « L'action en insuffisance d'actif revue par la loi Sapin II », *éditions législatives*, 16 déc. 2016, p. 2.

qui s'est rendu coupable d'une faute de gestion : « *lorsque le redressement judiciaire ou la liquidation des biens d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, la juridiction compétente peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider, à la demande du syndic, du ministère public, ou de deux contrôleurs {...}, ou même d'office, que les dettes de la personne morale sont supportées en tout ou en partie, avec ou sans solidarité, par tous les dirigeants ou certains d'entre eux* » ; et l'article 185 dispose, dans le cadre de la sanction du dirigeant, que « *la juridiction compétente peut enjoindre aux dirigeants à la charge desquels a été mis tout ou partie du passif de la personne morale de passer leurs parts sociales, titres de capital ou valeurs mobilières, donnant accès au capital de celles-ci, ou ordonner leur cession forcée {...}* ». Les deux droits, convergents sur la définition de la notion de la cessation des paiements et divergents sur l'unicité de la date de celle-ci, partagent les inconvénients de la rigidité du régime de la cessation des paiements.

II. Régime rigide de la cessation des paiements : des inconvénients partagés dans les deux législations

70. Le mécanisme de la mise en faillite, fondé sur la cessation des paiements, présente l'avantage de sanctionner la mauvaise gestion et le désordre dans les affaires, qui se symbolisent par le défaut de paiement du débiteur. Il permet ainsi aux créanciers, incapables d'avoir un contrôle effectif sur la comptabilité de leur débiteur, de prendre conscience, de l'extérieur, de la situation réelle et grave de ce dernier. Ce qui leur donne la possibilité d'engager des mesures nécessaires à la sauvegarde de leurs créances. Cependant, ce mécanisme présente l'inconvénient d'être injuste toutes les fois qu'il est appliqué sans discernement, c'est-à-dire mécaniquement (A). Cette application mécanique est souvent favorisée par la confusion qui est faite entre les notions de cessation des paiements et d'insolvabilité (B).

A. L'application mécanique du principe de la cessation des paiements

71. L'application mécanique du principe de la cessation des paiements provoque la mise en faillite dans les cas où la cessation des paiements n'est due qu'à des circonstances passagères, des événements imprévus, une gêne saisonnière sans que cette cessation des paiements ne soit réellement un handicap à la continuation du commerce, parce qu'en réalité, la situation globale du débiteur est saine et son équilibre économique et financier susceptible de se rétablir à bref délai. Les causes, comme la dégradation importante de la situation de l'entreprise, la baisse considérable de la marge commerciale, de la valeur ajoutée et de l'excédent brut d'exploitation, l'augmentation des charges des personnels, un endettement à court terme supérieur à la totalité

de l'actif, ne peuvent à elles seules caractériser un état de cessation des paiements²⁰⁴. Il s'agit plutôt d'une gêne momentanée ; un débiteur peut présenter un bilan déficitaire sans être en cessation des paiements²⁰⁵. Certes, la sécurité des relations commerciales commande qu'on sanctionne immédiatement tout défaut de paiement à l'échéance, mais la portée de l'affirmation est plus théorique que pratique. En fait, il ne peut être complètement ignoré que ces situations sont inhérentes à toutes les branches de l'activité économique. Comme le rappellent plusieurs arrêts de la Cour de cassation française, l'établissement de la différence entre la cessation des paiements qui perdure et une gêne momentanée exige que la constatation de l'état de cessation des paiements par le juge se fasse au jour où il statue sans que l'on tienne compte d'une situation passée²⁰⁶. Il a pu être ainsi jugé que l'absence d'activité et d'actif de nature à honorer les échéances d'un plan ne suffit pas à établir la preuve qu'au jour où la juridiction statuait, la société était dans l'impossibilité de faire face à son passif exigible avec son actif disponible²⁰⁷. En effet, il apparaît très injuste et inéquitable de sanctionner, de la même manière, un débiteur qui a des difficultés temporaires de trésorerie et un débiteur qui, n'ayant aucune trésorerie, se trouve dans l'impossibilité définitive de continuer une existence commerciale normale.

72. L'application mécanique du principe de la cessation des paiements était doublée, dans le droit français antérieur à la loi de 1967²⁰⁸, de l'absence de toute autre échappatoire légale pour le débiteur. Si à la même époque, il existait en Espagne la procédure spéciale de suspension des paiements ou celle de l'administration contrôlée en Italie, la France n'a adopté la suspension provisoire des poursuites qu'en 1967²⁰⁹, pour quelques grandes entreprises. Avant cette date de 1967, il n'existait pas de procédure permettant de suspendre les poursuites ou d'empêcher le prononcé de la faillite ou du règlement judiciaire. Le débiteur pouvait, certes, obtenir de ses créanciers une remise de dette, des délais de paiement, mais cela n'était possible que dans le cadre du concordat amiable qui différait du concordat préventif en ce qu'il n'obligeait que les créanciers signataires. Pour mettre fin à cette réalité regrettable, le législateur français a adopté

²⁰⁴ Com. 17 oct. 2000, *Act. proc. coll.* 2000/19, n°238.

²⁰⁵ Com. 19 mars 2002, *Act. proc. coll.* 2002/10, n°120.

²⁰⁶ Com. 7 nov. 1989, n°88-13.155, *Bull. civ. IV*, 1989, n° 273, p. 184 ; com. 6 oct. 92, n°90-18.992, *Bull. civ. IV*, 1992, n°290, p. 204.

²⁰⁷ Com. 17 sept. 2013, n°12-17.657, *Act. proc. coll.* 2013/16, comm. 239.

²⁰⁸ L. n°67-563 du 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes, *JORF* du 14 juill. 1967, p. 7059

²⁰⁹ Art. 1^{er} de l'ord. n°67-820 du 23 sept. 1967 tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises.

en 1985²¹⁰, la procédure de redressement judiciaire. L'objectif était de créer les conditions et moyens de restructuration des dettes d'un débiteur en cessation des paiements. Une seconde chance offerte en cas d'échec du règlement amiable. Ce dernier sera plus tard remplacé par la procédure de conciliation assortie d'une cessation des paiements tolérée jusqu'à quarante-cinq jours. En 2005²¹¹, le législateur français a renforcé ce dispositif par l'instauration de la procédure de sauvegarde faisant ainsi de la liquidation judiciaire, instituée en même temps que le redressement judiciaire, l'ultime recours lorsque la situation du débiteur est désespérée.

73. L'application mécanique du principe de la cessation des paiements représente un obstacle au redressement des entreprises ; elle constitue une cause de crise et, partant, un facteur favorisant le chômage et la dégradation de l'économie nationale du fait de la disparition d'entreprises encore viables. Cette application mécanique du principe de la cessation des paiements est incompatible avec le monde des affaires où les crises sont fréquentes, qu'il s'agisse de crise économique générale ou particulière dans un secteur de la production ou du commerce. Les activités économiques en générale, et celles commerciales en particulier sont sujettes à des fluctuations très brusques, soit par suite d'une régression imprévue des ventes, soit par suite d'une négligence de gestion. Dans tous les cas, il s'agit d'un problème momentané qui ne peut empêcher éternellement le chef d'entreprise de reprendre un service régulier. Il a la possibilité de faire appel à des concours extérieurs comme recourir à son banquier par exemple. Le déclarer failli aussi automatiquement et brutalement serait une sanction terrible, car « *le non-paiement d'une dette, fait brutal en soi, ne signifie rien s'il n'est le signe de la fin de la vie commerciale du débiteur* ». ²¹² Le manque de discernement entre les notions de cessation des paiements et d'insolvabilité pourrait expliquer la mise en faillite mécanique par les tribunaux.

B. La confusion entre la cessation des paiements et l'insolvabilité

74. Les notions de cessation des paiements et d'insolvabilité peuvent sembler signifier la même chose. Elles désignent toutes les deux une situation difficile de trésorerie d'un sujet de droit à des degrés différents. En droit des entreprises en difficulté, le débiteur peut faire les frais de cette confusion. Pour certains auteurs, les nombreuses mises en faillite que les entreprises

²¹⁰ L. n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises en difficulté, *JORF* du 26 janv. 1985, p. 1097.

²¹¹ L. n°2005-845, du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n°173 du 27 juill. 2005, p. 12187, texte n°5.

²¹² L. BEAUDOIN, « *De la notion de cessation des paiements* », *sem. jur.*, 1934. 1029.

connurent dans le passé en France peuvent s'expliquer par cette confusion. « *Par une appréciation purement externe, il s'agissait de savoir si le commerçant payait ou ne payait pas et ce critère mécanique permettait d'opposer d'une façon devenue classique la notion de cessation des paiements du droit commercial à la notion civile d'insolvabilité* ». ²¹³ Pendant longtemps, on ne s'empêcha pas de déclarer des mises en faillite, parce que tout simplement les débiteurs étaient incapables de payer à l'échéance à cause d'un manque temporaire de liquidités. Or, un débiteur en état de cessation des paiements peut être solvable, alors que le débiteur insolvable a dépassé le stade de l'état de cessation des paiements. Un débiteur peut avoir un actif nettement supérieur à son passif (solvabilité) et ne pas pouvoir payer en même temps son passif exigible, faute de patrimoine liquide (cessation des paiements ²¹⁴). A l'inverse, une insolvabilité avérée ne suffira pas pour qu'une procédure de liquidation judiciaire puisse être ouverte. Dans ce sens, il a pu être jugé que la constatation d'un endettement à court terme supérieur à la totalité de l'actif, s'accompagnant d'un résultat gravement déficitaire et d'une constante dégradation des capitaux propres, ne suffisaient pas à caractériser l'état de cessation des paiements ²¹⁵. Autrement dit, la cessation des paiements est une situation où le débiteur ne dispose pas actuellement d'une trésorerie suffisante pour faire face à ses dettes liquides et exigibles ²¹⁶. Tandis que l'insolvabilité est une situation où l'actif du débiteur est inférieur à son passif ²¹⁷. Beaucoup d'entreprises mises en faillite seraient donc simplement insolubles selon un auteur, qui précise que « d'un point de vue de droit, les deux situations sont complètement distinctes et aussi bien la solvabilité n'empêche pas la cessation des paiements que l'insolvabilité n'entraîne pas nécessairement la cessation des paiements ». ²¹⁸ En d'autres termes, l'insolvabilité se manifeste par un déséquilibre du patrimoine alors que la cessation des paiements se manifeste par l'arrêt des paiements. Par plusieurs arrêts, la jurisprudence française a tenu à préciser la différence qu'il y a lieu de faire, d'une part, entre la cessation des paiements et le refus de payer ²¹⁹ et, d'autre part, entre la cessation des paiements et la poursuite d'une

²¹³ J. LARGUIER, note sous com. 5 déc. 1949 *J.C.P.* 1950 I. 5829 ; J. DELEAU, « La notion de cessation des paiements en jurisprudence », *Rev. trim. dr. com.*, n°3, 1949, p. 590.

²¹⁴ Com. 27 févr. 2007, *Bull. civ. IV*, n°65.

²¹⁵ Com. 17 oct. 2000, n°98-13.106, *legavox*, 19 juin 2014, comm. Y. DRAY.

²¹⁶ N. LUKOMBE, *Droit commercial congolais, faillite, concordat et banqueroutes*, éd., imprimerie saint Paul, 2001, p. 95.

²¹⁷ A. M. N'GAGI, *Droit commercial*, notes de cours, Université de Kigali, faculté de droit, 2002.

²¹⁸ J. Dray, « Les conditions juridiques de l'ouverture de la liquidation judiciaire », *legavox*, 19 déc. 2012, article consulté le 27 janv. 2016.

²¹⁹ Com. 27 avr. 1993, n°91-16.470, *Bull. civ. IV*, 1993, n°154, p. 107.

exploitation déficitaire²²⁰. Si pour le législateur français il fallait réformer le régime de la cessation des paiements, pour son homologue OHADA il n'a pas été jugé avantageux de l'assouplir.

Paragraphe II. La réforme du régime de la cessation des paiements : souplesse adoptée en droit français, fermeté maintenue en droit OHADA

75. La rigidité du régime de la cessation des paiements est diversement appréciée. Si certains auteurs y voient une nécessité afin de ne pas encourager la faillite des entreprises²²¹, d'autres y trouvent plutôt un obstacle à la déjudiciarisation du traitement des difficultés des entreprises²²². Les législateurs français²²³ et OHADA²²⁴ optent clairement pour une contractualisation réelle du sauvetage de l'entreprise. Or, qui dit contractualiser la restructuration de l'entreprise dit déjudiciariser le traitement des difficultés de cette dernière. Cette tendance préventive a logiquement conduit le législateur français à assouplir le régime de la cessation des paiements en 2005²²⁵. Le législateur OHADA de 2015²²⁶ a choisi de reconduire la fermeté adoptée en 1998²²⁷. En dépit d'une réelle volonté préventive dans l'appréhension et le traitement des difficultés des entreprises qui transparaît dans la réforme intervenue, la cessation des paiements a été maintenue comme principale ligne de distinction entre les entreprises éprouvant des difficultés sans pour autant cesser de payer et celles dont l'importance des difficultés a provoqué leur faillite. Une réforme étant supposée transformatrice ou novatrice par rapport à une situation antérieure donnée, il importe dès lors d'analyser les conséquences des réformes intervenues dans les droits français (I) et OHADA (II) qui concernent la cessation des paiements.

²²⁰ Com.17 oct. 2000, n°98-13.106 NP ; Com. 19 mars. 2002, n°99-15.912. NP.

²²¹ P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives 2017/2018*, 9^e éd., Dalloz action, 2016, p. 470 : cet auteur y voit un motif qui encouragerait le chef d'entreprise à ne pas anticiper la demande d'ouverture de la sauvegarde.

²²² F. TEFFO, « Assouplissement du régime du report de la date de cessation des paiements », note sous com. 28 janv. 2014, n°13-11.509, *petites affiches*, n°77, p. 13.

²²³ Depuis la loi n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises en difficulté, *JORF* du 26 janv. 1985, p. 1097 ; v. O. TIQUANT, *La contractualisation des procédures collectives, thèse de doctorat*, Université de Paris 1, 1999.

²²⁴ Par l'adoption d'un nouvel Acte uniforme des procédures collectives : 10 sept. 2015.

²²⁵ L. n°2005-845, du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n°173 du 27 juill. 2005, p. 12187, texte n°5.

²²⁶ Réforme de l'Acte uniforme des procédures collectives, 10 sept. 2015 à Grand-Bassam (Côte d'Ivoire).

²²⁷ Premier Acte uniforme des procédures collectives adopté le 10 avr. 1998 à Libreville (Gabon).

I. Les conséquences en droit français

76. Le caractère immédiat de l'effet juridique de la cessation des paiements ne s'adaptait plus à l'ambition du droit français des entreprises en difficulté. Tournée vers le redressement de l'entreprise, une telle ambition ne pouvait qu'être antinomique à toute déclaration mécanique de cette dernière en faillite. L'assouplissement du régime de la cessation des paiements aura contribué non seulement à renforcer le dispositif préventif (A), mais aussi à déjudiciariser le dispositif collectif de traitement des difficultés des entreprises (B).

A. Le renforcement du dispositif préventif

77. La cessation des paiements, symbolisant la mauvaise posture de la trésorerie d'une entreprise, avait besoin d'être redéfinie à l'aune du sauvetage des entreprises. Les aspects négatifs liés au caractère immédiat de l'effet de la cessation des paiements ont été décrits²²⁸. Afin d'éviter ces aspects négatifs, le législateur a permis, au travers de la loi de sauvegarde de 2005²²⁹, que la procédure de conciliation, qui s'est substituée au règlement amiable, lequel était exclusif d'un état de cessation des paiements²³⁰, puisse être ouverte lorsque la situation de cessation des paiements du débiteur n'est pas postérieure à quarante-cinq jours²³¹. Cette modification de l'institution de la cessation des paiements a donné un supplément d'espoir aux débiteurs qui disposent de facto d'une sorte de seconde chance pour optimiser leur chance de redressement.

78. La faillite dans sa forme primitive tout comme dans celle moderne est une mesure grave. Elle entraîne le chômage avec l'arrêt des activités. Elle ne doit intervenir que lorsque la situation globale du débiteur ne présente aucune issue. C'est-à-dire une situation désespérée pour reprendre les termes de la définition jurisprudentielle de la cessation des paiements dans l'ancien droit de la faillite²³². Les procédures judiciaires sont longues et coûteuses. La vente aux enchères des biens du débiteur, s'il y a lieu, se fait souvent dans des mauvaises conditions surtout en périodes de crise, toute chose qui dégrade le prix. Ce qui peut présenter deux inconvénients. En premier lieu, il n'arrange pas les créanciers qui ne touchent qu'un très faible dividende, alors que si ces derniers avaient patienté et fait confiance à leur débiteur, celui-ci

²²⁸ V. *supra*, n°59 et s., n°90.

²²⁹ L. n°2005-845, du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n°173 du 27 juill. 2005, p. 12187, texte n°5.

²³⁰ Anc. art. 35, loi n°84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, *Revue Jorf lois & décret*, p. 751, réf. 97259.

²³¹ Art. L.611-4, c. com.

²³² V. *supra*, n°67 et s.

aurait peut-être réussi à surmonter une difficulté passagère, et régler leurs dettes intégralement par une voie négociée à l'appoint des aides financières ou par suite d'un renversement de la tendance sur le marché. En second lieu, la perte est double pour le chef d'entreprise : sur le plan moral avec le sentiment profond de déception de perdre un patrimoine et sur le plan économique avec le coût plus moins élevé des frais de procédures, sans compter un possible endettement post-procédure.

79. L'assouplissement du régime de la cessation des paiements aura permis d'accorder un répit au chef d'entreprise, qui a l'occasion de tout mettre en œuvre afin de rattraper le retard accusé soit dans l'enclenchement des mesures préventives, soit dans la demande de la protection judiciaire. Ce répit est d'autant plus important qu'il génère un ascendant psychologique pour le débiteur. En plus de tous les outils préventifs existants, et avec l'aide du conciliateur, le législateur donne par-là une chance de restructuration aux entreprises dont l'existence économique n'est pas sérieusement menacée. Certes la sauvegarde ordinaire est une procédure qui vise le maintien de l'activité en priorité ; mais de cette sauvegarde au redressement judiciaire, le pas est souvent vite franchi, et nonobstant son rôle préventif, elle demeure une procédure collective lourde qui nuit au crédit de l'entreprise. Il en est de même pour le redressement judiciaire, d'où l'intérêt pour un débiteur d'accéder à une procédure de conciliation ou de sauvegarde accélérée en présence d'un état de cessation des paiements ne peut être contesté.
80. En définitive, l'assouplissement du régime de la cessation des paiements se justifie par la volonté du législateur de sauvegarder les entreprises tant qu'il existe une chance pour cela. En outre, l'expérience de plusieurs droits enseigne que le meilleur moyen de redresser un débiteur est de contractualiser les mesures de traitement de ses difficultés.

B. La déjudiciarisation du traitement collectif des difficultés des entreprises

81. « *La déjudiciarisation est liée au processus tendant à promouvoir un règlement des conflits sans nécessairement recourir à l'appareil judiciaire* ». ²³³ Par déjudiciarisation du traitement des difficultés des entreprises, il faut entendre la contractualisation de ce traitement. L'intérêt d'une telle solution peut trouver sa justification dans le redressement discret, conventionnel et rapide des entreprises, au contraire des procédures collectives qui comportent plusieurs écueils

²³³ Définition en ligne : dejudiciarisation.free.fr.

aussi bien pour le débiteur - la lourdeur, les frais élevés, l'extériorisation des difficultés - que pour les créanciers - la soumission à une discipline collective -.

82. Dans le système économique libéral, comme en France, l'économie nationale repose, en grande partie, sur la production du secteur privé, lequel comporte, par ailleurs, une part importante des emplois²³⁴. A ce titre, le secteur privé est un domaine stratégique, raison pour laquelle tout est fait par les pouvoirs politiques pour le maintenir le plus stable et productif possible face à l'imprévisibilité de certaines crises. La crise financière des subprime de 2008²³⁵, qui avait subitement fragilisé le secteur privé et provoqué plusieurs défaillances au sein des entreprises²³⁶, est un exemple des conséquences qu'une crise imprévue est capable de produire. Or, la multiplication des défaillances désole le commerce et impacte le crédit public, et, les intérêts commerciaux étant liés, la faillite d'une entreprise provoque logiquement celle d'autres entreprises. Il s'est avéré nécessaire de prendre des mesures de manière à protéger les sociétés par la prévention de leurs difficultés.
83. Dans cette entreprise, la réforme du régime de la cessation des paiements effectuée en 2005²³⁷ permet l'accès aux procédures de déjudiciarisation, à savoir la sauvegarde financière accélérée et la sauvegarde accélérée, adoptées respectivement en 2010²³⁸ et en 2014²³⁹. Ces sauvegardes accélérées - qui sont judiciaires certes - sont venues démystifier les autres procédures collectives que sont la sauvegarde, les redressement et liquidation judiciaires, puisqu'elles permettent, contrairement à ces dernières, d'écourter considérablement la période d'observation par la négociation préalable du plan de restructuration en phase amiable. Grâce à ce nouveau mode de traitement des difficultés des entreprises, auquel il faut ajouter les procédures de mandat *ad hoc* et de conciliation, la négociation amiable occupe de plus en plus une place importante dans le droit français des entreprises en difficulté. En droit OHADA, l'approche législative précédemment décrite n'est pas la même. Les conséquences du maintien

²³⁴ En 2018, le secteur privé français compterait plus 16, 7 millions d'emplois selon les chiffres de l'INSEE publiés pour le dernier trimestre de 2017 : v. Y. L'HORTY et M. RUIMY, « Et la France retrouva en 2018 son niveau d'emploi de 2008 : mais les emplois d'aujourd'hui ne sont plus les mêmes que ceux d'hier et voilà ce qui a changé », *Atlantico*, 14 mars 2018, p. 2 (version pdf), article consulté le 30 juin. 2018.

²³⁵ Crise financière dite des *subprime* qui a débuté en 2007 aux États-Unis d'Amérique

²³⁶ 27% dans le commerce de détail, 35 % dans les transports, 43 % dans l'industrie, 46% dans la construction : D. FOUGERE et Alii, « Quel a été l'impact de la crise de 2008 sur la défaillance des entreprises ? », in *Économie et statistiques*, éd., Insee, 2013, n°462-463, p.69-97, sp. 69.

²³⁷ V. *supra*, n°16.

²³⁸ V. *supra*, n°17.

²³⁹ V. *supra*, n°18.

de la rigidité du régime de la cessation des paiements lors de la dernière réforme de l'Acte uniforme des procédures collectives sont tout autres.

II. Les conséquences en droit OHADA

84. Ne pas toucher un domaine lors d'une réforme signifie que ce dernier est dans une dynamique satisfaisante, qu'il est de nature à permettre, avec les autres domaines réformés, l'atteinte des objectifs visés. En 2015, la prévention dans le droit OHADA des entreprises en difficulté a connu une ambitieuse réforme²⁴⁰. Un début de contractualisation de la restructuration des entreprises peut être relevé. L'adoption de la conciliation, ainsi que la révision du règlement préventif s'inscrivent dans la droite ligne de cette ambition. Cependant, il peut être regretté que la réforme ne soit pas allée loin dans cette entreprise en assouplissant le régime de la cessation des paiements, lequel a été maintenu tel qu'organisé par le législateur de 1998. Toute chose susceptible de défavoriser non seulement la contractualisation du traitement des difficultés des entreprises (A), mais aussi la sauvegarde de ces dernières eu égard au contexte socio-économique et politique africain (B).

A. Un handicap à la contractualisation du traitement des difficultés des entreprises

85. Il est vrai, d'une part, que le droit OHADA est relativement jeune²⁴¹. A cet égard, il peut être supposé qu'il soit à un stage expérimental, dans un processus d'organisation²⁴². Cependant, d'autre part, il semble nourrir l'ambition d'être actif et connu à l'échelle internationale²⁴³ ; dès lors il se doit d'être à la hauteur de cette ambition. Le législateur de 2015 a tenu compte de cette nécessité en prévoyant, dans le nouvel Acte uniforme des procédures collectives, un titre qui régit les procédures impliquant le droit OHADA et un droit étranger²⁴⁴. Une telle prévision n'existait pas dans l'ancien Acte uniforme. Il est incontestable aujourd'hui que la tendance

²⁴⁰ V. C. NDONGO, *La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC révisé*, thèse de doctorat, éd., LGDJ, 2018.

²⁴¹ Il a été créé par le traité du 17 oct. 1993 à Port-Louis (Île Maurice) ; révisé le 17 oct. 2008 à Québec (Canada).

²⁴² V. F. O. ETOUNDI, « Les expériences d'harmonisation des lois en Afrique », *Rev. Ersuma*, juin 2012, n°1.

²⁴³ « Dans la volonté de promouvoir le droit OHADA, il semble que la solution la plus pertinente consiste à s'inspirer de la Loi type relative à l'insolvabilité transfrontalière de la CNUDCI {...} un texte connu des milieux internationaux participe d'une plus grande sécurité juridique et, donc, d'une plus grande attractivité {...} ce texte a été adapté aux réalités de l'espace OHADA aux fins de son incorporation au projet de réforme de l'AUPC », commentaires des rédacteurs du projet d'amendement de 2015 de l'Acte uniforme des procédures collectives.

²⁴⁴ AUPC 2015, titre VII : « Les procédures collectives internationales » : art. 247 à 256-31 ; v. pour plus de commentaires sur les réformes opérées dans ce sens : L.-C. HENRY et J.-L. VALLENS, « Le droit international privé de l'acte uniforme OHADA », *Dr. et patr.* 2015, n°253, p. 49 et s.

internationale du droit de l'insolvabilité s'oriente vers la négociation entre le chef d'entreprise et ses créanciers en amont de la cessation des paiements. Naguère empreint d'ordre public, ce droit de l'insolvabilité laisse progressivement la place aux voix réhabilitées des créanciers. La question se pose dès lors de savoir si le législateur OHADA ne devrait pas privilégier davantage l'implication des créanciers dans le redressement des entreprises ? Les créanciers peuvent jouer un rôle important au sein et en dehors de la masse²⁴⁵.

86. Il est maintenant question de prévention mais non de traitement, ce qui est une vision pragmatique²⁴⁶. La négociation peut intervenir aussi bien en phase amiable qu'en phase judiciaire, ou encore dans un cadre mixte²⁴⁷. Dans ce contexte, le judiciaire peut être mis au service de l'amiable - l'accord négocié peut être adopté judiciairement -, tout comme l'amiable peut être mis au service du judiciaire - l'accès à une procédure judiciaire peut être conditionné par le passage par une procédure amiable²⁴⁸-. Dans une telle interdépendance, la flexibilité est importante, et c'est en ce sens que l'assouplissement du régime de la cessation des paiements pourrait jouer un rôle en droit OHADA. En son état actuel, la prévention ainsi que le traitement curatif des difficultés des entreprises en droit OHADA sont entourés de beaucoup de règles d'ordre public, tels l'unanimité de l'accord de conciliation, l'effet couperet de la cessation des paiements.
87. Partant de cette rigueur en droit OHADA, il serait peu dire que la prévention n'a de sens que lorsque l'entreprise est *in bonis*, dans la mesure où l'apparition de tout état de cessation des paiements ferme automatiquement les portes de la conciliation et du règlement préventif, donc de la négociation amiable. Or, une entreprise peut être victime d'une difficulté passagère, d'un événement malheureux, d'une conjoncture momentanément difficile, ou même d'une maladresse de gestion, ce qui ne signifie pas qu'elle ne peut plus se relever. Placer cette entreprise en traitement judiciaire peut, certes être bénéfique à certains égards, mais prévenir ne vaudrait-il pas mieux que réparer ? L'absence de passerelle entre le traitement amiable et le

²⁴⁵ Ils peuvent accorder des remises de dettes, des délais de paiement, de nouveaux concours ou services. Pour en savoir davantage, v. R. DAMMAN et G. PODEUR, « L'ingénierie financière et les plans : état des lieux et perspectives », *Dr. et patr.* 2013, n°223.

²⁴⁶ S. GORRIAS, in « La contractualisation du droit des difficultés des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll.- Rev. bimestrielle lexiNexis jurisclasseur*, table ronde, mai-juin 2015, p. 99.

²⁴⁷ M. MENJUCQ, in « La contractualisation du droit des difficultés des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll.- bimestrielle lexiNexis jurisclasseur*, table ronde, mai-juin 2015, p.99.

²⁴⁸ Comme c'est le cas dans les procédures de sauvegarde accélérée adoptées en droit française : art. L.628-1, c. com.

traitement judiciaire, l'unanimité qui doit caractériser l'accord de conciliation, ainsi que la rigidité du régime de la cessation des paiements ne paraissent pas forcément être une meilleure politique de sauvegarde des entreprises. En tout état de cause, la rigidité du régime de la cessation des paiements ne semble pas compatible avec le contexte africain.

B. Une inflexibilité inadaptée au contexte africain

88. L'accès aux procédures amiables en droit OHADA n'est pas permis en présence d'une situation de cessation des paiements²⁴⁹. Admettre l'ouverture de la conciliation en présence d'un état de cessation des paiements revient à conforter les chefs d'entreprise dans une démarche qui est toujours tardive, et dès lors vouée à l'échec²⁵⁰.
89. Ces opinions doctrinales pourraient être attribuées au législateur OHADA, dont on pourrait comprendre la fermeté sur la question intéressant la cessation des paiements, en ce sens que, l'OHADA étant relativement récente, il faudrait habituer les justiciables aux bons réflexes. Cependant, une autre lecture pourrait démontrer qu'en pareille situation, la flexibilité semble mieux indiquée, surtout dans un contexte africain où une grande partie de la population active n'a pas fréquenté l'école. Or, les entrepreneurs sont une partie intégrante de cette population active. Pour comprendre cela, sortons un instant de notre cadre d'étude, et faisons le parallèle avec un exemple de la vie courante : dans l'éducation d'un enfant, il y a des parents qui optent pour une rigueur totale tellement ils veulent que leur enfant réussisse, ce qui peut être incompatible avec l'âge de l'enfant, tandis que d'autres lui laissent trop de liberté soit par peur qu'il ne se rebelle, soit par pur amour au point de favoriser tout risque dévoiement. Dans les deux hypothèses, l'éducation de l'enfant peut être difficile à espérer. Enfin, rajoutons une dernière catégorie de parents qui alternent l'éducation de leur enfant entre douceur et rigueur, ce qui a l'avantage de tenir compte non seulement de l'âge de l'enfant, mais aussi de la nécessité de lui inculquer les bonnes manières.
90. La question relative au régime de la cessation des paiements en droit OHADA pourrait être comparée à ces hypothèses précédemment décrites. En effet, il existe un tort de considérer virtuellement que les chefs d'entreprise sont familiarisés avec les règles auxquelles ils sont

²⁴⁹ C. NDONGO, *La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC révisé*, thèse de doctorat, éd., LGDJ, 2018, p. 82 et 85.

²⁵⁰ B. SAPIN, « Conciliation et cessation des paiements » in Collectif, *Entreprise en difficulté : nouvel essai. Moins de liquidations par plus de prévention. Mythe ou réalité ?* 29^{ème} Colloque de Deauville, 3 et 4 avr. 2004, *Rev. juris. com.* 2004, p. 60.

assujettis, alors qu'il n'en est rien en réalité. Nombreux sont les chefs d'entreprise, évoluant dans les TPE et PME²⁵¹, à ne pas être initiés en droit, à ne pas disposer d'un service juridique, mais qui, pourtant, pourvoient le plus grand nombre d'emplois selon une étude réalisée en 2013²⁵². Adopter une si telle rigueur contribue plus à encourager des déclarations mécaniques de faillites qu'elle ne favorise l'évitement de la cessation des paiements. Des mesures peuvent être prises afin de réduire les dépôts de bilans. La présente étude en propose quelques unes²⁵³.

91. C'est pourquoi, l'approche médiane peut être soutenue, c'est-à-dire que la cessation des paiements occasionne la mise en faillite - pour sécuriser la relation commerciale -, mais que cela ne soit pas automatique - c'est-à-dire qu'une seconde chance soit donnée au débiteur -. Cette seconde chance peut se traduire par la tolérance de l'état de cessation des paiements pendant un mois à compter de la déclaration du chef d'entreprise. Toutefois, si le juge découvre que la cessation des paiements perdure depuis longtemps, et que la situation économique et financière du débiteur est fortement atteinte, le bénéfice de la tolérance peut être refusé. L'assouplissement du régime de la cessation des paiements est d'autant nécessaire dans les droits français et OHADA que l'accord de conciliation doit être unanime.

Section 2. L'unanimité de l'accord de conciliation

92. L'unanimité est définie comme une conformité d'opinions, de sentiments ou de suffrages²⁵⁴. Dans le cadre de la procédure de conciliation, elle suppose l'adhésion de tous les créanciers au projet de restructuration proposé par le chef d'entreprise. La règle de l'unanimité relève de l'ordre public qui tient à la liberté contractuelle, un principe fondamental du civil selon lequel toute personne est libre de contracter ou de ne pas contracter²⁵⁵. La règle de l'unanimité peut présenter un avantage incontestable en droit de copropriété pour « *la sauvegarde des droits primordiaux des copropriétaires* ». ²⁵⁶ Son utilité reste discutable dans la procédure de conciliation eu égard à l'objectif de redressement des entreprises. En effet, un créancier est capable de remettre en cause un accord majoritaire, en vertu de la liberté contractuelle. Or, la

²⁵¹ Très petites entreprises ; petites et moyennes entreprises, v., F. ROUBAUD, et Alii, *Les marchés urbains du travail en Afrique subsaharienne*, éd., IRD, 2013, p. 53-96.

²⁵² V. pour plus de données statistiques, F. ROUBAUD, et Alii, *Les marchés urbains du travail en Afrique subsaharienne*, éd., IRD, 2013, p. 53-96.

²⁵³ V. *infra*, n°610 et s.

²⁵⁴ *la-définition.fr*, éd., 2011

²⁵⁵ Art. 1102 c. civ. : « *chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi* ».

²⁵⁶ J. P. MANTELET, « Droit et pratique de la copropriété des immeubles », en ligne www.jp-m-copro.com, p. 1.

finalité recherchée dans la procédure de conciliation est la conclusion d'un accord destiné à mettre fin aux difficultés du débiteur²⁵⁷. C'est pourquoi l'opportunité d'une telle règle dans la procédure de conciliation peut se poser (Paragraphe I). D'autant que les législateurs français et OHADA auraient pu recourir à d'autres alternatives (Paragraphe II).

Paragraphe I. L'opportunité de la règle de l'unanimité dans la procédure de conciliation

93. Dans les droits français et OHADA des entreprises en difficulté, la conciliation est définie comme une procédure amiable de traitement des difficultés des entreprises²⁵⁸. Elle est ouverte aux débiteurs exerçant une activité commerciale ou artisanale qui éprouvent une difficulté avérée ou prévisible, et qui ne se trouvent pas en cessation des paiements²⁵⁹ ou ne s'y trouvent pas depuis plus de quarante-cinq jours²⁶⁰. Adoptée en droit français par la loi du 26 juillet 2005²⁶¹, et en droit OHADA par le nouvel Acte uniforme des procédures collectives²⁶², la procédure de conciliation est un cadre de négociation, de sorte que l'accord qui en résulte prend la forme d'un contrat formé suivant la volonté des parties. Le projet de règlement des créances doit traduire la volonté sinon de tous les créanciers, à tout le moins des principaux créanciers. Ce d'autant que ces derniers sont sollicités pour l'obtention des remises de dettes, abandons de créances, ou des délais de paiement. Dans une telle configuration, les créanciers sont en position de force par rapport au chef d'entreprise. Les créanciers sont théoriquement égaux entre eux en ce sens que les biens du débiteur constituent leur gage commun²⁶³. En pratique une cause de préférence porte légalement atteinte à cette égalité.
94. En tout état de cause, l'égalité des créanciers n'est pas ce qui nous intéresse ici. Ce qui l'est porte sur le droit de veto dont dispose chaque créancier dans la procédure de conciliation. C'est dans ce sens que l'opportunité de la règle de l'unanimité dans cette procédure se pose. Pour mieux aborder cette problématique, il conviendrait d'évoquer d'abord les fondements

²⁵⁷ Art. L.611-4, c. com. ; Art. 5-1, al. 2, AUPC.

²⁵⁸ *id.*

²⁵⁹ Art. 5-1, al. 1, AUPC. ; Art. L.611-4, c. com.

²⁶⁰ Art. 611-4, c. com.

²⁶¹ L. n°2005-845, du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n°173 du 27 juill. 2005, p. 12187, texte n°5.

²⁶² Adopté le 10 sept. 2015 à Grand-Bassam (Côte d'Ivoire).

²⁶³ Art. 2285, c. civ., français.

juridiques qui sous-tendent la règle de l'unanimité (I) avant d'analyser ses avantages et inconvénients (II).

I. Un fondement légal commun aux droits français et OHADA

95. L'accord de conciliation est un contrat où les parties sont liées par une obligation qui tient aux engagements pris²⁶⁴. Le créancier tire, de son rapport avec le débiteur, des droits personnels ou des droits de créance²⁶⁵. L'accord traduit la volonté unanime des créanciers ayant participé aux négociations. Le tribunal n'intervient que pour éventuellement constater ou homologuer cet accord²⁶⁶. Normalement, le caractère contractuel de la procédure de conciliation devrait s'opposer à toute intervention judiciaire. Cependant dans l'ancien règlement amiable français, la règle de la majorité s'appliquait sous l'égide du tribunal. Le règlement amiable, créé par la loi du 1^{er} mars 1984²⁶⁷ et son décret d'application du 1^{er} mars 1985²⁶⁸, a été présenté comme une « procédure amiable »²⁶⁹, en remplacement du concordat amiable qui n'était pas encadré et où débiteurs et créanciers concluaient un accord de droit privé. Or, les vocables « amiable » et « procédure » peuvent être sujets à discussion en ce que l'amiable renvoie à ce qui s'oppose au judiciaire, alors que la procédure renvoie à la notion de contentieux, de sorte que leur association semble relever de l'oxymore. Toutefois le terme « procédure », entendu dans le sens d'un ensemble de règles à appliquer pour atteindre un objectif, impose de nuancer cette interprétation. En tout état de cause, il peut être observé que les procédures amiables françaises antérieures à la loi de sauvegarde de 2005²⁷⁰ étaient moins contractualisées et moins confidentielles. Les créanciers pouvaient poursuivre le débiteur pendant la recherche de l'accord, raison pour laquelle le législateur avait prévu une possibilité de suspension provisoire des poursuites, dont l'exercice relevait exclusivement du conciliateur²⁷¹. Du régime de cette procédure de règlement amiable français, il peut être observé que l'intervention du tribunal visait à influencer les créanciers moins enclins à négocier.

²⁶⁴M. POUMAREDE, *Droit des obligations*, 3^e éd., LGDJ, 2014, p. 1.

²⁶⁵ B. BEIGNIER et C. BLERY, *Cours d'introduction au droit*, 3^e éd., Montchrestien, 2011, n°222.

²⁶⁶ Droit français : art. L.611-8, I et II., droit OHADA : art. 5-10, al. 1, 1^o et 2^o, AUPC.

²⁶⁷ L. n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, *JORF* du 2 mars 1984, p. 751.

²⁶⁸ Décret n°85-295 du 1^{er} mars 1985 pris pour l'application de la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, *JORF* du 2 mars 1984, p. 751.

²⁶⁹ Par l'ancien art. 35 devenu art. L.611-3 du code de commerce.

²⁷⁰ L. n°2005-845, du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n°173 du 27 juill. 2005, p. 12187, texte n°5.

²⁷¹ Anc. Art. L.36, al. 3, c. com.

96. En droit français, la suppression du règlement amiable, suivie de l'adoption de la conciliation, s'est opérée avec l'abandon de la règle de la majorité au profit de celle de l'unanimité dans la procédure de conciliation. En droit OHADA, l'unanimité est la règle d'adoption de l'accord dans la nouvelle procédure de conciliation adoptée en 2015. Il en découle que, dans la conciliation prévue par les deux législations, l'accord doit respecter les principes fondamentaux du droit commun des contrats, c'est-à-dire qu'aucun créancier ne doit être obligé à y prendre part contre sa volonté (A), dans le respect de la liberté contractuelle (B).

A. L'autonomie de la volonté

97. Issue de la philosophie individualiste et du libéralisme économique à la fin du XVIII^e, l'autonomie de la volonté conditionne le régime juridique du contrat. La philosophie des lumières a soutenu la liberté de l'homme²⁷². Personne ne doit être soumis à une autre personne. S'il faut suivre ce principe de liberté, comment faut-il expliquer alors, par exemple, qu'il y ait un créancier et un débiteur ? La réponse réside sans doute dans l'expression autonome de la volonté : « *poser que l'homme est obligé uniquement parce qu'il l'a voulu, c'est encore respecter sa liberté* ». ²⁷³ Il faudrait admettre que personne ne doit être assujéti à des obligations contre sa volonté²⁷⁴ ; que toute personne doit respecter les obligations auxquelles elle a volontairement consenti²⁷⁵. La volonté se donne à elle-même sa loi. L'accord de conciliation pourrait être rattaché à cette philosophie individualiste issue de la philosophie des lumières, notamment à l'assertion selon laquelle « *la convention est la base de toute autorité* »²⁷⁶, « *le libre jeu des volontés ne peut que respecter la justice* ». ²⁷⁷ Si l'on raisonne dans le sens que l'autonomie de la volonté est, *a priori*, guidée par une raison infaillible, parce que, la raison prenant source dans la volonté, elle est créatrice de droit²⁷⁸, chaque personne qui contracte est supposée être le meilleur protecteur de ses intérêts.

²⁷² J.-J. ROUSSEAU s'est élevé contre les inégalités sociales et a proposé *un Contrat social* en 1762 pour une société démocratique ; VOLTAIRE a dénoncé les abus du pouvoir de la monarchie pour le respect de la liberté individuelle à la faveur de l'affaire dite Calas, procès cassé en 1765 ; Ch. DE SECONDAT MONTESQUIEU a critiqué la monarchie absolue et proposé la séparation des pouvoirs dans son œuvre *L'esprit des lois* en 1748.

²⁷³ F. TERRE et Alii, *Droit civil. Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, p. 32.

²⁷⁴ E. GOUNOT, *Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, éd., Arthur Rousseau, 1992, p. 61.

²⁷⁵ Art. 1103, c. civ.

²⁷⁶ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social, IV, l'esclavage*, 1762.

²⁷⁷ F. TERRE et Alii, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, p. 33.

²⁷⁸ D. TERRE-FORNACCIARI « L'autonomie de la volonté », *Rev. sc. Morales et politiques*, 1995, p. 264.

98. L'autonomie de la volonté est sans doute un moyen de maintenir l'équilibre socio-économique et de favoriser la prospérité sociale car la recherche d'intérêt privé par chacun aboutit à la satisfaction de l'intérêt général qu'on peut considérer comme la somme des intérêts privés.
99. La théorie de l'autonomie de la volonté laisserait croire que le contrat se suffit à lui-même, c'est-à-dire qu'il n'aurait besoin d'aucune norme pour s'appliquer aux parties. Si une partie est tenue, c'est parce qu'elle l'a voulu ; mais alors, s'interroge un auteur, « *comment expliquer qu'elle continue à être liée si sa volonté change* »²⁷⁹ ? : « *la volonté actuelle, vivante {l'emporte sur} la volonté passée, morte* ». ²⁸⁰ C'est dire que cette théorie de l'autonomie de la volonté est à relativiser. D'autant que le contrat est « *est un instrument forgé par le droit* ». ²⁸¹
100. Lorsque l'autonomie de la volonté s'applique au droit positif des contrats, trois principes émergent²⁸² : les parties sont libres de contracter ou de ne pas contracter, ce qui traduit la liberté contractuelle ; si les parties se lient, elles doivent respecter les engagements, ce qui traduit la force obligatoire des contrats ; et enfin seules les personnes qui se sont obligées sont tenues par le contrat, c'est l'effet relatif des contrats. Nous ne nous intéresserons qu'à la liberté contractuelle qui sous-tend la règle de l'unanimité dans la procédure de conciliation.

B. La liberté contractuelle

101. La liberté contractuelle est la première manifestation de l'autonomie de la volonté²⁸³. Elle serait une valeur constitutionnelle qui découlerait de l'article 4 de la Déclaration de 1789, quoique la jurisprudence du Conseil constitutionnel français²⁸⁴ soit difficile à interpréter. Pour faire respecter cette liberté, le Conseil constitutionnel a invalidé certaines dispositions de la loi du

²⁷⁹ F. TERRE et Alii, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, p. 35.

²⁸⁰ G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse de doctorat, Paris, 1965, p. 407 ; V. HEUZE, *La réglementation française des contrats internationaux*, thèse de doctorat, Paris I, 1990, p. 71.

²⁸¹ B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e éd., Dalloz, 2006, p. 197.

²⁸² V. G. CHANTEPIE et M. LATINA, *La réforme du droit des obligations*, éd., Dalloz, 2016, n° 75, 85 et s.

²⁸³ B. OPPETT, « La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence », *Rev. sc. Morales et politiques*, 1995, p. 242.

²⁸⁴ Cons. const., 19 déc. 2000, n°2000-437 DC ; D. 2001, 1766, obs. RIBES ; *RTD civ.* 2001, 229, obs. N. MOLESSIS ; v. également, P.-Y. GHADOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, éd., Dalloz, 2008 ; A. DUFFY, « La constitutionnalisation de la liberté contractuelle », *RD pub.* 2006, 1569. : « le législateur ne saurait porter aux contrats légalement conclus une atteinte qui ne soit justifiée par un intérêt général suffisant sans méconnaître les exigences des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ».

14 juin 2013²⁸⁵ qui entendaient imposer à une partie non seulement le contenu du contrat, mais aussi la personne de son cocontractant, sans aucune possibilité de négociation²⁸⁶. La liberté contractuelle comporte trois principes fondamentaux à savoir la liberté de contracter ou de ne pas contracter, la liberté de choisir son contrat, et la liberté de déterminer le contenu et la forme²⁸⁷ de son contrat.

102. Dans la procédure de conciliation, la liberté contractuelle expose le chef d'entreprise à deux situations difficiles : il doit approcher tous les principaux créanciers dans l'espoir de parvenir à un accord de règlement des dettes, mais aucun créancier n'est obligé d'accepter ses propositions. Si un créancier n'est pas appelé à prendre part aux négociations, ce dernier peut user de son droit civil pour le poursuivre. En fin de compte, le respect de l'autonomie de la volonté, dont la liberté contractuelle est une manifestation, ne privilégierait pas l'intérêt général incarné par l'entreprise.

II. Des conséquences partagées en droit français et en droit OHADA

103. S'il faut admettre que la règle de l'unanimité, dans la procédure de conciliation, est une logique juridique au regard du droit commun des contrats, tel qu'évoqué précédemment, et qu'à ce titre elle présente certains avantages, force est d'affirmer qu'elle ne favorise pas le redressement de l'entreprise, car « *exiger l'unanimité reviendrait en effet à accorder à chacun un droit de veto et à rendre en pratique impossible toute prise de décision* ». ²⁸⁸ Conditionner le redressement d'une entreprise, siège d'intérêts divers, à la volonté de chaque créancier, est une règle juste en théorie mais irréaliste en pratique. En d'autres termes, les avantages que la règle de l'unanimité peut avoir dans la procédure de conciliation (A), sont de loin moindres par rapport aux inconvénients qu'elle comporte (B).

A. Les avantages

104. En représentant une convergence d'opinions au sein d'un groupe de personnes sur un sujet donné, la règle de l'unanimité se présente comme la solution la plus souhaitable dans les situations où des personnes doivent choisir. De ce point de vue, « *l'unanimité honore*

²⁸⁵ L. n°2013-504 du 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi, *JORF* n°138 du 16 juin 2013, p. 9958, texte n°1.

²⁸⁶ Cons. const. 13 juin 2013, déc. n°2013-672 DC ; *Constitutions* 2013, 400, *chron.* A.-L. CASSARD-VAEMBOIS, *JCP* 2013, 929, note J. GHESTIN.

²⁸⁷ A. SERIAUX, *Droit des obligations*, 2^e éd., PUF, 1998, n°38.

²⁸⁸ C. GIRARD, « La règle de la majorité en démocratie : vérité ou équité », *raison politique*, 2014/1, n°53, p. 107.

*véritablement les principes de raison, d'autonomie et d'unité {...} ».*²⁸⁹ Contrairement à la règle de la majorité, la règle de l'unanimité est exempte de toute contradiction et de toute contestation, et confère, de ce fait, une force et une légitimité certaines à la décision prise : « *là où la règle d'unanimité concilie le principe du consentement et le principe de l'égalité, en exigeant l'accord de toutes les volontés, la règle majoritaire, à l'inverse, satisfait la volonté des uns en frustrant celle des autres - et le fait que les premiers soient plus nombreux que les seconds n'abolit pas cette asymétrie* ». ²⁹⁰

105. Dans la procédure de conciliation, destinée à restructurer l'entreprise, le principal mérite de la règle de l'unanimité semble tenir, dans un premier temps, au respect de l'autonomie de la volonté au travers de la liberté contractuelle et, dans un second temps, au renforcement de la crédibilité de l'accord conclu. Elle peut exprimer par ailleurs une certaine assurance auprès de certains créanciers qui n'hésiteraient pas éventuellement, compte tenu de la confiance placée par tous les créanciers dans le projet convenu, à apporter de nouveaux apports ou services. Un tel consensus permet d'éviter, dans l'intérêt des créanciers et dans celui du chef d'entreprise, les conséquences d'une procédure judiciaire. Si la règle de l'unanimité présente l'avantage d'être l'expression d'une convergence de volontés, elle n'en demeure pas moins un handicap à la conclusion d'un accord.

B. Les inconvénients

106. La règle de l'unanimité, comme cela a déjà été dit, ne présente de mérite et d'intérêt incontestables qu'en en droit de l'indivision où « *la sauvegarde des droits primordiaux des copropriétaires* »²⁹¹ peut la justifier.
107. Dans la procédure de conciliation, elle présente plus d'inconvénients que d'avantages. Une entreprise engagée dans une telle procédure est une entreprise viable qui cherche à surmonter ses difficultés passagères inhérentes à toute activité économique. En sauvant cette entreprise, ce sont des emplois et des sources de revenu qui sont sauvegardés. Or, dans cette procédure, l'autonomie de la volonté aidant, certains créanciers refusent de participer à l'effort collectif, remettant ainsi en cause la volonté majoritaire, d'où l'intérêt de savoir s'il faut s'enfermer dans

²⁸⁹ D. MINEUR, « Les justifications de la règle de la majorité en démocratie moderne », *raisons politiques*, n°39, mars 2010, p. 127-149.

²⁹⁰ C. GIRARD, « La règle de la majorité en démocratie : vérité ou équité », *raison politique*, 2014/1, n°53, p. 107.

²⁹¹ J. P. MANTELET, « Droit et pratique de la copropriété des immeubles », *en ligne www.jpm-copro.com.*, p. 1. (En format pdf)

un respect absolu de la liberté contractuelle, ou s'il faut la relativiser afin de privilégier l'intérêt général ?

108. La règle de l'unanimité et celle de la majorité sont ce que sont la démocratie populaire et la démocratie représentative en droit constitutionnel. La démocratie populaire sous-tendant la participation effective et complète des populations à toute prise de décision, est celle qu'on souhaiterait : « *la démocratie directe et son accompagnement concret, le referendum d'initiative populaire, sont de nature à rendre la nature au peuple et à briser les chaînes dans lesquelles la société politique a tenu la société civile depuis plusieurs siècles* ». ²⁹² Cependant, certaines situations particulières d'intérêt commun commandent que des représentants avertis en la matière décident au nom de tous, en vue de mieux sauvegarder cet intérêt commun. Telle est l'idée de la démocratie représentative. Il en ressort que l'application de la règle de la majorité apparaît moins difficile comme l'affirme un auteur : « *on adoptera la règle de la majorité, non pas parce qu'elle a plus de chance d'être conforme à la vérité, mais parce que son adoption permet au plus grand nombre d'individus d'être libres* ». ²⁹³ La règle de l'unanimité serait synonyme de despotisme : « *dans tout pays où vous verrez une assemblée d'hommes constamment d'accord, soyez sûr qu'il y a despotisme, ou que le despotisme sera le résultat de l'unanimité, s'il n'en est pas la cause* ». ²⁹⁴
109. Certes, dans le cas de figure de la procédure de conciliation, l'intérêt commun des créanciers, celui du chef d'entreprise et celui du pouvoir public sont divergents ; pour autant faudrait-il permettre l'application d'une règle à intérêt minoritaire ? Les entreprises, représentant un maillon important dans tout système socio-économique auquel plusieurs autres intérêts sont attachés, leur sauvegarde ne devrait être contrariée par aucun intérêt particulier fût-ce celui d'un créancier sourd à toute forme de négociation. C'est pourquoi la majorité se substituerait, avec raison, aux droits de l'unanimité ²⁹⁵.
110. De ce qui précède, il apparaît souhaitable, comme ce fut le cas dans l'ancienne procédure de règlement amiable français, que des créanciers minoritaires n'anéantissent pas les efforts des

²⁹² J. GARELLO, « Les bienfaits de la démocratie directe », *contrepoints*, 27 nov. 2013, article consulté le 17 nov. 2017.

²⁹³ R. PELLOUX, « Les partis politiques dans les constitutions d'après-guerre », *revue dr. public*, 2^e trim., 1934, p. 243.

²⁹⁴ G. STAËL, *Considération sur la révolution française*, éd., Treuttelle & würtz, t. II, 1817, p. 332.

²⁹⁵ E. J. SYEYES, *Préliminaire de la constitution française*, éd., imprimeur de l'Assemblée nationale, Paris, 1789, p. 38.

majoritaires, ce pour éviter l'enlisement de la situation d'une entreprise viable. Des alternatives adaptées étaient (le sont encore) exploitables par les législateurs.

Paragraphe II. Les alternatives

111. En l'état actuel des droits français et OHADA des entreprises en difficulté, l'engagement dans un accord de conciliation relève du droit commun des contrats, de sorte que la réussite de la procédure reste logiquement tributaire d'un accord unanime des créanciers. Ce qui revient à dire qu'une réticence sur cent possible peut faire échec à quatre-vingt-dix-neuf accords sur cent possible. La force minoritaire se voit doter de tout pouvoir pour anéantir la volonté majoritaire. Dès lors elle défavorise la croissance de l'économie nationale en ce qu'une entreprise viable en difficulté est synonyme d'une assiette fiscale et des emplois menacés. Sous cet angle comparatif, il semble clair que la balance est déséquilibrée en défaveur de l'intérêt général. Or, les législateurs français et OHADA auraient pu trouver une solution à cette problématique. L'adoption de la règle de la majorité (I), ou l'adaptation du mécanisme de plan pré-arrangé à l'américaine, étaient (le sont encore) des approches plus réalistes (II).

I. L'adoption de la règle de la majorité

112. Afin de favoriser le redressement des entreprises, dès la première manifestation des difficultés, les législateurs français et OHADA auraient pu adopter la règle de la majorité, dans le but de favoriser la conclusion rapide d'un accord (A), sans encourir une question prioritaire de constitutionnalité (B).

A. Le mérite de la mesure

113. La règle de la majorité dans la procédure de conciliation est un sujet rarement débattu au sein de la doctrine²⁹⁶. Pourtant, sous l'empire de la loi du 1^{er} mars 1984²⁹⁷ ayant institué le règlement amiable en droit français, cette règle s'appliquait. Elle se traduisait par l'intervention du tribunal dans la procédure. Cette mesure visait à faciliter (par un brin de contrainte) la conclusion de l'accord en vertu des dispositions de l'ancien article L.611-4, III et IV du code de commerce. Lorsqu'une majorité se dégagait au sein des principaux créanciers, le tribunal obligeait les minoritaires à adhérer au projet d'accord proposé par le chef d'entreprise, en neutralisant

²⁹⁶ Ce qui peut se comprendre dans la mesure où qui dit contrat dit consensualisme, de sorte que la question de la règle de la majorité dans la procédure de conciliation vient en contresens de toute logique juridique. Cela peut également se comprendre dans le sens que la majorité des auteurs apprécie la législation en la matière.

²⁹⁷ V. *supra*, n°10 et s.

notamment les démarches individualistes de ces derniers. En ce sens, le III du texte précité disposait que « *s'il estime qu'une suspension provisoire des poursuites serait de nature à faciliter la conclusion de l'accord, le conciliateur peut saisir le tribunal. Après avoir recueilli l'avis des principaux créanciers, ce dernier peut rendre une ordonnance la prononçant pour une durée n'excédant pas le terme de la mission du conciliateur* », et selon le IV du même texte : « *cette ordonnance suspend ou interdit toute action en justice de la part de tous les créanciers dont la créance a son origine antérieure à ladite décision et tendant : 1° à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ; 2° à la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent* ».

114. La différence entre l'ancien règlement amiable du droit français et la conciliation en droit OHADA et en droit français aujourd'hui réside dans le rôle autrefois dirigiste du juge, qui, aujourd'hui, n'intervient que pour valider l'accord librement intervenu entre les parties. Sauf qu'un tel accord s'obtient difficilement, d'où l'importance de la règle de la majorité dont l'adoption dans la conciliation n'est pas un acte inconstitutionnel.

B. La constitutionnalité de la mesure

115. L'adoption de la règle de la majorité dans le but de faciliter la conclusion d'un accord de conciliation n'encourt aucun risque d'incompatibilité constitutionnelle. Les législateurs français et OHADA auraient pu en effet prévoir une règle spéciale en la matière - instaurer la règle de la majorité en l'occurrence - qui aurait dérogé à la règle générale du droit commun des contrats - à savoir le consensualisme -, à l'appoint de la protection de l'intérêt général. La primauté du droit spécial sur le droit général ainsi que la protection de l'intérêt général sont autant d'arguments juridiques qui peuvent attester de la constitutionnalité de la règle de la majorité dans la procédure de conciliation.
116. Il est vrai que l'adage selon lequel *specialia generalibus derogant* (ce qui est spécial déroge à ce qui est général) - et qui semble asseoir un principe de primauté du droit spécial sur le droit commun -, n'est pas du droit positif. Cependant cet adage est exploité par les tribunaux dans certains contentieux. L'ancien article 1107 du code civil français, qui était inchangé depuis 1804, prévoyait la cohabitation entre le droit spécial et le droit général sans pour autant déterminer celui qui prime : « *les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas, sont soumis à des règles générales qui sont l'objet du présent titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux ; et les*

règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce ». Ce manque de précision a inquiété plusieurs auteurs²⁹⁸ et praticiens.

117. La réforme du droit des contrats, opérée par l'ordonnance du 10 février 2016²⁹⁹, a apporté une précision importante sur la question de la primauté entre le droit spécial et le droit général. L'ancien article 1107, devenu 1105, dispose désormais que « *les contrats, qu'ils aient ou non une dénomination propre, sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent sous-titre. Les règles particulières à certains contrats sont établies dans les dispositions propres à chacun d'eux. Les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières.* ». En d'autres termes, en présence d'un droit spécial, le droit général ou commun n'a pas vocation à s'appliquer. Le même principe sera-t-il consacré par l'Acte uniforme des contrats en projet en droit OHADA ? L'avant-projet ne permet pas d'apporter une réponse précise ; il faudrait attendre la rédaction finale.
118. Au plus, les législateurs français et OHADA auraient pu s'appuyer sur l'argument de la protection de l'intérêt général. En droit français particulièrement, cela peut être fondé sur une décision du Conseil constitutionnel du 19 décembre 2000³⁰⁰. Dans cette décision, il a été indiqué que le législateur pouvait porter atteinte à la liberté de contracter ou non, pour des motifs tirés d'intérêt général, et à condition que cette atteinte à la liberté contractuelle soit proportionnée au but poursuivi. Il semble ressortir de cette décision, par rapport au cas précis qui nous intéresse ici, que l'intérêt général, qui tient au sauvetage d'une entreprise économiquement stable, remplit cette condition. En tout état de cause, il ne semble ni équitable, ni juste qu'une minorité des créanciers puisse empêcher l'aboutissement d'un accord dont la finalité est de redresser le débiteur. Outre la solution de la règle de la majorité, les législateurs avaient le choix de celle relative au *prepackaged plan* ou plan pré-négocié.

II. L'approche d'une procédure judiciaire à plan pré-arrangé

119. L'autre solution que les législateurs français et OHADA auraient pu adopter, lors des dernières réformes, pour contrecarrer l'opposition des créanciers minoritaires à la conclusion d'un accord de conciliation, était l'approche d'une procédure judiciaire à plan pré-négocié, comme cela se

²⁹⁸ N. BALAT, « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? » *D.* 2015, chron., p. 699.

²⁹⁹ Ord. n°2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n°0035 du 11 févr. 2016, texte n°26.

³⁰⁰ Cons. const., décision n°2000-437 DC du 19 déc. 2000, *cah. cons. const.* n°10.

pratique dans le cadre du chapitre 11 du code fédéral américain de la faillite³⁰¹. La raison d'un tel choix réside dans le vote (A). Ce choix aurait toutefois nécessité la création d'une procédure collective supplémentaire (B).

A. Les raisons

120. Hormis son caractère contraignant - puisque le plan adopté sous l'égide du tribunal est opposable à tous les créanciers y compris ceux qui ne l'ont pas voté - cette procédure judiciaire à plan pré-négocié présente l'avantage d'être pilotée en amont par le débiteur lui-même en complicité avec le conciliateur. En pratique, dans le cadre d'une telle procédure, le chef d'entreprise présente le projet d'accord de conciliation, tenu en échec par les créanciers minoritaires sur le terrain de la conciliation, comme projet de plan/concordat (de sauvegarde/préventif) dans le cadre de la procédure judiciaire. Déjà soutenu par la majorité des créanciers depuis la phase amiable, un tel plan sera judiciairement et facilement adopté au moyen du vote, les créanciers majoritaires devant alors réitérer leur adhésion. En adoptant la solution précédemment décrite, les législateurs auraient toutefois été obligés de prévoir une procédure judiciaire de plus.

B. Les conséquences

121. La solution du *prepackaged plan*, pour contourner le blocus que forment les minoritaires lors de la négociation d'un accord de conciliation, aurait logiquement requis la création d'une nouvelle procédure judiciaire, qui serait alors expresse et au régime dérogatoire, puisqu'il aurait fallu compresser les délais procéduraux ordinaires.
122. Il résulte des réformes intervenues dans les droit français et OHADA que les législateurs sont restés sur la même longueur d'onde en ce qu'ils ont préféré tous les deux la règle de l'unanimité à celle de la majorité dans la procédure de conciliation.
123. En droit OHADA plus particulièrement, cette décision législative peut se justifier par le fait que la procédure conciliation n'existait pas avant la réforme de 2015 ; il est compréhensible que le législateur ait voulu prendre le temps de la réflexion. Quoiqu'il en soit, le procédé de plan pré-arrangé est une solution tacitement admise aussi bien dans ce droit que dans celui de la France

³⁰¹ V. *infra*, n°145 et s.

bien avant sa reconnaissance législative. Ce qui signifie, qu'au besoin, les praticiens peuvent légalement y recourir.

Conclusion du chapitre 1

124. Du chapitre qui précède, il peut être retenu que la prévention voire le traitement des difficultés des entreprises en droit français antérieurs à la loi de sauvegarde de 2005, présentent les mêmes caractéristiques que celles prévues par le droit positif OHADA en la matière, surtout en ce qui concerne les faiblesses de la procédure de conciliation. Ces faiblesses tiennent à l'effet immédiat de la cessation des paiements et à la rigidité de la règle de l'unanimité qui caractérise l'accord de conciliation. Ces défauts de la conciliation, laquelle est la principale procédure préventive dans les deux droits, ne sont pas de nature à favoriser le redressement du débiteur, puisque chaque créancier dispose d'un droit véto qu'il peut opposer à la conclusion d'un accord.

Chapitre 2. Le procédé de passerelle : une solution admise juridiquement dans les droits français et OHADA

125. Le procédé de *prepack* est une procédure intermédiaire permettant de basculer d'un traitement amiable dans un traitement judiciaire. Face aux faiblesses de la procédure de conciliation³⁰², il a été déjà vu qu'il constitue une des solutions exploitables pour déjouer le blocage de la conclusion d'un accord de conciliation³⁰³. Il est inspiré des *prepackaged plans* du chapitre 11 du code fédéral américain de la faillite.
126. Marqué par un effet *cram-down* ou écrasement des créanciers non diligents, le procédé de *prepack* permet au chef d'entreprise de bénéficier de la liberté et de la confidentialité de l'amiable pour négocier, avec ses créanciers, un projet de restructuration financière, et de profiter du vote présent dans le judiciaire pour faire adopter son plan. Tel qu'il se présente, la célérité des opérations ainsi que la négociation sont au cœur de ce procédé.
127. Les droits français et OHADA des entreprises en difficultés sont ouverts à la négociation ; des cadres de discussions ont été créés pour ce faire dont, notamment, la procédure de conciliation. Dans le cadre de ce chapitre, un bref rappel³⁰⁴ des principaux modes de restructuration des entreprises prévus par le chapitre 11 du code fédéral américain de la faillite sera fait (Section 1), afin de mieux cerner la procédure de plan pré-arrangé dans son esprit. Ensuite, les fondements juridiques qui l'admettent, en dehors de tout cadre législatif spécifique, dans les droits français et OHADA seront examinés (Section 2).

Section 1. Le rappel du chapitre 11 du code fédéral américain de la faillite

128. Le chapitre 11 du titre 11 du code fédéral américain de la faillite traite des procédures de réorganisation notamment des *prepackaged plans* ou plans pré-arrangés. Ces plans résultent d'une négociation amiable et contractuelle entre le débiteur et ses créanciers, avant l'ouverture d'une procédure judiciaire, en vue de leur approbation par le tribunal. Ils permettent une restructuration financière rapide et moins coûteuse. Rendus possibles grâce au fait majoritaire lui-même corollaire de l'effet *cram-down* ou écrasement des créanciers opposants, ces

³⁰² V. *supra*, n°59 et s. ; n°108 et s.

³⁰³ V. *supra*, n°136.

³⁰⁴ Pour en savoir davantage v. S. STANKIEWICZ MURPHY, *L'influence du droit américain de la faillite en droit français des entreprises en difficulté*, thèse de doctorat, Université de Strasbourg, 2011, p. 109 et s.

mécanismes de restructuration, combinant l'amiable et le judiciaire, ont fini par inspirer la plupart des droits modernes.

129. Dans le droit américain, il existe deux types de faillites codifiés aux chapitre 7 et chapitre 11 du code fédéral de la faillite. Le chapitre 7 est relatif à la liquidation. Le débiteur qui demande sa mise en liquidation a généralement cessé toute activité et se trouve alors placé sous le contrôle d'un *trustee-in-bankruptcy* ou un syndic de faillite. Le rôle de ce dernier est de liquider l'actif de l'entreprise et de partager le produit net entre ses créanciers. Ce serait l'équivalent des procédures de liquidation judiciaire dans les droits français³⁰⁵ et OHADA³⁰⁶. Le chapitre 11 est celui qui propose une restructuration. Le débiteur qui invoque ce chapitre souhaite réorganiser son entreprise en vue d'acquitter intégralement ou partiellement ses dettes et de redevenir rentable. Ce débiteur va continuer à gérer son entreprise à la différence de celui qui invoque le chapitre 7. Il est dit alors qu'il est un *debtor in possession* ou un débiteur en possession³⁰⁷. Ce statut lui permet de posséder et de gérer son actif, de même que le conseil d'administration et les autres responsables continuent à exercer tous les pouvoirs nécessaires à la gestion normale de l'entreprise. Toutefois, cette gestion reste sous la surveillance et non le contrôle du tribunal³⁰⁸.
130. Son statut de *debtor in possession* lui permet également de bénéficier du sursis de plein droit³⁰⁹ en ce qui concerne les poursuites. C'est un principe qui s'applique dès la demande de mise en faillite au titre du chapitre 11. Toutes actions pouvant être engagées contre le débiteur, y compris l'application des sûretés, des droits de rétention, des saisies des biens et des actions judiciaires sont interdites. Un créancier titulaire d'une sûreté non opposable ne peut pas faire opposition au sursis immédiat subséquent à une demande du chapitre 11³¹⁰. Certaines actions ou procédures échappent toutefois à ce principe. Tel est le cas notamment pour les actions ou les procédures entamées par un organisme gouvernemental exerçant son pouvoir d'intervention, l'application d'un jugement autre que celui pécuniaire obtenu par un organisme gouvernemental³¹¹ et les actions du bailleur à l'encontre du débiteur à l'appui d'un bail dont la

³⁰⁵ Art. L. 640-1, c. com.

³⁰⁶ Art. 25, AUPC.

³⁰⁷ Code de la faillite, § 1107.

³⁰⁸ Code de la faillite, § 1104 (a).

³⁰⁹ Code de la faillite § 362 (a).

³¹⁰ Code de la faillite, 362 (a) (5).

³¹¹ Code de la faillite § 362 (b) (4).

durée a expiré avant la déclaration de faillite³¹². Il importe de préciser que la violation du principe de sursis de plein droit peut donner lieu à des sanctions par le tribunal de la faillite³¹³.

131. Nonobstant tous ces avantages, des aspects négatifs existent dans le recours au chapitre 11. Il en est ainsi du coût et des nombreuses formalités caractérisant les procédures judiciaires, le risque pour le débiteur de perdre le contrôle de la gestion de son entreprise, un *trustee* ou administrateur pouvant être nommé. Pour ces raisons, les mécanismes de restructuration financière de l'entreprise, préalablement à toute ouverture du chapitre 11 et en dehors de toute intervention judiciaire, sont devenus prisés. Il s'agit de négociations antérieures à une procédure judiciaire³¹⁴ qui aboutissent à des *exchange offers* ou échanges d'offres, ou à un accord de *prepackaged plan* ou plan pré-arrangé. Cette dernière solution intéresse notre étude, car c'est elle qui définit les modalités du futur plan de réorganisation.
132. La solution de *prepackaged plan* n'est pas nouvelle en droit américain de la faillite. Elle était permise au débiteur sous le régime du *bankruptcy act* de 1898³¹⁵. En 1935, le législateur est allé plus loin en acceptant les plans votés dans le cadre de simples discussions privées entre le débiteur et ses créanciers³¹⁶. La même possibilité avait été introduite dans le code de 1978 bien qu'elle ne fut pas beaucoup utilisée. Ce n'est qu'en 1990 qu'elle suscita un réel intérêt auprès des débiteurs par suite de l'augmentation de la dette publique des sociétés par action. Au début, seules les entreprises de grande taille s'en servaient pour faire face à leur surendettement sans pour autant que cela n'influe sur le cours normal de leurs affaires et les relations avec les créanciers importants. De nos jours, beaucoup d'entreprises recourent à ces procédures à cause de trois grands avantages : la suspension des poursuites individuelles, une restructuration opérationnelle et une restructuration financière³¹⁷. La doctrine française, ainsi que les praticiens français furent les artisans de la promotion du procédé de plan pré-arrangé en droit français. Seront particulièrement vus dans le cadre de cette section, les plans pré-arrangés en droit

³¹² Code de la faillite § 362 (b) (10).

³¹³ Code de la faillite § 362 (h).

³¹⁴ Il importe de préciser que les plans pré-arrangés ne constituent pas en eux-même des procédures judiciaires, c'est le chapitre 11 qui l'est. Autrement dit, l'ouverture du chapitre 11 signifierait dans les droits français et OHADA l'ouverture de la procédure judiciaire. Un plan de réorganisation pré-arrangé est adopté dans le cadre de la procédure judiciaire, c'est-dire du chapitre 11.

³¹⁵ Entendre code de la faillite de 1898.

³¹⁶ Campbell.V. alleghany corp., 75 F. 2d. 947, 4th Cir.1935.

³¹⁷ R. LEVIN, « La restructuration d'entreprise dans le cadre du chapitre 11 du code américain des faillites », *cah. du dr. de l'entr.*, sept.-oct. 2009, n°5, p. 21.

américain de la faillite (Paragraphe I), ainsi que l'analyse des circonstances de l'expérimentation française sur inspiration américaine (Paragraphe II).

Paragraphe I. Les *prepackaged plans* ou plans pré-arrangés

133. Les modes de restructuration financière des entreprises en difficulté sont nombreux en droit américain de la faillite (I). Ils poursuivent des objectifs similaires dont la poursuite de l'activité et le règlement des dettes. Ils présentent également des caractéristiques communes dont la célérité. Enfin ils obéissent au même encadrement (II).

I. Les catégories

134. Les mécanismes du *prepackaged plan* ne sont pas définis dans le code fédéral de la faillite. La définition de référence a été donnée par la jurisprudence, notamment par le tribunal de faillite du district du Sud de New York en 1999 : « *The procedural guidelines for prepackaged chapter 11 cases in the united states bankruptcy court for the suthern district of New York* »³¹⁸, soit « les règles de procédure dans le cadre des plans pré-arrangés, rédigées au titre du chapitre 11, en vue d'établir des règles d'application et de mise en place de plans pré-arrangés dans le district du sud de New York ». Autrement dit, selon ce tribunal, la procédure du *prepackaged plan* est « celle par laquelle le débiteur demande parallèlement à l'ouverture d'une procédure du chapitre 11, la confirmation d'un plan élaboré et accepté préalablement par les créanciers »³¹⁹. Après avoir trouvé un accord avec certains créanciers, le débiteur sollicite toutes les *class* pour le vote de son projet de plan avant l'ouverture d'une procédure du chapitre 11. Ce type de procédure est le *prepack* classique (A), auquel il existe des variantes imposées par la pratique dont *the prenegociated plan* ou pré-négocié et *the prearranged sales* ou les ventes pré-négociées (B).

A. Le *prepack* classique

135. Le *prepack* classique résulte d'une négociation entre le débiteur et ses créanciers, laquelle a fait l'objet d'un vote favorable au sein des différentes *class* de créances. La procédure n'aboutit qu'une fois le plan confirmé par le tribunal de la faillite. Dans la pratique, il existe des branches

³¹⁸ United states bankruptcy court souther distric of New York, in the matter of the adoption of chapter 11 guidelines, general order 2003, « The procedural guidelines for prepackaged chapter 11 cases in the united states bankruptcy court for the suthern district of New York », feb. 24, 1999.: trib. fédéral du sud de New York en matière d'adoption des directives du chapitre 11.

³¹⁹ S. E. MAYERSON, « Current developments in prepackaged bankruptcy plan », commercial law and practice course handbook series PLI, order n° A0-00-E6,11, apr. 2002.

dans la catégorie des *prepackaged plans* dits classiques. Il s'agit du *prepack* double et du *prepack* partiel. Sur le fond, il s'agit de la recherche d'un même objectif. Toutefois ces branches présentent quelques particularités.

136. Dans le *prepack* double, le débiteur recourt aux échanges d'offres avec ses créanciers. Si ces échanges s'avèrent suffisants pour le redressement de la situation financière du débiteur, il ne sera pas procédé à l'ouverture d'une procédure du chapitre 11. Dans le cas contraire, ces offres acceptées seront considérées comme des votes positifs en faveur du projet de plan établi par le débiteur, dans le cadre d'une procédure ultérieure du chapitre 11. Si dans le *prepack* double le principe est la négociation avant l'ouverture de toute procédure du chapitre 11, c'est à peu près le contraire dans le cadre d'un *prepack* partiel.
137. Dans le *prepack* dit partiel, le débiteur ne cherche que l'accord de certains créanciers importants pour soutenir son plan avant l'ouverture d'une procédure du chapitre 11. Les autres créanciers seront consultés une fois cette procédure ouverte. L'accord de la *class* des créanciers les plus importants constituera une assurance pour celle des petits créanciers qui ne poseront aucun problème pour adhérer. Une jurisprudence devenue célèbre a démontré le succès de cette variante. Il s'agit de l'affaire *blue bird body co*³²⁰. Dans cette affaire, la procédure a été considérablement courte³²¹. Bien que tous les créanciers aient été consultés lors de l'élaboration du projet de plan, seul un groupe bancaire, le plus influent, a voté en sa faveur avant l'ouverture d'une procédure du chapitre 11. A cause du poids de ce créancier puissant, les autres créanciers ont par la suite voté pour. Le caractère amiable qui caractérise les *prepackaged plans* en droit américain de la faillite offre plusieurs possibilités au débiteur afin de faire adopter son plan. Outre ces deux mécanismes, d'autres options sont possibles pour le chef d'entreprise. Ce sont le plan et la vente pré-négociés.

B. Le plan et la vente pré-négociés

138. Les procédés de plans pré-négociés et de ventes pré-arrangées sont des inspirations de la pratique, dans le respect de l'esprit du code fédéral de la faillite, qui les utilise couramment. La flexibilité de ces procédés les rend plus attractifs.
139. Dans le cadre d'un plan pré-négocié, le vote est effectué au cours d'une procédure du chapitre 11. Il porte sur les éléments ayant déjà été négociés antérieurement à l'ouverture de celle-ci,

³²⁰ *Affairs blue bird body co*, nov. jan. 26, 2006, case n° 06 - 50025 GWZ, bank. D.

³²¹ Trente quatre heures (34 H).

mais qui n'ont pas fait l'objet d'un vote au sein des différentes *class* de créances. Ce mécanisme est utilisé par le débiteur lorsqu'il veut préparer la restructuration des créances de la plupart de ses créanciers dont il a obtenu le soutien. Dans ce cas, les négociations se font avec ces seuls créanciers, dans l'espoir qu'ils voteront en faveur du projet de plan. Ce mécanisme repose foncièrement sur l'espoir et la confiance réciproques entre les parties.

140. Afin de se rassurer du vote des différentes *class* de créances en faveur du plan au cours de la procédure de réorganisation, il est très souvent recouru à la rédaction d'un *lock-up agreement* ou un accord d'engagement. Cet accord est établi avant l'ouverture d'une procédure du chapitre 11 et résulte d'un accord entre le débiteur et ses créanciers. Il prévoit que les créanciers signataires voteront en faveur du plan sous réserve de conditions. Ces conditions sont notamment la rédaction d'un *disclosure agreement* ou la déclaration de divulgation et sa validation par le tribunal, la rédaction du plan tel que négocié entre les parties dites *locked-up* ou engagées, et le non changement de situation du débiteur au cours de la procédure du chapitre 11.
141. Le *lock-up agreement* représente la clef du succès dans le cadre d'un plan pré-négocié. Il permet par exemple à un futur acquéreur de s'engager dans la procédure ouverte à l'encontre de l'entreprise, espérant que la cession de cette dernière en sa faveur pourrait, *a priori*, être facilement signée par les créanciers. Toutefois, cet espoir reste fragile dans la mesure où le débiteur est dans une obligation fiduciaire. En d'autres termes, il est obligé de céder l'entreprise au plus offrant des candidats. Le *lock-up agreement* permet aussi à certains créanciers de s'imposer dans le cadre d'une restructuration financière complexe. En effet, le vote des principaux créanciers représentant la majorité au sein de leur *class* en faveur du plan, suffit à considérer que ce plan est accepté. Les créanciers minoritaires se voient, en conséquence, imposer le vote majoritaire. Le mécanisme permet d'éviter des discussions interminables dans l'hypothèse d'une pluralité de *class* de créances.
142. La rédaction d'un *lock-up agreement* doit se faire avec minutie et précision. Les parties étant libres de déterminer son contenu, le tribunal limite son interprétation aux seules stipulations de l'accord. L'accord peut ainsi prévoir que le débiteur peut faire contraindre, par le tribunal, les créanciers signataires qui n'honoreraient pas leur engagement à voter le plan. C'est dire que les parties au *lock-up agreement* ont tout intérêt à définir clairement leur intention sous peine de

voir le tribunal les interpréter différemment. Dans une affaire par exemple³²², le *lock-up agreement* prévoyait le vote des créanciers dits *locked - up* ou engagés en faveur du plan au cours de la procédure après l'approbation du *disclosure statement* par le tribunal ; mais le tribunal a refusé de considérer ce *lock-up agreement* comme étant un vote en faveur du plan du seul fait de la non clarté de la volonté du débiteur. Il a donc fallu procéder au vote de façon classique, c'est-à-dire avec tous les créanciers pour sa confirmation. Le plan pré-négocié correspondrait aussi bien dans son organisation que dans ses objectifs aux sauvegardes accélérées adoptées en droit français.

143. Dans la vente pré-arrangée, il ne s'agit pas, contrairement au plan pré-négocié, de restructurer l'entreprise, mais de préparer la vente de celle-ci avant l'ouverture d'une procédure du chapitre 11. La vente peut être réalisée entre soixante et quatre-vingt-dix jours après l'ouverture d'une procédure du chapitre 11. C'est un procédé beaucoup utilisé aux États-Unis d'Amérique du fait de son caractère radical et rapide. La vente totale ou partielle d'une entreprise en difficulté peut être prévue par le plan de réorganisation, ou se réaliser dans le cadre d'une vente aux enchères³²³. La vente aux enchères ne concerne que les biens perdant leur valeur. Plus rapide que la vente dans le cadre d'un plan de réorganisation, la vente aux enchères est préparée avant l'ouverture d'une procédure du chapitre 11. Issue des négociations, la vente aux enchères doit être approuvée par le tribunal et avantageuse pour l'acquéreur et pour le vendeur. La vente pré-négociée a été utilisée dans plusieurs affaires dont les plus célèbres sont Chrysler³²⁴ et General Motors³²⁵ en 2009.
144. Dans l'affaire Chrysler, grand constructeur automobile américain, un accord de rachat avait vite été trouvé avec la société italienne *fiat* par suite de négociations entamées le 20 janvier 2009. Le 30 avril 2009, une procédure de réorganisation du chapitre 11 a été ouverte pour la société *Chrysler*, entrée en alliance avec la société *fiat*. Le 31 mai 2009, le tribunal a approuvé le plan proposé en rejetant plusieurs demandes d'opposition contre la vente. En tout, la procédure n'a duré qu'un mois.
145. Dans l'affaire General Motors, les discussions pour la vente aux enchères avaient eu lieu avant l'ouverture du chapitre 11 soit le 1^{er} juin 2009. Le plan de réorganisation prévoyait la vente à

³²² Aff. NII holding inc. , 25 oct. 2002, Case n°02-11505, bank. D. Del.

³²³ 11 U.S.C. § 363 (*united states code, subsection 363 ou Code des Etats-unis (d'Amérique), sous-section 365*).

³²⁴ N. KING. JR. J. MCCRACKEN, « chrysler pushed into fiat's arms » *wall street journal*, 1^{er} mai 2009, en ligne www.wsj.com

³²⁵ *id.*

un seul enchérisseur, la société NGM. Le 10 juillet 2009, le plan a été approuvé par le tribunal et la vente s'est réalisée telle que convenue dans le *prepack*. Cette autre procédure n'a duré qu'un mois et quelques jours. Si tous les mécanismes de restructurations hors chapitre 11 précédemment vus s'organisent avec une grande liberté, ils n'en demeurent pas moins encadrés.

II. L'encadrement des plans pré-arrangés

146. Les procédures pré-arrangées combinent, comme cela a déjà été dit, l'amiable et le judiciaire. Elles ont des caractéristiques propres qui doivent toutefois être conformes au code de la faillite. La validité des plans pré-arrangés est soumise au respect de plusieurs conditions dont celles prévues par la section 1126 du code fédéral de la faillite. Elles sont relatives à l'acceptation du plan par les créanciers (A) et au respect du droit commun des garanties (B).

A. Le plan

147. Le vote du plan est régi par la règle 3018 (b) du code de la faillite. Cette règle exige que le plan soit transmis à tous les créanciers devant le voter dans un délai raisonnable, et que la sollicitation respecte les dispositions de la section 1126 (b) du même code. En gros, la validité d'un plan issu d'un *prepackaged plan*, voté avant ou pendant une procédure de réorganisation du chapitre 11, dépend de la conformité des phases de sollicitation du vote et du vote lui-même au code de la faillite.
148. Dans une procédure de réorganisation, ouverte dans le cadre du chapitre 11, le débiteur doit obtenir l'approbation du tribunal pour divulguer le projet de plan à travers une déclaration de divulgation ou *disclosure statement*. Cette exigence permet au tribunal de s'assurer que tous les créanciers ont eu en temps utile toutes les informations nécessaires à un vote éclairé³²⁶. C'est en vertu de cet accord que le débiteur sollicitera les créanciers par le biais des *class* de créances pour voter le projet de plan.
149. 166. *A contrario*, le débiteur dans le cadre d'un *prepackaged plan* classique, contourne cette étape et demande l'avis des créanciers sur son projet de plan avant de solliciter l'approbation du tribunal en vue de sa divulgation. Cette approbation se fait parallèlement avec la confirmation du plan. Toutefois, les conditions de sollicitation doivent avoir été respectées sous

³²⁶ 11 U.S.C. § 1125.

peine de faire une autre sollicitation. Le code fédéral de la faillite évoque l'adoption d'un plan avant l'ouverture d'une procédure du chapitre 11³²⁷, car cela impose des obligations qui concernent les sûretés. En effet les dispositions de la loi fédérale sur les actions et obligations relatives à la lutte contre la fraude s'appliquent à tous les plans prévoyant la modification ou la création de sûretés³²⁸. Elles prévoient notamment que toute « *personne qui propage tout prospectus ou toutes communications orales comprenant une information erronée fondée sur des faits matériels, ou qui omet de préciser un fait matériel permettant de placer l'information dans les circonstances nécessaires à sa compréhension ou à son utilisation, engage sa responsabilité civile* ». ³²⁹ *The securities and exchange act* ou la commission des actions et obligations de l'acte de 1934 indique de son côté que toute personne qui remet à cette commission des « *informations qui étaient, au moment et à la lumière des circonstances dans lesquelles elles ont été transmises, fausses ou trompeuses, engage sa responsabilité* ». ³³⁰

150. La notion d'information reste vaguement définie par la section 1125 du code fédéral de la faillite. L'accent est juste mis sur le fait que les créanciers doivent être largement ou suffisamment informés en vue d'effectuer un vote éclairé. En l'absence de lois applicables à la divulgation d'informations nécessaires à la prise de décision, la section 1125 s'applique. La section 1126 (e) dispose dans le même sens que le vote qui n'aura pas été sollicité dans la bonne foi et dans le respect du code de la faillite ne peut être considéré. Les textes de loi relatifs aux actions et obligations restent quelque peu flous.
151. Par ailleurs, la validité de la sollicitation du vote du plan, en cas d'ouverture d'une procédure au titre du chapitre 11 avant l'issue des votes, se pose. Pendant longtemps, il a été considéré que si le débiteur avait commencé la sollicitation du vote d'un plan pré-arrangé, et que l'ouverture d'une procédure de faillite était demandée avant la fin des votes, la procédure de sollicitation devait cesser. Cela donnait l'occasion aux créanciers récalcitrants de demander l'ouverture d'une procédure involontaire, et donc de faire échec à un plan pré-arrangé qui aurait pourtant pu être adopté. C'est pourquoi, le *bankruptcy abuse prevention and consumer protect*

³²⁷ Section 1126 (b) : un vote en faveur ou à l'encontre d'un plan réalisé avant l'ouverture d'une procédure de faillite n'est valide que si : (i) la sollicitation d'un tel vote est conforme aux lois applicables, hors lois de la faillite, régissant la divulgation d'informations dans le cadre d'une telle sollicitation, (ii) en l'absence de telles lois, un tel vote a été sollicité après la divulgation des informations adéquates telles que définies à la section 1115(a) du code fédéral de la faillite.

³²⁸ Acte de 1933.

³²⁹ 15 U.S.C. 771 (a) (2).

³³⁰ 15 U.S.C.78 r (a).

act (BAPCPA) de 2005, a introduit la section 1125 (g) dans le but d'éviter toute interprétation et d'encourager le recours au *prepackaged plan*. Il permet qu'une sollicitation qui a débuté avant l'ouverture d'une procédure du chapitre 11, puisse continuer au-delà de celle-ci, tant que cette sollicitation est conforme aux règles applicables hors du droit de la faillite comme celles concernant les garanties. En conséquence les créanciers non diligents, qui s'opposent à l'adoption d'un plan pré-arrangé qui a de forte chance d'être confirmé par le tribunal, n'ont plus la possibilité d'échapper à l'application du *prepackaged plan*³³¹. Outre les conditions de la sollicitation du vote du plan, le vote, lorsqu'il intervient en dehors de la procédure judiciaire, doit être conforme au code de la faillite en vue de la confirmation du plan.³³²

152. La section 3818 (b) du code fédéral de la faillite dispose que le vote du plan doit avoir lieu dans un délai raisonnable. Elle prime les lois non relatives à la faillite. Les votes des créanciers doivent respecter cette règle sous peine d'être annulés. La notion de délai raisonnable pose beaucoup assez de difficultés quant à la détermination de son sens et de ses contours. Elle n'est définie par aucune disposition du code de la faillite. Ce délai est le plus souvent pris par les juridictions en fonction de l'espèce. D'une manière générale, vingt-cinq jours ont souvent pu être considérés comme un délai raisonnable³³³.
153. Le projet de plan est considéré accepté par une *class* de créances, lorsqu'il a été voté par la majorité des créanciers représentant, au moins, les deux tiers des créances au sein de cette *class*³³⁴. Ce sont les mêmes modes de vote que pour le plan voté au cours d'une procédure du chapitre 11. Dans le cadre d'une procédure de ce chapitre, et quel que soit le plan, les *class* de créances inchangées dites *unimpaired* sont supposées avoir accepté le plan. En conséquence, pour la constitution des *class* de créances relevant des prérogatives du débiteur, il y va de son intérêt d'en constituer beaucoup dans le *prepackaged plan* et de négocier le contenu du plan avec les créanciers importants au sein des *class* dites *impaired* ou changées dont les créances sont modifiées par le projet de plan. Que le vote intervienne avant ou après l'ouverture d'une procédure du chapitre 11, il doit obéir aux règles du code de la faillite. La grande différence

³³¹ R. LEVIN et J.R. LEDERER, « prepacks under BAPCPA », bankruptcy practice after the bankruptcy act of 2005, American law institute, American bar association continuing Legal Education, december, 7-8, 2006.

³³² F. X. LUCAS, « Le plan de sauvegarde apprêté ou le *prepackaged plan* à la française », *cah. dr. entr.* n°5, sept. oct. 2009, p. 35.

³³³ Affaire *southland corp* 124 B.R. 211 (Bankr. N.D. tex. 1991) : dans cette affaire, le délai de 10 jours a été jugé irraisonnable et une nouvelle sollicitation d'une durée de 25 jours a été exigée. ; Affaire *haviest foods inc.*, et al. Case n°94-1198 (Bankr. D. Del. Dec. 1994) : dans cette affaire, le tribunal a estimé que le délai de 13 jour était raisonnable au vu des circonstances de l'espèce.

³³⁴ 11 U.S.C. § 1128 (c).

entre une procédure pré-arrangée et une procédure du chapitre 11, réside dans la validité et la validation de la sollicitation du vote. Quoique présentant beaucoup d'avantages, les procédures *prepack* du droit américain posent quelques difficultés relatives au respect de certaines règles qui sont étrangères au code de la faillite, comme le respect du droit des garanties.

B. La préservation du droit des sûretés

154. Dans le cadre du projet de plan, le débiteur peut être amené à accorder de nouvelles garanties à ses créanciers en vue d'obtenir leur vote. Dans ce cas, le plan pré-arrangé ne peut être valide que lorsque les règles relatives à l'octroi de ces nouvelles garanties sont respectées. Ces garanties font l'objet d'un enregistrement à la *security exchange commission* (SEC)³³⁵. Cependant la section 1145 (a) du code de la faillite prévoit une exception à cette obligation d'enregistrement. Il s'agit des nouvelles garanties émises ou modifiées au cours d'une procédure de réorganisation prévues dans le plan au titre du chapitre 11 et confirmées par le tribunal.
155. Si l'enregistrement des nouvelles garanties auprès de la SEC est une obligation dans un *prepack* classique, il n'en est pas de même dans celui partiel et dans un plan pré-négocié. Le débiteur peut solliciter les *class* de créances exemptées de l'obligation d'enregistrement, parce que n'ayant pas bénéficié de nouvelles garanties, à voter le plan avant l'ouverture d'une procédure du chapitre du 11. Les autres créanciers seront alors sollicités pendant ou après l'ouverture de cette procédure, et se verront, par ricochet, exemptés eux aussi, de la même obligation conformément aux dispositions de la section 1145 (a) du code de la faillite. Le plan pré-négocié permet la même exception d'enregistrement car le plan n'est adopté qu'après l'ouverture d'une procédure au titre du chapitre 11. Ce qui implique que les garanties octroyées ne seront aussi prises en compte qu'après l'ouverture de cette procédure. Convaincue que la flexibilité et la rapidité des *prepackaged plans* du chapitre 11 du code fédéral américain de la faillite pourraient servir dans un droit français des entreprises en difficulté lourd en termes de formalités procédurales, la doctrine française s'intéressait depuis longtemps aux mécanismes de restructuration des entreprises qui viennent d'être exposés. Sous son impulsion, la pratique finira par courageusement tester l'idée dans deux affaires devenues célèbres.

³³⁵ 1933 act, section 35.

Paragraphe II. Les circonstances de l'expérimentation française

156. Par nature, le droit des entreprises en difficulté est un droit d'ordre public³³⁶. La nécessité de le contractualiser prouve que le traitement judiciaire des difficultés des entreprises se montre moins efficace pour le redressement de ces dernières : « *nous sommes passés du traitement à la prévention. C'est une vision pragmatique. C'est aussi en raison du constat que les difficultés économiques ne trouvaient pas de traitement satisfaisant dans le cadre des procédures collectives que l'on s'est progressivement orienté vers la prévention* ». ³³⁷ Dans la mesure où les outils préventifs et curatifs ne répondaient pas suffisamment aux besoins et exigences du contexte économique et social, la recherche d'une alternative était devenue une question prioritaire. C'est dans ce sens que la doctrine a plaidé la cause d'un droit français des entreprises en difficulté plus contractualisé et plus volontariste à l'image du droit américain de la faillite (I). Les praticiens, sans attendre un quelconque encadrement législatif, ont soumis le procédé de plan pré-arrangé à l'expérimentation (II).

I. Le rôle joué par la doctrine

157. Sans conteste, la doctrine française a joué un rôle majeur dans l'adoption du procédé de passerelle par le législateur. Son rôle peut être analysé dans deux sens. D'abord sous l'angle de divulgation des mérites de cette approche de traitement des difficultés des entreprises (A). Ensuite sous l'angle d'analyse de son application au regard du droit positif (B).

A. Un rôle de révélation

158. Le débat sur la contractualisation du droit des procédures collectives n'est pas récent en France. Depuis 2004 des auteurs avaient émis l'idée d'introduire une sauvegarde simplifiée et expresse³³⁸. Dans la perspective des réformes opérées par les textes du 26 juillet 2005³³⁹ et du 18 décembre 2008³⁴⁰, les mêmes souhaits avaient été réitérés sans être pris en compte³⁴¹. Les

³³⁶ Plusieurs règles et principes impératifs le régissent. Les différentes règles qui découlent de la discipline collective présente dans les procédures judiciaires, la confidentialité, ainsi que l'unanimité de l'accord de conciliation peuvent être citées en exemple.

³³⁷ Table ronde, « Contractualisation du droit des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll.*, Mai-juin 2015, p. 99.

³³⁸ E. CHIVKA, « Prepack bankruptcy, alternative au traitement exclusivement judiciaire du droit des procédures collectives », *revue dr. aff. de l'Université panthéon - assas*, 1^{er} oct. 2004, n^o 2, p. 29-74.

³³⁹ V. *supra*, n^o 16.

³⁴⁰ *id.*

³⁴¹ Th. Monteran, « Pour améliorer le droit des entreprises en difficulté, osons la réforme », *Gaz. Pal.* 23-24 janv. 2008, p. 3 et 5 ; H. CHRIQUI, « Prévention des difficultés d'entreprise ; peut-on aller plus loin ? », *Gaz. Pal.* 16-18 mai 2004, p. 2 ; F.-X. LUCAS, « Le plan de sauvegarde appretté ou le prepackaged plan à la française », *cah. dr.*

praticiens s'étaient exprimés dans le même sens. A la faveur des consultations en prélude à la réforme de 2008 effectuée par l'ordonnance du 18 décembre 2008 précédemment citée, le conseil national des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires (CNAJMJ), ainsi que la chambre de commerce et d'industrie de Paris (CCIP) avaient exprimé le souhait de voir le droit français adopter le mécanisme de plan pré-arrangé. Pour ces organismes, ce serait à la fois de permettre au débiteur de bénéficier d'un plan préparé en phase amiable et d'optimiser « *une efficacité économique et une procédure plus rapide* ». ³⁴² La chambre de commerce et d'industrie de Paris avait également fait état, à la commission nationale de consultation sur le projet de réforme évoqué précédemment, des demandes de nombreux conseils d'entreprise relatives à l'adoption d'un tel procédé qui leur permettrait de préparer et de peaufiner le plan de restructuration sur le terrain de la conciliation ou du mandat *ad hoc*.

159. Pour la doctrine, une telle méthode serait un bénéfique mélange du conventionnel et du judiciaire dans un but préventif. Un auteur affirmait par exemple que ce serait « *un alliage parfait de l'efficacité et de l'absence de brutalité* » ³⁴³ ; que « *l'intérêt pour le débiteur est évident puisqu'il a la possibilité d'imposer des sacrifices à ses créanciers dans le cadre d'une procédure collective sans pour autant subir trop durement les effets collatéraux qu'accompagne toute ouverture d'une telle procédure* ». ³⁴⁴ Autrement dit, la confidentialité de l'amiable et l'autorité du judiciaire seraient réunies dans une seule procédure, car le tribunal peut contraindre les créanciers minoritaires à accepter la volonté majoritaire via le vote. Il faut dire aussi que la contractualisation du traitement des difficultés des entreprises correspondait à l'objectif affirmé de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises. Celui de moderniser le droit applicable aux entreprises en difficulté en privilégiant la prévention par la négociation. La doctrine a également apporté des éclaircissements quant à l'applicabilité du procédé de plan pré-arrangé dans le droit positif.

entr., sept. oct. 2009, p. 35 ; G. TEBOUL, « Les évolutions récentes provoquées par la crise sur les entreprises en difficulté », *LPA*, 3-4 sept. 2009, p. 4 à 6.

³⁴² Commission de réflexion sur la réforme du droit des entreprises en difficulté, contribution de la CCIP, févr. 2008, p. 13.

³⁴³ F. X. LUCAS, « Le plan de sauvegarde apprêté ou le prepackaged plan à la française », *cah. dr. entr.*, n°5, 1^{er} sept. 2009, p. 38.

³⁴⁴ *ibid* p.35.

B. Un rôle d'éclairage

160. Pour l'adoption d'une procédure de sauvegarde à plan pré-arrangé dans le droit positif, la chambre de commerce et d'industrie de Paris avait, lors des consultations relatives au projet de réforme de 2008 évoqué plus haut, proposé deux solutions : raccourcir la durée de la procédure pour qu'elle soit simplifiée ; ou alors conférer au tribunal le pouvoir de *cram-down*³⁴⁵ afin qu'il puisse faire passer le projet de plan comme l'aura exprimé la majorité des créanciers. Cette dernière proposition était toutefois équivoque en ce qu'elle ne précisait pas si le tribunal devait intervenir en amont de la phase amiable ou en aval de la phase judiciaire. Les plans étant votés dans les procédures collectives en France³⁴⁶, la proposition que le tribunal intervienne en aval de la procédure judiciaire aurait été une redondance. Dans le même sens, des organismes internationaux avaient fait des recommandations, à l'instar du *doing business*³⁴⁷ et de la commission des nations unies pour le développement du commerce international (CNUDCI)³⁴⁸. Ces différentes propositions n'avaient pas été prises en compte par cette réforme. La pratique, impatiente et en besoin de trouver une solution adaptée, notamment à la restructuration financière des entreprises décimées par la crise financière de 2008, a décidé de devancer le législateur.

II. L'audace des praticiens

161. Le rapport annuel sur la mise en application de la loi de sauvegarde de 2005 avait émis le souhait de « *la contractualisation des solutions aux difficultés de trésorerie* »³⁴⁹, en vue d'éviter, dans la mesure du possible, de « *replonger corps et bien dans les vieux démons du droit des faillites, exclusivement judiciaire et structurellement contentieux* ». ³⁵⁰ Le système juridique français en matière du droit des entreprises en difficulté permettait l'idée d'une sauvegarde accélérée³⁵¹. L'article L.611-7 du code de commerce dispose en ce sens que le

³⁴⁵ Écrasement des créanciers opposants.

³⁴⁶ Art. L.626-30-2, c. com.

³⁴⁷ « *Creating a framework for prepackaged organization can help keep companies operating as a going concern.* » ou « créer un mécanisme de plan pré-arrangé peut permettre aux entreprises de se maintenir en activité. » : rapport 2010, p.75.

³⁴⁸ Guide de la CNUDCI sur la coopération, communication et sur la coordination des procédures d'insolvabilité internationale, projet 2009, p. 260.

³⁴⁹ Rapport annuel n°3651, sur la mise en application de la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, p. 55.

³⁵⁰ A. BESSE et N. MORELLI, « le prepackaged plan à la française : pour une saine utilisation de sauvegarde », *JCPE*, n°25, 18 juin 2009, p. 1628.

³⁵¹ V. explications, *infra*, n°186 et s.

conciliateur est chargé de trouver un accord entre le débiteur et ses créanciers, dans le but de mettre fin aux difficultés de l'entreprise. Ce fondement a permis aux praticiens de procéder à leur teste dans une première affaire dite Autodistribution (A), puis dans une seconde dite Technicolor (B).

A. La sauvegarde d'Autodistribution ou le premier *prepack*-sauvegarde à la française

162. La décision ayant consacré la sauvegarde de la société Autodis, holding du groupe Autodistribution³⁵², est apparue comme l'acclimatation du mécanisme de *prepack* américain en droit français. Contrôlée par Parts holding et Autodis, et spécialisée dans la distribution indépendante de pièces détachées d'automobiles et de poids lourds, cette société a été rachetée par le fond d'investissement Towerbrook. Elle comptait, à l'époque des faits, environ soixante-sept mille employés dont cinq mille deux cents en France. Son chiffre d'affaires s'élevait provisoirement à un milliard d'euros avec une dette financière de six cent quatre-vingt-dix millions d'euros par suite d'un LBO³⁵³ réalisé en 2006. Une des victimes de la crise automobile en 2008 et de la réduction du délai de paiement aux fournisseurs par la loi de modernisation de l'économie du 04 août 2008³⁵⁴, le groupe s'est vu fortement affecté au point de devoir envisager la restructuration de ses dettes financières sous la menace d'un dépôt de bilan.
163. Il avait ainsi été recouru à un mandat *ad hoc* pour trouver une solution consensuelle avec les créanciers pour la recherche d'un partenaire susceptible d'entrer au capital en vue de relancer les activités du groupe par l'apport de fonds. Les négociations ont débouché sur une offre de fonds d'investissement à hauteur de cent dix millions d'euros par Towerbrook et Investcopr en contrepartie de la restructuration financière de la dette existante avec, notamment, une conversion en capital dans la limite de vingt pourcents du capital. Les deux cents prêteurs devaient accepter cette offre à l'unanimité. Telle était la condition pour permettre la restructuration du groupe. Or, vu le nombre des prêteurs soit deux cents et les intérêts en jeux, l'unanimité ne pouvait être atteinte.
164. La question s'est posée de savoir s'il fallait recourir à la sauvegarde classique ou tenter une sauvegarde à plan pré-arrangé ? Dans le cas d'une sauvegarde classique, le risque d'un échec

³⁵²R. ROUTIER, N. LAURENT, « Analyse de l'opération Autodistribution : premier *prepack* à la française, *cah. dr. entr.*, sept.-oct. 2009, p. 20.

³⁵³ Leverage buy out ou achat à effet de levier.

³⁵⁴ Loi n°2008-776 du 04 août 2008 de modernisation de l'économie, *JORF* n°0181 du 5 août 2008, p. 12471, texte n°1.

hantait les dirigeants au regard de la durée et du coût d'une telle procédure qui ne présente guère une bonne image de l'entreprise. Dans celui d'une sauvegarde à plan pré-arrangé, le débiteur devait trouver l'adhésion de la majorité des créanciers au projet de plan établi pour une adoption en phase judiciaire. Bien que ne maîtrisant pas cette méthode de restructuration, les prêteurs ont tout de même accepté l'idée à cause notamment de la rapidité annoncée des opérations. Le plan de restructuration fut signé le 26 février 2009 par les créanciers représentant la majorité des deux tiers du montant de la dette du groupe. Au même moment le 18 février 2009, le tribunal d'Évry ouvrait deux procédures de sauvegarde pour les sociétés Parts holdings et Autodis. Le 6 avril 2009, le tribunal arrêta le plan de sauvegarde des deux sociétés. Il en ressort que la rapidité qui était recherchée avait été atteinte dans la mesure où la procédure n'a duré que sept semaines.

165. Le succès de cette procédure ayant consacré le premier plan pré-négocié a rassuré et, au-delà, suscité de l'espoir aussi bien pour les chefs d'entreprise que pour les praticiens. Une seconde affaire dite Technicolor allait venir convaincre les sceptiques y compris le législateur qui se donnait jusque-là le temps de la réflexion.

B. La sauvegarde de Technicolor ou la confirmation de l'intérêt du *prepack-sauvegarde*

166. Le 30 septembre 2009, la sauvegarde de la société Technicolor (ex Thomson) a été ouverte devant le tribunal de commerce de Nanterre³⁵⁵ à la suite de l'échec de l'exécution d'un accord amiable entre elle et ses principaux créanciers à cause de l'opposition d'une minorité de créanciers obligataires porteurs de titres super subordonnés³⁵⁶. Spécialisée dans la conception et la fabrication de systèmes de vidéos et d'images numériques destinés aux professionnels des médias, elle comptait vingt mille salariés dont trois mille en France.
167. En l'espèce, la société Thomson avait émis des titres super subordonnés à durée indéterminée en septembre 2005, pour un montant nominal de cinq cents millions d'euros. Le 21 décembre

³⁵⁵Trib. com. Nanterre, 30 nov. 2009, *D.* 2009, 2929, note A. LIENHARD ; B. GRELON, « L'affaire Thomson : la loi à l'épreuve de la finance », *Rev. Sociétés*, juin 2010, p. 244 - « L'arrêt technicolor : entre rigueur et impuissance », *Rev. Sociétés* 2011, p. 239 ; Versailles 13^e ch. 18 nov. 2010, n°10/01433, *Rev. proc. coll.* 2011, comm.41, note J.-J. FRAIMOUT ; com. 21 févr. 2012, n°11-11.693, *Rev. proc. coll.* 2012, comm. 82, note J.-J. FRAIMOUT.

³⁵⁶TSS : Titre Super subordonné : créé par la loi du 23 août 2013, les TSS permettent d'apporter des capitaux à une entreprise sans que cette dernière n'augmente leur capital. A la différence des obligations ordinaires qui produisent un intérêt annuel fixe et qui sont remboursés à une date d'échéance, les TSS ne sont remboursables qu'après dissolution de l'entreprise après désintéressement des autres créanciers et génère des intérêts que si la société émettrice réalise des bénéfices et distribue des dividendes aux actionnaires.

2009, le plan de sauvegarde, préparé lors d'une procédure de conciliation, a été adopté à l'unanimité par le comité des créanciers et par celui des principaux fournisseurs. Il prévoyait le maintien du droit au paiement du montant nominal des titres super subordonnés, mais de payer pour solde aux droits à intérêt, la somme de vingt-cinq millions d'euros équivalant six pourcents du nominal des titres. Le 22 décembre 2009, le plan a été soumis au vote de l'assemblée unique des obligataires. Participants à cette assemblée, les porteurs de titres super subordonnés ont vu leur droit de vote limité à six pourcents du nominal de leurs titres sur la base du calcul de leurs droits à intérêt futurs. Estimant avoir été privés de leur droit de vote, ils ont porté plainte contre la régularité de l'assemblée qui avait adopté le plan à la majorité de quatre-vingt-dix-huit virgule soixante-dix-sept pourcents des créances obligataires. Ils ont été déboutés par le tribunal qui arrêtera le plan par un jugement du 17 février 2010. Cette décision sera confirmée le 18 novembre 2010 par la cour d'appel de Versailles où certains d'entre eux avaient interjeté appel. Une fois encore seule une procédure de la célérité et d'un effet *cram-down* d'une sauvegarde pré-arrangée était à même de trouver une issue. La procédure n'a duré que deux mois et demi.

168. Les affaires Autodistribution et Technicolor ont montré à quel point le préarrangement d'un plan de restructuration était intéressant, et se présentait comme un meilleur instrument de contractualisation du traitement des difficultés des entreprises. Elles ont également démontré que l'adoption d'un procédé de passerelle était légalement permise en droit français, ce qui est valable en droit OHADA, du fait de la convergence des raisons juridiques.

Section 2. Les raisons juridiques

169. L'organisation du traitement des difficultés des entreprises dans les droits français et OHADA est favorable au procédé de passerelle. Le droit français le prévoyait indirectement avant sa reconnaissance législative. C'est pourquoi d'ailleurs les praticiens ont pu l'appliquer sans un cadre juridique approprié, tel que cela a été vu précédemment. Pour une question de fluidité et de sécurité juridique, l'organisation de son régime juridique est une nécessité. L'admission juridique du procédé de passerelle, sans un régime juridique dédié, dans les législations française et OHADA peut tenir, d'un côté, à la mission générale du conciliateur (Paragraphe I) et, de l'autre, au cadre des négociations (Paragraphe II).

Paragraphe I. La raison qui tient à la mission du conciliateur

170. Le conciliateur est un organe important dans la procédure de conciliation prévue en droit français et en droit OHADA. Il œuvre pour la conclusion d'un accord de conciliation entre le débiteur et ses créanciers³⁵⁷. Le mécanisme de plan pré-négocié repose sur une négociation préalable. L'un des fondements juridiques de l'admission d'un tel mécanisme, dans les droits français et OHADA, peut ainsi être relié au rôle du conciliateur. Une interprétation des textes qui définissent les missions du conciliateur (I), permet d'affirmer que le recours au procédé de passerelle est implicitement permis à ce dernier (II).

I. L'interprétation des textes

171. L'application d'un texte juridique à un cas d'espèce est souvent fonction de l'interprétation que lui donne le juge³⁵⁸. L'interprétation d'un texte normatif peut poursuivre non seulement un objectif d'éclaircissement³⁵⁹ - ce qui incombe au juge -, mais aussi un but privé consistant à exploiter toute ouverture ou faille laissées par le législateur³⁶⁰ - ce qui est le plus souvent le propre des justiciables - ; dans la rédaction d'une règle de droit, le législateur peut laisser des ouvertures de façon délibérée ou non. Tel est le cas des articles L.611-7 du code de commerce et 5-5 de l'Acte uniforme des procédures collectives, qui sont relatifs aux missions du conciliateur, et dans l'esprit desquels l'usage du procédé de passerelle est permis (A), sans un cadre juridique dédié (B).

A. Un usage permis inconsciemment au conciliateur

172. Les procédures de conciliation et de mandat ad hoc constituent, en droit français, le cadre des négociations amiables. Jusqu'à la loi du 22 octobre 2010³⁶¹, aucun texte ne parlait explicitement d'une procédure pré-arrangée où le conciliateur ou le mandataire ad hoc avaient un rôle important à jouer.

173. Pourtant, tacitement, il ne faisait aucun doute que le chef d'entreprise, aidé par le conciliateur, pouvait se permettre une telle initiative dans l'esprit des dispositions de l'article L.611-7 du

³⁵⁷ Art. L.611-7, c. com. ; Art. 5-5, al. 1, AUPC.

³⁵⁸ J. CARBONNIER, *La sociologie juridique*, 2^e éd., PUF, 2004, p. 267.

³⁵⁹ J. GHESTIN et Alii, *Introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1994, n°468.

³⁶⁰ V. C. BERGEAL, *Rediger un texte normatif*, 7^e éd., Berger-Levrault, 2012.

³⁶¹ L. n°2010-1249 du 22 oct. 2010 de régulation bancaire et financière, *JORF* n°0247 du 23 oct. 2010, p. 18984, texte n°1.

code de commerce. Selon ce texte, dans sa version en vigueur avant la loi de 2010 précédemment citée et l'ordonnance 12 mars 2014³⁶², « *le conciliateur a pour mission de favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses contractants habituels, d'un accord destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise. Il peut également présenter toute proposition se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi* ».

174. Les dispositions de ce texte, en visant directement la recherche et la conclusion d'un accord de conciliation entre le chef d'entreprise et ses créanciers, n'interdisent pas la préparation d'un projet de plan de restructuration dans la perspective d'une procédure judiciaire.
175. Les procédures collectives se caractérisent par des règles impératives³⁶³. Contrairement à une procédure amiable, telle la conciliation, l'adoption d'un plan de restructuration est soumise au vote³⁶⁴. De sorte qu'un projet de plan, élaboré avec les créanciers dans le cadre d'une procédure amiable, peut être validé par le tribunal sur le terrain judiciaire à la suite d'un vote majoritaire des créanciers.³⁶⁵
176. Tel qu'il se présente, rien n'interdisait la passerelle entre la conciliation et la sauvegarde. C'est ce qu'a exploité la pratique dans les affaires expérimentales³⁶⁶ où le mécanisme de plan pré-négocié a été exploité.
177. Le raisonnement qui précède est valable à l'égard du droit OHADA, sur le fondement des dispositions de l'article 5-5, alinéa premier, de l'Acte uniforme des procédures collectives d'apurement du passif selon lesquelles, « *le conciliateur a pour mission de favoriser, entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses contractants habituels, la conclusion d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise* ». Est-ce une ouverture inconsciente de la part du législateur ? Ce qui est certain, c'est qu'il n'existe pas de cadre juridique prédéfini pour l'usage de la passerelle.

³⁶² Ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

³⁶³ Pour plus de détails sur le caractère dirigiste des procédures collectives : A. CERAT-GAUTHIER et V. PERRUCHOT-TRIBOULET (dir.), *Les procédures collectives complexes*, éd., GLn Joly Eds, 2017.

³⁶⁴ Art. L.626-30-2, c. com.

³⁶⁵ Art. L. 626-31, c. com.

³⁶⁶ V. *supra*, n°178 et s.

B. Un usage possible sans un cadre juridique défini

178. Le cadre juridique peut se définir comme l'ensemble des règles et principes qui organisent une opération juridique, ou qui régissent un domaine juridique donné. C'est en général des règles découlant d'un droit spécial.
179. En droit français, la crise des subprime de 2008 avait occasionné des faillites³⁶⁷. Sur le plan juridique, un dispositif de restructuration rapide de l'endettement des entreprises faisait défaut³⁶⁸. Face à ce constat, un recours à la sauvegarde des entreprises, telle que prévue dans le code fédéral américain de la faillite a été évoqué³⁶⁹. En effet, en droit français, l'exigence de l'unanimité³⁷⁰ dans la conciliation ne permettait pas d'utiliser cette dernière pour faire face aux endettements financiers issus de la crise. De même, les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire sont lourdes pour parer au plus pressé.
180. Si l'utilisation du modèle de restructuration rapide des entreprises aux États-Unis d'Amérique avait été évoquée, il restait que le droit français ne prévoyait pas un cadre juridique pour ce faire. Or, il fallait trouver une solution rapide et adaptée pour sauver les entreprises qui avaient des dettes financières importantes. Le courage de la pratique a permis de s'inspirer des *prepackaged plans* du droit américain, qui allient l'amiable - pour négocier le plan de restructuration - et le judiciaire - pour adopter ce plan. Cette expérimentation s'est matérialisée au travers de l'affaire Autodistribution en 2009³⁷¹, dans la foulée de la crise financière de 2008.

II. Une possibilité exploitée en France à la suite d'une crise

181. La crise financière de 2008, dite crise des subprime, a conduit les banques à considérablement diminué les concours. La situation financière et économique des entreprises en a pris un coup en France. La conséquence directe fut des liquidations en cascade³⁷². Des mesures d'ordre économique avaient été prises par le gouvernement pour notamment accorder des subventions aux grandes entreprises bancaires. Les causes de cette crise ont été attribuées aux prêts

³⁶⁷ V. *infra* n°204 et s.

³⁶⁸ En particulier la défaillance des LBO dont les endettements étaient essentiellement financiers.

³⁶⁹ V. *supra*, n°174 et s.

³⁷⁰ V. *supra*, n°108 et s.

³⁷¹ V. *supra*, n°178 et s.

³⁷² Selon la société Altares, 62 300 entreprises ont dû se résigner à déposer le bilan en 2009 en France.

hypothécaires (A). Les opérations financières, dites de LBO, furent particulièrement touchées (B).

A. Les causes de la crise financière de 2008

182. La crise des subprime a été définie comme « *un crédit accordé à un acteur, particulier ou entreprise, à la solvabilité faible* »³⁷³, et donc un risque de non remboursement très élevé. Selon plusieurs économistes et sites économiques spécialisés³⁷⁴, la crise financière de 2008 est expliquée par plusieurs causes. Tout serait parti de ces financements hypothécaires appelés « *subprime* ». Il s'agit des prêts hypothécaires accordés aux particuliers aux États-Unis d'Amérique.
183. Dans la pratique bancaire, un particulier ne bénéficie normalement d'un prêt auprès d'une banque que s'il présente des garanties de remboursement. Il résulte de cela que celui qui n'a pas un revenu conséquent ne peut se faire accorder un crédit conséquent. Ce qui constitue un accès limité aux crédits pour les ménages. Afin de trouver une solution à cette problématique, les banques américaines ont créé les « *subprime* », qui permettent à des particuliers de bénéficier autant de crédits qu'ils souhaitent à condition de placer leurs maisons en garantie. En cas de non remboursement des concours accordés, le prix de vente de la maison hypothéquée allait permettre d'honorer l'engagement.
184. Soudain, le prix de l'immobilier baissa et provoqua le non-remboursement des dettes. Ne manquant pas d'imagination, les banques font alors recours à la titrisation pour se couvrir, c'est-à-dire qu'elles ont émis des titres de dettes, qui sont des papiers donnant droit aux crédits accordés aux particuliers. Ces titres se sont échangés sur les places boursières : les acheteurs de ces titres (les dettes de la banque envers les particuliers dans le cadre des *subprime*) ne pouvaient ainsi capitaliser leur investissement que lorsque les débiteurs des banques payaient leurs dettes. Or, ces derniers ne pouvaient plus honorer leur engagement du fait de la baisse du prix de l'immobilier. Ce qui rendit les titres inutiles. Ces mécanismes complexes et risqués causèrent automatiquement la chute de la bourse, et plusieurs banques furent touchées, notamment celles de l'Europe.

373 H. HOUBEN, « La crise des *subprime* », *université marxiste d'été*, août 2008, p. 4.

³⁷⁴Dont www.politique.net.

185. Conscientes qu'une crise à la bourse de Paris ou de Washington peut les concerner, les banques ont commencé à se refuser les crédits. En France par exemple, le jeudi 9 août 2007, la BNP a gelé la cotation de trois fonds d'investissement³⁷⁵. Cette attitude de méfiance entre les banques sema la panique sur les marchés et la crise interbancaire causa le manque de liquidités.
186. Faute de liquidités, plusieurs banques se retrouvèrent asphyxiées. En effet, après avoir perdu dans les *subprime*, les banques ont cherché à poursuivre leurs activités commerciales dont l'octroi de crédit, afin de générer des intérêts. Cependant pour faire des prêts, il faut avoir de la liquidité et déposé à la banque centrale européenne (BCE) les réserves obligatoires pour les prêts importants. Plusieurs banques perdirent leurs activités principales. En grande Bretagne par exemple, la Northern Rock a dû être nationalisée³⁷⁶ sous peine de disparaître.
187. Milieu 2008, alors qu'on croyait que la crise touchait à sa fin, la cause étant connue, elle allait repartir de plus belle quand les banques décidèrent d'arrêter les comptes annuels. La crise qui était au départ bancaire devint un *krach* boursier, c'est-à-dire qu'à chaque mauvaise nouvelle d'une banque, les titres de celle-ci chutaient sur le marché financier. C'est ainsi que AIG (première banque en assurance) perdit quarante-huit milliards de dollars dans le second trimestre de l'année 2007³⁷⁷. Lehman Brothers (quatrième banque de Wall Street) a perdu quarante-cinq pourcent de sa valeur en une journée, quatre-vingt-quatorze sur l'année, et fini par déposer le bilan le 15 septembre 2008³⁷⁸. A cause du caractère particulièrement financier de la crise, les entreprises LBO ont connu une profonde crise.

B. La crise des LBO

188. Un LBO³⁷⁹, ou achat par l'effet de levier, est une opération d'acquisition d'une ou plusieurs entreprises financées pour tout ou partie par de l'endettement bancaire. Fruit de la problématique de financement d'une opération de prise de contrôle, le LBO répondait à la question suivante : comment peut-on, en tant que repreneur, réaliser le rachat du capital d'une

³⁷⁵ J. PORIER, « La BNP Paribas suspend la cotation de trois de ses fonds », *le monde*, 10 août 2007, article consulté le 13 avr. 2017.

³⁷⁶ L'EXPRESS, « Brown nationalise la northern Rock », *l'express*, 12 févr. 2008, article consulté le 13 avr. 2017.

³⁷⁷ D. BARROUX, « La crise du subprime plonge AIG », *les échos*, 12 févr. 2008, article consulté le 17 avr. 2016.

³⁷⁸ G. ALLEGRE, « Grandeurs et décadences du numéro 4 de Wall Street », 3 mai 2013, en ligne, *www.slideshare.net* (page consultée le 15 mars 2017).

³⁷⁹ *Leverage buy out*.

entreprise cible alors que les moyens nécessaires à cette acquisition font défaut ? La solution qui semblait appropriée était un emprunt auprès des banques, ou de s'associer à des partenaires.

189. En pratique, l'opération de rachat se fait via une *holding* de reprise X, au capital de laquelle vont s'associer des investisseurs financiers et un ou plusieurs managers. La *holding* finance alors l'acquisition de la cible (société Y) en partie sur fonds propres et, pour le solde, par un emprunt à moyen terme auprès d'une banque. La *holding* X détient alors 100% de la cible Y et est elle-même détenue à 100% par les investisseurs et managers s'il y en a plusieurs. Ainsi, l'emprunt contracté auprès de la banque est remboursé par la *holding* X grâce aux dividendes ultérieurs qu'elle aura de la société cible Y³⁸⁰.
190. Les opérations de LBO sont apparues dans les pays anglo-saxons dans les années 1970. En France, elles firent leur apparition en 1980 à travers la loi sur le rachat d'une société par ses salariés et celle sur l'intégration fiscale³⁸¹. Ces opérations ont évolué et se sont adaptées aux besoins des entreprises, actionnaires et investisseurs français. Plusieurs grandes opérations LBO ont eu lieu à travers le monde selon *Thomson Financial*³⁸². Récemment en France, les hôtels B&B ont été cédés en mars 2016 par Carlyle et Montefiore à PAI pour une valeur de huit cent vingt-trois millions d'euros.
191. Curieusement, la *holding* qui constitue le cerveau de cette opération n'avait ni de définition légale, ni de régime juridique spécifique depuis 1980. Créée dans le seul but de détenir des participations sous forme de parts ou d'actions en vue de centraliser le contrôle d'une ou plusieurs sociétés, son existence et son objet étaient jusque-là approuvés par une jurisprudence constante depuis l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 20 octobre 1980³⁸³. Toutefois, son fonctionnement était fonction de la forme sociale que les repreneurs choisissaient. Si la *holding* était une société de capitaux, comme c'est le cas le plus souvent, elle était régie par les règles juridiques relatives aux sociétés anonymes (SA). La société *holding* ou société mère a été récemment définie par le code monétaire et financier en ces temps : « *une entreprise mère est une entreprise qui contrôle de manière exclusive, au sens de l'article L.233-16 du code de*

³⁸⁰ « LBO », 15 nov. 2008, en ligne : lafinancepourtous.com.

³⁸¹ Loi n°80-834 du 24 octobre 1980 créant une distribution d'actions en faveur des salariés des entreprises industrielles et commerciales, *JORF* du 25 oct. 1980.

³⁸² Txu (2007 pour 45 MD\$) ; Equity office (2006 pour 36 MD\$) ; HCA (2006 pour 33 MD\$) ; RJR Nabisco (pour 30 MD\$) ; Heinz (2013 pour 28 MD\$) ; Kinder Morgan (2006 pour 27 MD\$) ; Harrah's Entertainment (2006 pour 27 MD\$) ; First Data (2007 pour 27 MD\$) ; Clear channel (2006 pour 27 MD\$) ; Alltel (2007 pour 27 MD\$) .

³⁸³ Paris, 20 oct. 1980, Rev. Soc., 1980, note A. VIANDIER, p. 774.

commerce, une ou plusieurs autres entreprises ou qui exerce sur elles une influence dominante en raison de l'existence de liens de solidarité importants et durables résultant d'engagements financiers, de dirigeants ou de services communs ». ³⁸⁴ En tout état de cause, les entreprises LBO - qui sont des filiales de la *holding* X dans l'exemple donné plus haut - n'étaient plus capables de générer des revenus, ce qui a contrarié les prévisions des *holdings* en provoquant la faillite de ces filiales, dont le passif était essentiellement financier. Comme cela a déjà été évoqué, du fait du caractère essentiellement financier de l'endettement, il a été recouru au mécanisme de plan pré-arrangé pour restructurer les LBO. L'admission d'un tel procédé de restructuration par les droits français et OHADA, sans cadre législatif défini, peut être également reliée à l'existence de cadres de négociation dans ces droits.

Paragraphe II. La raison qui tient aux cadres de négociation

192. Le procédé de passerelle entre la conciliation et la sauvegarde repose sur une condition essentielle, celle de la préparation préalable d'un projet de plan ³⁸⁵, qui se réalise au travers des négociations. Les droits français et OHADA des entreprises en difficulté offrent des cadres dédiés à la libre négociation entre débiteurs et créanciers, même si ces cadres peuvent différer selon qu'il s'agit de l'un ou de l'autre droit.
193. Le droit des entreprises en difficulté est entré depuis quelques années dans une ère de contractualisation ³⁸⁶. Les législateurs semblent avoir mesuré l'importance de la négociation dans la résolution des difficultés d'une société par rapport au traitement judiciaire ³⁸⁷. Les « vertus de la négociation et du dialogue ³⁸⁸ » ont conduit à la contractualisation des négociations liées notamment à la trésorerie des entreprises ³⁸⁹. Les législateurs français et OHADA se sont inscrits dans cette logique. Les réformes intervenues en droit français par, entre autres, la loi de

³⁸⁴ Art. L.511-20, c. mon. fin., tel que modifié par l'ordonnance n°2014-158 du 20 févr. 2014 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'union européenne en matière financière, *JORF* n°0044 du 21 févr. 2014, p.3022, texte n°5 - art.3 ; v. aussi, J. P. BERTREL, « Ingénierie juridique : les holdings de sociétés d'avocats et de notaires », *droit et patrimoine*, n°103, avr. 2002, p.22-34 ; M. P. BLIN-FRANCHOMME, *Essai sur la notion de contrôle en droit des affaires*, thèse de doctorat, Toulouse, 1998 ; C. S. M. DRUMMOND, *Les sociétés dites « holding »*, thèse de doctorat, Paris II, 1993.

³⁸⁵ Art. L.628-1, c. com.

³⁸⁶ V. *supra*, n°97 et s.

³⁸⁷ *id.*

³⁸⁸ S. PIEDLIEVRE, « Les nouvelles règles relatives au surendettement des particuliers », *JCP G*, n°35-858, 8 sept. 2010.

³⁸⁹ X. DE ROUX, rapp. AN n°3651 relatif à la mise en application de loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, enregistré à la présidence de l'assemblée nationale française le 31 janvier 2007, p. 55.

sauvegarde de 2005³⁹⁰, l'ordonnance du 18 décembre 2008³⁹¹, la loi bancaire de 2010³⁹², l'ordonnance du 12 mars 2014³⁹³ et la loi sur la justice du XXI^{ème} siècle de 2016³⁹⁴, rendent compte de cette tendance. Il en est de même en droit OHADA, où souffle un vent de réforme générale enclenchée depuis 2008³⁹⁵. Parmi les Actes uniformes réformés, il faut notamment citer celui des procédures collectives.

194. Plus précisément, s'agissant de la prévention des difficultés des entreprises, les deux législateurs ont défini des cadres dédiés à la négociation. Nous entendons par cadre dédié à la négociation, toute procédure amiable et contractuelle où chefs d'entreprise et créanciers peuvent librement définir les modalités de restructuration de l'entreprise, y compris le règlement du passif. Il en est ainsi du mandat *ad hoc*³⁹⁶ et de la conciliation³⁹⁷ en droit français, de la procédure de médiation³⁹⁸ et de la conciliation³⁹⁹ en droit OHADA. Le règlement préventif du droit OHADA, bien qu'il soit présenté par le législateur comme une procédure préventive, ne peut être considéré comme un cadre de discussion dans notre entendement ici, car il s'agit d'une procédure judiciaire⁴⁰⁰ ; il est une forme simplifiée de la sauvegarde classique du droit français. L'étude comparative qui sera faite dans le cadre de ce paragraphe ne le concernera pas en conséquence. De même, le mandat *ad hoc* français ainsi que la médiation OHADA, ne répondant pas à toutes les formalités requises dans la procédure de conciliation, ne seront pas prioritairement concernés. Seules les procédures de conciliation prévues dans les deux droits seront principalement évoquées.

³⁹⁰ L. n°2005-845, du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n°173 du 27 juill. 2005, p. 12187, texte n°5.

³⁹¹ Ord. n°2008-1345 du 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *JORF* n°0295 du 19 déc. 2008, p. 19462, texte n°29.

³⁹² L. n°2010-1249 du 22 oct. 2010 de régulation bancaire et financière, *JORF* n° 0247 du 23 oct. 2010, p. 18984, texte n°1.

³⁹³ Ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

³⁹⁴ L. n°2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, *JORF* n°0269 du 19 nov. 2016, texte n°01.

³⁹⁵ V. *supra*, n°20 et s.

³⁹⁶ Art. L.611-3, c. com.

³⁹⁷ Art. L. 611-4, c. com.

³⁹⁸ Art. 1, AUM ; art. 1-2, AUPC. Il importe de préciser que la procédure de médiation est prévue par l'Acte uniforme des procédures collectives ; mais son régime juridique est défini par l'Acte uniforme relatif à la médiation, adopté en 2017 à Conakry (Rép. Guinée).

³⁹⁹ Art. 5-5, AUPC.

⁴⁰⁰ Art. 2, al. 2, AUPC.

195. Les procédures de conciliation adoptées, dans les droits français et OHADA, présentent des divergences sur la forme (I). Cependant, les effets attachés à l'accord de conciliation (homologué), ainsi que l'absence de la cessation des paiements - qui est toutefois atténuée en droit français - créent un rapprochement entre elles sur le fond (II).

I. Une divergence des législations sur la forme

196. Les cadres de négociation que sont la conciliation et le mandat *ad hoc* en droit français ; la médiation et la conciliation en droit OHADA, permettent une négociation entre un débiteur et ses créanciers, pouvant aboutir à un accord amiable soumis au contrôle judiciaire plus ou moins complet⁴⁰¹. La décision de recourir à ces cadres de discussion est exclusivement réservée au chef d'entreprise⁴⁰². Toutefois, contrairement à son homologue français, le législateur OHADA permet que la requête d'ouverture soit conjointement présentée avec un ou plusieurs créanciers dans le cadre de la procédure de conciliation.

197. Ce qui ne doit pas être interprété comme une faculté offerte à un créancier de demander l'ouverture d'une procédure de conciliation pour son débiteur. Le terme « conjointement », utilisé par les textes, signifie que le chef d'entreprise peut associer certains de ces créanciers qui seraient déjà enclins à ouvrir une négociation avec lui. D'ailleurs l'association des créanciers à la requête n'est pas une condition d'admissibilité de cette dernière. L'avantage d'une telle demande est qu'elle démontre un caractère sérieux de la démarche entreprise par le chef d'entreprise. En d'autres termes, elle montre qu'il existe une bonne raison pour que la procédure qui sera ouverte réussisse. Entre le cadre de discussion du droit français et celui du droit OHADA, existe une certaine divergence qui est relative, d'une part, aux conditions d'ouverture (A) et, d'autre part, aux termes utilisés (B).

A. Les conditions d'ouverture

198. Les conditions d'ouverture du cadre de discussion semblent plus souples en droit OHADA qu'en droit français, ce qui présente, pour le débiteur OHADA, l'avantage de recourir à une procédure amiable, préventive, consensuelle, confidentielle et au formalisme allégé⁴⁰³.

⁴⁰¹ Ph. PETEL, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II. Commentaires de l'ordonnance n°2008-1345 du 18 déc. 2008 », *JCP E* 2009, n°3, p. 28.

⁴⁰² Droit français : Art.611-6, c. com., droit OHADA : art. 5-2, al. 1, AUPC.

⁴⁰³ F. REILLE, « L'instauration d'une conciliation à la française en droit des entreprises en difficulté Ohada », *LPA*, 9 mars 2016, n° 49, p. 8.

Quoiqu'elle ait pu être présentée comme une procédure alignée sur la conciliation française⁴⁰⁴, la nouvelle procédure de conciliation OHADA se démarque de cette dernière aussi bien par rapport au statut juridique du débiteur qu'à la requête d'ouverture.

199. En droit français, la procédure de conciliation est ouverte aux personnes exerçant une activité commerciale ou artisanale⁴⁰⁵, aux personnes morales de droit privé, et aux personnes physiques exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris à une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire, ou dont le titre est protégé⁴⁰⁶. Les agriculteurs sont soumis au régime du règlement amiable⁴⁰⁷.
200. En droit OHADA, il importe de préciser, au prime abord, que le législateur de 2015 a choisi d'unifier le champ d'application *ratione personae* de l'Acte uniforme des procédures collectives. Il en résulte que les procédures de conciliation, de règlement préventif, de redressement judiciaire, ainsi que de la liquidation des biens ont un champ d'application identique⁴⁰⁸. La conciliation est accessible à toute personne morale de droit privé, et à toute société publique ayant la forme d'une personne morale de droit privée. Les personnes morales de droit privé qui exercent une activité soumise à un régime particulier, lorsqu'il n'en est pas disposé autrement dans la réglementation spécifique régissant ladite activité, sont aussi concernées. Toute personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, civile, commerciale, artisanale ou agricole peut prétendre à la conciliation⁴⁰⁹. Toutefois, selon certains auteurs, la notion de profession impliquant l'habitude, un seul acte ne devrait pas permettre l'ouverture de la conciliation : *« l'habitude semble impliquer l'idée d'entreprises faisant appel à des clients et des fournisseurs, et le cas échéant, à des salariés {...}. Toutefois, celui qui produit un extrait du registre du commerce et du crédit mobilier est présumé commerçant et celui qui produit un extrait du registre des métiers est présumé artisan. On considère que l'entrepreneur prévu à l'AUDCG révisé, bien que non expressément prévu, est*

⁴⁰⁴V. L. C. M. BIASSALY, « La procédure de conciliation dans la prévention des difficultés des entreprises en droit OHADA : distincte ou copie du droit français ? », *village de la justice*, 20 mars 2017 ; F. REILLE, « L'instauration d'une conciliation à la française en droit des entreprises en difficulté Ohada », *LPA*, 9 mars 2016, n° 49.

⁴⁰⁵ Art. L.611-4, c. com.

⁴⁰⁶ Art. L.611-5, c. com.

⁴⁰⁷ Cette procédure est régie par les articles L.351-1 à L.351-7 du code de commerce.

⁴⁰⁸ Art. 1-1, AUPC.

⁴⁰⁹ Selon une doctrine, les dispositions du texte présentent une certaine redondance parlant de la mention de « *Toute personne exerçant une activité professionnelle indépendante* » : il pense qu'il n'était pas nécessaire d'ajouter « civile, commerciale, artisanale et agricole » : Ph. ROUSSELLE GALLE, « Les débiteurs dans l'AUPC révisé : la modernisation du droit de l'insolvabilité dans la continuité », *Dr. et patr.* 2015, n°253, p. 55.

également assujetti {...}. Bien entendu, les membres du secteur informel sont également appréhendés par la formulation de l'article 1-1 »⁴¹⁰. Il conviendrait peut-être, de ne considérer que la réalité de l'activité au lieu de la régularité de la situation administrative, pour apprécier le statut de celui qui demande l'ouverture de la conciliation⁴¹¹.

201. Tel qu'il se présente, le législateur OHADA s'est démarqué de son homologue français, en soumettant l'agriculteur à la procédure de conciliation, laquelle est confidentielle contrairement au règlement préventif⁴¹² en droit français. La soumission des agriculteurs au règlement préventif en droit français peut avoir un inconvénient, celui de l'exposition des difficultés du débiteur. Ce qui n'est pas de nature à améliorer les relations de ce dernier avec ses partenaires commerciaux. Les deux législateurs excluent du champ d'application de la conciliation, « *les particuliers qui n'exercent aucune activité autonome* »⁴¹³, tels que les étudiants, les chômeurs. Il en est de même d'une personne qui n'exerce plus d'activité indépendante⁴¹⁴.
202. Selon le code de commerce français, la conciliation est ouverte au débiteur qui éprouve une difficulté juridique, économique ou financière avérée ou prévisible, et qui ne se trouve pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours⁴¹⁵. L'Acte uniforme des procédures collectives OHADA s'est réservé le détail qui est relatif aux catégories de difficultés telles qu'énumérées par son homologue français. Sur le fond, il s'agit des mêmes difficultés et des mêmes catégories. Hormis la question de la cessation des paiements - l'état de cessation des paiements peut exister au moment de la demande du débiteur en France, ce qui n'est pas possible en droit OHADA -, les deux législateurs semblent être plutôt sur la même longueur d'onde.
203. Les difficultés en question peuvent varier. Elles peuvent tenir par exemple à la rupture d'un contrat, à une rude concurrence, à une modification substantielle d'un contrat, à une sanction sur un produit, à l'insuffisance de fonds de roulement, à des problèmes sociaux qui impactent la production⁴¹⁶. Il suffit que la difficulté présente un risque pouvant à terme compromettre la

⁴¹⁰ J. ISSA-SAYEGH, P.-G. POUGOUE et F.M. SAWADOGO, *OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés*, éd., juriscope, 2015-2016, p. 1119.

⁴¹¹ A. JACQUEMONT et R. VABRES, *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., LxisNexis, 2015, p. 63.

⁴¹² L.351-6, al.2, c. com.

⁴¹³ M. JEANTIN et P. Le CANU, *Droit commercial, Entreprise en difficulté*, 7^e éd., Dalloz, 2006, p. 65.

⁴¹⁴ F. PEROCHON, *Entreprise en difficulté*, 10^e éd., 2014, LGDJ, p. 73.

⁴¹⁵ Art. L.611-4, c. com.

⁴¹⁶ D. VIDAL, G. C. GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté 2016-2017*, 2^e éd., Gualino, 2016, p. 115.

continuité d'exploitation⁴¹⁷. Les législateurs français et OHADA ne définissent pas les notions de difficulté avérée et de difficulté prévisible. Néanmoins, la difficulté pourrait être dite avérée lorsqu'elle impacte actuellement le bon fonctionnement de l'entreprise. Tandis qu'une difficulté prévisible serait celle dont la manifestation prochaine pourrait impacter la production de l'entreprise. Quoiqu'il en soit, dans les deux cas, la difficulté doit être de nature à compromettre l'exploitation⁴¹⁸. Cependant, l'évaluation⁴¹⁹ d'une difficulté prévisible peut poser un problème, puisqu'il est question d'une conséquence qui n'est pas présente mais supposée résulter d'un évènement qui reste une simple éventualité⁴²⁰. En fin de compte, il conviendrait, comme le souligne un auteur⁴²¹, que le caractère prévisible de la difficulté ressorte un ou des éléments factuels, tels que la perte d'un client important, un trouble social. En tout état de cause, la rétention du critère de difficulté prévisible, pour justifier l'accès à un cadre de négociation, est à saluer en ce que cela permet au chef d'entreprise vigilant d'éviter la dégradation de sa situation au point où des conflits d'intérêts pourraient rendre impossible toute chance de compromis⁴²².

204. Le débiteur qui souhaite bénéficier d'une procédure de conciliation doit saisir le tribunal par une requête expliquant les difficultés rencontrées ou redoutées, ainsi que les solutions prévues pour leur résolution. Cette démarche doit être responsable. C'est pourquoi, contrairement à son homologue OHADA, le législateur français requiert l'avis de l'autorité prudentielle lorsqu'il s'agit d'un établissement de crédit, d'un établissement d'investissement⁴²³. En revanche, si le législateur français n'exige⁴²⁴ pas que le débiteur propose, concomitamment avec la requête d'ouverture, les solutions envisagées en vue de mettre fin à ses difficultés, son homologue OHADA le fait⁴²⁵.

⁴¹⁷ A. JACQUEMONT, R. VABRES, *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., LxisNexis, 2015, p. 63.

⁴¹⁸ La difficulté prévisible représente le fait que le chef d'entreprise sache qu'il ne peut honorer les prochaines échéances : C. SCHMITT, « La conciliation. Aspects pratiques », *Rev. proc. coll.* 2006, n°2, p. 180.

⁴¹⁹ Selon P.-M. LE CORRE, la notion de difficulté prévisible serait comparable à celle de l'impossibilité de couvrir les besoins par un financement adapté, jadis utilisé dans le règlement amiable : *Droit et pratique des procédures collectives, 2015-2016*, 8^e éd., Dalloz action, 2014, n°141-21.

⁴²⁰ Dès lors, l'exercice de qualification devient « quasi-divinatoire » : A. JACQUEMONT et R. VABRES, *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., LxisNexis, 2015, p. 64.

⁴²¹ M.-C. HABAUZIT-DETILLEUX et P. MICHAUD, « La procédure de conciliation applicable à l'avocat en difficulté dans la loi de sauvegarde du 26 juill. 2005 », *Gaz. pal.* 27 janv. 2006, n°27, p. 3.

⁴²² C. SCHMITT, « La conciliation. Aspects pratiques », *Rev. proc. coll.* 2006, n°2, p. 178.

⁴²³ Art. L.613-27, al. 2, c. mon. fin.

⁴²⁴ V. art. L. 611-6, c. com.

⁴²⁵ Art. 5-2, al. 1 AUPC.

205. En droit français, afin de permettre au juge compétent de prendre une décision sur la foi de preuves matérielles, le débiteur doit joindre à sa requête un certain nombre de documents. Ces derniers doivent permettre entre autres d'identifier le requérant (l'attestation d'immatriculation, d'inscription ou de déclaration d'activité), de connaître sa situation comptable (les états financiers de synthèse contenant le bilan, le chiffre d'affaires, un état de trésorerie et un état chiffré des créances et des dettes avec indication des échéances) et, le cas échéant, le nombre de salariés employés et déclarés à la date de la demande.
206. En droit OHADA, le débiteur devra également fournir une attestation d'absence de cessation des paiements au moment de la demande⁴²⁶, alors qu'en droit français, la cessation des paiements ne doit pas, le cas échéant, exister depuis plus de trois mois⁴²⁷. L'Acte uniforme des procédures collectives exige que le débiteur atteste n'être soumis à aucune autre procédure de conciliation. L'intérêt d'une telle exigence se justifierait par le fait que le débiteur peut être engagé dans une procédure de conciliation dans un autre Etat membre sans que le tribunal saisi ne soit au courant⁴²⁸.
207. IL ressort de la comparaison des dispositions de l'article R.611-22 du code de commerce avec l'article 5-2 du nouvel Acte uniforme des procédures collectives que le législateur OHADA exige moins de documents que son homologue français pour l'ouverture de la conciliation. A titre d'exemple, il ne demande pas l'état des sûretés. Toutefois si cette différence, qui tient à la simplicité, est de nature à inciter le débiteur OHADA à recourir à la conciliation sans attendre que sa situation n'empire, elle n'en reste pas moins critiquable sur le terrain sécuritaire. En outre, dans ces deux droits, des différences de terminologie, certes anodines, peuvent être relevées dans et en dehors de la procédure de la conciliation.

B. Les terminologies utilisées

208. En droit OHADA, l'usage de certains termes traduit une certaine démarcation par rapport au droit français. A l'heure de relever ces différences terminologiques, il faudrait d'entrée signaler la différence d'appellation du corpus de règles qui s'appliquent aux difficultés des entreprises. Officiellement en France, ce corpus est appelé « code de commerce », alors qu'au sein de la

⁴²⁶ Art. 5-2, AUPC.

⁴²⁷ R. 611-22, c. com.

⁴²⁸ J. ISSA-SAYEGH, P.-G POUGOUE et F.M. SAWADOGO, *OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés*, éd., Juriscope, 2015-2016, p. 1155.

doctrine, la discipline de droit qui étudie les difficultés des entreprises est majoritairement désignée sous le nom de « droit des entreprises en difficulté ». Dans l'espace OHADA, le même corpus est officiellement désigné sous l'appellation d'« Acte uniforme des procédures collectives d'apurement du passif », tandis que la discipline semble majoritairement appelée « droit des procédures collectives ».

209. Toutefois, l'appellation « Acte uniforme des procédures collectives d'apurement du passif » correspond-elle à la matière régie ? La réponse peut ne pas être affirmative. En effet, cette appellation peut donner l'impression que toutes les procédures régies sont collectives. Or, si le règlement préventif, le redressement judiciaire, ainsi que la liquidation des biens organisent un traitement collectif des difficultés des entreprises, tel n'est pas le cas dans la procédure de conciliation, où entre autres la déclaration des créances, le gel des créances antérieures n'existent pas. Dès lors une autre désignation qui tienne compte de ce détail ne serait-elle pas mieux adaptée ?
210. Le législateur OHADA de 2015 utilise l'expression « homologation visa », pour désigner l'accord de conciliation qui ne comporte pas de privilège de conciliation. A l'analyse de cette homologation visa, on se rend compte qu'elle correspond à la constatation de l'accord de conciliation en droit français. Autrement dit, l'accord de conciliation homologué au visa en droit OHADA est l'équivalent de l'accord de conciliation constaté en droit français ; un développement sur le fond y est consacré dans les pages suivantes.
211. La procédure de médiation du droit OHADA correspond sans nul doute au mandat ad hoc français, à la différence qu'elle a un régime juridique plus détaillé⁴²⁹ que celui du mandat ad hoc⁴³⁰. Hormis cette différence, les deux procédures présentent les mêmes caractéristiques fondamentales à savoir la liberté - il n'y a pas de durée déterminée - et la confidentialité -qui est une question d'ordre public dans les deux droits.
212. Le règlement préventif du droit OHADA est une procédure préventive. Il ressort de son régime juridique qu'il correspond à la sauvegarde classique du droit français. En fait, il en est une forme simplifiée. Les conditions d'ouverture, de déroulement, ainsi que les effets du concordat

⁴²⁹ Un Acte uniforme spécifique régit désormais la procédure de médiation en droit OHADA, il a été adopté en 2017 à Conakry (Rép. Guinée). Avant cette adoption, l'art. 2 de l'Acte uniforme des procédures collectives renvoyait aux dispositions nationales où la procédure était ouverte.

⁴³⁰ Dans le code de commerce, hormis la partie réglementaire, un seul article est consacré au mandat *ad hoc* : L.611-3.

préventif, sont quasiment les mêmes. La différence étant qu'en droit OHADA, les formalités procédurales, notamment les délais sont plus courts. Il en est ainsi, à titre d'exemple, de la durée de la période d'observation qui est de trois mois prorogeables une seule fois pour une durée d'un mois pour le règlement préventif⁴³¹, et de six mois prorogeables une seule fois pour une durée de six mois pour la sauvegarde classique⁴³².

213. Enfin, les termes « expert » et « syndic », employés dans l'Acte uniforme des procédures collectives, renvoient respectivement à un représentant impartial du tribunal dans la procédure de règlement préventif et au mandataire judiciaires en droit français. Ces différentes observations d'ordre terminologique étant apportées, voyons en quoi les cadres de négociation, notamment les procédures de conciliation prévues en droit OHADA et en droit français se rapprochent sur le fond.

II. Un rapprochement des législations sur le fond

214. La procédure de conciliation a été conçue par les législateurs français et OHADA comme un cadre consacré aux négociations en vue de trouver une solution concertée aux problèmes du débiteur. Cette solution se matérialise par un protocole d'accord que les parties signent, et qui est ensuite soumis au tribunal, dans le but de lui conférer une sécurité juridique. L'issue des négociations dans les conciliations française et OHADA sont les mêmes. Toutefois, il existe des divergences. Il en est ainsi de la protection de l'accord homologué contre la période suspecte qui est garantie en droit français⁴³³, mais qui ne l'est pas droit OHADA⁴³⁴. De même, le privilège de la conciliation joue dans toutes les procédures judiciaires subséquentes à la conciliation en droit français⁴³⁵, alors qu'il ne l'est qu'en liquidation des biens en droit OHADA⁴³⁶. Enfin, si, en droit français, seul le débiteur peut demander l'homologation de

⁴³¹ Art. 12, al. 6, AUPC.

⁴³² Art. L.623-3, c. com.

⁴³³ Dans l'éventualité d'une procédure judiciaire subséquente, le juge ne peut fixer la date de la survenance de la cessation des paiements antérieurement à la date de la décision ayant homologué l'accord de conciliation.

⁴³⁴ Les art. 5-10 et 5-11 de l'AUPC qui sont relatifs à l'homologation de l'accord de conciliation ne disposent nulle part qu'en cas de report de la date de la cessation des paiements, la nouvelle date fixée ne peut être antérieure à la date ayant homologué l'accord de conciliation. Par conséquent, un accord de conciliation, qui comporte un privilège de *new money*, peut tomber dans la période suspecte, et subir la nullité. En tout état de cause, le législateur OHADA semble cohérent dans la mesure où le privilège de la conciliation ne peut profiter à son titulaire qu'en cas d'ouverture d'une procédure de liquidation des biens subséquente à l'homologation de l'accord de conciliation comportant ce privilège : art. 5 -11.

⁴³⁵ Art. L.611-11, al.1, c. com.

⁴³⁶ Art. 5-11, AUPC.

l'accord de conciliation⁴³⁷, en droit OHADA, la partie la plus diligente peut en faire la demande⁴³⁸.

215. Dans le cadre de ce paragraphe, le déroulement la procédure de conciliation ne sera pas étudié. Les développements seront consacrés à une étude comparative sur l'homologation et la constatation de l'accord, ainsi que sur les effets que ces mesures attachent à ce dernier en droit français (A) et en OHADA (B).

A. L'accord dans la procédure de conciliation du droit français

216. Le droit français des entreprises en difficulté prévoit deux mécanismes juridiques pour sécuriser l'accord de conciliation intervenu entre un chef d'entreprise et ses créanciers. L'accord peut être soit constaté⁴³⁹ sur requête conjointe des parties, soit homologué sur demande unique du chef d'entreprise⁴⁴⁰. Le choix que le débiteur doit effectuer est toujours un dilemme, en ce sens que la décision de soumettre ou non l'accord à l'homologation ne peut intervenir sans concertation étroite avec les créanciers⁴⁴¹.
217. Pour la constatation de l'accord, le tribunal doit être saisi par une requête conjointe des parties, ce qui requiert l'assentiment des créanciers parties à l'accord, puisqu'ils doivent renoncer au bénéfice de l'homologation. L'accord intervenu entre les parties est un contrat régi par le droit commun des contrats. De ce fait, le juge ne peut y apporter une quelconque modification⁴⁴². Le tribunal se contente de constater uniquement l'accord signé entre les parties. Il n'exerce qu'un contrôle formel, d'abord sur l'existence d'une convention des parties - sans possibilité d'en examiner le contenu -, ensuite sur la déclaration du chef d'entreprise qui certifie ne pas être en cessation des paiements à la date de la conclusion de l'accord, ou que l'accord intervenu y a mis fin⁴⁴³.
218. La constatation confère force exécutoire à l'accord. Cet acte n'est pas publié afin d'assurer la confidentialité de toute la procédure et celle du contenu de la convention intervenue entre les

⁴³⁷ Art. L.611-8, I.

⁴³⁸ L'homologation est de droit sauf si l'accord est contraire à l'ordre public : art. 5-10, al.1, AUPC.

⁴³⁹ Art. L.611-8-I, c. com.

⁴⁴⁰ Art. L.611-8-II, c. com.

⁴⁴¹ I. ROHART-MESSAGER, « L'amélioration de la prévention », *Gaz. pal.* 7 mars 2009, n° spc. p. 5 et s.

⁴⁴² Com. 97-16.777 et 97-17.415, *Bull. civ.* IV, n°33, p. 26.

⁴⁴³ Art. L.611-8-I, c. com.

parties⁴⁴⁴. Raison pour laquelle, selon un rapport d'enquête réalisée en 2013 par le ministère de la justice, les entreprises auraient plus recours à la constatation qu'à l'homologation de l'accord de conciliation⁴⁴⁵. L'acte de constatation de l'accord met fin de plein droit à la procédure de conciliation, et n'est pas susceptible de recours⁴⁴⁶. C'est la preuve que cette procédure n'est pas imposée au chef d'entreprise⁴⁴⁷. L'accord constaté produira un effet à l'égard du chef d'entreprise, des créanciers et à l'égard des garants.

219. Nonobstant la désignation d'un conciliateur, le chef d'entreprise n'est pas dessaisi ni à cause de l'ouverture de la procédure, ni à cause de la conclusion d'un accord. Il garde la plénitude du pouvoir de disposition et d'administration.
220. A l'égard des créanciers, l'accord constaté suspend les poursuites⁴⁴⁸, ce qui est logique dans la mesure où ils sont parties à l'accord, dans lequel ils ont librement consenti des délais et des remises. Toutefois, cette suspension ne concerne que les dettes ayant fait l'objet soit de remise, soit de report de paiement⁴⁴⁹. Pour les autres, c'est-à-dire non concernées par l'accord, les créanciers sont libres de poursuivre le chef d'entreprise dans les conditions du droit civil. Les délais de paiement sont également interrompus, sauf si l'accord est résolu dans lequel cas les créanciers recouvrent leur liberté de poursuite⁴⁵⁰. Pour ne pas alourdir le passif du débiteur, le législateur interdit l'anatocisme. Autrement dit, les intérêts produits par les créances ayant fait l'objet de remises ou de délais ne produiront pas d'autres intérêts ; seul le capital restant dû et les intérêts produits jusqu'à l'accord seront payés⁴⁵¹.
221. Les garants personnes physiques peuvent ne pas se prévaloir de l'accord constaté. En effet, deux hypothèses sont à distinguer : d'une part, les créances ayant fait l'objet de remise ou de délai dans la convention entre le chef d'entreprise et les créanciers ne peuvent être réclamées aux garants pendant la durée de l'accord, nonobstant l'effet relatif des contrats : « *la remise de*

⁴⁴⁴ *id.*

⁴⁴⁵ Soit 54% : M. GUILLONNEAU et Alii, « La prévention des difficultés des entreprises par le mandat ad hoc et la conciliation devant les juridictions commerciales de 2006 à 2011 », Rapport de recherche, Ministère de la justice, 2013, p. 14.

⁴⁴⁶ Art. L.611-8-I, c. com.

⁴⁴⁷ Art. R.611-37, c. com.

⁴⁴⁸ Art. L.611-10-1, tel que modifié par l'ord. n°2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n°0035 du 11 févr. 2016, texte n°26.

⁴⁴⁹ *id.*

⁴⁵⁰ *id.*

⁴⁵¹ Art. L.611-10-1, c. com.

dette accordée au débiteur principal libère les cautions, même solidaires »⁴⁵² ; en dehors de telles créances, les garants ne peuvent se prévaloir des délais accordés à ce débiteur principal, à charge pour eux de demander au juge des délais de grâce⁴⁵³. D'autre part, avant l'ordonnance du 18 décembre 2008, le code de commerce invitait à distinguer selon que l'accord est homologué ou constaté. Les garants pouvaient se prévaloir de l'accord dans le cadre de l'homologation, alors que rien n'était dit dans le cas de la constatation⁴⁵⁴. La question s'est logiquement posée à la Cour de cassation, qui a affirmé que les garants pouvaient, quand bien même que l'accord était simplement constaté, s'en prévaloir⁴⁵⁵. Après l'ordonnance précitée, le législateur a unifié la situation des garants personnes physiques et coobligés aussi bien concernant l'accord constaté que celui homologué⁴⁵⁶. Une modification importante a été adoptée : si dans la législation antérieure à l'ordonnance du 18 décembre 2008, seuls les cautions, coobligés et les titulaires de garantie autonome étaient concernés, après ce texte ce sont toutes les garanties qui sont concernées telles que la fiducie, ou encore la délégation parfaite. Les effets ci-dessus décrits de l'accord constaté sont valables dans le cadre de l'accord homologué, de sorte que dans les lignes qui vont suivre, il ne sera vu que les spécificités qui caractérisent l'accord homologué.

222. L'homologation de l'accord de conciliation est une décision importante qui est destinée à produire effet à l'égard des garants. Elle ne peut intervenir qu'à la demande expresse du chef d'entreprise compte tenu de la publicité qui la caractérise⁴⁵⁷. Cette décision ne ressort plus d'ailleurs de la compétence du président du tribunal, mais de tout le tribunal de commerce ou de grande instance ; elle est rendue par une formation collégiale suivant le principe du contradictoire. Il en découle que l'homologation ne se fait plus par une simple ordonnance, mais par un jugement⁴⁵⁸. Le code de commerce pose trois conditions cumulatives de fond pour l'homologation de l'accord de conciliation :

⁴⁵² Art. 1350-2, c. civ. tel que modifié par l'ord. n°2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n°0035 du 11 févr. 2016, texte n°26.

⁴⁵³ Sur le fondement de l'art. 1345-5, c. civ. tel que modifié par l'ord. n°2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n°0035 du 11 févr. 2016, texte n°26.

⁴⁵⁴ Art. L.611-10-3, c. com. dans sa version en vigueur avant l'ord. n°2008-1345 du 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *JORF* n°0295 du 19 déc. 2008, p. 19462, texte.

⁴⁵⁵ Com. 5 mai 2004 ; Act. proc. coll. 2004-11, n° 132, obs. J. VALLANSAN.

⁴⁵⁶ Art. L.611-10-2, c. com.

⁴⁵⁷ Art. L.611-8, II, c. com.

⁴⁵⁸ Art. R.611-41, c. com.

223. L'accord doit constater que le débiteur n'est pas en cessation des paiements ou qu'il met fin à cette situation. Il faut dire que la nouvelle physionomie du traitement des difficultés des entreprises en droit français justifie cette exigence. En effet, la procédure de conciliation vise à éviter une crise trésorière du débiteur, ou à tout le moins, une pérennisation de ce dernier au-delà de quarante-cinq jours. Sinon il faudra nécessairement recourir à une procédure collective, puisque dans ces conditions les difficultés sont à considérer comme sérieuses⁴⁵⁹. Tout accord qui ne peut éviter ce scénario ne présente pas d'utilité dans la mesure où il ne permettra pas au débiteur de sortir de ses difficultés.
224. L'accord doit pérenniser l'entreprise. Ce qui est naturel en ce que l'objectif recherché à travers la procédure de conciliation est de permettre la résolution amiable des difficultés d'une entreprise, afin qu'elle puisse continuer son exploitation économique. Il faudrait dès lors que l'accord fournisse des garanties à cet égard. Un pouvoir d'appréciation élargi est accordé au tribunal par la loi. Ce dernier peut avoir toutes les informations sur le débiteur par des démarches propres, ou au travers du rapport du conciliateur⁴⁶⁰.
225. Enfin, l'accord ne doit pas porter atteinte aux intérêts des créanciers non signataires. Ce qui s'entend indépendamment du report, du rééchelonnement des dettes, ainsi que des réductions d'intérêt que le tribunal aurait pu accorder au cours de la procédure de conciliation⁴⁶¹.
226. Afin de conférer une transparence réelle à l'accord qui sera homologué, le tribunal, avant de statuer, entend ou appelle dûment le débiteur, les créanciers concernés, ainsi que les représentants des salariés⁴⁶². De même, le conciliateur et le ministère public sont également entendus. Ce qui participe de la moralisation de la procédure. Par ailleurs, le tribunal pourra entendre toute autre personne si nécessaire. A cet égard les créanciers non signataires et les salariés - s'ils n'ont pas été représentés - peuvent être entendus pour toute information utile pour la décision qui sera prise⁴⁶³. La décision homologuant l'accord de conciliation est publiée. Il a été déjà dit que la publicité décourage le chef d'entreprise. Toutefois, il importe de préciser que seule la décision est publiée, l'accord en lui-même ne l'est pas⁴⁶⁴. Cette décision

⁴⁵⁹ Toulouse, 2^e ch. 10 mai 2007 ; *JCP E* 2008, n°1643, note C. LEBEL.

⁴⁶⁰ Art. L.611-2 et L.611-6, c. com.

⁴⁶¹ Art. 1244-1 et s., c. civ.

⁴⁶² Art. L. 611-9, c. com.

⁴⁶³ Art. L.611-6, c. com.

⁴⁶⁴ Art. L.611-10, c. com.

d'homologation de l'accord de conciliation, contrairement à l'ordonnance qui le constate, est susceptible de recours en appel, en cas d'une éventuelle contestation du privilège de la conciliation⁴⁶⁵ ; il en est de même de la tierce opposition. En outre, la décision rejetant la demande d'homologation du chef d'entreprise est également susceptible d'appel.

227. L'accord homologué lève de plein droit toute interdiction d'émettre des chèques⁴⁶⁶. Il permet d'accorder le privilège de la conciliation⁴⁶⁷ aux créanciers qui prennent le risque de consentir des concours financiers, ou de fournir des biens ou des services au débiteur, ce qui opère une différence par rapport à l'ancien règlement amiable⁴⁶⁸. Ce privilège est un moyen pour attirer les créanciers à participer à la restructuration de l'entreprise. Toutefois, un soupçon de rupture d'égalité des créanciers a pu être vu dans ce privilège ; mais le Conseil constitutionnel, saisi de la question, a estimé que « *le législateur a institué le privilège contesté afin d'inciter les créanciers d'une entreprise en difficulté, quel que soit leur statut, à lui apporter les concours nécessaires à la pérennité de son activité ; qu'au regard de cet objectif, ceux qui prennent le risque de consentir de nouveaux concours, sous forme d'apports en trésorerie ou de fourniture de biens ou de services, se trouvent dans une situation différente de celle des créanciers qui se bornent à accorder une remise de dettes antérieurement constituée ; qu'ainsi le législateur n'a pas méconnu le principe d'égalité* ». ⁴⁶⁹

228. Le bénéfice du privilège de la conciliation est soumis à la satisfaction de certaines exigences légales⁴⁷⁰ : l'accord doit être homologué ; il doit s'agir d'un nouvel apport en trésorerie ou en fourniture de biens ou de services ; le concours doit répondre à l'objectif de poursuite de l'activité et de la pérennité de l'entreprise. Les apports consentis par les actionnaires et associés dans le cadre d'une augmentation du capital sont exclus. Commentant ces limitations, un auteur⁴⁷¹ a émis des regrets du fait qu'il n'ait pas été exigé de vérifier qu'il n'existe plus d'actif non grevé, ou que le chef d'entreprise a bien utilisé toutes ses réserves de crédit disponibles.

⁴⁶⁵ Montpellier, 2^e ch. 2 févr. 2010 ; *JCP E* 2010, n°1875, note C. LEBEL.

⁴⁶⁶ Art. L.131-73, c. mon. fin.

⁴⁶⁷ Art. L.611-11, c. com. tel que modifié par l' ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

⁴⁶⁸ A. JACQUEMONT et ALii, *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd., LexisNexis, 2017, n°122, p. 79.

⁴⁶⁹ Cons. const. n°2005-522 DC du 22 juill. 2005.

⁴⁷⁰ Art. L.611-11, c. com. tel que modifié par l' Ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

⁴⁷¹ J. STOUFFLET et N. MATHEY, « La loi sur la la sauvegarde des entreprises, commentaires des dispositions applicables aux concours financiers », *RD com. et banc.* 2006, sp. n°9, p. 55.

Cet auteur espère néanmoins que le tribunal fasse le contrôle lors de l'homologation en vue d'éviter des abus, dès lors que ces limitations sont respectées. Enfin, il a critiqué l'inacceptation des apports en capital, estimant que cette limitation favorise le financement par l'emprunt au détriment du financement en capital, qui serait selon lui le plus à même de garantir des ressources stables au débiteur⁴⁷².

229. L'accord homologué permet également de couvrir, dans le cadre d'une procédure judiciaire subséquente, les accords passés, notamment les garanties accordées aux créanciers participants, de la nullité de la période suspecte. Il en est ainsi parce que le tribunal ne peut reporter, sauf cas de fraude, la date de la cessation des paiements à une date antérieure à celle de la décision définitive ayant homologué un accord amiable⁴⁷³. Cependant tenant compte de la réforme qui permet l'ouverture d'une procédure de conciliation dans les quarante-cinq jours de la cessation des paiements, peut-on dire que les créanciers sont à l'abri de la période suspecte, sachant que le législateur n'a rien dit sur ce point ? Une réponse affirmative peut être apportée dans la mesure où l'accord devant être homologué doit mettre fin à cet état de cessation des paiements, de sorte qu'on se retrouve dans la même situation que si la conciliation avait été ouverte sans cessation des paiements. Cette condition liée à l'absence de cessation des paiements au moment d'homologuer l'accord amiable semble d'ailleurs être une réaction à un arrêt de la Cour de cassation qui avait autorisé, sous l'empire du règlement préventif, la fixation *a posteriori* de la date de cessation des paiements indépendamment des ordonnances rendues⁴⁷⁴.
230. Le créancier titulaire du privilège de conciliation est payé, pour le montant de son apport, avant tout autre créancier, selon le rang déterminé par le code de commerce. Concrètement, il sera payé après les créances salariales et celles liées au frais de justice nées postérieurement au jugement d'ouverture ; mais il le sera avant tout créancier antérieur au jugement d'ouverture et tout créancier de la période d'observation. Le régime de la responsabilité des créanciers, qui apportent un concours financier ou une fourniture au débiteur, ne sera pas abordé ici⁴⁷⁵. L'accord de conciliation dans le droit OHADA partage en grande partie les règles précédemment évoquées, excepté quelques mesures.

⁴⁷² J. STOUFFLET et N. MATHEY, « La loi sur la la sauvegarde des entreprises, commentaires des dispositions applicables aux concours financiers », *RD com. et banc.* 2006, spéc. n°24.

⁴⁷³ Art. L.631-8, al. 2, c. com.

⁴⁷⁴ Com. 14 mai 2002 ; *JCP E* 2003, n°108, note F. VINCKEL.

⁴⁷⁵ V. *infra*, n°786 et s.

B. L'accord dans la procédure de conciliation du droit OHADA

231. L'article 5-10, alinéa premier, de l'AUPC indique que l'accord de conciliation peut être déposé au rang des minutes d'un notaire ou homologué ou exécuté par la juridiction compétente statuant à huis clos. L'homologation de l'accord de conciliation est de deux types : une homologation visa ou de droit - elle suppose l'absence d'un privilège de la conciliation dans l'accord -, et une homologation spéciale en présence d'un tel privilège.
232. Lorsque les parties se sont mises d'accord sur les termes de l'accord, celle la plus diligente peut demander son homologation. La mesure vise à anticiper un éventuel changement d'opinion de la part d'un débiteur de mauvaise foi qui, pour une telle ou telle raison, voudrait faire échouer la procédure. En pratique, un tel scénario est rare dans la mesure où l'auteur principal de la mise en place de l'accord est le débiteur lui-même. Dès le dépôt de l'accord par le conciliateur, le tribunal n'attend pas les parties pour procéder à son homologation, cette dernière étant de droit⁴⁷⁶. Comparativement au droit français, l'homologation est précédée de la consultation du conciliateur, du débiteur, du comité d'entreprise et du ministère public⁴⁷⁷. Si la raison principale de la mesure en France pourrait s'expliquer par l'importance des effets attachés à une homologation, le législateur OHADA, lui, semble avoir opté pour la célérité des opérations.
233. Le pouvoir d'appréciation du juge OHADA est limité dans l'homologation d'un accord de conciliation qui ne comporte pas de privilège d'argent frais. Son rôle se limite à vérifier qu'il existe formellement un accord entre les parties. Il ne peut ni se prononcer sur la qualité de l'accord signé, ni sur les éventuelles conséquences de ce dernier à l'égard des tiers, notamment, les créanciers non signataires. Cette homologation de droit est officiellement appelée « homologation visa ». Elle n'est pas soumise à publicité⁴⁷⁸, sauf si l'accord comporte un privilège de new money. L'homologation ne reprend pas le contenu de l'accord. Cette mesure a le mérite d'attirer plus de créanciers vers la conciliation dans la mesure où il n'y a point de publicité jusqu'au stade de l'homologation. De ce fait, la confidentialité se justifie. Elle se justifierait également pour la protection de la procédure en cours : « *la conciliation est une procédure non contraignante, les partenaires du débiteur qui ne sont pas appelés à la conciliation doivent être tenus à distance de la connaissance des difficultés de l'entreprise pour*

⁴⁷⁶ Art. 5-10, al.1, AUPC.

⁴⁷⁷ Art. L.611-9, c. com.

⁴⁷⁸ Art. 5-9, AUPC.

éviter, que dans un mouvement rapide et massif de préservation par chacun de ses intérêts propres, soit définitivement scellé le sort de l'entrepreneur et, avec lui, de son activité ». ⁴⁷⁹

234. Le régime juridique de l'homologation visa se rapproche de la constatation de l'accord de conciliation en droit français. Le législateur OHADA a-t-il voulu tirer les avantages de l'accord constaté du droit français qui, au demeurant, est le plus sollicité⁴⁸⁰, à cause de sa confidentialité ?
235. Si cette homologation présente l'avantage de la contractualisation et de la confidentialité de la procédure de conciliation, elle n'en demeure pas moins critiquable quant à la sécurité de l'accord. Les magistrats ne sont-ils pas mieux placés pour sécuriser la nouvelle procédure de conciliation ? Que devient l'accord en cas de dol de la part du débiteur ? Aucune condition particulière n'est posée par le législateur pour l'homologation visa de l'accord de conciliation.
236. Toutefois, la juridiction compétente peut mettre fin à la procédure à tout moment dès lors que la cessation des paiements est constatée. Hormis cette éventualité, il faut dire, comme le relève un auteur⁴⁸¹, que le caractère contractuel de l'accord devrait relancer la question de l'admission du recours-nullité au moment de l'homologation. A cet égard, il conviendrait de dissocier l'accord passé de la décision judiciaire. Comme cela a été évoqué précédemment, au cours de l'homologation, la juridiction compétente ne contrôle ni les éventuelles causes de nullité des actes passés, ni les raisons susceptibles de fonder une action paulienne dans l'intérêt des créanciers qui seraient abusés. Aucun recours n'est non plus ouvert à ces derniers⁴⁸². Contrairement au droit français, le jugement refusant l'homologation de l'accord est susceptible d'appel, tandis que celui qui homologue la convention intervenue entre les parties est susceptible d'une tierce-opposition⁴⁸³. Le manque de sécurité de l'accord homologué de droit dans le droit OHADA conduit à s'interroger sur la modification de cet accord.
237. Le législateur a gardé un silence sur cette question. Sa volonté de ne pas altérer le caractère contractuel de toute la procédure de conciliation pourrait conduire à affirmer, comme le propose

⁴⁷⁹ F. REILLE, « L'instauration d'une conciliation à la française en droit des entreprises en difficulté Ohada », *LPA*, 9 mars 2016, n° 49, p. 13.

⁴⁸⁰ Le taux de recours à la constatation de l'accord de conciliation serait de 80% : P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2015-2016*, 8^e éd., 2014, n°144-03.

⁴⁸¹ J.-P. SORTAIS, *Entreprise en difficulté. Les mécanismes d'alerte et de conciliation*, éd., LGDJ, 2015, p. 87.

⁴⁸² Art. 5-10, al. 2, AUPC.

⁴⁸³ Art. 611-10, c. com.

un auteur, que l'évolution d'un accord homologué doit dépendre de la volonté des parties, à moins d'une nouvelle conciliation, ou de l'ouverture d'une procédure collective⁴⁸⁴. Toutefois, une souplesse pourrait être adoptée en la matière, en permettant par exemple qu'une modification substantielle soit possible entre les parties - qui donnerait alors lieu à une nouvelle homologation -, ou une modification de moindre ampleur pour laquelle une décision concertée du débiteur et du créancier suffirait.

238. Dans l'homologation d'un accord comportant un privilège de conciliation, toutes les mesures contraires existant dans l'homologation visa subsistent. D'abord la confidentialité⁴⁸⁵ ne peut plus être maintenue : « *le secret n'est plus de mise lorsque le juge en donnant son sceau à l'accord, permet notamment à certains créanciers de bénéficier d'une situation préférentielle* ». ⁴⁸⁶ La décision d'homologation est publiée au RCCM ou dans un registre chronologique selon l'identité du débiteur. Un auteur français regrette que le privilège de la conciliation ne soit pas soumis aux règles de publicité de droit commun des privilèges en France. Il invite les créanciers à être vigilants en recherchant notamment par eux-mêmes les informations relatives au patrimoine du débiteur⁴⁸⁷. Cependant, d'autres auteurs regrettent la publicité qui entoure l'homologation. Ces auteurs opposent à la sécurité de l'accord par l'effet d'homologation, l'exposition des difficultés de l'entreprise, ce qui, selon eux, porte préjudice à son crédit vis-à-vis de ses partenaires⁴⁸⁸.
239. Ensuite, la décision ayant homologué l'accord est susceptible d'opposition par tout intéressé dans les quinze jours de sa publication devant la juridiction compétente⁴⁸⁹. Un appel peut être interjeté contre la décision de la juridiction saisie pour opposition dans les quinze jours de son prononcé. Le recours contre une décision d'homologation sera notamment utilisé lorsqu'un ordre public n'a pas été respecté. Le choix du type de recours effectué par le législateur africain a été critiqué par une doctrine⁴⁹⁰, qui estime qu'une tierce-opposition aurait été plus adaptée,

⁴⁸⁴ M. JEANTIN, P. Le CANU, *Droit commercial, Entreprise en difficulté*, 7^e éd., Dalloz, 2006, p. 100.

⁴⁸⁵ Art. 5-11, al. 5, AUPC

⁴⁸⁶ A. JACQUEMONT, R. VABRES, *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., LexisNexis, 2015, p. 78.

⁴⁸⁷ P.-M. Le Corre, « Du privilège occulte de conciliation », *Gaz. pal.* 13 oct. 2012, n°287, p. 3.

⁴⁸⁸ A. TOH, La prévention des difficultés des entreprises : étude comparée de droit français et droit OHADA, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 2015, p. 231 ; B. DUMAS, « Le banquier face à l'entreprise en difficulté », *Rev. Banque*, 2008, p. 145 ; L. HANOCHOWICZ, « L'homologation de l'accord amiable : un leurre pour les créanciers ? », *Rev. Banque*, juin 2006, n° 681, p. 52.

⁴⁸⁹ Art. 5-11, al. 6, AUPC.

⁴⁹⁰ « *Au regard des parties en présence, on peut s'interroger sur la pertinence de la voie de recours choisie par le législateur. En effet, l'opposition peut être définie comme étant une voie de rétractation ouverte à la partie contre*

dans la mesure où cette dernière vise à faire rétracter ou réformer un jugement au profit d'un tiers qui s'y oppose, dans le but de protéger ses intérêts. Quoiqu'il en soit, l'appel reste ouvert dans l'hypothèse d'un rejet de l'opposition.

240. La décision refusant d'homologuer l'accord de conciliation n'est pas susceptible de recours⁴⁹¹ contrairement au droit français⁴⁹². Même si le législateur montre sa volonté de sécuriser l'accord intervenu entre les parties, au travers de l'homologation visa ou de droit, l'absence de recours contre un éventuel refus d'homologuer l'accord peut être regretté. Il paraît difficile d'expliquer qu'il veuille, d'une part, favoriser le redressement de l'entreprise et, d'autre part, rapidement sécuriser l'accord conclu, mais qu'il ferme dans le même temps la porte à toute possibilité de contestation si le juge saisi refusait l'homologation. En d'autres termes, si la juridiction compétente commet une erreur d'appréciation de droit ou de fait dans l'examen de la demande d'homologation d'un accord, ce dernier, conclu pour le redressement de l'entreprise, et qui comporte des privilèges, ne pourra être sécurisé comme les parties l'auront souhaité ; et en dépit d'une erreur judiciaire, aucune contestation ne sera possible. Une incohérence législative semble exister, et cela constitue une insécurité juridique.
241. Tel que le cadre de négociation se présente dans les droits français et OHADA, toutes les conditions favorables à l'usage du procédé de passerelle semblent réunies d'un point de vue théorique. Qu'en est-il de son application au regard des droits positifs français et OHADA ?

Conclusion du chapitre 2

242. Du chapitre qui précède il peut être retenu que le procédé de passerelle est juridiquement admis dans les droits français et OHADA. Les raisons tiennent, dans un sens, aux missions du conciliateur qui, exprimées dans des termes généraux, permettent de pré-arranger une sauvegarde accélérée, et un règlement préventif accéléré sur le terrain de la conciliation et, dans l'autre, au cadre des négociations que constitue la procédure de conciliation. Cette dernière, étant amiable et contractuelle, permet de satisfaire aux conditions de souplesse et de célérité

laquelle un jugement par défaut a été rendu (G. Couchez, X. Lagarde, Procédure civile, 17^e éd., 2014, Sirey, p.469). Avec son effet suspensif et évolutif, elle donne l'occasion à l'opposant de faire valoir ses arguments car il n'avait pas été en mesure de le faire dans la première procédure alors que la décision attaquée lui fait grief. Or, il sera assez rare de voir un créancier ou un débiteur former opposition contre une décision d'homologation alors que l'accord ne peut être modifié par le tribunal et que la décision n'a pour but que de lui donner force exécutoire » : C. NDONGO, *La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC révisé*, thèse de doctorat, éd., LGDJ, 2018, p. 212.

⁴⁹¹ Art. 5-10, AUPC.

⁴⁹² Art. L.611-10, al. 2, c. com.

indispensables dans une procédure à plan pré-arrangé. Le premier titre de la première partie de la présente étude peut être conclu comme suit.

Conclusion du titre 1

243. D'une part, il peut être retenu qu'il existe une convergence des faiblesses caractérisant la prévention voire le traitement des difficultés des entreprises entre le droit français antérieur à la loi de sauvegarde des entreprises de 2005 et le droit positif OHADA. Ces faiblesses sont liées à la rigidité du régime de la cessation des paiements et à l'unanimité de l'accord de conciliation ; elles ne favorisent pas le redressement du débiteur, chaque créancier ayant la possibilité de faire échouer le projet de restructuration. D'autre part, il peut être retenu que le procédé de passerelle, qui est une des solutions au blocage de l'accord dans la procédure de conciliation, est juridiquement admis dans les droits français et OHADA sans un cadre législatif déterminé. Les missions confiées au conciliateur ainsi que le cadre dédié aux négociations dans les deux droits en constituent les raisons.

TITRE 2

L'APPLICATION DU PROCÉDE DE PASSERELLE DANS LES DROITS FRANÇAIS ET OHADA

244. La technique de la passerelle entre la conciliation et la sauvegarde/règlement préventif est une possibilité juridique que les législateurs français et OHADA ont prévue, peut-être inconsciemment⁴⁹³, dans le dispositif de traitement des difficultés des entreprises. Il peut en être jugé ainsi parce que l'Acte uniforme des procédures collectives ne prévoit pas un régime juridique propre au mécanisme de plan pré-négocié. Il fut de même en droit français avant la loi de régulation bancaire et financière de 2010⁴⁹⁴ qui a adopté la sauvegarde financière accélérée dont le plan est pré-arrangé. L'admission théorique d'un mécanisme juridique, par une législation, diffère de l'application pratique de ce mécanisme au regard du droit positif. Il importerait ainsi d'analyser, dans un premier temps, les éléments de validité du procédé de passerelle en droit OHADA (Chapitre 1) et, dans un second temps, le régime juridique des procédures passerelles adoptées en droit français (Chapitre 2).

⁴⁹³ V. *supra*, n°86.

⁴⁹⁴ V. *supra*, n°17.

Chapitre 1. Les éléments de validité du procédé de passerelle en droit OHADA

245. Le législateur OHADA a adopté une dynamique de contractualisation de la restructuration des entreprises en difficulté qui transparaît dans la dernière réforme⁴⁹⁵ de l'Acte uniforme des procédures collectives. La reconnaissance du procédé de plan pré-négocié pourrait accentuer cette dynamique⁴⁹⁶. Dans cette éventualité, nous nous proposons d'analyser, dans le cadre de ce chapitre, la validité du procédé de passerelle à l'appui du droit positif OHADA (Section 1) et à l'appui de l'expérience française (Section 2).

Section 1. L'analyse à l'appui du droit positif

246. Dans la perspective de l'adoption d'une sauvegarde expresse en droit français, un auteur disait : « à ceux qui s'inquiètent que le législateur n'ait pas autorisé le *prepack*⁴⁹⁷, on se bornera de répondre qu'il importe surtout qu'il ne l'a pas interdit et que tant que l'on n'a pas identifié un principe général ou une règle spéciale qui condamnerait le recours à ce procédé, il faut le tenir pour valable et praticable ». ⁴⁹⁸ Il a été vu que le droit OHADA admettait théoriquement l'idée d'une procédure judiciaire à plan pré-arrangé ; en pratique, c'est-à-dire au regard du droit positif, il peut être affirmé qu'il y est également favorable. En effet, l'Acte uniforme des procédures collectives d'apurement du passif indique que la requête en ouverture d'un règlement préventif doit s'accompagner d'un concordat préventif⁴⁹⁹. Ce concordat doit préciser les mesures envisagées pour le redressement de l'entreprise dont entre autres les modalités de continuation de l'entreprise - telles que la demande de délai et de remise, la cession partielle ou totale d'actif, la location-gérance d'une branche d'activité formant fonds de commerce -, le niveau et les perspectives d'emploi, les modalités du maintien et du financement de l'entreprise et les modalités du règlement du passif⁵⁰⁰. Lorsque le concordat préventif lui paraît sérieux, la juridiction compétente ouvre la procédure et désigne un expert au règlement préventif, pour lui

⁴⁹⁵ V. *supra*, n°20 et s.

⁴⁹⁶ V. *infra*, n°614 et s.

⁴⁹⁷ Procédure à plan pré-arrangé ; v. *supra* n°33, note 75.

⁴⁹⁸ F. X. LUCAS, « Le plan de sauvegarde apprêté ou le *prepackaged plan* à la française », *cah. dr. entr.*, 1^{er} sept. 2009, n°5, doss. 28.

⁴⁹⁹ Art. 6-1, al. 1, 13°, AUPC. A noter que concordat préventif correspond au plan de sauvegarde en droit français : v. *supra*, n°4, n°228.

⁵⁰⁰ Art. 7, al. 1, AUPC.

faire rapport sur la situation financière et économique de l'entreprise⁵⁰¹. Il en résulte que l'établissement du bilan économique et social, s'il y a lieu, ne précède pas le concordat préventif, contrairement au droit français où le code de commerce dispose qu'« *au vu du bilan économique, social et, le cas échéant, environnemental, le débiteur avec le concours de l'administrateur, propose un plan {...}* » ; en droit fédéral américain de la faillite, source d'inspiration du plan pré-arrangé, tel n'est pas le cas⁵⁰². Deux observations peuvent être faites. D'abord une convergence existe entre le droit OHADA et le droit américain s'agissant de l'élaboration du plan avant le bilan économique et social, même si l'hypothèse inverse peut paraître logique en ce que le projet de plan y est élaboré à la lumière d'un diagnostic complet de la situation globale de l'entreprise. Ensuite, s'il a fallu que le législateur français, pour l'adoption de la procédure de sauvegarde financière accélérée, impose le passage du chef d'entreprise par une procédure de conciliation afin de préparer le projet plan, en droit OHADA, une telle obligation ne serait pas nécessaire.

247. La vraie question, pour la reconnaissance du procédé de passerelle dans le droit positif OHADA, semble tenir à l'harmonisation entre la rapidité requise dans une telle procédure et la lourdeur souvent reprochée aux procédures collectives⁵⁰³. Cette difficulté avait suscité des interrogations en droit français au moment de l'adoption du *prepack* : « *on peut se demander si le recours au prepack n'est pas condamné par les nombreuses formalités enserrées dans les délais de rigueur, qui, en imposant un délai minimum à la procédure, pourrait du même coup avoir pour résultat de condamner sa version accélérée*⁵⁰⁴ » ; mais le règlement préventif OHADA n'est pas aussi formaliste que la sauvegarde classique française⁵⁰⁵. Il en est ainsi, parce que, compte tenu de l'absence de la masse des créanciers, le projet de concordat n'est pas voté, la consultation des créanciers ainsi que le vote au sein de la masse n'étant requis que dans le cadre du redressement judiciaire et de la liquidation des biens⁵⁰⁶, contrairement au droit français

⁵⁰¹ Art. 8, al. 1, AUPC.

⁵⁰² V. *supra*, n°145 et s.

⁵⁰³ F. X. LUCAS, « le plan de sauvegarde apprêté ou le prepackaged plan à la française », *cah.dr. entr.*, 1^{er} sept. 2009, n°5, dossier 28.

⁵⁰⁴F. X. LUCAS, « le plan de sauvegarde apprêté ou le prepackaged plan à la française », *cah. de dr. de l'entr.*, 1^{er} sept. 2009, n°5, dossier 28.

⁵⁰⁵ V. *supra*, n°4.

⁵⁰⁶ Art. 72 et s., AUPC.

où l'ouverture d'une procédure passerelle⁵⁰⁷ requiert la constitution des comités de créanciers⁵⁰⁸.

248. L'adoption d'une procédure à plan pré-arrangé en droit OHADA ne devrait pas poser un problème dès lors que le respect de l'égalité des créanciers et de l'équité du plan ne sont pas violés. L'étude des éléments de validité du procédé de passerelle à l'égard du droit positif OHADA conduit, d'une part, à s'intéresser à la possibilité d'une procédure judiciaire rapide au regard des délais procéduraux qu'impose l'Acte uniforme des procédures collectives (Paragraphe I) et, d'autre part, aux conditions d'adoption du concordat préventif (Paragraphe II).

Paragraphe I. L'absence d'obstacle légal pour une procédure judiciaire rapide

249. Le procédé de passerelle consiste à élaborer d'abord un projet de plan avant l'ouverture de la procédure judiciaire. Les délais de consultation des créanciers, de déclaration des créances et d'arrêté du plan auraient ralenti l'adoption du *prepack* en droit français eu égard à la célérité qu'il nécessite⁵⁰⁹. Selon le code de commerce français, un délai de vingt à trente jours, pouvant être ramené à quinze jours - avec l'autorisation du juge commissaire -, doit s'écouler entre l'envoi du projet de plan aux créanciers et la convocation des comités de créanciers pour le vote⁵¹⁰; un délai de quinze jours doit être observé entre la convocation de l'assemblée des obligataires et le vote du plan par cette dernière⁵¹¹; un délai non compressible de dix à quinze jours doit être également observé entre le vote des comités et l'audience d'arrêté du plan⁵¹². A ces délais, il faut ajouter celui de la consultation des créanciers hors comités, et l'obligation que le projet de plan soit adopté par les comités de créanciers avant que l'assemblée des obligataires ne se prononce là-dessus⁵¹³. De même, la possibilité de consulter les créanciers pour l'élaboration d'un projet de plan avant l'ouverture de la procédure judiciaire posait un

⁵⁰⁷ Sauvegarde accélérée ou sauvegarde financière accélérée.

⁵⁰⁸ Art. L.628-4, c. com.

⁵⁰⁹ A. Le NINIVIN et F. De FOUCAULT, « Le droit des entreprises en difficulté français enfin doté d'un système de « prepack » : sauvegarde express », *Rev. squire paton boggs*, 23 déc. 2010, p. 1.

⁵¹⁰ Art. L.626-30-2, c. com.

⁵¹¹ Art. R. 626-60, c. com.

⁵¹² Aucun délai explicite mentionné. L'article R.626-17 dispose tout simplement : « dès le dépôt du projet de plan au greffe par le débiteur, le greffier convoque, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, le débiteur, le représentant du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel et les contrôleurs ». En pratique, il s'écoule souvent entre 10 à 15 jours d'après les juridictions.

⁵¹³ Art. L.626-32, c. com. et R. 626-61, c. com.

problème ; car l'élaboration du plan, ainsi que la constitution des comités de créanciers relèvent des prérogatives de l'administrateur judiciaire en droit français⁵¹⁴.

250. En droit OHADA, les exigences procédurales liées à la consultation des créanciers au sein et en dehors des comités, au vote du plan, ainsi qu'à l'arrêté du plan, telles que décrites en droit français, n'existent pas. La consultation des créanciers a lieu avant l'ouverture de la procédure judiciaire, car l'élaboration du projet de concordat précède l'ouverture de la procédure⁵¹⁵ (I). Par ailleurs, l'absence formelle de la masse des créanciers dans le règlement préventif du droit OHADA, contrairement à la sauvegarde ordinaire du droit français⁵¹⁶, peut présenter un intérêt (II).

I. La consultation des créanciers avant l'ouverture de la procédure de règlement préventif

251. Dans le nouvel Acte uniforme des procédures collectives, le chef d'entreprise qui souhaite ouvrir une procédure de règlement préventif, doit préalablement élaborer un projet de concordat préventif⁵¹⁷. Ce qui suppose une consultation individuelle des créanciers pour notamment obtenir des délais de paiement et des remises⁵¹⁸.
252. En droit français, « *le débiteur, avec le concours de l'administrateur, présente aux comités de créanciers des propositions, en vue d'élaborer le projet de plan {...}* ». ⁵¹⁹ Il ressort des dispositions de ce texte que la composition des comités de créanciers, de même que la consultation de ces derniers doivent avoir lieu avant l'élaboration de tout projet de plan.
253. En droit OHADA, la masse des créanciers est constituée après l'ouverture de la procédure⁵²⁰. Autrement dit, elle se constitue à la suite des déclarations des créances, ce qui, en théorie, peut poser un problème pour sa consultation avant cette opération de production des créances, dans la mesure où tous les créanciers peuvent ne pas être connus. Néanmoins, la masse peut être

⁵¹⁴ Art. L.626-30 et L.626-30-2, c. com.

⁵¹⁵ Art. 6, al. 4, 1^o, AUPC pour le règlement préventif ; art. 27 pour le redressement judiciaire.

⁵¹⁶ Art. L.626-30, c. com.

⁵¹⁷ Art. 6-1, al. 1, 13^o, AUPC.

⁵¹⁸ Les délais de paiement et les remises obtenus par le chef d'entreprise sont déterminants pour l'ouverture de la procédure de règlement préventif aux termes de l'art.8, al. 1, AUPC.

⁵¹⁹ Art. 626-30-2, al. 1, c. com.

⁵²⁰ Il s'agit de la procédure du redressement judiciaire, puisqu'il n'existe pas formellement de masse des créanciers dans la procédure de règlement préventif comme cela avait déjà été précisé.

réunie avant la clôture de la déclaration des créances (B) ; et la consultation des principaux créanciers en amont de l'ouverture de la procédure peut être considérée comme un principe (A).

A. Un principe déjà existant

254. L'obligation faite, dans l'Acte uniforme des procédures collectives⁵²¹, au chef d'entreprise de présenter un projet de concordat préventif avant l'ouverture de la procédure de règlement préventif, est une mesure qui favorise idéalement le procédé de passerelle, ce dernier reposant sur l'abrégement des formalités procédurales. Deux possibilités s'offrent au chef d'entreprise pour préparer son projet de concordat préventif.
255. D'abord il peut le faire librement et indépendamment en dehors de toute formalité légale. Cette préparation non formalisée lui permet de disposer d'un temps de négociation relativement conséquent afin de présenter un concordat préventif sérieux. Il importe de préciser par ailleurs, que le législateur de 2015 a opéré une rupture par rapport à la législation antérieure sur l'exigence d'un projet de concordat avant l'ouverture de la procédure. L'ancien Acte uniforme des procédures collectives disposait qu'en même temps que le dépôt de la requête ou, au plus tard dans les trente jours qui suivaient celui-ci, le débiteur doit, sous peine d'irrecevabilité de sa demande, déposer une offre de concordat préventif⁵²². Sous l'empire de ce texte, des manquements ont pu être relevés. Il en a été ainsi devant le tribunal de commerce de Bamako, dans une affaire où une procédure de règlement préventif a été ouverte au bénéfice d'une entreprise dont le gérant s'était engagé de déposer ultérieurement le projet de concordat⁵²³. Dans ce cas d'espèce, le président du tribunal aurait dû attendre le dépôt du projet concordataire avant d'ouvrir la procédure, dans le respect des dispositions de l'ancien article 7 selon lesquelles la requête était irrecevable, en l'absence d'un tel projet. Cette décision était sans base légale. Ce qui conduit à s'interroger sur la rigueur des magistrats dans l'application des normes communautaires. Comme l'a soulevé un auteur⁵²⁴, comment l'expert au règlement préventif peut-il faire son travail d'analyse de la situation financière et économique du débiteur, si l'un des éléments clés sur lesquels il s'appuie, à savoir le projet de concordat, n'existe pas ? Afin d'éviter ce genre de manquement, le législateur de 2015 a supprimé le délai de trente jours.

⁵²¹ Art. 6-1, al. 1, 13°, AUPC.

⁵²² Art. 7, AUPC.

⁵²³ Trib. com. Bamako, 6 mars 2008, ord. n°135/08, SIPAL-SUARL, réf. *Ohadata* J-08-49.

⁵²⁴ C. NDONGO, *La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC révisé*, thèse de doctorat, éd., LGDJ, 2018, p. 47.

256. Dans la perspective de la réforme de l'Acte uniforme des procédures collectives intervenue en 2015, un débat avait eu lieu sur la pertinence de ce délai de trente jours. Alors qu'on pouvait estimer que le délai de trente jours ne permettait pas l'élaboration d'un plan sérieux, certains auteurs pensaient au contraire qu'il était nécessaire de supprimer ce délai tout simplement, estimant que l'absence de tout délai de dépôt du projet de concordat, ainsi que la situation *in bonis* du débiteur devaient permettre à ce dernier d'avoir le temps nécessaire pour élaborer un projet conséquent. Pour ces auteurs par ailleurs, le maintien d'un tel délai aurait été de nature à exposer les difficultés de l'entreprise, et donc à inciter les créanciers à prendre des mesures conservatoires⁵²⁵. Quoiqu'il en soit il faudrait admettre que la suppression du délai de trente jours pour le dépôt du projet de concordat était nécessaire au regard du laxisme de certains juges ; car cette réforme, « *outré le fait de réduire les délais de procédure et les risques de fraude, aura l'avantage de renforcer le processus de redressement en évitant une publicité inappropriée des difficultés des débiteurs* ». ⁵²⁶.
257. Ensuite il pourrait passer par la procédure de conciliation où il peut bénéficier de l'appui du conciliateur non seulement pour les négociations, mais aussi pour l'élaboration du projet concordataire. Cependant, la difficulté, dans une telle hypothèse, sera la contrainte du temps, la conciliation ne pouvant durer plus de quatre mois⁵²⁷. Toutefois, faute de vote du concordat préventif en aval de la procédure judiciaire subséquente, sauf si ce concordat contient un projet de cession partiel ou total d'actif⁵²⁸, cette contrainte ne devrait pas empêcher l'élaboration d'un projet concordataire à même d'assurer la continuité d'exploitation et l'apurement du passif.
258. Cette négociation contractuelle avant la phase judiciaire se rapproche du *prearranged plan* en droit américain. En effet, dans les droits OHADA et américain, c'est le débiteur qui élabore le plan/concordat préventif⁵²⁹ ; mais contrairement au droit OHADA, le débiteur américain compose les *class* de créances⁵³⁰ avant l'ouverture d'une procédure du chapitre 11. En droit français, l'élaboration du plan, ainsi que la constitution des comités⁵³¹ de créanciers incombent

⁵²⁵ S. K. EVELAMENOU, *Le concordat préventif en droit OHADA*, thèse de doctorat, Université Paris-Est et Université de Lomé, 2012, p. 131.

⁵²⁶ C. NDONGO, *La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC révisé*, thèse de doctorat, éd., LGDJ, 2018, p. 46.

⁵²⁷ Art. 5-3, al. 1, AUPC.

⁵²⁸ Art.132, al. 1, AUPC ; même dans ce cas, le vote de la cession a lieu à part : *infra*, n°953, n°984.

⁵²⁹ 11 U.S.C § 1121(a).

⁵³⁰ 11 U.S.C. § 1123 (a) (1).

⁵³¹ V. *infra*, n°392.

à l'administrateur judiciaire⁵³². Par conséquent, le débiteur français peut avoir des inquiétudes relatives à la composition des comités de créanciers, dans la mesure où il ne sait vraiment pas si les signataires du projet de plan, élaboré dans le cadre de la conciliation, réitéreront leur adhésion en phase judiciaire. C'est pourquoi, pour la sécurité et la réussite de la procédure, il doit s'assurer que les créanciers ayant affirmé leur adhésion au projet de plan constitueront la majorité au sein des futurs comités de créanciers, sous peine d'échec de son projet de restructuration. En outre, rien n'empêche le chef d'entreprise OHADA de poursuivre les négociations avec ses créanciers après l'ouverture de la procédure, et ce jusqu'à l'établissement définitif du rapport de l'expert au règlement préventif.

B. Une possibilité de négocier avec les créanciers après l'ouverture de la procédure

259. Il a été vu que dans sa requête en ouverture du règlement préventif, le chef d'entreprise doit proposer un projet concordataire dont le caractère sérieux sera déterminant pour son homologation par la juridiction compétente. Ce projet concordataire est, *a priori*, élaboré avec la participation des créanciers. Selon l'Acte uniforme des procédures collectives, l'obtention des délais et des remises peut justifier le caractère sérieux d'un concordat préventif⁵³³. En ce sens, l'analyse de la jurisprudence, sous l'empire de l'ancien Acte uniforme⁵³⁴ des procédures collectives, prouve que les débiteurs ont toujours sollicité des délais de paiements et des remises de dettes⁵³⁵.
260. Ces délais et remises ne sont toutefois pas les seuls arguments souvent mis en avant par les chefs d'entreprise à l'appui de leur demande d'ouverture du règlement préventif. Ils s'appuient aussi sur les mesures de redressement qu'ils avaient déjà entreprises, pour montrer leur bonne foi. A titre d'exemple, un débiteur s'est appuyé, dans une demande d'ouverture du règlement préventif, sur la restructuration de sa ligne budgétaire ; il affirmait également avoir recours à des conseils spécialisés, « *en vue de la mise place d'une structure managériale de haut niveau* ». ⁵³⁶ Une telle démarche ne pouvait que convaincre, d'autant que l'ouverture d'une

⁵³² Art. L.626-30 al. 1, c. com.

⁵³³ Art. 8, AUPC.

⁵³⁴ De 1998.

⁵³⁵ Trib. com. Abidjan, 5 juin 2014, réf. RG n°1134/2014 ; Sté Cergi Banking services c/ministère public : dans cette affaire par exemple, le requérant avait fait mention, dans sa demande d'ouverture d'une procédure de règlement préventif, de la renégociation de ses dettes avec ses créanciers.

⁵³⁶ *id.*

procédure de règlement préventif était automatique dans le droit antérieur à l'Acte uniforme des procédures collectives de 2015, en présence du seul projet concordataire qui, au demeurant, ne faisait pas l'objet d'une appréciation particulière de la part du président de la juridiction compétente, en application de l'article 8⁵³⁷. Ce qui pouvait être reproché au législateur de 1998.

261. Ce vide juridique a occasionné des décisions de suspension des poursuites individuelles de façon automatique dans plusieurs affaires, alors même que le projet de concordat n'offrait ni les garanties d'apurement du passif, ni celles de la pérennisation de l'entreprise. A titre d'exemple, la décision d'un tribunal de grande instance peut être citée⁵³⁸ : dans cette décision, l'ouverture du règlement préventif avait été accordée, sans que le juge n'ait motivé sa décision par le sérieux du projet concordataire. La question s'est logiquement posée pour savoir si le tribunal pouvait refuser l'ouverture d'un règlement préventif en présence d'un projet concordataire qui n'était pas satisfaisant⁵³⁹ ? Dans un sens, la faute ne pouvait être légalement imputée au juge, dans la mesure où, comme le relève une doctrine, pour obtenir l'ouverture d'un règlement préventif, il suffisait que les documents qui étaient prévus à l'article 6 de l'ancien Acte uniforme soient présentés⁵⁴⁰. Le même raisonnement a été tenu par un autre auteur⁵⁴¹ au visa de l'article 7⁵⁴² et de l'article 8 précédemment cité de l'Acte uniforme de 1998. Dans un autre sens, ces interprétations paraissaient trop restrictives, car si rien n'obligeait le juge à vérifier le caractère sérieux du projet de concordat, rien non plus ne lui interdisait de procéder ainsi avant de prendre sa décision. Plusieurs auteurs⁵⁴³ se sont d'ailleurs exprimés

⁵³⁷ Art. 8, anc. AUPC : « dès le dépôt de la proposition du concordat préventif, celle-ci est transmise, sans délai, au président de la juridiction compétente qui rend une décision de suspension des poursuites individuelles et désigne un expert pour lui faire rapport sur la situation financière et économique du débiteur, les perspectives de redressement compte tenu des délais et remises consentis ou susceptibles de l'être par les créanciers et toutes autres mesures contenues dans les propositions du concordat préventif » : de ces dispositions, il ressort qu'aucune obligation n'était faite au président de la juridiction compétente d'examiner la pertinence du concordat proposé.

⁵³⁸ TGI, Moungo, 9 nov. 2005, ord. n°CAP/PTGI/N'SBA, aff. Sté Lachanas, note K. ELONGO, réf. *Ohadata* J-07-182.

⁵³⁹ A. FENEON, « Le règlement préventif : Analyse critique », *pénant*, 2010, n°870, p. 21.

⁵⁴⁰ K. ELONGO, note sous TGI, Moungo, 9 nov. 2005, ord. n°CAP/PTGI/N'SBA, aff. Sté Lachanas, réf. *Ohadata* J-07-182.

⁵⁴¹ F. M. SAWADOGO, M. NIAMBA, *Manuel de formation des magistrats et assesseurs des tribunaux de commerce de Burkina Fasso*, ERSUMA, 2010, p. 43.

⁵⁴² « En même temps que le dépôt prévu par l'article 6 ci-dessus ou, au plus tard dans les trente jours qui suivent celui-ci, le débiteur doit, à peine d'irrecevabilité de sa requête, déposer une offre de concordat préventif précisant les mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise {...} ».

⁵⁴³ F. THERA, *L'application et la réforme de l'Acte uniforme de l'OHADA organisant les procédures collectives d'apurement du passif*, thèse de doctorat, Université de Lyon, 2010, p. 112 à 114 ; A. FENEON, « Le règlement préventif : Analyse critique », *pénant*, 2010, n°870, p. 18.

dans ce sens en reprochant notamment un manque de sérieux et de professionnalisme au niveau de certaines juridictions.

262. La réforme de 2015 a comblé le vide juridique qui était lié à la reconnaissance expresse du pouvoir d'appréciation du projet de concordat au président de la juridiction compétente : « *si le projet de concordat préventif lui paraît sérieux, le président de la juridiction compétente ouvre la procédure et désigne un expert au règlement préventif {...}* ». ⁵⁴⁴
263. Les négociations que mène le chef d'entreprise, en amont de l'ouverture de la procédure de règlement préventif, peut ne pas inclure tous les créanciers, faute d'obligation expresse en ce sens ; car seul le débiteur peut avoir l'initiative de l'ouverture d'une procédure de règlement préventif⁵⁴⁵. De sorte que les créanciers, n'ayant pas été consultés en amont, vont apprendre cette ouverture par le biais de la publicité ⁵⁴⁶, et pourraient ainsi penser à prendre des mesures conservatoires⁵⁴⁷ voire exécutoires⁵⁴⁸.
264. Dans le mécanisme de plan pré-négocié, l'ouverture de la procédure judiciaire sert à adopter le plan rapidement, les négociations ayant été menées au préalable.
265. En droit OHADA, tel ne peut être le cas dans la procédure de règlement préventif faute de masse des créanciers, à tout le moins de façon formelle, contrairement à la procédure de redressement judiciaire et de liquidation des biens⁵⁴⁹. Par conséquent, le projet concordataire n'est pas voté ; il est adopté par la juridiction compétente par voie discrétionnaire⁵⁵⁰. Cette adoption intervient sur la base du rapport de l'expert au règlement préventif. Ce dernier représente le tribunal dans la procédure et se trouve, de ce fait, tenu à l'obligation d'impartialité⁵⁵¹. Il s'écoule un délai⁵⁵² de trois mois entre l'ouverture de la procédure du

⁵⁴⁴ Art. 8, al. 1, AUPC.

⁵⁴⁵ Art. 6, AUPC.

⁵⁴⁶ Art. 17, AUPC.

⁵⁴⁷ Pour préserver leur droit de créance.

⁵⁴⁸ Il pourra en être ainsi parce que la suspension des poursuites individuelles ne concerne que les créanciers parties au concordat préventif, ce qui veut dire que les autres créanciers peuvent poursuivre le débiteur dans les conditions du droit civil.

⁵⁴⁹ Art. 72, AUPC.

⁵⁵⁰ Art. 15, al. 2, AUPC : le tribunal adopte le concordat préventif si la situation du débiteur le justifie.

⁵⁵¹ Art. 12, AUPC : après l'ouverture de la procédure, l'expert au règlement préventif dispose de trois mois pour apprécier, dans un rapport, la situation du débiteur et de rendre compte au président de la juridiction compétente.

⁵⁵² Art. 12, al. 6, AUPC. Il faut préciser que l'expert au règlement préventif n'est pas un mandataire judiciaire au sens du droit français.

règlement préventif et l'établissement du rapport de l'expert sur la situation financière et économique du débiteur. Ce rapport permet à la juridiction compétente de juger⁵⁵³ du sérieux du projet concordataire, pour l'homologuer, ou pour mettre fin à la procédure. Ce délai de trois mois peut toutefois être spécialement prorogé d'un mois par le président de la juridiction compétente.

266. Ce délai procédural peut laisser un temps supplémentaire au chef d'entreprise, afin de poursuivre les négociations avec ses créanciers jusqu'à l'établissement du rapport final de l'expert, dans le but d'obtenir quelques délais et remises, ce qui peut présenter un intérêt dans le cadre du procédé de passerelle. Autrement dit, elle met toutes les chances du côté du débiteur pour la mise en place d'un projet de concordat sérieux. Cependant l'absence de la masse des créanciers dans la procédure de règlement préventif peut poser un problème.

II. La conséquence de l'inexistence formelle de la masse des créanciers dans le règlement préventif

267. Le règlement préventif du droit OHADA est conçu pour prévenir la cessation des paiements et de l'activité. Il est une procédure judiciaire mais à vocation préventive⁵⁵⁴. Contrairement au redressement et à la liquidation des biens⁵⁵⁵, l'ouverture du règlement préventif n'emporte pas constitution des créanciers en une masse représentée par le syndic. Par conséquent, et comme cela a déjà été évoqué, il n'y a ni vote du concordat préventif, ni déclaration de créances⁵⁵⁶. Ce qui demande moins d'effort pour l'homologation du projet concordataire, contrairement au droit français (A). Toutefois l'absence de la masse des créanciers dans la procédure de règlement préventif peut traduire une crainte, celle que le concordat préventif ne soit imposé à la majorité des créanciers (B).

A. Les difficultés liées à la consultation des créanciers en droit français

268. Lors de l'adoption du mécanisme de plan pré-négocié en droit français des entreprises en difficulté, les délais ordinaires de consultation des créanciers, ainsi que ceux du vote du plan

⁵⁵³ Art. 15, al. 2, AUPC.

⁵⁵⁴ V. *supra*, n°253.

⁵⁵⁵ Art. 72, al. 1, AUPC.

⁵⁵⁶ Le débiteur doit, dans sa requête en ouverture de la procédure, fournir l'état du passif avec précision des sûretés constituées : art. 6-1, AUPC.

avaient soulevé des interrogations. Cependant l'imprécision des textes pouvaient servir à dissiper ces dernières.

269. Au prime abord il a été remarqué que l'idéal serait que les comités de créanciers soient formés au vu d'un passif déterminé⁵⁵⁷. Ce qui peut poser une condition, celle d'attendre la fin des déclarations de créances. Or, cette opération peut prendre du temps⁵⁵⁸ : « *une telle façon de procéder condamnerait à l'échec toutes les procédures de sauvegarde qui, même en dehors du débat relatif au prepack, requièrent une célérité incompatible avec les délais de vérification du passif* ». ⁵⁵⁹ Remarquons à cet égard qu'aucun article du code de commerce ne pose l'obligation d'attendre la clôture de la vérification du passif, avant de composer les comités de créanciers, et de les faire voter. Au contraire, la célérité d'une telle opération est clairement exprimée dans le code de commerce selon lequel, les comités de créanciers ne sont pas formés sur la base des créances déclarées, mais sur celle de la liste des créanciers fournisseurs remise par le débiteur à l'administrateur⁵⁶⁰. Dans sa version originale⁵⁶¹, l'article R.626-55 posait le même principe pour le comité des établissements de crédit, qui devait être constitué dans les trente jours de l'ouverture de la procédure, sans qu'il ne soit nécessaire d'attendre la déclaration des créances. Selon un auteur, la constitution des comités doit se faire selon les informations révélées par les comptes de l'entreprise⁵⁶². Ce qui fait dire que « *la constitution des comités est ainsi nécessairement empirique et approximative, d'où un risque de décalage entre la liste des prétendus créanciers qui auront voté dans les comités et la liste officielle des vrais créanciers connue {...} Tant pis : l'essentiel est qu'elle soit rapide pour que le projet de plan soit examiné*

⁵⁵⁷ J.-L. VALLENS, *Crise du crédit et entreprises : les réponses du droit*, éd., Lamy, 2010, p. 288.

⁵⁵⁸ 2 mois pouvant aller à 4 mois pour les créanciers hors France, en plus de la possibilité d'obtenir un relevé de forclusion qui permettrait de déclarer 6 mois voire 1 an après la publication du jugement d'ouverture (art. L.622-26, c. com.). Aussi, le délai de déclaration commence à courir non pas à partir du jugement d'ouverture, mais de l'exigibilité pour les créanciers dont les créances sont nées après le jugement d'ouverture sans satisfaire aux conditions de l'article L.622-17, I pour être privilégiées. Ainsi on peut en déduire que les créances peuvent être déclarées tout au long de la période d'observation et même au-delà.

⁵⁵⁹ J.-L. VALLENS, *Crise du crédit et entreprises : les réponses du droit*, éd., Lamy, 2010, p. 288.

⁵⁶⁰ Art. R.626-56, c. com.

⁵⁶¹ Le décret n°2009-160 du 12 févr. 2009, pris pour l'application de l' ord. n°2008-1345 du 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté et modifiant les procédures de saisie immobilière et de distribution du prix d'un immeuble, *JORF* n°0037 du 13 févr. 2009, p. 2596, texte n°13, a supprimé cette précision, sans pour autant renseigner sur la raison ayant conduit à ne pas subordonner la constitution des comités à la fin de la déclaration des créances.

⁵⁶² G. BREMOND, E. SCHOLASTIQUE, « Réflexion sur la composition des comités des créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire », *JCP E* 2006, p. 1405.

rapidement ». ⁵⁶³ C'est pourquoi aussi, un député avait proposé, lors des travaux parlementaires ayant abouti à la loi de sauvegarde des entreprises, un amendement relatif à la suppression de la vérification du passif dans le cadre de la procédure de sauvegarde ⁵⁶⁴. Cette proposition avait été rejetée. Dans le même sens, l'assemblée nationale avait voté un amendement qui n'avait pas non plus été retenu par le sénat ⁵⁶⁵. Cet amendement prévoyait la dispense de vérification des créances dont le montant, donné par le débiteur et certifié par son commissaire aux comptes, était identique aux créances déclarées.

270. Le législateur ayant pris le risque que la consultation des créanciers se fasse sur la base d'informations incomplètes, et au vu d'un passif non définitivement arrêté. Il peut en être conclu que la composition des comités de créanciers, ainsi que l'organisation de leur délibération ne sont pas forcément connectées à la vérification du passif, de sorte que le fonctionnement correct des comités constitués avant la fin de la déclaration des créances ne peut être affecté ⁵⁶⁶.
271. En outre, la consultation des créanciers hors comités posait le même problème, celui d'attendre la fin de la déclaration des créances. La consultation des créanciers hors comités s'impose comme une obligation voire une condition de validité du plan. En ce sens, le code de commerce dispose que : « *le mandataire judiciaire recueille individuellement ou collectivement l'avis de chaque créancier qui a déclaré sa créance conformément à l'article L.622-24 sur les remises et délais qui lui sont proposés* ». ⁵⁶⁷ Cette disposition, qui ne concerne que les créanciers hors comité, sous-entend qu'il faut attendre que tous les créanciers aient déclaré leurs créances avant de procéder à leur consultation. Or, cette opération pourrait s'étaler sur une longue durée eu égard aux différents délais possibles de déclaration des créances ⁵⁶⁸. Il apparaît dès lors incompréhensible que l'article R.626-7 oblige que les propositions du débiteur ne s'adressent qu'aux seuls créanciers ayant déclaré leurs créances et que la consultation ne puisse se faire tant que les créances peuvent encore être déclarées. Les propositions du chef d'entreprise, relatives aux délais de paiement et aux remises de dettes ne sont portées à la connaissance de

⁵⁶³ F. PEROCHON, R. BONHOMME, *Entreprise en difficulté, Instrument de crédit et de paiement*, 7^e éd., LGDJ, 2010, n°333-1, p. 300.

⁵⁶⁴ Pascal CLEMENT, lors des travaux parlementaires sur le projet de loi de sauvegarde de 2005.

⁵⁶⁵ Rappr, Commission des lois, Ass. Ntle, n°2095, amendement n°137, févr. 2005, p. 327.

⁵⁶⁶ J.-L. VALLENS, *Crise du crédit et entreprises : les réponses du droit*, éd., Lamy, 2010, p. 289.

⁵⁶⁷ Art. L.626-5, al. 2, c. com.

⁵⁶⁸ V. *supra*, n°286.

chaque créancier ayant déclaré sa créance que pour l'application du second alinéa⁵⁶⁹ de l'article L.626-5 du code de commerce.

272. Par ailleurs, il est possible de ne pas consulter les créanciers dont les créances ne subiraient pas de modifications. Selon la lettre de l'article L.626-5, un créancier ayant déclaré sa créance ne sera consulté que si l'on veut obtenir de lui un délai de paiement ou une remise de dette en faveur du débiteur. Dans le cas contraire, nul besoin de le consulter, ce créancier devant alors être considéré comme un des créanciers n'ayant pas été consultés - soit parce qu'il n'y avait aucune faveur à leur demander, soit parce qu'ils ont refusé les propositions qui leur ont été faites par le débiteur - et auxquels le quatrième alinéa de l'article L. 626-18 du code de commerce permet d'imposer des délais uniformes de paiement.
273. Au vu de ces textes, rien n'oblige à attendre la déclaration des créances et la vérification du passif pour consulter les créanciers. Les créanciers ayant accepté des propositions seront tenus par les stipulations du plan, tandis que ceux qui ont refusé, ou qui n'ont pas été consultés se verront imposer des délais uniformes. Par conséquent, le mandataire judiciaire peut faire le choix de consulter les créanciers hors comités sans connaître avec exactitude le passif déclaré, car l'omission de l'un d'entre eux n'est pas de nature à entacher la validité du plan⁵⁷⁰. De même, le défaut de consultation de quelques créanciers, avant l'arrêté d'un plan de sauvegarde par le tribunal, ne rend pas non plus invalide ce plan. Seule une omission totale de l'obligation de consultation peut avoir un tel effet.
274. Ce raisonnement ne contredit nullement l'arrêt de la Cour de cassation⁵⁷¹ selon lequel, : « *le plan de continuation doit prévoir le règlement de toutes les créances déclarées, même si elles sont contestées* ». En effet, ce principe signifie que l'admission d'une créance au cours de l'exécution du plan doit être subséquentement inscrite à ce plan et que son paiement doit aussi être fait selon les délais dudit plan. La cour d'appel de Paris⁵⁷² a consacré ce principe en indiquant que : « *lorsqu'une déclaration de créances est adressée au mandataire judiciaire postérieurement au jugement statuant sur le plan et qu'il ne peut plus y avoir de consultation, la procédure d'adoption du plan n'en devient pas pour autant irrégulière* ».

⁵⁶⁹ Selon cet alinéa, lorsque la proposition du débiteur, relative au règlement des dettes, porte sur des délais et remises, le mandataire judiciaire doit recueillir individuellement l'approbation de chaque créancier ayant produit sa créance au passif de la procédure.

⁵⁷⁰ J.-L. VALLENS, *Crise du crédit et entreprises : les réponses du droit*, éd., Lamy, 2010, p. 291.

⁵⁷¹ Com. 6 janv. 1998, n°95-20. 588 ; *Bull. civ.* IV, n° 8, p. 5 ; *JCP E* 1998, p. 654.

⁵⁷² Paris, 3^e ch. A, 17 janv. 1989 ; *Quot. jur.* 1989, n°134, p. 5.

275. En somme, il peut être affirmé que la consultation des créanciers, avant la fin de la déclaration des créances, ne présente pas d'obstacle au *prepack* en droit français. En droit OHADA, les tracasseries liées à la consultation des créanciers au sein et en dehors des comités, ainsi qu'au respect des délais de vote du plan par les comités et, le cas échéant, par l'assemblée des obligataires ne se posent pas, puisque dans la procédure de règlement préventif, il n'y a ni masse des créanciers, ni déclaration des créances. Ce qui peut favoriser l'homologation rapide du projet concordataire par le président de la juridiction compétente, dès lors que ce projet est sérieux. Cependant, il est à craindre que ce choix législatif OHADA ne conduise les juges à adopter des projets de concordat qui ne tiennent pas compte des intérêts des créanciers.

B. Le risque d'un concordat préventif imposé

276. Le concordat est un document qui présente un plan de redressement de l'entreprise et de règlement du passif⁵⁷³. Dès lors, le souhait du législateur OHADA que le projet concordataire présente à la fois des garanties pour le redressement de l'entreprise et pour le paiement des créanciers doit être compris, s'agissant, surtout, du règlement du passif. Parmi les créanciers, il y a ceux qui prennent part au concordat en toute connaissance de cause⁵⁷⁴ et ceux qui n'y prennent pas part, c'est-à-dire ceux qui sont réfractaires aux prévisions du projet concordataire⁵⁷⁵. Faute de vote, ce projet est adopté par le président de la juridiction compétente qui dispose, en ce sens, d'un pouvoir discrétionnaire⁵⁷⁶. Les créanciers, à l'exception de ceux qui sont titulaires d'une créance salariale ou alimentaire⁵⁷⁷, peuvent se voir imposer des délais et remises, si une telle mesure ne met pas en péril leur entreprise⁵⁷⁸.

277. Ces différentes mesures discrétionnaires reconnues au président de la juridiction compétente peuvent être comprises dans le sens du redressement de l'entreprise. Cependant, garantissent-elles réellement la sauvegarde des intérêts des créanciers, surtout de ceux qui ne sont pas parties à l'accord concordataire ? D'autant que le concordat préventif est un contrat ; et en tant que tel,

⁵⁷³ Art. 7, AUPC ; E. A. MOHO FOPA, *Réflexions critiques sur le système de prévention des difficultés des entreprises OHADA*, DEA, Université de Dschang, 2007, p. 51.

⁵⁷⁴ Rapp. X. DE ROUX, n°2095, projet de loi n°1596 de sauvegarde des entreprises, p. 142.

⁵⁷⁵ A. LIENHARD, *Procédures collectives*, 4^e éd., Delmas, 2011, n°22.24.

⁵⁷⁶ Art. 8, al. 1, AUPC : « si le projet de concordat lui paraît sérieux, le président de la juridiction compétente ouvre la procédure {...} » ; Art. 15, al. 2, AUPC : « lorsque la situation du débiteur le justifie, elle homologue le concordat préventif {...} ».

⁵⁷⁷ Art. 15, al. 5, AUPC.

⁵⁷⁸ Art. 15, al. 4, AUPC.

il est soumis au droit commun des contrats, ce qui confirme sa nature conventionnelle qu'il conserverait même au-delà de son homologation selon une jurisprudence⁵⁷⁹.

278. Dans l'hypothèse d'un vote, il serait facilement compréhensible que l'adoption ou non du projet de concordat soit la résultante de la volonté majoritaire des créanciers ; mais dans le cas d'une adoption par la juridiction compétente, l'interrogation peut porter sur la neutralité du juge, surtout dans le contexte d'une administration publique en Afrique où le clientelisme est monnaie courante et la compétence du juge a souvent été mise en cause⁵⁸⁰.
279. A titre d'exemple, citons une affaire portée devant le tribunal de première instance d'Abidjan⁵⁸¹. Dans cette affaire, l'entreprise Air Continental a signé deux contrats avec la société africaine de crédit automobile (SAFCAM) et avec la société africaine de crédit-bail (SAFBAIL), dans le but de financer l'acquisition de deux aéronefs, assortis d'hypothèques constituées sur ces deux aéronefs.
280. Incapable d'honorer ses engagements au titre des deux contrats, l'entreprise Air Continental a introduit une requête en ouverture d'une procédure de règlement préventif devant le tribunal de grande instance d'Abidjan, en date du 23 février 2000. Après avoir accédé à la requête, le tribunal, par jugement du 25 juillet 2000, homologue le projet de concordat préventif, sans désigner un expert au règlement préventif pour lui faire rapport sur la situation financière et économique du débiteur, comme le prescrivait l'article 8 de l'Acte uniforme des procédures collectives de 1998. Ce qui était un manquement grave à la loi, dans la mesure où il aurait dû prendre connaissance, au travers du rapport de l'expert, de la situation du requérant pour ensuite décider d'homologuer ou non le projet concordataire.
281. Une telle homologation ne peut être de nature à rassurer quant aux garanties d'exécution du concordat, et donc au respect des intérêts légitimes des créanciers, même si l'opinion contraire

⁵⁷⁹ Abidjan, 8 nov. 2002, n°1129, Jean Mazuet c/ Gomp -CI, réf. *Ohadata* J-03-291 : « le concordat préventif a une nature contractuelle qu'il conserve même après son homologation par le tribunal ».

⁵⁸⁰ Dans un arrêt de la cour commune de justice et d'arbitrage, il peut être relevé qu'une juridiction de fond, en ouvrant une procédure de règlement préventif, avait omis de désigner un expert qui devait lui faire rapport sur la situation financière et économique du débiteur, avant d'homologuer le concordat préventif proposé par ce dernier, dans le respect de l'art. 8 de l'ancien AUPC ; que cette juridiction a quand même homologué le projet concordataire dans ces conditions ; ce qui est une violation grave : CCJA, 16 nov. 2006, n°23/2006, réf. *Ohadata* J-08 -96.

⁵⁸¹ Trib., première instance d'Abidjan, 25 juill. 2000, n°25, Société Air continental c/Société africaine de crédit-bail.

a pu être soutenue⁵⁸². D'où il faut craindre l'arbitraire à l'encontre des créanciers. Dans le cas d'espèce précédemment décrit, il aurait fallu que le tribunal prenne sa décision d'homologuer ou de rejeter la proposition de concordat, au regard d'informations vérifiées sur les capacités réelles du débiteur d'après une jurisprudence⁵⁸³.

282. Par ailleurs, il est à observer que le président de la juridiction compétente n'est pas obligé de convoquer les créanciers aux fins de consultation pour homologuer le concordat⁵⁸⁴. Certes il peut être argué que l'expert au règlement préventif aura déjà fait ce travail lors de l'établissement de son rapport, dans le respect du quatrième alinéa de l'article 12 de l'Acte uniforme des procédures collectives ; mais les créanciers inconnus, ceux qui n'ont pas été approchés par le chef d'entreprise en amont de l'ouverture de la procédure et, éventuellement, ceux qui n'ont pu être au courant de l'ouverture de la procédure, en dépit de la publicité faite à cet effet, doivent-ils être ignorés ? Une dernière consultation lors de l'audience d'homologation ne serait-elle pas souhaitable ? Si la juridiction compétente peut imposer des délais et remises aux créanciers consultés - mais qui n'ont pas voulu faire de tels efforts⁵⁸⁵-, ce n'est pas le cas de ceux qui n'ont pas été consultés, ce qui présente d'ailleurs un risque d'exécution du débiteur par ces derniers en vertu de l'effet relatif des contrats⁵⁸⁶. Au regard du risque d'arbitraire, précédemment exposé à l'encontre des créanciers, le renforcement du contrôle judiciaire, avant l'homologation d'un projet concordataire, s'avère nécessaire.

Paragraphe II. Les conditions d'adoption du concordat préventif

283. Selon le nouvel Acte uniforme des procédures collectives⁵⁸⁷, le concordat préventif ne doit être homologué - il s'agit de l'adoption du projet concordataire - par le président de la juridiction compétente que si les conditions de validité du concordat sont réunies ; aucun motif tiré de l'intérêt collectif ou de l'ordre public ne paraît de nature à empêcher le concordat et, enfin, si les délais consentis ne dépassent pas trois ans pour l'ensemble des créanciers et un an pour les créanciers de salaires. L'adoption du concordat préventif du droit OHADA diffère de l'adoption

⁵⁸² C. G. KAMENI, note sous CCJA, 16 nov. 2006, n°23/2006, *pénant*, oct. déc. 2008, n°877, p. 543.

⁵⁸³ TGI, Wagadougou, 29 janv. 2003, n°20, réf. *Ohadata* J-04-44.

⁵⁸⁴ Les dispositions de l'art. 14 de l'Acte uniforme des procédures collectives ne pas sont impératives sur ce point.

⁵⁸⁵ Art. 15, al. 5, AUPC.

⁵⁸⁶ Selon l'effet relatif des contrats, le contrat ne produit effet qu'à l'égard de ceux qui se sont obligés : art.1199, c. civ. français.

⁵⁸⁷ Art. 15, al. 2, AUPC.

du plan de sauvegarde du droit français en ce que ce dernier est voté⁵⁸⁸ ; mais elle se rapproche de la réorganisation judiciaire du chapitre 11 du code fédéral américain de la faillite, même si, dans ce droit, le vote du plan a lieu avant l'ouverture de la procédure judiciaire⁵⁸⁹. Ainsi que cela a déjà été dit, l'adoption du projet concordataire, soumise à la seule appréciation souveraine du juge, peut présenter, en droit OHADA, le risque d'un concordat préventif inéquitable.

284. Des éléments de validité de l'adoption de la proposition de concordat, deux catégories de conditions peuvent être retenues : des conditions légales, telles que le consentement des parties et l'absence de cessation des paiements, et des conditions d'opportunité, tel le respect de l'intérêt collectif et de l'ordre public (I). Une meilleure application des textes relatifs à l'adoption du concordat préventif devrait garantir l'équité de ce dernier (II).

I. Les conditions légales

285. L'Acte uniforme des procédures collectives dispose, pour l'adoption du projet de concordat, que les conditions de validité de ce dernier doivent être réunies⁵⁹⁰. La proposition de concordat est un contrat ; et en tant que tel, elle doit satisfaire aux conditions générales de validité des conventions, dont le consentement des parties (A). La volonté des parties, exprimée dans le projet concordataire, doit respecter l'intérêt collectif (B).

A. Le contrôle du consentement des parties

286. Si un doute peut exister sur la nature contractuelle du concordat de redressement judiciaire - parce que, d'une part, il est conçu par le chef d'entreprise, ce qui en fait une des mesures de gestion de l'entreprise et, d'autre part, il faut une homologation pour lui conférer une existence et une force judiciaires, ce qui peut en faire une décision judiciaire⁵⁹¹ - ; sur celle du concordat préventif, aucun doute n'est possible selon la jurisprudence⁵⁹². A titre comparatif, en droit français, le projet de plan pré-négocié est préparé dans le cadre de la procédure de conciliation, laquelle est une procédure préventive et contractuelle, ce qui confère à ce projet pré-arrangé une nature contractuelle.

⁵⁸⁸ Art. L.626-30-2, c. com.

⁵⁸⁹ V. *supra*, n°145 et s.

⁵⁹⁰ Art. 15, al. 2, 1°, AUPC.

⁵⁹¹ P. K. EBANGA, « La nature juridique du concordat de redressement judiciaire dans le droit des affaires OHADA », *jurisdis*, n°50, p. 109 ; *Ohadata* D-08-23.

⁵⁹² « *Le concordat préventif a une nature contractuelle* » : Abidjan, 8 nov. 2002, n°1129, réf. *Ohadata* J-03-291.

287. Le concordat préventif étant une convention, le juge doit s'assurer, avant de l'homologuer, que le consentement de chacune des parties ne souffre d'aucune irrégularité. En effet, le chef d'entreprise peut subir, quand bien même qu'il s'agit de sa propre démarche, la pression de certains créanciers ; tout comme un créancier peut alléguer que son consentement a été donné par suite d'erreur ou de violence. Pour éviter ces risques, l'Acte uniforme des procédures collectives est sans équivoque, puisqu'il exige que l'expert au règlement préventif appelle chaque créancier pour savoir s'il a été effectivement contacté par le chef d'entreprise et, le cas échéant, s'il a bien fait telle ou telle remise ou accordé tel ou tel délai, ou s'il n'a rien fait de tout cela⁵⁹³. Toutefois, la question peut se poser de savoir si un vice de consentement, soulevé par un créancier partie au concordat, doit conduire le juge à refuser l'homologation dudit concordat ?
288. Le concordat étant un contrat, il va de choix que le juge rejette d'office l'homologation du concordat, puisque non seulement l'une des conditions de validité posées à l'article 12 de l'Acte uniforme des procédures collectives manque, mais aussi la partie, victime du vice de consentement, peut invoquer la nullité du contrat en vertu du droit commun des obligations et des contrats en vigueur dans l'État-partie où la procédure a été ouverte, en attendant l'adoption du nouvel Acte uniforme du droit des contrats. Tant que le contentieux ainsi soulevé par une partie n'est pas résolu amiablement ou judiciairement, le juge ne devrait pas pouvoir valablement homologuer le concordat, contrairement à l'analyse d'un auteur⁵⁹⁴. Pour ce dernier, « *s'il s'agit d'un petit créancier, et que malgré sa contestation, le juge estime que le concordat remplit toutes les autres conditions de validité et offre des possibilités sérieuses de redressement de l'entreprise, il doit déclarer nulle la participation du créancier contestataire {...}, mais homologuer l'accord conclu* ». Cette analyse semble manquer de précision et, de ce fait, elle ignore l'intangibilité du contrat qui s'oppose au juge, et la force obligatoire du contrat⁵⁹⁵. L'analyse de cet auteur, peut être valable dans l'hypothèse où un créancier s'opposerait aux propositions à lui faites par le chef d'entreprise, en cherchant à faire échouer l'adoption du projet concordataire. Il ne s'agirait pas par-là d'un manquement à une condition de fond de la formation d'un contrat à savoir le consentement, mais d'un refus de participer à une convention. La suite de son analyse confirme cette hypothèse : « {en écartant ce créancier} *on éviterait ainsi tout le désastre que l'on peut imaginer, si le concordat devrait être*

⁵⁹³ Art. 12, AUPC.

⁵⁹⁴ S. K. EVELAMENOU, *Le concordat préventif en droit OHADA*, thèse de doctorat, Université Paris-Est et Université de Lomé, 2012, p. 168.

⁵⁹⁵ Com. 15 févr. 2000, n° 97-19.793, *Bull. civ. IV*, n°29, p. 23 ; com. 4 avr. 1995, *Bull. civ. IV*, n°95, p. 101.

rejeté pour satisfaire aux revendications d'un créancier dont la non-participation à l'accord n'aurait, en fin de compte, que peu d'influence sur la situation du débiteur » ; ce qui relance, par ailleurs, l'opportunité de la règle de l'unanimité dans la procédure de conciliation qui peut servir à apprêter un projet concordataire, comme cela a déjà été vu⁵⁹⁶.

289. Cependant, si, par hypothèse, tous les créanciers rejettent le concordat soit pour cause de consentement vicié, soit pour d'autres raisons d'ordre légal, le juge est tenu de refuser l'homologation de ce concordat⁵⁹⁷ ; car il faudrait considérer, dans ce cas, que l'intérêt général n'est pas protégé.
290. En résumé, il peut être retenu de la condition relative à la régularité du consentement des parties pour l'homologation du concordat préventif, qu'il appartiendra au chef d'entreprise, qui aura choisi de restructurer ses dettes dans le cadre du procédé de passerelle, de traduire fidèlement les engagements pris par ses créanciers, au moment de transmettre son projet concordataire à la juridiction compétente. Ce projet doit respecter l'intérêt des créanciers.

B. Le respect de l'intérêt collectif des créanciers

291. La procédure de règlement préventif vise, en plus de l'évitement de la cessation des paiements, à protéger l'intérêt collectif⁵⁹⁸ ; mais les textes ne précisent pas de quel intérêt collectif il s'agit. Est-ce celui des créanciers, notamment celui des créanciers non signataires, ou de celui lié au sauvetage de l'entreprise⁵⁹⁹ ? Il apparaît difficile de considérer l'intérêt d'une minorité comme un intérêt collectif. L'adjectif qualificatif « collectif » utilisé par le législateur n'est pas anodin. Il semble inviter à opposer l'intérêt des créanciers non signataires à l'intérêt général. D'où il peut être affirmé que le législateur veut parler de l'intérêt supérieur de l'entreprise en tant qu'entité économique qui regroupe plusieurs intérêts distincts : l'intérêt du chef d'entreprise, de l'État, des salariés et celui des autres créanciers. Cependant, un doute peut exister sur la validité de cette thèse, car lorsque le projet de concordat comporte une cession partielle ou totale d'actif ou d'entreprise, le règlement des créanciers prime le redressement de l'entreprise⁶⁰⁰. Face à cette imprécision législative, l'on peut se demander sur quoi la juridiction

⁵⁹⁶ V. *supra*, n°108 et s.

⁵⁹⁷ Il en a été ainsi dans plusieurs décisions jurisprudentielles : Lomé, 20 avr. 2009, n°066/09, réf. *Ohadata* J-10 – 156 ; TGI, Wagadougou, 3 nov. 2004, n°286, réf. *Ohadata* J-05-253.

⁵⁹⁸ Art. 12, AUPC.

⁵⁹⁹ E. A. MOHO FOPA, *Réflexions critiques sur le système de prévention des difficultés des entreprises OHADA*, DEA, Université de Dschang, 2007, p. 52.

⁶⁰⁰ Art. 132, AUPC.

compétente s'appuiera pour refuser l'homologation d'une proposition de concordat au motif d'intérêt collectif ?

292. A titre comparatif, le législateur français a été clair sur la question, dans les conditions d'homologation de l'accord de conciliation. Selon le code de commerce, l'accord de conciliation ne doit être homologué que lorsqu'il ne porte pas atteinte notamment aux intérêts des créanciers non signataires⁶⁰¹. Dans l'ancien règlement amiable du droit français, l'accord, conclu avec tous les créanciers, était obligatoirement homologué et déposé au greffe⁶⁰². Si, au contraire, l'accord n'était conclu qu'avec certains créanciers, il était simplement constaté par le tribunal. L'homologation n'intervenait que si tous les créanciers avaient adhéré au projet de restructuration du chef d'entreprise ; mais son effet avait pu être qualifié d'imprécis par certains auteurs⁶⁰³ ; car la question se posait notamment de savoir si le juge pouvait s'opposer à l'homologation de l'accord sur un fondement tiré de l'intérêt de l'entreprise⁶⁰⁴ ? Il importe de préciser que l'article L.611-8 du code de commerce a supprimé cette distinction.
293. Le droit américain de la faillite est tout aussi explicite sur la question de la protection de l'intérêt des créanciers non parties à l'accord⁶⁰⁵. Si ce n'est un motif tiré de l'ordre public, tel que prescrit dans l'Acte uniforme des procédures collectives, il apparaît difficile de concevoir un refus d'homologation pour cause de non-respect de l'intérêt collectif lié à la sauvegarde de l'entreprise en droit OHADA. Dès lors, il peut être supposé que le législateur OHADA, à l'instar de ses homologues français et américain, veut désigner, par « intérêt collectif », la protection des intérêts des créanciers réfractaires au projet de restructuration du chef d'entreprise, à tout le moins, jusqu'à ce qu'une jurisprudence claire n'apporte une interprétation. Ce qui permettra de résoudre cette insécurité juridique et d'ainsi favoriser un concordat préventif équitable.

II. L'équité du concordat préventif biaisée

294. En dépit du caractère contractuel d'un concordat préventif (pré-arrangé), l'imprécision de l'Acte uniforme des procédures collectives à propos de la protection des intérêts des créanciers

⁶⁰¹ Art. L.611-8, II, 3°, c. com.

⁶⁰² E. KERCKHOVE, « Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises », *Rev. proc. coll.* 1995, p. 451.

⁶⁰³ M. JEANTIN, P. Le CANNU, *Droit commercial, Entreprise en difficulté*, 7^e éd., Dalloz, 2006, n°120.

⁶⁰⁴ Y. MULLER, *Le contrat judiciaire en droit privé*, thèse de doctorat, Université de Paris I, 1995, p. 43 ; L. AMIEL-COSME, « La fonction de l'homologation judiciaire », *justices*, janv. Mars 1997, p. 135 à 143.

⁶⁰⁵ V. *supra*, n°145 et s.

non signataires, ainsi que l'application maladroite des textes communautaires par les juges peuvent faire redouter un concordat inéquitable. Pourtant, l'équité du concordat préventif est une notion légale. Elle est affirmée à l'article 15 de l'Acte uniforme des procédures collectives qui dispose que « *la juridiction compétente homologue le concordat préventif si : les conditions de validité du concordat préventif sont réunies ; aucun motif tiré de l'intérêt collectif ou de l'ordre public ne paraît de nature à empêcher le concordat ; les délais consentis ne dépassent pas (03) trois ans pour l'ensemble des créanciers et (01) un an pour les créanciers de salaires* ». De la lecture de cette disposition, il résulte que l'équité du concordat préventif a un caractère obligatoire et repose sur l'égalité des créanciers (A), même si cette égalité connaît des tempéraments légaux (B).

A. L'égalité des créanciers

295. L'ouverture d'une procédure collective indique que le débiteur concerné éprouve de sérieuses difficultés pour payer ses dettes. C'est pourquoi cette procédure doit faire supporter à chacun des créanciers une part égale dans la perte commune. En droit français, dont s'inspire le droit OHADA, l'égalité des créanciers, dans les procédures collectives, est une notion spéciale au regard du régime général de l'égalité civile qui trouve son fondement dans l'article 2093 du code civil. Dès le début du XX^e siècle, la Cour de cassation française a reconnu le principe d'égalité entre les créanciers comme un ordre public, interdisant toute clause pouvant favoriser l'un d'entre eux⁶⁰⁶. La chambre commerciale réitérait le même caractère d'ordre public de l'égalité des créanciers par un arrêt rendu le 19 avril 1985⁶⁰⁷. Cet arrêt fut rendu sous l'empire des dispositions de la loi du 13 juillet 1967⁶⁰⁸. En 1956, l'égalité des créanciers fut plus affirmée, lorsque la Cour de cassation reconnut la personnalité morale à la masse des créanciers⁶⁰⁹ : la masse des créanciers était une institution qui fonctionnait sur une base égalitaire.
296. En ce XXI^e siècle, l'égalité des créanciers n'a plus la même valeur absolue que sous l'empire de l'ancien droit de la faillite français. Cependant, elle garde toujours l'idée centrale. Celle qu'il y ait un traitement équitable entre les créanciers notamment dans le plan. L'équité du plan commande que les intérêts des uns et des autres soient protégés et que les sacrifices consentis

⁶⁰⁶ Com. Req. 13 juill. 1910, Journ. faill. p. 385.

⁶⁰⁷ Com. 19 avr. 1985, Bull. civ. IV, n°120.

⁶⁰⁸ V. supra, n°10 et s.

⁶⁰⁹ Com. 19 janv. 1956, n°27.

ne soient pas disproportionnés selon qu'on est majoritaire ou minoritaire. Ce contrôle incombe au tribunal qui est chargé de l'arrêter. C'est pourquoi le code de commerce enjoint au tribunal de n'arrêter un plan que lorsqu'il est sûr que les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés⁶¹⁰. Dans le même sens, la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle⁶¹¹ rajoute la mesure de l'impartialité : « *le président du tribunal, s'il a connu du débiteur en application du titre I^{er} du présent livre, ne peut être désigné juge commissaire* ». ⁶¹² En d'autres termes, le juge qui a connu d'un débiteur, dans le cadre d'une procédure amiable, ne peut participer à la procédure judiciaire subséquente à cette phase amiable. Il étend, dorénavant, l'interdiction faite au juge commissaire - de siéger sous peine de nullité du jugement dans les formations de jugement et de participer au délibéré de la procédure dans laquelle il a été désigné -, au juge commissaire suppléant, au président du tribunal qui a connu du débiteur dans le cadre des mesures de prévention, et au juge commis chargé de recueillir des renseignements sur la situation de l'entreprise⁶¹³.

297. Le législateur OHADA de 2015 a, en dépit de l'imprécision rédactionnelle du 3^o de l'alinéa 2 de l'article 15⁶¹⁴, insisté sur la nécessité de traiter également les créanciers antérieurs dans les procédures judiciaires. Plusieurs articles de l'Acte uniforme des procédures collectives y font référence. Il en est ainsi des dispositions de l'article 11 qui interdisent au débiteur de « *payer, en tout ou en partie, les créances nées antérieurement au jugement d'ouverture* » ; de « *consentir une sûreté* », dans la procédure de règlement préventif, puisque dans ces différents cas il y aurait rupture de l'égalité des créanciers⁶¹⁵. Il en est de même des termes de l'article 39 qui font obligation au juge commissaire de veiller « *à la protection des intérêts en présence* » dans le cadre du redressement judiciaire et de la liquidation des biens. L'ensemble des actes inopposables à la masse des créanciers, ainsi que les modalités d'exercice des recours sont précisés dans une section au sein de l'Acte uniforme des procédures collectives⁶¹⁶. Cependant

⁶¹⁰ Art. L.626-31, C. com.

⁶¹¹ L. n°2016-1547 du 18 déc. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e, *JORF* n°0269 du 19 déc. 2016, texte n°1.

⁶¹² Art. L. 621-4, c. com., tel que modifié par L. n°2016-1547 du 18 déc. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e, *JORF* n°0269 du 19 déc. 2016, texte n°1.

⁶¹³ Art. L.662-7, c. com., tel que modifié par L. n°2016-1547 du 18 déc. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e, *JORF* n°0269 du 19 déc. 2016, texte n°1.

⁶¹⁴ Relatif au contrôle de la protection de l'intérêt collectif par le juge en homologant le concordat préventif.

⁶¹⁵ A. KANTE, « Réflexions sur le principe de l'égalité entre les créanciers dans le droit des procédures collectives d'apurement du passif (O.H.A.D.A) », *EDJA*, janv. févr. mars, 2002, n°52, p.50 ; *Rev. seneg., du dr. des aff.*, janv. juin 2003, p. 67.

⁶¹⁶ Intitulée « Actes inopposables à la masse des créanciers », art. 68 et s.

force est de constater que le droit moderne des entreprises en difficulté oppose plusieurs limites à l'égalité des créanciers.

B. Les limites de l'égalité des créanciers

298. L'égalité des créanciers en droit des entreprises en difficulté n'est plus un principe immuable. En droit français par exemple, à partir de la loi du 25 janvier 1985⁶¹⁷, le principe d'égalité des créanciers a connu un assouplissement pour deux causes principales.
299. En premier lieu, le redressement et la sauvegarde de l'entreprise étant ses objectifs, cette loi a relégué le paiement des créanciers au second plan, et a privé ces derniers du pouvoir d'influence qu'ils avaient au travers du vote du concordat. L'institution de la masse des créanciers fut en même temps supprimée. Autrement dit, cette loi ne concevait pas la procédure collective comme un régime général d'exécution ayant pour objectif premier la réalisation des biens du débiteur et la distribution du prix⁶¹⁸.
300. En second lieu, à cause de l'avènement de la panoplie des moyens à la disposition des créanciers pour rompre l'égalité entre eux, telles la clause de réserve de propriété et la prolifération des sûretés légales et contractuelles, l'égalité des créanciers ne peut plus être vue comme un principe sacralisé. C'est pourquoi certains auteurs n'ont pas hésité, depuis cette loi, à qualifier le principe d'égalité des créanciers de mythe⁶¹⁹ ou d'expédient⁶²⁰.
301. Sur le plan européen, le principe d'égalité des créanciers cède face à des objectifs tirés d'intérêt général poursuivis par la communauté, dès lors que la subsistance des droits en cause n'est pas atteinte⁶²¹.
302. Par ailleurs, le principe d'égalité des créanciers ne peut concerner les procédures de règlement amiable qui reposent sur une base contractuelle, comme cela a été précisé par la Cour de cassation française⁶²². En d'autres termes, il n'existe pas de discipline collective dans ces

⁶¹⁷ L. n°85-98 du 25 janv. 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, *JORF* du 26 janv. 1985, p. 1097.

⁶¹⁸ A. JACQUEMONT et Alii, *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd., LexisNexis, 2017, n°21 et s. spéc. 22.

⁶¹⁹ J. L. COUDERT, « Dans les procédures collectives l'égalité des créanciers est-elle une réalité ou un mythe ? », *petites affiches*, 26 août 1992, n°103.

⁶²⁰ M. CABRILLAC, « Les ambiguïtés de l'égalité des créanciers », in *Melanges Breton-Déridda*, D.1991, p. 31.

⁶²¹ CJCE, arrêt Nold, aff. n° 4-73, 14 mai 1974, *Recueil. jur. de la cour*, 1974, n° I.

⁶²² Com., 16 juin 1998, n°96-15 525 96-16 345, *Bull. civ. IV*, n°193.

procédures, de sorte que chaque créancier peut valablement exécuter son débiteur lorsque les conditions légales en sont réunies.

303. Enfin, l'ordonnance du 12 mars 2014⁶²³ a renforcé les différences de traitement dans le plan en droit français⁶²⁴. Il en est de même en droit OHADA où l'Acte uniforme des procédures collectives dispose que « *le projet de concordat de redressement judiciaire peut établir un traitement différencié entre les créanciers si les différences de situation le justifient* ». ⁶²⁵ Il faut déduire de cette disposition qu'un plan équitable peut contenir des traitements inégalitaires entre les créanciers fondés non pas sur la force de la majorité qui dicte sa loi à la minorité, mais suivant la nature des droits et sûretés des créanciers ; ces traitements ne peuvent ainsi être regardés comme une iniquité à l'encontre des minoritaires qui n'auront pas voté en faveur de ce plan⁶²⁶.
304. En fin de compte, les conditions d'adoption du concordat préventif en droit OHADA ne s'opposent pas, excepté les conséquences que peut avoir l'absence de vote du projet concordataire, à l'adoption du procédé de plan pré-négocié. Une analyse de l'expérience française en la matière peut appuyer cette affirmation.

Section 2. L'analyse à l'appui de l'expérience française

305. Les affaires Autodistribution⁶²⁷ et Thomson⁶²⁸, qui ont permis la réalisation des premières procédures à plan pré-arrangé, ont permis de confronter le droit français des entreprises en difficulté plus formaliste, à la procédure du chapitre 11 Américain moins lourd. L'analyse de cette expérimentation française peut démontrer que le droit OHADA, compte tenu de sa simplicité, s'adapterait mieux à la pratique de la technique de *prepack*. En droit français, à la suite des affaires précédemment citées, des enseignements encourageants ont pu être retenus (Paragraphe I), et il pourrait même être affirmé qu'ils ont guidé le législateur vers la reconnaissance de ce mécanisme alliant l'amiable et le judiciaire pour restructurer une entreprise en difficulté (Paragraphe II).

⁶²³ Ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

⁶²⁴ v. *infra*, n°496 et s.

⁶²⁵ Art. 27, al. 3.

⁶²⁶ X. de ROUX, rapp. commission des lois, AN, n° 2095, p. 322.

⁶²⁷ V. *supra*, n°183 et s.

⁶²⁸ V. *supra*, n°179 et s.

Paragraphe I. Des enseignements encourageants

306. A l'issue de ce qu'on pourrait qualifier de période d'essai, le moment était venu de faire le bilan et de tirer les leçons des premières sauvegardes accélérées organisées par les praticiens. Sur le plan du formalisme, il s'est avéré que le droit français pouvait accueillir, non sans astuce, une procédure judiciaire à plan pré-arrangé (I). En termes de résultat, l'efficacité a séduit plusieurs acteurs (II).

I. La révélation d'une sauvegarde expresse possible

307. L'essai de l'application du procédé de passerelle en droit français a permis de faire des appréciations. Des difficultés d'application ont ainsi été constatées (A) ; des solutions ont pu être envisagées (B).

A. Les obstacles juridiques constatés

308. Dans système de plan pré-arrangé, il a été vu que le débiteur négocie les modalités de remboursement des dettes avec l'ensemble de ses principaux créanciers, avant de demander ensuite l'ouverture d'une procédure du chapitre 11⁶²⁹, afin de faire voter et adopter le plan de restructuration. Dans la pratique américaine, il a été également vu que la procédure ne dure qu'un mois ou deux au maximum, et que le plan adopté par le tribunal s'impose à tous les créanciers même ceux qui ne l'auront pas voté. L'enseignement principal qui peut être tiré du chapitre 11 du code fédéral américain de la faillite l'optimisation du temps, c'est-à-dire la souplesse des formalités. Or, en droit français, l'adoption d'un plan de restructuration en un ou deux mois était impossible à cause des différents délais procéduraux, les plans de sauvegarde et redressement judiciaire étant adoptés dans les meilleures conditions en six mois⁶³⁰. Ce qui n'est pas le cas en droit OHADA où le concordat préventif est adopté en trois mois⁶³¹. La célérité requise dans une procédure de *prepack* buttait nécessairement sur un formalisme lourd du droit français. Les deux affaires expérimentales ont proposé des solutions.

B. Les solutions juridiques tirées de l'expérimentation

309. L'un des exploits réussis au travers des affaires de Thomson et d'Autodistribution fut la compression des délais ordinaires. En effet, dans la sauvegarde française, la période

⁶²⁹V. *supra*, n°145 et s.

⁶³⁰ Art. L.612-3, c. com.

⁶³¹ Art. 12, al. 6, AUPC.

d'observation dure six mois au minimum⁶³², et la préparation du plan n'est réellement contractualisée que lorsque des comités de créanciers ont été mis en place⁶³³. En ce cas, il est à remarquer que les délais d'examen du ou des projets de plan par ces comités⁶³⁴ et de convocation pour le vote des obligataires⁶³⁵ posaient un problème quant à la rapidité voulue pour une procédure *prepack* comme cela a déjà été dit plus haut⁶³⁶.

310. Afin de pouvoir inscrire la procédure expérimentale dans la logique de *prepack*, les praticiens ont innové : les procédures amiables de mandat *ad hoc* et de conciliation, qui sont des procédures entièrement contractuelles, ont été utilisées pour élaborer un plan de restructuration avec l'approbation d'une large majorité des principaux créanciers. En faisant ce travail en amont, ils ont ainsi réduit la durée de la période d'observation de la procédure judiciaire subséquente (sauvegarde), dont l'ouverture n'a servi qu'à formaliser, d'une part, l'adhésion de la majorité des créanciers par le vote et, d'autre part, l'adoption par le tribunal. En tout, la première expérience n'a duré que deux mois. A partir de là, il a été réalisé qu'il suffirait que le législateur réaménage les délais procéduraux pour donner corps à une nouvelle forme de restructuration financière en droit français, laquelle serait alors non seulement une sauvegarde accélérée, mais aussi efficace. La pratique OHADA sera-t-elle tentée d'envisager le recours au *prepack* avant une éventuelle reconnaissance législative ? Quoiqu'il en soit, la possibilité juridique d'une telle hypothèse, de même que son utilité pratique ne peuvent être contestées ; et cela pourrait mieux éclairer le législateur OHADA qui prend le temps de la réflexion.

II. L'efficacité des sauvegardes expresses expérimentées

311. L'issue des premières sauvegardes expérimentales était essentiellement attendue sur le plan de la souplesse (A) et sur le plan de la coercition (B).

⁶³² Art. L. 621-3, c. com.

⁶³³ Art. L. 626-29 et L. 626-30, c. com.

⁶³⁴ A partir de la transmission du ou des projets de plan aux comités, ceux-ci se prononcent sur ce ou ces projets de plan dans un délai de 20 à 30 jours (L.626-30-2, c. com.). Ce délai peut être augmenté ou réduit jusqu'à 15 jours par le juge commissaire sur demande du débiteur ou de l'administrateur.

⁶³⁵ Le délai devant s'écouler entre l'avis de convocation et le vote de l'assemblée des obligataires est de 15 jours (R.626-61, c. com.).

⁶³⁶ V. *supra*, n°285 et s.

A. Des procédures souples

312. Dans les affaires ayant mis à contribution le système américain de *prepack* lors de la période d'essai, le résultat a été plutôt à la hauteur des espérances⁶³⁷. La lourdeur traditionnelle de la procédure judiciaire a été infléchie, et les écueils corollaires limités.
313. Les deux sauvegardes financières accélérées qui ont eu lieu avant que le législateur ne les insère dans le droit des entreprises en difficulté furent particulièrement rapides. Deux mois ont suffi pour l'adoption des plans. Comparativement au délai normal de six mois, ces procédures ont permis de faire l'économie de quatre mois. Une économie précieuse eu égard aux dépenses qu'elles auraient pu occasionner, sans compter la dégradation de l'actif et le ternissement de l'image de l'entreprise.
314. Face aux effets dévastateurs de la crise financière de 2008 sur les entreprises, la souplesse appliquée, dans les procédures expérimentales, a permis la restructuration des entreprises montées notamment dans le cadre des LBO, lesquelles n'avaient besoin que d'une restructuration financière. Toutefois, ces restructurations n'auraient pu être possibles sans le caractère coercitif de ces procédures expérimentales comme toute procédure judiciaire.

B. Des procédures contraignantes

315. Les procédures de sauvegarde financières utilisées avant la loi de régulation bancaire et financière de 2010⁶³⁸, se sont montrées coercitives à l'égard des créanciers réfractaires. En effet, face à l'unanimité qui caractérise l'accord de conciliation, il était nécessaire de trouver un moyen de contrecarrer le blocage des négociations⁶³⁹.
316. Cet objectif a pu être atteint. Les plans, dans les procédures collectives françaises, sont adoptés par le vote des créanciers détenant les trois quarts des créances⁶⁴⁰ ; ils affectent tous les créanciers y compris ceux qui ne l'ont pas voté⁶⁴¹. Les enseignements qui en sont issus ont précipité le déclin législatif en droit français.

⁶³⁷ V. R. COUTIER et N. LAURENT, « Analyse de l'opération Autodistribution : premier « prepack » à la française. – Rôle prépondérant des magistrats consulaires », *cah. dr. entr.*, sept. 2009, n°5.

⁶³⁸ Cette loi a adopté la première sauvegarde passerelle.

⁶³⁹ Pour en savoir davantage, v. *supra*, n°108 et s.

⁶⁴⁰ Art. L.626-30-2, c. com.

⁶⁴¹ Art. L.626-31, c. com.

Paragraphe II. Le déclic législatif

317. Les praticiens ayant réussi leur pari, les yeux étaient désormais tournés vers le législateur pour l'encadrement de la sauvegarde accélérée qui a pu servir de passerelle entre la conciliation et la sauvegarde. Dans ce paragraphe, il ne sera procédé qu'à une brève présentation des passerelles qui ont été adoptées en droit français⁶⁴² : la première a été adoptée en 2010 (I), puis une deuxième en 2014 (II).

I. La première procédure passerelle adoptée

318. Quelques mois après les affaires Thomson et Autodistribution, le législateur français procédait à une réforme du secteur bancaire et financier, au travers de la loi du 22 octobre 2010⁶⁴³. Lors de cette réforme, un projet de création d'un cadre juridique pour l'application de la sauvegarde à plan pré-arrangé issue des affaires précitées a été prévu. Cette disposition était prévue par l'article 57 de ce projet de loi, issu d'un amendement déposé par les sénateurs Hyst et Marini, et adopté définitivement par le parlement après deuxième lecture le 10 juin 2010. L'appellation première fut d'abord « sauvegarde expresse » avant de devenir « sauvegarde financière accélérée ».

319. La sauvegarde financière accélérée est une procédure judiciaire à mi-chemin entre la conciliation et la sauvegarde classique. Elle a été introduite aux articles L.628-1 à L.628-7 du chapitre VIII du livre VI du code de commerce. Elle est ouverte sur demande du débiteur après examen du rapport du conciliateur sur le déroulement de la conciliation. En effet, elle doit obligatoirement être précédée d'une procédure de conciliation en cours où un accord unanime n'a pu être obtenu. Elle reste soumise aux règles régissant la sauvegarde de droit commun sous réserve des dispositions qui lui sont spécifiques d'où son caractère dérogatoire⁶⁴⁴. C'est une procédure semi-collective pour la plupart des auteurs⁶⁴⁵ du fait qu'elle n'affecte que les créanciers exclusivement financiers. Difficile d'accès au départ à cause du seuil jugé élevé⁶⁴⁶, puis revu à la baisse⁶⁴⁷, elle dure un mois renouvelable une seule fois. Le fait qu'elle n'affecte

⁶⁴² Pour leur régime juridique, v. *infra*, n°339 et s.

⁶⁴³ Loi n°2010-1249 du 22 Oct. 2010 de régulation bancaire et financière, *JORF* n°0247 du 23 oct. 2010, p. 18984.

⁶⁴⁴ Art. L. 628-9 et Art. L. 628-10, c. com.

⁶⁴⁵ V. *infra*, n°408 et s.

⁶⁴⁶ Art. L.626-29 et L.626-52, c. com.

⁶⁴⁷ Art. D.628-2-1, c. com.

que les créanciers financiers a conduit le législateur à instaurer une autre sauvegarde accélérée de droit commun.

II. La seconde procédure passerelle adoptée

320. Quatre ans, après la mise en place de la procédure de sauvegarde financière accélérée, une autre sauvegarde accélérée a été adoptée. Elle été voulue inclusive, c'est-à-dire une sauvegarde qui prenne en compte, en plus des créances financières, des créances fournisseurs⁶⁴⁸. De ce fait, la sauvegarde financière accélérée lui est devenue une variante, et les deux forment des branches de la sauvegarde classique. Elle dure trois mois⁶⁴⁹ sans possibilité d'une minute de plus. Excepté cette différence de durée, il est à observer que les deux sauvegardes accélérées suivent le même régime. Ce régime, compte tenu de son importance eu égard à l'intérêt poursuivi dans la présente thèse, fera l'objet d'une étude spéciale dans le cadre du chapitre suivant. Cette étude pourrait également être un éclairage pour toute application de l'opération de *prepack* dans le cadre du droit OHADA.

Conclusion du chapitre 1

321. Du chapitre qui précède il peut être retenu que le mécanisme du *prepack*, inspiré du chapitre 11 du code fédéral américain de la faillite, est applicable en droit positif OHADA. Le formalisme allégé de l'Acte uniforme des procédures collectives, ainsi que l'absence de vote du projet concordataire dans la procédure du règlement préventif peuvent expliquer cette possibilité. En outre, l'analyse comparative de l'expérimentation française, réalisée au travers des affaires Thomson et Autodistribution, permet de confirmer cette affirmation.

⁶⁴⁸ Art. L.628-1, c. com.

⁶⁴⁹ Art. L.628-8, c. com.

Chapitre 2. Le régime juridique des procédures passerelles adoptées en droit français

322. La crise financière de 2008⁶⁵⁰, et les dépôts de bilans qu'elle a provoqués ont sérieusement touché le secteur bancaire en France. La réforme du secteur bancaire et financier par la loi du 22 octobre 2010⁶⁵¹ fut une réaction à cette crise. Le législateur a redéfini, à travers cette réforme, la philosophie des procédures amiables en permettant notamment la contractualisation de la procédure de sauvegarde. Les affaires Autodistribution et Thomson précédemment vues⁶⁵² ont apporté une réponse pratique à la question de savoir comment restructurer l'endettement d'une entreprise sans affecter son activité ? Le législateur n'avait pas le choix, tant la crise des *LBO* avait causé beaucoup de détresse au sein des *holdings*⁶⁵³.
323. Les affaires précédemment citées ont établi une passerelle entre la procédure de conciliation et celle de la sauvegarde classique : permettre au débiteur d'obtenir, au travers d'un vote majoritaire, l'adoption de son plan, qui n'a pu être possible dans la procédure de conciliation, faute d'unanimité.
324. Par la loi de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010 précédemment citée, le législateur a institué la première passerelle⁶⁵⁴ entre la conciliation et la sauvegarde à savoir la sauvegarde financière accélérée.

⁶⁵⁰ V. *supra*, n°197 et s.

⁶⁵¹ V. note n°644.

⁶⁵² V. *supra*, n°183 et n°179.

⁶⁵³ V. *supra*, n°204.

⁶⁵⁴ R. DAMANN et G. PODEUR, « Sauvegarde financière express : vers une consécration législative du *prepack* à la française » ? *D.* 2010, point de vue, p. 2005 ; Th. MONTERAN, « Rapide aperçu de la sauvegarde financière accélérée », *Gaz. Pal.* sept.- oct. 2010, p. 13268 ; A. LIENHARD, « Nouvelle réforme de la sauvegarde en vue », *D.* 2010, p. 1864 - « Sauvegarde financière accélérée, le projet devient réalité », *D.* 2010, Actu. 2224, obs. A. LIENHARD ; Ph. ROUSSEL GALLE, « Premières vues sur la sauvegarde financière accélérée ... », *JCP E* 2010, act. 591 ; G. TEBOUL, « Un nouveau coup de balancier : le projet de sauvegarde financière express », *Gaz. Pal.* 15-16 sept. 2010, p. 2650.

325. Première procédure semblable au *prepackaged plan* américain⁶⁵⁵ en droit français, la sauvegarde financière accélérée n'a pas connu le succès escompté⁶⁵⁶. Il a ainsi été souhaité de l'étendre aux PME⁶⁵⁷, en assouplissant notamment ses conditions d'accès⁶⁵⁸ qui étaient sélectives. Par l'ordonnance du 12 mars 2014⁶⁵⁹, le législateur a adopté la seconde passerelle, en l'occurrence la procédure de sauvegarde accélérée⁶⁶⁰. Cette dernière concerne presque toutes les créances à la différence de la sauvegarde financière accélérée exclusivement réservée aux dettes financières. Bien qu'étant des branches de la sauvegarde classique, les deux sauvegardes accélérées conservent tout de même quelques particularités liées notamment à la souplesse des formalités procédurales.
326. Sur le plan européen, ces procédures de sauvegarde accélérées sont efficaces vis à vis du règlement européen du 20 mai 2015⁶⁶¹ relatif aux procédures d'insolvabilité ; leur admission à l'annexe A, sous l'empire de ce texte, ne fait aucun doute contrairement au texte de 2000⁶⁶².
327. Pour l'analyse du régime juridique de ces passerelles entre la conciliation et la sauvegarde, il sera procédé par étude croisée, de manière à ressortir les points de convergence et de divergence. La sauvegarde financière accélérée et la sauvegarde accélérée obéissent à des conditions d'ouverture largement dérogatoires au droit commun de la sauvegarde (Section 1) ; leur déroulement est accéléré (Section 2).

⁶⁵⁵ A. BESSE et N. MORELLI, « Les dispositions de la loi de régulation bancaire et financière intéressant le droit des procédures collectives : point de vue de praticiens », *RLDA*, déc. 2010, n°55, p. 23 - « Loi de régulation bancaire et financière : mesures en matière de sauvegarde ou de redressement », *BRDA* 21/10, p. 22 ; J. KUNTZ et V. NURIT, « De la conciliation à la sauvegarde financière accélérée : la combinaison est-elle efficace ? », *BJE*, nov. 2012, n°193, p. 389 ; X.-F. LUCAS, « Caractère collectif et sauvegarde financière accélérée », *Rev. proc. coll.* janv. 2012, dossier. n°12 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La procédure de sauvegarde financière accélérée », *Rev. proc. coll.* juill. 2011, colloque n°2, p. 31.

⁶⁵⁶ Y. LELIEVRE, « Sauvegarde financière accélérée, seules six procédures ouvertes à ce jour », *options, droit & affaire*, mars 2014, p. 16.

⁶⁵⁷ Petites et Moyens Entreprise

⁶⁵⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La généralisation de la SFA ? », *Rev. proc. coll.* janv- févr. 2014, art. 11, p. 105.

⁶⁵⁹ V. *supra*, n°18.

⁶⁶⁰ A. LIENHARD, *Procédures collectives 2017-2018*, 7^e éd., Delmas, p. 333.

⁶⁶¹ Règl. n°2015-848 du 20 mai 2015, JOUE du 5 juin 2015, n°L141,5.

⁶⁶² Règl. n°1346/2000 du 29 mai 2009, JOCE 31 juin 2000, n°L/160/1.

Section 1. Des conditions d'ouverture dérogatoires au droit commun de la sauvegarde

328. « *Le débiteur qui peut demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde accélérée est le même que celui qui peut demander l'ouverture d'une sauvegarde* ». ⁶⁶³ Pour bénéficier de la sauvegarde classique dont elles sont des dérivés, l'ouverture des procédures passerelles nécessite de satisfaire à des conditions substantielles (Paragraphe I) et à remplir des formalités procédurales (Paragraphe II)

Paragraphe I. Les conditions substantielles ⁶⁶⁴

329. Les passerelles de sauvegarde accélérée suivent la sauvegarde classique sur certaines conditions d'ouverture. Il en est ainsi que le débiteur justifie d'une difficulté dont il est incapable de surmonter tout seul ⁶⁶⁵. L'article L.628-1 du code de commerce cite les conditions de fond d'ouverture des sauvegardes accélérées : le débiteur doit être engagé dans une procédure de conciliation en cours (I) ; un projet de plan doit avoir été élaboré et être soutenu par la majorité des créanciers rendant vraisemblable son adoption (II) et, enfin, le débiteur doit être éligible suivant les critères de seuils (III).

I. La nécessité d'une procédure de conciliation en cours

330. La conciliation sert de cadre à l'élaboration du projet de plan préalable à toute ouverture de procédure judiciaire, ce qui est caractéristique des procédures de *prepack* ⁶⁶⁶ (A). Contrairement à la sauvegarde classique, les sauvegardes accélérées peuvent être ouvertes en présence d'un état de cessation des paiements de moins de quarante-cinq jours ⁶⁶⁷ (B).

A. La condition essentielle de la conciliation

331. Être engagé dans une procédure de conciliation est la condition essentielle pour accéder à l'une des procédures de sauvegarde accélérée ⁶⁶⁸. Cette condition donne la mesure de passerelle voulue par le législateur entre les procédures de traitement amiable et judiciaire des difficultés

⁶⁶³ M. RAKOTOVAHINY, *Fiches de procédures collectives*, éd., Ellipses, 2016, p. 63.

⁶⁶⁴ Par conditions substantielles, il faut entendre conditions de fond.

⁶⁶⁵ Art. L.620-1, c. com.

⁶⁶⁶ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2016, p. 631.

⁶⁶⁷ A. LIENHARD, *Code des procédures collectives : Annoté et commenté*, 16^e éd., Dalloz, 2018, comm., art. L.628-1, c. com, p. 462.

⁶⁶⁸ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives, 2017/2018*, 9^e éd., Dalloz action, 2016, p. 469.

des entreprises⁶⁶⁹. Il n'y a pas d'accès direct à la sauvegarde financière accélérée et à la sauvegarde accélérée⁶⁷⁰. L'obligation de passer par la conciliation traduit la nécessité qu'un plan soit complètement négocié en amont, en vue de permettre la célérité de la procédure judiciaire subséquente. Il s'agit de donner plus de chance de réussite à des procédures exceptionnelles au formalisme très minimaliste.

332. Il est à rappeler qu'avant l'ordonnance du 12 mars 2014⁶⁷¹, la règle avait déjà été posée par la réforme de 2010⁶⁷², à l'occasion de l'adoption de la sauvegarde financière accélérée. Il était alors exigé que la conciliation soit « *en cours* ». Le texte de 2014, même s'il n'a pas utilisé l'expression « *en cours* » pour la sauvegarde accélérée de droit commun, l'a cependant suffisamment fait savoir en disposant que le chef d'entreprise doit « *être engagé dans une procédure de conciliation* ». Ce qui signifie que cette dernière ne doit être terminée au moment de la saisine du tribunal. L'interprétation de la condition d'« *être engagé dans une procédure de conciliation* » fait l'objet de divergence ; mais un arrêt de la Cour de cassation⁶⁷³ a apporté une précision partielle, celle relative au cas d'un groupe de sociétés.
333. En l'espèce, le 15 juillet 2013, une procédure de conciliation a été ouverte en faveur de la société Braco et de sa filiale, la société Cobrason. Monsieur X a été désigné conciliateur pour une durée de quatre mois, prorogé d'un mois. Le 2 septembre 2013, la société mère (Braco) a été mise en sauvegarde. Le 9 décembre 2013, un accord de conciliation, avec une demande d'homologation, a été signé par l'ensemble des établissements de crédit créanciers de la filiale (Cobrason), à l'exception d'une banque (le crédit agricole). Le 12 décembre 2013, Cobrason a demandé l'ouverture d'une procédure de sauvegarde financière accélérée, et a présenté l'accord de conciliation comme projet de plan. La banque a alors formé une tierce opposition contre cette demande à laquelle le jugement du 16 décembre 2013 avait fait droit. La cour d'appel de Paris a rejeté la tierce opposition formée par la banque par un arrêt du 25 septembre 2014. La banque s'est alors pourvue en cassation, sur le moyen que pour bénéficier de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde financière accélérée, il faut qu'il y ait une procédure de conciliation en cours ; or qu'en l'espèce, la société filiale ne remplissait plus cette condition au moment

⁶⁶⁹ A. LIENHARD, *Procédures collectives 2017/2018*, 7^e éd., Delmas, 2016, p. 336.

⁶⁷⁰ *id.*

⁶⁷¹ Ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

⁶⁷² L. n°2010-1249 du 22 oct. 2010 de régulation bancaire et financière, *JORF* n°0247 du 23 oct. 2010, p. 18984, texte n°1.

⁶⁷³ Com. 12 juill. 2016, n°14-27.983, Ecli : FR : CCASS : 2016 : CO00672.

qu'elle a sollicité le bénéfice de cette procédure, puisque la procédure de conciliation, ouverte en faveur d'elle et de la société mère, avait pris fin par l'ouverture de la sauvegarde en faveur de la société mère.

334. La Cour de cassation a, dans cet arrêt du 12 juillet 2016, approuvé les juges du fond, en retenant qu'à la suite de l'ouverture de la sauvegarde de la société Braco, la procédure de conciliation s'était poursuivie pour aboutir, sous l'égide du conciliateur, à un accord signé le 9 décembre 2013, et qu'en conséquence, la société Cobrason était légalement - c'est -à-dire que la procédure de conciliation était en cours - engagée dans une procédure de sauvegarde financière accélérée.
335. Le chef d'entreprise voire les praticiens doivent prêter attention à l'effet couperet du délai d'expiration de cette conciliation⁶⁷⁴. Elle ne dure que quatre mois prorogables sans que la durée totale ne puisse dépasser cinq mois⁶⁷⁵. Au-delà, le tribunal met un terme de plein droit à la procédure sous réserve, toutefois, d'une demande d'homologation déposée avant terme, et ce sans que le chef d'entreprise ne puisse prétendre à une nouvelle conciliation avant l'expiration d'un délai de trois mois⁶⁷⁶. Ce qui pourrait porter un coup d'arrêt aux négociations entreprises. En dépit de ce risque, « *la condition d'être engagé dans une procédure de conciliation interdit tout accès direct à la sauvegarde accélérée, quels que soient la situation du débiteur et l'état et la qualité de ses relations avec ses créanciers* »⁶⁷⁷ ; « *Un simple mandat ad hoc ne suffit pas, ni a fortiori une simple démarche contractuelle en dehors d'un cadre judiciaire* ». ⁶⁷⁸
336. Cependant, pourquoi le mandat *ad hoc* n'aurait pas pu convenir ? D'autant qu'il n'a pas été recouru à la conciliation dans les deux affaires (Autodistribution et Thomson⁶⁷⁹) ayant mis à contribution la technique de *prepack* avant sa reconnaissance législative. Au contraire, c'est au travers de simples négociations directes avec les créanciers, et du mandat *hoc*, que l'on est parvenu à la procédure judiciaire où les plans ont été adoptés. Pourtant le mandat *ad hoc* présente plus de souplesse que la conciliation. De plus l'article L.628-2 du code de commerce, en disposant que le tribunal peut obtenir communication des pièces et actes relatifs à la

⁶⁷⁴ A. LIENHARD, *Code des procédures collectives : Annoté et commenté*, 16^e éd., Dalloz, 2018, comm., art. L.628-1, c. com, p. 462.

⁶⁷⁵ Art. L.611-6, c. com.

⁶⁷⁶ *ibid.*

⁶⁷⁷ A. LIENHARD, *Procédures collectives 2017/2018*, 7^e éd. Delmas, 2016, p. 336.

⁶⁷⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd. LGDJ, 2016, p. 631.

⁶⁷⁹ V. *supra*, n°183 ; n°179.

conciliation et, le cas échéant, au mandat *ad hoc*, nonobstant les dispositions de l'article L.611-15 imposant à toute personne qui y a participé le respect des règles de confidentialité, renforce cette thèse. Le législateur l'a jugé insuffisant, ce qui a été regretté par certains auteurs⁶⁸⁰. Toutefois, rien n'empêche le débiteur de commencer ses négociations dans le cadre d'un mandat *ad hoc*, pour terminer dans celui d'une conciliation, au moment où il saisit le tribunal, la cessation des paiements ne constituant plus une barrière automatique⁶⁸¹.

B. La condition liée à la cessation des paiements

337. Selon le code de commerce⁶⁸², la circonstance que le débiteur soit en cessation des paiements ne fait pas obstacle à l'ouverture de la procédure de sauvegarde accélérée, si cette situation ne précède pas, depuis plus de quarante-cinq jours, la date de la demande d'ouverture de la procédure de conciliation. Cette condition marque une des dérogations accordées aux procédures passerelles. Dans le cadre de la sauvegarde de droit commun, le débiteur ne doit pas être en cessation des paiements au moment de la demande d'ouverture⁶⁸³. L'ouverture de la sauvegarde financière accélérée obéissait à cette même condition, avant qu'elle ne soit modifiée par l'ordonnance du 12 mars 2014 précédemment citée. Cette exception n'a été rendue nécessaire pour la conciliation qu'à la condition que l'état de cessation des paiements ne remonte à plus de quarante-cinq jours. L'acceptation de la cessation des paiements pendant la sauvegarde accélérée aurait été incompatible, « *sinon le texte conduirait à une solution illogique* ». ⁶⁸⁴ En effet, l'ancienne rédaction de L.628-1, qui avait posé l'exigence que le débiteur remplisse les critères indiqués au premier alinéa de l'article L.620-1 du code de commerce⁶⁸⁵, ne permettait aucun doute sur le fait que la passerelle vers la sauvegarde ne pouvait convenir en cas d'une conciliation ouverte après cessation des paiements de moins de quarante-cinq jours, à moins que des moratoires, au sens de l'article L.631-1 du code de

⁶⁸⁰ A. LIENHARD, *Procédures collectives 2017/2018*, 7^e éd. Delmas, 2016, p. 336.

⁶⁸¹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd. LGDJ, 2016, p. 631.

⁶⁸² Art. L.628-1, al. 3, c. com.

⁶⁸³ Art. L.620-1, c. com.

⁶⁸⁴ P. ROSSI, « Avant-propos », « Prévention et procédures collectives : nouvelle réforme ! », *BJE*, mai 2014, p. 170.

⁶⁸⁵ Celle de ne pas être en cessation des paiements au moment de la demande d'ouverture.

commerce⁶⁸⁶, eussent été obtenus durant la conciliation car c'est à la date d'ouverture de la procédure que le débiteur devait être *in bonis*⁶⁸⁷.

338. C'est dans un souci d'assouplissement, favorisé par l'avènement de la sauvegarde accélérée voulue moins sélective que la sauvegarde financière accélérée (dans son organisation première)⁶⁸⁸, que l'ordonnance du 12 mars, citée plus haut, a levé la condition de l'inexistence de la cessation des paiements pour toutes les deux procédures accélérées. En décidant ainsi, le législateur semble avoir privilégié la logique de la conciliation par rapport à celle de la sauvegarde classique, en permettant l'ouverture des sauvegardes accélérées en présence d'un état de cessation des paiements ; ce choix éloigne les sauvegardes accélérées de la sauvegarde classique⁶⁸⁹. Comme le souligne un auteur, une sauvegarde accélérée reste rattachée aux règles de la sauvegarde ordinaire, mais elle est détachée de sa philosophie⁶⁹⁰. Ce qui instaure un brouillage patent des critères selon un autre auteur⁶⁹¹.
339. La mesure de la tolérance d'un état de cessation des paiements au moment d'ouvrir une procédure passerelle a été regrettée. Ainsi pour un auteur, *« il n'est pas certain que cette solution soit de bonne politique législative. En effet, c'est accréditer l'idée que l'on a plus besoin d'anticiper pour l'ouverture d'une sauvegarde, puisque l'on peut être en cessation des paiements. C'est aussi donner à un débiteur un moyen détourné d'accéder à une procédure qui lui était fermée. En effet, la sauvegarde de droit commun n'est pas accessible à un débiteur en cessation des paiements. Il suffira qu'il se place sous conciliation alors qu'il est en état de cessation des paiements pour se retrouver en sauvegarde. Le législateur, en quelque sorte, offre au débiteur le moyen d'une fraude »*.⁶⁹²

⁶⁸⁶ Selon ce texte, le débiteur qui établit des réserves de crédit ou des moratoires dont il bénéficie de la part de ses créanciers lui permettant de faire face au passif exigible avec son actif disponible, n'est pas en cessation des paiements.

⁶⁸⁷ A. LIENHARD, *Procédures collectives 2017/2018*, 7^e éd. Delmas, 2016, p. 339.

⁶⁸⁸ A. LIENHARD, *Code des procédures collectives : Annoté et commenté*, 16^e éd., Dalloz, 2018, comm., art. L.628-1, c. com, p. 462.

⁶⁸⁹ P. ROSSI, « Réforme de la prévention et des procédures collectives : Acte I », *Rev. proc. coll.* 2014/6, comm. 86.

⁶⁹⁰ F. REILLE, « La sauvegarde accélérée issue de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Gaz. pal.* 6 avr. 2014, n°96, p. 13.

⁶⁹¹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « De la procédure de sauvegarde financière accélérée à la procédure de sauvegarde accélérée : de la SFA à la PSA », *Rev. proc. coll.* 2014, doss. 17, n°10.

⁶⁹² P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017/2018*, 9^e éd., Dalloz action, 2016, p. 470.

340. En tout état de cause, s'il est établi ultérieurement, en cours de l'une des procédures passerelles, que l'état de cessation des paiements était ultérieur - c'est-à-dire au-delà des quarante-cinq jours -, le ministère public pourra saisir le tribunal aux fins de mettre fin à la procédure⁶⁹³. Une conciliation, assortie d'une possibilité de cessation des paiements de moins de quarante-cinq jours, doit permettre au chef d'entreprise, aidé par le conciliateur, d'apprêter un projet de plan sérieux.

II. La nécessité d'un projet de plan

341. Le procédé de passerelle entre la conciliation et la sauvegarde repose essentiellement sur l'anticipation des formalités ordinaires d'une procédure judiciaire. La conception, l'élaboration, ainsi que l'adoption du plan prennent du temps dans une procédure classique⁶⁹⁴. D'où l'exigence du législateur que ces formalités soient préalablement accomplies dans un cadre amiable (A), avec la participation et l'adhésion d'une large majorité des créanciers (B).

A. Un projet de plan déjà élaboré

342. Le code de commerce énonce que le débiteur doit avoir élaboré un projet de plan susceptible de pérenniser l'entreprise⁶⁹⁵ ; la réussite de la procédure en dépend largement⁶⁹⁶. « *Autant qu'une condition, c'est là le mécanisme même de la passerelle du prepack* »⁶⁹⁷. Elle signifie que le projet de plan doit être concrètement prêt dans la fixation de ses termes, ou plus exactement, dans sa rédaction avant la saisine du tribunal. Il s'agit par-là d'une condition incontournable qui explique, par ailleurs, la réduction de la durée de la période d'observation dans les deux procédures passerelles, comparativement à la procédure classique. Au lieu de six mois pour la préparation et le vote du plan dans cette dernière, dans une procédure passerelle, le plan préparé en amont de la conciliation permet de ne consacrer la procédure judiciaire qu'au vote et à l'adoption dudit plan.

343. L'exigence d'un plan déjà apprêté suppose, en pratique, de prouver que les créanciers ayant pris part à la procédure de conciliation, et qui feront partie des comités de créanciers, ont accédé, à hauteur des deux tiers des montants des créances, aux propositions du chef d'entreprise, ce

⁶⁹³ Art. L.628-5, c. com.

⁶⁹⁴ V. *supra*, n°280 et s.

⁶⁹⁵ Art. L.628-1, c. com.

⁶⁹⁶ A. LIENHARD, D. 2010, 1864, procédures 2011/2012, n°92.20, s.

⁶⁹⁷ A. LIENHARD, *Procédures collectives 2017/2018*, 7^e éd., Delmas, 2016, p. 337.

qui n'est pas suffisant dans la procédure de conciliation où l'unanimité est la règle, mais permettra dans le cadre de la passerelle l'adoption du plan⁶⁹⁸. Pour un auteur, c'est une particularité des sauvegardes accélérées, conçues pour n'être ouvertes qu'à coup sûr, pour être toujours gagnantes ou presque⁶⁹⁹ ; mais il faudrait pour ce faire que le projet de plan bénéficie d'un soutien large de la part des créanciers.

B. Un projet de plan soutenu par une large majorité des créanciers

344. Les procédures de sauvegarde accélérée étant destinées à trouver une solution rapide à l'endettement des entreprises, la loi exige que le plan élaboré bénéficie d'un « *soutien suffisamment large* » de la part des créanciers, de manière à rendre vraisemblable son adoption dans le délai prévu à l'article L.628-8⁷⁰⁰, le cas échéant, par l'article L.628-10 du code de commerce⁷⁰¹. En effet, même si au cours de la conciliation, le débiteur et certains créanciers parviennent à un accord relatif aux termes du projet de plan, où les créanciers promettent de voter ce plan une fois la procédure judiciaire ouverte, et le débiteur s'engage à demander l'ouverture de cette procédure pour le passage en force⁷⁰² du projet tel que pré-négocié⁷⁰³, rien ne rassure cependant que ces créanciers tiendront parole. Or, si ce vote majoritaire en faveur du plan en phase judiciaire fait défaut, il sera mis fin à cette dernière⁷⁰⁴.
345. Le législateur n'ayant pas prévu de passerelle entre les sauvegardes accélérées et la sauvegarde classique, le débiteur sera obligé, dans l'hypothèse d'un échec, soit de reprendre toute la procédure, soit de demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde classique, ou de redressement judiciaire avec tout ce que cela comporte comme aspects négatifs⁷⁰⁵.
346. C'est pourquoi, il est indispensable que le débiteur ait le soutien plus ou moins ferme dans chacun des deux comités et, s'il y a lieu, dans l'assemblée des obligataires ; si ces passerelles sont qualifiées d'« *épée de damoclès* »⁷⁰⁶ sur la tête des créanciers minoritaires et opposants,

⁶⁹⁸ P.-M. Le CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives, 2017/2018*, 9^e éd., Dalloz action, 2016, p. 469.

⁶⁹⁹ F. PEROCHON, *Entreprise en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, p. 189.

⁷⁰⁰ 3 mois pour la sauvegarde accélérée.

⁷⁰¹ 1 mois prorogable une fois pour la sauvegarde financière accélérée.

⁷⁰² Par le vote majoritaire des créanciers.

⁷⁰³ A. LIENHARD, *Procédures collectives 2017/2018*, 7^e éd. Delmas, 2016, p. 337.

⁷⁰⁴ Art. L. 628-8, al. 2, c. com.

⁷⁰⁵ A. LIENHARD, *Procédures collectives 2017/2018*, 7^e éd., Delmas, 2016, p. 338.

⁷⁰⁶ Y. LELIEVRE, « Sauvegarde financière accélérée, seules six procédures ouvertes à ce jour », *Option finances Droit & affaires*, 17 mars 2010, p. 16.

en ce sens qu'elles permettent un passage en force du plan par le vote⁷⁰⁷, c'est à la condition que la majorité vote le projet de plan.

347. Toutefois, dans l'hypothèse où certains créanciers, qui avaient donné leur accord dans le cadre de la phase amiable, retireraient leur soutien au chef d'entreprise au cours de la procédure judiciaire, rien ne semble empêcher la modification du projet de plan par le débiteur, dans le but de bénéficier de ce soutien suffisant, même si cette méthode paraît risquée en ce que les parties à l'accord retrouveraient en ce moment automatiquement leur liberté⁷⁰⁸. En outre, l'entreprise qui souhaite recourir aux procédures passerelles adoptées en droit français doit satisfaire à des conditions de seuils.

III. Les critères d'éligibilité

348. Les procédures passerelles de sauvegarde sont plus sélectives que la sauvegarde classique⁷⁰⁹. A l'origine, la sauvegarde accélérée était moins élitiste que la sauvegarde financière accélérée. Les critères d'éligibilité sont d'abord relatifs à la nature du débiteur (A), ensuite à la capacité du postulant en termes de chiffre d'affaires, du nombre d'employés et du total du bilan (B).

A. Les critères liés à la nature et aux seuils

349. Toute entreprise commerciale, artisanale, agricole ou libérale - personne physique ou morale - ; toute autre personne morale de droit privé - comme une association et l'autoentrepreneur - sont fondées à demander l'ouverture des procédures passerelles dans les conditions de l'article L. 628-1 du code de commerce⁷¹⁰. Ne font pas partie de cette liste, les fonds communs de titrisation (FCT) et les sociétés de titrisation (ST), faute de personnalité juridique⁷¹¹. Lors de

⁷⁰⁷ COURTIER et LAURENT, « Analyse de l'opération Autodistribution : premier prepack à la française », *cah. dr. entr.* sept. oct. 2009, p. 30 ; BESSE et MORELLI, « Le prepackaged plan à la française », *JCP E* 2009, n°8 et 17, p. 1628.

⁷⁰⁸ R. DAMMAN et SCHNEIDER, « La sauvegarde financière accélérée - Analyses et perspectives d'avenir », *D.* 2011, *chron.* 1429 -14-33.

⁷⁰⁹ Il en est particulièrement ainsi, parce que ces procédures ne sont accessibles qu'aux débiteurs dont les comptes sont certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert-comptable : P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017/2018*, 9^e éd., Dalloz action, 2016, p. 469.

⁷¹⁰ C'est-à-dire être engagé dans une procédure de conciliation en cours ; avoir élaboré un projet de plan largement soutenu par les créanciers ; et ne pas être en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours.

⁷¹¹ N. LEBLOND, « Pas de personnalité morale pour un fonds de titrisation : conséquences sur le recouvrement des créances », *L'essentiel-Droit des contrats*, 5 févr. 2018, n°2, p. 2.

l'adoption de la sauvegarde financière accélérée en 2010, les *holdings* et les *special purpose vehicle* (SPV) n'étaient pas éligibles.

350. Toutefois une entreprise peut appartenir à l'une de ces catégories sans qu'elle ne soit pour autant éligible vis-à-vis des seuils. Ces critères relatifs aux seuils, dorénavant unifiés par l'ordonnance du 12 mars 2014 citée plus haut pour toutes les deux passerelles, sont indiqués à l'article L.628-1 qui dispose que les sauvegardes accélérées ne peuvent être ouvertes qu'à l'égard d'un débiteur : « *dont les comptes ont été certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert-comptable et dont le nombre de salariés, le chiffre d'affaires, ou le total de bilan sont supérieurs à l'un ou au moins aux deux seuils fixés par décret ; ou qui a établi des comptes consolidés conformément à l'article L.233-16 {...}* ». Le décret auquel il est fait référence est celui du 30 juin 2014⁷¹² pris pour l'application de l'ordonnance du 12 mars 2014. L'article 628-3 de ce décret fixe les seuils concernés à vingt salariés, trois millions d'euros de chiffre d'affaires hors taxe et à un million cinq cent mille euros pour le total du bilan. Ce total du bilan et le chiffre d'affaires sont appréciés à la date de clôture du dernier exercice comptable ; et le nombre de salariés à prendre en compte est celui employé par le chef d'entreprise à la date de la demande d'ouverture de la procédure. Pour situer l'allègement opéré par le législateur, il faut revenir aux conditions de seuils qui étaient en vigueur avant le décret précédemment cité pour la sauvegarde financière accélérée.

B. Les seuils d'accès à la sauvegarde financière accélérée avant la réforme de 2014⁷¹³.

351. Avant la réforme opérée par l'ordonnance du 12 mars 2014⁷¹⁴, les seuils d'accès à la sauvegarde financière accélérée, fixés par le décret du 20 septembre 2012⁷¹⁵, étaient élevés. En effet, était réputé remplir la condition relative aux seuils mentionnée au premier alinéa de l'article L.626-29 du code de commerce, le débiteur dont le total de bilan était supérieur à vingt-cinq millions d'euros ; à dix millions d'euros lorsque ce débiteur contrôlait, au sens du 1° du I de l'article

⁷¹² Décret n°2014-736 du 30 juin 2014 pris pour l'application de l' ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

⁷¹³ V. *supra*, n°18.

⁷¹⁴ *id.*

⁷¹⁵ Décret n°2012-1071 du 20 sept. 2012 pris pour l'application du 2° du I de l'art. 28 de L. n°2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, *JORF* n°0221 du 22 sept. 2012, p. 15008, texte n°1.

L.233-3 du code de commerce⁷¹⁶, une société dont le nombre de salariés ou le chiffre d'affaires étaient supérieurs respectivement à cent-cinquante et à vingt millions d'euros, ou dont le total de bilan était supérieur à vingt-cinq millions d'euros⁷¹⁷.

352. La sauvegarde financière accélérée était réservée aux entreprises de taille importante, et cela avait posé un problème, celui de son ouverture à une *holding* et à une simple *special purpose vehicle* (SPV) en difficulté⁷¹⁸. Dans ces opérations, l'endettement financier, devant faire l'objet d'une restructuration, est porté par une *holding* financière sous la forme d'un SPV qui n'emploie aucun salarié. De plus, en l'absence de retour de dividendes, il est difficile que les SPV arrivent à franchir le seuil de vingt millions d'euros. Or, lorsque les LBO tombent en difficultés, ces dernières ne touchent que l'activité financée par ces LBO et non les activités de la *holding* elle-même. C'est le fait que la difficulté ne se rattachait pas à l'activité de la *holding* qu'il avait été décidé qu'elle ne puisse être éligible à la sauvegarde financière accélérée.
353. Afin de résoudre cette difficulté, la proposition de loi dite Warsmann⁷¹⁹ avait prévu, avant la réforme du 12 mars 2014, de compléter la rédaction de l'article L.628-1 du code de commerce par la phrase suivante : « *pour l'application du présent chapitre, est réputé remplir les conditions de seuil mentionnées au premier alinéa de l'article L.626-29, le débiteur dont le total de bilan est supérieur à un seuil fixé par décret en conseil d'État* » ; et ce seuil serait alors calé dans la fourchette de dix à vingt millions d'euros. Ce qui aurait permis l'éligibilité des *holdings* de moyenne et de grande taille à la sauvegarde financière accélérée. Cette proposition avait été rejetée par le Conseil constitutionnel ; mais à la suite d'un arrêt⁷²⁰ de la chambre commerciale de la Cour de cassation, rendu dans la célèbre affaire Cœur défense, les procédures de sauvegarde classique et de sauvegarde financière accélérée ont été rendues accessibles aux *holdings*. La Cour de cassation a décidé dans son attendu principal que : « *si la procédure de sauvegarde est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin, notamment, de permettre la poursuite de l'activité économique, il ne résulte pas de ce texte que l'ouverture de la procédure soit elle-même subordonnée à l'existence d'une difficulté affectant cette activité* ».

⁷¹⁶ « *Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société* ».

⁷¹⁷ Anc. art. D. 628-2-1.

⁷¹⁸ H. BOURBOULOUX, « Nouveaux contextes, nouveaux débiteurs », *BJE*, sept. 2012, n° 161, p. 314.

⁷¹⁹ Proposition de loi n°3706, enregistrée le 28 juill. 2011, relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives

⁷²⁰ Com. 8 mars 2011, n° 10-13988 /10-13989/10-13990, *Bull. civ.* IV, 2011, n°33.

Outre les conditions de fond précédemment vues, le débiteur devra également accomplir des formalités procédurales pour l'ouverture d'une procédure passerelle. Ces formalités sont alignées sur celles à accomplir dans le cadre d'une sauvegarde ordinaire.

Paragraphe II. Les formalités procédurales

354. A l'instar de la loi de 2010⁷²¹ ayant adopté la sauvegarde financière accélérée, l'ordonnance du 12 mars 2014⁷²² comporte rarement de dispositions relatives à l'ouverture des procédures de sauvegarde accélérée, de sorte qu'elles obéissent d'une manière quasi générale aux règles de droit commun⁷²³. L'initiative d'ouverture ne peut venir que du chef d'entreprise⁷²⁴ par une demande adressée au tribunal (I). La décision du tribunal est prise sur la foi du rapport du conciliateur sur le déroulement de la conciliation⁷²⁵ (II). Lorsqu'il décide d'accorder l'ouverture de la procédure, le tribunal doit ordonner, dans sa décision, la constitution des comités des créanciers⁷²⁶, même si le débiteur ne remplit pas cette condition, afin de permettre le vote du plan (III).

I. La saisine du tribunal

355. Comme cela a été déjà évoqué, les formalités relatives à l'ouverture des procédures de sauvegarde accélérée ont fait l'objet de renvoi aux dispositions du droit commun⁷²⁷. Tel est le cas pour la compétence territoriale (A) et la demande d'ouverture (B).

A. La compétence territoriale

356. Pour l'ouverture des procédures passerelles, le législateur n'a pas prévu de règles dérogatoires, s'agissant de la compétence territoriale des tribunaux. Le tribunal compétent est celui où le débiteur personne morale a son siège, ou le débiteur personne physique a déclaré l'adresse de son entreprise ou de son activité⁷²⁸. A défaut de siège en territoire français, le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel le débiteur a le centre de ses affaires en France. Le tribunal

⁷²¹ V. *supra*, n° 17.

⁷²² V. *supra*, n° 18.

⁷²³ C'est le sens du renvoi général au titre II du livre VI du code de commerce, relatif à la sauvegarde, effectué par l'art. L.628-1.

⁷²⁴ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd. LGDJ, 2016, p. 632.

⁷²⁵ Art. L.628-2, c. com.

⁷²⁶ Art. L.628-4, c. com.

⁷²⁷ Art. L.628-1, c. com.

⁷²⁸ Art. R.600-1, c. com.

compétent est celui du commerce si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale⁷²⁹, et le tribunal de grande instance dans les autres cas⁷³⁰.

357. S'agissant de la prorogation de compétence des tribunaux, l'ancienne rédaction de l'article L.628-7⁷³¹ avait prévu une règle spéciale en cas d'inadéquation des règles générales. L'objectif affiché de cet article était d'éviter que, en cas de dépaysement de la procédure de conciliation, une nouvelle procédure de même type soit nécessaire compte tenu des intérêts en présence, lors de l'ouverture de la sauvegarde accélérée (subséquente)⁷³². Ce fut inévitable à cause des dispositions de l'ancien article L.662-2 du code de commerce⁷³³, ce qui aurait probablement causé une perte de temps incompatible avec la sauvegarde financière accélérée (à l'époque) eu égard aux délais prévus à l'article R.662-7⁷³⁴. L'article L.662-2 du code de commerce a été modifié⁷³⁵ pour résoudre cette difficulté : « *la décision de renvoi par laquelle une juridiction a été désignée pour connaître d'un mandat ad hoc ou d'une procédure de conciliation auquel le débiteur a recouru emporte prorogation de compétence au profit de la même juridiction pour connaître d'une procédure de sauvegarde {dont les deux procédures de sauvegarde accélérée}, de redressement ou de liquidation judiciaire qui pourrait directement s'en suivre* ».

⁷²⁹ Art. L.621-2, c. com.

⁷³⁰ *id.*

⁷³¹ « *La décision prise en application de l'article L.662-2 par laquelle une juridiction a été désignée pour connaître d'une procédure de conciliation emporte prorogation de compétence territoriale pour la même juridiction pour connaître de la procédure de sauvegarde accélérée qui lui fait suite* ».

⁷³² A. LIENHARD, *Procédures collectives 2017/2018*, 7^e éd., Delmas, 2016, p. 340.

⁷³³ « *Lorsque les intérêts en présence justifient, la cour d'appel peut décider de renvoyer l'affaire devant une juridiction de même nature, compétente dans le ressort de la cour, pour connaître du mandat ad hoc, de la procédure de conciliation ou des procédures de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, dans des conditions fixées par décret. La cour de cassation, saisie dans les mêmes conditions, peut renvoyer l'affaire devant une juridiction du ressort d'une autre cour d'appel* ».

⁷³⁴ « *Lorsque les intérêts en présence justifient le renvoi de l'une des procédures prévues par le livre VI de la partie législative du présent code devant une autre juridiction {...}, ce renvoi peut être décidé d'office par le président du tribunal saisi, qui transmet sans délai le dossier par ordonnance motivée au premier président de la cour d'appel {...}* » ; « *Lorsque la demande n'est pas formée conjointement par les procureurs près les tribunaux de grande instance concernés, celui qui n'en est pas l'auteur fait connaître ses observations au greffe de la cour d'appel ou de la cour de cassation au plus tard dans les quarante-huit heures de la transmission qui lui en est faite sans délai par le ministère public demandeur* » ; « *Le premier président de la cour d'appel ou de la cour de cassation désigne dans les dix jours de la réception du dossier, après avis du ministère public, la juridiction qui sera saisie de l'affaire* ».

⁷³⁵ Par L. n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *JORF* n°0181 du 7 août 2015, p. 13537, texte n°1.

358. Enfin, il a été rappelé par une cour d'appel⁷³⁶ que la demande d'un avocat de renvoyer le litige l'opposant à l'Urssaf, dans le cadre d'une procédure collective, devant une juridiction hors du ressort de la cour d'appel près laquelle il était précédemment avoué, était fondée au regard du code de procédure civile⁷³⁷. Par ailleurs, il résulte des dispositions de l'article 5 de la loi du 31 décembre 1971⁷³⁸ que les avocats « *exercent exclusivement devant le tribunal de grande instance dans le ressort duquel est établie leur résidence professionnelle et devant la cour d'appel dont ce tribunal dépend les activités antérieurement dévolues au ministère obligatoire des avoués près des tribunaux de grande instance et les cours d'appel* », de sorte que la notion de ressort dans lequel l'auxiliaire de justice exerce ses fonctions, dans le sens de l'article 47 du code de procédure civile cité plus haut, doit être étendu au ressort de la cour d'appel. Si les procédures collectives doivent respecter les règles de procédure d'ordre public des articles R.600-1 cité précédemment et R.662-1⁷³⁹ du code de commerce, il est de jurisprudence⁷⁴⁰ non démentie à ce jour que ces règles ne dérogent pas aux dispositions de l'article 47 du code de procédure civile précédemment cité. La demande d'ouverture des procédures passerelles obéit également aux règles de droit commun.

B. La demande d'ouverture et l'audience d'ouverture

359. Depuis l'adoption de la sauvegarde accélérée, les dispositions générales la régissant s'appliquent par renvoi⁷⁴¹ à la sauvegarde financière accélérée, sous réserve de quelques dispositions spécifiques concernant les conditions d'ouverture, quelques délais procéduraux et, surtout, des effets. La sauvegarde financière accélérée n'occupe que les deux dispositions dérogatoires des articles L.628-9 et L.628-10. L'article L.628-9 dispose que : « *lorsque les comptes du débiteur font apparaître que la nature de l'endettement rend vraisemblable l'adoption d'un plan par les seuls créanciers ayant la qualité de membres de comité des établissements de crédit et, s'il y a lieu, ceux mentionnés à l'article L.626-32, le débiteur peut,*

⁷³⁶ Com. janv. 2012, n°10-25.693, *Bull. civ. IV*, 2012, n°15.

⁷³⁷ Art. 47, c. proc. civ : « *Lorsqu'un magistrat ou un auxiliaire de justice est partie à un litige qui relève de la compétence d'une juridiction dans le ressort de laquelle celui-ci exerce ses fonctions, le demandeur peut saisir une juridiction située dans un ressort limitrophe* » ; « *Le défendeur ou toutes les parties en cause d'appel peuvent demander le renvoi devant une juridiction choisie dans les mêmes conditions {...}* ».

⁷³⁸ L. n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, *JORF* du 5 janv. 1972, p. 131.

⁷³⁹ « *Les règles du code de procédure civile dans les matières régies par le livre VI de la partie législative du présent code {dont les procédures de sauvegarde accélérée}* ».

⁷⁴⁰ Com. 28 oct. 2008, n°07-20801 Fs-P+B, *Bull. civ. IV*, n°177.

⁷⁴¹ Art. L.628-1, c. com.

s'il répond aux conditions de l'article L.628-1, demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde financière accélérée ». L'accent mis ici sur « *l'endettement* » montre qu'il est nécessaire que ce dernier soit essentiellement financier de façon que l'adoption du plan ne concerne que les seuls créanciers financiers et, s'il y a lieu, les obligataires. Telle est une différence fondamentale entre la sauvegarde financière accélérée et la sauvegarde accélérée. Pour le reste, ce sont les mêmes règles qui s'appliquent.

360. Si le débiteur, le ministère public, l'administrateur judiciaire, ou le mandataire judiciaire peuvent saisir le tribunal aux fins de clôture des procédures de sauvegarde accélérées⁷⁴², seul le débiteur peut cependant en solliciter l'ouverture. La demande d'ouverture est déposée au greffe du tribunal compétent par le représentant légal de la personne morale ou par le débiteur personne physique lui-même⁷⁴³. L'ouverture n'obéit pas aux procédés de saisine d'office ou sur assignation du créancier. La requête en ouverture du débiteur doit exposer les difficultés auxquelles il est confronté et les raisons pour lesquelles il ne peut pas les surmonter. Il doit également marquer son engagement à établir l'inventaire⁷⁴⁴, ou alors indiquer s'il veut demander au tribunal de désigner une personne pour le faire⁷⁴⁵.
361. La demande d'ouverture est accompagnée de plusieurs pièces devant prouver la satisfaction des conditions légales de sa recevabilité par le tribunal⁷⁴⁶. Ces pièces sont d'ordre administratif : l'extrait d'immatriculation ou le numéro unique d'identification, la copie de décision d'autorisation, d'enregistrement ou de déclaration lorsque le débiteur exploite une ou des installations classées au sens du 1^{er} du livre V du code de l'environnement, la désignation de l'ordre professionnel ou de l'autorité dont relève le débiteur s'il exerce une activité libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, le nom, l'adresse des représentants du comité d'entreprise ou des délégués du personnel s'ils sont déjà désignés ; comptable : les comptes annuels du dernier exercice, la situation de la trésorerie, un compte de résultat prévisionnel, le nombre de salariés employés et le chiffre d'affaires, l'état chiffré des créances et des dettes, l'état actif et passif des sûretés ainsi que celui des engagements hors bilan, et personnel : l'inventaire des biens du débiteur, ses biens affectés à l'activité en difficulté s'il y a lieu, l'attestation sur l'honneur de l'absence de mandat *ad hoc* ou de conciliation dans

⁷⁴² Art. R.628-11, c. com.

⁷⁴³ Art. R.621-1, c. com.

⁷⁴⁴ Art. L.622-6-1, c. com.

⁷⁴⁵ Art. L.621-4, al. 6, c. com.

⁷⁴⁶ Art. R.621-1, c. com.

les dix-huit mois ayant précédé la demande ou la date de désignation du mandataire *ad hoc* ou de l'ouverture de la conciliation. Cette énumération des pièces n'est pas exhaustive.

362. Outre ces pièces, l'article R.628-2 indique que la demande d'ouverture doit démontrer que le projet de plan remplit les conditions mentionnées au deuxième alinéa de l'article L.628-1⁷⁴⁷. La preuve du soutien des créanciers est apportée par tout moyen au plus tard au moment où le juge statue⁷⁴⁸. Le débiteur peut aussi demander qu'il ne soit pas procédé à l'inventaire⁷⁴⁹ s'il n'est pas en cessation des paiements⁷⁵⁰. Si l'une des pièces manque au moment du dépôt de la demande, il doit en être fait mention par rapport aux motifs. Dans le jugement d'ouverture de la procédure, le tribunal fixe la date de l'audience d'ouverture.
363. L'audience d'ouverture permet l'examen de la requête en ouverture du débiteur. Elle est régie par les règles de droit commun. C'était le sens du renvoi à l'article L.621-1 dans l'article L.628-2 du code de commerce⁷⁵¹ ; celui-ci n'étant pas indispensable, l'ordonnance du 12 mars 2014⁷⁵² ne l'a pas repris. Le tribunal statue sur l'ouverture de la procédure après avoir entendu ou dûment appelé en chambre de conseil, le débiteur et les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Lorsque le débiteur pratique une activité libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, le tribunal doit entendre ou dûment appeler avant de statuer, l'ordre professionnel ou l'autorité compétente dont il relève.
364. Pour le débiteur qui a eu une procédure de mandat *ad hoc* ou de conciliation dans les dix-huit mois précédant sa demande, l'ouverture de la procédure est examinée en présence du ministère public⁷⁵³. Le tribunal peut obtenir communication des pièces et actes relatifs à la conciliation et, le cas échéant, au mandat *ad hoc* nonobstant les règles de l'article L.611-15 relatives à la confidentialité de ces procédures⁷⁵⁴. Quant à la présence du ministère public, elle se justifie par

⁷⁴⁷ « La procédure de sauvegarde accélérée est ouverte à la demande d'un débiteur engagé dans une procédure de conciliation qui justifie avoir élaboré un projet de plan tendant à assurer la pérennité de l'entreprise. Ce projet doit être susceptible de recueillir, de la part des créanciers à l'égard de qui l'ouverture de la procédure produira effet, un soutien suffisamment large pour rendre vraisemblable son adoption dans le délai prévu à l'article L.628-8 ou, le cas échéant, à l'article L.628-10 ».

⁷⁴⁸ A. LIENHARD, *Procédures collectives 2017/2018*, 7^e éd. Delmas, 2016, p. 340.

⁷⁴⁹ Art. L.622-6, c. com.

⁷⁵⁰ Art. L.628-3, al. 2, c. com.

⁷⁵¹ Version antérieure à l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars.

⁷⁵² V. *supra*, n°18.

⁷⁵³ Art. L.628-2, al. 2, c. com.

⁷⁵⁴ Art. L.628-2, al. 2, c. com.

le contrôle du respect de l'ordre public et de la moralité de la procédure⁷⁵⁵. C'est pourquoi, il peut saisir le tribunal aux fins de clôture de la procédure s'il s'avère que le débiteur était postérieurement en cessation des paiements⁷⁵⁶. Le rapport du conciliateur est l'élément crucial qui guide la décision du tribunal.

II. La décision du tribunal

365. Le tribunal statue sur l'ouverture de la procédure sur la foi du rapport du conciliateur sur le déroulement de la procédure de conciliation et sur les perspectives d'adoption du plan par les créanciers⁷⁵⁷. D'où le caractère déterminant de ce rapport pour la décision du juge⁷⁵⁸ (A). La décision du juge est susceptible de recours pour toute partie qui en remplit les conditions (B).

A. L'importance du rapport du conciliateur

366. Les passerelles de sauvegarde accélérée étant des procédures à plan pré-négocié, le juge n'intervient que dans le cadre de la phase judiciaire. Or, pour décider d'ouvrir cette dernière, il doit veiller au respect des conditions légales dont l'existence d'un projet de plan soutenu par une large majorité des créanciers. C'est pourquoi le rapport sur le déroulement de la phase amiable lui est indispensable ; c'est la pièce décisive qui doit convaincre le tribunal que « *le projet de plan est bouclé et que la majorité qualifiée requise pour l'adoption du plan en comités {...} est réunie* ». ⁷⁵⁹
367. Selon le code de commerce, à l'issue de la procédure de conciliation, le conciliateur élabore un rapport transmis au tribunal, et communiqué au débiteur ainsi qu'au ministère public par le greffier⁷⁶⁰. Il est accompagné de toute pièce pouvant permettre d'apprécier la pertinence du projet de plan, notamment, au regard des conditions économiques et financières de la poursuite de l'activité économique et de l'importance du soutien des créanciers. Il contient également un avis sur l'exactitude des créances qui ont fait l'objet de négociation dans le cadre de la conciliation telle qu'elle résulte de l'état chiffré joint à la demande d'ouverture.

⁷⁵⁵ « Une fois encore, le parquet est le gardien de l'ordre public et de la moralité de la procédure » : C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd. LGDJ, 2016, p. 632.

⁷⁵⁶ Conformément à l'art. L.628-5, c. com.

⁷⁵⁷ Art. L.628-2, c. com.

⁷⁵⁸ « Ce rapport est un élément de première importance » : P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 2017/2018, 9^e éd., Dalloz action, 2016, p. 471.

⁷⁵⁹ A. LIENHARD, *Code des procédures collectives : commenté*, 12^e éd., Dalloz, 2014, p. 312.

⁷⁶⁰ Art. R.628-4, c. com.

368. Toutefois, selon certains auteurs, cette transmission porterait atteinte à la confidentialité requise dans la procédure de conciliation, surtout en cas d'échec de la sauvegarde accélérée⁷⁶¹. La preuve du soutien de la majorité des créanciers au projet de plan est apportée par tous moyens. Or, le débiteur ne peut avoir de moyen plus efficace que le rapport du conciliateur qui aura participé aux négociations et à l'élaboration du plan. D'autant que ce rapport contient l'accord des créanciers.
369. Lorsque le rapport du conciliateur s'avère suffisant pour rassurer le tribunal, ce dernier doit décider de l'ouverture de la procédure. Le tribunal peut, si nécessaire, obtenir communication des pièces et actes relatifs à la conciliation et, le cas échéant, au mandat *ad hoc* ayant précédé la demande d'ouverture⁷⁶². Une telle décision favorable suppose que l'équité du plan ait été respectée comme vu précédemment⁷⁶³, car la loi enjoint au tribunal de s'assurer que les intérêts de tous les créanciers soient protégés, notamment, ceux des créanciers n'ayant pas voté en faveur du plan. La décision d'ouverture d'une procédure passerelle est susceptible de recours.

B. Les voies de recours contre la décision ayant ouvert les procédures passerelles

370. L'article 31 du projet d'ordonnance du 12 mars 2014⁷⁶⁴ prévoyait spécifiquement la recevabilité de la tierce opposition émanant des créanciers ayant pris part à la conciliation, à l'encontre du jugement ouvrant une procédure de sauvegarde pré-arrangée. C'est ce que visait l'alinéa 2 de l'article L.661-2 du code de commerce. En vertu du deuxième alinéa de l'article 583 du code de procédure civile, la tierce opposition des créanciers était recevable si le créancier soulevait un moyen propre. Curieusement, la recevabilité de la tierce opposition, dans l'hypothèse d'une fraude au droit des créanciers, n'était pas prévue ; mais en s'alignant sur la position de la Cour de cassation pour la sauvegarde de droit commun⁷⁶⁵, il ouvrait la possibilité de recevoir la tierce opposition aux créanciers qui veulent contester la compétence du tribunal. En somme, la différence tenait au fait que la tierce opposition des créanciers étrangers n'était pas recevable.

⁷⁶¹ G. TEBOUL, « Un nouveau coup de balancier : le projet de sauvegarde financière expresse », *Gaz. pal.* 15-17 sept. 2010. p. 8, spéc. p. 10.

⁷⁶² Art. L.628-2, c. com.

⁷⁶³ V. *supra*, n°312.

⁷⁶⁴ Ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

⁷⁶⁵ Com. 30 juin 2009, n°08-11.902, *Bull. civ.* IV, n°88.

Le texte final de l'ordonnance n'a pas retenu cette disposition qui « *ne semblait pas s'imposer* ». ⁷⁶⁶

371. La décision du juge ayant ouvert l'une des procédures de sauvegarde accélérée peut être attaquée si une partie considère qu'elle en a l'intérêt et la qualité. Le code de commerce dispose à propos que « *les décisions statuant sur l'ouverture des procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire et liquidation judiciaire sont susceptibles d'appel de la part du débiteur, du créancier poursuivant ainsi que du ministère public* ». ⁷⁶⁷ Le délai d'appel est de dix jours à compter de la notification du jugement. L'appel n'est pas suspensif car dans les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires, les jugements et ordonnances sont exécutoires de plein droit à titre provisoire ⁷⁶⁸. La décision statuant sur l'ouverture de ces procédures est aussi susceptible de tierce opposition, et la décision statuant sur cette tierce opposition est susceptible d'appel et de pourvoi en cassation ⁷⁶⁹. Par ailleurs, dans sa décision d'ouverture de la procédure, le tribunal doit ordonner la constitution des comités de créanciers, si le débiteur ne remplit pas les conditions de droit commun y afférentes.

III. La nécessité de la mise en place des comités de créanciers

372. En décidant d'ouvrir la procédure judiciaire pour l'adoption et l'application du plan préparé en amont, le tribunal désigne les organes de celle-ci ⁷⁷⁰(A). Ensuite, les comités de créanciers sont mis en place - même si le débiteur n'en remplit pas les conditions de droit commun - par l'administrateur judiciaire (B).

A. La désignation d'un administrateur judiciaire et d'un mandataire judiciaire

373. Aux termes de l'article L.628-3, le tribunal désigne un ou plusieurs administrateurs judiciaires, et par application du droit commun, un mandataire judiciaire. Cette désignation est importante pour la suite de la restructuration de l'entreprise. En effet, l'idéal est que l'administrateur judiciaire soit le conciliateur, puisque ce dernier a participé aux négociations et à la mise en place du projet de plan en amont. Il est celui qui connaît le mieux le dossier ; et cet aspect présente l'avantage de favoriser l'accélération de la procédure judiciaire. C'est pourquoi, cet article énonce expressément que le conciliateur doit être désigné comme administrateur

⁷⁶⁶ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives, 2017/2018*, 9^e éd., Dalloz action, 2016, p. 472.

⁷⁶⁷ Art. L.661-1.

⁷⁶⁸ Art. R.661-1, c. com.

⁷⁶⁹ Art. L.661-2, c. com.

⁷⁷⁰ Art. L.628-3, c. com.

judiciaire ou mandataire judiciaire selon qu'il est inscrit sur la liste prévue à l'article L.811-2 (liste des administrateurs judiciaires) ou à l'article L.812-2 (liste des mandataires judiciaires) du code de commerce, en fonction de la profession qu'il exerce. Telle est la règle ; et en pratique, le conciliateur est toujours nommé comme administrateur⁷⁷¹, si les conditions légales y afférentes sont satisfaites⁷⁷².

374. Toutefois, le tribunal peut désigner une personne comme administrateur judiciaire ou mandataire judiciaire autre que le conciliateur. Cette exception joue *a priori* lorsque le conciliateur n'est pas inscrit sur la liste des administrateurs judiciaires. En ce cas la personne désignée devra⁷⁷³ être une personne physique justifiant d'une expérience particulière ou d'une qualification particulière. Par ailleurs, en sauvegarde accélérée, le délai maximal, au-delà duquel le juge commissaire ne peut désigner un contrôleur, est fixé à quinze jours au lieu de vingt jours dans la sauvegarde classique⁷⁷⁴, et à huit jours pour la sauvegarde financière accélérée⁷⁷⁵ selon le code de commerce⁷⁷⁶. En outre, dans les procédures passerelles, la mise en place des comités de créanciers est obligatoire.

B. La constitution des comités de créanciers

375. Le vote majoritaire, recherché dans les procédures de sauvegarde accélérée pour faire passer l'accord tenu en échec en phase amiable, a nécessité la constitution des comités de créanciers, même si le débiteur n'en remplit pas les conditions de droit commun. Dès lors que le plan devra être voté afin que la volonté des créanciers majoritaires soit imposée aux minoritaires opposants, l'existence de tels comités, à l'instar des *class* de créances en droit américain de la faillite, étaient incontournable⁷⁷⁷. Leur constitution est ordonnée dans le jugement d'ouverture⁷⁷⁸.

⁷⁷¹ Art. A. LIENHARD, *Procédures collectives 2017/2018*, 7^e éd. Delmas, 2016, p. 342.

⁷⁷² Avant la réforme opérée par l'ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3, la règle ne visait que la désignation du conciliateur comme administrateur.

⁷⁷³ Art. L.811-2, al. 2, L.812-2, al. 2, c. com.

⁷⁷⁴ Art. R.621-24, C. com.

⁷⁷⁵ Art. R.628-15, C. com.

⁷⁷⁶ Art. R.628-6.

⁷⁷⁷ J. VALLANSAN, *Guide des procédures collectives*, éd., LexisNexis, 2018, n°79, p. 33.

⁷⁷⁸ C'est l'article L.628-4 du code de commerce qui pose le principe.

376. L'adoption des comités de créanciers en droit français a été inspirée à la fois par le droit américain⁷⁷⁹ et par « *des orientations préconisées par la commission des nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI)* ». ⁷⁸⁰ Formalisés par la loi du 26 juillet 2005⁷⁸¹, les comités de créanciers ont été perçus tantôt comme « *un nouveau mode d'adoption des plans qui favorise une beaucoup plus grande implication des créanciers dans le processus de réorganisation* »⁷⁸², tantôt comme « *des moteurs possibles de l'adoption négociée du plan de sauvegarde ou de redressement* ». ⁷⁸³
377. La mise en place des comités dans une procédure collective peut être obligatoire ou facultative. Elle sera obligatoire toutes les fois que deux conditions se trouvent réunies selon le code de commerce⁷⁸⁴ : une condition liée à la situation comptable : les comptes du débiteur doivent être certifiés par un commissaire au compte ou établis par un expert-comptable ; et une condition liée au seuil : là une dérogation peut trouver matière à s'appliquer ; mais le nombre de salariés doit être supérieur à cent-cinquante et le chiffre d'affaires supérieur ou égal à vingt millions d'euros⁷⁸⁵.
378. Les règles régissant la constitution et le fonctionnement des comités de créanciers ont subi des modifications, notamment par l'ordonnance du 18 décembre 2008 et son décret d'application du 12 février 2009⁷⁸⁶. Ces réformes ont notamment écarté ce qu'un auteur a qualifié de « *carcan des délais* ». ⁷⁸⁷ Les délais ordinaires de consultation et de vote ont été abrégés dans les sauvegardes accélérées, ce qui était nécessaire pour la rapidité de ces dernières⁷⁸⁸.

⁷⁷⁹ M. TANGER, *La faillite en droit fédéral des États unis*, éd., Economica, 2002, spéc. p. 95 s. et 382 s. En droit américain de la faillite, on les appelle *creditors committee*.

⁷⁸⁰ 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 ; *RLDA*, sept. 2005, n°11, p. 13.

⁷⁸¹ Art. L.620-1, al. 2, c. com. : « *la procédure de sauvegarde donne lieu à un plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation et, le cas échéant, à la constitution de deux comités de créanciers, conformément aux dispositions des articles L.626-29 et L.626-30* ».

⁷⁸² J. DEHARVENG, *Bull. Actual. Lamy*, comm., n°182, nov. 2005, p. 5.

⁷⁸³ F. PEROCHON, *Entreprise en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, p. 395.

⁷⁸⁴ Art. L.626-29, c. com.

⁷⁸⁵ Art. R.626-52, c. com.

⁷⁸⁶ Décret n°2009-160 du 12 févr. 2009, pris pour l'application de l'ord. n°2008-1345 du 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté et modifiant les procédures de saisie immobilière et de distribution du prix d'un immeuble, *JORF* n°0037 du 13 févr. 2009, p. 2596, texte n°13.

⁷⁸⁷ J. FRAIMOUT, *RPC* 2009-1, n°24, p. 84.

⁷⁸⁸ V. *infra*, n° 470 et s. ; *supra*, n°288 et s.

379. Les comités de créanciers sont formés par l'administrateur⁷⁸⁹. S'il y a lieu, l'assemblée des obligataires peut être formée. Selon l'alinéa premier de l'article L. 626-30, « *la composition des comités est déterminée au vu des créances nées antérieurement au jugement d'ouverture* ». ⁷⁹⁰ Tout créancier ne peut appartenir aux comités. Il en est ainsi des créanciers publics lorsqu'ils ont la qualité de fournisseurs (bailleur par exemple)⁷⁹¹, des salariés dans la mesure où il est impensable de leur demander une diminution de leurs salaires⁷⁹². De même, les créanciers bénéficiaires d'une fiducie-sûreté ont été exclus, mais uniquement au titre de leurs créances garanties par cette fiducie-sûreté⁷⁹³, ce qui signifie qu'ils peuvent être membres d'un comité ou de l'assemblée des obligataires au titre d'autres créances⁷⁹⁴. Il existe deux principaux comités dont le comité des établissements de crédit et celui des fournisseurs. L'assemblée unique des obligataires n'a pas été considérée comme un comité.
380. Pour la composition du comité des établissements de crédit et assimilés dans les passerelles de sauvegarde accélérée, le troisième alinéa de l'article L.628-1 du code de commerce renvoie à l'article L. 626-30. Il est l'unique comité requis dans la sauvegarde financière accélérée en plus, s'il y a lieu, de l'assemblée unique des obligataires. Alors que dans la sauvegarde accélérée, les deux comités ainsi que, s'il y a lieu, l'assemblée des obligataires peuvent être constitués.
381. La composition des comités se fait à l'ouverture de la procédure, au vu des créances nées antérieurement au jugement d'ouverture⁷⁹⁵. Les créances postérieures non privilégiées ne seraient pas concernées⁷⁹⁶, même si la loi leur applique, par ailleurs, le régime des créances antérieures⁷⁹⁷; cette affirmation contraste avec une autre affirmation selon laquelle les titulaires de créances postérieures privilégiées ou non n'auraient plus le droit de voter⁷⁹⁸. Les créanciers

⁷⁸⁹ Art. L.626-30, c. com.

⁷⁹⁰ V. P. LE CORRE, *RPC* 2011-4, n°25 s, art.3, p. 36.

⁷⁹¹ Art. L.626-30, C. com. (*a contrario*, ils peuvent l'être s'ils ont accordé du crédit au débiteur).

⁷⁹² M. GUILLAUME, *in rapp.* CLEMENT, n°2094, AN, 11 févr. 2005.

⁷⁹³ Art. 2011, 2388-1 et 2472-1 s., c. civ.

⁷⁹⁴ Art. L.626-30, al.4 et L.626-32, al. 3, c. com.

⁷⁹⁵ Art. 626-30, al. 1^{er}, c. com., E. SCHOLASTIQUE et G. BREMOND, « Réflexion sur la composition des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaires », *JCP E* 2006, 1405, n°32, p. 469.

⁷⁹⁶ E. SCHOLASTIQUE et G. BREMOND, « Réflexion sur la composition des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaires », *JCP E* 2006, 1405, n°56, p. 472. L'opinion contraire a pu être soutenue : P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, éd., Dalloz action, 2006, p. 1241.

⁷⁹⁷ R. DAMMAN et G. PODEUR, « L'efficacité de la sauvegarde dépasse-t-elle les frontières de la France ? », *BJE*, 1^{er} mars 2011, p. 6 ; R. DAMMAN et G. PODEUR, « Les enjeux de la réforme des comités de créanciers », *JCP E* 2009, n°11, p. 2093.

⁷⁹⁸ P.-M. LE CORRE, cité par A. JACQUEMONT et Alii, *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd., LexisNexis, 2017, n°713, 423.

postérieurs devraient-ils être consultés individuellement ? La réforme, opérée par l'ordonnance du 18 décembre 2008, est sans équivoque à ce propos, puisqu'elle ne vise que les créances nées antérieurement au jugement d'ouverture⁷⁹⁹. La jurisprudence ne semble pas avoir tranché sur la question.

382. Peuvent être considérées comme créances donnant droit à participer au comité des établissements de crédit, toutes celles d'un établissement de crédit résultant d'une opération financière⁸⁰⁰ ou d'échange de types *swap*⁸⁰¹ ou d'une prestation de service⁸⁰². Les établissements de crédit sont des membres de droit de ce comité, ce qui est conforme à la pratique bancaire. Les textes issus de la loi du 26 juillet 2005⁸⁰³ se sont avérés limités dans l'énumération des créanciers pouvant potentiellement faire partie du comité des établissements de crédit, car l'ancien article R. 626-55 n'incluait pas de nombreux intervenants financiers, tels que les fonds d'investissement⁸⁰⁴. Depuis le décret n°2009-160 du 12 février 2009, précédemment cité, l'ajout de la mention : « *et toute autre entité auprès de laquelle le débiteur a conclu une opération de crédit* » à l'article R.626-55 du code de commerce élargit désormais la sélection. Pour rappel, le code monétaire et financier définit l'opération de crédit comme une opération de mise à disposition de fonds à titre onéreux⁸⁰⁵. Comme le fait remarquer un auteur, « *il est ainsi fait référence à l'opération, et non plus au seul statut de l'opérateur {...}* ». ⁸⁰⁶ Ainsi, les avances financières des actionnaires, les autres créances intra-groupes au titre d'une centralisation trésorière à l'exception des avances fournisseurs, les avances faites par des structures *ad hoc* comme les *SPV* dans le cadre des montages LBO, font partie du comité des établissements de crédit⁸⁰⁷. De même, les titulaires d'une créance acquise auprès d'un établissement de crédit ou de fournisseur de biens et de services en sont aussi membres de droit⁸⁰⁸.

⁷⁹⁹ Art. 65, Ord. n°2008-1345 du 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *JORF* n°0295 du 19 déc. 2008, p. 19462, texte.

⁸⁰⁰ Comme les prêts, avances...

⁸⁰¹ Le SWAP est un terme anglo-saxon utilisé dans les finances. Il est « un échange d'actifs ou de flux financiers entre deux parties » : définition en ligne : www.droit-finances.commentcamarche.com.

⁸⁰² Telle que le loyer d'un coffre-fort, la prestation de conseil.

⁸⁰³ Loi n°2008-776 du 04 août 2008 de modernisation de l'économie, *JORF* n°0181 du 5 août 2008, p. 12471, texte n°1.

⁸⁰⁴ Rapp. DE ROUX, AN, n°3651, 32 janv. 2007 : « *nécessité faisant loi {...} les juges sont passés outre* ».

⁸⁰⁵ Art. L. 313-1, c. mon. fin.

⁸⁰⁶ F. PEROCHON, *Entreprise en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, p.399.

⁸⁰⁷ R. DAMMANN et G. PODEUR, « Les enjeux de la réforme des comités de créanciers », *JCP E*2009, n°47, p. 2094.

⁸⁰⁸ Renvoi à l'art. L.626-30 al. 2, c. com.

383. Cependant, selon les textes, l'acquisition de créances antérieures à l'ouverture de la procédure sur le débiteur ne suffit pas ; leur transmission doit l'être aussi⁸⁰⁹. Toutefois, l'acquisition de la qualité de membre du comité des établissements de crédit doit être rendue opposable à la procédure par une information ou plus précisément par une notification par lettre recommandée avec avis de réception⁸¹⁰ à l'administrateur⁸¹¹. Cela permet que les propositions du débiteur soient transmises au nouveau titulaire, lequel doit être admis à voter⁸¹². L'intéressé aura tout intérêt à faire en sorte que la transmission soit rendue opposable huit jours voire neuf jours par prudence avant la date du vote, car l'administrateur établie la liste des votants et les droits de vote huit jours avant le vote⁸¹³.
384. Selon les textes⁸¹⁴, sont membres de droit du comité des fournisseurs, les fournisseurs dont les créances représentent plus de trois pourcents du total des créances fournisseurs toutes taxes comprises (TTC), existant à l'ouverture de la procédure et connues *a priori* grâce à la liste des créanciers établie par le débiteur. Peuvent aussi intégrer ce comité, tous les fournisseurs que l'administrateur juge nécessaire de convier et qui accepteront son invitation⁸¹⁵. Les créanciers de ce comité sont des créanciers originaires en ce que la créance n'a jamais circulé, et c'est ce qui expliquerait le principe selon lequel tout acquéreur d'une créance de fournisseur devient membre du comité des établissements de crédit. Il convient de rappeler que ce comité peut être absent, réduit, ou d'un poids insignifiant en termes de créances ; il comptera autant que le comité des établissements de crédit lors du vote du plan.
385. L'assemblée des obligataires est composée des créanciers titulaires d'obligations émises en France ou à l'étranger⁸¹⁶. Les créanciers obligataires n'appartiennent à aucun des deux comités précédemment vus. Cela a été déplorée⁸¹⁷. L'assemblée des obligataires statue selon les mêmes règles que les comités, et son vote a la même considération que ceux des comités de sorte qu'on

⁸⁰⁹ Art. L.626-30-1, c. com.

⁸¹⁰ LRAR.

⁸¹¹ Art. R.626-57-1 c. com.

⁸¹² Art. L.626-30-1, al.3, c. com.

⁸¹³ Art. R.626-28, c. com.

⁸¹⁴ Art. L.626-30, al. 3 et R.626-56, c. com.

⁸¹⁵ Art. R.626-57, c. com.

⁸¹⁶ Art. L.626-32, c. com.

⁸¹⁷ A cause notamment du pouvoir de blocage disproportionné qui peut leur être conféré : R. DAMMAN et G. PODEUR, « Sauvegarde financière express : vers une consécration législative du « prepack » à la française », *D.* 2010, p. 2005.

pourrait la présenter comme un troisième comité⁸¹⁸. L'assemblée des obligataires n'est consultée que lorsque les comités ont déjà voté⁸¹⁹. Ce qui peut poser un problème dans les procédures passerelles. Celui de la gestion du temps ; pourtant l'assemblée générale des obligataires peut se tenir avant le vote des comités⁸²⁰, sans qu'il ne soit nécessaire de respecter à la lettre les dispositions légales, ce pour tenir la célérité requise dans ces procédures pré-arrangées. Il pourrait être dit que l'assemblée des obligataires se trouve en retrait des comités de créanciers ; que son vote n'a pas d'influence notable sur le contenu du projet de plan. D'ailleurs les membres de cette assemblée ne sont pas permis de proposer un plan de restructuration⁸²¹.

386. Le rôle des obligataires est de délibérer sur le projet de plan en assemblée unique et générale, peu importe qu'il y ait eu plusieurs émissions d'emprunts différents, et donc un nombre important de masses d'obligataires⁸²². La délibération peut porter sur les délais de paiement, un abandon total ou partiel de créances obligataires, une conversion en titre donnant ou pouvant donner accès au capital lorsque le débiteur est une société par actions où les actionnaires ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports⁸²³. A cet égard, il importe de préciser que la loi valide la solution appliquée avec beaucoup de courage, et sans texte à l'époque, par le tribunal de commerce de Paris dans l'affaire Eurotunnel où des emprunts étaient émis à l'étranger⁸²⁴. La constitution des comités de créanciers et, le cas échéant, de l'assemblée des obligataires permet, par le vote, d'accélérer le déroulement de la procédure passerelle ouverte.

Section 2. Un déroulement rapide

387. Le déroulement des procédures de sauvegarde accélérée reste marqué par une spécificité, celle de la célérité qui explique l'allègement des formalités ordinaires. Il s'est agi pour le législateur d'éviter, dans la mesure du possible, tout blocage, tout écueil, une fois la procédure ouverte. Ce

⁸¹⁸ En faisant une comparaison entre les art. L. 626-32, al. 3, L. 228-65 et L.626-30-2, al. 4, c. com. : il apparaît que le plan est adopté à la majorité des 2/3 du montant des créances détenues par les créanciers (obligataires ou des comités) ayant exprimé leur vote.

⁸¹⁹ Art. L. 626-32, al. 1^{er}.

⁸²⁰ V. *infra*, n°470 et s., *supra*, 288 et s.

⁸²¹ Art. L.626-32, al. 1^{er}, c. com.

⁸²² J.-D. DAUDIER de CASSINI et A.-S NOURY, « Obligataires et procédures collectives », *BJ Sociétés*, déc. 2009, p. 1123.

⁸²³ Art. 626-32, al. 2, c. com.

⁸²⁴ Com. 30 juin 2009, n°08-11.922 ; B. Rolland, *JCP E* 2009, n°42 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *RTD com.* 2008. 854.

qui fait dire à un auteur que ces procédures passerelles sont rattachées aux règles de la sauvegarde classique - sous réserves des dérogations -, mais qu'elles se détachent de sa philosophie⁸²⁵. Cette opinion peut se justifier non seulement par la conception des procédures passerelles – à savoir leur préparation à l'avance, contrairement à la sauvegarde classique -, mais aussi par l'objectif principal recherché dans ces procédures – à savoir l'arrêté rapide d'un plan -. Il a, en effet, été compris que « *les turbulences que déclenche l'ouverture d'une procédure collective*⁸²⁶ *ne peuvent guère être évitées dans une procédure ordinaire, qui va durer six mois ou davantage*⁸²⁷ *et affecter tous les partenaires du débiteur, durant la procédure et au-delà en cas de succès, selon les termes du plan* ». ⁸²⁸ Comme l'indique leur appellation, le mot d'ordre dans les procédures accélérées est la rapidité, qui se traduit notamment par la simplification de la production des créances (Paragraphe I), et par la réduction de la durée des périodes d'observation (Paragraphe II).

Paragraphe I. Une production des créances simplifiée

388. Les dispositions de l'article L.628-7 du code de commerce, relatives à la production des créances, constituent le principal point d'allègement des formalités ordinaires d'une procédure de concours⁸²⁹. Tirant les leçons des premières sauvegardes financières accélérées, la réforme opérée par l'ordonnance du 12 mars 2014⁸³⁰ a profondément modifié le régime de la déclaration des créances issu de la loi de régulation bancaire et financière de 2010⁸³¹, et qui reposait sur l'obligation de déclaration assortie d'une exception relative à la présomption de production des créances : « *de fait, le principe du maintien de l'obligation de déclaration devrait souvent s'effacer devant l'exception posée par le même article L.628-5 {maintenant L.628-7 du code de commerce*⁸³² *, qui repose sur un mécanisme de coopération triangulaire entre le débiteur, le mandataire judiciaire et les créanciers* ». ⁸³³

⁸²⁵ F. REILLE, « La sauvegarde accélérée issue de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Gaz. pal.* 6 avr. 2014, n°96, p. 13.

⁸²⁶ Dégradation du crédit et de l'image de l'entreprise par exemple.

⁸²⁷ Les sauvegardes ayant abouti à l'adoption d'un plan en 2013, auraient duré entre 12 et 13 mois en moyenne : étude Deloitte Altares, mars 2014.

⁸²⁸ F. PEROCHON, *Entreprise en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, p. 461.

⁸²⁹ A. LIENHARD, *Procédures collectives 2017/2018*, 7^e éd., Delmas, 2016, p. 343.

⁸³⁰ V. *infra*.

⁸³¹ V. *supra*, n°17.

⁸³² Tel que modifié par l' ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

⁸³³ A. LIENHARD, *Procédures collectives 2013/2014*, 5^e éd., Delmas, 2013, p. 329.

389. Dans la procédure de sauvegarde financière accélérée, seules les créances financières sont prises en compte. Cette mesure n'était pas de nature à favoriser le redressement d'un grand nombre d'entreprises dont le passif comprenait des créances de fournisseurs. L'adoption de la procédure de sauvegarde accélérée est intervenue en réponse à cette nécessité. Dorénavant, les procédures passerelles couvrent quasiment toutes les créances (I), dont les formalités de déclaration ont été allégées (II).

I. Les créances concernées dans les procédures passerelles

390. La sauvegarde financière accélérée (A) et la sauvegarde accélérée de droit commun couvrent, sous réserve de l'exception des créances salariales et alimentaires, toutes les créances (B).

A. La procédure de sauvegarde financière accélérée

391. L'adoption du *prepack* en droit français a été matérialisée au départ par la création d'une sauvegarde accélérée entièrement financière. L'ancienne rédaction du troisième alinéa de l'article L.628-1 du code de commerce disposait que la sauvegarde financière accélérée n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers mentionnés à l'article L.626-30 comme étant membres du comité des établissements de crédit et, s'il y a lieu, de ceux mentionnés à l'article L.626-32, c'est-à-dire l'assemblée unique des obligataires ; l'article L.628-9, tel que modifié par l'ordonnance du 12 mars 2014 citée plus haut, n'y a rien changé.

392. La sauvegarde financière accélérée concerne toutes les créances résultant d'une opération de crédit. Le terme crédit « viendrait du latin *credere* faire confiance. Il peut se traduire par une remise d'argent, mais aussi par l'octroi de simples délais de paiement. En fait il existe une très grande variété de crédits {...}. Cette souplesse tient au fait que le crédit est bien sûr un contrat. Les juristes parlent de « contrat de prêt ». Les économistes de « contrat de dette ».⁸³⁴ Les opérations de crédit sont nombreuses ; il y en aurait deux-cent quarante types⁸³⁵. Dans le cadre de cette étude, l'opération de crédit est celle effectuée par un établissement de crédit. Précisons qu'une opération de crédit fait partie d'une opération de banque⁸³⁶ dont l'exercice habituel est réservé aux établissements de crédit⁸³⁷.

⁸³⁴ R. ROUTIER, *Obligations et responsabilités du banquier* 2018/2019, 4^e éd., Dalloz action, 2017, p. 187.

⁸³⁵ J.-L. RIVES-LANGE, M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, 6^e éd., Dalloz, 1995, n°377.

⁸³⁶ Art. L.311-1, c. mon. fin., Th. BONNEAU, *Droit bancaire*, 12^e éd., LGDJ, 2017, p. 54.

⁸³⁷ Art. L.511-5, c. mon. fin.

393. Cette procédure passerelle permet à un chef d'entreprise de négocier ses dettes financières, afin de se soustraire des « *dommages collatéraux* ». ⁸³⁸ d'une procédure collective. A l'image des rayons lasers, « *elle concentre ses rayons là où ils sont nécessaires, afin de traiter le seul passif financier du débiteur* » ⁸³⁹, d'où le choix législatif de ne la réserver qu'aux seuls créanciers membres des établissements de crédit et, le cas échéant, aux créanciers membres de l'assemblée des obligataires.
394. L'exclusion des autres créanciers, notamment les fournisseurs, a provoqué une vive divergence d'opinions sur la nature de la sauvegarde financière accélérée au sein de la doctrine. Trois principaux courants peuvent être relevés : le courant qui pense que c'est une procédure semi collective, celui qui, au contraire, soutient son caractère entièrement collectif et, enfin, celui qui n'y voit ni une procédure de sauvegarde, ni une procédure collective.
395. Selon le courant doctrinal qui soutient la thèse d'une procédure semi-collective, dans la sauvegarde financière accélérée, le plan n'affecte qu'une catégorie de créanciers, celle des créanciers financiers.
396. En ce sens, un auteur soutient que « *la discipline collective ne s'impose qu'à l'égard des certains créanciers - ceux pour lesquels le plan de sauvegarde aura un impact -, qui sont seuls consultés pour l'adoption du plan et sont seuls soumis à l'obligation de déclarer leurs créances au passif. Les obligataires sont également soumis aux contraintes de la procédure collective. Les autres créanciers {...} notamment les fournisseurs, mais également les créanciers publics échappent à l'arrêt des poursuites individuelles et à l'interdiction des paiements* ». ⁸⁴⁰ Autrement dit, selon le même auteur, la procédure de sauvegarde financière accélérée serait « *accélérée par la durée, et financière par la portée des contraintes imposées à une variété particulière de créanciers* ». ⁸⁴¹ Se basant sur les mêmes arguments qui tiennent aux effets, d'autres auteurs en concluent tantôt à une procédure « *partiellement collective* » ⁸⁴², tantôt à

⁸³⁸ B. BOURBOULOUX, COUTURIER, « La consécration de la sauvegarde financière accélérée de l'entreprise », *BJE* mars 2011, n°23, p. 48.

⁸³⁹ F. PEROCHON, *Entreprise en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, p. 461.

⁸⁴⁰ P.-M. LE CORRE, L'avènement prochain d'une procédure semi-collective », *Gaz. pal.* 16 oct. 2010, n°289, p. 3.

⁸⁴¹ P.-M. LE CORRE, L'avènement prochain d'une procédure semi-collective », *Gaz. pal.* 16 oct. 2010, n°289, p. 3.

⁸⁴² Ph. PETEL, « Entreprise en difficulté : encore une réforme ! », *JCP E* 2014, n°11, p. 1223.

celle « *quasi collective* »⁸⁴³, voire même à une procédure « *hémiplégique* »⁸⁴⁴. Même si les termes qu'utilisent ces auteurs sont différents, l'idée mise en lumière reste la même : tous les créanciers ne sont pas affectés, par conséquent la procédure financière accélérée n'est pas entièrement collective.

397. Dans l'entendement du courant qui soutient que la sauvegarde financière accélérée est une procédure collective, il peut être retenu qu'il ne faudrait pas relier le « caractère collectif » au nombre et à la qualité des créanciers affectés, mais plutôt au caractère commun des règles qui s'appliquent aux créanciers concernés, peu important que ces derniers soient financiers ou fournisseurs.
398. Ainsi, selon un auteur, « *en règle générale, la poignée de créanciers financiers correspondra à l'essentiel du passif {...} la SFA ne se justifie même que dans cette hypothèse {...} la mise à l'écart délibérée des autres créanciers est elle-même conçue comme au service de l'objectif de sauvetage. Au-delà, si l'on se concentre sur ce domaine plus étroit des créanciers financiers, leur soumission à la discipline collective est évidente : dans son domaine, à l'égard des seuls créanciers qu'elle affecte - en pratique, donc, le gros du passif -, la SFA présente toutes les caractéristiques d'une véritable procédure collective* » ; « *en revanche, si l'on considère l'ensemble des créanciers, elle n'est que semi-collective, et ce trait, loin d'être une faiblesse, lui confère en réalité autant de précision que d'efficacité* ». ⁸⁴⁵ Face à la définition d'une procédure collective, c'est-à-dire une procédure qui « *implique tous les créanciers d'un débiteur défaillant et les soumet à une même loi* » ⁸⁴⁶, et qui semble donner raison au courant soutenant le caractère « semi-collectif » de la sauvegarde financière accélérée, un autre auteur, partisan de la thèse du « caractère entièrement collectif », répond que jusqu'en 1967, la faillite laissait indemnes les titulaires de sûretés spéciales⁸⁴⁷ ; autrement dit, tous les créanciers n'étaient forcément pas affectés par la procédure collective.
399. Enfin, selon un dernier courant, la procédure de sauvegarde financière accélérée ne serait ni une sauvegarde au vrai sens du terme, ni même une procédure collective en ce que, d'un côté,

⁸⁴³ F.-X. LUCAS, LEDEN 2010-2011, p. 1.

⁸⁴⁴ M. MENJUCQ, « Adoption de la « sauvegarde accélérée » : considération du « prepackaged plan » en droit français », *Rev. proc. coll. nov.* 2016, n°06, repère 6.

⁸⁴⁵ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, p. 462.

⁸⁴⁶ J.-L. VALLENS, « La procédure de sauvegarde financière accélérée est-elle une procédure collective ? » *RTD com.* 2011, p. 644.

⁸⁴⁷ F.-X. LUCAS, « Caractère collectif de la procédure et sauvegarde financière accélérée », *RPC* 2012-2013, dossier 18, p. 93.

les conditions d'ouverture ainsi que les effets de cette procédure la rendraient incompatible avec une procédure de sauvegarde et, de l'autre, ses effets limités aux seuls créanciers financiers entraînent une absence du caractère collectif. Selon une opinion, dans ce sens, « *la loi de 2010 est allée plus loin, en introduisant non pas une exception supplémentaire au caractère collectif, mais en posant précisément le principe contraire : les effets de la procédure sont limités à certains créanciers énumérés limitativement* » ; cette dernière - parlant de la SFA -, « *est un point de passage obligé pour passer de l'unanimité impossible à la majorité qualifiée propre au plan de sauvegarde* », de sorte qu'elle « *n'est pas une procédure collective, mais un processus judiciaire d'homologation d'un projet d'accord de conciliation, qui se trouve ainsi rendu opposable aux créanciers opposants* ». ⁸⁴⁸

400. Au regard des arguments avancés au sein des différents courants précédemment exposés, il apparaît difficile de trancher. Cependant, un constat peut être fait, celui que la majorité des auteurs pensent plutôt que la procédure de sauvegarde financière accélérée n'est pas une procédure entièrement collective. Cependant la thèse d'un caractère entièrement collectif de la sauvegarde financière accélérée semble logique. Il en est ainsi parce que l'expression « procédure collective » renvoie plus explicitement à la soumission des créanciers concernés par l'ouverture d'une procédure judiciaire donnée - peu importe que cette dernière soit uniquement financière ou non - à un traitement commun, qu'à l'identité de ces créanciers. Contrairement à la sauvegarde financière accélérée, la procédure de sauvegarde affecte tous les créanciers.

B. La procédure de sauvegarde accélérée

401. La sauvegarde accélérée inclut, à la différence de la sauvegarde financière accélérée, les créances des fournisseurs de biens ou de services, des services publics et financiers. Tout vendeur, entrepreneur, prestataire de service détenant une créance sur le débiteur en difficulté constitutive d'une dette d'exploitation, est considéré comme un créancier fournisseur au sens de l'article L.626-30 du code de commerce. La sauvegarde financière accélérée lui devient ainsi une variante. Ce qui implique qu'un débiteur peut demander l'ouverture d'une sauvegarde accélérée, et ne traiter que ses dettes financières via la sauvegarde financière accélérée. Toutefois, bien qu'étant élargie à toutes les créances, la sauvegarde accélérée comme la

⁸⁴⁸ J.-L. VALLENS, « La procédure de sauvegarde financière accélérée est-elle une procédure collective ? », *RTD com.* 2011, p. 644.

sauvegarde financière accélérée ne concernent pas les créances salariales et celles alimentaires. Ces dernières suivent un régime spécial.

402. Les créances salariales sont distinctes des autres créances de sorte que leur traitement est spécifique⁸⁴⁹, et ne font pas l'objet de déclaration⁸⁵⁰. La vérification des créances salariales est autonome de la vérification des créances ordinaires. Le représentant des créanciers établit, après vérification, et dans un délai précisé⁸⁵¹, les relevés de créances résultant des contrats de travail. Ces relevés sont ensuite soumis au représentant des salariés dans les conditions prévues à l'article L.621-36 du code de commerce⁸⁵². Ils sont visés par le juge commissaire, déposés au greffe et publiés. L'ordonnance du 12 mars 2014 précitée a allégé la procédure de déclaration des autres créances.

II. Le renouveau de la déclaration des créances

403. La déclaration des créances est une obligation procédurale d'ordre public⁸⁵³ qui permet aux créanciers de faire connaître l'état de leurs créances en vue d'être payés. Elle concerne toutes les créances nées antérieurement au jugement d'ouverture, les créances assorties d'une sûreté publiée comme l'hypothèque ou d'un contrat publié comme le crédit-bail, et toutes les créances régulièrement nées après le jugement d'ouverture ne bénéficiant pas d'un privilège de paiement⁸⁵⁴.
404. Les créances salariales, comme cela a déjà été évoqué⁸⁵⁵, qui suivent un procédé spécial, font exception à l'obligation de déclaration. L'obligation de déclaration est prévue par l'article L.628-7 du code de commerce qui concentre en lui l'essentiel des allègements. L'ordonnance du 12 mars 2014⁸⁵⁶ a, au vu des enseignements tirés des premières sauvegardes financières accélérées, sensiblement amélioré le principe issu de la loi de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010⁸⁵⁷. Ce principe était basé sur l'obligation de déclaration, mais elle était

⁸⁴⁹ Art. L.143-11-7, c. trv., art. 621-4, al. 2, c. com.

⁸⁵⁰ Art. L.622-24, c. com.

⁸⁵¹ Prévus à l'article L.143-11-7, c. trav. : dix jours suivant l'expiration des périodes de garantie.

⁸⁵² « *Le relevé des créances résultant des contrats de travail est soumis pour vérification par le représentant des créanciers au représentant des salariés {...}. Le représentant des créanciers doit lui communiquer tous les documents et informations utiles* ».

⁸⁵³ Civ. 1^{re} 29 sept. 2004, n°02-16.754, *Bull. civ. I*, n°215 ; *D.* 2004, *AJ* 2717, et *D.* 2005, *jur.* 2159, note HENRY.

⁸⁵⁴ Art. L.622-17, I, c. com.

⁸⁵⁵ V. *supra*, n°419.

⁸⁵⁶ V. *supra*, n°18.

⁸⁵⁷ V. *supra*, n°17.

assortie d'un tempérament, celui lié à la présomption de déclaration⁸⁵⁸. Le principe actuel est basé sur la constitution et le dépôt d'une liste, assorti d'une possibilité d'actualisation (A), l'action en relevé de forclusion restant ouverte à tout intéressé (B).

A. La constitution et le dépôt de la liste

405. A la lecture de l'article L.628-7, il peut être compris que, sans déroger au principe de l'obligation de déclaration des créances antérieures, le nouveau mécanisme instauré par l'ordonnance du 12 mars 2014 repose sur l'établissement par le débiteur de la liste des créances de tous les créanciers ayant participé à la conciliation⁸⁵⁹. Cependant, le débiteur reste soumis au droit commun en ce qui concerne son obligation de coopération, surtout à l'obligation de transmettre au mandataire judiciaire et à l'administrateur judiciaire la liste de ses créanciers, du montant des dettes et des contrats en cours.
406. Si le constat a été fait, lors des premières sauvegardes financières accélérées, que les courriers adressés aux créanciers ne permettaient pas une bonne précision des intérêts dont le cours n'était pas arrêté⁸⁶⁰, le texte actuel est on ne peut plus clair. Les deux premiers alinéas de l'article L.622-25 garantissent aux créanciers l'information concernant ces intérêts. L'information est relative à l'indication des sommes à échoir et de la date des échéances ainsi que, le cas échéant, à la nature de la sûreté ou du privilège dont la créance est assortie. La liste est certifiée par le commissaire aux comptes ou, à défaut, attestée par un expert-comptable⁸⁶¹. Elle est par la suite déposée au greffe par les soins du débiteur à charge pour le mandataire de transmettre à chaque créancier figurant sur la liste l'extrait de la liste concernant sa créance. Le dépôt de la liste des créances au greffe vaut déclaration au nom des créanciers si ceux-ci n'adressent pas la déclaration de leurs créances.
407. Le dépôt de la liste des créances par le chef d'entreprise présume ainsi la déclaration de ces dernières. Ce qui n'empêche nullement que les créanciers, inscrits sur la liste déposée tout comme ceux qui ne sont pas inscrits sur cette liste, déclarent leurs créances. En ce cas, cette déclaration primera celle présumée par la liste déposée.

⁸⁵⁸ A. LIENHARD, *Code des procédures collectives*, éd., 2014, comm. sous anc. art. L.628-5, c. com.

⁸⁵⁹ R. 628-8 et s., c. com.

⁸⁶⁰ P.-M. LE CORRE, « Créanciers non-initiés : attention à un piège involontaire de la SFA », *BJE*, 2013. p. 341.

⁸⁶¹ Art. L.628-7, c. com.

408. Les modalités d'application de ce principe sont régies par l'article R.628-8 du code de commerce. Il est ainsi prévu que le débiteur dépose au greffe deux exemplaires de la liste des créances dans les dix jours du jugement d'ouverture. Le greffier en remet un exemplaire au mandataire judiciaire. La liste comporte : les éléments indiqués aux deux premiers alinéas de l'article L.622-5 et à la première phrase de l'article R.622-5 que sont les nom ou la dénomination, siège ou domicile de chaque créancier, les sommes à échoir et les dates de leurs échéances ainsi que, le cas échéant, la nature du privilège ou de la sûreté dont la créance est éventuellement assortie, et lorsqu'il s'agit de créances en monnaie étrangère, la conversion en euros se fait selon le cours du change à la date du jugement d'ouverture ; au 2° de l'article R.622-23, en l'occurrence, les modalités de calcul des intérêts dont le cours n'est pas arrêté. En cas de différence entre cette liste et celle des créanciers remise par le débiteur au mandataire judiciaire et à l'administrateur judiciaire, seules les informations portées sur la première sont considérées selon le code de commerce.
409. Les bénéficiaires de toutes ces formalités sont les créanciers ayant participé à la procédure de conciliation ou les créanciers ayant signé le protocole d'accord pré-négocié. Les créanciers n'ayant pas signé seraient normalement concernés aussi. Les créanciers non bénéficiaires sont les récalcitrants qui auront, tout de même, normalement communiqué leurs créances lors de la conciliation, et ceux non appelés à la conciliation. Ces créanciers non appelés n'ont eu connaissance de la procédure que par le biais de la publication du jugement d'ouverture. Quant aux créanciers qui auront effectivement signé l'accord *prepack*, mais qui ont été omis sur la liste établie par le débiteur, ils devront établir que la défaillance de non-déclaration n'est pas due à leur fait, afin qu'ils puissent être relevés de leur forclusion⁸⁶². Toutefois, ils ne pourront concourir qu'à la distribution postérieure à leur demande.
410. Les créanciers devant déclarer leurs créances sont ceux n'ayant pas participé à la conciliation. Dans un délai de quinze jours, à compter du jugement d'ouverture, le mandataire judiciaire leur demande d'avoir à déclarer leurs créances⁸⁶³. Ils doivent alors veiller à faire une déclaration régulière sous peine de tomber dans la forclusion. D'autant que la Cour de cassation a indiqué dans un de ses arrêts que « *lorsque la créance n'a pas fait l'objet d'une déclaration régulière, le représentant des créanciers n'a pas l'obligation d'aviser le créancier de cette*

⁸⁶² Art. L.622-26, c. com.

⁸⁶³ Art. L.622-21, al. 1, c. com.

irrégularité ». ⁸⁶⁴ La présomption de déclaration de créance au non des créanciers n'empêche pas ces derniers de mettre à jours l'état de leurs créances si nécessaire. Par cette mesure, le législateur prévient tout éventuel contentieux sur le montant des créances produites au passif de la procédure.

B. L'actualisation de la créance

411. Si le texte, antérieur à la réforme de 2014⁸⁶⁵ et relatif à la sauvegarde financière accélérée, réservait sans autre précision le cas de l'actualisation des déclarations de créances, le nouveau texte est sans équivoque sur la question. Ce nouveau texte précise que l'actualisation des créances, mentionnées sur la liste déposée par le chef d'entreprise, se fait dans le délai commun de déclaration des créances⁸⁶⁶, lequel est compatible avec la brève durée de la procédure. Telle paraissait être déjà la règle implicite se dégageant de l'ancien article L.628-5 du code de commerce, notamment dans l'hypothèse la plus probable d'une actualisation par augmentation du montant. Cette actualisation apparaîtra, le cas échéant, nécessaire au créancier au vu de l'extrait de la liste déposée concernant sa créance que le mandataire judiciaire lui aura transmis. En d'autres termes, en cas de différence entre le montant indiqué sur cet extrait et le montant définitif arrêté à l'ouverture de la procédure, le créancier doit prendre une décision selon que la variation a opéré une augmentation ou une diminution.
412. Dans le cas d'une augmentation du montant, situation qui peut émaner de la naissance de nouvelles créances lors de la conciliation - ce qui est possible dans la mesure où le passif n'est pas gelé -, ou d'une mauvaise évaluation, la dispense de déclaration étant d'interprétation stricte, le créancier sera obligé, pour que l'admission porte sur le montant réactualisé et sous peine de forclusion pour la différence alors inopposable à la procédure, de déclarer sa créance définitive dans les deux mois de la publication du jugement d'ouverture au BODACC⁸⁶⁷. *A contrario*, si le montant a diminué - situation qui peut résulter d'un paiement partiel au cours de la conciliation ou d'une mauvaise évaluation -, le créancier devrait réduire son évaluation jusqu'à ce que le juge statue sur l'admission. Ce serait alors, une transposition d'une jurisprudence bien connue⁸⁶⁸.

⁸⁶⁴ Com. 6 févr. 2001, n°98-11.112, *Bull. civ. IV*, n°31, p. 29.

⁸⁶⁵ V. *supra*, n°18.

⁸⁶⁶ Art. L. 628-7, c. com.

⁸⁶⁷ Art. L.622-24, c. com.

⁸⁶⁸ Com. 27 mai 2003, n° 00-17-716, *Bull. civ. IV*, n° 87 ; Com. 3 nov. 2010, n° 09-72.029, *D. Actu.* 2010, 2701, obs. A. LIENHARD.

413. Aux termes de l'article R.628-9 du code de commerce, dans les huit jours suivant la remise de la liste par le greffier, le mandataire judiciaire communique, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou, le cas échéant, par le portail électronique mis en place par le conseil national des administrateurs judiciaires et de mandataires judiciaires, à chaque créancier concerné les informations relatives aux créances dont il est titulaire telles qu'elles résultent de la liste déposée. Cette information vaut avertissement au sens des dispositions des articles L.622-24 et R. 622-21 du code de commerce. Les créanciers dont les créances n'ont pas été déclarées en temps utile sont normalement forclos⁸⁶⁹ ; mais ils peuvent être relevés de cette forclusion.
414. La demande de relevé de forclusion est l'action d'un créancier qui n'a pas déclaré sa créance dans le délai légal, et qui n'a pas de ce fait vocation à être admis au passif de la procédure⁸⁷⁰. Selon le code de commerce, afin d'éviter de continuer à être forclos, le créancier forclos peut intenter une action en relevé de forclusion⁸⁷¹. Cette demande est adressée sous forme de requête au juge commissaire, et contient essentiellement les raisons pour lesquelles il n'a pas pu respecter le délai légal⁸⁷².
415. Étant sans doute un contentieux, la demande en relevé de forclusion donne lieu à un débat contradictoire entre mandataires de justice, le chef d'entreprise et le créancier requérant⁸⁷³. A défaut, l'ordonnance rendue peut-être frappée de nullité pour non-respect du principe du contradictoire, même si l'effet dévolutif permet au juge de statuer sur le fond, dès lors que ce n'est pas la saisine qui est mise en cause, mais plutôt la décision rendue⁸⁷⁴.
416. La demande en relevé de forclusion doit obéir à un délai préfix, c'est-à-dire insusceptible d'interruption, au-delà duquel le juge commissaire n'a pas pouvoir à relever un créancier de sa forclusion, sauf à s'exposer à un excès de pouvoir⁸⁷⁵ ; il doit d'office soulever la fin de non-recevoir sur le fondement de l'expiration du délais prévu⁸⁷⁶. Le délai de principe d'exercice de cette action est de six mois⁸⁷⁷ : il commence à courir à partir de la publication du jugement

⁸⁶⁹ Art. L.622-26, c. com.

⁸⁷⁰ Art. L.622-26, c. com.

⁸⁷¹ Art. L.622-26, al. 3, c. com.

⁸⁷² Com. 28 janv. 2014, n°12-27.728, *Bull. civ. IV*, 2014, n°25.

⁸⁷³ Com. 13 déc. 2005, n°04-18.391, *Bull. civ. IV*, n°250.

⁸⁷⁴ *id.*

⁸⁷⁵ Com. 16 nov. 1993, n°91-151.43, *Bull. civ. IV*, n°185, p. 297.

⁸⁷⁶ Com. 26 oct. 1999, n°97-13.238, *Bull. civ. IV*, n°187, p. 159.

⁸⁷⁷ Art. L.622-26, c. com.

d'ouverture ou, pour les institutions mentionnées à l'article L.3253-14 du code de travail⁸⁷⁸, de l'expiration du délai pendant lequel les créances résultant des contrats de travail sont garanties par ces institutions ; pour les créanciers ayant une sûreté publiée ou liés au débiteur par un contrat de travail, il court à compter de la réception de l'avis qui leur est adressé. Par exception, si le créancier justifie avoir été placé dans l'impossibilité de connaître l'obligation du débiteur, avant l'expiration du délai de six mois, le délai commence à courir alors à partir de la date à laquelle il est établi qu'il ne pouvait ignorer l'existence de sa créance.

417. Avant la réforme de 2014⁸⁷⁹, l'action en relevé de forclusion était possible jusqu'à un an⁸⁸⁰, mais non au-delà⁸⁸¹. Cependant, la Cour de cassation sème le doute en décidant que les dispositions légales « *ne portent pas une atteinte substantielle à un recours juridictionnel effectif en ce qu'elles ne font pas obstacle à la recevabilité d'une action en relevé de forclusion après l'expiration d'un délai maximal d'un an prévu par l'article L.622-26 du code de commerce par un créancier placé dans l'impossibilité d'agir pendant ce délai* ». ⁸⁸² S'agit-il d'un arrêt de principe ? Il est difficile d'y apporter une réponse sûre.
418. Après l'ordonnance du 12 mars 2014, le délai maximal d'un an a été supprimé⁸⁸³. Le créancier qui ignorait l'existence de sa créance au jour du jugement d'ouverture dispose, à partir de la date de la connaissance de l'existence de la créance, d'un délai de six mois pour introduire une demande de relevé de forclusion ; cette date de connaissance de l'existence de sa créance peut partir d'une assignation, mais non de la décision à venir selon la Cour de cassation⁸⁸⁴.
419. Si le juge commissaire fait suite à la demande du créancier, ce dernier sera admis à la procédure au même titre que les autres créanciers. Dans l'hypothèse d'un rejet, le créancier peut contester cette décision.

⁸⁷⁸ Telles que les organismes d'assurance chômage, l'agence centrale des organismes de sécurité sociale.

⁸⁷⁹ V. *infra*.

⁸⁸⁰ Art. L.622-26, rédaction antérieure à l'ord. n°2014-326 du 12 mars 2014.

⁸⁸¹ Art. L.626-6, rédaction antérieure au premier juillet 2014.

⁸⁸² Com. 5 sept. 2013, n° 13- 40.034, *Bull. civ. IV*, n°27.

⁸⁸³ Ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

⁸⁸⁴ Com. 13 sept. 2016, n°15-11.321, NP.

420. Comme toutes les ordonnances en matière de vérification de créance, la voie de recours en matière de l'action en relevé de forclusion était l'appel⁸⁸⁵ sous l'empire des textes antérieurs à la loi du 26 juillet 2005⁸⁸⁶. C'était une particularité consacrée par l'ancien article L.621-46 du code de commerce. Avec la loi de sauvegarde de 2005 précédemment citée, cette dérogation, maintenue pour les autres décisions statuant sur la vérification de créance, a été supprimée pour l'action en relevé de forclusion. Désormais, c'est le droit commun qui s'applique : l'ordonnance statuant sur un relevé de forclusion fait l'objet d'un recours devant le tribunal, et le jugement rendu peut faire l'objet d'un appel quel que soit le montant de la créance - ce qui rend irrecevable le pourvoi contre le jugement selon la Cour de cassation⁸⁸⁷ -.
421. Sur la forme, une difficulté se posait dans le recours ouvert contre les décisions du juge commissaire qui se déclare incompétent en matière de vérification des créances. Le décret du 6 mai 2017⁸⁸⁸ semble résoudre ce problème en supprimant le contredit de compétence. Dans une procédure de vérification des créances, le juge commissaire peut se déclarer incompétent lorsqu'il constate l'existence d'une contestation sérieuse - par exemple le débiteur invoque la nullité d'un contrat dont résulte la créance déclarée, ou lorsque matériellement il ne peut pas statuer⁸⁸⁹. Dans une telle hypothèse, les parties sont renvoyées ; mais l'incompétence ici évoquée doit être comprise dans le sens d'un dépassement de compétence, c'est-à-dire qu'il est nécessaire que le contentieux attaché à la créance par exemple soit tranché par la juridiction compétente, avant que le juge commissaire ne puisse statuer sur la créance litigieuse. Le recours formé dans ces conditions n'est pas un contredit, mais un appel - le recours contre l'ordonnance du juge commissaire est un appel, sauf en matière de l'action en relevé de forclusion⁸⁹⁰ -. De sorte qu'un contredit formé à la place d'un appel devrait être irrecevable.

⁸⁸⁵ Art. R.624-7, c. com.

⁸⁸⁶ L. n°85-98 du 25 janv. 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, *JORF* du 26 janv. 1985, p. 1097.

⁸⁸⁷ Com. 1^{er} janvier 2016, n°14-18.936, C. CORPET, « Appel contre les jugements statuant sur le recours formé contre les décisions du juge-commissaire sur une requête en relevé de forclusion », *LegalNews*, 15 janv. 2016, article consulté le 12 juin 2018.

⁸⁸⁸ Décret n°2017-891 du 6 mai 2017, relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile, *JORF* n°0109 du 10 mai 2017, texte n°113.

⁸⁸⁹ Art. L.624-2, 4°, c. com.

⁸⁹⁰ R.624-7, c. com.

422. La cour d'appel saisie de façon erronée au moyen d'un contredit, alors que c'est l'appel qui est la voie normale, était réputée régulièrement⁸⁹¹ saisie avant le 11 mai 2017⁸⁹². Afin de simplifier le recours contre les ordonnances rendues par le juge commissaire en matière de déclaration des créances, le législateur a, au travers du décret du 6 mai 2017 précédemment cité, supprimé le contredit de compétence.
423. Le créancier qui a été relevé de sa forclusion doit déclarer sa créance contrairement à une idée très répandue selon laquelle l'ordonnance l'en dispense⁸⁹³. Il importe de préciser qu'avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 12 mars 2014 citée plus haut, la Cour de cassation considérait que le créancier devait déclarer sa créance dans le délai imparti pour demander un relevé de forclusion⁸⁹⁴. Autrement dit, le créancier devait faire sa demande de relevé de forclusion tout en déclarant en même temps sa créance, laquelle serait acceptée en cas d'avis favorable du juge commissaire. Depuis l'entrée en vigueur de cette ordonnance du 12 mars 2014, le créancier dispose d'un mois à compter de la notification de la décision lui accordant un relevé de forclusion, pour déclarer sa créance⁸⁹⁵, soit la moitié du délai ordinaire⁸⁹⁶. La Cour de cassation a, par ailleurs, indiqué que le créancier qui avait déclaré sa créance avant d'intenter une action en relevé de forclusion n'était pas obligé de refaire la déclaration⁸⁹⁷. Cet arrêt rendu sous l'empire des textes antérieurs à la réforme de 2014 paraît applicables après cette réforme. En effet, la déclaration faite avant le relevé de forclusion peut préserver le droit des créanciers une fois que le créancier concerné a été relevé de sa forclusion, de sorte qu'il apparaîtrait inutile que le créancier revienne sur la même déclaration.
424. Les frais du relevé de forclusion étaient à la charge du créancier défaillant avant l'ordonnance du 12 mars 2014 précitée. Depuis cette ordonnance, ils peuvent être mis à la charge du débiteur

⁸⁹¹ Art.91, c. proc. civ.

⁸⁹² Décret n°2017-891 du 6 mai 2017, relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile, *JORF* n°0109 du 10 mai 2017, texte n°113.

⁸⁹³ Art. L.622-24, c. com.

⁸⁹⁴ Com avr. 2013, n°11-25. 963, *Bull. civ.* IV, n°73 ; com. 30 juin 2015, n°14-13766 NP.

⁸⁹⁵ Art. L.622-24, al.1, c. com.

⁸⁹⁶ Com. 27 sept. 2017, n°16-17.156, M. OBEGA, « Appel contre les jugements statuant sur le recours formé contre les décisions du juge-commissaire sur une requête en relevé de forclusion », *LegalNews*, 21 nov. 2017, article consulté le 10 mai 2018.

⁸⁹⁷ Com. 24 sept. 2003, n°01-00.504 NP.

si celui-ci n'a pas signalé la créance à l'ouverture de la procédure⁸⁹⁸. Cette ordonnance a écourté la durée de la période d'observation dans les procédures passerelles.

Paragraphe II. Des périodes d'observation écourtées

425. La mise en place d'un projet de plan de restructuration est l'objectif majeur recherché au cours de la procédure de conciliation. Toutes les démarches du débiteur et du conciliateur ne convergent que dans ce sens. Il a été précédemment vu que le projet de plan doit être soutenu par la majorité des principaux créanciers au cours de la procédure de conciliation, afin que l'ouverture de la procédure judiciaire subséquente ne serve que du temps d'adoption du projet de plan par vote majoritaire⁸⁹⁹ : « {elle} n'est que l'habit, ou peut-être même l'alibi, permettant de justifier de ce que la décision arrêtée par certains seulement s'impose à tous ».
426. Instituée par la loi du 25 janvier 1985⁹⁰⁰, la période d'observation assure la poursuite de l'activité du chef d'entreprise durant le temps nécessaire à l'élaboration d'un plan dans les procédures de sauvegarde classique, de redressement et de liquidation judiciaires. En adoptant la période d'observation, la loi du 25 janvier 1985 citée plus haut, mettait en place un dispositif de rationalisation du choix du tribunal à partir d'une idée primordiale, reprise d'ailleurs par la loi du 26 juillet 2005⁹⁰¹ : le traitement doit reposer sur un diagnostic correct, sauf dans une procédure sans administrateur où il n'est pas dressé de bilan⁹⁰². Ce diagnostic est fait à la lumière du bilan qui décrit l'état réel de l'entreprise.
427. En droit français des entreprises en difficulté, il existe plusieurs types de sauvegardes⁹⁰³. Instituée par la loi du 26 juillet 2005⁹⁰⁴, la période d'observation dans la sauvegarde classique diffère de celles des sauvegardes accélérées. Dans ces dernières, et contrairement à la sauvegarde classique, l'établissement préalable d'un bilan, ainsi que l'élaboration d'un plan au cours de la période d'observation ont été supprimés⁹⁰⁵. Ce parce que, comme le fait remarquer

⁸⁹⁸ Art. R.622-25, c. com.

⁸⁹⁹ J. THERON, « La procédure de sauvegarde accélérée », *DP*, juill. 2014, n°238.

⁹⁰⁰ V. L. n°85-98 du 25 janv. 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, *JORF* du 26 janv. 1985, p. 1097.

⁹⁰¹ V. *supra*, n°16.

⁹⁰² L.627-3, al. 1^{er} c. com.

⁹⁰³ Sauvegarde classique, sauvegarde accélérée et sauvegarde financière accélérée.

⁹⁰⁴ V. *supra*.

⁹⁰⁵ Il en est ainsi parce que l'article L. 628-1, al. 2, du code de commerce exige que le plan soit préalablement approuvé et soutenu par la majorité des créanciers dans la procédure de conciliation, de manière à rendre son adoption vraisemblable lors de procédure judiciaire d'adoption.

un auteur, « *bien des règles des articles L. 622-1⁹⁰⁶ et suivants ne trouveront matière à s'appliquer, soit par faute de temps, soit par faute d'objet { ...}* ». ⁹⁰⁷ Ce qui ne signifie pas que la loi a expressément privé les passerelles de sauvegarde accélérée de période d'observation⁹⁰⁸. Au contraire cette dérogation au droit commun apparaît comme un choix judiciaire selon certains auteurs⁹⁰⁹.

428. Le plan dans les sauvegardes accélérées est essentiellement basé sur la restructuration des dettes⁹¹⁰ (I). Quoique réduite à sa plus petite expression, il existe une période d'observation aussi bien dans la sauvegarde accélérée (II) que dans la sauvegarde financière accélérée (III).

I. Le plan dans les procédures passerelles

429. Mis en place en 2005⁹¹¹, les comités de créanciers ne se voyaient soumettre que le seul projet de plan du débiteur. L'ordonnance du 18 décembre 2008⁹¹² a permis que les créanciers membres d'un comité puissent faire des propositions de plan⁹¹³. Cette innovation ne faisait nullement ombre au monopole du débiteur en la matière en ce que ce dernier pouvait, avec le concours de l'administrateur⁹¹⁴, faire une sorte de censure des propositions émises par les créanciers, pour ne transmettre aux comités que le contenu qui lui convenait. L'ordonnance du 12 mars 2014⁹¹⁵ a supprimé cette prééminence du projet de plan provenant du débiteur, en permettant à chaque créancier, membre d'un comité, de présenter un projet de restructuration concurrent à celui du

⁹⁰⁶ Cet article est relatif à l'assistance du chef d'entreprise par un administrateur judiciaire dans la gestion d'une entreprise.

⁹⁰⁷ A. LIENHARD, cité par F. PÉROCHON, *in Entreprise en difficulté*, 9^e éd., LGDJ, 2012, n°540, visant la SFA, il ajoutait, : « *en ce qu'elle concerne surtout les créanciers autres que financiers* » ; le propos reste valable pour la SA.

⁹⁰⁸ B. BOURBOULOUX et G. COUTURIER, « La consécration de la sauvegarde financière accélérée de l'entreprise », *BJE* mars 2011, n°23, §6, p. 48.

⁹⁰⁹ Selon eux, « *il permet d'y puiser des solutions nécessaires : le régime des créances postérieures privilégiées permet de payer par exemple les conseils ; également, sans doute, le régime des contrats en cours, à l'égard des cocontractants « financiers »* » comme le crédit bailleur : P.-M. LE CORRE, cité par F. PÉROCHON, *in Entreprise en difficulté*, 9^e éd., LGDJ, 2012, note n°43, p. 7.

⁹¹⁰ « *L'indispensable rapidité annoncée de l'adoption du plan confirme que le plan ne peut guère avoir de volet social ou, plus précisément, qu'il ne peut prévoir de licenciement, car les consultations auxquelles il faudrait procéder sont incompatibles avec ce bref délai : dans la quasi-totalité des cas, la restructuration sera exclusivement financière* » : F. PÉROCHON, *Entreprise en difficulté*, 9^e éd., LGDJ, 2012, n°384.

⁹¹¹ V. *supra*, n°16.

⁹¹² *id.*

⁹¹³ Art. L.626-30-2, al. 1^{er}, c. com., tel que modifié par l'ordonnance n°2014/326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

⁹¹⁴ Art. R. 626-57-2, c. com.

⁹¹⁵ V. *supra*, n°18.

débiteur, lequel projet fait l'objet d'un rapport par l'administrateur avant sa soumission aux comités pour vote⁹¹⁶. Ainsi ouverte, la concurrence devrait conduire le chef d'entreprise à soigner son plan⁹¹⁷. Le projet de plan devant être soumis aux comités des créanciers a, contrairement en sauvegarde ordinaire, un contenu particulier (A). La décision ayant statué sur le plan est susceptible de recours (B).

A. Un contenu essentiellement basé sur la restructuration des dettes

430. Le plan est une notion complexe dont le droit cerne péniblement les contours. Ce n'est pas un contrat judiciaire au vrai sens du terme. Il est plutôt une décision de justice dont la particularité tient à son caractère négocié. Son élaboration demande une large consultation des créanciers, mais la décision finale appartient au tribunal. Dans une procédure judiciaire ordinaire, la phase préparatoire conduit à l'élaboration d'un bilan économique et social qui est un préalable⁹¹⁸. A la lumière de ce premier examen de la situation de l'entreprise, les mesures de restructuration nécessaires sont ensuite prises. Dans les passerelles de sauvegarde accélérée, le contenu du projet de plan est essentiellement basé sur la restructuration des dettes de l'entreprise. Le projet de plan étant préparé dans un cadre amiable, le chef d'entreprise peut se faire aider par toute personne. L'exigence de l'établissement d'un bilan économique et social est en conséquence facultatif. Avant d'évoquer la restructuration des dettes dans les sauvegardes accélérées, il importe de rappeler le contenu d'un plan classique.
431. Le bilan économique et social est un élément essentiel de l'information du tribunal dans la perspective de l'examen des solutions de redressement de l'entreprise⁹¹⁹. Plus exactement, « *c'est une sorte de photographie de l'entreprise, un constat de la gestion passée* ». ⁹²⁰ Avant l'ordonnance du 18 décembre 2008 citée précédemment, il existait un régime général - procédure avec administrateur - et un régime simplifié - procédure sans administrateur -. Dans le régime général, le bilan économique et social est dressé par l'administrateur, avec le concours du débiteur et l'apport éventuel d'un expert⁹²¹. Alors que dans celui simplifié, il n'est pas dressé

⁹¹⁶ Art. L.626-30-2, al. 1^{er}, c. com.

⁹¹⁷ J.-J. FRAIMOUTE, « Des plans plus attractifs pour les créanciers ? », *Rev. proc. coll.* 2014/2 ; doss. 19.

⁹¹⁸ Art. L.623-1, c. com.

⁹¹⁹ D. VIDAL et G. C. GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, éd., Gualino, Lextenso éditions, 2015, n°805.

⁹²⁰ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2016, p. 603.

⁹²¹ Art. L.623-1, c. com.

de bilan économique, social et environnemental⁹²², l'examen de la situation de l'entreprise étant fait par le juge commissaire⁹²³.

432. Cependant, selon un auteur, « *le bilan économique et social est souvent présenté de manière stéréotypée et très souvent superficielle, particulièrement pour les petites entreprises* ». ⁹²⁴ En effet, pendant longtemps, en droit français, le bilan économique et social n'était pas distinct du projet de plan dont l'élaboration incombe au chef d'entreprise. Le débiteur présentait un rapport global au tribunal contenant l'analyse de sa situation et les mesures de redressement envisagées. Une cour d'appel a toutefois considéré que cette absence de distinction était certes regrettable, mais qu'elle ne constituait pas « *une atteinte à un principe fondamental de nature à légitimer un appel-nullité* ». ⁹²⁵ Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008 précitée, le bilan économique et social est à distinguer du projet de plan ⁹²⁶. Selon la vision législative, puisque le régime général concerne des affaires importantes, il faut charger un professionnel, au besoin assisté par un expert, d'établir un rapport sur la situation du débiteur, et de faire éventuellement des propositions ⁹²⁷ ; le chef d'entreprise apporte toutefois son concours ⁹²⁸.
433. Compte tenu de la portée du bilan économique, social et environnemental, la jurisprudence indique que son établissement doit être rémunéré, en présence d'un seuil de trois millions d'euros de chiffre d'affaires ou de vingt salariés au jour du jugement d'ouverture ⁹²⁹.
434. Le bilan économique, social et environnemental a pour objet d'identifier l'origine, l'ampleur et la nature des difficultés de l'entreprise ⁹³⁰. On lui adjoint un bilan environnemental ⁹³¹ lorsque

⁹²² Art. L.627-3, c. com.

⁹²³ Art. L.621-9, c. com.

⁹²⁴ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2016, p. 606.

⁹²⁵ Paris, 3^e ch. A, 7 juill. 1992, *D.* 1994, somm. comm. p. 2, obs. F. DERRIDA.

⁹²⁶ C. LEBEL, « Les plans de sauvegarde et de redressement dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Gaz. proc. coll.* 6/7 mars 2009, p. 46.

⁹²⁷ Soulignant l'importance de la mission, un auteur insiste également sur le fait que « *le recours à un spécialiste est indispensable* » : A. LIENHARD, *Procédures collectives 2017/2018*, 7^e éd., Delmas, 2016, p. 205.

⁹²⁸ F. PEROCHON, *Entreprise en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, p. 377.

⁹²⁹ Com. 17 sept. 2013, n°11-25.660 NP.

⁹³⁰ X. F. LUCAS et H. LECUYER, « La loi de sauvegarde article par article (1^{ère} partie) », *LPA*, févr. 2006, n°28, p.64 ; C. LEBEL, *L'élaboration du plan de continuation de l'entreprise en redressement judiciaire*, éd., PUAM, 2000 ; Ph. DEBELECQUE, « Bilan économique et social », *J.-Cl. com.* fasc. 2300 ; Ph. PEYRAMAURE, « Le bilan économique et social dans la loi du 25 janv. 1985 », *JCP E* 1986, 15167 ;

⁹³¹ Il s'agit d'« *évaluer les risques que fait courir l'exploitation de l'environnement et de chiffrer les coûts éventuels d'une remise en état ou de mesures d'urgence qui peuvent peser sur les chances de sauvetage de l'entreprise* » : C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd. LGDJ, 2016, p.607 ; v. aussi C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Entreprise en difficulté et environnement durable », *Journ. Sociétés*, juill. 2012, p. 22.

l'entreprise exploite des installations classées⁹³². Selon le constat général révélé par le bilan, un projet de plan est alors établi⁹³³. Si la procédure est une sauvegarde, le projet de plan est élaboré par le débiteur avec le concours de l'administrateur⁹³⁴. Ce sera l'inverse lorsqu'il s'agira d'une procédure de redressement judiciaire⁹³⁵. La raison réside dans le fait qu'en sauvegarde classique, le débiteur ne soit pas en cessation des paiements⁹³⁶ ; que la procédure soit ouverte à son initiative⁹³⁷.

435. Le code de commerce⁹³⁸ détermine précisément le contenu du projet de plan devant être soumis au tribunal. Quatre volets essentiels peuvent être relevés : la détermination des perspectives de redressement de l'entreprise en fonction des possibilités et modalités de ou des activité (s), de l'état du marché et des moyens de financement disponibles ; la définition des modalités de règlement du passif et les garanties éventuelles que le débiteur doit souscrire pour en assurer l'exécution ; l'exposition et la justification des perspectives d'emploi ainsi que les conditions sociales envisagées pour la poursuite de l'activité et, le cas échéant, les éventuels licenciements et le recensement et l'analyse des offres d'acquisition présentées par des tiers et l'indication des activités dont l'arrêt ou l'adjonction sont proposés pour permettre le redressement.
436. Des solutions particulières sont prévues lorsque l'entreprise est une société dont le projet de plan prévoit une modification du capital. Dans une telle hypothèse, l'approbation de l'assemblée générale est requise⁹³⁹. La modification prend effet lorsque le plan proposé est arrêté par le tribunal⁹⁴⁰. La loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle⁹⁴¹ n'a pas changé ces dispositions.
437. En revanche, le champ d'application de l'article L.626-3 relatif à cette modification du capital a été étendu aux modifications statutaires. De même, le tribunal peut dorénavant décider que l'assemblée compétente statuera sur les modifications statutaires, sur première convocation, à

⁹³² Art. L. 623-1, al. 3, c. com.

⁹³³ A. JACQUEMONT et ALii, *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd., LexisNexis, 2017, p. 413.

⁹³⁴ Art. L.626-2, c. com.

⁹³⁵ Art. L.631-1, c. com.

⁹³⁶ Art. L.620-1, c. com.

⁹³⁷ Art. R.621-1, c. com.

⁹³⁸ Art. L.626-2 et L.631-19, c. com.

⁹³⁹ Art. L.626-3, c. com.

⁹⁴⁰ Art. L.626-3, al. 3, c. com.

⁹⁴¹ L. n°2016-1547 du 18 déc. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e, *JORF* n°0269 du 19 déc. 2016, texte n°1.

la majorité des voix dont disposent les associés ou actionnaires présents ou représentés, dès lors que ceux-ci possèdent au moins la moitié des parts ou actions ayant le droit de vote⁹⁴². Sur deuxième convocation, il est également fait application des dispositions de droit commun relatives au quorum et à la majorité⁹⁴³.

438. Dans le cas particulier des procédures passerelles, l'essentiel du projet de restructuration du débiteur et, éventuellement d'un créancier⁹⁴⁴, est relatif à l'apurement du passif. C'est une finalité traditionnelle des procédures collectives ; mais spécialement, « *le plan de sauvegarde {...} est une sorte de moratoire de paiement, qui prend acte des remises ou délais consentis par les créanciers* ». ⁹⁴⁵ Il précise les conditions de paiement des créances détenues par les créanciers membres des comités et celles du règlement des créances appartenant aux créanciers hors comités⁹⁴⁶, ces derniers devant être consultés selon la procédure de droit commun⁹⁴⁷.
439. A l'image des *creditors committee* en droit fédéral américain de la faillite, les comités de créanciers en droit français sont plutôt d'obédience libérale : « *les comités doivent être souverains dans leurs décisions de remise de dettes et de délais de paiement, dès lors qu'elles ne concernent que leurs membres* ». ⁹⁴⁸ Les dispositions des articles L.626-12 et L. 626-18 sont écartées par l'article L.626-30-2⁹⁴⁹ dans la sauvegarde classique, solution qui peut être étendue aux sauvegardes accélérées par le renvoi général qu'effectue l'article L.628-1 du code de commerce ; ce qui marque, selon un auteur, « *la croissance de discriminations dans le traitement des créances et même des créanciers, la contractualisation permettant de tenir en échec l'égalité, sous le contrôle final du tribunal* ». ⁹⁵⁰
440. Est ainsi écartée, la limitation de la durée du plan et, par ricochet, celle des délais de paiement à dix ans (quinze pour les agriculteurs). De même, l'obligation d'effectuer un premier versement dans l'année, suivi, à partir de la troisième année, d'un versement minimal de cinq

⁹⁴² Art. L.626-3, al. 1, c. com.

⁹⁴³ *id.*

⁹⁴⁴ Art. L.626-30-2 applicable sur renvoi de l'art. L.628-1, c. com.

⁹⁴⁵ : C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2016, p. 610.

⁹⁴⁶ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, p. 405.

⁹⁴⁷ V. *supra*, n°288.

⁹⁴⁸ A. LIENHARD, *in RPC* n°82, p. 33.

⁹⁴⁹ Tel que modifié par L. n°2016-1547 du 18 déc. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e, *JORF* n°0269 du 19 déc. 2016, texte n°1 : art. 99.

⁹⁵⁰F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, p. 406.

pourcents par an est aussi écartée. C'est dire que les comités et les créanciers obligataires pourraient accepter un plan sur seize ans, avec versement unique au terme des seize ans⁹⁵¹.

441. Les remises sont consenties par les créanciers soit individuellement, soit dans le cadre des comités lors de l'élaboration du projet de plan. Le tribunal ne peut que donner acte des délais et remises dans son jugement qui arrête le plan. Les mesures acquièrent alors un caractère obligatoire et s'imposent à tous les créanciers dans les comités y compris les créanciers minoritaires. Il importe de préciser que le tribunal ne peut, contrairement dans la procédure de sauvegarde classique⁹⁵², imposer ni de délai, ni de remise aux créanciers, ce qui serait une disposition qui réduit l'efficacité du plan selon un auteur⁹⁵³.
442. Toutefois, ce ne sont pas toutes les créances qui peuvent faire l'objet de remise et/ou d'accord de délais de paiement. Elles sont nominativement indiquées dans le code de commerce⁹⁵⁴. Il s'agit : des créances salariales garanties par le super privilège des salariés - pour l'application de cette exception, il n'est pas fait de distinction selon que les sommes sont dues aux salariés ou l'AGS⁹⁵⁵, subrogés dans leurs droits après leur avoir fait avance de ces sommes - ; des créances résultant des contrats de travail garanties par le privilège général des salaires prévu par les articles 2101, 4° et 2104, 2° du code civil, mais à condition d'avoir été avancées par L'AGS ou d'avoir fait l'objet d'une subrogation au profit d'un tiers - ces créances ne sont, par conséquent, pas exclues du plan lorsque le salarié en est toujours titulaire - ; des petites créances, c'est-à-dire les créances les plus faibles - ces dernières sont remboursées sans délai ni remise, mais le remboursement est effectué dans l'ordre croissant de leur montant, sans que chacune puisse dépasser trois cents euros, et dans la limite de cinq pourcents du passif estimé. Il s'agit de conditions cumulatives - ; des créances privilégiées lorsque le bien sur lequel porte la garantie sort du patrimoine du débiteur lors de l'exécution du plan. En cas de vente d'un bien grevé d'un privilège spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque, les créanciers titulaires de ces sûretés ou d'un privilège général sont ainsi payés sur le prix, après paiement des créances salariales super privilégiées et suivant leur rang. En outre, des règles spéciales sont prévues pour le contrat de crédit de bail, lorsque le crédit preneur (le débiteur) lève l'option avant l'expiration des délais arrêtés par le plan de sauvegarde. En ce cas, la levée d'option par

⁹⁵¹F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, p. 406.

⁹⁵² Art. L.628-18, c. com.

⁹⁵³ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, p. 473.

⁹⁵⁴ Art. L.626-20, c. com.

⁹⁵⁵ Association pour la gestion du régime d'assurances des créances salariales.

le débiteur impose le paiement intégral des sommes dues même celles antérieures au jugement d'ouverture, sous déduction toutefois des remises acceptées.

443. Dans les procédures passerelles, la remise des dettes est importante, et pourrait « être imposée aux membres des comités qui n'y étaient pas disposés » selon un auteur ⁹⁵⁶, s'appuyant sur un argument selon lequel « *la loi majoritaire de pairs au sein du comité pourra faire ce qui est interdit au tribunal* ». ⁹⁵⁷
444. Par ailleurs, le projet de plan peut prévoir la conversion des créances « *en titres donnant ou pouvant donner accès au capital* ». ⁹⁵⁸ En d'autres termes, il s'agit de la conversion de créances en actions, ou bons de souscription d'actions ou autres titres convertibles en actions ⁹⁵⁹. Toutefois, il n'en serait ainsi que dans les sociétés par actions à responsabilité limitée : cette précision n'est pas explicite dans l'article L.626-5 du code de commerce, ce qui pourrait s'expliquer par l'absence d'un tel risque dès lors qu'un accord individuel et écrit est exigé ⁹⁶⁰, ou parce qu'elle serait inutile. Le projet de plan peut prévoir aussi un traitement différencié et des accords de subordination ⁹⁶¹. La décision ayant statué sur le plan est susceptible de recours.

B. Une possibilité de recours contre la décision ayant statué sur le plan

445. Selon le code de commerce ⁹⁶², la décision ayant arrêté ou rejeté un plan de sauvegarde ou de redressement peut être frappée d'appel ou de pourvoi en cassation.
446. Le régime des voies de recours contre les décisions ayant statué sur les plans de redressement a été critiqué sous l'empire de la loi de 1985 : « *ces contestations portaient essentiellement sur l'admission trop restrictive des voies de recours contre les décisions statuant sur les plans de cession, et en particulier sur l'interdiction faite au débiteur de faire appel du jugement ordonnant la cession à un tiers de sa propre entreprise* ». ⁹⁶³

⁹⁵⁶ F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, p. 406.

⁹⁵⁷ N. PICOD, *La remise de dette en droit privé*, thèse de doctorat, éd., Dalloz, 2013, 349.

⁹⁵⁸ Aux termes des articles L.626-30-2, al. 2 et L.626-32, al. 2, c. com.

⁹⁵⁹ F.-X. LUCAS, « Propriété économique, propriété juridique, qui doit financer la restructuration ? », *BJE*, sept. 2013, p. 332 ; DIESBECQ, « La cession interne... », *GPC* 22 janv. 2009, p. 9.

⁹⁶⁰ En ce sens, V. A. LIENHARD, *Code des procédures collectives*, 12^e éd., Dalloz, 2014, p. 242.

⁹⁶¹ Art. L. 626-30-2, c. com. v. *infra*, n°496.

⁹⁶² Art. L. 661-1, c. com.

⁹⁶³ A. JACQUEMONT et Alii, *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd., LexisNexis, 2017, p.448.

447. La reconfiguration des procédures collectives, telle qu'elle a résulté de la réforme opérée par la loi de sauvegarde⁹⁶⁴, semble apaiser ces contestations dans la mesure où l'adoption d'un plan de cession présume l'impossibilité d'adopter un plan de redressement⁹⁶⁵, et de toutes les manières, la cession d'une entreprise n'est pas compatible avec une procédure de sauvegarde⁹⁶⁶.
448. Ces recours sont ouverts au chef d'entreprise⁹⁶⁷, à l'administrateur judiciaire, au mandataire judiciaire, au ministère public⁹⁶⁸, au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel. En l'absence de toute institution représentative du personnel au sein de l'entreprise, les recours sont exercés par le représentant des salariés. Les créanciers, et même les associés, n'ont pas qualité à exercer ces recours, sauf ceux des créanciers ayant formé une contestation dans le cadre de l'article L.626-34-1 du code de commerce relatif aux comités de créanciers et à l'assemblée des obligataires⁹⁶⁹. Ils ne peuvent pas non plus exercer une tierce opposition contre la décision prononçant la résolution du plan.
449. La solution semble discutable dès lors que le chef d'entreprise ne détient plus le monopole de la proposition du projet de plan. Autant le droit de recours est reconnu au chef d'entreprise en cas de rejet par exemple de son plan, autant il aurait dû ainsi, et dans les mêmes conditions pour un créancier ; car si le législateur a permis⁹⁷⁰ la proposition de plan par un créancier parallèlement à celle du chef d'entreprise, c'est pour élargir les possibilités de restructuration de l'entreprise. Il s'avère difficilement compréhensible que le créancier ne puisse pas avoir droit au recours contre la décision du tribunal qui concerne sa proposition de plan. Toutefois, il est admis qu'au motif qu'elle est détachable du plan, et en vertu du droit commun de l'appel du commun, la partie du jugement qui ordonne la cession des actions détenues par les dirigeants peut être frappée d'appel par ces dirigeants⁹⁷¹. Le chef d'entreprise dispose de ce droit même dans l'hypothèse d'une représentation par un administrateur judiciaire⁹⁷².

⁹⁶⁴ V. *supra*, n° 16.

⁹⁶⁵ Art. L.631-22, c. com.

⁹⁶⁶ A. JACQUEMONT et Alii, *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd., LexisNexis, 2017, p.448.

⁹⁶⁷ Paris, 3^e ch. 7 juin 2007, *Acte proc. coll.* 2008-1, n° 18.

⁹⁶⁸ Art. L. 661-1, I, 6^o, c. com.

⁹⁶⁹ « *Les créanciers ne peuvent former une contestation qu'à l'encontre de la décision du comité ou de l'assemblée dont ils sont membres* ».

⁹⁷⁰ Art. L. 626-30-2, c. com., applicable par renvoi de l'art. L. 628- 1.

⁹⁷¹ Com. 21 juin 2001, *JCP E* 2002, 121, n°5, p.127, obs. Ph. PETEL.

⁹⁷² Com. 22 mai 1990, *Bull. civ.* IV, n°154.

450. La décision ayant arrêté le un plan de sauvegarde est susceptible de tierce-opposition selon le code de commerce⁹⁷³. Cette tierce-opposition est elle-même susceptible d'appel. Cependant, la tierce opposition qui vise une décision ayant rejeté un plan ou prononcé la résolution de ce dernier est déclarée irrecevable par le code de commerce⁹⁷⁴.
451. L'appel formé contre la décision ayant adopté ou rejeté le plan n'a pas d'effet suspensif. Cependant, une exception a été posée s'agissant de l'appel formé par le ministère public⁹⁷⁵. En ce cas, la période d'observation est automatiquement prolongée jusqu'à l'arrêt de la cour d'appel⁹⁷⁶. Par ailleurs, le plan ayant été approuvé avant l'ouverture de la procédure, la durée de la période d'observation est courte dans les procédures passerelles.

II. La période d'observation dans la procédure de sauvegarde accélérée

452. Les sauvegardes accélérées permettent une restructuration rapide des dettes d'une entreprise par l'adoption d'un plan, en dépit de l'opposition de certains créanciers⁹⁷⁷. Les créanciers, regroupés au sein des comités selon la nature des créances, sont consultés dans le cadre de ces comités (A). La purge d'éventuelles contestations se fait en même temps que l'arrêté du plan (B).

A. La consultation et le vote du projet de plan

453. Dans la procédure de sauvegarde accélérée, la consultation se fait dans le cadre des comités de créanciers que sont le comité des établissements de crédit et celui des principaux fournisseurs. Dans la sauvegarde classique, une entreprise doit remplir des conditions de seuils pour que ces comités soient mis en place⁹⁷⁸. Dans les passerelles de sauvegarde accélérée, il est dérogé à cette règle, puisque le tribunal qui ouvre la procédure est obligé d'ordonner leur constitution dans son jugement d'ouverture⁹⁷⁹. Le cas échéant, le comité des obligataires est constitué. La raison tient, sans doute, au fait que les procédures passerelles sont par nature des plans avec

⁹⁷³ Art. L. 661-3, al. 1^{er}.

⁹⁷⁴ Art. L. 661-3, al. 3, c. com.

⁹⁷⁵ Art. L. 661-1, II, c. com.

⁹⁷⁶ Art. L. 661-9, al. 2, c. com.

⁹⁷⁷ D. VIDAL, G. C. GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, 1^{re} éd., Gualino, Lextenso éditions, 2015-16, p. 250.

⁹⁷⁸ 150 salariés ou un chiffre d'affaires de plus de 20 millions d'euros. La satisfaction de l'une des deux conditions suffit.

⁹⁷⁹ Art. L.628-4, c. com.

comités. La constitution de chaque comité est strictement limitée aux créanciers devant subir le plan⁹⁸⁰.

454. Les créanciers qui sont hors comités doivent être consultés⁹⁸¹ ; mais puisqu'ils n'appartiennent à aucun des comités, et faute de texte spécifique, ils sont individuellement consultés selon la règle de droit commun⁹⁸². Ces créanciers hors comités ne se voient pas imposer, par le tribunal, ni de délais de paiement ni de remises de dettes. Le quatrième alinéa de l'article L.626-18 du code de commerce, relatif à l'imposition des délais uniformes de paiement, ne peut leur être appliqué⁹⁸³. Cette exception explique par ailleurs la consultation de ces créanciers selon le mode du droit commun.
455. Des auteurs ont cependant manifesté leur désaccord vis à vis de l'éviction de cet article. La question s'est posée de savoir pourquoi consulter et soumettre ces créanciers à la discipline collective alors qu'on n'a pas besoin d'eux en ce qu'on ne peut leur imposer ni de délais ni de remises ? Un auteur pense que : « *il aurait été plus simple et intelligible de limiter les effets de la procédure aux créanciers membres des comités* ».⁹⁸⁴ Cet avis n'a toutefois pas été partagé par d'autres auteurs. Selon ces derniers, « *il aurait été difficile de déterminer avec précision les créanciers soumis aux comités, et notamment les petits fournisseurs* ».⁹⁸⁵
456. Il faut reconnaître que l'éviction de cet article présente, sinon aucun, peu d'intérêt dès lors que la règle était à l'origine de ne pas consulter les créanciers qui n'appartiennent à aucun des comités devant être formés. D'ailleurs, le code de commerce permet à l'administrateur judiciaire de se décharger de l'obligation de consultation, si le projet de plan respecte les modalités de paiement prévues pour les créances des créanciers hors comités⁹⁸⁶. Pour un praticien, il faudra « *les payer comptant à l'arrêté du plan pour la créance non contestée ou bien à l'échéance de la créance, si elle n'est pas exigible ; ceci en transposant le régime du*

⁹⁸⁰ Art. L.626-30-2, al. 5, c. com., P.-M. LE CORRE, *Droit et Pratiques des procédures collectives*, 9^e éd., Dalloz action, 2016, p. 1264.

⁹⁸¹ Ph. PETEL, « Entreprise en difficulté : encore une réforme ! », *JCP E* 2014, n° 14, p. 1223.

⁹⁸² Art. L.626-5, c. com. auquel il n'est pas dérogé, et auquel renvoie l'art. L.628-1, al. 1^{er}.

⁹⁸³ Selon l'art. L.628-8, al. 3 du c. com., tel que modifié par l'ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

⁹⁸⁴ F. PEROCHON, « Procédure avec comités de créanciers, sauvegarde accélérée et SFA, après l'ordonnance du 12 mars 2014 », *BJE*, 2014, p. 180 s, sp. 181.

⁹⁸⁵ Ph. ROUSSEL GALLE, « La réforme du droit des entreprises en difficulté par l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Rev. Sociétés*, 2014, n°24, p. 351 s., Sp. 356.

⁹⁸⁶ Art. L.626-5, al. 4, c. com.

*droit commun du passif non affecté par le plan défini par l'article L.626-5, alinéa 4, qui dispense alors le mandataire judiciaire de l'obligation de consultation. La consultation, pour autant, n'est pas interdite, avec l'avantage que les créanciers « taisants » sont présumés accepter comme en droit commun ».*⁹⁸⁷

457. Toutefois, la consultation des créanciers hors comités peut présenter un intérêt si certains d'entre eux acceptent, de façon consciente ou par négligence, les propositions du chef d'entreprise ; car dans cette hypothèse, le juge donnera acte à ces propositions⁹⁸⁸. *A contrario*, elle ne sera d'aucune utilité s'ils refusent les propositions, puisque le juge ne peut imposer des délais uniformes dans une procédure de sauvegarde accélérée, pourtant si importants dans la sauvegarde ordinaire. L'ordonnance du 12 mars 2014⁹⁸⁹, ainsi que les récentes réformes intervenues⁹⁹⁰ n'ayant rien précisé quant au régime applicable, il semble qu'il n'y ait autre choix que de payer les créanciers hors comités à l'échéance. Les créanciers publics peuvent être consultés quant à eux sur les remises selon une procédure spéciale, ce qui pourrait compromettre la rapidité indispensable dans une procédure accélérée. Le manque d'adaptation des règles s'agissant de ces créanciers publics a été regretté⁹⁹¹.
458. Le plan dans la sauvegarde accélérée doit être arrêté en trois mois à partir du jugement d'ouverture dans les conditions de l'article L.626-31 relatives aux conditions classiques d'adoption du plan de sauvegarde⁹⁹². A défaut le tribunal devra mettre fin à la procédure. Moins courte que la sauvegarde classique, la sauvegarde accélérée compte un mois de plus que la sauvegarde financière accélérée. Un mois supplémentaire qu'un praticien pense indispensable dans certains dossiers. Selon ce professionnel, il n'est pas expressément interdit au débiteur, pour bénéficier d'une sauvegarde financière accélérée, de solliciter l'ouverture d'une sauvegarde accélérée, même dans un cas où il n'entend restructurer que son passif financier ; le comité des principaux fournisseurs sera alors symbolique, et il suffira, pour le convaincre, de voter en faveur du projet et, pour éviter d'avoir à consulter les autres créanciers, de prévoir le

⁹⁸⁷ H. BOURBOULOUX in PEROCHON et BOURBOULOUX, « La procédure de sauvegarde et ses variantes », *RPC* 2014-4, n°34, doss. 30.

⁹⁸⁸ Art. L.626-18, al. 1^{er}, c. com.

⁹⁸⁹ V. *supra*, 18.

⁹⁹⁰ Notamment Ord. n°2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n°0035 du 11 févr. 2016, texte n°26.

⁹⁹¹ P.-M. LE CORRE, *Droit et Pratiques des procédures collectives*, 9^e éd., Dalloz action, 2016, p. 1264.

⁹⁹² Selon les dispositions de l'article L.628-8, al.1 du code de commerce.

paiement à l'échéance de tout le passif non financier⁹⁹³. Au plus, ce mois supplémentaire s'avère aussi utile eu égard au nombre important de créanciers concernés qui doivent être concernés.

459. Les procédures de vote et d'homologation du plan d'une sauvegarde accélérée sont pour la plupart les mêmes que dans la sauvegarde classique. C'est le sens du renvoi général de l'article L.628-1 au titre II du code de commerce relatif à la sauvegarde.
460. La détermination des droits de vote est soumise au principe de l'exclusion du vote des créanciers dont les créances ne sont pas affectées par le plan⁹⁹⁴. L'ordonnance du 12 mars 2014⁹⁹⁵ enjoint aux comités, dont très probablement l'assemblée des obligataires, d'informer très rapidement l'administrateur de « *l'existence de toute conversion soumettant son vote à des conditions ou ayant pour objet le paiement total ou partiel de la créance par un tiers ainsi que de l'existence d'accords de subordination* ».⁹⁹⁶ L'injonction contenue dans ce texte viserait globalement, outre les accords de subordination et les conventions de vote, les CDS⁹⁹⁷, mais également d'autres domaines puisqu'il semble concerner le cautionnement, les garanties à première demande, l'affectation ou la cession à titre de garantie d'un bien par un tiers. Les garanties réelles consenties par le débiteur sont tout de même logiquement exclues.
461. « *L'administrateur soumet à ce créancier les modalités de calcul des voix correspondant aux créances lui permettant d'exprimer un vote* », et ce huit jours avant la date du vote dans le but de lui faire accepter ce calcul⁹⁹⁸. Si un désaccord surgit entre temps, qui doit être exprimé quarante-huit heures avant le vote, l'administrateur ou le créancier peuvent saisir le président du tribunal statuant en référé⁹⁹⁹. Le créancier peut, le cas échéant, interjeter appel de l'ordonnance qui sera rendue par le président du tribunal dans les dix jours suivant la notification¹⁰⁰⁰.

⁹⁹³ H. BOURBOULOUX in PEROCHON & BOURBOULOUX, « La procédure de sauvegarde et ses variantes », RPC 2014-4, n°31, doss. 30.

⁹⁹⁴ Art. L.626-30-2, al. 5, c. com.,

⁹⁹⁵ V. *supra*, n°18.

⁹⁹⁶ Art. L.626-30-2, al. 4, c. com.

⁹⁹⁷ *credit default swap*

⁹⁹⁸ Selon l'article L.626-8-2, al. 4, c. com.

⁹⁹⁹ Conformément à l'article R. 626-58, al.2 du code commerce.

¹⁰⁰⁰ Art. R. 626-64 issu du décret n°2014-736 du 30 juin 2014 pris pour l'application de l' ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

462. Les comités disposent d'un délai compris entre vingt et trente jours compressibles jusqu'à huit jours (pour la SFA)¹⁰⁰¹ et (quinze jours pour la SA)¹⁰⁰² pour délibérer sur chaque projet de plan s'il y en a plusieurs. La décision est prise par chaque comité à la majorité des deux tiers du montant des créances détenues par les membres ayant exprimé un vote, tel qu'il a été indiqué par le débiteur et certifié par le commissaire aux comptes ou, à défaut, par un expert-comptable. Avant le vote, les créanciers reçoivent les observations de l'administrateur judiciaire, des représentants du comité d'entreprise ou des délégués du personnel¹⁰⁰³. L'administrateur dispose de huit jours avant le vote, pour arrêter le montant (TTC) des créances des créanciers devant voter dans chaque comité ainsi que la liste de ceux qui sont exclus du vote, laquelle sera communiquée à tous les votants¹⁰⁰⁴.
463. Après la détermination des droits de vote, quel projet est-il soumis au vote ? La question peut paraître anodine. Cependant elle mérite d'être posée. Selon les termes du troisième alinéa de l'article L.626-30-1, une discussion peut avoir lieu entre le débiteur et l'administrateur sur la nécessité de la modification de certains projets avant le vote au sein des comités. Si cette mention présente, dans un sens, l'intérêt de laisser une marge de manœuvre au chef d'entreprise afin d'affiner le projet de plan, elle peut avoir, dans l'autre, l'inconvénient de compliquer la procédure ; car le comité des créanciers, celui des fournisseurs et, le cas échéant, l'assemblée des obligataires, doivent voter le même projet. Toutefois, rien n'interdit de distancer de quelques heures ou jours le vote des deux comités, de sorte que le projet voté par le premier puisse être voté par le second. Le même projet sera soumis aux obligataires dont le vote doit intervenir quinze jours après le vote des comités. Cependant quelle serait dans ce cas de figure la validité des consultations et informations transmises au regard du projet initial en cas de modification importante de ce dernier ? Cette question demeure.
464. Quoique la loi ne soit pas claire sur la question, rien ne semble empêcher un vote numérique dans la mesure où aucun texte n'exige la réunion physique des comités. D'ailleurs, la commission européenne a fait une recommandation dans ce sens en 2014 : elle a mis en avant « *l'égalité de traitement* {des créanciers}, *quel que soit le lieu où ils sont établis* », pour recommander la validité du vote « *par des moyens de communication à distance, telles que les*

¹⁰⁰¹ Art. L. 628-, c. com.

¹⁰⁰² Art. L.626-30-2, al.3, c. com.

¹⁰⁰³ Art. R.626-59, c. com.

¹⁰⁰⁴ Art R.626-58 c. com.

technologies électroniques sécurisées ou par lettre recommandée ». ¹⁰⁰⁵ Cette recommandation présente aussi l'intérêt de réduire le coût de la procédure pour les parties concernées.

465. S'agissant de la condition de majorité pour l'adoption du plan, l'ordonnance du 18 décembre 2008¹⁰⁰⁶ a apporté un assouplissement afin de permettre l'adoption rapide du plan : une majorité des deux tiers du montant des créances détenues par les membres des comités « *ayant exprimé un vote* », et non plus du montant total des créances. La majorité par tête qui profitait aux détenteurs de petites créances s'en trouve exclue. En outre, les absences ne sont plus considérées comme des votes négatifs, et l'abstention n'empêche ni l'adoption du plan ni la soustraction de ses auteurs aux effets du plan. L'assemblée des obligataires, s'il en a été formé une, doit « *délibérer sur le projet de plan adopté par les comités de créanciers* », et spécialement sur les créances obligataires ; les conditions de majorité sont les mêmes que pour les comités de créanciers « *nonobstant toute clause contraire et indépendamment de la loi applicable au contrat d'émission* ». ¹⁰⁰⁷ Si le projet voté par les comités n'est pas celui proposé par le débiteur, les textes prévoient qu'il « *donne lieu aux communications prévues à l'article L.626-8* ¹⁰⁰⁸ », à l'attention des représentants du personnel, du mandataire judiciaire, du ministère public et de l'autorité administrative compétente en matière du droit du travail¹⁰⁰⁹. Dans un tel cas de figure, le créancier qui a proposé un projet de plan concernant un débiteur exerçant « *une activité bénéficiant d'une autorisation administrative, d'un agrément, d'un conventionnement ou d'une habilitation* » relevant de la loi relative à l'économie sociale et solidaire¹⁰¹⁰, doit consulter cette autorité sur son projet de plan¹⁰¹¹. La purge des contestations se fait au même moment que l'homologation du plan.

B. La purge des contestations et l'homologation du plan

466. Avant ou pendant l'arrêté du projet de plan par le tribunal, des contestations peuvent avoir lieu. Ces contestations sont relatives à la constitution et au vote des comités de créanciers et de

¹⁰⁰⁵ Recommandation européenne, 12 mars 2014 (2014/135/UE), n°19, relative à une nouvelle approche en matière de défaillance et d'insolvabilité des entreprises.

¹⁰⁰⁶ V. *supra*, n°16.

¹⁰⁰⁷ Art. L.626-32, al. 3, c. com.

¹⁰⁰⁸ Il s'agit notamment de la consultation et de l'information du comité d'entreprise et du mandataire judiciaire sur les mesures que le chef d'entreprise envisage de proposer dans le projet de plan au vu des informations et offres reçues.

¹⁰⁰⁹ Art. L.626-30-3, c. com.

¹⁰¹⁰ Loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire.

¹⁰¹¹ Art. L.626-2-1, c. com.

fournisseurs, à l'arrêté du plan ou à la modification de celui-ci. Les contestations peuvent également porter sur les créances par le mandataire judiciaire. Toutefois, les créanciers ne peuvent former une contestation qu'à l'encontre de la décision du comité ou de l'assemblée dont ils sont membres¹⁰¹².

467. Celle des parties qui se sent lésée par le plan par rapport à la protection de ses intérêts peut saisir le tribunal dans les dix jours suivant le vote des comités ou de l'assemblée des obligataires¹⁰¹³. Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008 précitée, toutes les contestations dont le tribunal sera saisi sont examinées pendant qu'il statue sur le projet de plan¹⁰¹⁴. En d'autres termes, « *le tribunal statue dans un même jugement* »¹⁰¹⁵ sur l'arrêté du plan et sur les contestations, l'audience ne pouvant alors avoir lieu moins de cinq jours après l'expiration du délai imparti pour former les contestations¹⁰¹⁶. L'affaire Thomson¹⁰¹⁷ en donne une illustration. Dans cette dernière, la contestation soulevée était relative à l'irrégularité du vote en raison du calcul des droits de vote qui n'avait tenu compte que des intérêts - alors que le principal aurait dû aussi compter pour permettre le vote des obligataires porteurs de titres super privilégiés¹⁰¹⁸ - ; mais compte tenu de la forte adhésion que le projet de plan avait connue, le tribunal a décidé de l'arrêter en estimant que ce vice n'avait pas eu d'influence sur le vote.
468. Par ailleurs, le mandataire judiciaire peut former une contestation contre une créance. Selon le code de commerce, en cas de contestation d'une créance à l'ouverture d'une procédure judiciaire, le mandataire judiciaire en avise le créancier afin qu'il fasse connaître ses explications¹⁰¹⁹ ; le titulaire de la créance contestée dispose de trente jours pour apporter ces explications à compter de la date de réception de la lettre recommandée avec avis de réception que le mandataire lui a envoyée, sous peine de prescription. En revanche, s'il répond à la lettre d'information dans le délai, les parties sont alors convoquées par le juge commissaire pour statuer sur l'état des créances. Seul le juge commissaire est compétent pour statuer sur la

¹⁰¹² Art. L. 626-34-1, al. 2, c. com.

¹⁰¹³ Art. R.626-63, c. com.

¹⁰¹⁴ Art. L.626-34-1, al. 1^{er}, c. com.

¹⁰¹⁵ Versailles, 13^e ch. 18 nov. 2010, n°10/01433 ; D. 2010, obs. A. LIENHARD, *BJE*, 2011, n°2, p. 14.

¹⁰¹⁶ Art. R.626-63, al. 3, c. com.

¹⁰¹⁷ Trib. com. Nanterre, 17 févr. 2010, *Rev. des sociétés* 2010, p. 244, obs. B. GRELON ; v. supra, n°183 et s.

¹⁰¹⁸ En violation de l'art. L.626-32, c. com. : « *lorsqu'il existe des obligataires, une assemblée générale constituée de l'ensemble des créanciers titulaires des obligations émises en France ou à l'étranger est convoquée dans des conditions définies par décret en Conseil d'État, afin de délibérer sur le projet de plan adopté par les comités de créanciers* ».

¹⁰¹⁹ Art. L.622-7, c. com.

déclaration d'une créance ainsi que sur l'existence de celle-ci. Toutefois, la procédure de vérification de la créance ne portant que sur l'existence du montant et la nature de la créance, le juge commissaire n'est pas compétent pour se prononcer sur la nullité d'un contrat¹⁰²⁰. La décision prise par le juge commissaire peut faire l'objet de recours devant la cour d'appel. Sur l'exercice de cette faculté, la chambre commerciale de la Cour de cassation a, dans un arrêt du 9 avril 2013, apporté des précisions¹⁰²¹. Elle a notamment indiqué que la cour d'appel qui relève son incompetence, pour statuer sur une contestation de déclaration de créance, ne peut non plus constater la forclusion sans laisser aux parties la faculté de saisir le juge compétent.

469. En matière de vérification des créances, les contestations du mandataire judiciaire doivent être claires de manière à permettre au créancier de donner utilement ses explications. Sinon ce dernier aura toujours le droit de s'opposer à sa contestation même au-delà du délai de trente jours. Tel est le sens d'un arrêt¹⁰²² rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 23 septembre 2014. En l'espèce, suite au redressement judiciaire, puis à la liquidation judiciaire d'une société, un créancier déclare sa créance qui fait alors l'objet d'une contestation par le mandataire judiciaire. Le créancier n'ayant pas répondu dans le délai de trente jours, et la cour d'appel ayant déclaré ce créancier en droit de donner ses explications en dépit de l'expiration du délai de réponse en retenant notamment que les contestations du mandataire judiciaire n'étaient pas suffisamment explicites, le débiteur et le liquidateur judiciaire se pourvoient en cassation. La Cour de cassation rejette le pourvoi et retient la solution de la cour d'appel. Le législateur et la jurisprudence renforcent ainsi la protection des intérêts des créanciers, ce qui s'accroît au moment de l'homologation du plan.
470. En principe le plan voté par les deux comités et approuvé par l'assemblée des obligataires s'impose au tribunal qui doit l'arrêter sous réserve des contestations et du respect des conditions procédurales¹⁰²³. Cela démontre le caractère contractuel d'un plan de restructuration pré-négocié. Le tribunal doit s'assurer que « *les intérêts de tous les créanciers sont suffisamment protégés* »¹⁰²⁴, et qu'il existe sans contestation possible une possibilité de sauvegarde de l'entreprise comme dans le plan de redressement judiciaire¹⁰²⁵. Le plus souvent, ce sont les

¹⁰²⁰ Com. 19 mai 2004, n°01-13542, *Bull. civ. IV*, n°100, p. 103.

¹⁰²¹ Com. 9 avr. 2013, n°12-15414, *Bull. civ. IV*, n°59.

¹⁰²² Com. 23 sept. 2014, n°12-29404, *Bull. civ. IV*, n°132.

¹⁰²³ Com. 19 févr. 2013, n°11-28256 NP.

¹⁰²⁴ Art. L.626-31, al. 1, c. com.

¹⁰²⁵ Com. 18 mars 2014, n°13-10859, n°13-10865, n°13-10864, n°13-10860, APC, 11 avr. 2014, n°142 : rejet des plans « *en l'absence de possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée* ».

créanciers minoritaires membres des comités qui sont concernés par cette vérification. Ces minoritaires peuvent être victimes d'un abus de pouvoir de la part des majoritaires. C'est une protection que la loi leur accorde afin d'assurer l'équilibre et l'équité du plan. C'est d'ailleurs sur le fondement du non-respect de cette conditions d'équilibre et d'équité du plan que le tribunal peut refuser d'arrêter un plan, les dispositions de l'article L.626-31 du code de commerce devant être interprétées comme un ordre public.

471. L'homologation du plan par le tribunal confère au plan une portée significative, car elle « *rend applicables à tous les membres les propositions acceptées par chacun des comités* » et, le cas échéant, par l'assemblée des obligataires. Le tribunal donne acte des délais et remises acceptés sans aucune possibilité de modification¹⁰²⁶. C'est dire que le contenu global négocié et accepté par les créanciers s'impose purement et simplement au tribunal et à tous les comités, excepté les créanciers dont la créance est assortie d'une fiducie-sûreté¹⁰²⁷ : « *la fiducie permet de séparer le patrimoine personnel du fiduciaire du patrimoine fiduciaire* ». ¹⁰²⁸ Le plan s'impose aussi bien aux créanciers minoritaires qui ne l'ont pas voté qu'à ceux forclos membres des comités. Pour ces derniers, la qualité de membre est une obligation légale attachée à la créance de sorte qu'ils ne la perdent pas du seul fait qu'ils n'ont pas déclaré leurs créances¹⁰²⁹. Seules les créances des créanciers non membres des comités sont réglées selon le droit commun après consultation individuelle diligentée par le mandataire judiciaire¹⁰³⁰. A ces créanciers, le tribunal peut imposer des délais uniformes¹⁰³¹. D'où il peut être compris que la constitution des comités de créanciers n'est pas qu'un simple cadre de consultation ; elle est aussi le socle d'un nouveau mode d'adoption du plan à la fois contractuel et judiciaire¹⁰³².
472. Lorsque le tribunal, après avoir satisfait à l'obligation de vérification de l'équité du plan précédemment évoquée, n'estime pas pouvoir l'homologuer, il doit automatiquement mettre fin à la procédure¹⁰³³. Il n'y aura aucune possibilité de conversion en sauvegarde classique ou

¹⁰²⁶ Art. L. 626-18, c. com.

¹⁰²⁷ En revanche, ces créanciers seront soumis au plan pour la partie de leurs créances qui n'est pas garantie par une fiducie-sûreté.

¹⁰²⁸ S. PRIGENT, « Fiducie et procédures collectives », *Rev. fr. compt.*, n°423, p. 8.

¹⁰²⁹ Art. L.626-30-1, c. com.

¹⁰³⁰ Art. L.626-33, c. com.

¹⁰³¹ Art. L.626-18, c. com.

¹⁰³² J. DEHARVENG, *Bull. actul. Lamy*, comm. n°182, 2005, p. 5.

¹⁰³³ Art. L.628-8, al. 2, c. com.

en redressement judiciaire. Ce qui peut être regretté¹⁰³⁴. C'est en cela par ailleurs que le chef d'entreprise, qui a opté pour la solution de la passerelle, peut subir des conséquences néfastes du fait notamment des publicités qui auront été déjà faites. Les règles régissant la sauvegarde accélérée sont quasiment les mêmes qui régissent, sous réserve de quelques exceptions¹⁰³⁵, la sauvegarde financière accélérée¹⁰³⁶, de sorte que, pour cette dernière, il peut être renvoyé aux développements qui précèdent.

III. La période d'observation dans la procédure de sauvegarde financière accélérée

473. La sauvegarde financière accélérée est issue de la loi de régulation bancaire et financière de 2010¹⁰³⁷. Elle est régie par les mêmes dispositions que la sauvegarde accélérée dans le respect du renvoi général de l'article L.628-1 et sous réserve des dispositions des articles L.628-9 et L.628-10 qui lui sont propres. Sa particularité par rapport à la sauvegarde accélérée réside dans ce que seules les dettes financières sont concernées (A) ; que sa période d'observation est réduite à sa plus petite expression (B).

A. Une restructuration exclusivement financière

474. Selon le code de commerce¹⁰³⁸, lorsque les comptes du débiteur font apparaître que la nature de l'endettement rend vraisemblable l'adoption d'un plan par les seuls créanciers ayant la qualité de membres de comité des établissements de crédit et, s'il y a lieu, de l'assemblée des obligataires, le débiteur peut, s'il répond aux conditions de l'article L.628-1 - c'est-à-dire être engagé dans une procédure de conciliation ; avoir un plan déjà préparé et bénéficiant d'un soutien large des créanciers ; et ne pas être en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours -, demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde financière accélérée.

475. A la différence de la procédure de sauvegarde accélérée, dans la sauvegarde financière accélérée seuls les créanciers financiers et, le cas échéant, les obligataires sont affectés par le plan. Lors du jugement d'ouverture, seule la constitution du comité des établissements de crédit est ordonnée par le tribunal. La durée de la période d'observation dans la passerelle de la sauvegarde financière accélérée est plus courte que dans celle de la sauvegarde accélérée.

¹⁰³⁴ V. *infra*, n°1066.

¹⁰³⁵ Seules les dispositions des art. L. 628-9 et L.628-10 sont propres à la sauvegarde financière accélérée.

¹⁰³⁶ Art. L. 628-1, c. com.

¹⁰³⁷ V. *supra*, n°17.

¹⁰³⁸ Art. L.628-9, c. com.

B. Une période d'observation éclair

476. La sauvegarde financière accélérée ne dure qu'un mois : « le délai prévu à l'article L.628-8 {celui de trois mois de la sauvegarde accélérée} est réduit à un mois. Toutefois le tribunal peut le proroger d'un mois au plus ». ¹⁰³⁹ Ce délai est le temps nécessaire à la réunion du comité des établissements de crédit et, le cas échéant, de l'assemblée des obligataires pour le vote du plan préparé en amont de la procédure de conciliation. Le délai de vingt à trente jours ¹⁰⁴⁰ nécessaire pour le vote des créanciers - réduit à quinze jours dans la sauvegarde accélérée -, est réduit à huit jours dans la sauvegarde financière accélérée ¹⁰⁴¹.
477. L'adoption des passerelles de sauvegarde accélérée en droit français a eu un impact sur la sauvegarde ordinaire. Elles sont, en outre, efficaces au regard du droit européen de l'insolvabilité.

Paragraphe. III. Les procédures passerelles : impact sur le droit commun et efficacité au regard du droit européen.

478. Les réformes du droit des entreprises en difficulté, opérées en 2010 et en 2014 ¹⁰⁴², qui ont respectivement adopté la sauvegarde financière accélérée et la sauvegarde accélérée, ont eu un impact direct sur le droit commun de la sauvegarde (I). Sur le plan européen, ces sauvegardes accélérées sont éligibles à l'annexe A du règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité (II).

I. L'impact sur le droit commun

479. Suivant les leçons tirées des affaires Thomson et Autodistribution ¹⁰⁴³, la réforme du droit des entreprises en difficulté, opérée par la loi de régulation bancaire et financière de 2010 et par l'ordonnance du 12 mars 2014 citées plus haut, a directement influé sur le droit commun de la sauvegarde. L'adoption des sauvegardes accélérées a, en effet, nécessité certaines innovations. Entre autres, les accords de subordination ont été tenus en compte (A), le régime de vote au sein des comités a été organisé selon que le plan affecte ou non un créancier (B), le principe de paiement *in fine* des prêts dans le plan imposé a été modifié (C).

¹⁰³⁹ Art. L.628-10, al. 2, c. com.

¹⁰⁴⁰ Art. L.626-30-2, al. 3, c. com.

¹⁰⁴¹ Art. L.628-10, al. 2, c. com.

¹⁰⁴² V. *supra*, n°17 et 18.

¹⁰⁴³ V. *supra*, n°179 et 183.

A. Les accords de subordination

480. Les accords de subordination se sont développés avec la floraison des instruments de dette à haut risque. En droit français, ils sont consacrés par l'article L.228-97 du code de commerce pour les obligations. Depuis la réforme opérée par l'ordonnance du 12 mars 2014 précédemment citée, ces accords de subordination sont pris en compte dans les procédures collectives.
481. La division en plusieurs tranches de dettes de l'endettement d'un *SPV*¹⁰⁴⁴ au sein des financements structurés est matérialisée par la signature d'un *intercreditor agreement* ou accord des créanciers. Dans cet accord, il est de principe que les intérêts de chaque tranche de dette soit proportionnels aux risques pris comme l'indique le code de commerce¹⁰⁴⁵ : « *lors de l'émission de valeurs mobilières représentatives d'un droit de créance sur la société émettrice, y compris celles donnant le droit de souscrire ou d'acquérir une valeur mobilière, il peut être stipulé que ces valeurs mobilières ne seront remboursées qu'après désintéressement des autres créanciers, à l'exception ou y compris les titulaires de prêts participatifs et de titres participatifs, nonobstant les dispositions de l'article L. 228-36 du présent code et celles de l'article L. 313-13 et suivants du code monétaire et financier* ». En d'autres termes, un accord de subordination est un contrat dans lequel, un créancier *junior* accepte que ses créances contre un débiteur ne soient remboursées qu'après que le créancier *senior* aura été payé. Il peut s'agir soit d'une subordination générale concernant toutes les créances présentes et futures du créancier *junior*, soit d'un accord particulier concernant qu'une créance particulière du créancier *senior*. La question s'est posée de savoir si ces financements structurés étaient opposables aux procédures collectives ?
482. Avant les réformes précitées, il n'y avait pas de texte qui prévoyait un accord selon lequel, un créancier accepte la subordination du remboursement de sa créance au remboursement d'un autre créancier dont la créance a la même caractéristique que la sienne. La jurisprudence n'avait reconnu jusque-là que l'opposabilité à la procédure collective des cessions de rang¹⁰⁴⁶. Ce que reconnaissait le droit des entreprises en difficulté étaient les droits de préférence ou d'exclusivité des créanciers qui bénéficient d'une sûreté conventionnelle, d'un privilège ou

¹⁰⁴⁴ *Special purpose vehicle*, nom générique adopté pour désigner les véhicules de financement créés dans le cadre des opérations de titrisation.

¹⁰⁴⁵ Art. L. 228-97, c. com.

¹⁰⁴⁶ Com. 13 nov. 2002, n°99-15.819 NP.

d'une propriété-sûreté. Dans cette insécurité juridique, le législateur a dû intervenir lorsque le tribunal de commerce de Paris a méconnu les accords de subordination conventionnels dans l'affaire Eurotunnel alors même qu'il avait accepté le plan¹⁰⁴⁷. Cette intervention législative s'est matérialisée par l'article L.626-30-2 du code de commerce qui dispose que « *chaque projet prend en compte les accords de subordination conclus entre créanciers avant l'ouverture de la procédure* ». Une disposition similaire a aussi été posée à l'article L.626-32 pour les créances obligataires, ce qui n'était pas forcément nécessaire car les dispositions de l'article L.626-30-2 auraient tout à fait pu être transposées pour les créances obligataires. Cependant pour certains auteurs, une telle transposition aurait été impossible considérant ainsi l'assemblée des obligataires comme un troisième comité de créanciers. Quoiqu'il en soit, le législateur a préféré la clarté à la suspicion pour la détermination du régime du droit de vote au sein des comités.

B. Le vote au sein des comités

483. Dans la célèbre affaire Thomson¹⁰⁴⁸, une divergence s'est révélée entre le tribunal de commerce de Nanterre et la cour d'appel de Versailles sur le sort des créances non affectées par le plan. Le législateur français est intervenu pour trancher sur cette question ; il a également apporté une précision importante relative au régime du calcul des droits de vote.
484. Le désaccord entre le tribunal de commerce de Nanterre et la cour d'appel de Versailles¹⁰⁴⁹ dans l'affaire Thomson est né de la question de savoir si un créancier dont la créance n'est pas affectée par le plan a le droit de voter ? Le tribunal de commerce de Nanterre avait négativement répondu à la question en estimant que les créances en principal des titulaires des titres super subordonnés, qui n'étaient remboursables qu'en cas de liquidation de la société, et à condition que toutes les autres créances aient été réglées, ne devaient pas voter dans le cadre de l'assemblée des obligataires statuant sur le plan, puisque leurs créances n'étaient pas affectées. La cour d'appel de Versailles s'était opposée à cette interprétation soutenant que les porteurs de titres super subordonnés devaient voter avec notamment le montant nominal de leurs créances. Elle a été soutenue par une partie de la doctrine¹⁰⁵⁰. Le pourvoi contre cet arrêt avait été rejeté par la Cour de cassation qui a estimé que la nullité de la délibération n'était pas

¹⁰⁴⁷ Com. 30 juin 2009, n°08-11.922 ; B. Rolland, *JCP E* 2009, n°42 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *RTD com.* 2008, 854.

¹⁰⁴⁸ V. *supra* n° 183 et s.

¹⁰⁴⁹ Versailles, 13^e ch. 18 nov. RG n°10/01433.

¹⁰⁵⁰ A. JACQUEMENT et Alii parlent d'un arrêt « *logique* » : *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd., LexisNexis, 2017, p. 427.

encourue dès lors que « *l'irrégularité ayant affecté les modalités du vote des porteurs des titres super subordonnés lors de l'AUO¹⁰⁵¹ n'avait eu aucune influence sur le résultat du vote* ». ¹⁰⁵²

485. Le législateur est intervenu en formalisant la décision du tribunal de commerce de Nanterre en ces termes : « *ne prennent pas part au vote les créanciers pour lesquels le projet de plan ne prévoit pas de modification des modalités de paiement ou prévoit un paiement intégral en numéraires dès l'arrêté du plan ou dès l'admission de leurs créances* ». ¹⁰⁵³ Le principe est le même pour les créanciers obligataires. A la suite de la même jurisprudence, le législateur a dû intervenir pour préciser les modalités du calcul du droit de vote des créanciers.
486. En effet, dans la même affaire, le tribunal de commerce de Nanterre avait validé la procédure établie par l'administrateur judiciaire, pour résoudre la problématique liée au calcul du droit de vote des obligataires titulaires de titres super subordonnés, s'agissant notamment des créances d'intérêts de ces derniers.
487. Faute de disposition spécifique, la stratégie de l'administrateur avait consisté à appliquer le principe énoncé à l'article L.626-58 du code de commerce à l'assemblée des obligataires, c'est-à-dire le recours à la désignation d'un expert judiciaire. L'article R.626-58 du code de commerce résolvait déjà la difficulté concernant le comité des établissements de crédit : « *huit jours avant la date du vote, l'administrateur arrête le montant, calculé toutes taxes comprises, des créances détenues par les membres du comité appelés à se prononcer* ». Un vide juridique existait ainsi, pour le même cas, concernant l'assemblée des obligataires. La cour d'appel de Versailles a estimé que l'administrateur avait commis un excès de pouvoir.
488. Le législateur a tranché sur la compétence de l'administrateur judiciaire en la matière : l'article R.621-61-1 du code de commerce, tel que modifié par le décret du 30 juin 2014 ¹⁰⁵⁴, dispose désormais que l'administrateur est compétent pour arrêter le montant des créances qui ouvrent droit au vote huit jours avant la date de réunion de l'assemblée des obligataires.

¹⁰⁵¹ Assemblée unique des obligataires.

¹⁰⁵² Com. 21 févr. 2012, *JCP E* 2012, *sociétés et proc. coll.*,1228, note Th. BONNEAU qui met l'accent sur la consécration du « vote utile ».

¹⁰⁵³ Art. L.620-30-2, al. 5, c. com., tel que modifié par L. n°2016-1547 du 18 déc. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e, *JORF* n°0269 du 19 déc. 2016, texte n°1.

¹⁰⁵⁴ Décret n°2014-736 du 30 juin 2014 pris pour l'application de l' ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3 : art.74.

489. Une précision a également été apportée aux modalités de calcul des créances d'intérêts qui sont des créances antérieures, dont on sait qu'elles doivent normalement être prises en compte pour le vote dans le cadre des comités de créanciers et dans l'assemblée unique des obligataires. Le code de commerce dispose ainsi qu'en : « *en présence d'une clause d'indexation du taux d'intérêt, le montant des intérêts restant à échoir au jour du jugement d'ouverture de la procédure est calculé au taux applicable à la date de ce jugement. Les créances en monnaie étrangère sont converties en euros selon le cours du change à la date du même jugement* ». ¹⁰⁵⁵
490. Ces interventions législatives sont venues éclairer plusieurs situations problématiques. Avant les réformes précédemment évoquées, les praticiens ne prenaient en compte, pour le calcul des votes, que les créances en principal majorées des intérêts échus non payés à la date du jugement d'ouverture. Cette habitude était contraire à la loi, dans la mesure où les créances d'intérêts à échoir pour les prêts s'étalant sur plus d'un an, devaient être pris en considération pour le calcul du vote. Toutefois, s'il devait en être ainsi, comment les emprunts à taux variable seraient-ils calculés ? Toute la difficulté était là, étant donné que le taux variable est sujet à fluctuation. C'est exactement à cette question que le législateur a répondu en précisant que le taux de calcul à prendre en compte, dans ce cas de figure, est celui de la date du jugement d'ouverture ; et que lorsqu'il s'agit d'une créance en monnaie étrangère, la conversion est faite selon le cours du change à la date du jugement d'ouverture.
491. Cependant la problématique des intérêts conditionnels ou des emprunts sans terme, comme dans le cadre des titres super subordonnés, reste à résoudre. Un alignement sur le principe des intérêts à échoir pourrait être une alternative. En attendant une réponse législative, la solution réside dans l'expertise judiciaire comme il y a été recouru dans l'affaire Thomson précédemment citée. L'autre problématique, qui s'est posée lors de l'adoption des sauvegardes accélérées, était l'adaptation des nouveaux systèmes de financements structurés à un plan pré-négocié.

C. L'harmonisation du plan avec les financements structurés

492. En droit français des entreprises en difficulté, les mécanismes de paiement et de restructuration sont en perpétuelle évolution. Depuis l'adoption du *prepack* ou du plan pré-négocié, les

¹⁰⁵⁵ Art. R.626-58, al. 3, tel que modifié par le décret n°2014-736 du 30 juin 2014 pris pour l'application de l'ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3 : art. 70.

financements structurés, notamment le paiement des crédits *in fine* a été adapté. En effet, la problématique du remboursement des prêts *in fine* s'était posée à l'occasion de la sauvegarde de l'entreprise Cœur défense¹⁰⁵⁶ en 2008, ce qui a conduit le législateur à réagir.

493. Le remboursement des prêts *in fine*, indiqué à l'article L.626-18 du code de commerce dans sa version ancienne, a fait l'objet de beaucoup d'interprétations. Pour rappel, un prêt remboursable *in fine* se distingue du prêt amortissable en ce que le capital du prêt remboursable *in fine* est payé en une seule fois à l'échéance pendant toute la durée du prêt ; le chef d'entreprise ne paie que les intérêts et assurances, alors que dans le prêt amortissable, il paie une partie du prêt et des intérêts à chaque mensualité. L'ancienne rédaction de l'article L.626-18 prévoyait que « *le tribunal impose des délais uniformes de paiements, sous réserve en ce qui concerne les créances à terme, des délais supérieurs stipulés par les parties avant l'ouverture de la procédure qui peuvent excéder la durée du plan* » ; que « *au-delà de la deuxième année le montant de chacune des annuités prévues par le plan ne peut être inférieur à 5% du passif admis* ». Ce qui posait un problème, car au terme du plan, le débiteur était obligé de rembourser les cinq pourcents du principal, alors que les parties avaient contractuellement convenu d'un remboursement *in fine* à une date postérieure, de sorte que le débiteur se trouvait bloqué par le plan. Dans le cas de l'espèce, le débiteur n'était pas à mesure de rembourser les cinq pourcent du passif admis dès la troisième année. Il s'agissait des cinq pourcents du principal d'un prêt qui s'élevait à un virgule six milliards d'euros contracté pour l'acquisition de l'immeuble (de la société). Face à cette difficulté, la solution utilisée a été de prévoir dans le plan un délai de remboursement inférieur à la date du remboursement du principal de la dette, afin de permettre de traiter ce prêt comme une créance hors plan. Ce qui a été décriée par la quasi-totalité des créanciers auxquels le plan a été imposé. Face à cette problématique, une fois encore le législateur a réagi.

494. L'article L.626-18 du code de commerce a été modifié pour l'adapter à la règle de cinq pourcents aux prêts *in fine*. Selon son quatrième alinéa : « *le montant de chacune des annuités prévues dans le plan, à compter de la troisième année, ne peut être inférieur à 5% de chacune des créances admises sauf dans le cas d'une exploitation agricole* ». En d'autres termes, dorénavant la règle de cinq pourcents s'applique non pas au passif admis mais plutôt à chacune des créances admises, c'est-à-dire le principal majoré des intérêts échus ou à échoir. Par

¹⁰⁵⁶ Com. 8 mars 2011, n°10-13. 988, *Bull. civ.* IV, n°33.

conséquent, le critère de « pourcentage de passif admis » jusqu'alors considéré n'est plus la référence.

495. S'agissant des prêts remboursables *in fine*, le cinquième alinéa du texte précité pose dorénavant une exception en ces termes : « *lorsque le principal d'une créance reste à échoir en totalité au premier jour du paiement prévu par le plan, son remboursement commence à la date de l'annuité prévue par le plan qui suit l'échéance stipulée par les parties avant l'ouverture de la procédure. A cette date, le principal est payé à concurrence du montant qui aurait été perçu par le créancier s'il avait été soumis depuis le début du plan aux paiements uniformes imposés par le tribunal aux autres créanciers. Le montant versé au titre des annuités suivantes est déterminé conformément aux délais uniformes de paiement imposés aux autres créanciers. Si aucun créancier n'a été soumis à des délais uniformes de paiement, le montant versé au titre des annuités suivantes correspond à des fractions annuelles égales du montant du principal restant dû* ». Plus concrètement, le mécanisme serait semblable à l'exemple suivant : « *l'articulation d'un prêt remboursable in fine d'une durée de six ans avec un plan prévoyant un rééchelonnement des dettes sur dix ans, avec 5% des annuités les sept premières années. Jusqu'à la sixième année, le débiteur n'est pas obligé de verser 5% des créances dues au titre du prêt, mais il doit opérer un rattrapage à la septième annuité en payant 35% des créances admises* ¹⁰⁵⁷ ». Telles sont quelques modifications majeures que la reconnaissance du procédé de passerelle en droit français des entreprises en difficulté a entraînées sur le terrain du droit commun. Sur le plan européen, leur éligibilité ne fait aucun doute à l'égard du nouveau règlement relatif aux procédures d'insolvabilité.

II. L'efficacité au regard du droit européen

496. Le droit européen de l'insolvabilité repose essentiellement sur le règlement n°1346/2000 du 29 mai 2009. Issu de la convention européenne du 23 novembre 1995¹⁰⁵⁸, ce règlement est entré

¹⁰⁵⁷ R. DAMMANN et S. SCHNEIDER, « Sauvegarde financière accélérée - analyse et perspective d'avenir », *Dalloz*, 2 juin 2011, n°11, p. 1429-1440.

¹⁰⁵⁸ Pour en savoir davantage : L. WILDERSPIN « La genèse du règlement 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, in « L'entreprise en difficulté dans l'Union européenne », *LPA*, 20 nov. 2001, n° spéc., p. 13 et s. ; L. IDOT, « La faillite dans la communauté. Enfin une convention internationale ? », *DPCI*, 1995, p. 34 ; E. KERCKHOVE, « La convention européenne relative aux procédures d'insolvabilité », *Rev. proc. coll.* 1996, p. 277 ; J.-L. VALLENS, « Le droit européen de la faillite. La convention relative aux procédures d'insolvabilité », *ALD* 1995, 217-233.

en vigueur le 31 mai 2002¹⁰⁵⁹. Il a établi des règles communes relatives aux procédures d'insolvabilité transfrontalières au sein des États membres de l'Union européenne, à l'exception du Danemark¹⁰⁶⁰. Il s'est agi de dissuader les débiteurs de transférer leurs avoirs ou d'engager des procédures judiciaires d'un État à un autre dans le but de bénéficier des avantages à cause de leur position face à la loi. Il fallait ainsi harmoniser les règles juridiques afin de fluidifier les procédures judiciaires entre ces États membres dans le traitement des procédures d'insolvabilité à caractère transfrontalier. En effet, lorsqu'une entreprise est implantée dans plusieurs États, ou lorsque ses créanciers sont de nationalités différentes, l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité la concernant pose trois questions fondamentales au regard du droit international privé : quelle est la loi applicable ? Quel est le tribunal compétent, et quelle sera la reconnaissance de la procédure ouverte dans les autres États concernés ? Dans le souci d'apporter une réponse commune à ces questions compte tenu des intérêts en jeu, les États membres de l'union européenne sont parvenus à un accord général qui s'est concrétisé par le texte précité. Applicable dans tous les États membres¹⁰⁶¹, le règlement du 29 mai 2000 a été mis en œuvre suivant une circulaire du 15 décembre 2006¹⁰⁶².

497. L'évolution des droits nationaux, qui donnent la priorité désormais au redressement de l'entreprise en difficulté par une voie négociée, a nécessité la réforme du règlement n°1346/2000 du 29 mai 2000¹⁰⁶³, car « *l'efficacité d'un système s'apprécie à l'occasion d'une crise* ». ¹⁰⁶⁴ C'est dans ce sens qu'une proposition visant à procéder à cette réforme fut adoptée le 12 décembre 2012¹⁰⁶⁵, suivie de l'adoption d'un nouveau règlement n°2015/848 le 20 mai

¹⁰⁵⁹ JOCE du 30 juin 2000, n°L.160/1 ; pour approfondir : M. RAIMON, *Le règlement communautaire 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité*, éd., LGDJ, 2007 ; F. MELIN, *Le règlement communautaire du 29 mai relatif aux procédures d'insolvabilité*, éd., Brylant, 2008 ; B. AUDIT et L. DAVOUT, *Droit international privé*, 7^e éd., Economica, 2013, n°1108 et s. ; M. MENJUCQ, *Droit international et européen des sociétés*, 4^e éd., LGDJ, 2016, p. 427 et s.

¹⁰⁶⁰ Art. 1^{er} et 2^e du protocole n°22 sur la position du Danemark annexé au traité sur l'Union européenne et au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

¹⁰⁶¹ Règl. n°1346/2000 : art. 47.

¹⁰⁶² BO justice n°2007/1 du 28 févr. 2007.

¹⁰⁶³ J.-L. VALLENS, « Réviser le règlement communautaire n°1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité », *Rev. proc. coll.* 2010, étude 13 ; P. NABET, « Dix ans d'application du règlement européen sur l'insolvabilité : bilan et perspectives », *RJ com.* janv. 2012, p. 4.

¹⁰⁶⁴ B. J. ATTINGER, *Le centre des intérêts principaux dans le règlement européen sur les procédures d'insolvabilité – Concept approprié ou source d'insécurité ? Le critère de compétence retenu par le règlement européen n°1346/2000 face aux résultats de l'analyse économique du droit*, thèse de doctorat, Université Strasbourg 3 – Robert Schuman et Université Saarlandes, 2008, p. 2.

¹⁰⁶⁵ M. MENJUCQ, « La proposition de règlement modifiant le règlement européen (CE) n°1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité : une évolution envisagée sans révolution », *Rev. proc. coll.* 2013, étude 4.

2015¹⁰⁶⁶. Le nouveau texte garde les principes fondamentaux du règlement de 2000, tout en y apportant les modifications qui étaient nécessaires, notamment en ce qui concerne les règles d'éligibilité des procédures nationales. Par ailleurs, la commission européenne a présenté le 12 novembre 2016 une proposition de directive¹⁰⁶⁷ sur les procédures préventives de restructuration, sur la seconde chance et sur les mesures accroissant l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et de décharge de dettes¹⁰⁶⁸. L'objectif est d'harmoniser surtout la prévention dans les droits nationaux en impliquant les créanciers et en protégeant le chef d'entreprise. Dans cette entreprise, il est envisagé que les créanciers puissent demander l'ouverture de la prévention ; que le chef d'entreprise bénéficie d'un gel total ou selectif du passif pendant quatre mois, afin de lui permettre d'élaborer un projet de restructuration ; que la durée des procédures soit réduites ; que les dispensateurs de crédit soient encouragés par le renforcement de la sécurité du privilège de *new money* et, enfin, qu'un plan de restructuration, préparé dans un cadre amiable, puisse être adopté judiciairement si nécessaire. Il est ainsi à observer que la plupart des mesures envisagées dans le cadre de cette proposition de directive existent en droit français ; les sauvegardes accélérées et la conciliation y sont au cœur. En attendant l'adoption de cette directive, la question actuelle est de savoir si les procédures de sauvegarde accélérée du droit français sont éligibles au regard de l'ancien et du nouveau texte communautaire relatifs à l'insolvabilité des entreprises ? A l'évidence, si des questions continuaient à être posées quant à leur conformité au règlement de 2000 (A), celui de 2015 ne permet aucun doute, tant son champ d'application a été élargi et les critères d'éligibilité assouplis (B).

A. La validité au regard de l'ancien règlement n°1346/2000

498. La question de la conformité des procédures de sauvegarde accélérée du droit français au règlement européen de l'insolvabilité de 2000 a fait l'objet de beaucoup de commentaires. Pour qu'une procédure d'insolvabilité d'un droit national soit inscrite à l'annexe A du règlement communautaire, il faut qu'elle remplisse des critères d'éligibilité.
499. L'annexe A du règlement européen de l'insolvabilité contient la liste des différentes procédures nationales d'insolvabilité admises. Les critères d'éligibilité d'une procédure d'insolvabilité

¹⁰⁶⁶ *JOUE* n°L. n°141, 5 juin 2015 : R. DAMMANN et Alii, « Le nouveau règlement sur les procédures d'insolvabilité », *Rev. proc. coll.* 2015, étude 2.

¹⁰⁶⁷ Directive (COM (2016) 723 final) du 22 nov. 2016.

¹⁰⁶⁸ J. E. DEGENHARDT, « Le droit français est-il conforme à la proposition de directive européenne du 22 nov. 2016 visant à harmoniser le droit des procédures collectives ? », *BJE*, mars 2017, n°02, p. 153.

nationale étaient cités à l'article premier du texte précité. Cet article premier visait « *les procédures collectives fondées sur l'insolvabilité qui entraînent le dessaisissement partiel ou total de ce débiteur, ainsi que la désignation d'un syndic* ». La procédure devait être collective : les sauvegardes accélérées du droit français remplissaient ce critère qui excluait les procédures amiables comme la conciliation et le mandat ad *hoc* ; fondée sur une insolvabilité : ce critère jetait du doute sur la sauvegarde classique car non ouverte en présence d'une situation de cessation des paiements¹⁰⁶⁹, mais elle avait été tout de même inscrite à l'annexe A par suite d'une demande d'inscription de la France ; le débiteur devait être dessaisi : cela excluait, *a priori*, la sauvegarde classique et les sauvegardes accélérées, car dans ces procédures le débiteur garde le contrôle de son entreprise même si un administrateur peut lui être associé¹⁰⁷⁰ ; enfin, un syndic devait être désigné, c'est-à-dire un praticien de l'insolvabilité.

500. L'interprétation des termes contenus dans ce texte a donné lieu à des avis divers au sein de la doctrine quant à l'éligibilité des passerelles de sauvegarde accélérée. Pour certains auteurs¹⁰⁷¹, étant donné que la sauvegarde accélérée et la sauvegarde financière accélérée constituent des sous-catégories de la sauvegarde classique¹⁰⁷², il en résultait, dès lors que la sauvegarde classique a été admise dans le champ d'application du règlement du 29 mai 2009, que ses sous-catégories intégraient indubitablement la liste de l'annexe A. L'argument de ces auteurs se résumait au principe selon lequel l'accessoire suit le principal.
501. Cependant, d'autres auteurs¹⁰⁷³ n'avaient pas perçu la question sous cet angle. Pour ces derniers, même si les procédures de sauvegarde accélérée sont insérées au titre consacré à la sauvegarde classique, il ne fallait pas perdre de vue que le législateur leur a consacré un régime particulier avec des conditions d'ouverture spécifiques. Ils soutenaient que les conditions de fond - notamment le caractère semi-collectif de la sauvegarde financière accélérée ainsi que le dessaisissement du chef d'entreprise - requises par l'article 1^{er} du règlement semblaient moins

¹⁰⁶⁹ Art. L. 628-1 c. com.

¹⁰⁷⁰ Art. L. 628-3, c. com.

¹⁰⁷¹ R. DAMMANN et G. PODEUR, « Sauvegarde financière accélérée : le « prepack » à la française », *Dalloz*, 2010, p. 20504.

¹⁰⁷² Les procédures de sauvegarde accélérée sont soumises aux règles de la sauvegarde classique sous réserve des dispositions spécifiques du chapitre VIII du code de commerce.

¹⁰⁷³ B. GRELON, « La loi de sauvegarde revisitée par la loi n°2010-1249 dite de « régulation bancaire et financière » en date du 22 octobre 2010 », *Revue des sociétés*, n°1, janv. 2011, p. 7 et 23.

réunies pour ces procédures accélérées que pour la sauvegarde classique, de sorte qu'elles ne pouvaient pas être éligibles à l'annexe A.

502. Dans ces différentes positions doctrinales, une difficulté d'interprétation des termes transparait. Il aurait fallu, pour y voir clair, chercher à comprendre ce que signifiaient ces termes au regard du droit français. La circulaire du 15 décembre 2006¹⁰⁷⁴ précisait que « *le champ d'application effectif du règlement est déterminé par l'application combinée de l'article 1^{er} et de l'annexe A {...}* ». Autrement dit, seules les procédures répondant aux critères énoncés à l'article premier précédemment évoqué, et mentionnées à l'annexe A sont comprises dans le champ d'application du règlement du 29 mai 2000. L'article 4§2 de ce règlement disposait qu'il revient à l'État où l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité est faite de donner la définition de l'insolvabilité. Or, en droit français, la notion d'insolvabilité renvoie à la notion de cessation des paiements¹⁰⁷⁵, même si les deux notions sont différentes : l'insolvabilité est du droit civil et signifie que le passif du débiteur est supérieur à son actif, tandis que la cessation des paiements est du droit commercial et décrit la situation d'un débiteur incapable de faire face au passif exigible avec son actif disponible. Ce qui n'est pas présent dans les procédures de sauvegarde classique¹⁰⁷⁶ et de sauvegarde accélérée ; toutefois, le droit positif français des entreprises en difficulté permet dorénavant un état de cessation des paiements de moins quarante-cinq jours pour l'ouverture des procédures de sauvegarde accélérées¹⁰⁷⁷. Par ailleurs, une perception plus large de la notion d'insolvabilité aurait pu être adoptée pour dire qu'elle renvoie à des difficultés de nature à aboutir à la cessation des paiements et aurait recouvert en ce moment les sauvegardes du droit français.

503. Ensuite, que signifierait la notion de dessaisissement en droit français ? Là encore, il faut se référer aux textes. L'article L.628-1 indique que les sauvegardes accélérées sont ouvertes aux débiteurs qui sont déjà engagés dans une procédure de conciliation en cours. Ce qui signifie que le passage par la conciliation est une condition de fond. Or, la conciliation est exclue du règlement selon une réponse ministérielle en date du 1^{er} mai 2007¹⁰⁷⁸ : « {...} *la conciliation peut être ouverte hors de tout contexte d'insolvabilité ou de difficultés économiques ou financières. Elle n'est pas une procédure collective ni son préalable. Elle ne voit pas intervenir*

¹⁰⁷⁴ Cir. DACS, n°2006-19.

¹⁰⁷⁵ Com. 29 sept. 2015, n°14-18979.

¹⁰⁷⁶ Art. L.620-1, c. com.

¹⁰⁷⁷ Art. L.628-1, c. com.

¹⁰⁷⁸ Question n°120292, JO du 13 mars 2007, p.2579.

de syndic, au sens du règlement, le conciliateur n'en ayant aucune des prérogatives. Elle n'affecte en rien les pouvoirs du débiteur ». Il ressort clairement de la signification de ces termes à l'égard du droit français que l'inscription des procédures de sauvegarde accélérée dans l'annexe A s'avérait moins évidente vis-à-vis des critères d'éligibilité définis.

504. La présence d'une procédure nationale sur la liste de l'annexe A suppose qu'elle répond aux critères énoncés à cet effet. La question s'est alors posée de savoir si les tribunaux nationaux pouvaient vérifier qu'une procédure d'insolvabilité remplit ces critères ? La réponse à cette question ne peut qu'être négative en considérant la jurisprudence *Probud*¹⁰⁷⁹, dans laquelle la CJUE¹⁰⁸⁰ a précisé la portée des règles qui gouvernent la reconnaissance des décisions relatives aux procédures d'insolvabilité par les États membres. Cette jurisprudence a notamment indiqué que les États membres ne pouvaient contrôler une telle conformité car s'il en était ainsi, le principe de confiance mutuelle issu de *Eurofood*¹⁰⁸¹ serait vidé de son essence, de même que le principe d'universalité qui en résulte. Partant de ces principes, il en découle qu'aucune tierce opposition ne saurait être fondée sur le motif de la conformité à l'article 1§1 d'une procédure d'insolvabilité listée à l'annexe A. Autrement, le principe d'universalité inhérent au règlement communautaire serait entaché, et la souveraineté des États membres mise à mal.
505. L'effet utile évoqué par la CJUE est important, car il permet d'encadrer l'interprétation des traités. Cet effet utile veut que les dispositions d'un règlement ne soient pas interprétées selon chaque droit international privé des États membres, mais selon une interprétation communautaire. La non-observation de cet effet utile remettrait inévitablement en cause l'existence même d'un règlement communautaire.
506. L'inscription d'une procédure nationale dans la liste de l'annexe A peut-être automatique ou sur demande. C'est selon que la procédure concernée remplit partiellement ou totalement les conditions d'éligibilité requises.
507. En définitive, il peut être conclu que les passerelles entre la conciliation et la sauvegarde en droit français des entreprises en difficulté étaient bien éligibles au règlement de 2000 : étant des branches de la procédure de sauvegarde de droit commun, on ne pouvait dès lors les dissocier

¹⁰⁷⁹ CJUE C-444/07, 21 janv. 2010., *Rev. proc. coll.* étude 16, p. 38. obs. T. MASTRULLO.

¹⁰⁸⁰ Cour de justice de l'Union européenne.

¹⁰⁸¹ CJCE, mai 2006, C-345/04, *Eurofood IFSC Ltd.*

de cette procédure mère. La véritable question était-elle de savoir si leur reconnaissance était automatique ou s'il fallait que la France procède à des formalités d'inscription comme ce fut le cas pour la sauvegarde classique le 27 avril 2006, sur le fondement de l'article 45 du même règlement ? Cette question n'a plus lieu de se poser sous l'empire du nouveau règlement de 2015.

B. La validité au regard du règlement européen n°2015/848 de 2015

508. Le nouveau règlement de 2015 opère une évolution majeure par rapport à l'ancien texte de 2000, notamment par rapport aux critères d'éligibilité des procédures nationales d'insolvabilité. Le nouvel article premier permet d'accueillir des procédures diversifiées du fait de l'extension et de l'assouplissement des critères d'éligibilité. La procédure habituelle d'inscription des procédures nationales dans la liste de l'annexe A a été maintenue. Les procédures non concernées par le nouveau règlement ont été déterminées.
509. Comparativement à la rédaction ancienne de l'article premier du règlement européen sur l'insolvabilité des entreprises, la nouvelle rédaction pose quatre conditions pour qu'une procédure d'insolvabilité nationale puisse être éligible. Désormais, le critère d'insolvabilité ne joue plus à plein régime, une simple probabilité d'insolvabilité suffit toutes les fois que les procédures tendent à l'éviter ou à maintenir l'activité du débiteur. Par conséquent, en droit français, les procédures de sauvegarde entrent dans ce cadre, ce qui n'était pas aussi évident sous l'empire de l'ancienne rédaction. Le critère de procédure collective reste maintenu mais assoupli, puisque la définition donnée par l'article 2¹⁰⁸² permet d'inclure des procédures ne concernant que certaines catégories de créanciers. Ainsi, en droit français, la procédure de sauvegarde accélérée et celle de sauvegarde financière accélérée sont éligibles à cet égard sans le moindre doute. Par ailleurs, selon le considérant 15 du règlement, ces procédures peuvent être des procédures provisoires. C'est-à-dire des procédures intermédiaires qui ont lieu avant qu'une juridiction décide la poursuite à titre définitif, ce qui n'est pas connu du droit français¹⁰⁸³. Comme nouveauté, le caractère public est rajouté et permet d'exclure sans ambiguïté aucune, les procédures amiables françaises de mandat *ad hoc* et de conciliation : le

¹⁰⁸² Art. 2-1 : « les procédures auxquelles participent la totalité ou une partie importante des créanciers du débiteur, pour autant que, dans ce dernier cas, les procédures ne portent pas atteinte aux créances des créanciers qui ne sont pas parties à ces procédures ».

¹⁰⁸³ Y. BRULARD, « Les groupes et les procédures de pre-insolvency : le signe d'un changement de nature du nouveau règlement d'insolvabilité ? », *Rev. Proc. coll.* 2015, dossier 4.

caractère confidentiel de ces procédures relève de l'ordre public¹⁰⁸⁴. Étant donné que le principe en droit européen est la publicité des procédures ouvertes, on peut en conclure que la seule publicité de l'homologation d'un accord de conciliation ne suffit à rendre cette dernière éligible. Enfin, ne peuvent être éligibles que les procédures fondées sur les législations nationales relatives à l'insolvabilité. Ce critère permet d'exclure les mécanismes du même genre issus d'autres droits comme le droit civil et le droit des sociétés (comme les délais de paiement, les remises de dettes). A titre d'exemple, le *schème of arrangement* (concordat) du droit anglais régi par le *companies act* ne peut intégrer l'annexe A.

510. Par ailleurs, le critère de dessaisissement n'est plus retenu mais plutôt toute procédure privilégiant le maintien des pouvoirs du débiteur en difficulté. Ce qui est le cas en droit français. De ce critère traditionnel, associé à la désignation d'un praticien de l'insolvabilité, deux nouveautés ont été adoptées¹⁰⁸⁵: La procédure sera admise lorsqu'elle est placée sous la surveillance d'une juridiction sur les agissements du débiteur ; ensuite la procédure sera admise, lorsqu'en plus des conditions précédemment mentionnées, elle permet la suspension des poursuites pendant la période où le débiteur négocie un accord avec ses créanciers, à condition de garantir les droits des créanciers, et de basculer vers une procédure si l'accord n'intervient pas. Au regard de ces nouveaux critères d'éligibilité, l'inscription des passerelles de sauvegarde accélérée du droit français des entreprises en difficulté dans l'annexe A de ce nouveau règlement européen s'avère automatique.
511. L'inscription des procédures nationales d'insolvabilité dans l'annexe A du règlement par les États membres est obligatoire. Toutefois, cette inscription pose quelques difficultés tant en ce qui concerne le contrôle de l'opération que les effets qui y sont attachés. Selon le nouvel article premier, cette inscription n'est valable désormais que pour des procédures respectant de façon stricte les conditions posées sans plus de précision. Selon le considérant 9 du règlement de 2015, les juridictions ne peuvent pas faire de contrôle de régularité d'inscription d'une procédure déjà inscrite dans l'annexe A, et toute procédure non inscrite dans cette annexe ne rentre pas dans le champ d'application du règlement. Ce principe permet de prévenir les difficultés d'application du règlement entre les États membres. Il importe de noter qu'avec la

¹⁰⁸⁴ Art. L.611-15, c. com. ; Com. 22 sept. 2015, n°14-17.377, Bull. 2016, n°836.

¹⁰⁸⁵ K. LENZIG, « La nouvelle définition des procédures d'insolvabilité couvertes par le champ d'application du règlement d'insolvabilité », *Rev. Proc. coll.* 2015, dossier 3.

réforme intervenue au travers de ce règlement de 2015, certaines annexes ont été modifiées et dix-neuf procédures ont été inscrites. D'autres ont été exclues.

512. Le nouvel article premier cite certaines procédures d'insolvabilité qui sont exclues de plein droit du champ d'application du règlement en raison de la situation du débiteur. Sont visées, dans le cadre de ces exclusions, les entreprises d'assurance qui étaient régies par la directive du 19 mars 2001¹⁰⁸⁶, abrogée et remplacée par la directive du 29 novembre 2009¹⁰⁸⁷; les établissements de crédit, définis par la directive de 2000¹⁰⁸⁸ comme « *une entreprise dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour son propre compte* », et qui relèvent de la directive du 4 avril 2001¹⁰⁸⁹ sur l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit. Il faut également citer les entreprises d'investissement, les firmes, les établissements ou entreprises pour autant qu'ils relèvent de la même directive du 4 avril 2001. Enfin, les organismes de placement collectif sont aussi exclus.
513. En définitive, les procédures de sauvegarde accélérée et de sauvegarde financière accélérée, formant les passerelles entre la conciliation et la sauvegarde en droit français des entreprises en difficulté, répondent sans le moindre doute aux critères d'éligibilité dégagés par l'article premier du règlement du 20 mai 2015¹⁰⁹⁰. Au regard des développements qui précèdent, il peut être affirmé que leur inscription apparaît plus automatique dans l'annexe A du nouveau règlement qu'elle ne l'était vis à vis de l'ancien règlement du 29 mai 2000. Quel rôle le procédé de passerelle peut-il jouer ? Quelles perspectives peuvent-elles être envisagées pour améliorer la prévention et le traitement des difficultés des entreprises en droit français et en droit OHADA ? Ces interrogations feront l'objet d'une étude prospective dans la deuxième partie de la présente thèse.

¹⁰⁸⁶ Directive, n°2001-17/CE, du 19 mars 2001 sur l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurance.

¹⁰⁸⁷ Directive, n°2009-138/CE du 29 nov. 2009 sur l'accès aux activités d'assurance et de la réassurance et de leur exercice.

¹⁰⁸⁸ Directive, n° 2000-12/CE du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice.

¹⁰⁸⁹ Directive, n°2001-24/CE du 4 avr. 2001, concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit.

¹⁰⁹⁰ Règl. n°2015/848 du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité.

Conclusion du chapitre 2

514. Les procédures de sauvegarde accélérée que le législateur français a adoptées pour former les passerelles entre les procédures de conciliation et de sauvegarde ont été conçues pour être à la fois dérogatoires et alignées sur la sauvegarde de droit commun. A titre dérogatoire, le débiteur peut être en cessation des paiements depuis moins de quarante-cinq jours. Il doit être engagé dans une procédure de conciliation au moment de la demande d'ouverture et avoir élaboré un projet de plan soutenu par la majorité des créanciers. Les délais procéduraux ordinaires de la période d'observation ont été compressés. La rapidité des opérations, nécessaires dans le procédé de plan pré-négocié, justifie ces dérogations. Si la sauvegarde financière accélérée ne vise que le seul passif financier du débiteur, la sauvegarde accélérée concerne toutes les dettes à l'exception de celles salariale et alimentaire. Sur le plan européen, ces nouvelles institutions du droit français des entreprises en difficulté répondent sans aucun doute possible aux critères d'éligibilité dégagés par l'article premier du nouveau règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité. Contrairement sous l'empire de l'ancien règlement du 29 mai 2000, leur inscription apparaît plus automatique dans l'annexe A du nouveau règlement du 20 mai 2015. Des deux chapitres précédents, la conclusion suivante peut être tirée.

Conclusion du titre 2

515. Du titre qui précède il peut être retenu que le procédé de passerelle est applicable en droit OHADA des entreprises en difficulté. La simplicité des formalités procédurales prévues dans le nouvel Acte uniforme des procédures collectives, ainsi qu'une analyse critique de l'expérience française dans l'utilisation du mécanisme de plan pré-arrangé peuvent expliquer cette possibilité. En effet les passerelles de sauvegardes accélérées, adoptées en droit français des entreprises en difficulté, sont à la fois dérogatoires et alignées sur la sauvegarde ordinaire. A titre d'exemple, la condition que le chef d'entreprise ne soit pas en cessation des paiements n'est pas retenue dès lors que cet état de cessation des paiements est de moins de quarante-cinq jours. Une procédure de conciliation en cours, en plus d'un projet de plan déjà élaboré et soutenu par une large majorité des créanciers sont requis pour leur ouverture. Les délais classiques des opérations de la période d'observation ont été réduits. La célérité de ces opérations, indispensable dans le système *prepack* explique ces mesures. Si la sauvegarde financière accélérée ne traite que du seul endettement financier du débiteur, la sauvegarde accélérée englobe tout son passif, excepté les créances de salaire et d'aliment. A la lumière des

développements qui précèdent, une conclusion générale peut être tirée sur la première partie de la présente thèse.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

516. La prévention des difficultés des entreprises, en droit français avant la loi de sauvegarde de 2005, présente les mêmes défauts qu'en droit positif OHADA. Ces défauts tiennent au régime rigide de la cessation des paiements et à la règle de l'unanimité présente dans la procédure de conciliation ; ils peuvent justifier la reconnaissance du procédé de passerelle dans les droits français et OHADA. Ce procédé de passerelle est juridiquement admis dans ces deux législations en dehors de tout encadrement législatif spécifique. La mission du conciliateur et l'existence des cadres de négociation dans ces deux droits peuvent sous-tendre cette admission. Le caractère simple des formalités procédurales en droit OHADA, ainsi que l'examen de l'application des nouvelles procédures de sauvegarde accélérée du droit français permettent d'affirmer que le procédé de passerelle est recevable en droit positif OHADA. En effet, ces sauvegardes accélérées dérogent au droit commun de la sauvegarde ordinaire aussi bien dans les conditions relatives à leur ouverture que dans le déroulement de leur période d'observation. L'essentiel des dérogations adoptées tient à la compression des délais ordinaires de préparation, vote et d'adoption du plan de restructuration. Ce qui est indispensable dans le cadre du système de plan pré-négocié.

DEUXIEME PARTIE

ETUDE PROSPECTIVE DU PROCEDE DE PASSERELLE DANS LES DROITS FRANÇAIS ET OHADA

Le procédé de passerelle entre la conciliation et la sauvegarde permet de
« promouvoir l'anticipation des difficultés en privilégiant une sortie négociée
avec les créanciers ». ¹⁰⁹¹

¹⁰⁹¹ V. ROY, H. JAHIER, *Gestion juridique, fiscale et sociale 2016/2017 : L'essentiel en fiches*, 6^e éd., Dunod, 2016, p. 155.

517. En droit français des entreprises en difficulté, la loi bancaire de 2010¹⁰⁹² et l'ordonnance du 12 mars 2014¹⁰⁹³, ont respectivement institué les procédures de sauvegarde financière accélérée et de sauvegarde accélérée. Ces dernières, servant de passerelles entre la conciliation et la sauvegarde classique, ont reconfiguré la philosophie de sauvetage de l'entreprise en difficulté, en faisant de la libre négociation des mesures de sa restructuration, entre le chef d'entreprise et ses principaux créanciers, un levier primordial. Elles offrent de nouvelles possibilités pour prévenir et, au besoin, résorber rapidement et efficacement les difficultés. Si ces dernières peuvent être considérées comme inhérentes à la vie d'une entreprise, il ne serait pas inexact d'affirmer que le procédé de passerelle en est une thérapie dont l'effet est à la fois préventif et curatif.
518. Par effet préventif, il faut entendre l'ensemble des mesures permettant d'anticiper les difficultés qui pourraient, si rien n'est fait, entraver à court ou à moyen terme, le cours normal de production de l'entreprise. Par celui curatif, il faut entendre l'ensemble des mesures ayant pour finalité la sortie rapide d'une entreprise viable du carcan des procédures judiciaires. Cette entreprise viable en difficulté n'est pas à vendre en priorité, quoique la cession soit conçue comme une mesure de redressement judiciaire de l'entreprise en difficulté¹⁰⁹⁴ ; car d'une part, l'objectif premier n'est plus le désintéressement des créanciers comme ce fut le cas sous l'ancien droit¹⁰⁹⁵ et, d'autre part, l'idéal serait que l'entreprise reste à son propriétaire initial¹⁰⁹⁶. Tel est le pari fait par le législateur en donnant aux chefs d'entreprise ces nouvelles procédures qui s'insèrent dans la palette d'outils déjà existants.
519. Les tribunaux et certains auteurs ont longtemps désigné les chefs d'entreprise comme les responsables de la faillite de leur entreprise, parce que le dirigeant, voulant à tout prix croire à la réussite de l'entreprise qu'il a souvent lui-même créée, hésite à déposer le bilan et lorsqu'il

¹⁰⁹² L. n°2010-1249 du 22 oct. 2010 de régulation bancaire et financière, *JORF* n° 0247 du 23 oct. 2010, p. 18984, texte n°1.

¹⁰⁹³ Ord., n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

¹⁰⁹⁴ R. DAMMANN, « Le pré-pack cession à la française serait-il incompatible avec le droit social européen ? », *la lettre des juristes d'affaires*, n°1327, 27 déc. 2017, p. 2.

¹⁰⁹⁵ Il est fait référence au droit de la faillite sous l'empire des législations antérieures à la loi n°67-563 du 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes, *JORF* du 14 juill. 1967, p. 7059.

¹⁰⁹⁶ Cela récompenserait les efforts du chef d'entreprise qui ne verrait pas son entreprise, créée au prix de plusieurs sacrifices, être vendue judiciairement.

s'y résigne, il est souvent trop tard¹⁰⁹⁷. S'il y a un recours récurrent aux procédures judiciaires, c'est parce qu'il existe des carences dans le dispositif préventif ou dans l'utilisation qui en est faite¹⁰⁹⁸ ; car toute prévention doit permettre de stopper, le plus tôt possible, le risque de l'exacerbation de la mauvaise situation financière de l'entreprise, et de préserver son environnement en limitant le passif, dont on sait qu'il croît de façon considérable dans les mois et les semaines précédant la cessation des paiements¹⁰⁹⁹. En ce sens l'objectif législatif, visé à travers la prévention, est de résorber de manière précoce les difficultés rencontrées par les entrepreneurs et ainsi les aider à passer un cap difficile de la vie de leur entreprise¹¹⁰⁰. Ce qui a pour objectif social direct de préserver les emplois¹¹⁰¹. C'est dans cette perspective que le législateur français a entendu renforcer le dispositif préventif à travers ces procédures passerelles¹¹⁰². Il faut éviter que le débiteur se mette en difficulté, ou soit mis en difficulté, en anticipant les maux susceptibles de provoquer ces situations¹¹⁰³.

520. Bien avant les réformes précitées, le travail de simplification et de renforcement des mesures de sauvetage de l'entreprise en difficulté avait déjà commencé en France. Comme cela a déjà été évoqué, la loi du 26 juillet 2005¹¹⁰⁴ a supprimé le règlement amiable et institué la procédure de conciliation, accessible même en présence d'un état de cessation des paiements de moins de quarante-cinq jours¹¹⁰⁵. L'ordonnance du 18 décembre 2008¹¹⁰⁶ est venue renforcer ce dispositif en assouplissant notamment les conditions d'accès à la sauvegarde. C'est à la suite

¹⁰⁹⁷ Pour approfondir, v. Rapport du comité d'étude pour la réforme du droit des entreprises en difficulté dit « Rapport Sudreau », 1975.

¹⁰⁹⁸ Selon Bernard COUTUMIER, président de chambre honoraire du tribunal de commerce de Paris, s'exprimant dans les colonnes de l'économiste : « Réforme du droit des entreprises », *l'économiste*, 01 juill. 2014, article consulté le 15 mars 2018.

¹⁰⁹⁹ La législation applicable en matière de traitement et de prévention des difficultés des entreprises, SENA, rapport d'expertise, annexe II, Paris, 08 oct. 1998.

¹¹⁰⁰ C. NDONGO, *La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC révisé*, thèse de doctorat, éd., LGDJ, 2018, p. 4.

¹¹⁰¹ C. DELATTRE, « La prévention doit s'exercer dans le respect du cadre légal », *Rev. proc. coll.* 2010, n°4, p. 18.

¹¹⁰² Il s'agit de la sauvegarde financière accélérée et de la sauvegarde accélérée.

¹¹⁰³ A. JACQUEMONT, R. VABRES, *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., 2015, LexisNexis, p. 25.

¹¹⁰⁴ L. n°2005-845, du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n° 173 du 27 juill. 2005, p. 12187, texte n°5.

¹¹⁰⁵ Art. L. 611-4, c. com.

¹¹⁰⁶ Ord. n°2008-1345 du 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *JORF* n°0295 du 19 déc. 2008, p. 19462, texte n°29.

de ces efforts législatifs que la loi du 22 octobre 2010¹¹⁰⁷ a consacré la sauvegarde financière accélérée qui était déjà connue de la pratique¹¹⁰⁸.

521. Une procédure non seulement accélérée mais aussi allégée : c'est une sauvegarde fast and light¹¹⁰⁹. Il s'est agi de doter le débiteur d'un outil de gestion de ses difficultés plus souple que la sauvegarde classique. Cette première variante de la sauvegarde classique à plan pré-arrangé permet une restructuration du passif financier du débiteur à l'exclusion des autres dettes¹¹¹⁰. Cependant elle n'a pas connu¹¹¹¹ le succès qu'on lui prédisait à cause des conditions d'ouverture jugées moins accessibles¹¹¹². L'ordonnance du 12 mars 2014¹¹¹³ a, à son tour, consacré une autre sauvegarde accélérée, qui est aussi une variante de la sauvegarde classique, mais cette fois, de droit commun¹¹¹⁴, permettant un traitement rapide du passif du débiteur, pour un effet erg omnes¹¹¹⁵. C'était par-là la réaction législative aux critiques¹¹¹⁶ formulées contre la sauvegarde financière accélérée ; car en plus du traitement global de toutes les dettes du débiteur, les seuils d'accès à ces deux procédures ont été harmonisés et revus à la baisse¹¹¹⁷.
522. Toutes les deux procédures sont judiciaires, mais elles ont une vocation volontairement orientée vers la prévention. Cette dernière n'est plus l'apanage des procédures amiables traditionnelles que sont le mandat *ad hoc* et la conciliation.
523. Le financement des entreprises repose sur des fonds internes et externes dont les crédits bancaires. Or, comme le souligne un auteur, « *les crises économiques et financières ont un caractère imprévisible, elles bouleversent le monde réel et contraignent les banques,*

¹¹⁰⁷ L. n°2010-1249 du 22 oct. 2010 de régulation bancaire et financière, *JORF* n° 0247 du 23 oct. 2010, p. 18984, texte n°1.

¹¹⁰⁸ Versailles, 13^e ch. 18 nov. 2010, RG n°10/01433, *Dalloz act.* 22 nov. 2010, note A. LIENHARD.

¹¹⁰⁹ A. LIENHARD, *Procédures collectives*, 6^e éd., Delmas, 2015/2016, p. 14.

¹¹¹⁰ Art. L.628-9, c. com.

¹¹¹¹ Au total, il n'y a été recouru qu'à 6 reprises jusqu'en 2013 : Étude Deloitte altares, entreprise en difficulté en France en 2016, mars 2017, p. 32.

¹¹¹² Des auteurs ont regretté que la SFA n'ait pas été élargie à toutes les créances : v. en ce sens, Ph. ROUSSEL GALLE et P. LE MARCHANT, « La prévention - du mandant *ad hoc* et de la conciliation aux sauvegardes accélérées et « prépack » cession », *cahier de droit de l'entreprise*, janv. 2015, n°15, doss. n°2.

¹¹¹³ Ord., n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

¹¹¹⁴ C. CHAMPALAUNE, directrice des affaires civiles et du seau au ministère de la justice, répondant au rapport au président, accompagnant l'ord., n° 2014-326 du 12 mars 2014, en ligne dans les dossiers thématiques.

¹¹¹⁵ F. PEROCHON, *Entreprise en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, p. 472.

¹¹¹⁶ S. BEAUMONT, S. TRIPATHI, « La sauvegarde financière accélérée : un rendez-vous manqué pour les LBO », *fusion-acquisition*, 23 nov. 2011, article consulté le 20 avr. 2018.

¹¹¹⁷ Art. D. 628-3 relatif à l'application de l'art. L.628-1, c. com.

particulièrement celles systémiques, à adopter de nouvelles normes prudentielles ». ¹¹¹⁸ La prudence pour ne pas dire la méfiance des banques - principaux apporteurs de crédit -, est la réalité à combattre. La rareté du crédit défavorise les affaires et provoque, par effet direct ou collatéral, la disparition des sociétés en mauvaise posture financière. Le crédit est un recours important pour les entreprises pendant les moments difficiles. Il faut donc le maintenir dans l'intérêt de ces deux partenaires inséparables ¹¹¹⁹. D'où le lien étroit avec le domaine du traitement des difficultés des entreprises, qui tente, au fil des réformes, de concilier les intérêts entre créanciers et débiteurs. Dans cet antagonisme, à peine voilé, les débiteurs semblaient moins protégés ¹¹²⁰ face aux créanciers. Il était nécessaire de rééquilibrer les forces. Ces nouvelles institutions (les sauvegardes accélérées) renforcent et adaptent les mesures préventives et curatives au service du chef d'entreprise, sous le nouveau leitmotiv gouvernemental de l'efficacité économique. Un auteur décrit le contexte : face à la crise actuelle, ces deux outils sont précieux, chaque protagoniste défendant plus que jamais ses intérêts, adoptant parfois des positions de principe, voire dogmatiques, la recherche d'un consensus devient difficile ¹¹²¹. C'est en ce sens que les procédures amiables traditionnelles de conciliation et de mandat *ad hoc* sont transformées en une étape pré-judiciaire. Sur le fond, tout est fait, sinon pour contraindre ¹¹²², à tout le moins, pour encourager le chef d'entreprise à recourir au nouveau dispositif qu'incarnent les procédures passerelles : anticiper la dégradation progressive de la situation financière de l'entreprise sur le terrain de l'amiable ou, si cela n'est pratiquement plus possible, préparer, contractuellement et par anticipation, son redressement judiciaire.

524. En droit OHADA des entreprises en difficulté, la prévention a été au cœur de la dernière réforme opérée en 2015 ¹¹²³. Au titre des innovations marquantes, il faut citer l'adoption de la

¹¹¹⁸ A.-M. ROMANI, *La banque dans tous ses (É) états*, éd., mare & martin, 2016, p. 26.

¹¹¹⁹ V. F. REILLE, « Règlementation du traitement des difficultés des entreprises et maintien du crédit bancaire : la recherche d'un équilibre », in A.-M. Romani, *La banque dans tous ses (É) états* {...}, éd., mare & martin, 2016, p. 179 à 197.

¹¹²⁰ Notamment dans le cadre de la conciliation où le sort de l'entreprise est entre les mains de ses créanciers, de sorte que le refus d'un d'entre eux d'adhérer au projet d'accord proposé par le débiteur, peut mettre toute la procédure en échec.

¹¹²¹ Ph. ROUSSEL GALLE, P. LE MARCHAND, « La prévention - Du mandat ad hoc et de la conciliation aux sauvegardes accélérées et « prepack » cession », *cahier de droit de l'entreprise*, janv. 2015, n°1, doss. n°2.

¹¹²² Trib. com. Valenciennes, 9 juill. 2012, *LEDEN*, sept. 2012, n°130, p. 1, obs. F. X. LUCAS ; v. V. MARTINEAU-BOURGNINAUD, « La conciliation : droit ou obligation ? », *Rev. proc. coll.* 2014/1, p. 86.

¹¹²³ L'Acte uniforme des procédures collectives (AUPC) adopté le 10 sept. 2015 à Grand-Bassam en Côte d'Ivoire.

procédure de conciliation¹¹²⁴. Selon l'Acte uniforme des procédures collectives, « *la conciliation est une procédure préventive, consensuelle et confidentielle, destinée à éviter la cessation des paiements de l'entreprise débitrice afin d'effectuer, en tout ou partie, sa restructuration financière ou opérationnelle pour la sauvegarder. Cette restructuration s'effectue par le biais de négociations privées et de la conclusion d'un accord de conciliation négocié entre le débiteur et ses créanciers ou, au moins ses principaux créanciers, grâce à l'appui d'un tiers neutre, impartial et indépendant dit conciliateur* ». ¹¹²⁵ C'est une décision législative saluée par les auteurs ¹¹²⁶ : « *l'introduction de la conciliation dans l'acte correspond à une évolution significative du droit communautaire dans lequel le centre de gravité du droit des entreprises en difficulté est déplacé vers une tendance plus consensuelle, une tendance qui correspond à une évolution générale dans les États modernes où est privilégié le « soft law » ; les mots-clés de cette procédure sont « anticipation », « consensus » et « confidentialité »*. ¹¹²⁷ Cette innovation laisse présager le début d'une nouvelle dynamique, celle de la contractualisation de la restructuration des entreprises en difficulté dans cet espace juridique africain. Comme un auteur le mesure à sa juste valeur, la sauvegarde de l'entreprise est l'affaire de tous et non seulement celle des chefs d'entreprise ¹¹²⁸. La nouvelle procédure de conciliation, qui est entièrement amiable et préventive, vient s'ajouter au règlement préventif - également

¹¹²⁴ Art. 5, AUPC.

¹¹²⁵ Art. 2.

¹¹²⁶ L. C. M. BIASSALY, « La procédure de conciliation dans la prévention des difficultés des entreprises en droit OHADA : distincte ou copie du droit français ? », *village de la justice*, 20 mars 2017, p. 2. ; Y. K. ELONGO, « L'introduction de la conciliation en droit OHADA des procédures collectives », *actualités du droit*, 2 juin 2017, p. 1 ; pour en savoir davantage sur la nouvelle procédure de conciliation en droit OHADA, v. C. NDONGO, *La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC révisé*, thèse de doctorat, éd., LGDJ, 2018, p. 181 à 225.

¹¹²⁷ C. NDONGO, *La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC révisé*, thèse de doctorat, éd., LGDJ, 2018, p. 16.

¹¹²⁸ Ph. ROUSSEL GALLE, « Les débiteurs dans l'AUPC révisé : la modernisation du droit de l'insolvabilité dans la continuité », *dr. et patr.* 2015, n°253, p. 57.

révisé¹¹²⁹ - qui est une procédure judiciaire à vocation préventive, pour former le dispositif nodal de la prévention-OHADA¹¹³⁰ new-look¹¹³¹.

525. Le procédé de passerelle, objet de la présente étude, n'y est pas encore adopté¹¹³². Néanmoins, le législateur africain propose des procédures dites simplifiées¹¹³³ qui semblent rechercher le même but qu'une procédure passerelle¹¹³⁴. Issues de la réforme de 2015, précédemment évoquée, elles répondent au besoin d'extension du champ d'application de l'Acte uniforme des procédures collectives. On rappellera que sous l'empire de l'Acte uniforme des procédures collectives de 1998, les petites entreprises n'osaient pas demander l'ouverture des procédures judiciaires, à cause de la lourdeur, mais aussi de la complexité et du coût excessif de ces dernières¹¹³⁵.
526. Il s'est donc agi pour le législateur d'impliquer ces petites entreprises qui avaient été qualifiées autrefois de « *délaissées* ». ¹¹³⁶ Les procédures simplifiées, que sont le règlement préventif simplifié et le redressement judiciaire simplifié pour ne citer que ces dernières¹¹³⁷, sont des procédures dérogatoires : il s'est avéré plus judicieux de marquer des dérogations aux procédures judiciaires classiques plutôt que de créer un corps de règles autonomes applicables à ces procédures simplifiées¹¹³⁸. Leur adoption répond également à l'insistance des lobbyings

¹¹²⁹ « AUPC révisé, art. 2 al. 2 : « *Le règlement préventif est une procédure collective destinée à éviter la cessation des paiements de l'entreprise débitrice et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif* ». A comparer avec AUPC de 1998, art. 2-1. : « *Le règlement préventif est une procédure destinée à éviter la cessation des paiements ou la cessation d'activité de l'entreprise et à permettre l'apurement de son passif au moyen d'un concordat préventif* ». L'idée de cessation d'activité qui a été supprimée dans l'AUPC de 2015 suppose une situation d'apparition de cessation des paiements qui est incompatible avec la mise en œuvre du règlement préventif. Le législateur a voulu, de manière générale, favoriser davantage l'anticipation des difficultés par les débiteurs » : note 45, in C. NDONGO, *La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC révisé*, thèse de doctorat, éd., LGDJ, 2018, p. 14.

¹¹³⁰ Art. 5, AUPC.

¹¹³¹ Nouvelle version.

¹¹³² Le nouvel Acte uniforme des procédures collectives adopté en 2015 n'en fait mention nulle part.

¹¹³³ Il s'agit du règlement préventif simplifié et du redressement judiciaire simplifié, respectivement mentionnés aux art. 24 et 145 du nouvel Acte uniforme des procédures collectives.

¹¹³⁴ A savoir la célérité et la souplesse.

¹¹³⁵ Selon une étude de l'Institut national de la statistique du Cameroun, menée en 2010, la majorité des entreprises sur le continent seraient de petite taille, soit 73% avec un capital initial compris entre 500 000 FCFA (environ 760 euros) et 1. 000 000 FCFA (environ 1520 euros) : www.statistics-cameroon.org.

¹¹³⁶ Rapp. Audite préalable sur l'application de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, nov. 2013, p. 25

¹¹³⁷ Il existe aussi la liquidation simplifiée des biens : art. 179, AUPC.

¹¹³⁸ B. DIALLO, « Des procédures adaptées aux « petites » entreprises : les procédures simplifiées », *dr. et patr.* 2015, n°253, P. 45.

qui réclamaient la prise en compte des petites entreprises dans les réglementations communautaires. En effet, les PME et les TPE représenteraient quatre-vingt-dix pour cent des entreprises existantes dans l'espace OHADA, et emploieraient environ soixante-dix pour cent de la population¹¹³⁹.

527. Pourtant, à y voir de près, le procédé de passerelle peut, sur le fondement de la mission confiée au conciliateur¹¹⁴⁰, être utilisé par les chefs d'entreprise de l'espace OHADA. En fait, selon l'Acte uniforme des procédures collectives, le conciliateur est chargé de trouver un accord entre le débiteur et ses principaux créanciers, afin de mettre fin aux difficultés¹¹⁴¹. Cette mission du conciliateur, exprimée dans des termes généraux, peut inclure, dans le silence des textes, une mission de préarrangement d'un projet de plan. En d'autres termes, le débiteur peut valablement demander l'ouverture d'une procédure de règlement préventif, dans le but de faire voter son projet de restructuration qui n'aura pas pu, faute d'accord unanime, aboutir sur le terrain de la conciliation. Cette possibilité est d'ailleurs reconnue par le législateur au travers de l'article 5-14, alinéa premier, de l'Acte uniforme des procédures collectives. Selon ce texte, « *l'ouverture d'une procédure de règlement préventif {...} met fin de plein droit à la procédure de conciliation {...}* », ce qui signifie que le chef d'entreprise peut, sous réserve de satisfaire à la condition d'absence de cessation des paiements, préparer un plan de restructuration avec les créanciers dans le cadre de la conciliation, et ensuite demander l'ouverture de la procédure de règlement préventif afin de faire adopter ce plan, ce qui mettra un terme automatique à la conciliation ; il aura ainsi anticipé la procédure collective.
528. Toutefois, en dépit des efforts législatifs de part et d'autre, des améliorations restent possibles. Il en est ainsi de l'adoption des classes de créances dans la procédure de conciliation et de l'autonomisation du mandat *ad hoc* pour préparer la cession pré-arrangée pour ce qui concerne le droit français, et de la matérialisation formelle du procédé de passerelle, assortie de l'assouplissement du régime de la cessation des paiements, pour ce qui concerne le droit OHADA. Ces améliorations pourraient, à l'heure de la mondialisation, renforcer l'attractivité et la compétitivité de ces deux droits.

¹¹³⁹ C. NDONGO, *La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC révisé*, thèse de doctorat, éd., LGDJ, 2018, p. 15.

¹¹⁴⁰ V. *supra*, 187.

¹¹⁴¹ Art. 5-5, al.1, AUPC.

529. En plus d'un possible préarrangement du plan de sauvegarde, le droit français des entreprises en difficulté¹¹⁴² propose le *prepack*-cession ou la cession pré-arrangée¹¹⁴³ d'une entreprise en difficulté. Comme pour les plans pré-arrangés de sauvegarde, il tend à limiter les dommages collatéraux des procédures collectives sur la valeur de l'entreprise¹¹⁴⁴, et à réduire les autres effets négatifs que sont la perte de confiance auprès des clients et des fournisseurs de l'entreprise¹¹⁴⁵ et l'assèchement du crédit fournisseur¹¹⁴⁶.
530. Tel qu'il se présente, le procédé de passerelle constitue, comme nous tenterons de le démontrer, un véritable moyen d'anticipation et de résorption rapide des difficultés des entreprises (Titre 1). En droit OHADA, la cession d'entreprise pré-arrangée n'est pas législativement reconnue. Cependant, dans le silence des textes, elle peut se pratiquer¹¹⁴⁷. La cession pré-négociée, réalisée dans le cadre d'une procédure passerelle, met un accent particulier sur la prévention des difficultés des entreprises. Ainsi, compte tenu de la célérité qui le caractérise, le *prepack*-cession¹¹⁴⁸ semble bien rimer avec le procédé de passerelle¹¹⁴⁹ (Titre 2).

¹¹⁴²Ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

¹¹⁴³ Art. L. 611-7, al. 1, c. com.

¹¹⁴⁴ H. BOURBOULOUX et G. COUTURIER, « La consécration de la sauvegarde financière de l'entreprise », *BJE*, mars 2011, n°23, §1, p. 48.

¹¹⁴⁵H. BOURBOULOUX et G. COUTURIER, « La consécration de la sauvegarde financière de l'entreprise », *BJE*, mars 2011, n°23, §9, p. 48.

¹¹⁴⁶ P.-M. LE CORRE, « L'avènement prochain d'une procédure semi-collective », *GPC*, 16 oct. 2010, n°289, p. 3.

¹¹⁴⁷ D'abord, sur le fondement de l'article 5-5, al. 1 qui prévoit que le conciliateur est chargé de trouver un accord entre le débiteur et ses principaux créanciers pour mettre fin aux difficultés. Ensuite, sur le fondement de l'article L.132, al.1, AUPC, selon lequel le débiteur reçoit les offres d'acquisition et les soumet à l'assemblée concordataire qui décide d'en arrêter une : la cession d'entreprise (totale/partielle) étant possible en règlement préventif et en redressement judiciaire, il peut être imaginé que le débiteur puisse, avec le concours du conciliateur, préparer cette cession en amont de la conciliation, et de la présenter ensuite dans le cadre d'une procédure judiciaire comme projet de plan de cession.

¹¹⁴⁸ Ou la cession-pré-arrangée.

¹¹⁴⁹ V. E. BERTRAND, « Le pré-pack cession : le dispositif s'installe dans le paysage des procédures collectives », *Lamy Lexel*, 4 mars 2016, article consulté le 14 déc. 2017 ; v. aussi E. FABRE, « La sauvegarde accélérée, le *prepack* version française », *chef d'entreprise*, 16 oct. 2014, article consulté le 14 déc. 2017.

TITRE 1

LA RESOLUTION DES DIFFICULTES DES ENTREPRISES VIA LE PROCEDE DE PASSERELLE

531. Les législations française et OHADA présentent un rapprochement philosophique en matière du traitement des difficultés des entreprises qui tient à l'anticipation. Dans le souci d'adapter son droit aux exigences de la pratique des affaires, le législateur OHADA a entrepris, depuis quelques années, un chantier d'actualisation de ce dernier¹¹⁵⁰. Cette ambition tient à la nécessité, d'un côté, de neutraliser le désordre normatif dans certaines matières et, de l'autre, de s'inscrire dans le registre des standards internationaux. Dans le domaine de la prévention des difficultés des entreprises, il s'est concrètement agi de mettre en place une meilleure dynamique à même d'assurer la sauvegarde des entreprises et le maintien des emplois. Dans cet élan, il a été question, lors de la réforme de 2015¹¹⁵¹, de faire du coup d'essai de 1998¹¹⁵² un coup de maître, les États membres ayant été déjà initiés à la prévention. Cette réforme intervenue en 2015 exprime clairement la volonté de chacun des États membres de l'espace juridique OHADA de renforcer son économie par la sauvegarde des entreprises viables. L'adoption de la nouvelle procédure de conciliation et la réforme de la procédure de règlement préventif confirment cette tendance. Le législateur français est dans la même dynamique enclenchée en 2005¹¹⁵³ au travers de la loi de sauvegarde des entreprises. Une dynamique qui se veut compétitive sur le plan européen et international. Elle met l'accent non seulement sur la protection de l'activité économique, mais aussi sur celle des intérêts des créanciers. Aujourd'hui, une certaine adéquation entre ces deux objectifs semble trouvée avec notamment l'adoption des procédures à plan pré-arrangé en matière de sauvegarde et de cession d'entreprise¹¹⁵⁴.

¹¹⁵⁰ V. *supra*, n°20.

¹¹⁵¹ L'adoption du nouvel Acte uniforme des procédures collectives : 10 sept. 2015 à Grand Bassam en Côte d'Ivoire.

¹¹⁵² Naissance du premier Acte uniforme des procédures collectives d'apurement du passif, et donc celle du droit communautaire des entreprises en difficulté.

¹¹⁵³ L. n°2005-845, du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n°173 du 27 juill. 2005, p. 12187, texte n°5.

¹¹⁵⁴ Elles sont issues des réformes opérées en 2010 au travers de la L. n°2010-1249 du 22 oct. 2010 de régulation bancaire et financière, *JORF* n° 0247 du 23 oct. 2010, p. 18984, texte n°1 et de l'ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3. A travers ces procédures, la faculté est donnée, d'une part, au chef d'entreprise de trouver une solution de restructuration de son entreprise en cas d'échec de sa procédure de conciliation et,

532. Toutefois, si dans les deux législations, une convergence des mesures préventives internes - au sein des entreprises -, telle l'alerte du commissaire aux comptes¹¹⁵⁵, peut être relevée, il n'en demeure pas moins que le législateur français a une longueur d'avance sur son homologue africain, s'agissant des mesures préventives externes. A titre d'exemple, le mandat *ad hoc*, les sauvegardes accélérées, ainsi que le *prepack*-cession peuvent être cités, même si le procédé de passerelle reste tacitement reconnu en droit OHADA¹¹⁵⁶ ; mais cette différence n'est nullement révélatrice d'une force chez l'un et d'une faiblesse chez l'autre. Elle est plutôt la résultante d'un processus évolutif propre à chaque droit pris dans ses réalités sociale, politique, économique et culturelle.
533. Les procédures passerelles de sauvegarde financière accélérée et de sauvegarde accélérée, récemment adoptées¹¹⁵⁷ en droit français, permettent la poursuite, sur le terrain judiciaire, d'une procédure de conciliation en état de blocage. Selon le code de commerce, un projet de plan pour l'une de ces deux procédures doit y avoir été préalablement préparé¹¹⁵⁸. Ce projet de plan est le plus souvent la proposition d'accord de conciliation du débiteur non abouti ou, alors, une mission spécifique a été confiée au conciliateur de pré-négocier une éventuelle cession. La réalisation du plan pré-arrangé a lieu en phase judiciaire¹¹⁵⁹.
534. L'élaboration d'un plan en phase amiable, puis le vote en phase judiciaire, symbolisent respectivement le rôle préventif (Chapitre 1) et celui curatif (Chapitre 2)) d'une procédure passerelle

d'autre part, au créancier de participer à la mise en place du plan qui le concerne voire d'en proposer un, contrairement au contexte d'un plan établi pendant la période d'observation où presque tout lui est imposé par le tribunal.

¹¹⁵⁵ Dans les droits français et OHADA, le commissaire aux comptes peut donner l'alerte à propos de tout événement, tout fait de nature à compromettre l'équilibre de l'entreprise : v. art. L.612-3, c. com. ; art. 153, AUDES.

¹¹⁵⁶ Il en est ainsi, parce que le droit OHADA a adopté la procédure de conciliation, ce qui présente la possibilité de préparer le plan amiablement et de le faire adopter, s'il ne bénéficie pas de l'adhésion de tous les créanciers, dans le cadre d'une procédure judiciaire.

¹¹⁵⁷ Respectivement par L. n°2010-1249 du 22 oct. 2010 de régulation bancaire et financière, *JORF* n° 0247 du 23 oct. 2010, p. 18984, texte n°1 et par l'ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

¹¹⁵⁸ Art. L. 628-1, al. 2, c. com.

¹¹⁵⁹ Art. L. 611-7, c. com.

Chapitre 1. Le rôle préventif du procédé de passerelle

535. Avant les textes de 2010 et de 2014 cités plus haut en droit français, et en l'état actuel du droit OHADA, l'échec des négociations dans la procédure de conciliation, à cause du refus de certains créanciers de faire un effort participatif, contraint les entreprises, soit à demander à nouveau la conciliation, soit à se mettre sous la tutelle judiciaire via la procédure de sauvegarde/règlement préventif¹¹⁶⁰. De plus, si en droit français, le régime de la cessation des paiements a connu un assouplissement,¹¹⁶¹ en droit OHADA, il n'a pas été reformé en 2015¹¹⁶². La conséquence en est que l'échec de la conciliation, conjugué avec le retard souvent accusé dans le dépôt du bilan¹¹⁶³, aggrave l'état de cessation des paiements ; plus le temps passe plus la situation financière de l'entreprise se dégrade.
536. Le procédé de passerelle donne aux chefs d'entreprise le moyen de contourner le blocus des créanciers minoritaires, afin de faire face sereinement aux difficultés actuelles et prévisibles de leur société¹¹⁶⁴ (Section 1). Toutefois, s'il permet le contournement de l'aléa qui tient au comportement des cocontractants, susceptibles d'être réfractaires à la conclusion d'un accord de conciliation, il n'en reste pas moins inefficace face à d'autres événements pouvant entraver cette fin, telles les poursuites individuelles et la mise en œuvre des voies d'exécution par les créanciers (Section 2)

Section 1. La prévention de la dégradation de la situation économique de l'entreprise

537. Une entreprise vit dans une situation de risque permanent en considération des fluctuations économiques et du besoin de crédits bancaires. Les sources de financement peuvent être bancaires et non bancaires, raison pour laquelle elle a tout intérêt à recourir à une anticipation

¹¹⁶⁰ En effet, l'accord de conciliation doit recueillir l'unanimité pour être constaté ou homologué par le tribunal dans les deux droits.

¹¹⁶¹ Art. L.611-4, c. com. tel que modifié par la L. n°2005-845, du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n°173 du 27 juill. 2005, p. 12187, texte n°5 : la conciliation peut être ouverte même si l'entreprise est en cessation des paiements depuis moins de 45 jours.

¹¹⁶² La dernière réforme en date qui a consacré l'adoption d'un nouvel Acte uniforme des procédures collectives a eu lieu le 10 sept. 2015 à Grand Bassam en Côte d'Ivoire.

¹¹⁶³ V. Rapport du comité d'étude pour la réforme du droit des entreprises en difficulté dit Rapport Sudreau, 1975.

¹¹⁶⁴ F. PEROCHON, *Entreprise en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, p. 467.

préventive et non curative¹¹⁶⁵. Une difficulté, de quelque nature qu'elle soit, peut en provoquer d'autres, si elle n'est pas résolue : « *plus on traite les difficultés des entreprises en amont, plus on préserve leur caractère confidentiel et moins on détruit de valeur* ». ¹¹⁶⁶ A défaut, les difficultés mineures négligées deviennent progressivement pesantes sur la situation globale de l'entreprise et la conduisent vers le dépôt du bilan. Or, anticiper les difficultés, c'est éviter ce dépôt du bilan¹¹⁶⁷.

538. Afin d'aider le chef d'entreprise à mieux faire face à cette responsabilité, le code de commerce français et l'Acte uniforme des procédures collectives OHADA confèrent au conciliateur un rôle de négociation pour la conclusion d'un accord entre le débiteur et ses principaux créanciers, dans le but de trouver une issue favorable à toutes les parties¹¹⁶⁸. La procédure de conciliation est devenue l'antichambre des procédures judiciaires¹¹⁶⁹. Le débiteur engagé dans une procédure de conciliation peut¹¹⁷⁰ demander l'ouverture d'une de ces procédures judiciaires, afin de faire valider son plan de restructuration préparé à l'amiable. En droit français, les nouvelles procédures de sauvegarde accélérée se prêtent mieux à ce mode de prévention ; le choix du type de procédure judiciaire accélérée sera naturellement fonction de la nature des dettes à restructurer. Une dette uniquement financière nécessite une sauvegarde financière accélérée¹¹⁷¹, alors qu'un passif composé nécessitera une sauvegarde accélérée¹¹⁷². Toutefois, rien n'interdit au chef d'entreprise de requérir une sauvegarde accélérée et de ne restructurer que ses dettes financières¹¹⁷³. Les négociations avec le conciliateur doivent se passer dans la

¹¹⁶⁵ Selon Bernard COUTUMIER, président de chambre honoraire du tribunal de commerce de Paris, s'exprimant dans les colonnes de l'économiste : « Réforme du droit des entreprises », *l'économiste*, 01 juill. 2014, article consulté le 15 févr. 2018.

¹¹⁶⁶ B. COUTUMIER, in « Réforme du droit des entreprises », *l'économiste*, 01 juill. 2014, article consulté le 15 févr. 2018.

¹¹⁶⁷ Ph. HAMEAU, « Réforme du droit des entreprises », *l'économiste*, 01 juill. 2014, article consulté le 15 févr. 2018.

¹¹⁶⁸ Art. L.611-7, c. com. ; Art. 5-5, al. 1^{er}, AUPC.

¹¹⁶⁹ V. les obs. de F. MACORIG-VENIER à propos de la loi de régulation bancaire et financière du 22 oct. 2010, *RTD com.* 2010/4, n°2, p. 781. V. aussi L. C. HENRY note sous Trib. com. Nanterre 27 mars 2013, *Rev. soc.* 2013/6, p. 375 et Ph. ROUSSEL GALLE, « Le plan de la première SFA adopté », *Rev. proc. coll.* 2013/3, étude n°13, p. 13 ; B. THULLIER, « La conciliation après l'ordonnance du 12 mars 2014, jamais pareille mais toujours plus proche des procédures collectives » *BJE*, 2014/3, p. 174.

¹¹⁷⁰ En application combinée des articles L.628-1 et R.628-2 du code de commerce français. En droit OHADA, une telle faculté n'est pas reconnue de façon expresse, cependant rien n'interdit au débiteur de demander, par exemple, l'ouverture d'une procédure de règlement préventif, par suite de l'échec de sa procédure de conciliation.

¹¹⁷¹ Art. L. 628-9, c. com.

¹¹⁷² Art. L. 628-6 parle des créanciers de l'art. L.622-24, c. com.

¹¹⁷³ Appartenant aux établissements de crédit.

plus grande confidentialité¹¹⁷⁴ (Paragraphe I). Bien que de réels efforts aient été faits par les législateurs français et OHADA pour l'attractivité¹¹⁷⁵ des procédures préventives, des améliorations sont envisageables (Paragraphe II).

Paragraphe I. Les négociations avec les créanciers

539. La contractualisation des procédures de restructuration des entreprises en difficulté est au cœur de la présente thèse¹¹⁷⁶ ; elle devient une priorité dans la plupart des droits modernes en la matière¹¹⁷⁷ : « *dans toutes les législations modernes, le droit de la prévention tient une place de plus en plus importante* ». ¹¹⁷⁸ L'approche amiable du redressement de l'entreprise est préférée à celle judiciaire ; les législateurs se sont rendu compte qu'ouvrir une procédure judiciaire de traitement des difficultés des sociétés en cessation des paiements revenait à enclencher une procédure lourde, contraignante dont il est difficile de mesurer l'efficacité¹¹⁷⁹. Les chefs d'entreprise et les créanciers semblent aussi comprendre cela, comme en attestent les statistiques¹¹⁸⁰ en France.
540. Préalables¹¹⁸¹ d'une procédure passerelle, les procédures amiables de prévention ont un lien étroit avec cette dernière. La relation établie ici entre l'amiable et le judiciaire n'est pas

¹¹⁷⁴ Art. L.611-15, c. com. ; Art. 5-1, al. 3, AUPC.

¹¹⁷⁵ En droit français, et à titre illustratif, l'assouplissement du régime de la cessation des paiements, l'institution des sauvegardes accélérées en guise de passerelles entre la conciliation et la sauvegarde classique, peuvent être cités. En droit OHADA, l'adoption de la procédure de conciliation en 2015, de même que celle du privilège de conciliation (new money), peuvent être citées.

¹¹⁷⁶ Elle porte sur le procédé de passerelle. Ce dernier a été adopté dans le droit français dans le but de renforcer les moyens de sauvetage de l'entreprise en difficulté. Pour accéder à une procédure passerelle, le débiteur doit d'abord être engagé dans une procédure de conciliation où il négocie un projet de plan avec ses créanciers. Le projet de plan, ainsi négocié, est mis en œuvre dans le cadre d'une procédure judiciaire où il est procédé à son vote et à son adoption. L'objectif recherché est de contrecarrer les créanciers minoritaires qui refusent la négociation pour mettre fin aux difficultés de l'entreprise. Ce système de traitement des difficultés des entreprises est exploitable en droit OHADA.

¹¹⁷⁷ Il en est ainsi, à titre d'exemple, du chapitre 11 du code fédéral américain de la faillite, du *scheme of arrangement* du droit anglais, de la réorganisation judiciaire des entreprises du droit belge.

¹¹⁷⁸ J.-L. VALLENS, *L'insolvabilité des entreprises en droit comparé*, éd., Lextenso éditions, 2011, p. 26.

¹¹⁷⁹ A. JACQUEMONT et R. VABRES, *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., LexisNexis, 2015, p. 27.

¹¹⁸⁰ Les procédures françaises de mandat *ad hoc* et de conciliation sont de plus en plus sollicitées pour la restructuration des entreprises : 2476 procédures amiables ont été ouvertes en 2016 (contre 1293 sauvegardes), soit 3% de plus qu'en 2015, dont 65% de mandat *ad hoc*, pour un total de 612 001 emplois concernés, selon Altarès, in « L'entreprise en difficulté en 2016 », étude réalisée en 2017, p. 14 et 16.

¹¹⁸¹ Selon l'art. L.628-1, c. com., un débiteur doit être engagé dans une procédure amiable de conciliation pour pouvoir demander l'ouverture d'une procédure passerelle.

anodine : il s'agit de préparer le judiciaire sur le terrain de l'amiable¹¹⁸², de manière à réduire le temps, le coût et les écueils du judiciaire. Pour ce faire, un large soutien des créanciers est important : l'anticipation de l'assistance judiciaire requiert ce large soutien, de manière à rendre vraisemblable l'adoption du projet de plan préparé dans le cadre de la conciliation¹¹⁸³. Dans cette démarche, le législateur français s'est appuyé¹¹⁸⁴ sur le conciliateur, pour mener les négociations avec le chef d'entreprise. Le conciliateur est invité à user de son talent de négociateur et à prendre toute initiative utile pouvant aider à trouver un accord entre le débiteur et ses principaux créanciers¹¹⁸⁵. Faute de reconnaissance formelle du procédé de passerelle en droit OHADA, il sera largement fait appel au droit positif français. Toutefois, les développements qui vont suivre sont théoriquement valables en droit OHADA.

541. L'élaboration d'un projet de plan de sauvegarde ou de cession constitue le centre d'intérêt des discussions (I). Le projet de plan qui résulte des négociations permet au chef d'entreprise d'anticiper l'intervention du juge, dans le but de le faire adopter en phase judiciaire subséquente, par les créanciers qui l'auront soutenu en amont des négociations (II).

I. Le centre d'intérêt des discussions

542. L'accès à une procédure passerelle nécessite¹¹⁸⁶ un passage du débiteur par la procédure de conciliation, laquelle a été profondément modifiée¹¹⁸⁷. Par cette obligation faite au chef d'entreprise, le législateur met par-là, en avant, l'anticipation des difficultés par une approche négociée. L'objectif affiché, au travers du procédé de passerelle, vise concrètement à permettre l'aboutissement du projet de restructuration d'un débiteur qui a bénéficié d'un large soutien de ses créanciers, mais qui n'a pu parvenir à un accord unanime en phase amiable. C'est pourquoi la solution offerte à la résistance des créanciers minoritaires est de basculer dans un système substituant la majorité à l'exigence d'unanimité de la conciliation¹¹⁸⁸. Cette solution ouvre une

¹¹⁸² S. DANJON, *La procédure de sauvegarde accélérée*, mémoire de Master II, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2014, p. 23.

¹¹⁸³ *id.*

¹¹⁸⁴ Art. L.611-7, c. com.

¹¹⁸⁵ *id.*

¹¹⁸⁶ Art. L. 628-1, c. com.

¹¹⁸⁷ V. A. AB. DER-HALDEN et Ph. ROUSSEL GALLE, « La conciliation améliorée », *Rev. proc. coll.* 2014, doss. 29, p. 47. V. aussi B. THULLIER, « La conciliation après l'ordonnance du 12 mars 2014, jamais pareille mais toujours plus proche des procédures collectives » *BJE*, 2014/3, p. 174.

¹¹⁸⁸ D. VIDAL et G. C. GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, 1^{re} éd., Gualino Lextenso éditions, 2015-2016, p. 250.

voie judiciaire pour les chefs d'entreprise qui n'ont plus qu'à chercher le soutien d'une majorité au sein de leurs créanciers. Comme le décrit un auteur, « *jusque-là, la conciliation était une discussion sous l'égide d'un tiers qui ne permettait pas de forcer les créanciers à conclure un accord. En interdisant la modification des contrats en cours ou leur modification, la nouvelle ordonnance rend les procédures amiables plus protectrices pour le débiteur et, par conséquent, plus contraignantes pour les créanciers ; elle s'éloigne donc de leur esprit d'origine* ». ¹¹⁸⁹

543. Artisans des négociations, le chef d'entreprise et le conciliateur peuvent, en cas d'échec des négociations, transformer le projet d'accord en projet de plan de sauvegarde ou de cession (A). Toutes les démarches afférentes aux tractations entre les parties ont lieu dans la discrétion (B).

A. Le projet de plan de sauvegarde ou de cession

544. Classiquement, le sauvetage de l'entreprise en procédure de conciliation se caractérise, dans un sens, par la recherche de solutions essentiellement financières qui encouragent les créanciers à renouveler leur confiance en la continuité d'exploitation et, dans l'autre, par la préparation d'une éventuelle cession totale ou partielle de l'entreprise. Dans une telle procédure, chaque partie concernée est logiquement et légitimement attentive à ses intérêts. L'objectif assigné au conciliateur est de desserrer l'étau, afin de favoriser la conclusion d'un accord entre le débiteur et ses principaux créanciers, ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels, dans le but de mettre fin aux difficultés de l'entreprise ¹¹⁹⁰. L'usage des termes « accord amiable » permettrait de mettre en relief l'insistance législative en faveur du processus conventionnel ¹¹⁹¹. L'accord est donc recherché avec les principaux créanciers, c'est-à-dire ceux dont le statut exerce une influence importante sur le fonds de roulement de l'entreprise. Le conciliateur peut, dans le cadre de sa mission, présenter toute proposition se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi.
545. Dans ce contexte de recherche d'un accord, le conciliateur peut obtenir du débiteur tout renseignement utile. Le président du tribunal lui communique également les renseignements dont il dispose et, le cas échéant, les résultats de l'expertise ¹¹⁹² de l'article L.611-6, cinquième

¹¹⁸⁹ B. MOHAMED, in « La réforme du droit des entreprises en difficulté », *le nouvel économiste*, 1^{er} juill. 2014, article consulté le 18 janv. 2018.

¹¹⁹⁰ Art. L.611-7, c. com.

¹¹⁹¹ D. VIDAL et G. GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, 1^{re} éd., Gualino Lextenso éditions, 2015-2016, p. 122.

¹¹⁹² E. DOUHAIRE, « Les aspects pratiques de la conciliation », *Rev. jur. com.* 2002, p. 21.

alinéa, du code de commerce¹¹⁹³. Les créanciers publics, tels que les administrations financières, les organismes de sécurité sociale, les institutions gérant l'assurance chômage¹¹⁹⁴ et les institutions régies par le livre IX du code de la sécurité sociale, peuvent consentir des remises de dettes¹¹⁹⁵. Cependant, les créanciers privés disposent d'une liberté d'action. De ce fait, leur démarche consiste le plus souvent à rechercher la moins mauvaise des solutions¹¹⁹⁶. L'évolution et la réussite de la mission du conciliateur dépendent du savoir-faire de ce dernier et de l'intérêt commun des créanciers. La préoccupation est d'éviter un sort défavorable à l'entreprise.

546. Si le conciliateur réussit à obtenir un accord unanime, la procédure prend fin. Dans le cas contraire, cet accord, s'il bénéficie d'un soutien majoritaire, peut être transformé en un projet de plan de sauvegarde, ce même en présence d'un état de cessation des paiements de moins de quarante-cinq jours. En cas d'échec, la décision ayant ouvert la procédure de conciliation n'a pas autorité de la chose jugée quant à la date de cessation des paiements. Il en résulte que dans le cadre de la procédure judiciaire ultérieure, cette date peut être reportée antérieurement à la décision d'ouverture de la conciliation¹¹⁹⁷. Selon que les dettes en jeu sont de nature essentiellement financière ou mixte, le débiteur sollicitera du tribunal l'ouverture d'une procédure de sauvegarde financière accélérée¹¹⁹⁸ ou de sauvegarde accélérée¹¹⁹⁹. En fait, dans ces conditions, il peut compter sur le passage de son projet de plan grâce au vote majoritaire¹²⁰⁰. Bien que la conciliation puisse déboucher sur toutes les procédures collectives que consacre le code de commerce, il en est deux qui entretiennent des rapports particulièrement étroits avec elle¹²⁰¹ : il s'agit des sauvegardes accélérées en ce qu'elle leur est un préalable¹²⁰².

¹¹⁹³ Art. L.611-7, al. 3, c. com.

¹¹⁹⁴ Prévu par l'art. 5422-1 du code de travail.

¹¹⁹⁵ Dans les conditions indiquées à l'article L.626-6 du code de commerce.

¹¹⁹⁶ A. ABERGEL, « Négociation, remise de dettes des créances publiques et privées : aspects financiers et économiques » *LPA*, 22 avr. 2010, n°80, p. 35.

¹¹⁹⁷ Com. 22 mai 2013, n°12-18.509, *BJE* 2013, n°5, note J. P. SORTAIS ; *Gaz. Pal. éd., spéc.* 12-13 juill. 2013, n°193-194, p. 12, note F. REILLE ; *RTD com.* 2013, n°4, p.803, note F. MACORIG-VENIER ; *Rev. proc. coll.* 2013, n°5, p. 25, note B. SAINTOURENS.

¹¹⁹⁸ Comme dans la sauvegarde de Cobrason : v. Paris, pôle 5, ch. 8, 5 juill. 2017, n°17-04086.

¹¹⁹⁹ Comme dans la sauvegarde de Alma Consulting : v. trib. com. Nanterre, 19 sept. 2014.

¹²⁰⁰ Art. L.626-30-2, al. 4, c. com.

¹²⁰¹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « De la procédure de sauvegarde financière accélérée à la procédure de sauvegarde accélérée : de la SFA à la PSA ! », *Rev. proc. coll.* 2014/2, dossier 17, p. 44 ; F. PEROCHON et H. BOURBOULOUX, « La procédure de sauvegarde et ses variantes » *Rev. proc. coll.* 2014/4, dossier 30, p. 50.

¹²⁰² Art. L. 628-1, al. 2, c. com.

547. La mission du conciliateur peut aussi consister en la préparation de la cession de l'entreprise¹²⁰³ dans la logique économique de la procédure de conciliation : la procédure de conciliation est mise en perspective dans l'éventualité d'une procédure collective qui pourrait en prendre la suite et qui comporterait un plan de cession que la conciliation elle-même aurait permis de mettre en place¹²⁰⁴. Le projet de plan de cession alors envisagé peut concerner des parts sociales, une ou plusieurs actions ou encore le fonds de commerce exploité par le débiteur¹²⁰⁵ ; il sera mis en œuvre ultérieurement lors d'une procédure judiciaire. Comme il peut être constaté, l'effet dissuasif de l'ouverture d'une procédure judiciaire amène les créanciers minoritaires et contestataires à accepter l'accord proposé. Toute chose de nature à maîtriser les premières difficultés de l'entreprise, avant son enlèvement. Ce d'autant que « *La possibilité d'ouvrir la conciliation jusqu'à quarante-cinq jours après la cessation des paiements permet à l'entreprise d'échapper à toute procédure collective jusqu'à la conclusion de la conciliation et, au maximum, pendant six mois et demi, après la cessation des paiements* ». ¹²⁰⁶ Afin de renforcer les chances de réussite des négociations, la mission du conciliateur se doit d'être confidentielle. Il s'agit d'une question d'ordre public¹²⁰⁷.

B. La confidentialité obligatoire des négociations

548. La confidentialité est au centre du dispositif amiable de prévention des difficultés des entreprises que constituent le mandat *ad hoc* et la conciliation¹²⁰⁸. Ces procédures amiables de restructuration des entreprises en difficulté doivent en partie leur succès à la confidentialité qui les caractérise, eu égard à la publicité de la désignation du mandataire *ad hoc* et à l'ouverture de la procédure de conciliation. Avant la loi de 2005¹²⁰⁹, rien n'était prévu pour le mandat *ad hoc*. Depuis et au fil des réformes, le législateur et la jurisprudence ont progressivement durci le ton en la matière. Le code de commerce et le code rural et de la pêche maritime prévoient¹²¹⁰

¹²⁰³ Art. L.611-7, al. 1^{er}, c. com.

¹²⁰⁴ J. P. SORTAIS, *Entreprise en difficulté*, 2^e éd., LGDJ, 2015, p. 67.

¹²⁰⁵ V. en ce sens, Th. MONTERAN et M. MIEULLE, « Le vade-mecum du plan de cession *prepack* », *BJE*, 2015, n°3, p. 164 et s.

¹²⁰⁶ Selon le doc. AN, n°2095, note 4, p. 130.

¹²⁰⁷ V. Ch. DELATTRE, « Le secret des affaires - La confidentialité des procédures », *Droit des sociétés*, 2012, étude 2 ; com. 15 déc. 2015, n°14-11500 ; Art. L.611-15 c. com.

¹²⁰⁸ F. PEROCHON, « Coût, transparence et confidentialité de la prévention », *in* la prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises à la lumière de la réforme, Colloque AJDE Toulouse, 15 nov. 2013, *Rev. proc. coll.* 2014-1, n°02 à 15, p. 79.

¹²⁰⁹ L. n°2005-845, du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n°173 du 27 juill. 2005, p. 12187, texte n°5.

¹²¹⁰ Art. L.611-15, c. com. ; Art. L.351-7 du code rural et de la pêche maritime.

que toute personne appelée au règlement amiable ou qui, par ses fonctions, en a connaissance, est tenue au secret professionnel sous peine des sanctions pénales prévues¹²¹¹. En matière de conciliation, l'article L.611-15 a supprimé le « secret professionnel » et lui a substitué « la confidentialité ». Cette substitution s'inscrit en droite ligne dans la politique de dépenalisation du droit des affaires¹²¹². Cependant, la règle n'est pas sans dérogation, conformément aux dispositions de l'article L.226-13 du code pénal¹²¹³, notamment, en ce qui concerne le conciliateur, le mandataire *ad hoc*, ou encore les avocats, au titre de la contrainte s'appliquant de façon générale à leur profession, mais aussi, les représentants des salariés bénéficiaires d'informations au titre de leurs fonctions de représentation¹²¹⁴. Seules les personnes appelées à la conciliation pourront prendre connaissance du contenu de l'accord de conciliation¹²¹⁵.

549. Il en résulte qu'il n'est même pas possible de demander communication, dans le cadre d'une instance judiciaire, du contenu de l'accord de conciliation. Cette solution n'est pas remise en cause par l'article R. 611-44 du code de commerce, lequel lève la confidentialité à l'égard de l'autorité judiciaire dans les conditions de l'article L.621-1¹²¹⁶. Le rapport ne peut donc être invoqué pour obtenir la condamnation d'un dirigeant en responsabilité pour insuffisance d'actif¹²¹⁷. Si le liquidateur se prévaut du rapport de l'administrateur judiciaire, qui reprend le rapport du conciliateur, il n'y a plus place à nullité de l'assignation¹²¹⁸. Malgré plusieurs avis doctrinaux, l'ordonnance du 12 mars 2014¹²¹⁹ n'a pas adopté une autre sanction de la violation de l'obligation de confidentialité¹²²⁰. Elle trouve sa réparation sur le terrain de la responsabilité

¹²¹¹ Art. L. 226-13, c. pén. : « la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

¹²¹² B. ZABALA, « Prévention des difficultés des entreprises et obligation d'information du public », *JCP E*, 8 mai 2008, n° 19, 1598, p. 39 s., sp. p.40, n° 12.

¹²¹³ Th. MONTERAN, « Présentation générale de la prévention et de la procédure de conciliation », *Gaz pal.* 7-8 sept. 2005, n° sp. p. 8 et s., sp. p. 11 ; J. E. KUNTZ, « De la prévention des difficultés des entreprises, du mandat *ad hoc* et de la procédure de conciliation », *LPA* n° sp., 8 févr. 2006, n° 28, p. 5 s. sp. p. 19 et 20 ; B. BOUQUET, « Mandat *ad hoc* et conciliation : un outil juridique rénové », *RJ com.* 2008. 8 s., sp. p. 9.

¹²¹⁴ Avis n° 337 de Ch. GAUDIN, Doc, Sénat, au nom de la commission des affaires économiques, p. 68.

¹²¹⁵ Art. R. 611-44, c. com.

¹²¹⁶ Il s'agit des cas d'ouverture des procédures collectives de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaire : Trib. com. Quimper, 1^{er} juin 2012, RG n° 2012/004764, 2012/004758 et 2102/004779, *Rev. proc. coll.* 2012, comm.178, note Ch. DELATTRE.

¹²¹⁷ Trib. com. Nanterre, 19 mars 2009, RG n° 2008L04572, *Rev. proc. coll.* 2012, comm.179, note Ch. DELATTRE.

¹²¹⁸ Com. 27 sept. 2011, n° 10-20.308, NP, *Rev. proc. coll.* 2012, comm. 179, note Ch. Delattre.

¹²¹⁹ Ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n° 0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n° 3.

¹²²⁰ D. CARAMALLI, « Droit des entreprises en difficulté, quelques suggestions d'amélioration », *D.* 2013, chron. 2417 ; *Dalloz*, n° 36, p. 2417-2419.

civile¹²²¹ par l'octroi de dommages et intérêts, si l'une des parties à l'accord de conciliation, notamment le débiteur, a subi un préjudice¹²²². Comme le souligne le rapport Jacquemont, le lien de causalité ne sera pas facile à établir¹²²³. Cependant, l'obligation de confidentialité n'empêche nullement le débiteur de communiquer sur son état, puisqu'il est d'abord et avant tout question de le protéger. Il en est de même à l'égard des partenaires contractuels ayant fait figurer dans leurs conditions contractuelles une obligation d'indiquer l'existence d'une procédure de conciliation. Le manquement à une telle obligation peut être cause de résiliation pour la partie qui en est créancière. En matière bancaire, il pourra occasionner la rupture des concours, pour non-respect de l'obligation contractuelle de sincérité. Cette rupture ne peut donc être considérée abusive et est exclusive de la responsabilité du banquier, du fait de l'attitude fortement répréhensible du partenaire contractuel¹²²⁴. L'obligation de confidentialité instaurée dans la procédure de conciliation permet d'assurer une réelle transparence entre les parties¹²²⁵.

550. Dans les offres au public de titres financiers, l'obligation de confidentialité ne fait pas obstacle aux obligations d'information du public qui s'imposent aux sociétés ayant recours à ce procédé¹²²⁶. Les limites entre l'obligation de confidentialité et l'obligation d'information du public, de la part des sociétés faisant offre au public de titres financiers, ont été clairement explicitées par une doctrine qui propose une application distributive des textes en présence, afin de résoudre le problème¹²²⁷.
551. Si aucune difficulté ne se pose sur ce plan, cependant, pour la presse, une divergence d'interprétation a été relevée entre une juridiction du fond et la Cour de cassation¹²²⁸. Conformément à la lettre de l'article L.611-15 du code de commerce, la juridiction du fond a jugé, en matière de mandat *ad hoc*, qu'il ne peut être reproché, sur le fondement de la violation de l'obligation de confidentialité à laquelle il n'est pas tenu, à un organe de presse de diffuser

¹²²¹ Avis n°337.

¹²²² Versailles, 14^e ch., 27 nov. 2013, RG n°13/00670, *Rev. proc. coll.* 2014, comm.147, note Ch. DELATTRE.

¹²²³ Rappr : J.-Cl. Com., JACQUEMONT, fasc. 2030 « Procédure de conciliation et concordat », 2006, n°27.

¹²²⁴ Com. 7 févr. 2012, n°10-28.815, 10-28.816, NP, *Rev. proc. coll.* 2012, comm.177, note Ch. DELATTRE.

¹²²⁵ H. BOURBOULOUX « Confidentialité et transparence réconciliées pour la prévention et le traitement des difficultés », *BJE*, mai 2012, doctrine 87, p. 133.

¹²²⁶ Art. L.412-1, c. mon. fin.

¹²²⁷ B. ZABALA « Prévention des difficultés des entreprises et obligation d'information du public », *JCP E*, 8 mai 2008, n°19, 1598, p. 39 (doctrine avant la réforme des offres au public des titres financiers) ; pour la doctrine après la réforme, v. M. STORCK et Alii, *Code monétaire et financier : annoté & commenté*, 7^e éd., Dalloz, 2017, comm. art. L412-1, p. 766.

¹²²⁸ Com. 15 déc. 2015, n°14.11500, *FS-PBI*.

des informations qui auraient dû rester confidentielles entre les parties¹²²⁹. La Cour de cassation a cependant estimé que l'obligation de confidentialité dépasse le strict cadre des personnes appelées à la conciliation et concerne toute catégorie de presse¹²³⁰. Outre la confidentialité, comme avantage du préarrangement des plans de sauvegarde ou de cession pour les entreprises en difficulté, le chef d'entreprise peut, faute d'accord unanime requis en la matière, anticiper l'intervention du juge, en vue d'entériner la volonté majoritaire des créanciers par rapport à son projet de restructuration. C'est là une transposition, en droit français des entreprises en difficulté, du cram-down¹²³¹ du droit fédéral américain de la faillite.

II. L'anticipation de l'intervention du juge

552. Serait-on face au retour de l'ancien règlement amiable qui permettait l'anticipation de l'intervention du juge pour l'obtention d'un accord amiable ? En tout état de cause, aujourd'hui, il intervient lors de l'homologation de l'accord de conciliation ; il intervient également en dehors de la procédure de conciliation via le procédé de passerelle. Il est vrai que, dans une certaine mesure, il peut être dit que le législateur a retiré d'une main une chose qu'il a redonnée de l'autre¹²³². Sur le fond, il s'agit de dissuader et, au besoin, de contraindre, les créanciers minoritaires, non favorables au projet du débiteur, non pas à subir, mais à accepter la volonté majoritaire.
553. C'est en cela que la saisine du tribunal au travers d'une procédure passerelle est la nouvelle échappatoire pour le dirigeant d'entreprise, faute d'accord unanime dans la procédure de conciliation (A). En matière de prévention des difficultés, la saisine rapide du juge peut présenter un intérêt (B).

A. La capitalisation de l'accord de conciliation non abouti par la saisine du tribunal

554. Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 12 mars 2014¹²³³, si le rapport du conciliateur faisait état de la cessation des paiements, le tribunal devait se saisir d'office aux fins d'ouverture

¹²²⁹ Versailles, 14^e ch., 27 nov. 2013, RG n°13/00670, *Rev. proc. coll.* 2014, comm.147, note Ch. DELATTRE.

¹²³⁰ Com. 15 déc. 2015, n°14.11500, *FS-PBI* ; com. 22 déc. 2015, n°14. 17377, comm. *Rev. squire patton boggs*, sp. 19 févr. 2016, note A. LE NINIVIN.

¹²³¹ C'est-à-dire écrasement des créanciers récalcitrants.

¹²³² M. MEKKI, « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », *Lextenso étudiant*, 19 avr. 2017, article consulté le 16 déc. 2017.

¹²³³ Ord., n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

d'une procédure de redressement judiciaire¹²³⁴. Depuis cette ordonnance, cette règle a été supprimée par l'article 49 de ladite ordonnance, conformément à l'article 2, 7° f de la loi du 2 janvier 2014¹²³⁵. Il est fait mention de l'information du ministère public par le tribunal, lorsqu'il a été porté à sa connaissance des éléments faisant état de la cessation des paiements du débiteur. De plus, la décision constatant cette cessation des paiements lui est également notifiée¹²³⁶. Lorsque le débiteur n'est pas en cessation des paiements, la procédure de sauvegarde ordinaire lui est ouverte¹²³⁷. Dans un tel cas, la demande est examinée devant le parquet, si la procédure de conciliation n'est pas antérieure de dix-huit mois. Dans le cas d'un échec de la procédure de conciliation, le juge, en application de l'article L. 631-4 du code de commerce, après avoir relevé que les conditions indiquées à l'article L. 640-1 sont réunies, ouvre une procédure de liquidation judiciaire¹²³⁸. Dans le cadre de la procédure collective subséquente à cet échec, le juge peut faire remonter, avant l'ouverture de la procédure de conciliation, la date de la cessation des paiements¹²³⁹, et créer ainsi une période suspecte, dans le respect des solutions retenues par la jurisprudence¹²⁴⁰. Telles sont les voies peu favorables qui s'offraient au débiteur tenu en échec par ses créanciers engagés dans la procédure de conciliation.

555. La procédure de conciliation n'est pas une procédure collective, contrairement à l'affirmation d'une doctrine selon laquelle elle serait une procédure collective anticipée¹²⁴¹. Il en est ainsi parce que les créanciers ne sont pas soumis à une discipline collective, mais aussi en raison du fait que, contrairement à l'ancienne procédure de règlement amiable où le tribunal jouait un rôle important pour la conclusion d'un accord, la procédure de conciliation est complètement contractuelle ; c'est un terrain de libre expression. Cependant une autre doctrine estime qu'elle

¹²³⁴ Art. L.631-4, al. 2, c. com.

¹²³⁵ L. n°2014-1, 2 janv. 2014, habilitant le gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises, *JORF* n°0002 du 3 janv. 2014, p. 50, texte n°1.

¹²³⁶ Art. 611-7 tel que modifié par l'art. 5, 4° de l'ord., n°2014-326 du 12 mars 2014.

¹²³⁷ Art. L.621-1, al. 4, c. com.

¹²³⁸ Art. L.640-4, al. 4, c. com.

¹²³⁹ Com. 22 mai 2013, n° 12-18509, *Bull. civ. IV*, n°85 ; *D.*2013, Actu. 1343, note A. LIENHARD ; *Gal. pal.* 12 juil. 2013, n°193, p. 12, note F. REILLE ; *JCP E*, 2013, actu. 426, note Ph. ROUSSEL GALLE ; *Rev. proc. coll.* 2013, comm. 108, note P. CAGNOLI ; *Rev. Sociétés* 2013. 519, note L.-C. HENRY, *BJE* sept. 2013, p. 272, note J. P. SORTAIS.

¹²⁴⁰ Com. 11 juin 1996, n°94-14844, *Bull. civ. IV*, n°168 ; Com. 4 oct. 2005, n°04-10432, 04-10445, *Bull. civ. IV*, n°196 ; n°1174 F-P+B.

¹²⁴¹ C. P. GABRIELA, cité par P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017/2018*, 9° éd., Dalloz Action, 2016, p.299, n°116.

en constitue plutôt l'antichambre¹²⁴², car, dans cette dernière hypothèse, le débiteur, contraint à l'échec, a une carte à jouer. En l'occurrence, celle de demander l'accès à une procédure passerelle, la seule à même de lui permettre de poursuivre ses efforts de redressement de son entreprise par un vote majoritaire¹²⁴³ des créanciers intervenant au sein des comités de créanciers et, le cas échéant, au sein de l'assemblée des obligataires. Avant¹²⁴⁴ et depuis¹²⁴⁵ son incorporation dans le code de commerce, certaines entreprises ont mis à contribution la solution de la « passerelle » afin de sauver leurs activités. Cependant, le nombre de sauvegardes accélérées, mises en œuvre depuis 2010, reste relativement faible¹²⁴⁶. Au regard des statistiques, la sauvegarde financière accélérée est la plus usitée¹²⁴⁷ par rapport à la sauvegarde accélérée¹²⁴⁸. La problématique de la récurrence des faillites relance logiquement la question de l'intérêt d'une saisine rapide du juge par les chefs d'entreprise.

B. L'intérêt d'une saisine rapide du juge

556. Dans le fonctionnement d'une entreprise, l'apparition des difficultés est toujours une source d'inquiétude. Elle provoque un dilemme chez le chef d'entreprise qui se demande, lorsque ces difficultés deviennent importantes au point de provoquer la cessation des paiements, s'il doit saisir le juge, ou s'il doit continuer à nourrir l'espoir que la situation va redevenir normale sans l'intervention du juge. Le plus souvent, il choisit de ne pas se confier au tribunal, ce qui a toujours été considéré comme un facteur expliquant la faillite de nombreuses entreprises¹²⁴⁹. Or, le tribunal ne peut pas se saisir d'office¹²⁵⁰.

¹²⁴² V. les obs. de F. MACORIG-VENIER à propos de la loi de régulation bancaire et financière du 22 oct. 2010, *RTD com.*

¹²⁴³ A la majorité des deux tiers en montant des créances.

¹²⁴⁴ V. les affaires Thomson et Autodistribution : *supra*, n°183 ; 179.

¹²⁴⁵ V. les affaires Alma Consulting et Cobrason, respectivement devant les tribunaux de commerce de Nanterre et de Paris : com. 12 juillet 2016, n°14-27.983, *BJE*, janv. 2016, n°6, p. 398, note D. VOINOT.

¹²⁴⁶ En tout jusqu'en 2016, seules 22 procédures passerelles ont été ouvertes : étude Deloitte altares, « Entreprise en difficulté en France en 2016 », mars 2017, p. 32.

¹²⁴⁷ Elle a été utilisée à vingt reprises depuis son instauration : étude Deloitte altares, « Entreprise en difficulté en France en 2016 », mars 2017, p. 32.

¹²⁴⁸ Elle n'a été utilisée que deux fois en 2014 dans la foulée de son instauration dans le code de commerce : Etude Deloitte altares, « Entreprise en difficulté en France en 2016 », mars 2017, p. 32

¹²⁴⁹ V. Rapport du comité d'étude pour la réforme du droit des entreprises en difficulté dit « Rapport Sudreau », 1975.

¹²⁵⁰ Cons. const. 7 déc. 2012, n°2012-286 QPC, *Bull. Francis Lefebvre* 23/12 inf. 10.

557. Dans sa décision du 7 décembre 2012¹²⁵¹, le Conseil constitutionnel a, en effet, tranché la question de la constitutionnalité de la saisine d'office du tribunal qui était prévue à l'article L.631-5 du code de commerce, dans la rédaction que lui a donnée l'ordonnance du 6 mai 2010¹²⁵² : « *lorsqu'il n'y a pas de procédure de conciliation en cours, le tribunal peut également se saisir d'office ou être saisi sur requête du ministère public aux fins d'ouverture de la procédure judiciaire* ». De cette décision il peut être relevé que le principe constitutionnel d'impartialité du juge n'autorise pas une juridiction à introduire spontanément une instance de peur : « *qu'en se saisissant d'office, le tribunal ne préjuge {...} sa position lorsque, à l'issue de la procédure contradictoire, il sera appelé à statuer sur le fond du dossier au vu de l'ensemble des éléments versés au débat par les parties* ». Toutefois, excepté le domaine répressif : « *lorsque la procédure n'a pas pour objet le prononcé de sanctions ayant le caractère d'une punition* », la saisine d'office du tribunal peut se justifier par un motif d'intérêt général, à condition « *que soient instituées des garanties propres à assurer le respect du principe d'impartialité* ». Au regard du cas d'espèce porté devant la Cour de cassation, la décision indique que si les dispositions textuelles attaquées, précédemment évoquées, poursuivent un motif d'intérêt général : « *éviter l'aggravation irrémédiable de la situation de l'entreprise* », qu'aucun texte ne prévoit des « *garanties légales assurant le respect du principe d'impartialité* ».

558. Pourtant, le législateur a prévu différentes procédures préventives et curatives des difficultés des entreprises, pour que le chef d'entreprise ait le choix, et se décide le plus rapidement possible. Une saisine rapide permet au tribunal d'envisager les solutions qui s'imposent au vu de la gravité des difficultés exposées. Les mesures que le tribunal aura à prendre auront pour effet de stopper l'aggravation de la situation et de résoudre les difficultés actuelles. Une procédure passerelle s'inscrit dans ce contexte. Le procédé de passerelle a apporté des améliorations au système préventif, même si ce dernier reste encore perfectible.

Paragraphe II. Les améliorations possibles des procédures préventives du droit français

559. En droit français, les procédures amiables de traitement des difficultés des entreprises sont le mandat *ad hoc* et la conciliation. La procédure de conciliation a été instituée en 2005 par la loi

¹²⁵¹ Cons. const. 7 déc. 2012, n°2012-286 QPC, *Bull. Francis Lefebvre* 23/12 inf. 10.

¹²⁵² Ord. n°2010-462 du 6 mai 2010 créant un livre IX du code rural relatif à la pêche maritime et à l'agriculture marine, *JORF* n°0106 du 7 mai 2010, p.8309, texte n°49, art. 1.

de sauvegarde des entreprises¹²⁵³. Elle remplace l'ancien règlement amiable. Plusieurs avantages - certains issus du règlement amiable et d'autres de la conciliation - peuvent être relevés : l'adoption du privilège de la conciliation¹²⁵⁴ - les créances assorties d'un tel privilège ne font l'objet ni de remise, ni de délai de paiement dans le cadre de la procédure collective subséquente, sauf accord du créancier titulaire¹²⁵⁵ -, la protection des créanciers contre la période suspecte en cas d'ouverture de la procédure collective subséquente par l'effet de l'accord homologué¹²⁵⁶, l'absence de publicité de la désignation d'un mandataire *ad hoc* et de l'ouverture d'une procédure de conciliation - la commission parlementaire a justifié cette mesure par la nécessité de renforcer le caractère confidentiel des procédures amiables¹²⁵⁷ -. Le mandat *ad hoc* est, quant à lui, une ancienne pratique des tribunaux de commerce consacrée par la loi de 1994¹²⁵⁸. Elle est plus souple que la conciliation, car elle n'est pas enfermée dans un délai spécifique, et le débiteur n'a pas à justifier ses difficultés, cependant il ne doit pas être en état de cessation des paiements.

560. L'efficacité de ces deux procédures amiables de prévention des entreprises en difficulté est appréciée¹²⁵⁹ eu égard aux statistiques¹²⁶⁰. En dépit des avancées précédemment décrites, des améliorations peuvent être apportées avec, d'une part, l'instauration des classes de créanciers dans la procédure de conciliation (I) et, d'autre part, l'autonomisation du mandat *ad hoc* pour l'organisation du *prepack-cession* (II).

¹²⁵³ V. *supra*, n°16.

¹²⁵⁴ C'est le privilège de paiement accordé aux créanciers qui ont apporté de nouveaux apports en trésorerie, de nouvelles fournitures de services ou de biens pendant la conciliation : art. L.611-11, c. com.

¹²⁵⁵ Art. L.611-11, al. 1 et L.626-30-2, al. 2, c. com.

¹²⁵⁶ En ce cas, la date de la cessation des paiements ne peut être remontée antérieurement à la date de la décision ayant homologué l'accord : art. L.631-8, al. 2, c. com.

¹²⁵⁷ Rapp. AN, n°3726, art. 50.

¹²⁵⁸ L. n°94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, *JORF* n°134 du 11 juin 1994, p. 8440.

¹²⁵⁹ Le haut comité juridique de la place financière de Paris recommande à la commission européenne de s'inspirer de la conciliation du droit français *in* « Les orientations en vue du rapprochement des droits nationaux de l'insolvabilité des entreprises dans l'Union Européenne », 1^{er} juill. 2016, p. 2.

¹²⁶⁰ En 2016, une tendance haussière de 3% de recours à l'amiable a été relevée par rapport à 2015 : Étude Deloitte altares, « L'entreprise en difficulté en France en 2016 », 2017, p. 5. Rappelons qu'en 2015, le taux de réussite a été estimé à 72%, avec 1500 dossiers traités dans le cadre du mandat *ad hoc* et 100 dossiers traités dans celui de la conciliation.

I. L'instauration des classes de créanciers dans la procédure de conciliation

561. Les classes de créances s'invitent de plus en plus dans les procédures amiables¹²⁶¹, et il peut être recommandé que de tels comités de créanciers soient instaurés dans la procédure de conciliation française (A). Plusieurs avantages sont susceptibles de justifier la mesure (B).

A. L'état de la question au sein de la doctrine

562. Lorsqu'un débiteur est redevable envers plusieurs créanciers, la question de savoir comment procéder à leur paiement se pose. Cette question se pose davantage, lorsque les créances ne sont pas identiques en termes de nature. De plus, le doute que l'actif disponible du débiteur, puisqu'il est en difficulté, ne puisse résorber tout le passif exigible, subsiste. Dès lors, la nécessité de régler certaines dettes plutôt que d'autres s'impose. C'est pourquoi, dans les procédures judiciaires, la discipline collective impose le principe du paiement prioritaire, suivant la nature et la source des créances¹²⁶² ; la classification des créances facilite une telle approche.

563. Dans la procédure de conciliation, et en l'état actuel de la législation, il n'existe pas de classes de créanciers. Le conciliateur, en collaboration avec le débiteur, identifie les créances dont les titulaires seront invités à la table des négociations. Dans le cadre de ces négociations, le chef d'entreprise doit, en raison de la règle de l'unanimité, convaincre tous les créanciers d'accepter son projet de restructuration. Depuis la loi bancaire de 2010¹²⁶³ et l'ordonnance du 12 mars 2014¹²⁶⁴, des alternatives ont été trouvées à cette problématique : la technique de la passerelle. L'obligation qu'une procédure passerelle commence par une procédure de conciliation¹²⁶⁵, présente l'intérêt pratique d'instaurer le système de procédure amiable à comités.

564. Au sein de la doctrine, certains auteurs, tout en reconnaissant l'efficacité du dispositif actuel, recommandent la création des classes de créanciers dans la procédure de conciliation¹²⁶⁶. Ces

¹²⁶¹ C'est le cas du *scheme of arrangement* en Angleterre, du *prepackaged plan* aux États-Unis d'Amérique, ou encore du comité provisoire dans le « le plan d'insolvabilité » en Allemagne.

¹²⁶² V. art. L.622-21 et L.622-17, c. com.

¹²⁶³ L. n°2010-1249 du 22 oct. 2010 de régulation bancaire et financière, *JORF* n° 0247 du 23 oct. 2010, p. 18984, texte n°1.

¹²⁶⁴ Ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

¹²⁶⁵ Art. L. 628-1, c. com.

¹²⁶⁶ Haut comité juridique de la place financière de Paris, « Les orientations en vue d'un rapprochement des droits nationaux de l'insolvabilité des entreprises dans l'Union Européenne » - Rapp. du groupe « Défaillances d'entreprises », 1^{er} juill. 2016, p. 14 ; R. DAMMANN, M. GUERMONPREZ, « Pistes de réflexion pour une réforme des procédures collectives », *Dalloz*, 2018, p. 629.

auteurs pensent que cela permettrait le rapprochement de la conciliation avec l'actuel *scheme of arrangement*¹²⁶⁷ du droit anglais et le *schutzschirmverfahren*¹²⁶⁸ du droit allemand. Il peut être affirmé que ces opinions doctrinales semblent s'inscrire dans une logique d'intégration juridique européenne, du fait du lien établi entre la conciliation et d'autres procédures similaires en Europe.

565. Dans l'optique de l'introduction des classes de créanciers dans la procédure de conciliation au regard du droit positif français, deux questions méritent d'être posées, celles relatives à la constitution des classes de créanciers et au droit de vote au sein de ces dernières.
566. Concernant la première question, le chef d'entreprise, puisque c'est lui qui élabore le projet de plan de restructuration, pourrait être autorisé à former les classes de créanciers. Ce serait, là, la consécration d'une pratique, celle des conciliateurs qui, dans la perspective des négociations, posent un diagnostic préalable de la situation du débiteur ; et dans ce cadre, ils classifient les créances selon leur origine et leur importance. C'est en fonction de ce diagnostic que les contacts se nouent avec les créanciers susceptibles de participer aux négociations. C'est en cela, par ailleurs, que l'instauration des classes de créanciers, dans la procédure de conciliation, ne serait pas une révolution en tant que telle, au contraire, elle permettrait de faciliter davantage les négociations.
567. Toutefois le contrôle total de la constitution de ces classes de créances par le débiteur peut susciter des interrogations. En fait, ce dernier pourrait être tenté de mettre ensemble les créanciers qui lui sont proches ou qui seraient prêts à jouer son jeu. Or, des classes de créances, formées par complaisance, sont susceptibles de préjudicier aux droits des créanciers minoritaires et non diligents, ce qui porterait atteinte ultérieurement à l'équité¹²⁶⁹ du plan. Il faudrait donc un contrôle du tribunal. Dans les procédures judiciaires, c'est le mandataire judiciaire qui forme les comités¹²⁷⁰. Compte tenu du risque précédemment décrit, la piste de la constitution des classes de créanciers, par le chef d'entreprise, apparaît moins recommandable.

¹²⁶⁷ V. *infra*, n°. 690.

¹²⁶⁸ Ou « Procédure bouclier », cité par R. DAMMANN, M. GUERMONPREZ, in « Pistes de réflexion pour une réforme des procédures collectives », *Dalloz*, 2018, p. 629.

¹²⁶⁹ Art. L. 626-31, c. com.

¹²⁷⁰ Art. L. 626-30, c. com., v. davantage : *supra*, n°311 et s.

568. 585. Le conciliateur semble mieux placé pour remplir cette mission en ce qu'il rend compte au tribunal ; il est une personne neutre¹²⁷¹. Un tel choix aurait l'avantage de réduire le coût de la procédure - la mesure serait plus une prérogative qu'une mission pour le conciliateur, alors que la désignation d'un professionnel de justice autre que lui, augmenterait le budget de la procédure -. Toutefois, le conciliateur étant le plus souvent proposé par le débiteur, le risque d'impartialité reste présent, et cela relance la problématique de la complaisance dans la constitution des classes de créanciers. Dès lors, et afin d'assurer l'égalité des créanciers et, par ricochet, l'équité du futur plan de restructuration, l'initiative du choix d'un conciliateur, accordée au chef d'entreprise¹²⁷², à l'ouverture de la procédure de conciliation, devrait lui être retirée. Il appartiendrait ainsi au tribunal de choisir un conciliateur neutre. Dans cette perspective, et afin de ne pas déposséder le chef d'entreprise de son droit de contrôle sur la (sa) procédure de conciliation, le droit¹²⁷³ de récusation du conciliateur qui lui est reconnu devrait être maintenu¹²⁷⁴. Dans le même souci, certains auteurs proposent que le juge commissaire approuve les classes de créanciers qui auront été mises en place par le conciliateur¹²⁷⁵. Cependant cette proposition semble poser un problème, celui du ralentissement des opérations. En effet, le conciliateur formerait les classes de créanciers dans le cadre de la conciliation, afin de procéder aux négociations et au vote du projet de plan. Or, le juge commissaire, lui, n'interviendra que dans le cadre de la procédure judiciaire d'adoption - la SA et la SFA en l'occurrence -. Cela sous-entend, dans l'hypothèse d'une désapprobation de la part du juge commissaire, que les opérations de vote, ayant eu lieu dans le cadre de la conciliation, seront annulées. Ce qui occasionnerait, comme conséquence logique, soit la reprise de la constitution des classes de créanciers, soit le renoncement à la poursuite du processus de restructuration entamé par le chef d'entreprise.

569. L'adoption des classes de créanciers dans la procédure de conciliation devrait nécessairement supprimer l'obligation de déclaration des créances dans la procédure judiciaire d'adoption du

¹²⁷¹ R. DAMMANN, M. GUERMONPREZ, « Pistes de réflexion pour une réforme des procédures collectives », *Recueil Dalloz* 2018, p. 629.

¹²⁷² Art. L. 611-6, al. 1^{er}, c. com.

¹²⁷³ Art. L. 611-6, al. 4, c. com.

¹²⁷⁴ « Cette « soupape » paraît bienvenue compte tenu de l'extension de la mission du conciliateur » : A. LIENHARD, *Code des procédures collectives - Annoté et commenté*, 16^e éd., Dalloz, 2018, p. 27, comm. sous art. L.611-6, c. com.

¹²⁷⁵ R. DAMMANN, M. GUERMONPREZ, « Pistes de réflexion pour une réforme des procédures collectives », *Dalloz* 2018, p. 629.

plan ; c'est déjà le cas dans une procédure passerelle¹²⁷⁶. Il devrait en être ainsi, parce que les créances auront déjà été identifiées par le débiteur/conciliateur, à l'occasion de la constitution des classes de créanciers, dans le cadre de la procédure de conciliation. De même, il a été proposé que les dispositions de l'article L.622-13 du code de commerce, relatives à la résiliation de plein droit du contrat en cours et à la résiliation du contrat en cours à la demande de l'administrateur judiciaire, soient écartées¹²⁷⁷. Cette proposition peut être suivie pour la protection des intérêts des cocontractants.

570. S'agissant de la seconde question, classiquement, dans le droit français, les créanciers sont classés en deux comités : le comité des établissements de crédit qui regroupe toutes les créances bancaires et assimilées, le comité des principaux fournisseurs et, le cas échéant, l'assemblée des obligataires. Dans l'optique de l'adoption des classes de créances dans la procédure de conciliation, des auteurs ont fait des propositions intéressantes qui tiennent compte de l'évolution du droit européen¹²⁷⁸. Il est ainsi proposé, comme c'est le cas en Allemagne, qu'un comité soit créé pour les créances d'actionnaires¹²⁷⁹ ; que les créanciers chirographaires fournisseurs et les créanciers chirographaires bancaires, en raison du rapprochement des intérêts économiques, soient placés dans des comités différents¹²⁸⁰. Ces propositions peuvent être suivies dans la mesure où le droit français devra, le cas échéant, se conformer au droit européen dans le cadre de l'harmonisation des procédures de restructuration, objet de la proposition de directive du 22 novembre 2016¹²⁸¹ sur les procédures préventives de restructuration, sur la seconde chance et sur les mesures accroissant l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et de décharge de dettes.

¹²⁷⁶ Art. L.628-7, c. com.

¹²⁷⁷ R. DAMMANN, M. GUERMONPREZ, « Pistes de réflexion pour une réforme des procédures collectives », *Dalloz*, 2018, p. 629.

¹²⁷⁸ La Commission européenne a présenté, le 22 novembre 2016, une proposition de directive sur les mesures préventives de restructuration, sur la seconde chance et sur les mesures accroissant l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et de décharge des dettes : dir. n°2016/0359/22 nov. 2016. Dans cette proposition de directive, il est proposé la constitution des classes de créanciers selon la nature des créances (les chirographaires, les privilégiés, etc.) : COM (2016)723 final, art. 9.

¹²⁷⁹ Haut comité juridique de la place financière de Paris, « Les orientations en vue d'un rapprochement des droits nationaux de l'insolvabilité des entreprises dans l'Union Européenne » - Rapp. du groupe « défaillances d'entreprises », 1^{er} juill. 2016, p.15 ; R. DAMMANN, M. GUERMONPREZ, « Pistes de réflexion pour une réforme des procédures collectives », *Dalloz*, 2018, p. 629.

¹²⁸⁰ R. DAMMANN, M. GUERMONPREZ, « Pistes de réflexion pour une réforme des procédures collectives », *Dalloz*, 2018, p. 629.

¹²⁸¹ Directive (COM (2016) 723 final) du 22 nov. 2016.

571. S'agissant du vote au sein des classes de créanciers, il sera nécessaire d'adopter la règle de la majorité des deux tiers du montant des créances au sein de chaque classe de créanciers. La règle existe déjà dans les procédures judiciaires¹²⁸² ; elle ne devrait donc pas changer en ce qu'elle présente l'intérêt de la prévisibilité¹²⁸³. Le projet de plan sera adopté lorsqu'il sera voté à la majorité des deux tiers par chaque classe de créanciers. Il reviendra au tribunal, représenté par le conciliateur dans l'hypothèse précédemment décrite, de veiller à ce que les créanciers, ayant voté contre le plan, ne soient pas lésés¹²⁸⁴. Ces derniers doivent, en effet, recevoir un traitement équivalent à celui qui aurait été le leur en l'absence de plan de restructuration.
572. Cependant, si une classe de créanciers ne vote pas le plan, celui-ci ne pourra être adopté. Il faudra alors que le débiteur et une majorité simple de l'ensemble des classes de créanciers votent en sa faveur¹²⁸⁵. L'introduction des classes de créanciers dans la procédure de conciliation pourrait avoir plusieurs avantages.

B. Les avantages de la mesure

573. L'instauration des classes de créanciers, dans la procédure de conciliation, permettrait de catégoriser les créanciers selon leur nature dont entre autres : chirographaires, subordonnés, privilégiés. Dans chaque classe, le projet de plan serait voté à la majorité des deux tiers du montant des créances, ce qui permettrait de trouver une solution au contentieux portant sur la fixation des droits de vote¹²⁸⁶. Aussi, dans le contexte du procédé de passerelle, un projet de plan élaboré et voté amiablement, devrait être rapidement adopté par le tribunal, qui doit, néanmoins, s'assurer de l'équité du plan¹²⁸⁷, en prêtant attention, notamment, aux éventuelles contestations des créanciers minoritaires. De cette manière, la technique de la passerelle, conçue pour être rapide, le sera davantage.

¹²⁸² Art. L.626-30-2, al. 4, c. com.

¹²⁸³ R. DAMMANN, M. GUERMONPREZ, « Pistes de réflexion pour une réforme des procédures collectives », *Dalloz*, 2018, p. 629.

¹²⁸⁴ Art. L. 626-31, c. com.

¹²⁸⁵ « {Cette flexibilité} paraît, en effet, plus simple à mettre en œuvre que le système américain du chapter 11 qui repose sur l'idée de devoir déterminer les classes de créanciers « in the money », qui sont établies en fonction d'une évaluation de l'entreprise qui est une source importante de contentieux » : note 19 : R. DAMMANN, M. GUERMONPREZ, in « Pistes de réflexion pour une réforme des procédures collectives », *Dalloz*, 2018, p. 629.

¹²⁸⁶ V. *supra* n°183 et s.

¹²⁸⁷ Art. L. 626-31, c. com.

574. Par ailleurs, tirant les leçons de l'affaire Thomson¹²⁸⁸, une étude révèle que la transposition de la règle de la majorité des deux tiers du montant des créances, dans la procédure de conciliation, permettrait aux obligataires, dont les obligations ont perdu une partie de leur valeur, de garder une valeur de nuisance¹²⁸⁹. En plus de l'instauration des classes de créanciers, dans la procédure de conciliation, l'autonomisation de la procédure du mandat *ad hoc*, pour la préparation du *prepack-cession*, serait une amélioration de plus dans la prévention des difficultés des entreprises.

II. L'autonomisation du mandat *ad hoc* pour l'organisation du *prepack-cession*

575. Dans le contexte du procédé de passerelle¹²⁹⁰, le débiteur doit être engagé dans une procédure amiable¹²⁹¹. L'objectif est de permettre la célérité¹²⁹² de la procédure judiciaire subséquente. Le nouveau *prepack-cession*, issu de l'ordonnance du 12 mars 2014¹²⁹³, s'aligne sur le *prepack-sauvegarde*¹²⁹⁴ aussi bien dans les conditions d'organisation en phase amiable que dans celles d'exécution en phase judiciaire. Le procédé repose sur le tandem de l'amiable et du judiciaire pour négocier discrètement un projet de cession et exécuter ce projet de cession, convenu en phase amiable, dans le cadre d'une procédure judiciaire. En l'état actuel de la législation, seule la procédure de conciliation est expressément¹²⁹⁵ reconnue comme étant la procédure amiable préparatoire de la phase judiciaire subséquente.

¹²⁸⁸ V. *supra* n°183 et s.

¹²⁸⁹ Haut comité juridique de la place financière de Paris - Rapp. du groupe « défaillances d'entreprises » in « Les orientations en vue d'un rapprochement des droits nationaux de l'insolvabilité des entreprises dans l'Union Européenne », 1^{er} juill. 2016, p. 14.

¹²⁹⁰ Ce procédé suppose, selon la lettre des textes, un plan pré-arrangé : art. L. 628-1, c. com.

¹²⁹¹ Art. L. 628-1, c. com.

¹²⁹² E. BERTRAND : « dans le *prepack-cession*, cette procédure {la présentation et l'examen des offres} connaît un rythme particulièrement accéléré entre le jugement d'ouverture et le jugement arrêtant le plan », in « Le *prepack-cession*, le dispositif s'installe dans le paysage des procédures collectives », *Lamy*, 4 mars 2016, article consulté le 04 avr. 2018.

¹²⁹³ Ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

¹²⁹⁴ Ou *sauvegarde pré-arrangée*.

¹²⁹⁵ En employant ce terme, nous voulons mettre l'accent sur le fait que rien non plus n'interdit au chef d'entreprise de négocier un projet de plan de cession ou de *sauvegarde* dans le cadre du mandat *ad hoc*. Seulement, lorsqu'il voudra ouvrir une procédure judiciaire pour la faire voter et adopter, il devra, à ce moment précis, être engagé dans une procédure de conciliation. C'est le sens du texte : art. L.611-7, c. com.

576. Pourtant, des affaires célèbres ont mis en exergue tous les mérites du mandat *ad hoc* dans un tel rôle de préparation (A). Le choix de ne pas associer expressément¹²⁹⁶ le mandat *ad hoc* à la préparation du *prepack*-cession peut être regretté ; mais quelles seraient les conséquences de l'autonomisation du mandat *ad hoc* en vue de préparer la cession d'une entreprise (B) ?

A. Les mérites du mandat *ad hoc*

577. Le mandat *ad hoc* fut d'abord une procédure empirique, issue de la pratique des tribunaux de commerce, avant d'être incorporé au livre VI du code de commerce par la loi de 1994¹²⁹⁷. C'est la loi de sauvegarde¹²⁹⁸ qui lui a conféré un statut d'institution¹²⁹⁹ : « *une procédure autonome de traitement des difficultés des entreprises* ». ¹³⁰⁰

578. « *Le mandat ad hoc est une procédure assez souple, sans contrainte de temps ni justification de difficulté* »¹³⁰¹, seulement, le débiteur ne doit pas être en état de cessation des paiements au moment de la demande d'ouverture¹³⁰². Dans l'opération de *prepack*-cession, les caractéristiques, telles que la souplesse, la confidentialité, ont une résonance particulière. Il en est ainsi, parce que non seulement la souplesse a le mérite de permettre l'adaptation au cas particulier, ce qui n'est pas le cas de la conciliation plus formaliste, mais aussi parce que la confidentialité - il n'y a pas de dépôt de l'accord signé au greffe du tribunal, de sorte que les tiers ne peuvent pas en prendre connaissance - protège le crédit de l'entreprise.

¹²⁹⁶ A. LESAULNIER, « Le mandat *ad hoc* devant le tribunal de commerce après la réforme du droit des entreprises en difficulté », *RTC com.* 2016, p. 225 ; E. BERTRAND : « *La mission du mandataire ad hoc étant définie par le code de commerce comme consistant « à présenter toute proposition se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de son activité économique et au maintien de l'emploi », elle inclut naturellement cette hypothèse de cession* », in « Le pré-pack-cession le dispositif s'installe dans le paysage des procédures collectives », *Lamy-lexel*, 4 mars 2016, article consulté le 16 avr. 2018.

¹²⁹⁷ L. n°94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, *JORF* n°134 du 11 juin 1994, p. 8440.

¹²⁹⁸ L. n°2005-845, du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n°173 du 27 juill. 2005, p. 12187, texte n°5.

¹²⁹⁹ Art. 1^{er} de la L. n°2005-845, du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n°173 du 27 juill. 2005, p. 12187, texte n°5.

¹³⁰⁰ C. VINCENT, « Entreprise en difficulté et mandat *ad hoc* », *eurojuris*, 03 déc. 2010, article consulté le 04 mars 2018.

¹³⁰¹ Haut comité juridique de la place financière de Paris - Rapp. du groupe « défaillances d'entreprises » in « Les orientations en vue d'un rapprochement des droits nationaux de l'insolvabilité des entreprises dans l'Union Européenne », 1^{er} juill. 2016, p. 11.

¹³⁰² On relèvera l'affirmation d'un auteur selon laquelle la nomination d'un mandataire *ad hoc* n'est pas soumise à la condition d'absence de cessation des paiements : M. COTTIGNY, *Responsabilité civile et procédures collectives*, thèse de doctorat, Université Lille 2, décembre 2016, p. 26.

579. N'étant enfermé ni dans un formalisme particulier, ni dans une durée spécifique, le mandat *ad hoc* a l'avantage de permettre des discussions de longue durée¹³⁰³, contrairement à la conciliation qui ne peut normalement dépasser quatre mois¹³⁰⁴. La contrainte présente dans la procédure de conciliation est un motif supplémentaire d'anxiété pour le chef d'entreprise qui, de plus, a l'obligation de faire adhérer l'unanimité des créanciers à son projet. Ce climat anxiogène n'existe pas dans la procédure de mandat *ad hoc*, et cela présente l'avantage de renforcer la sérénité des discussions, ce qui est très important en ce que la réussite de toute procédure amiable repose sur le talent de persuasion du négociateur désigné et sur le sacrifice que les créanciers sont prêts à consentir. Or, si les négociations sont limitées dans la durée, toute chance de convaincre certains créanciers indécis, s'amenuise ; le chef d'entreprise ne peut leur forcer la main, la conciliation étant, par nature, une procédure contractuelle. Le législateur a, certes, apporté une solution, à cette problématique, en adoptant les procédures passerelles, car ces dernières permettent de passer outre l'opposition des créanciers minoritaires par le vote majoritaire. Cependant, cette solution a une condition, celle que le chef d'entreprise réussisse à convaincre la majorité des créanciers dans le laps de temps imparti, sous peine de clôture de la procédure. Si l'échec de la procédure de conciliation doit être imputé à l'impossibilité de parvenir à un accord unanime, il importe de souligner que la contrainte du temps n'est pas de nature à aider le débiteur, d'où toute l'importance de la souplesse du mandat *ad hoc*.
580. En étant protégé par la confidentialité¹³⁰⁵, le mandat *ad hoc* comporte, par-là, l'autre clef du succès des procédures amiables préventives du droit français des entreprises en difficulté. Elle est essentielle non seulement à la préservation de l'image de l'entreprise, mais aussi, elle est importante eu égard à la confiance qui compte pour les créanciers. A cet égard, il importe de souligner que le fait que le mandat *ad hoc* soit placé sous l'autorité du tribunal constitue un motif de confiance pour ces créanciers. Autrement dit, les créanciers savent que les accords qui seront conclus ne seront pas de simples promesses humanistes, mais des actes juridiques contrôlés par le tribunal. Si l'accord peut être rédigé au cours d'un mandat *ad hoc*, il ne peut y être formalisé ; l'ouverture d'une procédure de conciliation sera nécessaire à cette fin, et c'est à ce stade que le tribunal interviendra soit pour constater cet accord, soit pour l'homologuer¹³⁰⁶.

¹³⁰³ L'affaire Thomson en est une illustration. Dans cette affaire, toutes les négociations avaient eu lieu en mandat *ad hoc*, avant que la procédure judiciaire de sauvegarde ne soit ouverte, dans le but de faire voter le plan, puisque certains créanciers, porteurs de titres super-subordonnés (TSS), s'y étaient opposés dans le cadre du mandat *ad hoc* : v. *supra*, n°183 et s.

¹³⁰⁴ Art. L.611-6, c. com.

¹³⁰⁵ Art. L.611-15, c. com.

¹³⁰⁶ Art. L.611-8, c. com.

En émettant l'opinion que le mandat *ad hoc* devienne autonome pour organiser le *prepack-cession*, la question se pose de savoir quelles pourraient en être les conséquences juridiques ?

B. Les éventuelles conséquences juridiques de la mesure

581. L'autonomisation du mandat *ad hoc*, pour organiser le *prepack-cession*, pourrait nécessiter la création d'un régime juridique propre à cette procédure, à l'instar de la procédure de conciliation. Une telle mesure pourrait avoir le tort de superposer deux procédures ayant une même nature et une même finalité, ce qui présente le risque de complexifier ce qui ne l'est pas.
582. Faudrait-il alors tout simplement adopter l'autonomisation du mandat *ad hoc*, dans le but d'y préparer un *prepack-cession*, en maintenant le mandat *ad hoc*¹³⁰⁷ et la conciliation¹³⁰⁸ en l'état ? Une approche affirmative est permise : il serait ainsi nécessaire de permettre que le projet de plan de cession, entièrement négocié et rédigé dans le cadre du mandat *ad hoc*, soit voté dans le cadre de la procédure de conciliation avec comités de créanciers¹³⁰⁹.
583. Une telle démarche peut présenter deux avantages. D'abord, le chef d'entreprise pourra bénéficier d'un temps suffisant¹³¹⁰, afin de trouver un repreneur sérieux¹³¹¹. Ensuite, la procédure judiciaire qui sera ouverte, pour la réalisation de la cession, serait encore plus rapide que maintenant, du fait que le vote aura déjà été effectué en phase amiable, de sorte qu'il ne restera que l'adoption du plan par le tribunal. Cette adoption ne devrait pas, en principe, poser un problème, dans la mesure où le tribunal aura supervisé le vote en phase amiable via le conciliateur¹³¹². Tout comme en droit français, des réformes sont possibles en droit OHADA, notamment pour renforcer la contractualisation des mesures de restructuration des entreprises.

Paragraphe III. Les améliorations possibles de la prévention en droit OHADA

584. Le droit OHADA est souvent considéré comme une législation alignée sur le droit français¹³¹³. Cette affirmation est à relativiser. Bien des points divergents peuvent, en effet, être relevés entre

¹³⁰⁷ Son non-encadrement reste comme tel.

¹³⁰⁸ Son encadrement reste comme tel.

¹³⁰⁹ V. *supra*, n° 578 et s.

¹³¹⁰ Vu que le mandat *ad hoc* n'est pas enfermé dans un délai spécifique.

¹³¹¹ C'est-à-dire qui propose une bonne offre de reprise en termes de prix.

¹³¹² Désigné par le du tribunal, dans le contexte d'une conciliation à comités, parallèlement à sa mission originelle de conciliateur : v. *supra*, n° 665.

¹³¹³ H-D MODI KOKO BEBEY, « La réforme du droit de l'OHADA au regard de la mondialisation de l'économie » *chron. IDEF*, 16 mai 2002, article consulté le 16 avr. 2018.

les deux droits aussi bien sur le fond que sur la forme. Sur le fond, par exemple, peut être démontrée une divergence concernant le régime de la cessation des paiements, lequel est souple en droit français et rigide en droit OHADA¹³¹⁴ ; l'adoption du procédé de passerelle, réalisée en droit français et absente formellement en droit OHADA, ou encore la finalité assignée à la cession judiciaire de l'entreprise en difficulté¹³¹⁵. La présente thèse propose par ailleurs un approfondissement sur l'étude de cette dernière divergence¹³¹⁶.

585. Le droit OHADA, à travers le nouvel Acte uniforme des procédures collectives, a amélioré le dispositif préventif des difficultés des entreprises. Il en est ainsi, comparativement à l'ancien dispositif de 1998¹³¹⁷, de l'adoption de la procédure de conciliation¹³¹⁸, ou encore de l'instauration d'une procédure simplifiée de règlement préventif destinée aux petites entreprises¹³¹⁹. Si ces efforts législatifs méritent d'être salués, il n'en demeure pas moins que des améliorations restent nécessaires.
586. En ce sens, l'accent pourrait être mis, d'une part, sur la réforme du régime de la cessation des paiements (I) et, d'autre part, sur l'adoption d'une passerelle entre la conciliation et le règlement préventif (II). Par ailleurs, la formation des personnels judiciaires, la création des tribunaux de commerce dans les États membres, font partie, entre autres priorités, de celles qui s'imposent dans l'espace juridique OHADA ; il s'agit d'un défi institutionnel important. La réalisation de ces priorités garantirait une meilleure application des normes communautaires en général et du droit des entreprises en difficulté en particulier (III).

I. La réforme du régime de la cessation des paiements

587. En droit OHADA, les procédures amiables sont exclusives de l'état de cessation des paiements¹³²⁰. En d'autres termes, l'entreprise en cessation des paiements ne peut bénéficier,

¹³¹⁴ La cessation des paiements ne fait plus basculer un débiteur en procédure collective de façon automatique en ce qu'elle peut se prolonger jusqu'à 45 jours (v. art. L. 631-1 ; L. 628-1, al.6 et art. L.611-4, c. com.), alors qu'en l'état actuel du droit OHADA, le basculement en procédure judiciaire est automatique (art. 5-1 et art. 6, AUPC).

¹³¹⁵ M. F. KOUROUMA, « Étude de droit comparé : Afrique (droit OHADA) et France sur la finalité de la cession judiciaire de l'entreprise en difficulté », *Village de la justice*, 2 janv. 2018, - « La cession judiciaire de l'entreprise en difficulté en Afrique (droit OHADA) et en France : étude comparée de l'offre de reprise au regard des réformes intervenues », *Village de la justice*, 27 déc. 2017, articles consultés le 15 févr. 2018.

¹³¹⁶ V. *infra*, n°953.

¹³¹⁷ Acte uniforme du 10 avr. 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif ;

¹³¹⁸ Art. 5-1, AUPC.

¹³¹⁹ Art. 24, AUPC.

¹³²⁰ Art. 5-1, AUPC pour la conciliation ; art. 6, AUPC pour le règlement préventif.

par exemple, de la procédure de conciliation¹³²¹. Comparativement à d'autres droits, notamment celui de la France, une double possibilité temporelle d'ouverture de la procédure de conciliation, c'est-à-dire avant ou après l'état de cessation des paiements, est offerte au chef d'entreprise¹³²².

588. Bien que l'assouplissement du régime de la cessation des paiements ait pu être confondu avec un « *brouillage de piste* »¹³²³ en droit français, il n'en demeure pas moins recommandable en droit OHADA (A). De même, afin de renforcer les mesures de prévention des difficultés des entreprises, la création d'un organe spécial de conseil, d'information et d'orientation dans les juridictions à compétence commerciale, devrait être envisagée (B).

A. Un assouplissement nécessaire

589. La cessation des paiements est l'état d'un débiteur dont l'actif disponible ne peut permettre de payer le passif exigible. Cette définition standard est partagée par le nouvel Acte uniforme des procédures collectives¹³²⁴. L'analyse de la jurisprudence, de la doctrine, ainsi que celle des textes légaux permettent d'affirmer qu'en droit OHADA, cet état de cessation des paiements sert à distinguer les procédures amiables de celles judiciaires¹³²⁵. Entre la cessation des paiements ouverte et celle déguisée¹³²⁶, le droit OHADA a conservé la notion traditionnelle, celle qui s'attache à l'absence de disponibilités immédiates et suffisantes pour payer le passif échü et exigible¹³²⁷.
590. Tant qu'il est *in bonis*, le débiteur OHADA ne peut prétendre à l'ouverture des procédures judiciaires¹³²⁸. Dans la procédure de conciliation, l'accord, permettant de mettre fin aux

¹³²¹ Art. 5-1, AUPC : « *La conciliation est ouverte aux personnes visées à l'article 1-1 ci-dessus, qui connaissent des difficultés avérées ou prévisible mais qui ne sont pas encore en état de cessation des paiements* ».

¹³²² Pourvu que cet état ne dépasse pas 45 jours : art. L.611-4, c. com.

¹³²³ M. ROLAIN, « Entre contractualisation et sujétion : le brouillage des pistes dans le traitement des difficultés », *LPA*, 17 déc. 2014, n°251, p. 7 ; B. GRELON, *Prévention et cessation des paiements, Mélanges en l'honneur de Daniel Tricot*, éd., Litec, 2011, p.425.

¹³²⁴ Art.1-3, al. 1°, AUPC ; B. DIALLO, « La cessation des paiements du débiteur en OHADA », note sous Ouagadougou, ch. civ. et com., 16/04/2004, n°54, *juris info*, déc. 2010, p. 12.

¹³²⁵ Littoral, 16 mars 2012, réf. : *Ohadata*-J-14-14 ; B. Y. MEUK, « Quelques précisions sur la notion de cessation des paiements dans l'OHADA », réf. *Ohadata*-D-8-13 ; CCJA, ass. Plén. Arrêt n°050/2015 du 27 avr. 2015 ; pourvoi n°119/2011/PC du 10 déc. 2011, Banque européenne d'investissement c/ Sté Fils et tissus naturels d'Afrique.

¹³²⁶ V. V. MARTINEAU-BOURGNIGNAUD, « La cessation des paiements, notion fonctionnelle », *RTD com.* 2002, p. 245.

¹³²⁷ V. J. ISSA-SAYEGH, *Rev. penant*, n° spec. OHADA, p. 211.

¹³²⁸ Art. 5-1, AUPC pour la conciliation et art. 6, AUPC pour le règlement préventif.

difficultés de l'entreprise, doit être accepté par tous les créanciers¹³²⁹ appelés autour de la table des négociations. Cela conditionne les chances de restructuration de l'entreprise au caractère unanime de cet accord. Or, il peut arriver que quelques créanciers, non conciliants et minoritaires, s'opposent au projet d'accord proposé. Cette opposition minoritaire fera donc échec à l'adhésion majoritaire des autres créanciers vis-à-vis du même projet. C'est pourquoi, afin d'éviter une telle situation, susceptible de compromettre le redressement de l'entreprise, le code fédéral américain de la faillite pose le principe du vote majoritaire¹³³⁰. Il en est de même en droit Anglais avec le *scheme of arrangement*¹³³¹. Le législateur français, quant à lui, a gardé le même principe que son homologue OHADA, mais il prévoit des procédures dites sauvegardes accélérées qui permettent au débiteur de basculer rapidement dans une procédure judiciaire, afin de faire adopter le même projet¹³³².

591. La conséquence du régime actuel de la cessation des paiements en droit OHADA est que l'échec de la procédure de conciliation est de nature à provoquer la cessation des paiements du débiteur. Or, c'est cette situation que la procédure de conciliation vise à éviter¹³³³, même s'il a été reproché à certains chefs d'entreprise de vouloir utiliser une procédure préventive pour cacher un état de cessation des paiements¹³³⁴. La rigidité du régime de la cessation des paiements, conjuguée, d'un côté, avec la méconnaissance des instruments juridiques par certains chefs d'entreprise et, de l'autre, avec la méfiance de ces derniers vis-à-vis du tribunal¹³³⁵, amène les entreprises vers les procédures judiciaires, puisqu'elles demandent le plus souvent l'ouverture d'une procédure amiable en étant déjà en cessation des paiements¹³³⁶. Au regard de ces deux facteurs, précédemment décrits, l'assouplissement du régime de la cessation des

¹³²⁹ Art. 2, al. 1, AUPC.

¹³³⁰ *Chapter 11* (chapitre 11).

¹³³¹ *Section 26, Companies act 2006* (art. 26, loi sur les sociétés).

¹³³² Art. L.628-1, c. com.

¹³³³ Art.2, AUPC.

¹³³⁴ C. NDONGO, *La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC révisé*, thèse de doctorat, éd. LGDJ, 2018, p. 8 ; J.-F. Barbieri, « Le choix des techniques de traitement des difficultés des entreprises : Réflexions liminaires », *Rev. proc. coll.* 2005, n°4, p. 347 ; L. C. BIASSALY, « La procédure de conciliation dans la prévention des difficultés des entreprises en droit OHADA : distincte ou copie du droit français ? », *Village de la justice*, 20 mars 2017, article consulté le 10 avr. 2018.

¹³³⁵ F. M. SAWADOGO, cité par L. C. BIASSALY in « La procédure de conciliation dans la prévention des difficultés des entreprises en droit OHADA : distincte ou copie du droit français ? », *Village de la justice*, 20 mars 2017, article consulté le 10 avr. 2018.

¹³³⁶ A. B. KOTO-TCHEIKA, *Le règlement préventif du droit OHADA au regard du droit français des procédures collectives*, thèse de doctorat, éd. Publibook, 2014, p. 27.

paiements¹³³⁷ semble justifié¹³³⁸, même si l'opinion contraire a pu être soutenue¹³³⁹. A cet égard, le tribunal pourrait être autorisé, au regard de la situation globale d'un débiteur, à accorder l'ouverture d'une procédure amiable, en dépit d'un état de cessation des paiements moins aggravé¹³⁴⁰.

592. Toutefois, l'assouplissement du régime de la cessation des paiements ne doit pas constituer une occasion pour les débiteurs d'abuser de la règle, en ne prenant pas, par exemple, les précautions devant leur éviter la cessation des paiements. C'est pourquoi, les juges devront être très rigoureux dans l'appréciation de la mesure d'assouplissement qui serait adoptée. Cette rigueur permettrait de résoudre le souci du législateur qui a choisi d'être intransigeant sur la question, dans le but d'encourager davantage l'anticipation des difficultés par le dirigeant. Avec cette réforme, la création des cellules spéciales de conseil au sein des tribunaux de commerce, à l'attention des chefs d'entreprise, pourrait renforcer la prévention. Ces cellules pourraient ainsi permettre au débiteur de discuter discrètement de ses difficultés et de s'informer sur les moyens préventifs juridiques à sa portée. Cette mesure aurait pour effet de diminuer par ailleurs la méfiance que le justiciable OHADA entretient à l'égard de la justice.

B. La création de cellules spéciales de conseil dans les juridictions à compétence commerciale

593. Il faut entendre par cellule spéciale de conseil, un guichet d'information, d'orientation et d'accompagnement pour les chefs d'entreprise. La justification d'une telle mesure réside dans

¹³³⁷ S. E. K. EVELAMENOU, *Le concordat préventif en droit OHADA*, thèse de doctorat, Université Paris-Est et Université de Lomé, 2012, p. 167.

¹³³⁸ TRHC, Dakar, 9 janv. 2004, n°06, réf. *Ohadata* J-04-259 : dans cette affaire, le tribunal a, en dépit d'une cessation des paiements (qui pouvait être rapidement absorbée par les remises de dettes accordées dans le concordat préventif), permis l'ouverture du règlement préventif car ce concordat préventif présentait une forte probabilité de redresser l'entreprise, donc de mettre fin à l'état de cessation des paiements. Ce tribunal a donc préféré faire fi de la loi pour prioriser le redressement de l'entreprise.

¹³³⁹ C. NDONGO, *La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC révisé*, thèse de doctorat, éd. LGDJ, 2018, p. 82 : selon cet auteur, la rigidité de la cessation des paiements permet d'inviter le chef d'entreprise à vite demander le règlement préventif. Il pense également que l'état et l'application du droit des entreprises en difficulté dans l'espace OHADA ne permettent pas de tolérer la cessation des paiements (même ouvrage, p. 85) ; selon également un praticien, admettre l'ouverture de la conciliation en présence d'un état de cessation des paiements revient à conforter les chefs d'entreprises dans une démarche qui est toujours tardive, et dès lors vouée à l'échec : B. Sapin, « Conciliation et cessation des paiements » in Collectif, *Entreprise en difficulté : nouvel essai. Moins de liquidations par plus de prévention. Mythe ou réalité ?* 29^{ème} Colloque de Dauville, 3 et 4 avr. 2004, *Rev. juris. Com.* 2004, p. 60.

¹³⁴⁰ Trente jours par exemple.

le constat que la plupart des entreprises africaines évoluent dans le secteur informel¹³⁴¹, et qu'elles ne possèdent pas, le plus souvent, de service juridique. Ne maîtrisant pas les textes régissant leurs activités économiques, les dirigeants de ces entreprises redoutent, à tort, le tribunal¹³⁴². Cette méfiance, qui ne leur permet pas de se confier à la juridiction compétente, les prive du bénéfice des moyens préventifs juridiques mis à leur disposition, ce qui favorise la cessation des paiements puisque le dispositif préventif n'aura pas été utilement enclenché en amont des difficultés.

594. Les cellules spéciales de conseil pourraient proposer trois volets d'aide. D'abord, l'information, qui consisterait à expliquer succinctement au chef d'entreprise - qui le souhaite - le droit qui régit son entreprise, surtout, en ce qui concerne les voies et moyens à sa disposition en cas d'apparition de difficultés et les conséquences de l'inaction face aux difficultés. Ensuite, l'orientation, qui consisterait concrètement, sans que cela ne soit une immixtion dans la gestion du chef d'entreprise, à orienter ce dernier, sur la base de la nature de ses difficultés, vers les solutions juridiques appropriées. Enfin, l'accompagnement, qui ne serait possible qu'en dernier recours ; il consisterait à aider le chef d'entreprise à saisir, si nécessaire, le tribunal, afin qu'un conciliateur soit rapidement nommé. Les services proposés par les cellules spéciales de conseil pourraient être symboliquement onéreux. Ils devront être facilement accessibles en termes de formalités d'usage.
595. Afin de conférer aux cellules spéciales de conseil une réelle chance de réussite, une large campagne de divulgation de leur création, ainsi que de leur rôle devrait être organisée dans chaque pays membre de l'espace OHADA. Ces pays ayant décidé de se doter, au travers de l'AUPC, des procédures préventives qu'ils souhaitent efficaces, devraient promouvoir ces dernières, en vue de dynamiser leur économie. La méconnaissance des moyens de prévention par les chefs d'entreprise présente le risque de l'accroissement des difficultés des entreprises, voire plus tard la disparition de ces dernières. Or, disparition d'entreprise emporte forcément suppression d'emplois, toute chose de nature à impacter l'économie nationale sur le double plan social et fiscal. Dans une telle entreprise de vulgarisation du droit OHADA en général et de ces

¹³⁴¹ L. C. BASSALY, « La procédure de conciliation dans la prévention des difficultés des entreprises en droit OHADA : distincte ou copie du droit français ? », *Village de la justice*, 20 mars 2017, article consulté le 10 avr. 2018.

¹³⁴² C. NDONGO, *La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC révisé*, thèse de doctorat, éd., LGDJ, 2018, p. 18 ; F. M. SAWADOGO, cité par L. C. BASSALY in « La procédure de conciliation dans la prévention des difficultés des entreprises en droit OHADA : distincte ou copie du droit français ? », *Village de la justice*, 20 mars 2017, article consulté le 10 avr. 2018.

cellules spéciales en particulier, les gouvernements devraient impliquer les organismes de presse privée et publique, ainsi que les acteurs de la société civile. En ce sens, les clubs OHADA, installés dans la quasi-totalité des universités dans les pays membres, et dans plusieurs autres universités Africaines, mériteraient d'être soutenus financièrement, logistiquement et matériellement. Leurs activités, qui ont d'ailleurs fait leurs preuves, représentent aujourd'hui une belle vitrine promotionnelle du droit OHADA. Leurs activités multiformes aident à rapprocher le droit OHADA de son public.

596. Le travail de ces cellules permettrait aux chefs d'entreprise de démystifier le recours au tribunal et de prendre conscience de la nécessité d'enclencher utilement les moyens de prévention internes et externes. Au titre du renforcement des moyens de prévention des difficultés des entreprises, une procédure passerelle pourrait aussi être adoptée entre la conciliation et le règlement préventif.

II. L'adoption d'une passerelle entre les procédures de conciliation et de règlement préventif

597. Le droit OHADA des entreprises en difficulté semble clairement opter pour une meilleure anticipation des difficultés des entreprises. L'adoption de la procédure de conciliation en est une preuve¹³⁴³. L'adoption du procédé de passerelle pourrait contribuer à ce mouvement de contractualisation des mesures de restructuration des difficultés des entreprises, enclenché en 2015¹³⁴⁴.
598. Dans une telle perspective, la passerelle entre l'amiable et le judiciaire pourrait être une procédure judiciaire rapide (A) où il devrait être permis aux créanciers de présenter un plan concurrent à celui du débiteur (B).

A. La nature d'une telle passerelle

599. Le procédé de passerelle vise à faciliter le redressement des entreprises en difficulté¹³⁴⁵. En droit français, à titre d'exemple, l'échec de la procédure de conciliation ne représente plus, pour le chef d'entreprise, un obstacle majeur à la restructuration de son entreprise. Il peut solliciter

¹³⁴³ Art. 5-1, AUPC.

¹³⁴⁴ Adopté le 10 sept. 2015, en Côte d'Ivoire.

¹³⁴⁵ J.F. TOGNACCIOLI, « *La réforme du droit des entreprises en difficulté* », *Tognaccioli avocat*, 2 juill. 2014, p. 1.

l'ouverture¹³⁴⁶ d'une des sauvegardes accélérées dont les périodes d'observation sont réduites à un mois¹³⁴⁷ et à trois mois¹³⁴⁸. La célérité, porte-flambeau de ces dernières, tient au fait que le plan est déjà élaboré et soutenu par la majorité des créanciers dans une procédure amiable. Ce système de plan pré-arrangé est aussi utilisé par le droit anglo-saxon, source d'inspiration du droit français en la matière¹³⁴⁹.

600. En l'état actuel du droit OHADA, une telle faculté n'est pas formellement offerte aux chefs d'entreprise. Le règlement préventif n'est accessible qu'aux débiteurs *in bonis*¹³⁵⁰ et la période d'observation qui dure trois mois, est prorogeable une fois pour une durée d'un mois¹³⁵¹. En France, la période d'observation de la même procédure dure six mois¹³⁵², prorogeables une fois, soit au total douze mois au moins.
601. Cette durée relativement courte pourrait-elle permettre d'expliquer que le législateur OHADA ne juge pas encore nécessaire d'emprunter le système de la passerelle ? Il peut être logiquement supposé que le législateur s'accorde le temps de la réflexion.
602. Si, sur l'argument tenant à la durée, la non-adoption du procédé de passerelle en droit OHADA peut se justifier, sur celui tenant à la diversification des outils de redressement des sociétés, ce choix reste discutable. Comme en droit français, la conciliation, en droit OHADA, est une procédure contractuelle où seule la volonté unanime des créanciers compte¹³⁵³. De plus, le régime de la cessation des paiements est rigide. Or, se pose un problème de maîtrise des textes applicables tant au niveau des dirigeants d'entreprise qu'à celui des professionnels de la justice.
603. En effet, il est arrivé que le dirigeant dépose le bilan alors que la situation est déjà désespérée ; que le tribunal ouvre une procédure inappropriée¹³⁵⁴. La lourdeur du règlement préventif sous

¹³⁴⁶ Art. L. 628-1, c. com.

¹³⁴⁷ Pour la sauvegarde financière accélérée (art. L.628-10, al. 2, c. com.).

¹³⁴⁸ Pour la sauvegarde accélérée (art. L. 628-8, al. 1, c. com.).

¹³⁴⁹ T. ABAJTEK, « La sauvegarde financière accélérée : une nouvelle procédure pour anticiper les difficultés des entreprises », *les petites affiches*, 30 déc. 2010 : dans cet article, consulté le 15 janv. 2018, l'auteur parle de la consécration en droit français d'une pratique anglo-saxonne.

¹³⁵⁰ Art. 6, AUPC ; TRHC, Dakar, 9 janv. 2004, n°6, réf. *Ohadata* J-04-259.

¹³⁵¹ Art. 9, AUPC.

¹³⁵² Art. L.621-3, c. com.

¹³⁵³ Art. 2 AUPC. Toutefois, avec l'arrivée des procédures passerelles dans le droit français, notre affirmation doit être atténuée ; car ces procédures reposent sur le vote majoritaire, ce qui, de *facto*, fait de l'avis majoritaire dans la procédure de conciliation, un allié déterminant pour le débiteur qui aura demandé l'ouverture de telles procédures.

¹³⁵⁴ F. M. SAWADOGO, note sous TGI, Ouagadougou, 25 mai 2004, *Rev. Burkinabé de droit*, n°45.

l'empire de l'ancien AUPC, ainsi que celle des autres procédures collectives, étaient dues non seulement aux textes qui n'étaient pas adaptés, mais aussi au non-respect des délais procéduraux par les organes de la procédure concernée : juges, experts, syndics. A titre d'exemple, peut être citée une affaire¹³⁵⁵ portée devant le tribunal de première instance de Libreville où une ordonnance de suspension des poursuites individuelles et de nomination d'un expert avait été rendue le 26 juin 2003 à la suite d'une demande d'ouverture du règlement préventif. Le rapport de l'expert qui devait être déposé trois mois après l'ouverture de la procédure¹³⁵⁶, ne l'avait été que huit mois plus tard, et onze mois s'étaient écoulés avant que le tribunal ne se prononce sur le concordat préventif, alors qu'il aurait dû se prononcer dans le mois suivant le dépôt du rapport de l'expert¹³⁵⁷. Comme il fallait s'y attendre, l'ordonnance rendue a constaté la cessation des paiements, et une procédure de redressement judiciaire a dû être ouverte.

604. Dans un autre cas d'espèce porté devant le tribunal régional hors classe de Dakar ¹³⁵⁸, sous l'empire de l'ancien AUPC, la survenance de la cessation des paiements avait été reportée à une date qui faisait inclure, dans la période suspecte, les actes passés en exécution du concordat préventif. En fait, le 2 mai 2000, le tribunal avait ouvert une procédure de règlement préventif pour la société Trans Industries. Le 10 avril 2003, le dirigeant de cette société a, faute de trésorerie disponible pour réaliser le concordat préventif, saisi le tribunal aux fins de voir prononcer la résolution de ce dernier. Faisant suite à cette requête par le prononcé d'une mise en liquidation judiciaire, le tribunal a provisoirement fixé la survenance de l'état de cessation des paiements au premier janvier 2000. Cette affaire a pu démontrer l'insécurité juridique que le non-respect des textes par les juges peut provoquer. Le législateur de 2015 a corrigé cela en précisant clairement que la date de la cessation des paiements ne peut être reportée antérieurement à la décision définitive ayant homologué le concordat préventif¹³⁵⁹.
605. Face à ces situations de violation des textes par ceux qui sont sensés les appliquer de façon convenable, la Côte d'Ivoire a, par avis en date du 26 juin 2007, saisi la cour commune de justice et d'arbitrage, aux fins de connaître, d'une part, le caractère des délais procéduraux et, d'autre part, la sanction prévue dans l'hypothèse de leur violation.

¹³⁵⁵ TPI, Libreville, 17 janv. 2005, n°02/2004/2005.

¹³⁵⁶ Art. 13, AUPC du 10 avr. 1998.

¹³⁵⁷ Art. 15, al.1, 4°, AUPC du 10 avr. 1998.

¹³⁵⁸ TRHC, Dakar, 11 juill. 2003, n°37, réf. *Ohadata* J-09-340.

¹³⁵⁹ Art. 34, al. 2, tel que modifié par l'AUPC révisé.

606. La Cour commune de justice et d'arbitrage n'a pas jugé utile de poser une jurisprudence sur la question. Elle s'est, en effet, contentée de confirmer qu'il appartenait aux tribunaux d'évaluer la sanction de la violation des délais procéduraux dans les cas où il existe un vide juridique. Face à cette liberté, qui était laissée aux juges et aux justiciables, qui, au demeurant, est de nature à encourager le non-respect des règles procédurales, des auteurs ont exprimé une crainte quant aux préjudices susceptibles d'être portés aux intérêts des créanciers¹³⁶⁰. Cependant, même s'il faut comprendre le souci de ces auteurs, on pourrait tout de même s'en étonner. En effet, la discipline collective est sensée s'appliquer aux créanciers aussi longtemps que dure la procédure collective, ou à tout le moins, la période d'observation dans le respect des textes procéduraux. Dès lors que ces textes ne sont plus respectés, un créancier devrait trouver matière à désobéir à la discipline collective instaurée, pour ainsi engager une procédure de recouvrement de ses créances selon les voies du droit commun.
607. Outre les justiciables et les juges, la question de la méconnaissance des textes dans l'espace OHADA touche également les avocats. Il ressort, à titre d'exemple, de la lecture d'un arrêt de la cour d'appel de Lomé¹³⁶¹ - qui a déclaré irrecevable un appel pour cause de forclusion en matière de redressement judiciaire - que l'avocat de la partie appelante a dû mal conseiller son client. Selon l'article 221 de l'ancien AUPC, l'appel contre une décision du tribunal en matière de redressement judiciaire (refus d'ouverture ou d'homologation du concordat de redressement judiciaire) doit être interjeté dans un délai de quinze jours à compter de la date du prononcé de la décision contestée ; mais l'avocat de la partie appelante a quand même laissé son client interjeter appel au de-là du délai de prescription du texte précédemment évoqué. Quoiqu'il en soit, le législateur de 2015 semble vouloir mettre fin à tous ces manquements au travers du nouvel Acte uniforme des procédures collectives¹³⁶² pour un droit OHADA efficace et compétitif.

¹³⁶⁰ J. ISSA-SAYEGH, P.-G. POUGOUE et F.M. SAWADOGO, *OHADA, Traité et actes uniformes commentés et annotés*, éd., juriscope, 2015-2016, p. 1175.

¹³⁶¹ Lomé, 21 avr. 2009, n°067/09, réf. *Ohadata*-J-10-159.

¹³⁶² Il prévoit par exemple que tout expert qui ne respecte pas le délai de 3 mois pour déposer son rapport engage sa responsabilité : art. 12, al. 7, AUPC.

608. Il résulte donc de l'unanimité de l'accord de conciliation qu'une entreprise qui ne réussit pas sa procédure est condamnée à la reprendre, et ce dans le respect du délai requis à cet effet¹³⁶³, ou à basculer dans le traitement judiciaire dont on connaît le caractère incertain et traumatisant.
609. Étant donné le manque de maîtrise des instruments juridiques par la plupart des entrepreneurs en Afrique, adopter une telle rigueur à leur égard contribue plus à défavoriser la sauvegarde des entreprises qu'à l'encourager. Dans ces conditions, une adaptation de la technique de la passerelle semble justifiée. Dans un contexte où des États en Afrique s'engagent dans la conquête du meilleur « *business model* »¹³⁶⁴, elle permettrait non seulement de contourner le blocus des créanciers contestataires, dans la procédure de conciliation, mais aussi de maximiser les chances de redressement de ces nombreuses entreprises encore viables, souvent condamnées à disparaître. Cependant, il faudra adapter le système américain à la réalité socio-économique en Afrique, celle-ci étant marquée par des crises quasi-permanentes d'ordre politique, religieux et économique ; la plupart des entreprises, sont de petite taille¹³⁶⁵ et évoluent dans l'informel¹³⁶⁶.
610. Contrairement au législateur de 1998, celui de 2015 a tenu compte de cette réalité en ouvrant aux petites entreprises l'accès facile à l'AUPC, à l'aide du règlement préventif simplifié¹³⁶⁷. Les réalités économiques évoluent, cela provoque des changements dans les rapports entre les acteurs économiques, financiers et les consommateurs. La législation en droit des affaires se doit dès lors d'être mouvante, dans le sens de l'adaptation.
611. Néanmoins, comme cela a déjà été dit, sans prévoir de passerelle entre les procédures de conciliation et de règlement préventif, le législateur OHADA prévoit un règlement préventif simplifié accessible aux petites entreprises¹³⁶⁸. Ce dernier est soumis à des règles précises, dont celle exigeant l'absence de cessation des paiements. Le règlement préventif simplifié est soumis

¹³⁶³ Art. 5-3, AUPC : ce délai est de 3 mois.

¹³⁶⁴ A.-M. ROMANI, *La banque dans tous ses (É) états*, éd., mare & martin, 2016, p. 30.

¹³⁶⁵ Selon une étude de l'Institut national de la statistique du Cameroun, menée en 2010, la majorité des entreprises sur le continent seraient de petite taille, soit 73% avec un capital initial compris entre 500 000 FCFA (environ 760 euros) et 1. 000 000 FCFA (environ 1520 euros), en ligne : www.statistics-cameroon.org.

¹³⁶⁶ L. C. BIASSALY, « La procédure de conciliation dans la prévention des difficultés des entreprises en droit OHADA : distincte ou copie du droit français ? », *Village de la justice*, 20 mars 2017, article consulté le 10 avr. 2018.

¹³⁶⁷ B. DIALLO, « Des procédures adaptées aux « petites » entreprises : les procédures simplifiées », *dr. et patr.* 2015, n°253, p. 45.

¹³⁶⁸ Art. 24, AUPCAP.

au régime du règlement préventif, excepté quelques dérogations, à l'image de la durée de la période d'observation¹³⁶⁹.

612. La rigidité du régime de la cessation des paiements, et le confinement de la procédure de conciliation dans le principe d'unanimité, font barrage à l'élargissement du champ de la contractualisation de la restructuration des entreprises dans ce droit. Or, il est acquis aujourd'hui que la libre négociation est un moyen efficace pour atteindre ce but : la rénégociation des contrats du droit commun en devient un levier important¹³⁷⁰. Encore faut-il le prévoir juridiquement.
613. C'est pourquoi, la création d'une procédure intermédiaire, entre la conciliation et le règlement préventif, assortie d'une atténuation temporelle de l'effet immédiat de la cessation des paiements, ne pourra que renforcer les efforts législatifs dans le traitement des difficultés des entreprises.
614. Cette procédure passerelle pourrait être une véritable procédure collective, c'est-à-dire intéressant toutes les créances¹³⁷¹. La période d'observation pourrait durer un mois et demi eu égard à la durée de la période d'observation du règlement préventif¹³⁷². L'objectif est d'avoir une procédure rapide qui servirait, d'abord à organiser le vote du projet d'accord tenu en échec par des créanciers minoritaires en phase amiable, ensuite à faire homologuer ce projet par la juridiction compétente. Ses conditions d'ouverture pourraient être alignées sur celles de la conciliation, à la différence, toutefois, que le débiteur puisse être dans un état de cessation des paiements non avancé. De plus, l'accès ne devrait pas être conditionné par un passage obligé par la conciliation, comme c'est le cas en droit français¹³⁷³.
615. Dans ces conditions, un débiteur, qui a cessé de payer, pourrait directement présenter une demande d'ouverture de la procédure passerelle - règlement préventif rapide - avec un projet d'accord de restructuration des dettes, largement soutenu par les créanciers. L'intérêt en serait la flexibilité des négociations et l'économie de temps, le chef d'entreprise devant mener lui-

¹³⁶⁹ Art. 24-4, AUPCAP : « les délais de trois (03) mois et d'un mois, fixés par les articles 9 alinéa 1er et 13 alinéa 2 ci-dessus, sont respectivement à deux (02) et à quinze (15) jours ».

¹³⁷⁰ V. en ce sens, O. TIQUANT, *La contractualisation des procédures collectives*, thèse de doctorat, 1999, Paris 1 ; « Contractualisation du droit des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll.*, mai 2015, n°3.

¹³⁷¹ Entre autres : créances bancaires, fournisseurs, obligataires.

¹³⁷² Soit 3 mois, prorogables de 1 mois : art. 12, al. 6, AUPC.

¹³⁷³ Art. L.628-1, c. com.

même les négociations, comme c'est le cas en droit américain de la faillite¹³⁷⁴. Celui du débiteur qui n'est pas en cessation des paiements, pourrait passer par la conciliation, afin de mettre fin à ses difficultés. S'il n'y parvient pas, faute d'accord consensuel, alors qu'il a un projet concret soutenu par la majorité des créanciers et susceptible d'assurer son redressement, il pourrait solliciter le règlement préventif rapide, afin de faire voter ce projet, et ainsi assurer la sauvegarde de son activité économique¹³⁷⁵.

616. Dans un tel contexte, la création d'une assemblée concordataire serait nécessaire pour les consultations, discussions et pour le vote du projet de plan de restructuration. Son fonctionnement et son rôle pourraient être alignés sur ceux de la masse des créanciers présente dans la procédure de redressement judiciaire. Cette procédure passerelle serait ainsi une procédure rapide générant à la fois les avantages d'une préparation contractuelle et ceux d'une exécution autoritaire. Elle permettrait aux chefs d'entreprise de passer outre l'aléa du principe d'unanimité dans la procédure de conciliation, afin de poursuivre le processus de restructuration de l'entreprise avec les créanciers conciliants. Parallèlement, l'autorisation d'un plan provenant d'un créancier, et concurrent à celui du débiteur, serait de nature à faciliter cet objectif de redressement des sociétés.

B. La nécessité d'autoriser les créanciers à présenter un projet de plan concurrent à celui du débiteur

617. En droit OHADA, les plans de concordat préventif et de concordat de redressement judiciaire sont exclusivement proposés par le chef d'entreprise¹³⁷⁶. Ils sont adoptés par le tribunal¹³⁷⁷. Cependant, lorsqu'il s'agit d'un plan de cession, c'est la masse des créanciers qui, dans le cadre d'une assemblée concordataire, choisit l'offre de reprise¹³⁷⁸. En droit français, le choix d'une telle offre relève des prérogatives du tribunal¹³⁷⁹.

¹³⁷⁴ *Chapter* 11 (chapitre 11).

¹³⁷⁵ Cette éventualité avait d'ailleurs été proposée dans l'avant-projet d'amendement de l'Acte uniforme des procédures collectives : art. 4-4.

¹³⁷⁶ Art. 6-1, al. 1, 13°, AUPC pour le concordat préventif ; Art. 119, AUPC pour le concordat de redressement judiciaire.

¹³⁷⁷ Art. 15, al. 2, AUPC, pour le concordat préventif ; art. 126, al. 2, AUPC pour le concordat de redressement judiciaire.

¹³⁷⁸ Art. 132, al. 1, AUPC.

¹³⁷⁹ Art. L.642-5, al. 1^{er}, c. com.

618. Contrairement à certains droits¹³⁸⁰, où les créanciers sont organisés au sein des comités, suivant la nature de leurs créances, en droit OHADA, ces derniers sont réunis au sein d'un seul groupe, à savoir « la masse des créanciers ».¹³⁸¹ Cette masse des créanciers siège au sein d'une assemblée unique dite « assemblée concordataire ».¹³⁸²
619. A la lumière du nouvel Acte uniforme des procédures collectives, il peut être relevé que le concordat préventif ou le concordat du redressement judiciaire sont imposés aux créanciers. Certes, ces derniers sont consultés sur le contenu du plan, mais ce plan est conçu par le chef d'entreprise, et le tribunal l'adopte dès lors qu'il satisfait aux conditions légales¹³⁸³. Il en résulte que, même si la quasi-totalité des créanciers sont défavorables aux propositions du chef d'entreprise, le concordat pourra quand même leur être imposé, comme ce fut le cas dans l'affaire Cœur Défense¹³⁸⁴, s'agissant du droit français. Dès lors, la nécessité de permettre aux créanciers de présenter un plan alternatif se justifie. Une telle autorisation légale présenterait l'intérêt d'obliger le chef d'entreprise à proposer un projet, plus respectueux des droits des créanciers.
620. En l'état actuel de la législation OHADA, dans le plan imposé, la gratuité des deux premières années, ainsi que le rééchelonnement des dettes sur plusieurs années, symbolisent les efforts imposés aux créanciers. S'agissant de l'adoption du procédé de passerelle, la possibilité que les créanciers puissent présenter un plan, concurrent à celui du chef d'entreprise, serait une mesure incitative pour le redressement de l'entreprise. Les créanciers, à l'heure de la contractualisation des solutions de redressement des entreprises, devraient être valorisés, c'est-à-dire qu'ils ne doivent pas faire les frais de la situation malheureuse de leur débiteur ; ils ne doivent pas être ignorés, une solution pérenne de redressement peut être trouvée avec eux. En tout état de cause, le droit OHADA s'étant lancé dans le mouvement de contractualisation du droit des entreprises en difficulté, le législateur se résoudra au fait que le système de plan imposé ne rime pas avec l'objectif de contractualisation¹³⁸⁵.

¹³⁸⁰ C'est le cas dans les droits Allemand, français, américain, anglais.

¹³⁸¹ Art. 72, AUPC.

¹³⁸² Art. 82, al. 1^{er}, AUPC.

¹³⁸³ Art. 15, al. 2, AUPC, pour le concordat préventif et art. 126, al. 2, AUPC pour le de concordat de redressement judiciaire.

¹³⁸⁴ Com. 8 mars 2011, n°10-13.988, D. 2011, 919, note P.-M. LE CORRE.

¹³⁸⁵ R. DAMMANN, M. GUERMONPREZ, « Pistes de réflexion pour une réforme des procédures collectives », *Dalloz*, 2018, p. 629.

621. Après avoir réussi à uniformiser la réglementation du droit des affaires, la communauté juridique OHADA doit faire face à un important défi institutionnel. Il n'y a point de bonne législation en dehors d'une application correcte des textes. Afin de permettre une application optimale du nouvel Acte uniforme des procédures collectives, dans le but d'assurer la sécurité judiciaire et juridique des affaires, une spécialisation des juridictions connaissant des contentieux de l'AUPC, ainsi que la formation des magistrats s'imposent en priorité.

III. La spécialisation et la professionnalisation des juridictions connaissant des contentieux de l'AUPC

622. La question de l'organisation judiciaire demeure une préoccupation dans l'espace OHADA. Force est de reconnaître qu'il existe aujourd'hui un véritable défi en ce sens aussi bien sur le plan institutionnel que sur le plan humain : « *un important chantier doit s'ouvrir en Afrique pour mettre en place des tribunaux de commerce efficaces, flanqués d'un corps de mandataires de justice spécialisés dans le traitement des difficultés des entreprises et dotés d'un statut offrant toutes les garanties aux justiciables* ». ¹³⁸⁶

623. Le législateur est conscient de ce déficit institutionnel. C'est pourquoi, au travers de l'alinéa premier de l'article 3 de l'AUPC, l'invitation est faite aux États membres à centraliser les procédures collectives devant une seule juridiction. Il aurait été plus opportun de demander qu'ils créent des tribunaux dédiés, c'est-à-dire des tribunaux de commerce. Certains ont déjà emprunté ce chemin. Il en est ainsi, à titre d'exemple, de la Guinée qui a tout récemment institué ¹³⁸⁷ un tribunal de commerce pour la zone spéciale de Conakry - les autres zones du territoire national dépendant en matière commerciale des tribunaux de première instance de leur ressort -, de la Côte d'Ivoire ¹³⁸⁸, du Bénin ¹³⁸⁹. Le législateur, par le troisième alinéa du texte précité, précise qu'il revient à chaque État d'attribuer les compétences matérielles en fonction de son organisation judiciaire, ce qui se présente comme superfétatoire compte tenu de ce

¹³⁸⁶ C. NDONGO, *La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC révisé*, thèse de doctorat, éd., LGDJ, 2018, préface de F.-X. Lucas.

¹³⁸⁷ L/2005/09/AN du 13 août 2015 portant organisation judiciaire.

¹³⁸⁸ Décret n°2012-628 du 6 juill. 2012 portant création du tribunal de commerce d'Abidjan et fixant son ressort territorial.

¹³⁸⁹ Les L. n°2016-15 du 28 juill. 2016 modifiant et complétant la loi n°2001-31 du 27 août 2002 portant organisation judiciaire en République du Bénin et la loi n°2016-16 du 28 juill. 2016, ont modifié l'organisation judiciaire du Bénin : quelques tribunaux de commerce ont été créés voire installés : *tribunalcommercecotonou.com*.

que l'idée de la centralisation voire de la spécialisation a déjà été soutenue à travers l'alinéa premier du même texte¹³⁹⁰.

624. La doctrine spécialisée en droit OHADA est quasi unanime sur le fait que, pour une réelle sauvegarde des entreprises en difficulté, la formation des juges, ainsi que l'amélioration des capacités institutionnelles restent des priorités¹³⁹¹. « *Un environnement légal structuré ne permet pas à lui seul de rassurer les investisseurs* ». ¹³⁹² Or, la justice africaine n'a guère bonne presse tant sur le plan national¹³⁹³ qu'international¹³⁹⁴. Entre difficultés budgétaires et personnels incompetents¹³⁹⁵, les difficultés sont nombreuses : la justice africaine serait un « *service public sans services* » ; une « *justice sans juge* » ; une justice « *sans justiciables* ». ¹³⁹⁶ Même si la description peut paraître caricaturale, elle n'en demeure pas moins exacte. Toute chose qui impacte la performance et la compétitivité de l'économie africaine.
625. Le droit OHADA vient d'enclencher une entreprise ambitieuse, celle de moderniser et d'adapter la réglementation des affaires aux réalités africaines¹³⁹⁷ et aux exigences de la mondialisation de l'économie¹³⁹⁸. Il peut être affirmé que la sécurité juridique est assurée¹³⁹⁹. Cependant, la sécurité judiciaire demeure une inquiétude, surtout dans le domaine préventif où des manquements procéduraux ont souvent été relevés¹⁴⁰⁰. La formation des magistrats est ainsi une question préoccupante et permanente à laquelle il faut trouver une solution, afin non

¹³⁹⁰ Certainement dans le respect de la souveraineté constitutionnelle des États dans l'organisation des systèmes judiciaires.

¹³⁹¹ E. M. KOUMBA, *Droit de l'OHADA : Prévenir les difficultés*, éd., l'Harmattan, 2013, p. 230 et s.

¹³⁹² B. COUSIN et A.-M. CARTRON, « La fiabilisation des systèmes judiciaires nationaux : un effet secondaire méconnu de l'OHADA », réf. *Ohadata* – D-07-30.

¹³⁹³ V. J. D. De GAUDISSION, « La justice en Afrique : nouveaux défis, nouveaux acteurs », *Afr. Contemporaine*, 2014/2, n°250, p. 13 et s.

¹³⁹⁴ Le rapport *Doing business* 2016 sur le droit OHADA pointe du doigt ces tares et invite les États à plus d'efforts, RDAA, janv. 2016, note A. ROCHER.

¹³⁹⁵ B. COUSIN, « OHADA : un correctif au fonctionnement de la justice ? », *Penant*, 2008, n°865, p. 510, sp. 511 et s.

¹³⁹⁶ V. J. D. De GAUDISSION, « La justice en Afrique : nouveaux défis, nouveaux acteurs », *Afr. Contemporaine*, 2014/2, n°250, p. 13 et s.

¹³⁹⁷ Tel est le cas de l'adoption, dans le nouvel Acte uniforme des procédures collectives, des procédures simplifiées telles que le règlement préventif simplifié et le redressement judiciaire simplifié pour les petites entreprises qui ne peuvent pas accéder au règlement préventif et au redressement judiciaire classiques.

¹³⁹⁸ Tel est le cas de la création, dans le nouvel Acte uniforme des procédures collectives, d'un chapitre traitant de la reconnaissance et des effets des procédures ouvertes hors de l'espace OHADA : art. 256, AUPC.

¹³⁹⁹ Y. KALIEU ELONGO, Communication, Colloque OHADA, Paris, juin 2013.

¹⁴⁰⁰ A titre d'exemple, il est arrivé qu'une ordonnance de prorogation de concordat préventif soit rendue sans référence au rapport du syndic, comme cela était exigé (il l'est encore) par l'ancien article 21, AUPC : Abidjan, 27 mars 2001, n°367, réf. *Ohadata* – J-02-94.

seulement de pouvoir assurer la sauvegarde des entreprises, mais aussi de pouvoir mesurer l'impact des réformes¹⁴⁰¹. Si cette dynamique est à saluer, il faut cependant que les efforts continuent dans le sens de l'amélioration des conditions matérielles, humaines et procédurales pour une meilleure application des nouveaux textes.

626. Cela se manifeste concrètement entre autres par la création de juridictions dédiées pour le traitement des contentieux relevant de l'AUPC (A) et par la formation des personnels judiciaires (B).

A. La création des tribunaux de commerce dans tous les États-membres

627. L'organisation judiciaire dans l'espace OHADA est disparate. Tantôt les juridictions nationales sont engorgées, tantôt ces dernières, pour la plupart, ne suivent pas les interprétations jurisprudentielles de la CCJA. Pourtant, les juridictions nationales devraient avoir, pour référence, les arrêts rendus par cette dernière qui joue le rôle de la Cour de cassation en droit français. A défaut, comment la légalité des décisions et arrêts rendus par les juridictions du fond peut-elle être contrôlée ? Une meilleure collaboration entre la CCJA et les juridictions nationales serait de nature à lutter contre l'arbitraire des juges¹⁴⁰² et permettrait de résoudre des difficultés d'interprétation de certains textes peu clairs¹⁴⁰³. En l'absence d'une telle collaboration, il peut être affirmé qu'il n'existe pas un véritable espace judiciaire OHADA en dépit de l'existence d'une cour suprême supranationale¹⁴⁰⁴. Cette réalité n'est pas de nature à valoriser le progrès de l'unité juridique acquise. Il revient donc impérativement aux juges nationaux de se référer à la CCJA¹⁴⁰⁵.
628. La création des tribunaux dédiés pourrait présenter l'intérêt de soumettre les litiges commerciaux à des magistrats de carrière spécialisés. « *Cette évolution serait particulièrement bienvenue pour le traitement des procédures transfrontalières au sein de la zone OHADA mais*

¹⁴⁰¹ V. P.-G. POUGOUE, Y. K. ELONGO, *Introduction critique à l'OHADA*, éd., PUA, 2008, p. 207 et s.

¹⁴⁰² M. AKOUETE AKUE, « Plaidoyer pour un espace OHADA plus attractif pour les investisseurs étrangers », *Rev. Lamy, Droit civ.* n°67, p. 85.

¹⁴⁰³ « *La CCJA est l'interprète et le garant du droit OHADA* » : C. NGONO, « Réflexion sur l'espace judiciaire OHADA », réf. *Ohadata* -D.15-14, p. 3.

¹⁴⁰⁴ *id.*, p. 4.

¹⁴⁰⁵ J. MBOSSO, « La jurisprudence et la diffusion du droit, facteurs de réussite de l'OHADA aux services des justices nationales », *Rev. com. de l'arbitrage*, déc. 2005, n°31, p. 3, réf. *Ohadata*-08-60.

également hors de cette zone, ce qui participerait du renforcement de l'attractivité du droit OHADA ». ¹⁴⁰⁶

629. Il y a urgence à agir ainsi. Les jugements rendus sans base légale ¹⁴⁰⁷, l'immixtion des magistrats dans les affaires privées des justiciables ¹⁴⁰⁸, le manque de recours à la CCJA ¹⁴⁰⁹ sont la résultante d'une absence de spécialisation et des juridictions et des magistrats ¹⁴¹⁰. La spécialisation des juridictions serait donc la solution ¹⁴¹¹. Une étude de la banque mondiale a même révélé en ce sens que les États africains qui disposent d'un tribunal de commerce connaissent une réelle rapidité dans le traitement des dossiers contentieux ¹⁴¹². La doctrine spécialisée est plutôt et largement divisée sur la question.
630. Une tendance souhaite que des tribunaux spécialisés (commerciaux) soient créés ¹⁴¹³. L'argument tient au fait que cela apparaît comme une nécessité pour un droit OHADA efficace qui attire les investisseurs, mais aussi un moyen pour établir la confiance entre les juridictions et les justiciables. Cette tendance souhaite même qu'un acte communautaire soit pris à cet égard, afin que la spécialisation devienne une réalité grâce à la définition d'une carte judiciaire communautaire ¹⁴¹⁴.
631. Une autre tendance tempère cette approche en proposant, au vu des réalités économiques des pays-membres et de leur souveraineté dans l'organisation judiciaire, de créer des chambres commerciales au niveau des tribunaux de droit commun qui connaissent des contentieux de l'AUPC ¹⁴¹⁵. L'opinion majoritaire, des auteurs de cette tendance, tient au fait qu'il est difficile

¹⁴⁰⁶ Commentaire sous l'art. 3 du projet d'amendement de l'AUPC 2015.

¹⁴⁰⁷ TRHC, Dakar, 27 mars 2008, *Penant*, 2010, n°870, p. 113 et s.

¹⁴⁰⁸ B. DIALLO, « Note sous TRHC, Dakar, 27 mars 2008 », *Penant*, 2010, n°870, p. 134.

¹⁴⁰⁹ CCJA, 25 mars 2016, n°050/2016 : dans cet arrêt par exemple, la CCJA a cassé un arrêt d'une Cour suprême pour avoir méconnue sa compétence ; pour approfondir, v. G. A. NGOUMATSA, *Droit OHADA et conflits de lois*, thèse de doctorat, éd., LGDJ, 2013.

¹⁴¹⁰ V. M. KONE, *Le nouveau droit commercial dans les pays de la zone OHADA. Comparaison avec le droit français*, éd., LGDJ, 2003, p. 224.

¹⁴¹¹ *id.*, A. MBARGA, « Pour la généralisation des tribunaux de commerce dans la zone OHADA et l'adoption d'un Acte uniforme portant organisation des juridictions et de la procédure commerciale », *Penant*, 2013, n°852, p. 39.

¹⁴¹² Rapp. *Doing Business* dans les États membres de l'OHADA 2012, p. 74.

¹⁴¹³ M. KONE, *Le nouveau droit commercial dans les pays de la zone OHADA. Comparaison avec le droit français*, éd., LGDJ, 2003, p. 224 ; A. MBARGA, « Pour la généralisation des tribunaux de commerce dans la zone OHADA et l'adoption d'un Acte uniforme portant organisation des juridictions et de la procédure commerciale », *Penant*, 2013, n°852, p. 39.

¹⁴¹⁴ L. BENKEMOU, « Sécurité juridique et investissement internationaux », *Penant*, n°857, p. 194.

¹⁴¹⁵ F. ANOUKAHA, « L'OHADA en marche », *Annales de la fac. dr. Dschang*, 2002, p. 7, réf. Ohadata-D.04-36 ; C. Ndongo, « Réflexions sur l'espace judiciaire OHADA », réf. Ohadata-D-15-14, p. 33.

d'imaginer que le droit OHADA empiète sur certains domaines relevant de la souveraineté des États-membres¹⁴¹⁶ : « *il semble acquis que dans le sens strict du domaine judiciaire défini, l'OHADA doit s'abstenir de toucher à l'organisation judiciaire des États-parties* ». ¹⁴¹⁷ Autrement dit, l'OHADA est une organisation qui vise strictement un rapprochement juridique, mais non judiciaire. D'autres auteurs se posent plutôt la question de savoir ce qu'il faut harmoniser : l'organisation des juridictions, ou bien également leur fonctionnement¹⁴¹⁸ ?

632. Il faudrait d'abord faire une différence entre la création des tribunaux de commerce et l'harmonisation de l'organisation judiciaire. Dans la création des tribunaux de commerce, les pays membres de l'espace OHADA ne devraient pas opposer une question de souveraineté, dans la mesure où l'absence de tels tribunaux dans ces pays est plutôt liée à un manque de moyens financier et humain. Nous en voulons pour preuve le cas de la Guinée qui a créé un tribunal de commerce (le seul du pays) à Conakry en 2015, mais qui n'existe pas matériellement, faute de bâtiment pour l'abriter et de magistrats spécialisés selon le ministre garde des sceaux¹⁴¹⁹. La création des tribunaux de commerce est plutôt un gage de confiance pour les investisseurs qui peuvent compter sur une juridiction dédiée au traitement des contentieux commerciaux. Plusieurs pays-membres l'ont d'ailleurs fait. Tel est le cas, à titre d'exemple, de la Côte d'Ivoire, du Burkina Faso, du Bénin. L'harmonisation de toute l'organisation judiciaire, comme l'a proposé un auteur¹⁴²⁰, serait une proposition osée, en ce que cela va requérir des révisions constitutionnelles et un travail fastidieux. Cette proposition conviendrait dans le cadre d'une organisation politique, telle que les États-Unis d'Afrique. Dans cette hypothèse, les États fédéraux devraient avoir leur propre constitution, donc leur propre organisation judiciaire. Dès lors, le choix effectué par le législateur d'inviter les États-membres à centraliser les contentieux devant une même juridiction plutôt qu'à les y obliger peut être compris¹⁴²¹. Il ne devrait pas être exigé que les États-membres harmonisent l'organisation et le fonctionnement des tribunaux de commerce, encore moins toute l'organisation judiciaire, mais tout simplement qu'ils créent des tribunaux de commerces ; libre à chaque pays d'organiser son fonctionnement, l'essentiel étant que le droit applicable soit le droit OHADA, ce qui est acquis

¹⁴¹⁶ C. CADIET, J. NORMAND, S. Amrani-MEKKI, *Théorie générale du procès*, éd., PUF, Paris, 2010, p. 262.

¹⁴¹⁷ J. I. SAYEGH, J. LOHOUES-Obles, *Harmonisation du droit des affaires*, éd., Bruylant, 2002, n°265.

¹⁴¹⁸ P. DJONGA, *L'organisation judiciaire interne des États-membres à l'épreuve du droit OHADA*, mémoire DEA, Université de Ngaoundéré, 2008, p. 78.

¹⁴¹⁹ L. n°2015/095/AN du 13 août 2015 portant organisation judiciaire.

¹⁴²⁰ L. BENKEMOU, « Sécurité juridique et investissement internationaux », *Penant*, n°857, p. 194.

¹⁴²¹ Art. 3, AUPC.

par la ratification par chacun de ces pays du traité ayant fondé l'Organisation. L'autre défi qui se pose pour l'application correcte du droit OHADA est la formation des magistrats.

B. La formation des personnels

633. L'application des normes communautaires en matière de traitement des difficultés des entreprises repose essentiellement sur les magistrats. Ils jouent, de ce fait, un rôle prépondérant dans l'interprétation des textes¹⁴²². Un auteur souligne cette responsabilité : « *le temps du législateur a passé, c'est désormais le juge qui a la main. Dieu fasse qu'il soit inspiré* ». ¹⁴²³ Autrement dit, aucune réglementation ne peut produire un effet escompté si ceux qui l'appliquent ne la maîtrisent pas. Or, tel est un des problèmes qui se posent dans la mise œuvre des normes OHADA dans les États-membres.
634. En effet, le manque de qualification, ainsi que celui du professionnalisme chez le juge africain, ont souvent été dénoncés¹⁴²⁴. Ces tares¹⁴²⁵ se remarqueraient le plus souvent au travers des décisions infondées, de la durée inacceptable des délibérés, du non-respect de la déontologie, des renvois répétitifs, de l'acceptation des moyens dilatoires. Cette affirmation doctrinale peut se justifier par plusieurs bévues ayant mis en cause la formation des juges. Il est arrivé qu'un expert, ayant largement dépassé le délai légal du dépôt de son rapport, bénéficie d'un prolongement de deux mois supplémentaires de la part du président du tribunal. Dans cette affaire, ni le président, ni l'expert n'ont respecté les dispositions de l'ancien article 13 de l'AUPC. En effet, selon ce texte, le rapport de l'expert devait être déposé plus tard deux mois après la saisine du tribunal, ce délai pouvant être prorogé d'un mois sur autorisation du président de la juridiction saisie. Or, ce sont deux mois supplémentaires qui avaient été accordés¹⁴²⁶.
635. Au regard de ces faiblesses, la formation des magistrats s'impose pour la sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA. A cet égard, il faut d'ores et déjà saluer la création de l'école régionale supérieure de la magistrature¹⁴²⁷, qui concourt à la formation, au perfectionnement et à la recherche en droit des affaires pour les États-parties au traité OHADA.

¹⁴²² V. C. NGONO, « Réflexion sur l'espace judiciaire OHADA », réf. *Ohadata* D-15-14, p. 9.

¹⁴²³ F.-X Lucas, « Rapport de synthèse », *Rev. proc. coll.* 2006, n°02, p.219.

¹⁴²⁴ V. O. F. ETOUNDI, « L'état de la jurisprudence de la CCJA de l'OHADA », *Peant*, 2008, n°865, p. 406.

¹⁴²⁵ M. A. AKUE, « Plaidoyer pour un espace OHADA plus attractif pour les investisseurs étrangers », *Rev. Lamy, dr. civ.* janv. 2010, n°67, p. 85.

¹⁴²⁶ Abidjan, n°383, 1^{er} avr. 2005, *juris-Ohada*, n°04/2006, p. 40.

¹⁴²⁷ Art. 41 du traité OHADA du 17 oct. 2008.

636. Cette école (unique à caractère communautaire) ne peut former tous les magistrats et auxiliaires de justices directement concernés par l'application du droit OHADA, soit parce que ces derniers n'ont pas les moyens financiers y afférents, soit parce qu'il faudra revoir les moyens matériels et humains de l'école. La solution serait que les pays-membres conditionnent l'accès aux métiers de la magistrature, en particulier par un passage obligé soit par une école spécialisée, autre que l'ERSUMA, soit par cette dernière, assortie d'un accompagnement financier sous forme de bourse. Il faut donc une volonté politique pour relever le défi de la formation. En ce sens, les acteurs politiques doivent savoir que la confiance en la justice est, de nos jours, un facteur déterminant l'attractivité des investisseurs. Or, il n'y a point de bonne justice sans bons juges.
637. Si le procédé de passerelle permet de passer outre l'opposition des créanciers minoritaires contestataires, dans le cadre de la procédure de conciliation, il n'en demeure pas moins inutile pour empêcher d'autres événements qui peuvent perturber la conclusion de l'accord de conciliation.

Section 2. L'inefficacité d'une procédure passerelle face à la perturbation des négociations au cours d'une phase amiable

638. Diverses difficultés peuvent se dresser sur le chemin du conciliateur, et sérieusement compromettre la mise en place du projet de restructuration. Les droits français et OHADA partagent ces difficultés, et les solutions qu'ils proposent semblent se rejoindre également. La première de ces difficultés est relative aux poursuites individuelles et à l'exercice d'une voie d'exécution par certains créanciers à l'encontre du débiteur. La conciliation étant une procédure amiable, elle n'emporte pas suspension des poursuites, contrairement aux procédures judiciaires, et, s'agissant du droit français, à l'ancien règlement amiable qui s'accompagnait de la suspension provisoire des poursuites¹⁴²⁸. Cela permet aux créanciers d'initier des poursuites pour le paiement de leurs créances. Les instances en cours ne sont pas non plus interrompues¹⁴²⁹. Une procédure passerelle est impuissante face à ces événements.

¹⁴²⁸V. art. L.611-4, ancien c. com ; de cette absence de suspension des poursuites, la cour de cassation française a tiré certaines conséquences : v. Civ. 3^e, 10 déc. 2008, *D.* 2009. A.J. 16. obs. A. LIENHARD. Cassant Paris, 6 juillet 2007, *Act. proc. coll.* 2007/17, p. 2, n°195, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS ; *Rev. trim. dr. com.* 2008. 412, n°1, obs. F. MACORIG-VENIER, *Rev. proc. coll.* 2008/3, p. 29, obs. Ch. DELATTRE.

¹⁴²⁹C'est le droit civil qui s'applique, ce qui permet les poursuites à l'encontre du débiteur.

639. Dès lors, la non-restriction de ces droits, ouverts aux créanciers, est de nature à provoquer des perturbations au cours des négociations (Paragraphe I)¹⁴³⁰. Toutefois, sur le principe, les droits français et OHADA sont respectueux de la liberté contractuelle, fondement du droit civil. Afin de comprendre ce respect de la liberté contractuelle, il importerait d'interroger d'autres droits, dans une approche comparative du rôle préventif des procédures amiables de traitement des difficultés des entreprises (Paragraphe II).

Paragraphe I. Les difficultés rencontrées dans les droits français et OHADA

640. Dès après sa désignation, le conciliateur prend contact avec le chef d'entreprise, afin de poser un diagnostic des difficultés auxquelles ce dernier est confronté. Le conciliateur aide le chef d'entreprise à identifier, dans un premier temps, les partenaires stratégiques dont les créances sont importantes et, dans un second temps, à élaborer un projet de restructuration des dettes ainsi recensées. Les difficultés surgissent lorsque le projet de restructuration de ces dettes est soumis aux créanciers ou, à tout le moins, aux principaux créanciers¹⁴³¹ pour être discuté.

641. Certains créanciers vont adhérer au projet, tandis que d'autres créanciers vont préférer rejeter toute proposition, et vouloir user de leur droit de poursuite contre le débiteur (I). Cette dernière hypothèse est la principale difficulté à laquelle le conciliateur pourra être confronté dans son travail. Les législateurs français et OHADA ont prévu la protection du débiteur. Ils lui permettent, en effet, de demander des délais de grâce en cas de poursuite en paiement ou en exécution¹⁴³². Par ailleurs, la cessation prématurée de la mission du conciliateur peut constituer un autre handicap aux discussions (II).

I. L'aléa des poursuites individuelles et des voies d'exécution

642. Au rang des principes gouvernant les procédures collectives, dans les droits français et OHADA, il y a l'arrêt des poursuites individuelles et des voies d'exécution¹⁴³³. Tous les créanciers sont soumis à une discipline collective à l'ouverture de la procédure judiciaire. Dans la procédure amiable de conciliation, ce principe n'est prévu ni par les textes ni par la

¹⁴³⁰ D. VIDAL et G. C. GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, 1^{re} éd., Lextenso Editions, 2015-2016, p. 125.

¹⁴³¹ Les petites créances qui n'ont pas une influence importante sur la situation du débiteur sont directement remboursés, puisque ce dernier est censé être *in bonis*.

¹⁴³² Art. L. 611-5, al. 5, c. com. ; Art.5-7, AUPC.

¹⁴³³ Art. L. 621-40, c. com. ; Art. 75, AUPC.

jurisprudence¹⁴³⁴. C'est pourquoi, afin de dépasser cette difficulté, la législation française sur le règlement amiable, issue de la loi du 10 juin 1994¹⁴³⁵, avait prévu une facultative suspension momentanée des poursuites, mais qui n'avait été que très peu utilisée¹⁴³⁶. Ce, non seulement à cause de la publicité qui la caractérisait¹⁴³⁷, mais aussi parce que la demande n'appartenait qu'au conciliateur.

643. En droit OHADA, il importe de préciser qu'avant la réforme intervenue en 2015¹⁴³⁸, l'ancien Acte uniforme des procédures collectives ne proposait que le règlement préventif comme dispositif préventif des difficultés des entreprises. Ce règlement préventif était d'ailleurs une procédure collective¹⁴³⁹. A l'occasion de son ouverture, le débiteur avait la possibilité de désigner des créances pour lesquelles il souhaitait obtenir la suspension des poursuites¹⁴⁴⁰. Lors de l'adoption de la procédure de conciliation en 2015, la même faculté a été reconduite, mais non à l'ouverture de la procédure, puisque le législateur précise que la demande de délai de grâce ne doit intervenir qu'au cours de la procédure, et en présence d'une mise en demeure¹⁴⁴¹.
644. Lors de la reconnaissance de la conciliation en droit français, le législateur a préféré écarter la suspension provisoire, dans le souci de respecter la liberté contractuelle, fondement de toute négociation amiable en droit commun des contrats (A). Contre les inconvénients que peuvent avoir de telles poursuites et voies d'exécution des créanciers, lesquelles risqueraient de porter atteinte aux négociations, les législations française et OHADA¹⁴⁴² prévoient que le débiteur peut demander des délais de grâce au tribunal. Cette démarche s'inscrit alors dans le cadre du droit commun (B).

¹⁴³⁴ Civ. 3^e, 10 déc. 2008, n°019.899, *Bull. civ.* III, n°199 ; *Gaz. proc. coll.* 2009/2, p. 8, note P. M. LE CORRE.

¹⁴³⁵ L. n°94-475, 10 juin 1994, *JORF* n°134 du 11 juin 1994, p. 8440.

¹⁴³⁶ Interv. X. DE ROUX sur amend. n°397, *JOAN CR*, 2^e séance du 2 mars 2005, p. 1594.

¹⁴³⁷ Rapp. J.-J. HYEST, n° 335, p. 115.

¹⁴³⁸ 10 sept. 2015 : adoption d'un nouvel Acte uniforme des procédures collectives qui a reconnu la procédure de conciliation – art. 5-1.

¹⁴³⁹ Art. 1^{er}, AUPC 1998.

¹⁴⁴⁰ Art. 5, al. 2, AUPC 1998.

¹⁴⁴¹ Art. 5-7, AUPC.

¹⁴⁴² Art. L. 611-5, al. 5, c. com. ; Art. 5-7, AUPC.

A. L'absence de suspension automatique des poursuites individuelles

645. Sur le terrain des procédures contractuelles de prévention, c'est la volonté des parties qui tient lieu de loi¹⁴⁴³. Les poursuites individuelles, ainsi que la mise en œuvre des voies d'exécution à l'encontre des débiteurs, s'opèrent donc de plein droit¹⁴⁴⁴. Dans cette logique, la possibilité d'inscrire des sûretés pour garantir le paiement des créances incluses dans l'accord de conciliation devrait être reconnue¹⁴⁴⁵. Cependant il apparaît peu probable que des créanciers acceptent que l'un d'entre eux se fasse accorder une sûreté sans réagir. La validation d'inscription provisoire de sûreté est possible, puisque l'inscription de la mesure pourra être suivie d'une action en paiement permettant de la valider. Le contraire a cependant été soutenu¹⁴⁴⁶. Toutefois, selon un autre auteur¹⁴⁴⁷, l'opinion ne peut être valable, à moins que le débiteur n'ait obtenu des délais de grâce. Dans tous les cas, rien n'empêche, en vertu de la liberté contractuelle¹⁴⁴⁸, le conciliateur de négocier avec les créanciers, une renonciation momentanée - le temps de la procédure de conciliation - à engager des poursuites à l'encontre du chef d'entreprise, voire contre les garants.
646. Bien qu'inefficace face à la liberté de poursuite des créanciers, la seule évocation par le débiteur de recourir à une procédure passerelle peut créer de l'angoisse chez les créanciers poursuivants. Dans cette hypothèse, non seulement ils seront soumis à une discipline collective, mais aussi ils risquent de ne pas pouvoir recouvrer leurs créances ou, à tout le moins, la totalité. Alors que s'ils participaient de bonne foi aux négociations enclenchées en phase amiable, cela leur permettrait de fixer les conditions de paiement de leurs créances sans tracas ni incertitude, comme cela est le cas en phase judiciaire. Refuser cette option au profit d'une poursuite individuelle pourrait leur causer deux types de revers. D'abord, parce que si la liberté leur est accordée de poursuivre le débiteur¹⁴⁴⁹, ce dernier de son côté, dispose du droit de les assigner

¹⁴⁴³ Art. 1102 et 1103, c. civ. ; le projet d'Acte uniforme du droit des contrats est en cours de rédaction, mais dans l'avant-projet, la formation du contrat est prévue à l'article 2 qui pose le principe de la volonté des parties pour légalement former un contrat.

¹⁴⁴⁴ Sur le fondement de l'article 2884 du code civil français, relatif à l'obligation faite au débiteur de remplir son engagement sur l'ensemble de ses biens ; le créancier, qui n'est pas soumis à une discipline collective, est fondé de poursuivre son débiteur dès lors que ce dernier n'a pas honoré un engagement.

¹⁴⁴⁵ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté* 9^e éd., LGDJ, 2014, n°360.

¹⁴⁴⁶ R. VALLIOT, *LPA*, 21 sept. 2006, n°189, p. 15.

¹⁴⁴⁷ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017-2018*, 9^e éd., Dalloz Action, 2016, p. 281.

¹⁴⁴⁸ Art. 1102, c. civ.

¹⁴⁴⁹ Art. 1221, c. civ.

devant le juge, dans le but d'obtenir des délais de grâce¹⁴⁵⁰. Ensuite, parce qu'une éventuelle ouverture de la procédure collective mettra automatiquement fin à toute démarche individualiste¹⁴⁵¹.

647. Selon un auteur, la possibilité de suspendre provisoirement les poursuites individuelles dans la procédure de conciliation se justifierait, par ailleurs, par le fait que, non seulement la procédure de conciliation intervient dans le sillage de l'ancienne procédure de règlement amiable¹⁴⁵², mais aussi parce que la procédure de sauvegarde entraîne ipso facto une suspension provisoire des poursuites¹⁴⁵³. L'analyse vaut pour le droit OHADA où la procédure de conciliation reprend, sous réserve de quelques exceptions, le règlement préventif dans sa rédaction que lui a donnée l'Acte uniforme de 1998. Il faut rappeler que ce dernier avait instauré une suspension automatique des poursuites individuelles dès son ouverture¹⁴⁵⁴. La différence à relever entre l'ancien règlement amiable du droit français et l'ancienne procédure de règlement préventif OHADA est celle qui tient à leur nature¹⁴⁵⁵.
648. Quoiqu'il en soit, l'enclenchement d'une poursuite ou d'une voie d'exécution reste toujours un évènement intempestif pour le conciliateur et le chef d'entreprise. Il faut empêcher la sortie de fonds pour l'entreprise en difficulté, en vue de faciliter son redressement. C'est pourquoi, dans les droits français et OHADA, le chef d'entreprise, mis en demeure par un créancier, au cours de la procédure de conciliation, peut assigner ce dernier devant le tribunal, dans le but d'obtenir des délais de grâce¹⁴⁵⁶. Il s'agit de permettre au chef d'entreprise de passer sereinement la phase des négociations, puisque l'intérêt économique du redressement de l'entreprise l'emporte sur celui individuel du créancier poursuivant. Cela marque le retour de la suspension provisoire des poursuites individuelles.

¹⁴⁵⁰ Art. 1343-5 c. civ. ; Art. L.611-7, al. 5, c. com. ; Art. 5-7, AUPC.

¹⁴⁵¹ Art. L. 621-40, c. com. ; Art. 75, AUPC.

¹⁴⁵² P. M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017-2018*, 9^e éd., Dalloz Action, 2016, p. 280.

¹⁴⁵³ Art. L. 622-21, al. 1^{er}, c. com. ; Avis n°337 de Ch. GAUDIN, *doc. Sénat*, au nom de la commission des affaires économiques, p. 57. Art. 9, AUPC.

¹⁴⁵⁴ Art. 8, AUPC 1998.

¹⁴⁵⁵ Le règlement amiable français était une procédure non collective, alors que le règlement préventif OHADA l'était.

¹⁴⁵⁶ Art. L. 611-5, al. 5, c. com. ; Art. 5-7, AUPC.

B. Les délais de grâce

649. Au cours des négociations, le débiteur, mis en demeure, ou poursuivi par un créancier, peut demander au tribunal qui a ouvert la procédure de conciliation, de faire application des dispositions de l'article 1343-5¹⁴⁵⁷ du code civil français, dans le but d'obtenir des délais de grâce. Tel est aussi le cas en droit OHADA¹⁴⁵⁸ : « *cette règle s'avère incontestablement protectrice pour le débiteur en ce sens qu'elle lui procure un certain répit* ». ¹⁴⁵⁹ La durée maximale ne peut toutefois dépasser deux ans en droit français¹⁴⁶⁰. Cette durée est de quatre mois selon l'Acte uniforme des procédures collectives¹⁴⁶¹ en droit OHADA, soit la durée maximale de la procédure de conciliation. Dans cette courte durée du délai de grâce proposée par le législateur africain, une volonté de ne pas transformer la conciliation en une occasion pour le débiteur, non pas de prévenir ses difficultés, mais d'échapper fallacieusement à ses obligations vis à vis de ses créanciers, peut être trouvée. En dehors de toute procédure de redressement d'une entreprise, une telle durée serait d'un an selon un auteur¹⁴⁶², cette affirmation n'est toutefois pas vérifiable dans l'Acte uniforme des voies d'exécution, puisque celui relatif au droit des contrats est en cours de rédaction.
650. Il ressort des dispositions de l'article L.1343-5 du code civil français que les délais de grâce sont des mesures qui permettent au débiteur, confronté à des difficultés de paiement, de différer l'exécution de l'obligation mise en cause. Lorsqu'ils sont accordés, les intérêts du créancier poursuivant sont sacrifiés au profit de ceux de l'entreprise en difficulté, dans le but de permettre sa restructuration. Toutefois, « *le délai de grâce n'affecte nullement l'exigibilité de la dette, dans la mesure où il n'affecte pas la production d'intérêt moratoire, ni la compensation* ». ¹⁴⁶³

¹⁴⁵⁷ Créé par l'ord. n°2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n°0035 du 11 févr. 2016 ; Art. L. 611-5, al. 5, c. com.

¹⁴⁵⁸ Art. 5-7, AUPC.

¹⁴⁵⁹ A.B.F. KOUAM, *Les voies d'exécution OHADA et le droit à un procès équitable*, mémoire de DEA, Université de Deschang, Cameroun, 2009, §1- les délais de grâce.

¹⁴⁶⁰ Art. L.611-7, al. 5, c. com.

¹⁴⁶¹ Selon l'art. 5-7 qui renvoie à l'art. 5-3 de l'Acte uniforme des procédures collectives, le report des paiements ou la suspension des poursuites ne peuvent opérer au de-là de la durée de la procédure de conciliation qui est de trois mois, prorogables une fois pour une durée d'un mois.

¹⁴⁶² L'art. 39, AUVE, parle du délai de grâce sans en préciser la durée limite. Cependant, selon un auteur, il serait d'un an : A.B.F. KOUAM, *Les voies d'exécution OHADA et le droit à un procès équitable*, mémoire de DEA, Université de Deschang, Cameroun, 2009, §1- les délais de grâce.

¹⁴⁶³ A. BAMDE, « Les délais de grâce : régime juridique », *aurelien bamde*, 29 août 2017, article consulté le 16 avr. 2018.

651. Le sacrifice du créancier poursuivant reste tout de même assorti de conditions strictes. Il en est ainsi de l'obligation faite au tribunal de n'accorder des délais de grâce que si, d'une part, le moment de la poursuite ou de la mise en œuvre de la voie d'exécution correspond à celui de la recherche d'un accord de conciliation¹⁴⁶⁴ et, d'autre part, le débiteur est en difficulté avérée et de bonne foi¹⁴⁶⁵. Il en résulte que le créancier qui ne fait pas partie des négociations pourra actionner le débiteur sans que le juge ne puisse s'y opposer, dans la mesure où ce créancier est un tiers à la procédure, et qu'il faut que le débiteur soit interpellé par son créancier. Cette interpellation peut se faire sous plusieurs formes : exploit d'huissier, courrier valant mise en demeure, ou survenance d'un événement conclu entre les parties et valant mise en demeure. En toute hypothèse, l'interpellation doit avoir pour objet le paiement d'une créance¹⁴⁶⁶. De plus, les dettes alimentaires¹⁴⁶⁷, salariales¹⁴⁶⁸, et celles liées à la prestation compensatoire¹⁴⁶⁹, aux cotisations sociales¹⁴⁷⁰ et aux effets de commerce¹⁴⁷¹, ne sont pas concernées par le domaine des délais de grâce aussi bien en droit français qu'en droit OHADA¹⁴⁷².
652. Sous l'empire de la loi française du 26 juillet 2005¹⁴⁷³, le débiteur devait être poursuivi par un créancier. Le terme « poursuivi » laisse entendre qu'il s'agit non seulement des actions en justice tendant au paiement de sommes d'argent, mais encore des mesures d'exécution¹⁴⁷⁴. Cependant, une action doit avoir été entreprise, la seule demande de paiement formulée par le

¹⁴⁶⁴ Art. L. 611-5, al. 5, c. com. ; Art. 5-7, AUPC.

¹⁴⁶⁵ Douala, 2^e civ. et com., 18 oct. 2006, n°246, réf. *Ohadata* J-09-167 ; Abidjan, ch. civ. 16 févr. 2007, n°127, réf. *Ohadata* J-09-187 ; TGI, MIFI, 2 mars 1999, n°44, *juridis périodique* 2001 ; Abidjan, 20 janv. 2004, n°86 ; Lomé, 28 avr. 2009, n°071/09, réf. *Ohadata* J-10-225 ; Bobodioulasso, 19/12/2005, n°52, réf. *Ohadata* J-10-109 ; Cotonou, 21, juin 2001, n°163, réf. *Ohadata* J-06-73 ; TPI, Cotonou, 31, juill. 2002, Sessig BEDE c/Bank of africa, réf. *Ohadata* J-05-299 ; TPI Cotonou, 5, août 2002, n°0022/1ere C.COM, RG n°012/2000, réf. *Ohadata* J-04-398 ; Niamey, 30 avr. 2003, n°36, réf. *Ohadata* J-03-262.

¹⁴⁶⁶ Ouagadougou, 19 oct. 2010, n°139, réf. *Ohadata* J-10-220.

¹⁴⁶⁷ Art. 1343-5, al.6 c. com., civ. 2^e 10 avr. 2014, n°13-13.469 ; Abidjan, 3^e civ. et com., aff. Mermoz Roch Pauline et 12 autres c/la Sté induschimie, réf. *Ohadata* J-09-167 ; TPI, Bangangté, 06 mai 2004, n°028, réf. *Ohadata* J-05-164 ; TPI, Dschang, 13 déc. 2003, n°08/ORD, réf. *Ohadata* J-05-108.

¹⁴⁶⁸ Abidjan, ch. civ. et com., 16 janv. 2001, n°89, réf. *Ohadata* J-02-80 ; Soc. 18 nov. 1992, n°91-40.596.

¹⁴⁶⁹ Civ. 1^e, 29 juin, 2011, n°10-16.096.

¹⁴⁷⁰ Soc. 16 avr. 1992, n°90-11.243.

¹⁴⁷¹ Art. L.511-81 et L.512-3, c. com. ; TGI, Mifi, 15 avr. 2008, n°19/CIV, réf. *Ohadata* J-09-151 ; Abidjan, 10 janv. 2003, n°36, réf. *Ohadata* J-03-277.

¹⁴⁷² Art 39, AUVE.

¹⁴⁷³ L. n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n°173 du 27 juill. 2005, p. 1287, texte n°5.

¹⁴⁷⁴ E. DOUHAIRE, « Les aspects pratiques de la conciliation - Le rôle du conciliateur dans les négociations », *RJ com.*, 2008. 21 s., sp. p. 25.

créancier n'étant pas suffisante¹⁴⁷⁵. La mise en demeure et les poursuites peuvent avoir lieu antérieurement ou postérieurement à la conciliation. Une cour d'appel a cru pouvoir utiliser les délais de grâce pour faire obstacle à la demande d'expulsion, formée par le bailleur des locaux professionnels, après une ordonnance du président du tribunal de grande instance, qui avait accordé des délais au preneur à bail, lesquels n'avaient pas été respectés¹⁴⁷⁶. La solution ne pouvait être suivie en ce sens que le juge de la conciliation revenait ainsi sur l'acquisition de la clause résolutoire, laquelle résultait définitivement du non-respect des délais accordés par le tribunal de grande instance¹⁴⁷⁷, ce qui opère, selon une doctrine, « *un véritable miracle* ». ¹⁴⁷⁸ Comme on pouvait s'y attendre, l'arrêt de la cour d'appel a été censuré ; la procédure de conciliation ne pouvait remettre en cause le jeu de la clause résolutoire définitivement acquise à la première échéance impayée, faisant suite à l'octroi de délais consentis au locataire, par le président du tribunal de grande instance statuant en la forme des référés, qui avait suspendu les effets de la clause résolutoire¹⁴⁷⁹. La morale de cet arrêt est simple : la procédure de conciliation est inopérante pour remettre en cause des décisions passées en force de chose jugée ou des voies d'exécution ayant joué.

653. Il a été jugé que les dispositions du cinquième alinéa de l'article L.611-7 du code de commerce français ne s'appliquaient qu'aux seules procédures engagées après l'ouverture de la procédure de conciliation¹⁴⁸⁰. Cependant, il importait peut, avant l'ordonnance du 18 décembre 2008¹⁴⁸¹, pour l'application du texte, que les poursuites aient été actionnées avant ou pendant la procédure de conciliation car ce texte ne fait pas de distinction¹⁴⁸². Si la demande de délai a été présentée au cours de la procédure de conciliation devant les premiers juges, la cour d'appel peut les accorder alors même que la procédure de conciliation aurait abouti à un projet d'accord de

¹⁴⁷⁵Orléans, ch. éco. et fin., 20 déc. 2007, *RG* n°07/840, *RJDA* 2008/4, p. 426, n°434.

¹⁴⁷⁶ Paris, 14^e ch. B, 6 juill. 2007, *RG* n°07/02611, *Act. proc. coll.* 2017/17, n°195, note M. BEHAR-TOUCHAIS ; *RTD com.*, 2008. 412, n°1, obs. F. MACORIG-VENIER.

¹⁴⁷⁷ V. en ce sens, M. BEHAR-TOUCHAIS, note sous Paris, 14^e ch., B, 6 juill. 2007, *Act. proc. coll.*, 2007/17, n°195.

¹⁴⁷⁸ F. MACORIG-VENIER, obs. sous Paris, 14^e ch., B, 6 juill. 2007, *RTD com.*, 2008. 412.

¹⁴⁷⁹ Civ., 3^e ch., 10 déc. 2008, n°07-19899, *Bull. civ. III*, n°199 ; *D.* 2009. 16, note A. LIENHARD ; *Gaz. proc. coll.*, 2009/2, p. 8, note P. M. LE CORRE ; *JCP E* 2009.1229, note P.-H. BRAULT ; *RTD com.*, 2009. 448, n°4, obs. F. MACORIG-VENIER ; *Defrénois* 2009. 38973, p. 1403, n°5, note C. P. GABRIELA.

¹⁴⁸⁰ Pau 2^e ch., 1^{re} sect., 17 janv. 2008, *RG* n°06/03873, *JCP E* 2008. 2024 ; *RTD com.*, 2008. 848, n°1 obs. F. MACORIG-VENIER ; *Act. proc. coll.*, 2009/2, n°30, note C. REGNAUT-MOUTIER.

¹⁴⁸¹ Ord. n°2008-1345, 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *JORF* n°0295 du 19 déc. 2008, p. 19462, texte n°29.

¹⁴⁸² Versailles, 13^e ch., 19 oct. 2006, *RG*. n°06/01788, *JCP E* 2007, *Act.* 535 ; *Rev. proc. coll.*, 2007/1, p. 37 ; n°33, obs. P. ROUSSEL GALLE ; *RTD com.*, 2007. 830, n°2, obs. F. MACORIG-VENIER.

conciliation¹⁴⁸³. L'article 4 de l'ordonnance du 18 décembre 2008¹⁴⁸⁴ avait modifié le texte pour permettre qu'une simple mise en demeure suffise à saisir le tribunal. Il avait même été souhaité que la demande de délais de grâce puisse être présentée indépendamment de toute mise en demeure¹⁴⁸⁵. Cependant ces délais de grâce ne pouvaient être accordés que si le débiteur était mis en demeure ou poursuivi pendant la procédure. En sens contraire, une juridiction a cru devoir juger que les délais de grâce pouvaient être accordés même si la poursuite était déjà engagée lors de l'ouverture de la procédure de conciliation¹⁴⁸⁶. Retouchée par l'ordonnance du 12 mars 2014¹⁴⁸⁷, la nouvelle version du texte permet au débiteur de bénéficier des délais de grâce même si la mise en demeure ou la poursuite précède l'ouverture de la procédure de conciliation¹⁴⁸⁸.

654. En droit OHADA, il est difficile d'affirmer que la mise en demeure puisse avoir été actionnée avant l'ouverture de la procédure et donner lieu à l'octroi d'un délai de grâce. En effet, selon l'Acte uniforme des procédures collectives : « *si le débiteur est mis en demeure ou poursuivi par un créancier appelé à la conciliation pendant la période de recherche de l'accord, {...}, le tribunal peut, à la demande du débiteur, et après avis du conciliateur, reporter le paiement des sommes dues et ordonner la suspension des poursuites engagées par un créancier* ». ¹⁴⁸⁹ La lecture de ce texte conduit à dire que l'appel en paiement ou en exécution adressé au débiteur soit fait pendant la recherche de l'accord ou, à tout le moins, lorsqu'une décision a prononcé l'ouverture de la procédure de conciliation, peu important que le conciliateur ait directement ou non engagé des négociations avec les créanciers. Le débiteur peut bien avoir ouvert des discussions dans le cadre d'une procédure de médiation. Dans cette hypothèse, il apparaît difficile d'affirmer que le débiteur puisse bénéficier d'un délai de grâce, lorsqu'un créancier venait à le mettre en demeure de payer une créance dans une procédure de conciliation subséquente. Une incohérence législative peut être regrettée : l'octroi d'un délai de grâce vise

¹⁴⁸³ Paris 14^e ch. A. 5 sept. 2007, *RG* n°077/04894.

¹⁴⁸⁴ Ord. n°2008-1345, 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *JORF* du 19 déc. 2008, p. 19462, texte n°29.

¹⁴⁸⁵ Th. Montéran, « La réforme de la prévention des difficultés », *D.* 2009. 639 s., sp. p. 642.

¹⁴⁸⁶ Trib. com. Nantes, 22 avr. 2014, *RG* n°2014/004629, *Leden* juill. 2014, comm. 103, note P. CESBRON-LAVAU ; *Rev. proc. coll.* 2014, comm. 144, note Ch. DELATTRE.

¹⁴⁸⁷ Ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

¹⁴⁸⁸ F. PEROCHON, *Entreprise en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, n°167 ; F. PEROCHON et Ph. ROUSSEL GALLE, « Le mandat ad hoc et la conciliation », interv. Colloque Besançon, 10 oct. 2014, *Gaz. pal.*, 31 déc. 2014, n°365, 4, n°21.

¹⁴⁸⁹ Art. 5-7, AUPC.

à permettre l'aboutissement des négociations pour le redressement de l'entreprise ; pour l'obtenir, il faut que le débiteur soit mis en demeure au cours de la procédure ; or, cela signifie que les créanciers, qui l'auront mis en demeure avant l'ouverture de la procédure, pourront l'exécuter au cours de cette dernière, d'où la faiblesse de la mesure. Il aurait été plus protecteur de contrecarrer même les appels en paiement émis avant le début de la procédure. Sur le plan jurisprudentiel, il a été difficile de connaître l'application que les juges font du texte, la procédure de conciliation étant relativement récente.

655. Afin de bénéficier de ces délais de grâce, dans le but de poursuivre en toute quiétude les négociations avec ses principaux créanciers, le débiteur doit assigner le créancier poursuivant devant le président du tribunal qui a ouvert la procédure de conciliation, la demande étant portée à la connaissance de la juridiction saisie de la poursuite¹⁴⁹⁰. La décision du président de la juridiction compétente est alors rendue en la forme des référés après avoir recueilli les observations du conciliateur, et est communiquée au débiteur par les soins du greffier¹⁴⁹¹. Cette décision est également communiquée au ministère public. Compte tenu de l'intérêt des parties, cette mesure peut faciliter des négociations avec les principaux créanciers, voire les permettre dans la mesure où elle peut écarter la qualification de cessation des paiements, dès lors que le délai de grâce, le cas échéant accordé, est un moyen de faire face¹⁴⁹² au passif exigible. Cela produira des conséquences pour les garants. En effet, les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle, ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des mesures accordées¹⁴⁹³.

656. Dans le but de rendre la procédure de conciliation efficace, pertinente et attrayante, les législateurs français et OHADA¹⁴⁹⁴ prévoient, pendant l'exécution d'un accord homologué, l'interdiction ou l'interruption de toute action en justice et de toute poursuite individuelle, tant sur les meubles que sur les immeubles du débiteur. Le chef d'entreprise n'a pas à introduire une requête auprès du juge ici, en vue de bénéficier de la mesure. Cette dernière est automatique. Les créanciers/contractants, ayant signé l'accord, devront s'abstenir de toute poursuite sur les biens du débiteur dans le but de se faire payer. Un accord a été signé, il engage toutes les parties : le débiteur doit payer les dettes aux échéances prévues ; les créanciers signataires

¹⁴⁹⁰ Art. R. 611-35, c. com. ; Art. 5-7, AUPC.

¹⁴⁹¹ Art. L.611-7, al. 5, c. com. ; Art. 5-7, AUPC.

¹⁴⁹² Art. L.611-10-1, c. com.

¹⁴⁹³ Art. L.611-7, al. 5, c. com. ; Art. 5-11, AUPC.

¹⁴⁹⁴ Art. L.611-10-1, c. com. ; Art. 5-12, AUPC

doivent respecter leur engagement d'attendre les échéances convenues. Cette mesure d'interruption ou d'interdiction de toute action en justice, ainsi que de toute poursuite individuelle se rapprocherait de la discipline collective instaurée dans les procédures collectives.

657. En pratique, il arrive très souvent que le débiteur et le créancier s'accordent sur les délais, le juge se contentant alors de constater cet arrangement conclu¹⁴⁹⁵. En l'absence d'un tel accord, il reviendra au tribunal qui connaît de la procédure d'accorder ou non des délais de grâce en fonction du dossier. Il pourrait par exemple les refuser, s'il est établi que le débiteur ne paie plus son créancier depuis plusieurs mois¹⁴⁹⁶ car, ainsi que cela a été dénoncé, le juge ne doit pas « *tomber dans la course au moratoire* »¹⁴⁹⁷, pour camoufler un état de cessation des paiements et retarder ainsi l'inévitable. En matière de voie d'exécution, le défaut de consultation du créancier, avant l'octroi d'un délai de grâce à un débiteur, peut fonder la nullité de l'ordonnance ayant constaté cet octroi¹⁴⁹⁸. Dans le cadre de la conciliation, et quand bien même le terrain est contractuel, il apparaît inutile que le juge demande au créancier poursuivant si l'octroi d'un éventuel délai de paiement à son débiteur pourrait lui porter préjudice. Ce, parce que non seulement la question n'aura pas de sens dans la mesure où si le créancier a entrepris la démarche, c'est bien pour se faire payer, ensuite, parce que l'octroi ou le refus d'un délai de grâce relève de l'appréciation discrétionnaire du juge saisi.
658. Faute de texte contraire, la décision accordant des délais de grâce est susceptible d'appel, le droit commun de la procédure civile devant trouver application¹⁴⁹⁹. Toutefois, l'opinion contraire a pu être soutenue¹⁵⁰⁰. En droit OHADA, la décision accordant des délais de grâce dans la procédure de conciliation est insusceptible de recours¹⁵⁰¹. De même, s'agissant du droit

¹⁴⁹⁵ J. BADILLET, « Pratiques parisiennes en matière de traitement préventif des difficultés des entreprises », *Gaz. pal.*, 11-12 mai 2011, p. 7 s. sp. p. 9.

¹⁴⁹⁶ Toulouse, 3^e ch., 2^e sect., 26 mai 2014, RG n°14/01548, *Rev. proc. coll.* 2015, comm. 177, note Ch. DELATTRE.

¹⁴⁹⁷ *ibid.*

¹⁴⁹⁸ Abidjan, 28 oct. 2005, n°920, réf. *Ohadata* J-09-195 ; Daloa, 1^{re} civ. et com., 08 nov. 2006, n°263, R2F ; réf. *Ohada* J-09-368.

¹⁴⁹⁹ Rennes, 2 avr. 2013, RG n°12/05230, 13/00432, *BJE*, juill. 2013, p. 125, note O. HART DE KEATING.

¹⁵⁰⁰ Douai, 2^e ch., 2^e sect. 27 mars 2007, RG n°06/01099, *Act. proc. coll.* 2008/4, n°54 ; *JCP E* 2008. 1433, note Ch. LEBEL ; *RTD com.* 2008. 413, n°2, obs. F. MACORIG-VENIER - Aix-en-Provence, 7 déc. 2011, RG n°11/033876 - Aix-en-Provence, 2 févr. 2012, RG n°11/05033 - Reims, 31 janv. 2012, RG n°12/004306.

¹⁵⁰¹ Art. 5-10, al. 2, AUPC. Cependant, la décision homologuant l'accord de conciliation comportant un privilège de conciliation est susceptible d'opposition et, le cas échéant, la décision prise en considération de cette opposition est susceptible d'appel : art. 5-11, al. 6, AUPC.

français, des juridictions du fond ont jugé le contraire sur le fondement du silence des textes¹⁵⁰². Par ailleurs, il importe de préciser que l'ordonnance du 12 mars 2014¹⁵⁰³ ajoute que le président peut subordonner la durée des mesures à la conclusion de l'accord de conciliation. En ce cas, le créancier concerné sera informé de la décision de constatation ou d'homologation. La solution semble logique car pourquoi condamner un créancier s'il n'y a pas d'accord ? En plus des poursuites individuelles, la démission du conciliateur peut constituer un motif de ralentissement des négociations.

II. La démission du conciliateur

659. La démission du conciliateur est un évènement qui est rare en pratique. Ce dernier partage avec le chef d'entreprise un même objectif, celui de mettre fin aux difficultés de l'entreprise, par une approche négociée. De ce fait, ils font front commun face aux partenaires : clients, banques, créanciers publics, fournisseurs. Cependant en théorie, la cessation de la mission du conciliateur est bien prévue par les textes (A). Les conséquences susceptibles d'en découler peuvent s'avérer préjudiciables aux négociations (B).

A. Les causes

660. Dans les droits français et OHADA, le conciliateur est nommé par le tribunal dans le jugement d'ouverture de la procédure de conciliation¹⁵⁰⁴. Sa mission est de trouver un accord entre le chef d'entreprise et ses principaux créanciers, afin de mettre fin aux difficultés de l'entreprise¹⁵⁰⁵. En pratique, le débiteur échange une ou plusieurs fois avec le futur conciliateur, en amont de la décision d'ouverture de la procédure de conciliation. Il peut proposer au tribunal un nom de son choix¹⁵⁰⁶. De ce fait, il peut être présumé que les deux personnages commencent leur collaboration sur la base d'une confiance réciproque.

661. Dans le cadre d'un procédé de passerelle, le conciliateur est un personnage important. A cet égard, il doit réunir les qualités professionnelles et éthiques requises. C'est pourquoi, afin de

¹⁵⁰² C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La procédure de conciliation », *Rev. proc. coll.* 2006/2, p.169 s., sp. p. 173, n°22.

¹⁵⁰³ Ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

¹⁵⁰⁴ Aart. L. 611-6, al. 2, c. com. ; Art. 5-4, al. 1, AUPC.

¹⁵⁰⁵ Art. L. 611- 7, c. com. ; Art. 5-5, al. 1, AUPC.

¹⁵⁰⁶ Art. L.611-6, al. 1, c. com. ; Art. 5-2, al. 2, 6°, AUPC.

moraliser la procédure de conciliation, les législateurs français et OHADA ont soumis sa nomination à plusieurs conditions¹⁵⁰⁷.

662. La cessation de sa mission, avant la signature d'un accord, peut être légale ou factuelle. Dans les deux cas, elle impacte les négociations en cours. Pour avoir noué les premiers contacts, voire engagé les négociations, le conciliateur initial est supposé avoir mesuré les tenants et les aboutissants du dossier, et pensé, à la lumière du dossier, à la solution d'un rapprochement des positions, en vue de mettre fin aux difficultés de l'entreprise débitrice. La nomination d'un remplaçant pourrait prendre du temps en ce que le chef d'entreprise ne voudra pas travailler avec un inconnu, c'est-à-dire un conciliateur directement nommé par le tribunal. Il voudra, en conséquence, proposer un autre conciliateur. Ce remplaçant aura nécessairement besoin du temps, si court soit-il, pour prendre connaissance du dossier. Au bout du compte, il va s'écouler du temps. Or, l'entreprise étant en situation financière fragile, il faut agir vite pour la sortir de là, d'où l'inconvénient de la cessation prématurée de la mission du conciliateur initial.
663. D'un point de vue légal, plusieurs causes peuvent fonder la cessation de la mission du conciliateur. En premier lieu, le chef d'entreprise peut le récuser¹⁵⁰⁸. En ce cas, la motivation doit avoir un rapport avec l'un des cas suivants : le conciliateur a, directement ou indirectement, un intérêt lié à la procédure ; le conciliateur a un lien direct ou indirect, quelle qu'en soit la nature, avec l'un des créanciers engagés dans les négociations ; il est dans l'une des situations d'incompatibilité¹⁵⁰⁹ ; il a été définitivement radié ou destitué d'une profession réglementée. Si un conciliateur se rend coupable d'une de ces interdictions, non seulement le chef d'entreprise peut le récuser, mais il risque d'engager sa responsabilité civile. De plus, le chef d'entreprise

¹⁵⁰⁷ Les art. L.611-13, c. com. et art. 5-4, al. 2, AUPC prévoient les mêmes interdictions : le conciliateur doit jouir de ses droits civils, justifier de sa compétence professionnelle et être impartial vis à vis des parties concernées par la conciliation ; il ne doit pas avoir perçu, à quelque titre que ce soit, directement ou par personne interposée, un paiement ou une rémunération de la part du débiteur intéressé, de tout créancier du débiteur ou d'une personne qui en détient le contrôle, pendant les 24 derniers mois précédant la décision d'ouverture de la procédure de conciliation. De même, la mission de conciliteur ne peut être confiée à un magistrat en fonction ou ayant quitté ses fonctions depuis plus de 5 ans.

¹⁵⁰⁸ Art. L.611-6, al. 4, c. com. ; Art. 5-8, al.2, AUPC.

¹⁵⁰⁹ Les art. L.611-13, c. com. et art. 5-4, al. 2, AUPC prévoient les mêmes incompatibilités : le débiteur doit jouir de ses droits civils, justifier de sa compétence professionnelle et être impartial vis à vis des parties concernées par la conciliation ; il ne doit pas avoir perçu, à quelque titre que ce soit, directement ou par personne interposée, un paiement ou une rémunération de la part du débiteur intéressé, de tout créancier du débiteur ou d'une personne qui en détient le contrôle, pendant les 24 derniers mois précédant la décision d'ouverture de la procédure de conciliation. De même, la mission de conciliteur ne peut être confiée à un magistrat en fonction ou ayant quitté ses fonctions depuis plus de 5 ans.

peut mettre fin à la mission du conciliateur, s'il n'entretient pas avec lui un bon rapport. Inversement, le conciliateur peut, lui-même, mettre fin à sa mission par démission. Cela peut arriver lorsque le chef d'entreprise n'accorde pas par exemple d'intérêt à certaines de ses propositions ou les rejette en bloc ; car faut-il le rappeler, il a la faculté de faire toute proposition susceptible de mettre fin aux difficultés de l'entreprise¹⁵¹⁰.

664. Outre ces cas, la mission du conciliateur peut prendre fin pour raison de force majeure¹⁵¹¹. Cela peut résulter d'une maladie, d'un décès, d'un motif de nature sociale ou familiale. Le cas de force majeure doit cependant être constaté par l'autorité judiciaire¹⁵¹². Quelle que soit la cause de la cessation de sa mission, elle perturbera les négociations en cours.

B. Les conséquences

665. Le conciliateur est un facilitateur¹⁵¹³ ; il joue un rôle primordial dans les négociations. Dans les faits, il aide le dirigeant à faire le diagnostic des difficultés auxquelles ce dernier est confronté, à définir la liste des partenaires¹⁵¹⁴ avec lesquels un accord doit être trouvé. Cette phase préliminaire est importante. Il doit mener ces démarches de manière à ne pas compromettre le crédit de l'entreprise en ébruitant ses difficultés, et ce travail doit englober, le plus largement possible, l'ensemble des difficultés de l'entreprise, tout en ayant le concours des principaux partenaires. Il aide également le dirigeant à préparer un projet d'accord, avec le concours du service comptable, financier ou juridique de l'entreprise ; enfin, il l'aidera à mener une négociation professionnelle sur la base de ce projet. La réussite de sa mission dépend en grande partie de son talent de négociateur, de persuasion et de son expérience. Il ne dispose pas de moyens réellement coercitifs tant à l'égard du chef d'entreprise qu'à l'égard des créanciers.
666. Néanmoins, s'agissant du débiteur, il a le droit de demander tout renseignement utile pour l'accomplissement de sa mission¹⁵¹⁵. De même, le tribunal lui communique tout renseignement dont il dispose, susceptible de l'aider. A l'égard des garants, seul le chef d'entreprise peut non

¹⁵¹⁰ Art. L.611-7, c. com.

¹⁵¹¹ Dictionnaire dr. Privé *Serge Braudo*, 1962-2018 : « *circonstance exceptionnelle, étrangère à la personne de celui qui l'éprouve, qui a eu pour résultat de l'empêcher d'exécuter les prestations qu'il devait à son créancier* ».

¹⁵¹² Civ. 1^{re}, 30 oct. 1998, BICC n°697 du 1^{er} mars 2009.

¹⁵¹³ V. sur le rôle du conciliateur : N. FRICERO, C. BRUTRUILLE-CARDEW, L. BENRAÏS, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, 3^e éd., Dalloz, 2017.

¹⁵¹⁴ Dont entre autres : banques, fournisseurs, créanciers publics, clients, bailleurs, salariés.

¹⁵¹⁵ Art. L. 611-7, al. 2, c. com.

seulement demander une suspension des poursuites¹⁵¹⁶, mais aussi, l'ouverture¹⁵¹⁷ d'une procédure de sauvegarde redoutée par les créanciers à cause de la discipline collective ; le conciliateur peut se servir de ce moyen de pression par l'intermédiaire du chef d'entreprise.

667. Au regard de l'ensemble des avantages que le conciliateur peut apporter au chef d'entreprise, la cessation de sa mission, quelle qu'en soit la cause, sauf si cette dernière est consécutive à la signature d'un accord, ou à la survenance de la cessation des paiements, ne peut être qu'un handicap. Le temps que nécessitera son remplacement pourrait occasionner non seulement le découragement de certains créanciers alliés, mais aussi l'amplification des difficultés. De plus, le choix d'un remplaçant requerra une nouvelle négociation des missions assortie de conditions de rémunération différentes¹⁵¹⁸, ce qui pourrait provoquer de facto d'autres dépenses.
668. Corrélativement, le conciliateur peut engager sa responsabilité professionnelle dans l'accomplissement de sa mission. Par son statut¹⁵¹⁹, il a une mission qui procède de la délégation d'une juridiction compétente, ce qui fait de lui un commis. De ce fait, les conséquences de sa responsabilité civile professionnelle sont assumées par l'État.
669. En ce sens, la question de la responsabilité civile professionnelle du conciliateur a fait l'objet d'une question au Sénat¹⁵²⁰ en France. Il est ressorti de la réponse ministérielle¹⁵²¹ qu'il est assez rare que le conciliateur commette un acte de nature à le mettre en cause. Cependant, « *la seule hypothèse dans laquelle la responsabilité de l'État pourrait être engagée sur la base du fonctionnement défectueux du service de la justice supposerait qu'un conciliateur ait fait preuve d'une intention de nuire ou ait favorisé une partie* ». ¹⁵²² S'il commet une faute personnelle à l'occasion de l'exercice de sa fonction, sa responsabilité sera engagée dans les conditions de droit commun. A charge pour lui d'appeler l'État en garantie. Au de-là de tout ce qui peut résulter de la cessation de sa mission, force est de reconnaître que le conciliateur est un acteur clef du dispositif préventif aussi bien en droit français qu'en droit OHADA. Qu'en est-il de la philosophie préventive des difficultés des entreprises dans d'autres droits ? Ces

¹⁵¹⁶ Art. 1343-5 c. civ. ; art. L.611-7, al. 5, c. com. ; Art. 5-7, AUPC.

¹⁵¹⁷ Art. L.628-1, c. com. : l'ouverture des procédures passerelles du droit français est exclusivement réservée au débiteur.

¹⁵¹⁸ Art. R. 611-25, al. 4, c. com.

¹⁵¹⁹ Décret n°78-381 du 20 mars 1978, tel que modifié par le décret n°2010-1165 du 1^{er} oct. 2010 relatif au statut des conciliateurs en France.

¹⁵²⁰ Question n°16745 de M. François Zocchetto (Mayence – UC), *JO Sénat*, 13/01/2011, p. 48.

¹⁵²¹ *JO*, Sénat du 05/01/2012, p. 33.

¹⁵²² *id.*

derniers partagent-ils les mêmes difficultés précédemment décrites ? Afin de mesurer l'efficacité de la prévention des difficultés des entreprises ailleurs, dans une approche comparative avec les droits français et OHADA, nous effectuons le choix de sortir du cadre géographique¹⁵²³ défini dans la présente étude.

Paragraphe II. L'approche comparative avec d'autres droits

670. Après le temps du droit de la faillite¹⁵²⁴, la France a tourné son droit des entreprises en difficulté vers la sauvegarde de ces dernières¹⁵²⁵. De l'adoption de la sauvegarde, de la conciliation et du mandat *ad hoc*, à celle plus récente des sauvegardes accélérées, le fil rouge des réformes reste le même : l'anticipation, la prévention¹⁵²⁶ et l'implication des créanciers dans la résolution des difficultés des entreprises¹⁵²⁷. Le droit OHADA nourrit l'ambition de faire tourner la page des législations nationales souvent calquées sur le model colonial¹⁵²⁸. Les droits français et OHADA des entreprises en difficulté se modernisent de plus en plus à l'instar d'autres droits en la matière. Il semblerait que les exigences de la mondialisation ne donnent pas le choix aux États¹⁵²⁹. Il faut s'adapter au contexte économique universel sous peine d'en subir les conséquences.
671. Si le droit des entreprises en difficulté se modernise et se contractualise dans les États, ces derniers ne s'y prennent pas cependant de la même manière, encore moins au même rythme. En Belgique, l'heure est aux réformes. Après la loi du 31 janvier 2009¹⁵³⁰ sur la continuité des entreprises - qui a instauré l'accord amiable et la réorganisation judiciaire pour les chefs d'entreprise - et celle du 27 mai 2013¹⁵³¹ - qui a apporté des correctifs à la première citée - ; la

¹⁵²³ Cette thèse a pour champ d'étude géographique la France et l'espace juridique OHADA.

¹⁵²⁴ Depuis le code de commerce de 1807 jusqu'à la loi n°67-563 du 13 juill. 1967 sur le redressement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes, *JORF* du 14 juill. 1967, p. 7059.

¹⁵²⁵ V. davantage dans, L.C HENRY LAETITIA ANTONINI-COCHIN, *Droit des entreprises en difficultés*, éd., Gualino, mars 2018.

¹⁵²⁶ A. JACQUEMONT et Alii, *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd., LexisNexis, 2017, n°35, p. 25.

¹⁵²⁷ A. JACQUEMONT et Alii, *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd., LexisNexis, 2017, n°26, p. 15.

¹⁵²⁸ A. TOH, *La prévention des difficultés des entreprises : étude comparée de droit français et droit OHADA*, thèse de doctorat, 2015, Université de Bordeaux, p. 27 ; C. NDONGO, *La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC révisé*, thèse de doctorat, éd., LGDJ, 2018, p. 3.

¹⁵²⁹ V. N. LYAZAMI, *La prévention des difficultés des entreprises : étude comparative entre le droit français et le droit le marocain*, thèse de doctorat, Université du Sud Toulon-Var, 2013, p. 260.

¹⁵³⁰ L. n°2009009047 du 31 janv. relative à la continuité des entreprises, *MB*, 9 févr. 2009, p. 8436.

¹⁵³¹ L.n°2013009257 du 27 mai 2013 modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises, publication du 22 juill. 2013, p. 45665.

loi du 11 Août 2017¹⁵³², entrée en vigueur en mai 2018, contribue à la refonte du droit des entreprises en difficulté. Au Maroc, la grande réforme tant attendue tarde encore à se réaliser. Pourtant le projet de loi serait prêt¹⁵³³. Depuis 1995, le livre V du code de commerce marocain - qui traite des difficultés des entreprises - n'a pas connu de réforme, de sorte que les solutions qu'il propose aux chefs d'entreprise s'en trouvent handicapées et inappropriées aujourd'hui¹⁵³⁴.

672. Si les procédures amiables françaises de traitement des difficultés des entreprises partagent la même philosophie avec le *scheme of arrangement* anglo-saxon, ce dernier se distingue par son caractère un peu autoritaire (I). Le droit préventif belge des difficultés des entreprises semble converger avec celui de la France, tandis que la prévention dans le droit marocain se rapproche plutôt plus du droit OHADA (II).

I. Le *scheme of arrangement* du droit anglo-saxon

673. La procédure de conciliation en droit français des entreprises en difficulté est un préalable des nouvelles procédures de sauvegarde accélérée. Selon la formule de l'article L.628-1 du code de commerce, il ne saurait y avoir de sauvegarde accélérée sans conciliation. En d'autres termes, la sauvegarde accélérée commence dans une forme amiable (conciliation) avant de prendre la forme judiciaire. En droit OHADA, le procédé n'est formellement pas adopté. Le droit anglo-saxon en la matière reste très réputé du fait du caractère flexible et très contractuel de ses méthodes de restructuration.
674. Très souvent vanté, mais non sans tempérament¹⁵³⁵, devant le droit français, avant l'avènement de la première procédure passerelles en 2010¹⁵³⁶, le *scheme of arrangement*¹⁵³⁷ anglais s'apparente, sur le plan philosophique, aux procédures amiables françaises de traitement des

¹⁵³² L. n°2017012998 du 11 août 2017 portant insertion du livre XX « insolvabilité des entreprises » dans le code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du code de droit économique, publication du 11 sept. 2017, p. 83100.

¹⁵³³ A. EL HOURRI, in, « *Difficultés des entreprises : ce que prévoit le projet de réforme* », *Media24*, 9 nov. 2017, article lu le 4 mars. 2018.

¹⁵³⁴ A. EL AJJAMI, cité par N. LYAZAMI, *La prévention des difficultés des entreprises : étude comparative entre le droit français et le droit le marocain*, thèse de doctorat, Université du Sud Toulon-Var, 2013, p. 261.

¹⁵³⁵ R. DAMANN : « *Nous verrons que le droit français se porte très bien et possède des produits à exportation {mandat *ad hoc* et conciliation} sans équivalent dans les autres pays* », Colloque : conférence générale des juges consulaires de France sur la législation comparée en Europe, Paris, 14 sept. 2009, p. 45.

¹⁵³⁶ Sauvegarde financière accélérée instituée par la loi n°2010-1249 du 22 oct. 2010 de régulation bancaire et financière, *JORF* n°0249 du 23 oct. 2010, p. 18984.

¹⁵³⁷ Plan de redressement amiable : traduction approximative.

difficultés des entreprises (A) ; mais il apparaît plus autoritaire que ces dernières dans la recherche d'un accord amiable (B).

A. La similarité philosophique avec le droit français

675. Issu du droit des sociétés anglais¹⁵³⁸, le *scheme of arrangement* constitue un accord conclu entre une entreprise et ses créanciers ou ses partenaires ou une partie d'entre eux. Il importe peu que cette entreprise soit ou non en état de cessation des paiements comme en France¹⁵³⁹. Reformé en 2002, il n'est pas une procédure collective, même si l'on peut être animé de cette impression au sens processuel¹⁵⁴⁰ du terme, puisqu'il est conclu sans l'ouverture d'une procédure formelle collective, et qu'il peut porter sur tout ou partie de l'endettement. Il se traduit par un réaménagement de la dette ou par la conversion des créances en capital (*debt equity swap*)¹⁵⁴¹, la réorganisation de la société par fusion ou cession¹⁵⁴². Ces solutions peuvent être adoptées simultanément ou séparément¹⁵⁴³.
676. La particularité de cette procédure est la constitution des classes de créances au sein desquelles les négociations ont lieu¹⁵⁴⁴. Cette solution est exclue dans les procédures de conciliation et de mandat *ad hoc* en France. Dans les deux systèmes, l'accord est homologué par le tribunal¹⁵⁴⁵. Toutefois, si l'accord homologué dans le cadre du *scheme of arrangement* s'impose même aux créanciers qui s'y sont opposés, en droit français, il ne produit effet qu'à l'égard des créanciers parties à l'accord¹⁵⁴⁶, lequel n'est acquis qu'à la condition de l'unanimité.
677. De ces considérations, il apparaît que le *scheme of arrangement* se rapproche plutôt des sauvegardes accélérées du droit français, à la différence, toutefois, que ces dernières sont de

¹⁵³⁸ Section 425 of the companies act, 1985.

¹⁵³⁹ Toutefois, en France la cessation des paiements ne doit pas exister depuis plus de 45 jours : art. L. 611-4, c. com.

¹⁵⁴⁰ M. MENJUCQ, D. MARKS, R. DAMANN, P. EHRET et M. J.-L. VALENS, table ronde : « La compétitivité des principaux droits de l'insolvabilité européens », *Rev. proc. coll.*, n°5, sept. 2012, p. 59.

¹⁵⁴¹ RE Coalspurs Mines LTD, 2015, FCA 391.

¹⁵⁴² RE Opes Prime, Stockbroking Limited, 2009, FCA 813.

¹⁵⁴³ B. CHEYSSON, « Le *scheme of arrangement* : faut-il s'en inspirer pour contractualiser le droit français des procédures collectives ? », *fusion et acquisition*, 22 mars 2013, article consulté le 21 oct. 2017.

¹⁵⁴⁴ A. ROBERTSON, « Restructuring through a *scheme of arrangement* (La restructuration à travers le *scheme of arrangement*) », *Lavan*, 20 juill. 2016, article consulté le 26 avr. 2018.

¹⁵⁴⁵ Droit anglais, voir la jurisprudence : *Atlas Ion Limited, in the matter of Atlas Ion limited*, n°02, 2016, FCA 481 (Affaire *Atlas Ion Limited*, cour fédérale de l'Australie, 2016n°02) ; droit français : art. L.611-8, c. com.

¹⁵⁴⁶ Art. 1199, c. civ. : « *le contrat ne crée d'obligation qu'entre les parties* ».

véritables procédures collectives¹⁵⁴⁷. C'est pourquoi, d'un point de vue philosophique, il peut être affirmé que le *scheme of arrangement* est similaire aux procédures pré-judiciaires en France permettant d'anticiper les difficultés d'une entreprise par le canal de la négociation amiable. Ce sont des procédures amiables qui ne font pas partie intégrante du droit des procédures collectives. Il ne peut leur être appliqué le droit européen de l'insolvabilité¹⁵⁴⁸. C'est le droit international privé commun qui régit le mandat *ad hoc* et la conciliation, au même titre que le *scheme of arrangement*. Hormis cette similarité philosophique, le *scheme of arrangement* est plus contraignant que le mandat *ad hoc* et la conciliation du droit français.

B. Le caractère autoritaire du *scheme of arrangement*

678. L'expression, accord amiable, devrait renvoyer à une négociation réussie sans aucune forme de pression extérieure exercée sur les parties comme cela se passe dans la procédure de conciliation ou de mandat *ad hoc* en France. Dans le droit anglais, l'expression semble, sans pour autant être privée de son sens primaire, composer avec une touche coercitive du fait du vote majoritaire dont l'objectif est de permettre le passage forcé de l'accord. La raison serait simple : les agents économiques confrontés à un aléa, une difficulté même passagère, préféreront toujours un règlement par la réallocation des ressources, débouchant sur un équilibre général *ex post*¹⁵⁴⁹. Le *scheme of arrangement* démontrerait que les opérateurs économiques peuvent parvenir, à travers un accord, au règlement collectif des difficultés des entreprises¹⁵⁵⁰. Cet accord peut s'obtenir, au besoin, par la force via le vote majoritaire, alors que l'on n'est absolument pas sur un terrain judiciaire. C'est là toute la différence avec les

¹⁵⁴⁷ La doctrine reste cependant divisée sur le cas de la sauvegarde financière accélérée : v. en ce sens : P.-M. LE CORRE, « L'avènement prochain d'une procédure semi-collective », *Gaz. pal.*, 16 oct. 2010, n° 298, p. 3 ; M. MENJUCQ, « Adoption « de la sauvegarde financière accélérée » : consécration du « prepackaged plan » en droit français ! », *Rev. proc. coll.*, nov. 2010, n°6, repère 6 ; F. PEROCHON, *Entreprise en difficulté*, 9^e éd., LGDJ, 2012, 1028 ; F. X. LUCAS, colloque de Nanterre, nov. 2011, *RPC* 2012-3, doss. n°3 ; J. L. VALLENS, « La procédure de sauvegarde financière accélérée est-elle une procédure collective ? », *RTD com.*, 2011, p. 644.

¹⁵⁴⁸ V. en ce sens, M. F. KOUROUMA, « Les nouvelles procédures de sauvegarde accélérée du droit français des entreprises en difficulté et le nouveau règlement européen de l'insolvabilité n°2015/848 du 15 mai 2015 », *Village de la justice*, 23 janv. 2017, p. 2.

¹⁵⁴⁹ B. CHEYSSON, « Le *scheme of arrangement* : faut-il s'en inspirer pour contractualiser le droit français des procédures collectives ? », *fusion et acquisition*, 22 mars 2013, article consulté le 21 oct. 2017.

¹⁵⁵⁰ *id.*

négociations amiables en France. En d'autres termes, le droit de la liberté contractuelle¹⁵⁵¹ reste respectée en droit français et en droit des sociétés OHADA¹⁵⁵².

679. Comme il se présente, le *scheme of arrangement* est, en réalité, le parfait équivalent de la sauvegarde accélérée en France, laquelle est un mélange de l'amiable et du judiciaire. La différence étant que si, dans le système anglais, le vote majoritaire est permis en dehors de toute procédure collective formelle, en droit français, une telle procédure est nécessaire. C'est de là que découle le caractère très autoritaire de ce *scheme of arrangement* dit quand même « amiable » ! Comme il en a déjà été fait état¹⁵⁵³, le législateur français aurait pu recourir à la même méthode. De son côté, un auteur¹⁵⁵⁴ démontre qu'une autre possibilité était - et reste - exploitable. Selon lui, cette difficulté, comme d'autres, pourrait être contournée par l'acceptation préalable, par chaque opérateur, d'un ensemble de règles processuelles et fondamentales organisant le traitement des difficultés de l'un d'eux. Tout comme il devient habituel de prévoir, lors de la conclusion d'un accord, la rédaction et l'acceptation d'une clause compromissoire, les parties pourraient accepter par avance de se soumettre à un traitement collectif « privé » ou « ad hoc » des difficultés de l'entreprise ; et il pourrait être fait référence à des chartes ou des normes qui seraient - si nécessaire et seulement en dernier recours - contrôlées et/ou sanctionnées par un juge d'appui ou son délégué. Fondées sur la loi des parties, ces dispositions seraient donc parfaitement opposables à tous ceux qui ont volontairement accepté d'y participer, et le juge étatique, en présence d'une telle clause, serait obligé, soit de décliner son incompétence, soit de contraindre la partie récalcitrante à adhérer au projet collectif.
680. Cette argumentation peut être suivie. Quoiqu'il en soit, le législateur français a préféré et, à juste titre, le juste milieu en maintenant le caractère complètement contractuel de la conciliation tout en prévoyant un outil assurant, par voie autoritaire, l'aboutissement d'un accord ayant bénéficié d'un large soutien des créanciers du débiteur : il s'agit des procédures passerelles. Si ces

¹⁵⁵¹ Art. 1102, c. civ.

¹⁵⁵² Art. 2 du nouvel Acte uniforme du droit des sociétés ; v. davantage en ce sens, O. B. B. Evie, *Pour une contractualisation du droit OHADA des sociétés*, thèse de doctorat, Université de Aix-Marseille, 2014.

¹⁵⁵³ V. *supra*, n°128.

¹⁵⁵⁴ B. CHEYSSON, « Le *scheme of arrangement* : faut-il s'en inspirer pour contractualiser le droit français des procédures collectives ? », *fusion et acquisition*, 22 mars 2013, article consulté le 21 oct. 2017.

dernières existent dans le droit belge des entreprises en difficulté, il n'en est pas de même dans celui du Maroc.

II. La réforme du droit belge, la réforme attendue en droit marocain

681. A l'aune d'un monde des affaires marqué par des crises socio-politiques et économiques, les États adaptent les dispositifs législatifs à l'objectif de sauvegarde des entreprises au travers de la contractualisation des méthodes de restructuration¹⁵⁵⁵. En Belgique, la loi sur la continuité des entreprises précédemment citée a créé un accord amiable et une réorganisation judiciaire qui comporte trois volets à savoir : une possibilité d'accord amiable - mais judiciairisé -, un volet accord collectif et un volet transfert de l'entreprise. Des outils préventifs de plus qui encouragent la contractualisation du traitement des difficultés. Non exempte de critiques¹⁵⁵⁶, cette nouvelle loi marque, tout de même, une évolution non moins négligeable du droit belge des entreprises en difficulté. Les efforts législatifs ont continué avec une autre loi du 11 août 2017¹⁵⁵⁷ qui a apporté des améliorations à la loi du 31 janvier 2009 précitée.
682. En droit belge (A), pays membre de l'UE¹⁵⁵⁸, la nécessité de se conformer à certaines réglementations communautaires¹⁵⁵⁹, et les insuffisances constatées¹⁵⁶⁰ de l'ancienne loi sur le concordat judiciaire de 1997¹⁵⁶¹, ont amené la réforme du 31 janvier 2009¹⁵⁶². Au Maroc, le dispositif mis en place en 1995¹⁵⁶³ peine à être réformé. Il aurait montré aujourd'hui toutes ses limites¹⁵⁶⁴. D'où la nécessité d'une réaction législative. En attendant cette réaction, les débiteurs n'ont que deux outils préventifs : une procédure préventive interne, incarnée par l'alerte du commissaire aux comptes au chef d'entreprise par rapport à toute situation de nature à

¹⁵⁵⁵ Il en est ainsi du chapitre 11 du code fédéral américain de la faillite des entreprises, du *scheme of arrangement* du droit anglais, de la réorganisation judiciaire des entreprises du droit belge.

¹⁵⁵⁶ V. P. RAMQUET, « Un an d'application de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises-première partie », in commission université -Palais, 10 déc. 2010. Document consulté le 28 févr. 2018.

¹⁵⁵⁷ L. n°2017012998 du 11 août 2017 portant insertion du livre XX « insolvabilité des entreprises » dans le code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du code de droit économique, publication du 11 sept. 2017, p. 83100.

¹⁵⁵⁸ Union Européenne.

¹⁵⁵⁹ Tel le règlement européen d'insolvabilité.

¹⁵⁶⁰ V. proposition de loi relative à la continuité des entreprises, doc. parl. ch. 2008-2009, n°52.0160/005, p. 7. ; P. P. De CHATELET, E. SHOONJANS, « Société en difficulté : introduction et champ d'application », *droitbelge – Fiches pratiques*, mars 2016, article lu le 16 févr. 2018.

¹⁵⁶¹ L. n°1997009767 du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire, publication du 28-10-1997, p. 28550.

¹⁵⁶² L. n°2009009047 du 31 janv.2009 relative à la continuité des entreprises, *MB*, 9 févr. 2009, p. 8436.

¹⁵⁶³ L. n°15-95 formant Code de commerce, Dahir n°1-96-83 du 1^{er} août 1996, *Bull. officiel* n°4418 du 3 oct. 1996.

¹⁵⁶⁴ A. EL HOURRI, « Difficultés des entreprises : ce que prévoit le projet de réforme », *Media24*, 9 nov. 2017, article lu le 28 févr. 2018.

compromettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise, et une procédure préventive externe qui est incarnée par le règlement amiable (B).

A. Le droit belge¹⁵⁶⁵

683. En 2009, la Belgique a adopté une loi relative à la continuité des entreprises. Elle a été rapidement dénommée LCE¹⁵⁶⁶. Comme l'indique son intitulé, l'objectif global recherché est d'accorder à une entreprise en difficulté, un délai pendant lequel elle va bénéficier de certaines protections, afin de pouvoir se redresser. Dans cette perspective, elle a apporté une innovation, celle de l'instauration d'une négociation amiable entre le débiteur et deux ou l'ensemble de ses créanciers. Il s'est agi pour le législateur, de permettre aux parties de trouver, selon leur propre volonté, une entente favorable pour le règlement des dettes. L'accord trouvé peut porter sur la réduction ou le rééchelonnement des dettes¹⁵⁶⁷. Cette volonté du législateur belge est exprimée à l'article 15 de cette loi qui dispose que le chef d'entreprise peut proposer à deux ou à l'ensemble de ses créanciers « *un accord amiable en vue de l'assainissement de la situation financière du débiteur ou de la réorganisation de son entreprise* ». ¹⁵⁶⁸ Le chef d'entreprise ne peut donc négocier avec un seul créancier.
684. Il importe, par ailleurs, de rappeler que jusqu'à cette réforme, c'est la procédure de concordat judiciaire, instaurée par la loi du 17 juillet 1997¹⁵⁶⁹, qui régissait la sauvegarde des sociétés. Elle n'aurait pas satisfait à cause, notamment, de son coût élevé, l'atteinte au droit des créanciers, sa complexité et de son manque de clarté¹⁵⁷⁰. Elle a été abrogée par la loi du 31 janvier 2009¹⁵⁷¹ qui, après un an de son adoption, faisait déjà l'objet de certaines critiques¹⁵⁷².

¹⁵⁶⁵ Pour en savoir davantage sur ce droit en matière de sauvegarde des entreprises en difficulté, v. V. CALLATAÏ, P. DELLA FAILLE, *La loi sur la continuité des entreprises – Recueil de législations, doctrine et jurisprudence*, éd., Athemis, 2015 ; J. WINDEY, « La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises », J. T. 2009/14, p. 37 et s ; A. ZENNER, « La loi relative à la continuité des entreprises – Genèse et philosophie de la loi », coll., de la Conférence du jeune barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 95 et s.

¹⁵⁶⁶ L. n°2009009047 du 31 janv. 2009 relative à la continuité des entreprises, *MB*, 9 févr. 2009, p. 8436.

¹⁵⁶⁷ C. ALTER, « Le banquier et l'entreprise en difficulté : état de la question », in *l'entreprise en difficulté*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 159.

¹⁵⁶⁸ Art. 15, LCE

¹⁵⁶⁹ L. n°1997009767 du 17 juill. 1997 relative au concordat judiciaire, publication du 28-10-1997, p. 28550.

¹⁵⁷⁰ V. proposition de la loi relative à la continuité des entreprises, doc. Parl. ch. 2008-2009, n°52.0160/005, p. 7. ; P. P. DE CHATELET, E. SHOONJANS, « Société en difficulté : introduction et champ d'application », *droitbelge – Fiches pratiques*, mars 2016, article lu le 16 févr. 2018.

¹⁵⁷¹ L. n°2009009047 du 31 janv. 2009 relative à la continuité des entreprises, *MB*, 9 févr. 2009, p. 8436

¹⁵⁷² V. En ce sens, P. RAMQUET, « Un an d'application de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises-première partie », in *commission université -Palais*, 10 déc. 2010. Document consulté le 28 févr. 2018.

Une autre loi en date du 27 mai 2013 est venue corriger les insuffisances¹⁵⁷³. Cette loi du 31 janvier¹⁵⁷⁴ a institué deux procédures visant la continuité de l'entreprise en difficulté :

685. D'abord, les chambres d'enquête commerciale et de la collecte des données¹⁵⁷⁵. Le rôle de ces chambres est de « *suivre la situation des débiteurs en difficulté en vue de favoriser la continuité de leur entreprise ou de leurs activités et d'assurer la protection des intérêts des créanciers* ». ¹⁵⁷⁶ Leur rôle n'est pas répressif, mais préventif en ce qu'elles reçoivent les renseignements des administrations et d'autres organes¹⁵⁷⁷ qui ont l'obligation de les leur fournir, afin de leur permettre d'intervenir à temps pour sauver l'activité ou protéger les créanciers du débiteur. Les informations et les données qu'elles récoltent sur un débiteur sont transmises au parquet dans le cas d'un éventuel état de faillite de ce débiteur. Le parquet peut, à cet égard, citer le débiteur, et ainsi obtenir la déclaration de ladite faillite.
686. Ensuite, l'accord amiable extrajudiciaire¹⁵⁷⁸. Il se conclut sous la houlette d'un médiateur d'entreprise¹⁵⁷⁹. Le débiteur ne doit pas être en faillite. Il serait l'équivalent des procédures de mandat *ad hoc* et de conciliation en droit français et en droit OHADA. Il est marqué par l'autonomie de la volonté. Il ne peut donc être opposé aux tiers. Afin de conférer une plus grande sécurité juridique à un tel accord, ses effets restent valables entre les parties même en cas d'ouverture de faillite ultérieure : « *l'accord et les actes accomplis en exécution de celui-ci restent valables en cas de faillite même s'ils ont été réalisés durant la période suspecte* ». ¹⁵⁸⁰ Toutefois, c'est à la condition que l'accord remplisse trois conditions cumulatives à savoir, être conclu avec au moins deux créanciers, énoncer qu'il est conclu « *en vue de l'assainissement de la situation financière du débiteur ou de la réorganisation de son entreprise* » et, enfin, être déposé au greffe du tribunal et conservé dans un registre¹⁵⁸¹.

¹⁵⁷³ L.n°2013009257 du 27 mai 2013 modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises, publication du 22 juill. 2013, p. 45665.

¹⁵⁷⁴ L. n°2009009047 du 31 janv. 2009 relative à la continuité des entreprises, *MB*, 9 févr. 2009, p. 8436.

¹⁵⁷⁵ Art. 8 à 12, LCE.

¹⁵⁷⁶ Art. 12, LCE.

¹⁵⁷⁷ Il s'agit pour l'essentiel de : l'ONSS pour le versement des cotisations de sécurité sociale, l'administration des finances pour le versement de la TVA, les tribunaux pour les jugements de condamnation, les banques nationales.

¹⁵⁷⁸ Art. 15, LCE.

¹⁵⁷⁹ Ce serait le conciliateur dans les droits français et OHADA.

¹⁵⁸⁰ Art. 15, al. 3, LCE.

¹⁵⁸¹ V. les commentaires dans, A. ZENNER, J.-Ph. LE BEAU et C. ALTER, « *La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique* », les doss., du journal des trib. Larcier 2010, n°76, p. 103-104.

687. Enfin, la réorganisation judiciaire¹⁵⁸². Elle vise à accorder un sursis à une entreprise en difficulté. A travers cet autre outil, le chef d'entreprise dispose de trois possibilités : la réorganisation par accord amiable¹⁵⁸³, mais sous le contrôle du tribunal ; l'accord qui en résulte est soumis au tribunal pour être entériné. Il serait l'équivalent des procédures passerelles du droit français. La réorganisation par accord collectif¹⁵⁸⁴ qui est une véritable procédure collective avec tous les attributs et caractéristiques de celle-ci dont la discipline collective : le débiteur propose un projet de plan de réorganisation que les créanciers acceptent ou non, sous l'égide d'un délégué du tribunal¹⁵⁸⁵ ; l'élaboration du plan de réorganisation, ainsi que son vote par les créanciers doivent se faire pendant le sursis¹⁵⁸⁶ d'un délai de six mois renouvelables sans, toutefois, la possibilité de dépasser dix-huit mois au total, à partir du jugement d'ouverture¹⁵⁸⁷. Ce plan est homologué par le tribunal lorsqu'il est voté par la majorité des créanciers détenant la moitié du passif du débiteur. Enfin le transfert partiel ou total¹⁵⁸⁸ de l'entreprise en difficulté¹⁵⁸⁹ qui peut avoir lieu avec ou sans l'intervention du tribunal¹⁵⁹⁰ ; par déduction, il peut faire l'objet, soit d'un accord amiable, soit d'une partie de l'accord collectif judiciaire ou plan de réorganisation ; il est organisé et réalisé avec le concours d'un mandataire de justice¹⁵⁹¹ au nom et pour le compte du débiteur. Il importe de préciser que la réorganisation judiciaire peut commencer par un accord amiable, lequel constituera un plan de réorganisation comportant une cession partielle ou totale de l'entreprise¹⁵⁹².

¹⁵⁸² Art. 16 à 70, LCE.

¹⁵⁸³ Art. 43, LCE.

¹⁵⁸⁴ Art. 44 à 58, LCE.

¹⁵⁸⁵ Ce serait le juge commissaire en droit français et l'expert en droit OHADA.

¹⁵⁸⁶ Ce serait la période d'observation dans les droits français et OHADA.

¹⁵⁸⁷ Art. 24 et 38, LCE.

¹⁵⁸⁸ Ce serait la cession dans le code de commerce français et dans l'AUPC OHADA.

¹⁵⁸⁹ V., davantage sur cette procédure, D. VILLERMAIN, « La nouvelle loi sur la continuité des entreprises : présentation générale et règles spécifiques relatives aux cessions d'entreprises », in M. GREGOIRE, *Question spéciale de restructuration des entreprises*, éd., Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 93 et s.

¹⁵⁹⁰ J. WINDE, « La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises », *J.T.*, 2009, p. 237 à 249.

¹⁵⁹¹ D. VILLERMAIN, « Les mandataires de justice dans la loi sur la continuité des entreprises », in M. GREGOIRE et B. INGHELS, « La loi relative à la continuité des entreprises », *les doss., du J.T.* Bruxelles, Larcier, n°88, p. 123 et s.

¹⁵⁹² V. B. VERSIE, « La loi sur la continuité des entreprises, principes généraux », *infos-entreprises*, 30 sept. 2015, article consulté le 28 févr. 2018.

688. La première observation est la similitude des ambitions législatives. Comme en droit français¹⁵⁹³ et OHADA¹⁵⁹⁴, l'idée directrice de la réforme intervenue en droit belge des difficultés des entreprises est de permettre à toute entreprise viable de pouvoir anticiper ses difficultés par une solution négociée. Dans une telle démarche, la confidentialité est de mise. C'est d'ailleurs une question d'ordre public dans certains droits¹⁵⁹⁵. Le droit belge y apporte un tempérament. En effet, si les tiers ne peuvent prendre connaissance de la teneur d'un accord amiable, c'est à la condition que le débiteur ne le souhaite pas¹⁵⁹⁶. En d'autres termes, s'il le désire, un tiers peut bien prendre connaissance des négociations, voire des conclusions auxquelles elles ont abouti. Ce choix accordé par le législateur belge au débiteur, engagé dans une procédure amiable de traitement de ses difficultés, est intéressant eu égard au droit comparé. En effet, dans les droits français et OHADA, par exemple, les textes y afférents interdisent la révélation, par une personne qui en a eu connaissance, de l'existence d'une négociation ou de l'objet de celle-ci¹⁵⁹⁷. Comparativement aux droits français et OHADA, le législateur belge s'est exprimé en sens inverse, c'est-à-dire qu'il ne met pas l'accent sur l'interdiction stricte de cette révélation. Une interrogation peut ainsi porter sur le sort réservé au tiers à qui le débiteur aura délibérément permis de prendre connaissance de ses négociations avec ses créanciers, en cas d'ébrulement de la procédure, ou de révélation d'une information sensible ? La discrétion est-elle vraiment garantie juridiquement ? Un doute peut exister. Pourtant, la confidentialité est essentielle pour la protection du crédit de l'entreprise en difficulté¹⁵⁹⁸.

689. Une entreprise saine, mais qui connaît quelques difficultés passagères, et qui est engagée dans une des procédures préventives - amiable ou judiciaire - visant à assurer sa continuité, bénéficie de plusieurs protections du tribunal. Dès le dépôt d'une demande de réorganisation, l'entreprise ne peut plus être dissoute judiciairement, de même que ses biens meubles et immeubles ne peuvent plus être réalisés par suite de l'exercice d'une voie d'exécution¹⁵⁹⁹. Pendant toute la

¹⁵⁹³ V., ord., n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

¹⁵⁹⁴ V., le nouvel Acte uniforme des procédures collectives, adopté le 10 sept. 2015 en Côte d'Ivoire.

¹⁵⁹⁵ A titre d'exemple, art. L.611-15, c. com., en droit français et Art. 5-1, AUPC, en droit OHADA.

¹⁵⁹⁶ Art. 15, al. 4, LCE.

¹⁵⁹⁷ Droit français : art. L. 611-15, c. com. : « Toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation ou de mandat ad hoc ou, qui par ses fonctions, en eu connaissance est tenue à la confidentialité » ; droit OHADA : art. 5-1, al. 3, AUPC : « toute personne qui a connaissance de la conciliation est tenue à la confidentialité ».

¹⁵⁹⁸ J. WINDEY, « La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises », *J.T.*, 2009, p. 240.

¹⁵⁹⁹ Art. 22, LCE.

durée des négociations, le débiteur ne peut ni faire l'objet d'une action en justice, ni être visé par une voie d'exécution¹⁶⁰⁰. Il n'est pas non plus dessaisi, sauf dans le cas où un mandataire de justice a été désigné¹⁶⁰¹. Enfin, il est libre d'affecter à la créance de son choix, ses liquidités disponibles, ce qui lui permet de privilégier les créanciers importants¹⁶⁰².

690. En résumé, il peut être retenu que l'approche de passerelle entre le traitement amiable et le traitement judiciaire des difficultés des entreprises existe en droit belge¹⁶⁰³, à l'instar du droit français : un plan, visant à redresser ou à céder l'entreprise, peut être discuté amiablement et arrêté sous l'égide d'un juge. Dans le jargon du droit belge, on parle de « *modification d'objectif* ». ¹⁶⁰⁴ Globalement, les droits belge et français convergent plutôt, d'un point de vue finalité des mesures de prévention et méthodes utilisées. Toutefois, en France, la possibilité qu'une entreprise soit en cessation des paiements - depuis moins de quarante-cinq jours - et, qu'en même temps, elle puisse bénéficier d'une procédure amiable, n'existe pas en droit belge. Les différences terminologiques entre les deux droits doivent aussi être relevées. Au Maroc, le législateur s'est largement inspiré du droit français pour bâtir le droit des entreprises en difficulté, mais les réformes nécessaires n'ont pas suivi.

B. Le droit marocain¹⁶⁰⁵

691. Le droit marocain s'est largement inspiré du droit français des entreprises en difficulté. A cet égard, il semblerait même que les deux droits puissent être proches l'un de l'autre dans un futur proche¹⁶⁰⁶. Cette affirmation peut être corroborée par plusieurs points de similitude entre ces deux droits. Sur le plan schématique par exemple, le traitement des difficultés des entreprises repose sur deux aspects : le préventif et le judiciaire. Toutefois, faute de réforme du code de commerce marocain, nombre des divergences peuvent être relevées avec le droit français. Dans

¹⁶⁰⁰ *id.*

¹⁶⁰¹ A. ZENNER, cité par P. B. DE DAHEM in R.-A. MARIE, *La banque dans tous ses (E) états*, éd., mare & martin, 2016, p. 200.

¹⁶⁰² M. GREFOIRE, cité par P. B. DE DAHEM in R.-A. MARIE, *La banque dans tous ses (E) états*, éd., mare & martin, 2016, p. 200.

¹⁶⁰³ V. Art. 39, LCE.

¹⁶⁰⁴ V. Art. 26, LCE.

¹⁶⁰⁵ Pour approfondir sur ce droit en matière de sauvegarde des entreprises, v. N. LYAZAMI, *La prévention des difficultés des entreprises : étude comparative entre le droit français et le droit le marocain*, thèse de doctorat, Université du Sud Toulon-Var, 2013.

¹⁶⁰⁶ N. LYAZAMI, *La prévention des difficultés des entreprises : étude comparative entre le droit français et le droit le marocain*, thèse de doctorat, Université du Sud Toulon-Var, 2013, p. 268.

ce dernier, plusieurs réformes¹⁶⁰⁷ ont eu lieu, et les nouveautés¹⁶⁰⁸ apportées par ces réformes ne sont pas connues du droit marocain.

692. A l'image de la France, le Maroc a longtemps appliqué le droit de la faillite aux débiteurs. C'était un droit-sanction¹⁶⁰⁹. En 1995, un code de commerce, tourné vers la sauvegarde des entreprises¹⁶¹⁰, a été mis en place¹⁶¹¹. Ce code traite des difficultés des entreprises dans son livre V, intitulé « Les difficultés des entreprises ». Il propose deux types de préventions. D'abord la prévention interne. Celle-ci est incarnée par l'alerte que le commissaire aux comptes ou tout autre associé doit donner au chef d'entreprise, au constat de la moindre situation de nature à compromettre la continuité de l'exploitation de l'entreprise¹⁶¹². Si le chef d'entreprise n'applique pas les diligences requises ou, si en dépit des mesures prises par l'assemblée générale, la situation de l'entreprise demeure toujours compromise, le tribunal pourra se saisir du dossier, afin de trouver une solution¹⁶¹³. Ensuite la prévention externe. Cette dernière est incarnée par le règlement amiable¹⁶¹⁴. Ouvert à un débiteur *in bonis*¹⁶¹⁵, il vise à aplanir les difficultés de l'entreprise grâce à l'intervention d'un tiers - mandataire spécial -, désigné à cet effet par le tribunal. A la suite du travail de ce tiers et, s'il s'avère que les propositions du chef d'entreprise semblent à même de redresser son entreprise, le tribunal ouvre alors le règlement amiable et désigne un conciliateur, afin de trouver un accord de conciliation entre les parties¹⁶¹⁶. Comme cela a été dit précédemment, la rédaction du livre V du code de commerce marocain relatif au traitement des difficultés des entreprises a été largement inspiré de celui de la France ; mais les réformes nécessaires n'ont pas suivi. De ce fait, nombreux sont les points innovants

¹⁶⁰⁷ Notamment par la loi de sauvegarde des entreprises de 2005, l'ordonnance du 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, l'ordonnance du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

¹⁶⁰⁸ La conciliation a été notamment adoptée, de même que les sauvegardes accélérées, sans oublier l'adoption du *prepack-cession*.

¹⁶⁰⁹ V. en ce sens, S. ABBDELAZIZ, *Droit et pratique en matière de faillite et de liquidation judiciaire de entreprises*, thèse de doctorat, Université de Paris I, Sorbonne, 1995, p.6.

¹⁶¹⁰ N. LYAZAMI, *La prévention des difficultés des entreprises : étude comparative entre le droit français et le droit le marocain*, thèse de doctorat, Université du Sud Toulon-Var, 2013, p. 40.

¹⁶¹¹ L. n°15-95 formant code de commerce, Dahir n°1-96-83 du 1^{er} août 1996, *Bull. officiel* n°4418 du 3 oct. 1996.

¹⁶¹² Art. 546, c. com.

¹⁶¹³ Art. 547, c. com.

¹⁶¹⁴ Ce serait l'équivalent de la procédure de conciliation en droit français et en droit OHADA.

¹⁶¹⁵ Qui n'est pas en état de cessation des paiements : art. 550, c. com.

¹⁶¹⁶ Art. 553, c. com.

en droit français qui ne se retrouvent pas en droit marocain. En ce sens, trois points essentiels peuvent relevés.

693. D'abord le régime de la cessation des paiements. Sur ce point, le Maroc reste encore, à l'image du droit OHADA, sur la ligne traditionnelle de distinction entre les procédures amiable et judiciaire. De sorte qu'une entreprise en état de cessation des paiements - peu important que cet état ne soit existant que depuis un jour ou plus - ne peut prétendre à une procédure amiable de traitement de ses difficultés. Elle doit déposer le bilan dans les quinze jours de la survenance de celle-ci¹⁶¹⁷. A ce stade, et selon le code de commerce, « *le redressement judiciaire est prononcé s'il apparaît que la situation de l'entreprise n'est pas irrémédiablement compromise. A défaut la liquidation judiciaire est prononcée* ». ¹⁶¹⁸ En droit français des entreprises en difficulté, ce critère de distinction, basé sur la cessation des paiements, n'est plus absolu¹⁶¹⁹. Ce débiteur marocain bénéficierait, s'il relevait d'une juridiction française, et à condition qu'il n'ait cessé de payer que depuis moins de quarante-cinq jours, d'une procédure amiable. Cette différence ne devrait pas favoriser la sauvegarde des entreprises au Maroc. Ce d'autant qu'en dehors de la procédure préventive interne précédemment mentionnée, il n'existe pas dans le livre V du code de commerce une autre forme de négociation amiable.
694. Ensuite, la singularité du dispositif externe de traitement préventif des difficultés des entreprises marque une différence avec les droits français et OHADA. En effet, ces derniers proposent toute une palette d'outils préventifs externes : le mandat *ad hoc*, la conciliation, la sauvegarde classique, le *prepack-cession* et les sauvegardes accélérées pour ce qui est du droit français ; les procédures de médiation, de conciliation et de règlement préventif pour le droit OHADA. La diversité des outils préventifs dans ces droits permet de relever une volonté législative d'encourager le redressement des entreprises. L'insuffisance d'outils d'anticipation et de prévention est à regretter en droit marocain.
695. Toutefois, le règlement amiable marocain semble présenter tous les atouts pour attirer le débiteur. En fait, il y existe la suspension provisoire des poursuites, mais, comme dans l'ancien règlement amiable français, elle dépend de la seule volonté du conciliateur¹⁶²⁰. Contrairement

¹⁶¹⁷ Art. 561, c. com.

¹⁶¹⁸ Art. 568, c. com.

¹⁶¹⁹ V. *supra*, n°92.

¹⁶²⁰ Art. 555, c. com.

aux droits belge¹⁶²¹ et français¹⁶²², l'accord de règlement amiable homologué ne protège pas le débiteur d'une éventuelle période suspecte, si une procédure judiciaire venait à être ouverte, par la suite de l'apparition d'un état de cessation des paiements, ou de l'inexécution des engagements par le débiteur¹⁶²³.

696. Enfin, le droit marocain ne connaît pas la procédure de sauvegarde. Or, cette dernière, moins drastique que le redressement judiciaire, et à visée préventive, aurait pu constituer une alternative pour le chef d'entreprise. Cela aurait également pu éviter le basculement automatique d'un débiteur, dont le règlement amiable a échoué, dans la procédure de redressement judiciaire où neuf cas sur dix déboucheraient sur une liquidation judiciaire¹⁶²⁴. Au regard de toutes ses insuffisances¹⁶²⁵, une réforme semble nécessaire en droit marocain des entreprises en difficulté.
697. Le dispositif préventif et curatif actuel ayant montré ses limites, un projet de réforme est déposé sur le bureau du secrétariat général du gouvernement¹⁶²⁶. Il ambitionne de traiter le plus en amont possible les difficultés des entreprises, comme en témoigne le nouvel intitulé du livre V du futur code de commerce : « *les procédures de prévention, de sauvegarde de l'entreprise et de traitement de ses difficultés* ». Dans cette perspective, la procédure de sauvegarde serait reconnue ; plusieurs avantages seraient accordés au chef d'entreprise : cette future procédure qui ne serait pas accessible en cas de cessation des paiements, permettrait au débiteur de proposer un plan de sauvegarde tout en gardant la gestion de son entreprise - absence de dessaisissement - ; il n'aurait pas à craindre les écueils de la période suspecte - la procédure est incompatible avec cette période du fait de l'absence de la cessation des paiements - comme cela est le cas dans le redressement judiciaire - ; l'arrêt du cours des intérêts serait opérant de même que la reconduction de l'état déclaratif des créances, en cas de conversion en redressement

¹⁶²¹ Art. 15, al. 3, LCE.

¹⁶²² Lorsqu'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire intervient après un accord de conciliation homologué, le tribunal ne peut reporter la date de cessation des paiements antérieurement à la date d'homologation de cet accord de conciliation. Ce qui met les actes accomplis pendant la procédure de conciliation à l'abri des nullités de la période suspecte de l'article L.631-8 du code de commerce.

¹⁶²³ Aucune disposition du code de commerce ne prévoit une telle mesure.

¹⁶²⁴ Ministère de la justice, présentation de l'avant-projet de réforme en 2015, cité par A. EL HOURRI, *in*, « Difficultés des entreprises : ce que prévoit le projet de réforme », *Media24*, 9 nov. 2017, article lu le 28 févr. 2018.

¹⁶²⁵ En termes de résultat, le Maroc est classé 134^e dans le domaine du règlement de l'insolvabilité, soit 6 points récoltés sur 13 possibles, source : *Doing Business* 2018.

¹⁶²⁶ A. EL HOURRI, « Difficultés des entreprises : ce que prévoit le projet de réforme », *Media24*, 9 nov. 2017, article lu le 28 févr. 2018.

judiciaire. Par ailleurs, le règlement amiable actuel aurait changé d'appellation ; la conciliation aurait été préférée. De même, le champ d'intervention de l'actuel mandataire spécial serait élargi, pour inclure les difficultés de nature sociale - implication des salariés dans les négociations -, susceptibles de compromettre la continuité de l'exploitation. Le projet prévoirait également de renforcer le privilège accordé actuellement aux créances postérieures. En ce sens, un accent particulier serait mis sur les crédits ayant spécialement financé les activités de l'entreprise.

698. En somme, si le droit marocain des entreprises en difficulté présente des points communs avec les droits français et OHADA, notamment, en ce qui concerne les similitudes entre la conciliation et l'actuel règlement amiable, force est de constater cependant qu'il accuse un retard dans son adaptation aux besoins des entreprises. Ni le code de commerce en vigueur, ni celui en état de projet ne prévoient le procédé de passerelle qui, pourtant, a non seulement une vocation préventive, comme cela vient d'être vu précédemment, mais aussi une vocation curative.

Conclusion du chapitre 1

699. Du chapitre qui précède, il peut être retenu que le procédé de passerelle a une vocation première à savoir la prévention qui se traduit, d'un côté, par la négociation amiable et discrète en amont avec les créanciers et, de l'autre, par l'anticipation de l'intervention du juge. Des améliorations restent possibles. Il en est ainsi, en droit français, de l'adoption des class de créances dans la procédure de conciliation et de l'autonomisation de la procédure de mandat *ad hoc* pour l'organisation d'une cession pré-arrangée. En droit OHADA, la dynamique engagée par le législateur pourrait être poursuivie par l'assouplissement du régime de la cessation des paiements, la création de cellules spéciales de conseil, d'orientation et d'information au sein des juridictions à compétence commerciale à l'attention des chefs d'entreprise, la reconnaissance formelle du procédé de passerelle et par l'appel clair aux États membres à la création des tribunaux de commerce. Ces améliorations pourraient permettre aux droits français et OHADA d'être plus efficaces et plus compétitifs à l'échelle internationale

Chapitre 2. Le rôle curatif du procédé de passerelle

700. Les passerelles de sauvegarde accélérée du droit français sont des procédures collectives¹⁶²⁷. Leur adoption est la résultante d'un besoin de renforcement des capacités préventives des entreprises en difficulté. C'est pourquoi elles restent spéciales en bénéficiant des dérogations par rapport aux règles régissant la sauvegarde classique dont elles sont des déclinaisons¹⁶²⁸. Il ne pouvait pas en être autrement tant le législateur voulait qu'elles remplissent à la fois un rôle préventif et un rôle curatif. C'est en ce sens qu'elles commencent dans une phase amiable¹⁶²⁹ et offrent leur protection aux chefs d'entreprise en phase judiciaire. Leur adaptation, à ce double jeu juridique et judiciaire, a nécessité des aménagements importants, telle la réduction des délais procéduraux de consultation, du vote et d'adoption du ou des projets de plan déposés sur la table des comités de créanciers, de fournisseurs et, le cas échéant, de l'assemblée des obligataires¹⁶³⁰. Ces passerelles se caractérisent par le fait que la durée de la procédure judiciaire se trouve réduite au temps nécessaire pour le vote du plan¹⁶³¹.
701. En effet, la sauvegarde financière accélérée ne dure qu'un mois renouvelable une seule fois¹⁶³². La sauvegarde accélérée, quant à elle, ne dure que trois mois sans aucune possibilité de

¹⁶²⁷ S'il n'y a pas de doute sur le caractère collectif de la sauvegarde accélérée, cependant pour la sauvegarde financière accélérée, la doctrine majoritaire rejoint l'opinion du professeur Pierre-Michel Le Corre selon laquelle, elle est une procédure semi-collective en ce sens que « *la discipline collective ne s'impose qu'à l'égard de certains créanciers - ceux pour lesquels le plan de sauvegarde aura un impact -, qui sont seuls consultés pour l'adoption du plan et sont seuls soumis à l'obligation de déclarer les créances au passif. Les obligataires sont également soumis aux contraintes de la procédure collective. Les autres créanciers {...} notamment les fournisseurs, mais également les créanciers publics, échappent à l'arrêt des poursuites individuelles et à l'interdiction des paiements* » : P.-M. LE CORRE, « L'avènement prochain d'une procédure semi-collective », *Gaz. pal.* 16 oct. 2010, n°289, p. 3.

¹⁶²⁸ M. MENJUCQ, « Adoption de la sauvegarde financière accélérée : consécration du prepackaged plan en droit français », *Rev. proc. coll.* 6/2010, p. 1 ; G. GRYP, S. MARETHEU, « La sauvegarde financière accélérée, nouvelle recrue de l'annexe A du règlement 1346/2000 ? *Panthéon Sorbonne*, févr. 2011, p. 1.

¹⁶²⁹ La procédure de conciliation leur est un préalable : art. L.628-1, c. com.

¹⁶³⁰ S'agissant de la consultation des créanciers, elle n'a pas lieu au cours de la période d'observation, la conciliation ayant servi à cela, ce qui explique la célérité d'une procédure passerelle, alors que dans la sauvegarde classique, les consultations ont lieu pendant la période d'observation d'où la durée de six mois prorogables une fois ; cependant les créanciers hors comités sont consultés selon la procédure de droit commun : art. L.628-4, c. com. S'agissant du vote du plan, en principe les comités disposent d'un délai compris entre vingt et trente jours : art. L.626-30-2, al. 3, c. com, mais, par dérogation, ce délai de droit commun est compressible jusqu'à huit jours pour la SFA : art. L.628-10, al. 1, c. com, et à quinze jours pour la SA : art. L.626-30-2, al. 3, c. com. Pour approfondir, v. *supra*, n°288 ; n°470.

¹⁶³¹ J. L. VALLENS, « La SFA est-elle une procédure collective ? », *RTD com.* 2011, p. 644.

¹⁶³² Art. L.628-10, al. 2, c. com.

prorogation¹⁶³³. Par comparaison, la période d'observation de la sauvegarde classique est de six mois renouvelables une fois, ce qui fait au total un an¹⁶³⁴. A cause de son caractère collectif, une procédure passerelle procure les avantages traditionnels de la période d'observation (Section 1). Du fait du même caractère, elle procure également d'autres avantages curatifs (Section 2).

Section 1. Les mesures curatives traditionnelles de la période d'observation

702. Dans les droits français et OHADA, l'ouverture de toute procédure judiciaire de traitement des difficultés des entreprises impose une discipline collective aux créanciers¹⁶³⁵. L'entreprise qui est admise à une procédure judiciaire se trouve forcément dans une situation financière difficile qui ne lui permet pas de payer toutes ses créances¹⁶³⁶. Or, l'absence d'un traitement collectif de sa défaillance compromettra son redressement dans la mesure où ses actifs disponibles seront anarchiquement saisis par ses créanciers. Par exemple, en liquidation judiciaire, l'exercice individuel des voies d'exécution peut donner un produit global de moindre valeur, comparativement à une cession en bloc de l'entreprise, ou au moins d'une branche d'activité autonome¹⁶³⁷. C'est pourquoi, afin de permettre à chaque créancier de recevoir une part de sa créance dans le respect des causes légitimes de préférence, il est indispensable d'empêcher que les créanciers se paient par eux-mêmes sur le patrimoine du débiteur¹⁶³⁸. Concrètement, la discipline collective restreint les prérogatives individuelles des créanciers en uniformisant leur condition juridique¹⁶³⁹.
703. En droit français, la période d'observation est une notion initiée par la loi du 25 janvier 1985¹⁶⁴⁰ qui a été reprise par les législations subséquentes. Elle est une phase destinée à diagnostiquer les difficultés de l'entreprise, les causes et envisager les possibilités de sauvetage de l'entreprise qui se présentent. Un auteur décrit cette période en ces termes : « *le cœur de l'animal continue*

¹⁶³³ Art. L. 628-8, al. 1^{er}, c. com.

¹⁶³⁴ Art. L. 621-3, al. 1^{er}, c. com.

¹⁶³⁵ Art. L. 622-7, c. com. ; Art. 9, art. 11, et art. 75, AUPC.

¹⁶³⁶ P. DELMOTTE, « L'égalité des créanciers dans les procédures collectives », *Cours de cassation*, 2003, p. 1.

¹⁶³⁷ B. CHOPARD, « « Ext post vs Ex ante » : le cas de l'économie du droit de la faillite », *Rev. écon. fin. sept.* 2005, vol. 81, p. 3.

¹⁶³⁸ M-J RAYMOND de GENTILE, *Le principe d'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juill. 1967*, thèse de doctorat, éd., Sirey, 1976, n°271 ; Com. 3 juin 1997, *Petites affiches*, 28 nov. 1997, n°143, p. 29.

¹⁶³⁹ J. R. GOMEZ, *Entreprise en difficulté*, éd., Bajag-Méri, 2003, p. 126.

¹⁶⁴⁰ L. n°85-98 du 25 janv. 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, *JORF* du 26 janv. 1985, p. 1097.

de battre, l'activité économique de l'entreprise se poursuit. Mais ils tournent malgré tout au ralenti et risquent, à tout moment, de s'arrêter, essoufflés, haletants à cours de rythme ». ¹⁶⁴¹

Havre de paix pour les chefs d'entreprise, phase sacrificielle pour les créanciers, concurrence cauchemardesque pour les concurrents, la période d'observation est entourée de plusieurs règles protectrices pour le chef d'entreprise ¹⁶⁴². Aucune initiative personnelle des créanciers n'est permise sous réserve, toutefois, des exceptions, tel le droit de revendication ¹⁶⁴³. Depuis la loi du 26 juillet 2005 ¹⁶⁴⁴, la période d'observation est la phase commune aux procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire. Le corps de règles applicables à la sauvegarde s'applique, sauf exception, au redressement judiciaire. Les procédures passerelles, adoptées en droit français, et soumises aux règles s'appliquant à la sauvegarde classique, excepté les dérogations prévues ¹⁶⁴⁵, ne font pas exception au principe, même si des avis persistent selon lesquels elles sont dépourvues de période d'observation ¹⁶⁴⁶, ce qui est une affirmation qui ne peut être suivie ¹⁶⁴⁷.

704. Elles offrent les mêmes avantages traditionnels du fait de cette période, dont notamment la protection des ressources économiques de l'entreprise (Paragraphe I). A cela, il faut ajouter le domaine nouveau de protection de l'entreprise pendant la période d'observation, qui est incarné par le nouveau régime des créances postérieures non privilégiées et par celui de l'irresponsabilité des créanciers dispensateurs de crédit ; ce nouveau domaine est plus perceptible en droit français qu'en droit OHADA (Paragraphe II).

¹⁶⁴¹ S. THIEBAUT, *Qui dirige l'entreprise en période d'observation*, mémoire de DEA, Université Robert Schuman, Strasbourg, 2004, p. 6.

¹⁶⁴² Globalement, elle lui permet de respirer, de se rassurer un moment, d'entrevoir, avec l'aide du tribunal, les solutions de redressement de son entreprise, le tout sans craindre ni action en justice, ni saisie mobilière ou immobilière, et pendant ce laps de temps, il ne paie personne, toutes les fois que l'origine de la créance est antérieure au jugement d'ouverture ou ne remplit pas les conditions d'éligibilité à un traitement préférentiel.

¹⁶⁴³ P.-M. LE CORRE, « Droit réel, droit personnel et procédures collectives », *LPA* 1999, n°99, p. 4.

¹⁶⁴⁴ L. n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n°173 du 27 juill. 2005, p. 12187, texte n°5.

¹⁶⁴⁵ Art. L.628-1, c. com.

¹⁶⁴⁶ J.-L. VALLENS, « La sauvegarde financière accélérée est-elle une procédure collective », *RTD com.* 2011- p. 644 ; F. PEROCHON, *Entreprise en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, n°555.

¹⁶⁴⁷ Sur le plan juridique, ces avis ne peuvent être suivis en ce que les art. L.628-10 al. 2 et L.628-8 c. com., ne parlent pas de suppression de période d'observation pour l'une ou l'autre des passerelles, mais de réduction de cette dernière.

Paragraphe I. Le potentiel économique de l'entreprise pendant la période d'observation

705. Pendant la période d'observation, tout est mis en œuvre pour protéger les intérêts de l'entreprise, dans le but de préserver au mieux son patrimoine¹⁶⁴⁸(I). Durant cette période, l'entreprise continue en principe son activité dans les conditions proches, autant que possible, de celles qui existaient avant l'ouverture de la procédure collective¹⁶⁴⁹ : le principe est le non dessaisissement du chef¹⁶⁵⁰ d'entreprise pour assurer la continuité de l'exploitation (II).

I. Les mesures de préservation des ressources économiques de l'entreprise

706. En droit français, l'ouverture d'une procédure collective, notamment de sauvegarde, est toujours caractérisée par des mesures de protection de l'actif du débiteur, l'objectif étant d'éviter le dépôt du bilan¹⁶⁵¹. C'est à cet objectif que les articles L.622-4 à L.622-7 du code de commerce répondent. Ils prévoient des mesures conservatoires¹⁶⁵². Cependant dans la procédure de sauvegarde, l'idée que sous-tendent ces textes est moins de protéger l'actif d'un chef d'entreprise pour satisfaire ses créanciers que de préserver et d'identifier le potentiel économique de l'entreprise afin de favoriser son redressement. L'article L.622-4 énonce que « *dès son entrée en fonction, l'administrateur est tenu de requérir du débiteur ou, selon le cas, de faire lui-même, tous actes nécessaires à la préservation des droits de l'entreprise contre les débiteurs de celles-ci et à la préservation des capacités de production* ». Le débiteur et l'administrateur sont tous les deux habilités à accomplir ces actes car ils sont incontournables pour la protection de l'entreprise¹⁶⁵³.

¹⁶⁴⁸ S. THIEBAUT, *Qui dirige l'entreprise en période d'observation*, mémoire de DEA, Université Robert Schuman, Strasbourg, 2004, p. 4 et s.

¹⁶⁴⁹ O. CHARBOIS, *La continuation de l'activité des entreprises en redressement judiciaire*, thèse de doctorat, Paris I, 1990 ; S. THIEBAUT, *Qui dirige l'entreprise en période d'observation*, mémoire de DEA, Université Robert Schuman, Strasbourg, 2004, p. 6. ; Art. L.622-9, c. com. ; Art. 112, al. 1, AUPC.

¹⁶⁵⁰ Art. L.622-3, c. com. ; Art. 114, AUPC.

¹⁶⁵¹ S. K. EVELAMENOU, *Le concordat préventif en droit OHADA*, thèse de doctorat, Université de Lomé - Université Paris-Est Val-de-Marne, 2012, p. 14.

¹⁶⁵² Déf. dictionnaire juridique du droit privé de S. BRAUDO : « Une mesure conservatoire est une mesure par laquelle, dans l'attente d'une décision définitive, un juge saisi par un créancier, décide de placer un bien du débiteur sous-main de justice afin d'assurer l'efficacité des mesures d'exécution qui seront prises les délais de recours passés ou les recours épuisés ; v. aussi, art. L.511-1 et s. c. proc. civ. d'exécution.

¹⁶⁵³ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La répartition des pouvoirs au cours de la période d'observation », *Rev. proc. coll.*, 1990/1, n°19, p. 3.

707. En droit OHADA, il convient de préciser que l'association d'un tiers au chef d'entreprise dans la gestion de l'entreprise pendant la période d'observation n'existe que dans la procédure de redressement judiciaire¹⁶⁵⁴. Dans cette dernière, le syndic peut prendre toute mesure visant à protéger le patrimoine du débiteur dont la prise des actes conservatoires. Contrairement à la sauvegarde du droit français où le chef d'entreprise peut être facultativement assisté par un administrateur¹⁶⁵⁵, dans le règlement préventif du droit OHADA, l'expert au règlement préventif est uniquement nommé par la juridiction connaissant de la procédure pour « *lui faire rapport sur la situation financière et économique de l'entreprise débitrice et les perspectives de redressement, compte tenu des délais et remises consentis ou susceptibles de l'être par les créanciers et toutes les autres mesures contenues dans le projet de concordat préventif* »¹⁶⁵⁶. Il ne peut ni conseiller, ni représenter les parties, c'est-à-dire le chef d'entreprise et les créanciers¹⁶⁵⁷. Toutefois, afin de favoriser la signature d'un accord, il lui est permis de provoquer une discussion entre eux en toute impartialité¹⁶⁵⁸. Plus concrètement, le législateur ne permet pas à l'expert au règlement préventif de s'immiscer dans la gestion du chef d'entreprise.

708. Du fait de l'absence d'une mission d'assistance ou d'administration dans le règlement préventif OHADA, les développements qui vont suivre seront axés sur le droit français, les procédures de redressement judiciaire n'intéressant pas particulièrement la présente étude. La préservation du potentiel économique de l'entreprise engagée dans une procédure passerelle passe par l'accomplissement d'actes conservatoires (A) et de gestion (B).

A. Les mesures conservatoires

709. Le mot d'ordre pour le débiteur et l'administrateur, s'il en a été désigné un, est la conservation des droits de l'entreprise¹⁶⁵⁹. Cela ne préjuge pas d'une conservation des biens eux-mêmes. En envisageant la conservation des droits de l'entreprise, les textes visent, en priorité, des mesures de protection des droits de créance. Le débiteur ou l'administrateur doivent procéder aux mises

¹⁶⁵⁴ Art. 52, AUPC : « *La décision qui prononce le redressement judiciaire emporte, de plein droit, à partir de sa date, et jusqu'à l'homologation du concordat de redressement judiciaire ou la conversion du redressement judiciaire en liquidation des biens, assistance obligatoire du débiteur pour tous les actes concernant l'administration et la disposition de tous ses biens, sous peine d'inopposabilité de ces actes* ».

¹⁶⁵⁵ Art. L.622-1, c. com.

¹⁶⁵⁶ Art. 8, al. 1, AUPC.

¹⁶⁵⁷ Art. 4-2, al. 2, AUPC.

¹⁶⁵⁸ Art.12, al. 3, AUPC.

¹⁶⁵⁹ Art. L. 622-4, c. com.

en demeure, à l'interruption des prescriptions, à l'inscription des sûretés nouvelles et au renouvellement des inscriptions anciennes. Il est d'ailleurs reconnu à l'administrateur le pouvoir d'inscrire au nom de l'entreprise toutes hypothèques, tous nantissements, gages ou privilèges que le débiteur aurait négligé de prendre ou de renouveler¹⁶⁶⁰. Cela dénote par ailleurs les prérogatives importantes que l'administrateur peut avoir, mais qui sont tout de même subsidiaires de celles du débiteur¹⁶⁶¹. Il faut dire qu'il s'agit aussi des actes conservatoires proprement dits qui portent sur les biens de l'entreprise.

710. L'acte conservatoire s'entend de ce qui est nécessaire à la sauvegarde du patrimoine ou de l'un de ses éléments et de façon plus large, d'un droit¹⁶⁶². Pour les mesures de préservation, ayant trait aux droits de l'entreprise, une interprétation stricte de l'article L.622-4 conduirait à les limiter aux droits et biens affectés à l'exploitation, ce qui priverait l'administrateur de la faculté d'effectuer des actes conservatoires sur les biens personnels du débiteur. Une telle interprétation nuirait au principe de l'unité du patrimoine. Toutefois, les mesures de préservation des capacités de production visent en priorité les biens affectés à l'entreprise.
711. Afin d'aider l'entreprise en difficulté à faire face à ses engagements, le code de commerce permet aussi que des mesures conservatoires puissent être prises sur des biens appartenant à des tiers qui, susceptibles de voir leur responsabilité engagée par suite de la survenance de la procédure collective, seraient tentés d'organiser leur insolvabilité¹⁶⁶³. Dans cette perspective, la loi du 12 mars 2012¹⁶⁶⁴dite loi petroplus, votée dans une précipitation extraordinaire¹⁶⁶⁵ et complétée par le décret n°2012-190 du 25 octobre 2012, a inséré, dans le code de commerce,

¹⁶⁶⁰ Art. L. 622-4, com.

¹⁶⁶¹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Mesures et actes conservatoires », *J-CL. com.*, fasc. 2310.

¹⁶⁶² V. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Introduction*, éd., Sirey, Paris, 1967.

¹⁶⁶³ Art. L. 651-4, al. 2, c. com.

¹⁶⁶⁴ L. n°2012-346 du 12 mars 2012 relative aux mesures conservatoires en matière de procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire et aux biens qui en font l'objet, *JORF* n°0062 du 13 mars 2012, p. 4497, texte n°3. Pour les commentaires, v. : D. DEMEYERE, « La loi du 12 mars 2012 relative aux mesures conservatoires dans la sauvegarde et le redressement judiciaire », *RLDA* 2012, 4120, p. 26 ; P. M. LE CORRE, « Pour quelques barils de plus chez la fille, et pour quelques dollars de moins chez la mère : la loi Petroplus du 12 mars », *Rev. Sociétés* 2012, p. 412 ; F. REILLE, « Des mesures conservatoires pour sauver le monde ou n'est pas Robin des bois qui veut... », *Dr et proc.* 2012 ; *Cah. dr. entr.*, n°1, p. 2 ; Ph. ROUSSEL GALLE, « La loi Petroplus, quelques réflexions avec un peu de recul », *Rev. proc. coll.* 2012, étude 16 ; G. TEBOUL, « La nouvelle loi en matière de mesures conservatoires dans les procédures collectives » : une loi de circonstance ou une sanction préventive ? », *LPA*, 2 mars 2012, p. 5.

¹⁶⁶⁵ La proposition de loi a été déposée le 23 févr. 2012 sur le bureau de l'AN, elle a été adoptée par celle-ci le 28 févr., transmise au Sénat et votée définitivement le 12 mars 2012, déclarée applicable aux procédures en cours à la date de sa publication, c'est-à-dire le 13 mars 2012.

un article¹⁶⁶⁶ selon les dispositions duquel, à la demande de l'administrateur judiciaire ou du mandataire judiciaire, le président du tribunal saisi peut ordonner toute mesure conservatoire utile à l'égard des biens du dirigeant de droit ou de fait à l'encontre duquel l'administrateur ou le mandataire a introduit une action en responsabilité fondée sur une faute ayant contribué à la cessation des paiements du débiteur¹⁶⁶⁷.

712. En tout état de cause, le président du tribunal intervient pour ordonner toute mesure conservatoire utile. Par dérogation au code de procédure civile, il n'est pas nécessaire de prouver que cette mesure est destinée à préserver une créance certaine en son principe dont le recouvrement est menacé¹⁶⁶⁸. Le pouvoir d'intervention du président est plus large qu'en droit commun, d'autant que cette mesure conservatoire est susceptible de devenir une mesure d'exécution. L'objectif de la loi est d'imposer au tiers (souvent société-mère) d'aider le débiteur (souvent filiale) à faire face par exemple à ses engagements à l'égard des salariés¹⁶⁶⁹. Toutefois, cet objectif est atteint par des moyens attentatoires à la propriété, puisque les tiers ne sont pas encore condamnés à des dommages-intérêts ou ne sont pas sujets à une extension, ce qui était critiquable. C'est pourquoi le décret d'application de la loi précitée a voulu encadrer la mesure en exigeant que le montant des sommes garanties soit défini¹⁶⁷⁰. Outre l'accomplissement d'actes conservatoires, le débiteur ou l'administrateur, selon le cas, peuvent mener certains actes de gestion courante dans le but d'accroître la capacité de production de l'entreprise.

B. Les mesures de gestion

713. Pendant la période d'observation, le chef d'entreprise peut mener des actes de gestion nécessaires à l'amélioration des capacités de production de l'entreprise¹⁶⁷¹. Selon un auteur, « *il s'agit là d'une disposition permettant de retenir une notion beaucoup plus extensive que celle des actes conservatoires* ». ¹⁶⁷² Lorsqu'ils sont de bonne foi, les actes de gestion courante accomplis seul par le débiteur sont valables à l'égard des tiers¹⁶⁷³. Le caractère « courant »

¹⁶⁶⁶ Art. L.631-10-1, c. com.

¹⁶⁶⁷ V. en ce sens : C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Droit de la défaillance économique » *Dr. et patr., chron.* 2012.

¹⁶⁶⁸ Art. L.511-1, c. proc. civ. d'exécution.

¹⁶⁶⁹ P. MORVAN, « La loi *Petroplus*, les procédures collectives et... les salariés », *JCP E* 2013, 1047, p. 16.

¹⁶⁷⁰ Art. L.621-12, al. 4, c. com.

¹⁶⁷¹ Art. L. 622-4, c. com.

¹⁶⁷² C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2016, p. 544.

¹⁶⁷³ Art. L.622-3, al. 2, c. com.

tiendrait de l'activité habituelle de l'entreprise¹⁶⁷⁴. Sous couvert de ce pouvoir, l'administrateur ou le débiteur pourront par exemple procéder au renouvellement des stocks ou au remplacement des matériels usés.

714. La jurisprudence a été fluctuante sur la définition des actes de gestion courante. D'abord les tribunaux exigeaient que ces actes, pour être valables, soient réellement des actions courantes et conformes aux usages du commerce¹⁶⁷⁵ ou de la profession¹⁶⁷⁶. Ensuite, ils ont considéré que les actes de gestion courante devaient être banals, de portée limitée, et qui n'intéressent que le court terme¹⁶⁷⁷. Aujourd'hui, la jurisprudence a défini un nouveau critère qui semble pertinent. Il tient à l'exploitation conforme aux usages de la profession¹⁶⁷⁸. La doctrine majoritaire semble adopter ce critère défini par la jurisprudence¹⁶⁷⁹. Quoiqu'il en soit, ces actes de gestion aident l'entreprise en difficulté à garder le cap de son redressement. Au-delà des utilités précédemment évoquées, la période d'observation va permettre la continuation de l'exploitation.

II. L'assurance de la continuité d'exploitation

715. L'activité de l'entreprise est poursuivie pendant la période d'observation dans les conditions et exigences des dispositions des articles L.622-10 à L. 622-16 du code de commerce qui en déterminent l'originalité¹⁶⁸⁰. Il faut y ajouter le régime des créances nouvelles défini par l'article L.622-17 du code de commerce. Dans les procédures de sauvegarde ordinaire, sauvegardes accélérées où souffle un vent de philosophie volontariste et entrepreneuriale, le principe est que le chef d'entreprise conserve la mainmise sur toutes les opérations¹⁶⁸¹. En redressement judiciaire en revanche, le chef d'entreprise et l'administrateur se partagent les pouvoirs nécessaires à cet effet tels qu'ils ont été définis par la décision d'ouverture de la procédure¹⁶⁸². Le même principe est posé en droit OHADA¹⁶⁸³. Le chef d'entreprise continue

¹⁶⁷⁴ J. DRAY, « L'administration de l'entreprise pendant la période d'observation », *legavox*, 24 sept. 2012, article consulté le 7 janv. 2017.

¹⁶⁷⁵ Com. 23 juin 1981, D. 1982, IR p. 2, obs. F. DERRIDA.

¹⁶⁷⁶ Com.12 févr. 1985, D. 1985, IR p. 223. obs. HONORAT.

¹⁶⁷⁷ Paris, 4 oct. 1996, D. aff. 1996, n°1395 : Dans cet arrêt, la cour d'appel de Paris a par exemple considéré qu'une action en justice, même pour recouvrer une créance, n'était pas un acte de gestion courante, du fait que le montant était élevé.

¹⁶⁷⁸ Com. 27 nov. 2001, D. 2002, n°04, AJ, p. 401, obs. A. LIENHARD.

¹⁶⁷⁹ V. Ch. LEBEL, « Acte de gestion courante : appréciation et condition de validité », *Rev. proc. coll.*, mars 2012, n°2.

¹⁶⁸⁰ Art. L.622-9, c. com.

¹⁶⁸¹ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017-2018*, 9^e éd., Dalloz Action, 2016, p. 852.

¹⁶⁸² Art. L. 631-12, c. com.

¹⁶⁸³ Art. 52, AUPC.

à exercer sur son patrimoine les actes de disposition et d'administration, ainsi que les droits et actions qui ne relèvent pas de la mission de l'administrateur¹⁶⁸⁴. Sous réserve des dispositions des articles L.622-7 (certains actes importants) et L.622-13 (option sur les contrats en cours), les actes de gestion courante qu'accomplit seul le débiteur sont réputés valables à l'égard des débiteurs de bonne foi¹⁶⁸⁵. Dans le redressement judiciaire OHADA, le débiteur n'a pas une telle possibilité, car le législateur a utilisé des mots forts pour mettre l'accent sur le contrôle du syndic¹⁶⁸⁶.

716. Cependant, bien que l'activité doive se poursuivre pendant la période d'observation et que, en conséquence, elle ne doit pas être perturbée pendant cette phase, les entreprises ne peuvent plus soumissionner aux marchés publics, faute de pouvoir obtenir l'attestation de régularité fiscale et sociale indispensable pour ce soumissionnement. Cette règle ne concerne pas toutes les procédures collectives. Tel est le cas de la sauvegarde, faute de cessation des paiements. Elle aurait vocation à jouer dans la procédure de conciliation si le débiteur est déclaré avoir effectivement cessé ses paiements¹⁶⁸⁷.
717. Le code de commerce apparaît généreux quant au principe de continuation de l'activité de l'entreprise en général et des contrats en cours en particulier. En effet, en ce dernier cas, il n'opère aucune distinction selon le type de contrats. L'observation vaut en droit OHADA, sous réserve, toutefois, de l'exception des contrats de travail et de fiducie¹⁶⁸⁸. La continuation judiciaire de l'activité de l'entreprise puise sa source dans ce qui justifie le portage judiciaire de l'entreprise, c'est-à-dire préparer sa relance de façon efficace et durable. Il s'agit de lui permettre d'arrêter des contrats dont l'exécution est coûteuse, inutile ou non profitable et, en sens contraire, de poursuivre les contrats utiles que le cocontractant, en droit commun, a le pouvoir de ne pas continuer. En tout état de cause, on note une altération importante des mécanismes du droit commun des contrats, c'est-à-dire que le cocontractant est obligé de continuer ou d'arrêter un contrat peu importe ce que prévoient les termes de celui-ci, ce qui ne peut être le cas sur le terrain du droit commun : toute partie est libre de résilier ou de continuer un contrat sous réserve du respect des conditions y afférentes.

¹⁶⁸⁴ Art. L.622-3, c. com.

¹⁶⁸⁵ Art. L.622-3, al. 2, c. com.

¹⁶⁸⁶ Selon les dispositions de l'art. 52 al. 1^{er}, le débiteur doit être assisté par le syndic dans l'accomplissement de tout acte de gestion, d'administration ou de disposition, sous peine d'inopposabilité de ces actes.

¹⁶⁸⁷ G. TEBOUL, « L'entreprise en difficulté et les marchés publics », *Gaz. pal.* 18-19 juill. 2008, p. 2.

¹⁶⁸⁸ Art. 107, AUPC.

718. Le droit français¹⁶⁸⁹ confère à l'administrateur ou, à défaut, au débiteur autorisé par le juge-commissaire, un droit d'option sur la continuation des contrats en cours. La continuité d'exploitation de l'entreprise s'accompagne, en plus du non dessaisissement du débiteur, de la poursuite des contrats en cours (A) et d'un traitement spécial réservé aux créances engendrées par la continuation des activités (B).

A. La notion de poursuite des contrats en cours

719. Le maintien des contrats en cours est un soin curatif qui permettra à l'entreprise, dont l'état de maladie n'est pas très grave, de recouvrer sa santé financière et opérationnelle. Au sens du mécanisme d'option, le contrat en cours doit être en cours d'existence, être actif, peu importe son éventuel caractère *intuitu personae*. Sur ce caractère, la solution jurisprudentielle a été posée à propos des concours bancaires¹⁶⁹⁰. Cette solution s'est démarquée de celle posée sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967¹⁶⁹¹. La condition que le contrat soit en cours écarte le contrat qui n'est pas présentement existant, n'a pas encore commencé à produire effet, peu importe qu'il soit en cours de formation et, *a contrario*, le contrat qui n'est plus existant, ce quelle qu'en soit la cause¹⁶⁹². Les dispositions de l'article 1860¹⁶⁹³ du code civil français empêchent de considérer que le contrat de société civile est un contrat en cours¹⁶⁹⁴. Au sens du code de commerce, le contrat en cours doit être en cours d'exécution. En sens contraire, le contrat totalement exécuté échappe au régime. Cette règle qui, en apparence, est simple et claire, cache une réelle difficulté d'application.

720. Par exemple, en matière de vente, le contrat est en cours si l'obligation de délivrance n'est pas encore totalement exécutée à la date du jugement d'ouverture. Les juges en déduisent que le contrat assorti d'une clause de réserve de propriété n'est pas un contrat en cours au sens de

¹⁶⁸⁹ Art. L.622-13, c. com.

¹⁶⁹⁰ Com. 8 déc. 1987, n°87-11. 501, *Bull. civ. IV*, n° 266 ; *D.* 1988. 52, note Derrida ; *JCP* 1998. II. 20927, note M. JEANTIN ; *Banque* 1988. 96, obs. J.-L. RIVES-LANGES.

¹⁶⁹¹ L. n°67-563 du 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes, *JORF* du 14 juillet 1967, p. 7059.

¹⁶⁹² Cette cause peut être : terme extinctif, clause résolutoire, résiliation, résolution, nullité.

¹⁶⁹³ « *S'il y a déconfiture, faillite personnelle, liquidation de biens ou redressement judiciaire, atteignant l'un des associés, à moins que les autres unanimes ne décident de dissoudre la société par anticipation ou que cette dissolution ne soit prévue par les statuts, il est procédé dans les conditions énoncées à l'article 1843-4, au remboursement des droits sociaux de l'intéressé, lequel perdra alors la qualité d'associé* ».

¹⁶⁹⁴ Com. 10 juill. 2007, *Gaz. pro. coll.* 2007/4, p. 38, obs. F. REILLE.

l'article L.622-13 du code de commerce¹⁶⁹⁵. Ils considèrent que la vente à terme est un contrat en cours dès lors que le prix n'ayant pas été intégralement réglé à la date d'ouverture de la procédure, le transfert de propriété ne s'est pas opéré¹⁶⁹⁶. Certains auteurs ont parlé dans le même sens¹⁶⁹⁷ et la logique¹⁶⁹⁸ serait que la vente en l'état futur d'achèvement soit un contrat en cours, dès lors que l'achèvement n'a pas eu lieu au jour du jugement d'ouverture. Il faut que ce soit un contrat de vente et non un contrat d'entreprise, lequel est un contrat en cours si subsistent des obligations de fabrication¹⁶⁹⁹. De même, dans le cadre d'une convention d'ouverture de crédit, par laquelle un établissement de crédit accorde à une entreprise un découvert en compte-courant, si à l'ouverture de la procédure cette autorisation n'est pas entièrement utilisée, le débiteur autorisé avec l'accord du juge commissaire ou de l'administrateur s'il en a été désigné un, peut obtenir un nouveau crédit jusqu'au maximum autorisé. Les contrats administratifs obéissent au régime général de continuation des contrats en cours¹⁷⁰⁰.

721. Toutefois, il a été jugé que le chef d'entreprise, en redressement judiciaire, dont le plan n'est pas encore arrêté, ne peut répondre à un appel d'offre de marchés publics, dans la mesure où il ne peut justifier de sa capacité à poursuivre son activité pendant la durée d'exécution prévisible du contrat¹⁷⁰¹. En outre, il a été jugé¹⁷⁰² que l'entreprise qui soumissionne aux marchés publics doit, si sa candidature est postérieure à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, en informer immédiatement l'autorité adjudicataire, ce qui laisse penser que la sanction peut être l'irrecevabilité de l'offre¹⁷⁰³. S'agissant des contrats de prêt, lorsqu'ils ont été consentis avant l'ouverture de la procédure collective, ils ne remplissent plus la condition de « *contrat en cours et en cours d'exécution* ». La solution a été clairement posée par la Cour de cassation à

¹⁶⁹⁵ Com. 5 mai 2004, n°01.17-201, *Rev. proc. coll.* 2004, n°5, p. 225, obs. Ph. ROUSSEL GALLE ; *RTD civ.* 2004, p. 760, obs. P. CROCQ.

¹⁶⁹⁶ Com. 1^{re} févr. 2000, n°97-15.263, *Rev. proc. coll.* 2000, n°2, p. 182, obs. F. MACORIG VENNIER.

¹⁶⁹⁷ J. VALLANSAN, « Continuation des contrats en cours », *J-CL. com. fasc.* 2335, 2007, n°15.

¹⁶⁹⁸ Com. 31 janv. 2012, n°10-28. 408, NP, *Gaz. pal.* 1^{er} mars 2013, p. 41, note V. ZALEWSKI.

¹⁶⁹⁹ Reims, ch.1^{re}, 14 févr. 2001, *Rev. proc. coll.* 2002, p. 190, n°3, obs. Ph. ROUSSEL GALLE.

¹⁷⁰⁰ Com. 16 juin 2004, n°01-13.781, NP, *Rev. proc. coll.* 2004, p. 224, n°4, obs. Ph. ROUSSEL GALLE ; *Rev. proc. coll.* 2005/2, p. 128, n°6, obs. S. GORRIAS. Rép. min., n°18705, *JO sénat* Q 12 avr. 2012. V. J.-J. GOVERNATORI, « Le droit administratif à l'épreuve des procédures collectives », *Gaz. proc. coll.* 2009/4, 1^{re} partie, n°303, 304, p. 9 s. sp. 13.

¹⁷⁰¹ Versailles, 3^e ch., 5 févr. 2009, req. n°07VE02058, *Rev. proc. coll.* 2009/6, 158, p. 37, note Ch. LEBEL.

¹⁷⁰² CE 26 mars 2014, req. n°374387, *Lebon, Act. proc. coll.* 2014/9, comm.165, note F. REILLE.

¹⁷⁰³ Note F. REILLE sous CE 26 mars 2014, req. n°374387, *Lebon, Act. proc. coll.* 2014/9, comm.165.

propos d'un prêteur professionnel de crédits¹⁷⁰⁴. Elle a également jugé que le contrat de prêt qui prévoit un paiement échelonné des fonds n'est pas un contrat en cours au sens du code de commerce¹⁷⁰⁵ ; les juges du fond ont suivi la solution¹⁷⁰⁶. En revanche, selon une doctrine, il peut être estimé que si le prêt est consenti par une personne qui n'est pas un établissement de crédit, le contrat de prêt, qui demeure un contrat réel, est en cours en l'absence de déblocage des fonds au jour du jugement d'ouverture et, par conséquent, fait naître une créance de remboursement postérieurement au jugement d'ouverture¹⁷⁰⁷.

722. L'administrateur judiciaire est titulaire de la faculté, qui est d'ordre public, d'opter ou non pour la continuation d'un contrat en cours¹⁷⁰⁸. Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution du contrat ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Toute clause ayant un tel effet est réputée non écrite¹⁷⁰⁹. C'est une mission propre quelle que soit sa mission. La volonté du débiteur n'a aucun effet même si le contraire a été soutenu¹⁷¹⁰. En l'absence de l'administrateur, la prérogative revient au débiteur après autorisation du juge commissaire¹⁷¹¹, mais uniquement pour la continuation des contrats. Sans cette autorisation, l'exercice de l'option par le débiteur était réputé inopérant¹⁷¹² sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985¹⁷¹³. Depuis la loi de sauvegarde¹⁷¹⁴, qui s'est appliquée à restituer au débiteur la mainmise sur les opérations, il n'a plus besoin de l'accord du juge commissaire. Cependant, il doit avoir recueilli l'avis conforme du mandataire judiciaire¹⁷¹⁵. Si ce dernier ne réagit pas à son courrier, il a la faculté de saisir à

¹⁷⁰⁴ Com. 9 févr. 2016, n°14-23.219, *Bull. civ. IV* ; *D.* 2016, actu. 423, note A. LIENHARD ; *Gaz. pal.* 12 avr. 2016, n°14, p. 72, note E. LE CORRE-BROLI et n°23, p. 33, note M.-P. DUMONT-LEFRAND ; *BJE* 2016. 175, note F. REILLE.

¹⁷⁰⁵ Com. 16 juin 2004, 01-17. 30, NP.

¹⁷⁰⁶ Versailles, 12^e ch. 2^e sect. 23 mai 2006, *JCP E* 2006. 2561, p. 1841.

¹⁷⁰⁷ P. M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017-2018*, 9^e éd., Dalloz action, 2016, p. 894.

¹⁷⁰⁸ Art. L.621-28, c. com.

¹⁷⁰⁹ Art. L. 622-13, I, al. 1^{er}, c. com., Com. 19 mai 2015, n°14-10.366, *Rev. dr. rural*, déc., 2015, n°438, note Ch. LEBEL.

¹⁷¹⁰ F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprise en difficulté*, 7^e éd., LGDJ, 2013, n°309 ; Versailles, 28 nov. 1996, *D.* 1997. 508. note F. PÉROCHON.

¹⁷¹¹ Art. L. 621-137, al.2, c. com., Com. 20 janv. 1998, n°95-18.804, NP ; *Rev. proc. coll.* 1998; 281, n°15, obs. J. MESTRE ET A. LAUDE.

¹⁷¹² Com. 6 mai 1997, n°95-10.933, *Bull. civ. IV*, n°125.

¹⁷¹³ L. n°85-98 du 25 janv. 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, *JORF* du 26 janv. 1985, p. 1097.

¹⁷¹⁴ L. n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n°173 du 27 juill. 2005, p. 12187, texte n°5.

¹⁷¹⁵ F. PEROCHON, *Entreprise en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, n°720.

cet effet, par requête, le juge commissaire à l'expiration d'un délai de quinze jours faisant suite à la mise en demeure¹⁷¹⁶. Pour la non-continuation des contrats, le chef d'entreprise n'a pas besoin de l'accord du mandataire judiciaire comme sous l'empire du droit antérieur¹⁷¹⁷. L'opinion contraire a toutefois été relevée¹⁷¹⁸ et semble même soutenue par les juges du fond¹⁷¹⁹. Seul tempérament au mécanisme de l'option, la jurisprudence accepte, pour ce qui concerne une clause résolutoire, que la résolution soit acquise avant l'ouverture de la procédure, c'est-à-dire que la décision prononcée passe en force de chose jugée. Toutefois, la résolution prononcée avant l'ouverture de la procédure, mais frappée d'un appel en cours à l'ouverture de la procédure ne peut permettre au contrat visé d'échapper au mécanisme de l'option.

723. Enfin, ce ne sont pas tous les contrats qui sont soumis au régime. Le code de commerce français, tout comme l'Acte uniforme des procédures collectives OHADA, excluent expressément deux types de contrats du régime des contrats en cours. Il s'agit des contrats de travail et de fiducie. Le contrat de travail échappe au domaine d'application de l'article L.622-13 du code de commerce. En période d'observation, le principe est que les contrats de travail se poursuivent de plein droit¹⁷²⁰. Selon certains auteurs, « *la sauvegarde des capacités de production ainsi que des considérations sociales justifient la solution* ». ¹⁷²¹ Le contrat simplement suspendu est en cours. C'est le cas lorsqu'un salarié devient mandataire social¹⁷²². L'article L.622-12 du code de commerce indique qu'elles ne concernent pas non plus le contrat de fiducie. Sous réserves des dispositions spéciales, les contrats de bail relèvent du régime des contrats en cours¹⁷²³. Les créances engendrées par la continuation de l'activité de l'entreprise en difficulté pendant la période d'observation bénéficient d'un traitement préférentiel par rapport aux autres créances. Un créancier qui a apporté un concours financier ou fourni un service ou un bien dans le cadre de la conciliation qui a précédé une procédure passerelle pourra bénéficier du privilège de la conciliation.

¹⁷¹⁶ Art. R. 627-1, al. 3, c. com.

¹⁷¹⁷ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., LGDJ, 2014, n°610.

¹⁷¹⁸ F. PEROCHON, *Entreprise en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, n°740.

¹⁷¹⁹ Montpellier, 2^e ch. 15 sept. 2015, RG n°13/05478.

¹⁷²⁰ Art. L. 1224-1, c. com.

¹⁷²¹ D. VIDAL et G. C. GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté* 1^{re} éd., Lextenso éditions, 2015-2016, p. 203.

¹⁷²² Soc. 9 nov. 2004, n°02-43-063, NP, *Rev. proc. coll.* 2005/1, p. 47, n°7, obs. F. TAQUET ; Soc. 25 oct. 2006, n°04-47.93, NP, *Rev. proc. coll.* 2007/1, p. 54, obs. F. TAQUET.

¹⁷²³ V. pour approfondir : F. KENDERIAN, *Le sort du bail commercial dans les procédures collectives*. 4^e éd., LexisNexis, 2015.

B. Le traitement préférentiel des créances nées de la continuation de l'activité

724. Une entreprise placée en sauvegarde est par nature une entreprise qui doit obligatoirement et normalement fonctionner. A ce stade, un redressement négocié devra passer non seulement par un réaménagement des dettes antérieures, mais aussi par l'apport des fonds nouveaux¹⁷²⁴. Pour ce faire, les contrats en cours d'existence ou d'exécution continuent¹⁷²⁵. En plus de ces contrats en cours, la conclusion de nouveaux contrats et l'obtention de nouveaux prêts seront de nature à faciliter le fonctionnement et le redressement de l'entreprise. Cependant son statut d'entreprise en difficulté, engagée dans une procédure judiciaire de restructuration, n'est pas, à première vue, d'une nature incitative. C'est pourquoi il faut accorder un statut favorable aux nouveaux cocontractants. Celui qui a accepté de prendre des risques, dans l'intérêt commun, mérite d'être payé avant les autres¹⁷²⁶. La faveur qui leur est ainsi accordée s'exprime selon des mécanismes originaux qui font exception à l'unité patrimoniale du débiteur.
725. En droit OHADA, le législateur de 2015 a prévu le privilège de l'argent frais aussi bien dans la conciliation¹⁷²⁷ que dans le règlement préventif¹⁷²⁸ et le redressement judiciaire¹⁷²⁹. Il faut rappeler que sous l'empire de l'AUPC de 1998, un tel privilège n'était reconnu qu'en redressement judiciaire¹⁷³⁰. C'est une innovation inspirée du droit français où ce privilège n'existe que dans la procédure de conciliation.
726. Le bénéfice de ce privilège est assorti de deux conditions en droit OHADA. D'abord la créance doit être née d'un nouvel apport de trésorerie, ou de la fourniture de biens ou de services dans le but d'assurer la poursuite de l'activité. Les créances antérieures à l'ouverture de la procédure judiciaire ou à celle de la procédure de conciliation sont exclues. De plus, ces créances doivent être mentionnées dans l'accord/concordat homologué, ce qui signifie que les créanciers titulaires de ce privilège doivent prendre part aux négociations dans le but d'être inclus dans l'accord/concordat qui sera homologué.

¹⁷²⁴ P.-M. Le Corre, « Le privilège de la conciliation », *Gaz. pal.* sept. oct. 2005, p. 2966.

¹⁷²⁵ Art. L. 622-13, C. com., C. NDONGO, *La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC révisé*, thèse de doctorat, LGDJ, 2018, p. 102.

¹⁷²⁶ Y. GUYON, *Droit des affaires*, 9^e éd., economica, t. 2, 2003, n° 1245.

¹⁷²⁷ Art. 5-11, AUPC.

¹⁷²⁸ Art. 11-1, AUPC.

¹⁷²⁹ Art. 33-1, AUPC.

¹⁷³⁰ Art. 117, AUPC 1998 ; pour en savoir davantage, v. S.T.S. KARFO, *Le paiement des créanciers, la sauvegarde de l'entreprise : étude comparative des législations OHADA et française de sauvegarde judiciaire des entreprises en difficulté*, thèse de doctorat, Université de Toulouse 1- Capitole, 2014, p. 209 et s.

727. L'adoption du privilège de l'argent frais dans le droit OHADA dénote la volonté affichée par le législateur de 2015 de prioriser le redressement de l'entreprise. Il a souhaité encourager les créanciers à soutenir le débiteur diligent dans la résolution de ses difficultés¹⁷³¹. Contrairement en droit français, les créanciers titulaires du privilège de la conciliation ne bénéficient du traitement préférentiel lié à ce privilège qu'en cas d'ouverture d'une procédure de liquidation des biens de façon exclusive¹⁷³² ; c'est-à-dire qu'ils ne pourront en bénéficier lorsque la procédure de conciliation du débiteur est convertie en règlement préventif, ou en redressement judiciaire par suite de la survenance d'un état de cessation des paiements. Cette mesure législative conduit à s'interroger sur le sort de ces créanciers dans l'hypothèse de l'absence d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire subséquente. Ces créanciers perdent-ils le privilège ? Cette mesure est-elle de nature à décourager ou appâter des partenaires au cours de la période d'observation ? Enfin, encourage-t-elle le recours au règlement préventif auprès des chefs d'entreprise ?
728. Le législateur n'a pas été explicite sur le sort des créances assorties du privilège de la conciliation dans le cas où une procédure de liquidation judiciaire n'était pas ouverte subséquemment. Logiquement, si une telle situation se présentait, parce que le projet de concordat préventif a été jugé par la juridiction compétente à même de redresser l'entreprise, ou parce que les termes du concordat homologué sont respectés par le débiteur, les créanciers, ayant apporté de l'argent frais ou fait une fourniture de nouveaux biens ou de services, devraient être payés à l'échéance¹⁷³³. Toute créance née régulièrement après le jugement d'ouverture reste normalement exigible à son échéance¹⁷³⁴ ; c'est une reconnaissance de faveur indispensable dans la mesure où sans les nouveaux contrats, le financement des opérations de restructuration est impossible¹⁷³⁵. Un tel paiement à l'échéance est une cause de disparition du privilège. Autrement dit, le privilège de la conciliation, qui aurait opéré si une liquidation des biens avait subséquemment été ouverte, tombe en désuétude. La solution est implicitement posée dans la formule de l'article 11-1 selon laquelle le privilège de la conciliation opère en cas « *d'ouverture d'une procédure de liquidation des biens* {...} ». En d'autres termes, point de liquidation des

¹⁷³¹ I. SILIENOU, R. ASSONTSA, « L'introduction du privilège de « *new money* » en droit OHADA des procédures collectives », *Penant*, 2017, n°900, p. 279 et s.

¹⁷³² Art.11-1, AUPC.

¹⁷³³ C. NDONGO, *La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC révisé*, thèse de doctorat, éd., LGDJ, 2018, p. 102.

¹⁷³⁴ B. MARTOR et Alii, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, éd., Litec, 2004, p. 182.

¹⁷³⁵ R. AKONO ADAM, « Les clairs obscurs du régime de faveur des créances postérieures en droit OHADA des procédures collectives : réflexion à la lumière du droit français des entreprises en difficulté », *Penant*, 2015, p. 74.

biens, point de privilège de la conciliation. Elle est également donnée par le dernier alinéa de l'article 15 selon lequel « *si la juridiction compétente estime que la situation du débiteur ne relève d'aucune procédure collective ou si elle rejette le concordat préventif proposé par le débiteur, le règlement préventif prend fin sans délai. Cette décision remet les parties en l'état antérieur* ». Là aussi, en considérant que la situation du débiteur ne relève d'aucune procédure collective, les parties restent alors sur le terrain de droit commun, ce qui signifie que les contrats conclus doivent être exécutés dans le respect des termes convenus¹⁷³⁶ et des causes légitimes de préférence de droit commun.

729. Par ailleurs, le fait de cantonner l'opérationnalité du privilège de conciliation, dans la seule procédure de liquidation des biens, a suscité des interrogations au sein de la doctrine africaine quant à son efficacité¹⁷³⁷. A cet égard, un auteur pense, dans un pessimisme à peine voilé, que le législateur a pris un risque important dont il aurait pu faire l'économie¹⁷³⁸. Il faut dire que la mesure peut être de nature à décourager des partenaires à venir en aide au débiteur pendant la période d'observation. Leur statut de créancier ordinaire ne se transformera point, comme expliqué précédemment, en statut privilégié, s'il n'y a pas de liquidation des biens subséquente. Or, s'ils prennent le risque de collaborer avec le débiteur en dépit d'une situation fragile de ce dernier, c'est parce qu'ils s'attendent à un traitement préférentiel. Interprété dans ce sens, le texte en cause peut faire hésiter certains partenaires à s'associer au redressement de l'entreprise. La situation est semblable à celle des créanciers qui bénéficiaient du privilège de la conciliation dans l'ancien règlement amiable français ; ces derniers n'étaient pas récompensés de leur prise de risque. En effet, ils étaient assimilés aux créanciers antérieurs en cas d'échec de l'accord ou d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire voire de liquidation judiciaire. Ce qui, selon un auteur, compromettrait gravement le redressement des entreprises, dans la mesure où elles ne bénéficieraient pas de nouveaux crédits¹⁷³⁹.

730. Toutefois, à l'égard du débiteur, la disposition législative ne devrait pas constituer un facteur dissuasif pour recourir au règlement préventif. Il en est ainsi parce que l'objectif premier pour un débiteur, en se mettant sous la protection du tribunal, via cette procédure de règlement

¹⁷³⁶ Art. 1103, c. civ.

¹⁷³⁷ « *Ce privilège suffira-t-il à convaincre les créanciers de s'investir davantage dans le règlement préventif ? Il reste à espérer que oui, malgré les limites de son domaine d'exercice* » : C. NDONGO, *La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC révisé*, thèse de doctorat, éd., LGDJ, 2018, p. 110.

¹⁷³⁸ C. NDONGO, *La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC révisé*, thèse de doctorat, éd., LGDJ, 2018, p. 110.

¹⁷³⁹ Y. GUYON, *Droit des affaires*, 9^e éd., Economica, t. 2, 2003, n°1246.

préventif, est de cantonner son passif et de protéger son actif, dans le but de trouver une solution à ses difficultés. Les éventuels apports en trésorerie, ou fournitures de biens ou de services, sont certes un motif d'encouragement, mais ils n'expliquent pas pour autant la raison primaire de la demande d'ouverture de la procédure par le chef d'entreprise. Le privilège de new money, qui s'applique à ces nouveaux apports, n'impacte pas le processus de sauvegarde de l'entreprise, même si la trop grande publicité - elle expose les difficultés de l'entreprise, ce qui ne protège pas son crédit - attachée à la procédure de règlement préventif en général, et au privilège ici en question en particulier, a été regrettée¹⁷⁴⁰. Contrairement à l'idée d'une doctrine française¹⁷⁴¹, selon laquelle la publicité attachée au privilège d'argent frais fait redouter la procédure de conciliation, la procédure de règlement préventif a toujours été entourée de cette publicité du temps même où le privilège de la conciliation n'était pas encore instauré¹⁷⁴².

731. Quoiqu'il en soit, si une procédure de liquidation des biens venait à être ouverte, subséquemment à l'homologation du concordat préventif, les créanciers titulaires du privilège de new money sont prioritairement payés devant tout autre créancier¹⁷⁴³. Cela dénote une certaine importance accordée par le législateur à ce privilège. L'ordre des paiements établi par le législateur OHADA diffère de celui établi par son homologue français.
732. En droit français, la jurisprudence, antérieure à la loi du 25 janvier 1985¹⁷⁴⁴, distinguait les créanciers dits « de la masse » qui bénéficiaient d'une préférence par rapport aux créanciers antérieurs dits « dans la masse ». Excepté ce mécanisme de la masse, abandonné en 1985, les textes de 1985, 1994, 2005, 2010 et de 2014, ont repris la même logique, formalisée désormais à l'article L. 622-17 du code de commerce. L'ancien article 40, de la loi du 25 janvier 1985 précitée, ne parlait pas d'un droit de préférence, mais plutôt de priorité, mais il était difficile de dissocier le « droit de priorité » de celui de « préférence » en ce que le caractère prioritaire du

¹⁷⁴⁰ A. TOH, *La prévention des difficultés des entreprises : étude comparée de droit français et droit OHADA*, thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 2015, p. 299.

¹⁷⁴¹ L.-C. Henry, « La notion de privilège de procédure dans la loi de sauvegarde », *Rev. proc. coll.* 2008, n°2, p. 24.

¹⁷⁴² Le privilège de conciliation n'avait pas été adopté par le législateur de 1998 dans la procédure de règlement préventif car, a-t-il estimé, les créances postérieures étaient à payer à l'échéance, et puis de toutes les manières, il n'y avait pas de masse des créanciers : v. H. S. SALEY SIDIBE, *Le sort des créances postérieures en droit français et droit de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des Affaires (OHADA)*, thèse de doctorat, Université de Nice, 2013, p. 17 ; art. 9, AUPC 1998.

¹⁷⁴³ V. l'ordre de paiement des créances prévu aux Art. 166 et 167, AUPC.

¹⁷⁴⁴ L. n°85-98, 25 janv. 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, *JORF* du 26 janv. p. 1097.

traitement à l'époque tenait à celui postérieur de la créance. Pour cette raison, et en considération des dispositions de l'ancien article 2095 du code civil (actuel art. 2324), il peut être observé qu'il s'agissait là d'un véritable privilège¹⁷⁴⁵. L'argument a été partagé par de nombreux auteurs qui ont évoqué de solides arguments¹⁷⁴⁶. La Cour de cassation est venue poser la solution contraire, en énonçant que « *la priorité de paiement instituée par l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985 dans sa rédaction applicable à la cause qui ne dépend pas de la qualité de la créance ne constitue pas un privilège au sens de l'article 2095 du code civil* ». ¹⁷⁴⁷

733. La loi de sauvegarde du 26 juillet 2005¹⁷⁴⁸ a changé la solution, issue de la législation antérieure, en ce qui concerne la nature du droit de priorité conféré aux créanciers postérieurs. Le code de commerce dispose clairement que le droit préférentiel accordé aux créanciers postérieurs est un privilège¹⁷⁴⁹. Ce droit de préférence a été considéré comme un privilège de procédure, au même titre que le privilège de la conciliation¹⁷⁵⁰. Par ce changement, le législateur a montré qu'il se préoccupe véritablement de la qualité de la créance et non plus seulement de sa date de naissance pour décider d'attribuer ou non le droit de préférence¹⁷⁵¹. La portée du changement opéré est importante, mais, à première vue, une contradiction pouvait être relevée sur le sujet dans le rapport de la commission des lois de l'assemblée nationale. En effet, il est dit que lorsqu'il s'agit du privilège des créances postérieures, ce dernier ne disparaît pas dans la procédure subséquente ouverte par suite de la résolution du plan¹⁷⁵² ; mais que s'il est question de la résolution du plan de sauvegarde, il y aura une dégénérescence de la créance postérieure de la première procédure en une créance antérieure soumise comme telle à déclaration au passif¹⁷⁵³. Pourtant les travaux parlementaires sont univoques : « *il serait désormais possible au créancier titulaire d'un privilège visé par la présente disposition de s'en prévaloir dans le cadre d'une autre procédure que celle au cours de laquelle il l'a acquis* ». ¹⁷⁵⁴

¹⁷⁴⁵ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Le droit des entreprises en difficulté*, 4^e éd., Montchrestien, 2001, n°598.

¹⁷⁴⁶ Ph. PETEL, « Les créanciers postérieurs », *Rev. proc. coll.* 2006/2, n°4, p. 142.

¹⁷⁴⁷ Com. 5 févr. 2002, n°98-18.018, *Bull. civ.* IV, n°27.

¹⁷⁴⁸ L. n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n°173 du 27 juill. 2005, p. 12187, texte n°5.

¹⁷⁴⁹ Art. L.621-17, II, c. com.

¹⁷⁵⁰ L.-C. HENRY, « La notion de privilège de procédure dans la loi de sauvegarde », *Rev. proc. coll.* 2008, n°3, p. 20, s., sp. p. 22.

¹⁷⁵¹ D. VOINOT, « La nouvelle procédure de sauvegarde », *Gaz. pal.* 7-8 sept. 2005, n°sp. 40, p. 34,

¹⁷⁵² Rapp. XAVIS DE ROUX, n°2095, p. 219.

¹⁷⁵³ Rapp. XAVIER DE ROUX, n°2095, p. 315.

¹⁷⁵⁴ Rapp. HYEST, n°335, p. 205.

734. Il n'y a donc pas de contraction en réalité, mais, des difficultés, il peut y en avoir en cas de conflit entre créanciers postérieurs de la première procédure et ceux de la seconde. Face à cette difficulté, qui pourrait se poser, d'aucuns ont pensé qu'il serait équitable que ces deux catégories de créanciers entrent en concurrence et soient payées, au sein de chacun des rangs institués, au marc-le-franc¹⁷⁵⁵. Le raisonnement contraire a cependant été émis par un auteur dans un premier temps¹⁷⁵⁶, avant de se rétracter¹⁷⁵⁷. Il s'est aligné sur le raisonnement d'un autre auteur qui semble cohérent : « *observons que deux objections méritent d'être formulées car, d'une part, le législateur n'a pas explicitement prévu de distinction entre les deux catégories de créanciers privilégiés, selon qu'ils sont de la première ou de la seconde procédure. D'autre part, s'il fallait distinguer, le rang des créanciers postérieurs de la première procédure ne serait pas précisé par les textes, ce qui interdirait alors leur classement* »¹⁷⁵⁸. Selon la lettre du texte¹⁷⁵⁹ : « 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 ». Ainsi, la date du jugement d'ouverture fait penser que ne sont concernées, par ces dispositions, que les créances nées de la procédure en cours. Le II du même texte indique toutefois que le privilège est reconnu à ces créances et cela établit un lien symétrique entre le domaine du paiement à l'échéance et celui du privilège. Cependant comme le privilège ne peut disparaître du fait de la résolution ou de la clôture d'un plan de redressement ou de sauvegarde, il faut bien admettre alors le maintien du privilège dans la procédure subséquente¹⁷⁶⁰. Quelle solution alors ? Un auteur en propose une qui peut être suivie : il n'y a pas d'obstacle à déconnecter la règle du paiement à l'échéance de

¹⁷⁵⁵ F. PEROCHON, *Entreprise en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, n°811 ; A. LIENHARD, *Procédures Collectives 2015/2016*, 6^e éd., Delmas, 2014, n°76-67 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., LGDJ-Lextenso éditions, 2014, n°657 ; Trib. com. Grasse, 20 avr. 2015, CGA/ Selarl Gauthier-Sohm, ès qual. liquidateur SA Temex.

¹⁷⁵⁶ F. PEROCHON, « Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005 », *Gaz. proc. coll.* 2005, n° sp. 7-8 sept. 2005, p. 57s, sp. p. 67, n°55.

¹⁷⁵⁷ F. PEROCHON et R. Bonhomme, *Entreprise en difficulté*, 7^e éd., LGDJ, 2013, n°388.

¹⁷⁵⁸ P. M. LE CORRE, « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises », *D.* 2005, chron. 2299 s., n°46, sp. p. 2313.

¹⁷⁵⁹ Art. L.622-17, I, c. com.

¹⁷⁶⁰ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017-2018*, 9^e éd., Dalloz Action, 2016, p. 1091.

la règle du paiement par privilège¹⁷⁶¹. Pour que les créanciers bénéficient d'un traitement préférentiel, il faut que certaines conditions soient remplies.

735. Il faut que les créances soient régulièrement nées, d'une part, après le jugement d'ouverture et, d'autre part, qu'elles relèvent d'une des causes requises. En d'autres termes, ne sont concernées que les créances postérieures à l'ouverture de la procédure. La référence est faite au fait générateur de la créance pour le cas où la date d'exigibilité serait différente. Dès lors, une créance née antérieurement au jugement d'ouverture, mais exigible après le jugement d'ouverture est une créance fondamentalement externe au domaine de l'article L.622-17 du code de commerce. La solution a été appliquée en 2012 par la Cour de cassation en matière de contrat d'émission de titres¹⁷⁶². Toute créance qui résulte d'une action d'un auteur non habilité et qui ne s'inscrit pas dans le strict besoin du déroulement de la procédure est irrégulière. Il est important que la créance soit nécessaire à la poursuite de l'activité comme cela a toujours été réitéré par les tribunaux¹⁷⁶³. Toutefois, une créance née hors limite de la période d'observation devrait être régulière dans la mesure où elle s'inscrit dans le processus de restructuration de l'entreprise et la jurisprudence ne la sanctionne pas. La date de naissance et l'origine de la créance sont équivalentes. Il a été ainsi jugé que l'origine et la naissance d'une créance de remboursement d'un prêt immobilier dont l'offre a été acceptée se situent à la même date¹⁷⁶⁴. Les créances résultant aussi des contrats antérieurs dont l'exécution se situe postérieurement au jugement d'ouverture devraient faire partie du domaine des créances privilégiées. Toutefois, les indemnités et pénalités dues en cas de résiliation d'un contrat d'abord continué en sont exclues, pour ne pas alourdir ce nouveau passif et pour ne pas décourager l'administrateur à opter dans un premier temps pour la continuation¹⁷⁶⁵. En revanche, en matière de bail, la créance

¹⁷⁶¹ L.-C. Henry, « La notion de privilège de procédure dans la loi de sauvegarde », *Rev. proc. coll.* 2008, p. 20 s., n°32, sp. p. 30.

¹⁷⁶² Com. 21 févr. 2012, n°11-11.693, *BJE*, n°2, p. 78, note R. DAMANN ET G. PODER ; *JCP E* 2012, p. 1228, note T. BONNEAU ; *Rev. proc. coll.* 2012, n°3, p. 43, note J. FRAIMOUT.

¹⁷⁶³ Com. 15 oct. 2013, n°12-23.830 (créance dépens), *D.* 2013, p. 2461 ; *Rev. Sociétés* 2013, p. 728, obs. Ph. ROUSSEL GALLE ; *Gaz. pal. éd. spéc.* 12-14 janv. 2014, n°12-14, p. 23, note D. BOUSTANI ; Grenoble, ch. com., 31 mai 2012, n°11/02571 (créance afférente aux opérations de dépollution d'un site), *RTD com.* 2013, n°1, p. 140, note A. MARTIN-SERF ; *D.* 2012, pan. p. 2196, note X. LUCAS et P.-M. LE CORRE ; *Gaz. pal.* 8 avr. 2012, n°286-287, p. 24, note L.-C. HENRY.

¹⁷⁶⁴ Com. 23 avr. 2013, n°12-14.906, *RJC* 2014, n°1, p. 60, note J.-P. SORTAIS ; *RTD com.* 2013, n°3, p. 588, note A. MARTIN-SERF ; *BJE* 2013, n°4, p. 640, note S. BENILSI ; *Gaz. pal. éd. spéc.* 12-13 juill. 2013, n°193-194, p. 16, note L.-C. HENRY.

¹⁷⁶⁵ Com. 15 oct. 2002, n°00-10.898, *Rev. proc. coll.* 2003, n°1, p. 20, obs. Ph. ROUSSEL GALLE ; *RTD com.*, 2003, n°1, p. 166, obs. A. MARTIN-SERF.

de restitution de dépôt de garantie versée antérieurement au jugement d'ouverture devrait être une créance antérieure, car son fait générateur est le contrat lui-même et non sa fin. Quant aux créances résultant de responsabilité délictuelle, le fait générateur est la faute ou le fait dommageable¹⁷⁶⁶.

736. Les titulaires de ces créances postérieures au jugement d'ouverture, et éligibles au traitement préférentiel, sont soumis, en principe, au paiement à l'échéance. A défaut, ils bénéficient d'un privilège par rapport à toutes les autres créances excepté¹⁷⁶⁷ les créances salariales, les frais de justices et le privilège de la conciliation. Ces créances sont payables à vue, sans terme ni délai, et les titulaires ont le droit d'en exiger le paiement, d'exercer des poursuites, y compris en référé-provision, prendre des mesures conservatoires, obtenir un titre exécutoire et diligenter des voies d'exécution. De telles créances échappent à la discipline collective et, pour elles, le paiement redevient le prix de la course. Il peut arriver que ces créanciers ne soient pas payés à l'échéance. Se pose alors la question de savoir comment répartir les fonds ultérieurement ?
737. Selon le code de commerce¹⁷⁶⁸, les créanciers postérieurs sont payés par priorité à toutes les créances antérieures même assorties de privilèges ou de sûretés. Les créanciers chirographaires postérieurs seront payés avant les créanciers hypothécaires antérieurs et avant le Trésor public ou la Sécurité sociale dont les titres sont antérieurs au jugement d'ouverture. Plus concrètement l'ordre de paiement est le suivant : 1-les créances salariales, 2-les frais de justice, 3-les créances assorties du privilège de la conciliation, 4-les créances antérieures garanties par des sûretés immobilières ou mobilières assorties d'un droit de rétention ou d'un nantissement d'outillage ou du matériel d'équipement, 5-les créances postérieures éligibles au traitement préférentiel ; entre les créances postérieures privilégiées, un classement interne existe : les sommes dues au titre des salaires issues de la période d'observation, les prêts consentis ainsi que les créances résultant de l'exécution des contrats poursuivis dans le sens de l'article L.622-13 du code de commerce et dont le co-contractant accepte un paiement différé ; enfin, les autres créances chirographaires selon leur rang en fonction des causes de préférence de droit commun¹⁷⁶⁹. Pour garder leur traitement préférentiel, les créanciers titulaires de ces créances postérieures doivent porter ces créances à la connaissance de l'administrateur judiciaire, du commissaire à

¹⁷⁶⁶ Com. 16 mars 2010, n°09-93.937, *Gaz. Pal.* éd. spéc. 2 juill. 2010, n°183-184, p. 23, note L.-C. HENRY.

¹⁷⁶⁷ Art. L.622-17, II, c. com.

¹⁷⁶⁸ Art. L.622-17, II, c. com.

¹⁷⁶⁹ F. PEROCHON, R. BONHOMME, *Entreprise en difficulté, instrument de crédit et de paiement*, 8^e éd., LGDJ, 2009, n°322-3.

l'exécution du plan ou du liquidateur, dans le délai d'un an, à compter de la fin de la période d'observation.

738. Le traitement préférentiel accordé aux créances postérieures suscite cependant des interrogations au sein de la doctrine. Nombreuses sont des créances qui, bien qu'elles soient postérieures au jugement d'ouverture, ne sont pas privilégiées. C'est le nouveau domaine de protection de la période d'observation, lequel concerne également l'irresponsabilité des créanciers dispensateurs de crédit.

Paragraphe II. Un domaine nouveau de protection de l'entreprise pendant la période d'observation : adopté en droit français, inconnu en droit OHADA

739. En droit français, toutes les créances, postérieures au jugement d'ouverture, étaient éligibles au traitement préférentiel¹⁷⁷⁰. Le seul critère qui était alors retenu était que la créance soit régulièrement née après le jugement d'ouverture. L'attribution du traitement préférentiel était automatique et les titulaires de ces créances étaient payés à l'échéance. Ils n'étaient pas soumis à l'obligation de les produire au passif. Des réformes sont intervenues¹⁷⁷¹ ; la question a connu une évolution. Un nouveau domaine de protection de l'entreprise pendant la période d'observation a été adopté¹⁷⁷². Désormais, il est procédé à un tri entre les créances pour sélectionner celles qui ont le mérite de bénéficier d'un traitement préférentiel - la doctrine les désigne sous l'appellation de « *créances postérieures méritantes* »¹⁷⁷³ -. Les autres, c'est-à-dire celles qui ne font pas partie de la classe des méritantes, sont assimilées aux créances antérieures - un auteur semble préférer les désigner sous l'appellation de créances antérieures assimilées¹⁷⁷⁴.
740. Le code de commerce énumère les critères de sélection des créances postérieures privilégiées : les créances nées pour les besoins de la période d'observation, pour le déroulement de la procédure, pour les besoins de la vie courante du débiteur personne physique, et les créances

¹⁷⁷⁰ Art. L.622-32, al. 32, L.25 janv. 1985 : art. 40.

¹⁷⁷¹ L. n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n° 173 du 27 juill. p. 12187, texte n°5 ; ord., n°2008-345 du 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *JORF* n°0295 du 19 déc. 2008, p. 19462, texte n°29 et ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

¹⁷⁷² F. PEROCHON, R. BOHOMME, *Entreprise en difficulté. Instrument de crédit et de paiement*, 8^e éd., LGDJ, 2009, n° 247.

¹⁷⁷³ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017/2018*, 9^e éd. 2016, chap. 454.

¹⁷⁷⁴ F. PEROCHON, R. BOHOMME, *Entreprise en difficulté. Instrument de crédit et de paiement*, 8^e éd., LGDJ, 2009, n° 241.

qui sont la contrepartie d'une prestation fournie au débiteur¹⁷⁷⁵. Toute créance ne rentrant pas dans l'un des cas énumérés n'est pas éligible au traitement préférentiel. Les dispositions de l'article L.622-17 du code de commerce sont insuffisantes à rendre compte de toute la question¹⁷⁷⁶. Cela instaure une réelle difficulté de différenciation, même si les textes prévoient des exceptions à la règle. De ce fait, il faut explorer les décisions jurisprudentielles pour en définir davantage les contours.

741. La démarche paraît importante tant le régime des créances postérieures a connu une véritable fluctuation législative et fait l'objet de beaucoup de commentaires au sein de la doctrine¹⁷⁷⁷. Elle est surtout intéressante quant à la finalité¹⁷⁷⁸ que le législateur a entendu conférer à la mesure, laquelle semble discutable. Le domaine nouveau de protection de la période d'observation concerne également le crédit accordé au débiteur en difficulté. L'indispensable partenaire qu'est l'établissement de crédit, a vu sa responsabilité soumise à un régime spécifique sous l'empire de la loi de sauvegarde de 2005¹⁷⁷⁹. Autrefois créancier privilégié, la situation du banquier s'est dégradée au fil du temps. Il fait face à un dilemme. S'il accroît par imprudence le financement de l'entreprise dont la situation est sans issue, il se voit reprocher l'octroi d'un crédit ruineux¹⁷⁸⁰. Si aussi par méfiance il rompt son concours à l'entreprise dont

¹⁷⁷⁵ Art. L.622-17 et L. Art. L.641-13, I, c. com.

¹⁷⁷⁶ P. LE CANNU, *Droit commercial. Entreprise en difficulté*, 7^e éd. Dalloz, nov. 2006, n°818.

¹⁷⁷⁷ Dont entre autres : A.-M. ROMANI, *La banque dans tous ses (E) états*, éd. Mart & Martin, 2016, p. 179 et s., A. BUTHURIEUX, *La responsabilité du banquier*, éd., Litec, 1999 ; G. PRAT, *La responsabilité du banquier et la « faillite » de son client*, Technique et documentation, 1980 ; R. ROUTIER, *La responsabilité du banquier*, éd., LGDJ, 1997 ; G. A. LIKILLIMBA, *Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté*, éd., Litec, 2001 ; F. DERRIDA, G. GODE, J.-P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaire des entreprises*, éd., Dalloz, n°406 ; J. DEVEZE, *Droit du financement*, éd., Lamy, 2001, n°3317 et s. ; C. GALVADA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, éd., Litec, 1999, n°399 et s. ; B. SOINNE, *Traité théorique et pratique des procédures collectives*, éd., Litec, 1987, n°1334 et s.

¹⁷⁷⁸ Celle de limiter les sorties de fonds disponibles du débiteur, afin que ces fonds servent à financer le plan de restructuration. Belle soit-elle, cette idée constitue, quelque part, un motif de découragement pour les partenaires du débiteur qui, sachant qu'en dépit de leur prise de risque de collaborer avec une entreprise en faillite, n'auront probablement pas un traitement préférentiel.

¹⁷⁷⁹ Jusqu'à la loi de sauvegarde (L. n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n° 173 du 27 juill. p. 12187, texte n°5), la responsabilité du banquier dispensateur de crédit à une entreprise en difficulté était soumise au droit commun : responsabilité contractuelle civile (art.1142 et s.) et responsabilité délictuelle (art. 1382 et s.), dans leur rédaction antérieure à la réforme de 2016 du droit des contrats.

¹⁷⁸⁰ Com. 10 déc. 2003, *BRDA* 1/2004, n°12 ; *JCP G* 2004, II, 10057, note A. BUGGA ; *JCP E* 2004, n°7, 552, note D. LEGEAS ; Com. 22 mars 2005, *Bull. civ.* IV, n°67 ; *BRDA* 10/2005, n°31, *D.* 2005, *act. jur.*, p. 1020, note obs. A. LIENHARD ; *RTD com.* 2005, p. 578, obs. D. LEGEAS ; Com. 8 janv. 2008, *Rev. proc. coll.* 2008, n°169 et 170, note A. MARTIN-SERF ; Com. 27 mai 2008, *Rev. proc. coll.* 2008, n°168, obs. A. MARTIN-SERF.

il juge la situation irrémédiablement compromise, il se voit reprocher d'avoir anticipé la chute de cette entreprise¹⁷⁸¹.

742. La notion de créance postérieure non privilégiée semble inconnue en droit OHADA. Pour cause probable, le législateur ne fait pas de tri spécifique parmi les dettes postérieures dites « créances de la masse » pour choisir celles qui méritent d'être élues au bénéfice du privilège. L'article 117 de l'Acte uniforme des procédures collectives définit les dettes postérieures par deux critères : une dette née régulièrement après le jugement d'ouverture ; et une dette née de la continuation de l'activité et de toute activité régulière du débiteur ou du syndic. Les deux conditions sont cumulatives. De même, la responsabilité du banquier dispensateur de crédit est insuffisamment évoquée. Seuls deux articles y font expressément allusion : l'article 118 parle, dans un terme général, « d'agissements fautifs » d'un tiers qui peut être créancier ou non ; l'article 218 parle d'agissements constitutifs de banqueroute. Comme dans le cas des dettes de la masse, l'interprétation est laissée à la jurisprudence. Cette dernière a néanmoins permis, au travers d'un arrêt de la cour d'appel d'Abidjan, de définir les consistances de la responsabilité du banquier, en s'inspirant de la jurisprudence française. Dans le cadre de ce paragraphe, il sera largement fait appel à la doctrine et aux décisions jurisprudentielles de la France.
743. Les créances postérieures engendrées par la continuation de l'activité de l'entreprise en difficulté pendant la période d'observation ont été déjà évoquées¹⁷⁸². Nous nous proposons d'y revenir dans le but d'évoquer les créances postérieures qui ne sont pas privilégiées (I). Afin de favoriser le redressement de l'entreprise en difficulté qui a nécessairement besoin de crédit pour la relance de ses activités, l'irresponsabilité des créanciers dispensateurs de crédit est affirmée¹⁷⁸³ depuis la réforme de 2005 précitée en droit français (II).

I. Les créances postérieures non privilégiées

744. Une procédure passerelle a une période d'observation assez courte¹⁷⁸⁴. L'entreprise engagée dans une procédure judiciaire de sauvegarde ou de redressement judiciaire a besoin de toute

¹⁷⁸¹ Com. 13 mars 2007, *D.* 2007, *act. juri.* P.1020, *osb.* A. LIENHARD ; *RLDA* mai 2007, n°943, *obs.* A. CERATI-GAUTHIER.

¹⁷⁸² V. *Supra*, n°749.

¹⁷⁸³ Art. L.650-1, c. com. : « *Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci* ».

¹⁷⁸⁴ La SFA ne dépasse pas 2 mois au maximum, tandis que la SA dure 3 mois.

aide de nature à mettre fin à ses difficultés. Sa situation étant obérée, l'entreprise en difficulté a besoin du crédit pour financer son activité et son plan de réorganisation¹⁷⁸⁵. C'est de là que le débiteur aura besoin du soutien de certains de ses partenaires. Le rapport qui peut s'installer entre le débiteur et ses partenaires peut porter sur des prestations de biens ou de services ou sur des prêts. Les créances qui découlent régulièrement de ces relations, alors que l'entreprise est en période d'observation, sont qualifiées de créances postérieures¹⁷⁸⁶. L'entreprise en difficulté, qui se trouve engagée dans une procédure passercelle, peut avoir une dette contractée pendant la période d'observation, sans que son titulaire ne puisse être élu au traitement préférentiel. Le fait est nouveau. Il y a un risque d'appel implicite à la prudence et à la vigilance fait aux partenaires du débiteur, et en réaction ces derniers pourraient être moins enclins à collaborer s'ils savent qu'ils auront le même statut que les créanciers antérieurs. Ce fait nouveau a une origine, une explication.

745. La législation, antérieure à la loi de sauvegarde de 2005¹⁷⁸⁷, prévoyait un traitement préférentiel des créances postérieurement nées au jugement d'ouverture : paiement à l'échéance et, à défaut, paiement par priorité¹⁷⁸⁸. La jurisprudence a ainsi longtemps considéré que toute créance, régulièrement née dans ces conditions, devait bénéficier du traitement préférentiel, peu importe qu'elle ait ou non un lien étroit avec l'activité poursuivie¹⁷⁸⁹. Elle se dédita dans son rapport annuel pour 2002, eu égard à l'objectif de redressement de l'entreprise : « *il serait plus favorable au redressement des entreprises que seules les créances nécessaires à la poursuite de l'activité après le jugement d'ouverture bénéficient d'un tel traitement de faveur* ». ¹⁷⁹⁰ L'idée est rapidement exploitée par le législateur. Il l'adoptera lors de la réforme réalisée par la loi du 26 juillet 2005¹⁷⁹¹.
746. Depuis cette réforme précédemment citée, le législateur ne retient que les créances nées « *pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la procédure d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, pour son activité professionnelle pendant*

¹⁷⁸⁵ F. PEROCHON, R. BOHOMME, *Entreprise en difficulté. Instrument de crédit et de paiement*, 8^e éd., LGDJ, 2009, n^o. 303.

¹⁷⁸⁶ Art. L.622-17, c. com.

¹⁷⁸⁷ L. n^o2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n^o 173 du 27 juill. p. 12187, texte n^o5.

¹⁷⁸⁸ Art. L. 621-32, c. com.

¹⁷⁸⁹ Com. 14 janv. 2004, n^o01-10.107 NP ; Com. 4 mars 1997, n^o92-21.785, *Bull. civ. IV*, n^o62, p. 56.

¹⁷⁹⁰ Rapp., cass. com. 2002, p. 30.

¹⁷⁹¹ L. n^o2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n^o 173 du 27 juill. p. 12187, texte n^o5.

cette période »¹⁷⁹², pour bénéficier du traitement préférentiel. La jurisprudence, et la dernière réforme du droit commun des contrats¹⁷⁹³, n'ont pas tardé à éclairer le travail législatif. De même qu'il a été jugé qu'il appartient au créancier d'une créance postérieure, qui demande à être payé, de prouver, conformément au droit civil¹⁷⁹⁴, le caractère postérieur de cette créance, de même il faudrait admettre qu'il lui appartient également de prouver l'éligibilité de sa créance au traitement préférentiel. Ce créancier aura tout intérêt, dans sa tentative de justification, de prouver que la créance n'a pas qu'un simple lien avec la procédure, mais qu'elle est en rapport avec le déroulement de cette dernière¹⁷⁹⁵, ce qui n'apparaît pas facile.

747. A titre d'exemple, concernant les honoraires des conseils du débiteur, est-il question de créances nées pour le déroulement de la procédure ou non ? Au sein de la doctrine, certaines réponses sont affirmatives¹⁷⁹⁶, tandis que d'autres sont évasives¹⁷⁹⁷. La Cour de cassation a estimé que de tels honoraires étaient des créances nées pour le déroulement de la procédure¹⁷⁹⁸, ce qui semble logique dès lors que le conseil du débiteur voire son avocat l'ont assisté dans la défense de ses intérêts en rapport avec le déroulement de ladite procédure.
748. Tel que le débat se présente, force est de constater que l'état de la question générale des créances postérieures au sein de la doctrine est loin d'être tranché, tant il existe toujours une confusion entre les créances postérieures qui sont nées pour les besoins de la période d'observation, celles qui sont nées pour les besoins du déroulement de la procédure, et celles qui découlent d'une contrepartie des prestations fournies au débiteur¹⁷⁹⁹. Néanmoins, un auteur semble faire une proposition intéressante¹⁸⁰⁰ ; selon lui il serait souhaitable qu'à chacune des trois notions, un domaine spécifique soit affecté par le législateur. Cela aurait le mérite de

¹⁷⁹² L.622-17, I, c. com.

¹⁷⁹³ Ord., n°2016-131 du 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* du 11 févr. 2016, texte n°26.

¹⁷⁹⁴ Art. 1353, tel que modifié par l'ord., n°2016-131 du 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* du 11 févr. 2016, texte n°26.

¹⁷⁹⁵ A. LIENHARD, *Sauvegarde des entreprises en difficulté*, 2^e éd. Delmas, 2007, n°766.

¹⁷⁹⁶ F. PEROCHON, « Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005 », *Gaz. proc. coll.*, n°29, 7-8 sept. 2005, p. 57, sp. p. 60 ; P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017/2018*, 9^e éd. 2016, p. 1057.

¹⁷⁹⁷ P. LE CANNU, M. JEANTIN, *Droit commercial. Entreprise en difficulté*, 7^e éd. Dalloz, 2006, n°766.

¹⁷⁹⁸ Com. 1^{er} déc. 2015, n°14-20.668, *Bull. civ. IV*.

¹⁷⁹⁹ Pour approfondir, v. A. LIENHARD, *Procédures collectives 2011/2012*, 4^e éd., Delmas, 2011, n°76.53 ; F. PEROCHON, *Entreprise en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, n°789 ; Ph. ROUSSE GALLE, *Réforme du droit des entreprises en difficulté*, 2^e éd., Litec, 2007, n°464 ; A. JACQUEMONT, R. FABRES, *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., LexisNexis, 2015, n°449.

¹⁸⁰⁰ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017/2018*, 9^e éd., Dalloz action, 2016, p. 1061.

mettre fin aux multiples interprétations. En attendant, un auteur accuse le législateur d'utiliser des termes vides de sens¹⁸⁰¹. Ce propos a tout de même été jugé pour le moins curieux¹⁸⁰².

749. Dans les lignes qui vont suivre, le centre d'intérêt sera les créances postérieures non privilégiées (A) et les exceptions prévues (B).

A. Les interdictions

750. Les créances postérieures au jugement d'ouverture ne sont plus automatiquement qualifiées de créances privilégiées. Un tri est instauré¹⁸⁰³ depuis la loi de sauvegarde¹⁸⁰⁴. Seules les créances visées au I de l'article L.622-17 du code de commerce sont concernées par le traitement préférentiel. Ce texte n'établit pas une liste de ces créances. Il se limite à définir les critères. Dès lors, la sélection à faire, sur la base de ce texte, devient très imprécise¹⁸⁰⁵, et renforce la controverse au sein de la doctrine. Le législateur français n'a pas totalement tort en ayant pas établi une liste dans la mesure où cela aurait provoqué une insécurité juridique. Tout abus de restriction de cette disposition provoquerait une insécurité juridique pour les partenaires de l'entreprise et ne semble pas correspondre à la volonté du législateur - ce dernier a voulu lutter contre les abus que la jurisprudence sous l'empire de la législation antérieure à 2005 avait provoqués -, sans pour autant que la sélection entre les créances postérieures ne se transforment en une chasse aux sorcières contre les créances postérieures à qualifier de non privilégiées¹⁸⁰⁶. Dans cette controverse, un auteur semble proposer une ligne de différenciation plus facile à cerner. Il propose d'admettre que si la créance est la conséquence juridique de la poursuite d'activité, la créance est née pour les besoins de cette poursuite et est, en conséquence, éligible au traitement préférentiel¹⁸⁰⁷. Le soin est laissé à la jurisprudence de qualifier la créance.
751. La Cour de cassation n'a pas considéré la taxe foncière comme une créance née pour les besoins du déroulement de la procédure, au motif qu'elle permettrait la conservation de l'immeuble par le mandataire judiciaire¹⁸⁰⁸. Cette position jurisprudentielle se justifie logiquement. En fait, la créance résultant de la taxe foncière est automatiquement engendrée par la détention de

¹⁸⁰¹ A. LIENHARD, *Procédures collectives 2011/2012*, 4^e éd., Delmas, 2011, n°76.53.

¹⁸⁰² P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017/2018*, 9^e éd. 2016, p. 1061.

¹⁸⁰³ F. PEROCHON, R. BOHOMME, *Entreprise en difficulté. Instrument de crédit et de paiement*, 8^e éd., LGDJ, 2009, p. 241.

¹⁸⁰⁴ L. n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n° 173 du 27 juill. p. 12187, texte n°5.

¹⁸⁰⁵ P. LE CANNU et M. JEANTIN, *Droit commercial. Entreprise en difficulté*, 7^e éd. Dalloz, 2006, n°818.

¹⁸⁰⁶ Ph. PETEL, « les créanciers postérieurs », *Rev. proc. coll.* 2006/2, n°16, p. 144.

¹⁸⁰⁷ Ph. PETEL, « les créanciers postérieurs », *Rev. proc. coll.* 2006/2, n°15, p. 142 à 144.

¹⁸⁰⁸ Com. 14 oct. 2014, n°13-24. 555, *Bull. civ.* IV, n°148, *D.* 2014, *Actu.* 2109, note A. LIENHARD.

l'immeuble, de sorte qu'il ne s'agit pas de préserver un quelconque actif en ce que le paiement de la taxe foncière n'a aucun effet sur la préservation des immeubles qui sont à leur origine. N'étant donc pas inhérente à la procédure collective, elle n'est pas née pour les besoins de la procédure et, en conséquence, ne saurait être considérée comme une créance postérieure privilégiée.

752. La cour de cassation ne semble pas rattacher les cas de créances nées en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur aux deux autres critères liés à la naissance pour les besoins de la procédure ou de la période d'observation. C'est ainsi qu'elle a refusé la condamnation d'un liquidateur au paiement d'un loyer d'un bail d'habitation correspondant à une jouissance procurée au débiteur après expiration de la période de poursuite d'activité (en liquidation judiciaire), en estimant que cette créance n'est pas née pour les besoins du déroulement de la procédure¹⁸⁰⁹. Par ailleurs, les cotisations sociales dues par un avocat au compte de la poursuite d'activité après l'ouverture d'une procédure collective le concernant, ont été jugées inhérentes à l'exercice professionnel¹⁸¹⁰. La même considération a été accordée à la contribution sociale de solidarité¹⁸¹¹, tout comme aux cotisations des travailleurs, involontairement privés d'emploi, dues¹⁸¹² en vertu du code du travail.
753. En revanche - mais dans le cadre de la liquidation judiciaire - la carte grise d'un véhicule à usage non professionnel, la taxe d'habitation voire la redevance télévisuelle, ne pourront bénéficier du traitement préférentiel, par le rattachement aux critères liés aux besoins de la poursuite d'activité ou de la période d'observation, dès lors qu'il s'agit d'impôts et assimilés non rattachables à l'activité de l'entreprise en difficulté. Ces créances doivent être considérées comme des créances de la vie courante et, en conséquence, être payées sur ce fondement, après le jugement d'ouverture, sous l'empire de la loi de sauvegarde de 2005¹⁸¹³ (inchangée en la matière). Toutefois, elles ne devront pas être traitées comme des créances privilégiées, sous l'empire de l'ordonnance du 18 décembre 2008¹⁸¹⁴. Cependant, le fait qu'elles soient des

¹⁸⁰⁹ Com. 12 mars 2013, n°11-24.365, Bull. civ. IV, n°38 ; Gaz. Pal. 12 juill. 2013, n°193, p. 15, note HENRY.

¹⁸¹⁰ Civ. 2^e 16 sept. 2010, n°09-16.182, NP, D. 2011. pan. 2080, note P.-M. LE CORRE.

¹⁸¹¹ Com. 15 juin 2011, n°10-18.726, Bull. civ. V, n°99.

¹⁸¹² Com. 7 sept. 2013, n°12-10.261, NP.

¹⁸¹³ L. n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, JORF n° 173 du 27 juill. p. 12187, texte n°5.

¹⁸¹⁴ Ord., n°2008-1345 du 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, JORF n°0295 du 19 déc. 2008, p. 19462, texte n°29.

créances nées pour les besoins de la vie courante d'un débiteur personne physique, cela permet de les élire au traitement préférentiel sous l'empire de l'ordonnance du 12 mars 2014¹⁸¹⁵.

754. Les créances postérieures au jugement d'ouverture, régulièrement nées, mais ne pouvant bénéficier d'un traitement préférentiel, sont considérées comme des créances antérieures¹⁸¹⁶. Si la règle peut être compréhensible, dans le sens qu'il doit y avoir un lien étroit entre une créance et l'activité ou la procédure du débiteur, elle l'est moins sous l'angle de l'attractivité auprès des partenaires du débiteur. En fait, elle peut paraître décourageante. A cet égard, un auteur conseille aux créanciers postérieurs de ne pas accorder de crédit au débiteur¹⁸¹⁷. La méfiance de cet auteur peut être comprise. D'abord parce que la qualification d'une créance de « créance privilégiée » revient au tribunal. Il y a donc des chances que le partenaire, appelé en aide au débiteur ou ayant eu une opération commerciale avec lui, pense, faute de connaissance réelle des critères de différenciation, que sa créance sera éligible au traitement préférentiel, alors qu'il n'en sera rien. Ensuite, parce que le partenaire, qui veut être privilégié pour avoir apporté un concours financier, ou pour avoir fourni un service ou un bien au débiteur en difficulté, sera moins enclin à coopérer, s'il sait au prime abord qu'en dépit de sa bonne volonté, il sera traité de la même manière que les créanciers antérieurs. Dès lors, le principe de distinction entre les créances postérieures mérite d'être revu. Comme le souligne un auteur, si la créance est la conséquence juridique de la poursuite d'activité, il faut alors admettre qu'elle est née pour les besoins de cette poursuite et est, en conséquence, éligible au traitement préférentiel¹⁸¹⁸. Une uniformisation de la règle paraît simple.
755. En plus de n'être pas éligibles au traitement préférentiel, les titulaires des créances postérieures non privilégiées sont soumis à un certain nombre de règles disciplinaires et collectives : ils doivent déclarer leurs créances¹⁸¹⁹, à l'image des créances antérieures, sous peine d'inopposabilité à la procédure ; ils ne sont pas payés à l'échéance¹⁸²⁰ ; ils sont confrontés à l'interdiction des poursuites individuelles et des paiements¹⁸²¹.

¹⁸¹⁵ Ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

¹⁸¹⁶ Com. 3 déc. 2013, n°12-28.718, NP ; n°1156 F-D ; *Gaz. pal.* 29 juin 2014, n°180, p. 24, note BOUSTANI ; *Rev. proc. coll.* 2015, comm. 119, note C. SAINT-ALARY-HOUIN.

¹⁸¹⁷ Ph. PETEL, « Les créanciers postérieurs », *Rev. proc. coll.* 2006/2, n°27, p. 142 à 146.

¹⁸¹⁸ Ph. PETEL, « Les créanciers postérieurs », *Rev. proc. coll.* 2006/2, n°15, p. 142 à 144.

¹⁸¹⁹ Art. L.622-24, al. 6, c. com.

¹⁸²⁰ Art. L.622-17, c. com.

¹⁸²¹ Art. L.622-21 et L.622-7, c. com.

756. Cependant, les titulaires de ces créances postérieures non privilégiées bénéficient de certains avantages par rapport aux créanciers antérieurs. A titre d'exemple, ils ne subissent pas l'arrêt du cours des intérêts, faute de texte, selon un auteur¹⁸²². Un autre auteur évoque, pour justifier l'application du cours des intérêts à ce type de créances, les dispositions de l'article L.622-28, alinéa premier, du code de commerce, qui ne s'appliquent qu'aux intérêts dont le cours a commencé avant le jugement d'ouverture¹⁸²³. Cette interprétation peut être suivie dans la mesure où il aurait été dommage voire injuste, si le législateur avait soumis ces créances à cette règle d'arrêt du cours des intérêts.
757. Les créances postérieures irrégulièrement nées, quant à elles, ne seront pas à déclarer au passif de la procédure¹⁸²⁴. Inopposables par nature à la procédure, aucune raison ne justifie leur considération. Elles sont nées irrégulièrement, soit par suite d'un acte - non autorisé par le juge commissaire - du débiteur, soit par l'inefficacité des actes passés pendant la période suspecte. La règle n'est que pure logique.
758. En droit OHADA, le législateur a opté pour une définition générique des créances postérieures éligibles au traitement préférentiel. Selon l'AUPC, « *toutes les dettes nées régulièrement après le jugement d'ouverture, de la continuation de l'activité et de toute activité régulière du débiteur ou du syndic sont des créances de la masse, sauf celles nées de l'exploitation du locataire-gérant qui restent exclusivement à sa charge sans solidarité avec le propriétaire du fonds* ». ¹⁸²⁵ A première vue, cette définition se présente simple, pourtant, elle est confuse tant le législateur ne dit mot sur ce qu'il faut entendre par « toute activité régulière du débiteur ou du syndic ». Dès lors, la définition d'une créance postérieure non privilégiée pourrait poser un problème aux juges. Comme son homologue français, l'application du texte au cas d'espèce est laissée à l'appréciation discrétionnaire du juge. Or, une telle liberté peut donner lieu soit à une interprétation excessive, soit à une interprétation restrictive, eu égard surtout, au manque de spécialisation des magistrats africains souvent dénoncé¹⁸²⁶. Dans l'un ou l'autre cas, un risque d'insécurité juridique peut exister.

¹⁸²² F. PEROCHON, *Entreprise en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, n°620, note 172.

¹⁸²³ Ph. LE CANNU et M. JEANTIN, *Droit commercial. Entreprise en difficulté*, 7^e éd. Dalloz, 2006, n°826.

¹⁸²⁴ F. PEROCHON, *Entreprise en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, n°783 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., LGDJ, 2014, n°661 ; Ph. PETEL, *Procédure collectives*, 8^e éd., Dalloz, 2014, n°231.

¹⁸²⁵ Art. 117, AUPC.

¹⁸²⁶ C. NDONGO, *La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC révisé*, thèse de doctorat, éd., LGDJ, 2018, n°535.

759. Cependant, comment reprocher au législateur de n'avoir pas établi une liste d'activités dites régulières ou non, quand on sait que cela aurait limité l'interprétation des juges dans l'application du texte ? Entre deux maux, ne faut-il pas choisir le moins mauvais ? Le moins mauvais dans ce dilemme semble être la latitude laissée au juge d'analyser chaque cas d'espèce par rapport à la lettre et, au besoin, à l'esprit du texte.
760. Faute d'avoir défini ce qu'est une créance postérieure non privilégiée, le législateur OHADA laisse penser que toute créance postérieure ne rentrant pas dans la définition de l'article 117 sont inéligibles au traitement préférentiel.
761. En droit français, l'assimilation des créances postérieures non privilégiées aux créances antérieures connaît des tempéraments. C'est le cas des créances postérieures alimentaires et celles liées aux besoins de la vie courante du débiteur personne physique.

B. Les exceptions

762. Les créances postérieures de nature alimentaire font exception à la règle du non-paiement de l'article L.622-7 du code de commerce. De même, depuis la loi de sauvegarde de 2005¹⁸²⁷, les créances postérieures résultant des besoins de la vie courante du débiteur personne physique, telles que les frais de loyers du logement principal de sa famille, les frais de l'éducation de ses enfants, font exception à la règle de l'interdiction. Observons que si le législateur accorde la faveur de paiement à ces créances, elles ne bénéficient pas cependant du traitement préférentiel. Selon les textes, elles n'ont aucun rapport avec la période d'observation, les besoins du déroulement de la procédure, encore moins avec une contrepartie d'une prestation fournie au débiteur. Ces critères théologiques semblent un peu restrictifs. Il aurait été préférable de savoir, si oui ou non ces créances sont une conséquence juridique de la procédure judiciaire du débiteur. En ce cas, il aurait pu être admis que ce soit des créances privilégiées, ce qui permettrait de leur accorder les avantages y afférents. Toutefois, la difficulté serait, en ce moment, de distinguer une créance liée au besoin de la vie courante et conséquence juridique de la procédure du débiteur, de celle qui n'en est pas une. Par ailleurs, une autre problématique est à relever s'agissant de ces créances, celle qui est liée à leur rang.
763. Le législateur n'a pas déterminé le rang des créances postérieures alimentaires et celles résultant des besoins de la vie courante du débiteur. Cela crée un vide juridique et, par voie de

¹⁸²⁷ L. n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n° 173 du 27 juill. p. 12187, texte n°5.

conséquence, une insécurité juridique. Faute de texte, il est difficile d'affirmer qu'elles priment les créances antérieures, ou que ces dernières les priment. Il semblerait qu'il faille admettre que ce sont des créances ordinaires, au même titre que les créances chirographaires antérieures¹⁸²⁸. Cette opinion semble concorder avec l'opinion majoritaire au sein de la doctrine. Il a été relevé que si une créance postérieure non privilégiée, régulièrement née pour les besoins de la vie courante du débiteur personne physique, peut être payée pendant la procédure, ce n'est pas dire que son titulaire est fondé à en poursuivre le recouvrement¹⁸²⁹. Le contraire a toutefois été soutenu¹⁸³⁰, et un auteur pense que le titulaire d'une telle créance ne doit pas être exempté de déclarer la créance¹⁸³¹.

764. Pour les créances alimentaires, le paiement est instantané. Cependant, les titulaires ne peuvent engager une procédure de recouvrement, à moins que les créances ne portent sur des biens dont le débiteur a la libre disposition¹⁸³². Sous l'empire de l'ordonnance du 18 décembre 2008¹⁸³³, le bénéfice de paiement des créances alimentaires antérieures ou postérieures au jugement d'ouverture a été maintenu. Cependant pour celles résultant des besoins liés à la vie courante du débiteur personne physique, l'exception a été supprimée. Il est à observer que le régime de ces créances a toujours été, depuis son intégration au livre V du code de commerce, retouché à chaque réforme.
765. Si, sous l'empire de la loi de sauvegarde¹⁸³⁴, les créances postérieures, nées pour les besoins de la vie courante du débiteur, ne faisaient pas exception au principe de l'arrêt des paiements, sous l'empire de l'ordonnance du 18 décembre précitée, cette exception a été supprimée¹⁸³⁵. La question s'est posée de savoir quand seront-elles alors payables ? Il semblerait qu'il faille tenir compte de deux aspects : la créance postérieure née du besoin de la vie courante et qui est la

¹⁸²⁸ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017/2018*, 9^e éd., Dalloz action, 2016, p. 1073.

¹⁸²⁹ Ph. PETEL, « Les créanciers postérieurs », *Rev. proc. coll.* 2006/2, n°15, p. 142 à 146.

¹⁸³⁰ J. VALLANSAN « Déclaration et admission des créances », *J.-Cl. com. Fasc. 2352*, 2007, n°69.

¹⁸³¹ J.-L. VALLENS, cité par P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017/2018*, 9^e éd. 2016, p. 1073.

¹⁸³² Ph. PETEL, « Les créanciers postérieurs », *Rev. proc. coll.* 2006/2, n°29, p. 142 à 146 – « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II – commentaire de l'ordonnance n°2008-2345 du 18 décembre 2008 », *JCP E*, n°34, 2009. 1049.

¹⁸³³ Ord., n°2008-1345 du 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *JORF* n°0295 du 19 déc. 2008, p. 19462, texte n°29.

¹⁸³⁴ L. n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n° 173 du 27 juill. p. 12187, texte n°5.

¹⁸³⁵ V. Art. 29 de l'ordonnance.

contrepartie d'une prestation fournie au débiteur - dans lequel cas le paiement est maintenu¹⁸³⁶ -, et la créance postérieure née du besoin de la vie courante du débiteur, mais qui n'est pas la contrepartie d'une prestation fournie au débiteur - dans lequel cas l'interdiction de paiement est maintenue¹⁸³⁷ -. Dans le premier cas où le paiement est admis, la réforme est importante en ce que ce type de créance bénéficie du traitement préférentiel indiqué à l'article L.622-17 du code de commerce, de sorte que son titulaire n'a pas à produire sa créance au passif de la procédure. Selon les dispositions de l'article L. 622-21, I, 2° du code de commerce, le non-paiement de cette créance suffit à demander une résiliation ou une résolution du contrat. Ces deux modifications majeures seraient liées à la volonté législative d'aligner le domaine des trois règles principales de la discipline collective à savoir : l'interdiction des paiements, l'arrêt des poursuites individuelles et des voies d'exécution, et l'obligation de déclaration des créances¹⁸³⁸.

766. La réforme du 12 mars 2014¹⁸³⁹ a réintégré la créance postérieure née pour les besoins de la vie courante du débiteur personne physique¹⁸⁴⁰. Cette fois-ci, elle est considérée, non pas comme faisant exception à la règle de l'interdiction des paiements - tel que cela a été évoqué précédemment -, mais comme un quatrième critère des créances postérieures privilégiées. Toutefois, dans cette nouvelle configuration législative, observons que son régime ne s'applique qu'aux seules créances nées en liquidation judiciaire, contrairement au régime antérieur sous l'empire de la loi de sauvegarde précitée qui était unitaire, c'est-à-dire que peu importait que l'on soit en période d'observation ou en liquidation judiciaire. En tout état de cause, le redressement de l'entreprise prime tout autre intérêt, et cela justifie que les règles régissant la période d'observation soient en faveur du débiteur. Parmi ces règles d'ailleurs, certaines innovations ont été adoptées en droit français. Il en est ainsi de l'irresponsabilité des créanciers dispensateurs de crédit qui a été introduite par le législateur de 2005¹⁸⁴¹.

¹⁸³⁶ Rapp. au Président de la Rép., sur l'ord. n°2008-1345 du 18 déc. 2008, *JORF* du 19 déc. 2008, Titre I, chap. II-5, art. 25.

¹⁸³⁷ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017/2018*, 9^e éd., Dalloz action, 2016, p. 1073 ; F. PEROCHON, « Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », *D.* 2009, n°34, p. 651-661.

¹⁸³⁸ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017/2018*, 9^e éd., Dalloz action, 2016, p. 1073

¹⁸³⁹ Ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

¹⁸⁴⁰ Art. L.641-13, I, tel que modifié par l'art. 68 de l'ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

¹⁸⁴¹ L. n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n° 173 du 27 juill. p. 12187, texte n°5.

II. L'irresponsabilité des créanciers dispensateurs de crédit

767. Une entreprise qui fonctionne est une entreprise qui se finance. Son financement est interne et externe. La plupart du temps, le financement externe provient des établissements de crédit en général et des banques en particulier. Qu'elle soit *in bonis* ou en cessation des paiements, l'entreprise a besoin des concours bancaires, surtout lorsqu'elle est en état de faillite. Dans une telle situation, et lorsqu'on envisage des solutions pour son redressement, la responsabilité du partenaire dispensateur de crédit est souvent recherchée, à cause de sa supposée solvabilité¹⁸⁴².
768. Souvent sollicité pour le redressement de l'entreprise en difficulté, le banquier est resté longtemps considéré comme l'un des responsables de la faillite de l'entreprise¹⁸⁴³. En fait, s'il accordait plus de crédit à une entreprise, alors que la situation de cette dernière était irrémédiablement compromise, les tribunaux retenaient systématiquement sa responsabilité en cas d'ouverture d'une procédure collective¹⁸⁴⁴. S'il refusait ou interrompait aussi son concours - parce qu'il a à tort pensé que la situation de l'entreprise demanderesse de crédit était irrémédiablement compromise - sa responsabilité était également engagée en cas d'ouverture d'une procédure collective ; il lui était alors reproché d'avoir précité cette situation¹⁸⁴⁵. Le risque du crédit bancaire ne se limitant pas à la seule faillite du débiteur, le préjudice causé à un tiers peut fonder également la responsabilité délictuelle du banquier.
769. En droit français, jusqu'à la loi du 19 octobre 2009¹⁸⁴⁶, le banquier n'engageait pas sa responsabilité pour refus de crédit. S'il existe un droit au compte¹⁸⁴⁷, tel n'est pas le cas pour le crédit¹⁸⁴⁸. S'il n'était pas tenu par un engagement antérieur, le banquier était libre d'accorder ou non un prêt, quelle qu'en soit la forme, sans qu'il ne soit nécessaire de justifier son refus. Il

¹⁸⁴² F. Reille, « Règlementation du traitement des difficultés des entreprises et le maintien du crédit bancaire : la recherche d'un équilibre », in A.-M. ROMANI, *La banque dans tous ses (E) états*, éd. Mart & Martin, 2016, p. 180.

¹⁸⁴³ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2015/2016*, Dalloz action, n°834-11 et s.

¹⁸⁴⁴ Com. 10 déc. 2003, *BRDA* 1/2004, n°12 ; *JCP G* 2004, II, 10057, note A. BUGGA ; *JCP E* 2004, n°7, 552, note D. LEGEAIS - Com. 22 mars 2005, *Bull. civ.* IV, n°67 ; *BRDA* 10/2005, n°31, *D.* 2005, *act. jur.*, p. 1020, note obs. A. LIENHARD ; *RTD com.* 2005, p. 578, obs. D. LEGEAIS - Com. 8 janv. 2008, *Rev. proc. coll.* 2008, n°169 et 170, note A. MARTIN-SERF - Com. 27 mai 2008, *Rev. proc. coll.* 2008, n°168, obs. A. MARTIN-SERF.

¹⁸⁴⁵ Com. 13 mars 2007, *D.* 2007, *act. juri.* P. 1020, obs. A. LIENHARD ; *RLDA* mai 2007, n°943, obs. A. CERATI-GAUTHIER.

¹⁸⁴⁶ L. n°2009-1255 du 19 oct. 2009 tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers, *JORF* du 20 oct. 2009, p. 17410, texte n°1.

¹⁸⁴⁷ Art.L.312-1, c. mon. finc.

¹⁸⁴⁸ M. COTTIGNY, *Responsabilité civile et procédures collectives*, thèse de doctorat, Université de Lille 2, 2016, p. 183.

s'agissait d'une décision discrétionnaire¹⁸⁴⁹. Il en résulte qu'il faut distinguer le refus du crédit de la rupture du crédit. Le banquier n'engage pas, *a priori*, sa responsabilité au titre du refus d'un nouveau crédit¹⁸⁵⁰. Toutefois, le principe posé par l'assemblée plénière de la Cour de cassation devait être atténué, lorsque le banquier, après avoir accepté le principe d'un crédit, décidait ensuite de ne pas consentir ce dernier, à la suite d'exigence de nouvelles garanties sur les biens extraprofessionnels des époux exploitants, dès lors que ce refus avait provoqué la liquidation judiciaire des époux¹⁸⁵¹. Il en va de même pour le rejet d'un prélèvement, dont l'exécution pourrait entraîner un dépassement du découvert tacite accordé¹⁸⁵².

770. Depuis la réforme intervenue avec la loi du 19 octobre 2009 précitée, la liberté d'octroi d'un crédit n'est plus absolue. Si un client se trouve confronté à un refus de crédit, il peut en demander le motif au banquier qui est tenu de répondre¹⁸⁵³. Un auteur observe que cette obligation ne concerne que le seul refus d'octroi des prêts, et non toutes formes de concours bancaires¹⁸⁵⁴. De ce fait, il est à observer qu'elle n'a pas le même domaine d'application que les dispositions de l'article L. 313-12¹⁸⁵⁵ du code monétaire et financier. Dans le cadre des procédures de sauvegarde accélérée, la demande peut émaner du conciliateur/ mandataire *ad hoc*, reconduit comme mandataire judiciaire¹⁸⁵⁶. Ainsi qu'un auteur l'observe, l'absence de toute explication valable de la part du banquier est susceptible d'engager sa responsabilité¹⁸⁵⁷. De même, dans les cas de rupture des concours bancaires, le non-respect du préavis requis peut engager la responsabilité du banquier.

771. En droit OHADA, le législateur de 2015 n'a pas opéré un grand changement dans l'organisation du régime de la responsabilité du banquier dispensateur de crédit, par rapport à son homologue

¹⁸⁴⁹ Com. 3 juill. 2007, *Gaz. proc. coll.* 2007, n°4, p. 54, note R. ROUTIER ; cass. ass. plén., 9 oct. 2006, n°06-11.056, n°06-11.307, *Bull. ass. Plén.*, n°11 ; D. 2006, jurispr. 2933, note D. HOUTCIEFF ; *JCP E* 2006. 2618, p. 1924, note VIANDIER.

¹⁸⁵⁰ Com. 22 mai 2007, n°06-11.045, NP, *JCP E* 2007, chron. 2377, n°39, obs. DUMOULIN ; *Rev. proc. coll.* 2007/3, n°4, p. 99, obs. A. MARTIN-SERF.

¹⁸⁵¹ Reims, ch. civ., 5 mai 2007, RG n°05/01692, *Rev. proc. coll.* 2008, n°92, p. 74, note A. MARTIN-SERF.

¹⁸⁵² Com. 30 sept. 2008, n°07-15.872, NP.

¹⁸⁵³ Art. L.313-12-1, c. mon. fin., tel que modifié par la loi n°2009-1255 du 19 oct. 2009 tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers, *JORF* du 20 oct. 2009, p. 17410, texte n°1.

¹⁸⁵⁴ N. MATHEY, « Vers une remise en cause de liberté du banquier en matière de crédit », *JCP E* 2010, n°11, p. 1550.

¹⁸⁵⁵ Relatives à la rupture des concours bancaires avec ou sans préavis.

¹⁸⁵⁶ *id.* n°27.

¹⁸⁵⁷ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017/2018*, 9^e éd., Dalloz action, 2016, p. 995.

de 1998. Ce qui peut être regrettable eu égard au rapport beaucoup déséquilibré entre banques et entreprises sur le continent africain. Ce déséquilibre tient, notamment, au fait que les entreprises, en plus de leur statut de clients non avertis, manquent de moyens pour agir en justice contre les banques fautives¹⁸⁵⁸. Dans un tel rapport de force, les banques sont susceptibles d'abuser de l'ignorance des entreprises, en leur accordant des crédits aux clauses suspectes.

772. 791. Les juges africains doivent rechercher la responsabilité du banquier fautif au visa de deux articles du nouvel Acte uniforme des procédures collectives. Il s'agit des articles 118 (responsabilité du tiers) et 228 (infractions de banqueroute) qui ne rendent pas compte de tous les faits susceptibles de retenir la responsabilité du banquier. Une fois encore, le législateur laisse les juges interpréter les cas d'espèces. Ce qui peut présenter un risque d'insécurité juridique. Il aurait peut-être été mieux de définir clairement quelques principaux cas de responsabilité du banquier. Par ailleurs, l'irresponsabilité de ce dernier n'est pas posée comme cela est le cas en droit français ; un développement y est consacré plus bas¹⁸⁵⁹.
773. Avant d'évoquer l'irresponsabilité du banquier dispensateur de crédit, il importerait de préciser d'abord que ce dernier a le droit, sous conditions, de rompre son concours. Ce qui a été qualifié d'un acte qui renforce sa responsabilité¹⁸⁶⁰.
774. Au prime abord, il importe de préciser que la rupture d'un concours bancaire à durée déterminée par un banquier - même s'il prévient son client par un préavis -, peut engager sa responsabilité¹⁸⁶¹, sauf¹⁸⁶² si le concours en question rentre dans les cas prévus par le deuxième alinéa de l'article L. 313-12 du code monétaire et financier. Avant la loi du 19 octobre 2009, précédemment citée, le code monétaire¹⁸⁶³ et financier permettait au banquier de rompre son concours à durée indéterminée sans motif, mais avec l'observation d'un préavis où l'intention d'une rupture devait être exprimée sans équivoque¹⁸⁶⁴. Cependant cette faculté ne devait cacher

¹⁸⁵⁸ V. pour plus de détails : E. D. F. POUOKAM, *Financement des entreprises en difficulté et responsabilité bancaire dans l'espace OHADA*, thèse de doctorat, Université Paris 13 Sorbonne, 2017 ; S. TOE, « La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit à une entreprise en difficulté en droit OHADA à la lumière du droit français », *Rev. Ersuma*, juin 2012, n°1, p. 3.

¹⁸⁵⁹ V. *infra*, n°808.

¹⁸⁶⁰ D. LEGEAIS, « Responsabilité du banquier en matière de crédit », *RTD banc. et fin.* 2010, n°2, étude 4.

¹⁸⁶¹ Paris, 15^e ch. B, 3 juill. 2008, RG n°06/20946, *Gaz. proc. coll.* 2009/1, p. 22, note R. ROUTIER.

¹⁸⁶² Com. 24 mars 2015, n°13-16.076, *Bull. civ.* IV.

¹⁸⁶³ Art. L.L.313-12, c. com.

¹⁸⁶⁴ Com. 5 janv. 1999, n°96-20.591, 96-20.621, *Bull. civ.* IV, n°3.

une intention de nuire au client¹⁸⁶⁵. Avec la loi du 19 octobre 2009 précitée, une modification a été apportée. Il est imposé désormais au banquier de motiver la rupture ou la réduction des concours à durée indéterminée. Toutefois, la motivation de la rupture ou de la diminution d'un concours doit être demandée par le client. Il peut ainsi être déduit que lorsque les motifs évoqués par le banquier ne correspondent pas à la réalité des choses, sa responsabilité serait engagée, si le client les contestait. L'engagement de sa responsabilité serait alors fondé par une rupture fautive de crédit¹⁸⁶⁶.

775. Le législateur n'a pas prévu de délai dans lequel le prêteur doit répondre à la demande de son client. Toutefois, une éventuelle mauvaise foi du prêteur devrait pouvoir être contrecarrée par l'usage d'une astreinte¹⁸⁶⁷. Le code monétaire et financier¹⁸⁶⁸ fixe le délai minimal de rupture à soixante jours¹⁸⁶⁹, depuis le décret du 30 décembre 2005¹⁸⁷⁰. Observons que les règles de rupture des concours bancaires sont spécifiques, de sorte qu'elles ne se confondent pas avec celles relatives à la rupture brutale de relations commerciales établies, lesquelles ne sont pas de nature à être appliquées ici¹⁸⁷¹.
776. Il faudrait observer aussi que l'ouverture d'une procédure de sauvegarde accélérée ne s'oppose pas à la rupture d'un concours bancaire¹⁸⁷². La réglementation de cette liberté, accordée au banquier avec le principe de continuation des contrats en cours qui impose que le cocontractant remplisse ses obligations en dépit de l'inexécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture, ne permet pas au banquier de motiver sa résiliation sur des faits nés avant le jugement d'ouverture¹⁸⁷³, et interdit la résiliation si le prêteur ne rapporte pas la preuve que la rupture est liée à des causes ou circonstances postérieures au jugement d'ouverture¹⁸⁷⁴. De

¹⁸⁶⁵ Com. 5 mars 1996, n°96-10.606, NP, *D.* 1996. IR 97.

¹⁸⁶⁶ N. MATHEY, « Vers une remise en cause de liberté du banquier en matière de crédit », *JCP E* 2010, n°1, p. 1550.

¹⁸⁶⁷ *id.* n°15.

¹⁸⁶⁸ Art. D. 313-12-14-1.

¹⁸⁶⁹ S. PIEDELIEVRE, « Le préavis en cas de rupture de crédit à durée indéterminée », *D.* 2006, n°6, 434 – obs.D. LEGAIS, *RTD com.* 2006, n°05, 169.

¹⁸⁷⁰ D. n°2005-1743 du 30 déc. 2005 portant application de l'article L.313-12 du code monétaire et financier, *JORF* n°304 du 31 déc. 2005, p. 20792, texte n°49.

¹⁸⁷¹ Trib. com. Paris, 6^e ch. 24 janv. 2013, RG n°2010/060778, 2010/055661, *JCP E* 2013, chron.1662, n°24, obs. R. ROUTIER.

¹⁸⁷² Art. L. 313-12, al. 1, c. mon. fin.

¹⁸⁷³ GOYET-MONSERIE-BON, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises*, éd., Litec, 1994, n°209 et s ; Douai, 8^e ch. A, 30 mars 1995, *RJ com.* 1995, n°1439, p. 337.

¹⁸⁷⁴ Com. 1^{er} juill. 1997, n°94-14.440, NP, *Rev. proc. coll.* 1998, n°1, p. 277, obs. MESTRE et LAUDE.

même, l'arrêté d'un plan de continuation en sauvegarde accélérée n'interdit pas la rupture non plus¹⁸⁷⁵, l'article L.313-12, alinéa premier, du code de commerce devant être respecté¹⁸⁷⁶. Toutefois, la solution serait différente, si le prêteur s'est engagé, dans le cadre du plan, à maintenir son concours. Il aura, en fait, transformé son concours à durée indéterminée en concours à durée déterminée, ce qui l'empêche de le rompre¹⁸⁷⁷.

777. Le code monétaire et financier¹⁸⁷⁸ permet au prêteur de rompre unilatéralement ses concours, à durée déterminée ou indéterminée, en présence de comportement gravement répréhensible ou de situation irrémédiablement compromise de son client, sans préavis. Toutefois, il doit prévenir son client¹⁸⁷⁹.
778. L'ordonnance du 12 mars 2014¹⁸⁸⁰ a apporté une modification à la rédaction de l'article L.611-16, alinéa premier, du code de commerce, en prévoyant que toute clause destinée à modifier les conditions de poursuite d'un contrat en cours, par diminution des droits ou augmentation des obligations du débiteur, du seul fait de l'ouverture d'un mandat *ad hoc* ou d'une procédure de conciliation, est réputée non écrite.
779. Observons enfin que la rupture des concours résiste à la procédure collective de paiement, y compris en plan de sauvegarde accélérée¹⁸⁸¹, à la condition, toutefois, que l'une des deux causes de résiliation prévues par l'article L. 313-12, deuxième alinéa, du code monétaire et financier, précédemment vu, soit établie.
780. Avant la réforme opérée par la loi de sauvegarde de 2005¹⁸⁸², un régime spécifique ne régissait pas la responsabilité du banquier dispensateur de crédit en droit français. C'est le droit commun¹⁸⁸³, au prisme de la responsabilité contractuelle et délictuelle, qui régissait la matière. Avec cette réforme, un régime spécifique largement modifié a été mis en place. Le législateur répondait ainsi à la demande des établissements dispensateurs de crédit, notamment les

¹⁸⁷⁵ Art. L. 313-12, al. 1, c. mon. fin., transposable à la sauvegarde ; M. CABRILLAC, « Le maintien des concours bancaires après l'adoption d'un plan de continuation », *D.* 1987, p. 261.

¹⁸⁷⁶ Agen, 1^{re} ch. 2 avr. 1987, *D.* 1987. IR 162.

¹⁸⁷⁷ Art. L. 312-12, al. 1, c. mon. fin.

¹⁸⁷⁸ Art. L. 313-12., c. mon. fin.

¹⁸⁷⁹ Com. 18 mars 2014, n°12-29. 583, *Bull. civ.* IV, n°51.

¹⁸⁸⁰ Ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

¹⁸⁸¹ Com. 14 févr. 1989, n°87-14.564 et n° 87-14.629, deux espèces NP.

¹⁸⁸² L. n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n° 173 du 27 juill. p. 12187, texte n°5.

¹⁸⁸³ A travers les articles 1142 et 1342.

banques, de les protéger contre la mise en jeu de leur responsabilité en cas d'accord de crédit¹⁸⁸⁴. Il s'est surtout agi, pour le législateur, de les encourager à continuer à dispenser du crédit aux entreprises en difficulté qui en ont besoin, afin de favoriser leur redressement¹⁸⁸⁵. En outre, la responsabilité du banquier peut être engagée en dehors du cadre des procédures collectives¹⁸⁸⁶, pour défaut du devoir de conseil et de mise en garde à l'égard de la caution. Cela pourrait être désignée sous l'appellation de « responsabilité de droit commun du banquier ».¹⁸⁸⁷ Le banquier dispensateur de crédit a également une obligation de mise en garde envers son client non averti¹⁸⁸⁸.

781. Cependant, ce ne sont pas toutes les obligations du banquier qui seront évoquées dans les développements qui vont suivre. Il sera surtout question, dans un premier temps, de l'irresponsabilité du banquier dispensateur de crédit (A) et, dans un second temps, des exceptions prévues (B).

A. Le principe

782. L'article L. 650-1 du code de commerce, issu de la loi de loi de sauvegarde de 2005¹⁸⁸⁹, pose le principe selon lequel les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis¹⁸⁹⁰. Le champ d'application de ce principe s'étend, au-delà des concours bancaires, aux crédits entre entreprises et aux crédits fournisseurs¹⁸⁹¹, aux

¹⁸⁸⁴ D. GIBRILA, *Droit des entreprises en difficulté*, éd. Defrénois, Lextenso éditions, 2009, n°11, p. 515.

¹⁸⁸⁵ « Glissant de l'injonction à l'invitation, le législateur reconnaît aujourd'hui : banquiers, nous avons besoin de vous pour sauver nos entreprises » : F. Reille, « Règlements du traitement des difficultés des entreprises et le maintien du crédit bancaire : la recherche d'un équilibre », in A.-M. ROMANI, *La banque dans tous ses (E) états*, éd. Mart & Martin, 2016, p. 180.

¹⁸⁸⁶ Lyon, 4 déc. 2014, n°14-01.168.

¹⁸⁸⁷ M.-A CERATO, « La responsabilité du banquier à l'épreuve de la procédure collective », *Bacaly, Bull. des arrêts de la CA de Lyon*, article consulté le 15 mars 2018.

¹⁸⁸⁸ Com. Ass. Plén. 9 oct. 2006, *D.* 2006, jurispr., p. 2933, note D. HOUTCIEFF, *RTD banc. et fin.* Nov. 2006, p. 13, n°188, obs. F.-J. CREDOT et SAMIN.

¹⁸⁸⁹ L. n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n° 173 du 27 juill. p. 12187, texte n°5.

¹⁸⁹⁰ R. ROUTIER, « De l'irresponsabilité du prêteur dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises », *D.* 2005, *cah. dr ; aff., doctr.*, p. 2916 ; D. CARAMALLI, « Réforme du soutien abusif du crédit : le point de vue du praticien », *LPA*, 18 avr. 2005, p. 6 ; R. DAMMANN, « La situation des banques titulaires de sûretés après la loi de sauvegarde des entreprises », *banque et droit*, oct. 2005, p. 16 ; F.-J. CREDOT et Y. GERARD, « La loi de sauvegarde des entreprises. Encadrement de la responsabilité des créanciers pour soutien abusif », *RD banc. et fin.* Oct. 2005, p. 10 ; J. STOUFLET et N. MATHEY, « La loi de sauvegarde des entreprises. Commentaires des dispositions applicables aux concours financiers », *RD banc. et fin.* févr. 2006, p. 54.

¹⁸⁹¹ D. LEGAIS, « Les concours bancaires accordés à une entreprise en difficulté », *JCP E* 2005, n°42, 1510, n°6.

concours accordés à l'entreprise quand elle était *in bonis* dès lors qu'au moment de la mise en jeu de l'action en responsabilité, elle est engagée dans une procédure collective¹⁸⁹².

783. De la lecture des dispositions de ce texte de loi, quelques observations s'imposent. D'abord, le champ d'application de la responsabilité du banquier pour crédit abusif est réduit. Ensuite, quoique le principe soit exprimé en des termes généraux, il ne vaut que pour les actions en responsabilité introduites dans le cadre des procédures collectives. Toutefois, la responsabilité civile de droit commun reste maintenue, puisque le législateur ne s'est pas exprimé dans un sens dérogatoire aux dispositions des articles 1240 et 1241 du code civil. Enfin, bien que prioritairement lié à l'activité des banques, le caractère général du terme « créanciers » utilisé par le législateur, autorise l'implication de toutes les entreprises qui accordent un crédit ou un délai de paiement à leurs clients¹⁸⁹³. Ainsi, les fournisseurs, les entreprises d'investissement, les entreprises d'affacturage, peuvent être cités. En revanche, le crédit-bailleur ne peut être concerné¹⁸⁹⁴ : il finance l'acquisition d'un bien, mais il n'octroie pas de crédit au crédit-preneur. Il en va de même d'un assureur de crédit qui n'intervient qu'en cas d'impayés¹⁸⁹⁵.
784. La responsabilité de l'établissement dispensateur de crédit ne peut être engagée aussi, d'une part, pour rupture de concours bancaire sur le fondement d'une situation irrémédiablement compromise du débiteur et, d'autre part, sur celui d'un comportement gravement répréhensible du débiteur. Dans les deux cas, - peu importe que le concours soit à durée déterminée ou indéterminée -, aucune obligation n'est faite au banquier de respecter un délai de préavis¹⁸⁹⁶.
785. La Cour de cassation a dû intervenir plusieurs fois, afin de guider les tribunaux dans les contentieux liés à la rupture des concours bancaires sur le fondement d'une situation irrémédiablement compromise du débiteur. Elle a précisé la nature de la situation. Cette dernière a été jugée similaire au cas d'une entreprise qui n'a aucune chance de se redresser¹⁸⁹⁷. L'impossibilité pour le débiteur d'honorer les échéances de son plan et la faiblesse des commandes sont constitutives d'une situation irrémédiablement compromise¹⁸⁹⁸. Il y a lieu d'observer qu'une situation irrémédiablement compromise ne se confond pas avec l'état de

¹⁸⁹² Com. 16 nov. 2012, n°11-22.993, *RJDA* 2/3, n°143.

¹⁸⁹³ *id.*

¹⁸⁹⁴ D. GIBRILA, *Droit des entreprises en difficulté*, éd. Defrénois, Lextenso éditions, 2009, n°11, p. 517.

¹⁸⁹⁵ *id.*

¹⁸⁹⁶ Art. L. 313-12, al. 2, c. mon. fin.

¹⁸⁹⁷ Com. 11 juin 1996, n°93-19. 804, NP, *Rev. proc. coll.* 1997, n°02, p. 180, obs. MESTRE et LAUDE.

¹⁸⁹⁸ Com. 21 nov. 2006, n°05-18.979, NP.

cessation des paiements¹⁸⁹⁹. En ce sens, d'ailleurs, il a été jugé qu'il ne saurait y avoir autorité de chose jugée d'une décision statuant sur la situation irrémédiablement compromise au regard de l'état de cessation des paiements¹⁹⁰⁰.

786. Si l'adoption d'un plan de redressement ne peut suffire à faire valoir la situation irrémédiablement compromise, celle d'un plan de sauvegarde ordinaire et des sauvegardes accélérées l'écarte sans équivoque¹⁹⁰¹. La difficulté dans ces procédures de sauvegarde n'est que momentanée, de sorte qu'il serait difficile de l'assimiler à une situation irrémédiablement compromise. La Cour de cassation¹⁹⁰² a pu la qualifier de « *situation momentanément compromise* ». Ce qui n'a pas échappé à des critiques au sein de la doctrine¹⁹⁰³. Au contraire, l'adoption d'un plan de redressement judiciaire peut caractériser la situation irrémédiablement compromise en ce que seuls des reports d'exigibilité et des mesures de restructuration avaient permis à l'entreprise de continuer son exploitation¹⁹⁰⁴. La solution a été réitérée plus tard¹⁹⁰⁵. Il peut en être déduit que la liquidation judiciaire n'est pas exigée, que le banquier pourra désormais, facilement mais rapidement, rompre son concours. Il doit le faire de façon rapide pour écarter tout risque de se voir reprocher un soutien abusif. Il importe de préciser que l'appréciation de la situation irrémédiablement compromise par le tribunal se reporte rétroactivement au jour où le banquier a pris la décision de rompre son concours¹⁹⁰⁶. Toutefois, en 2015, la Cour de cassation a indiqué que la situation irrémédiablement compromise n'était pas constituée, lorsque le débiteur n'a dépassé le découvert autorisé que pendant dix mois pendant lesquels il a continué à honorer régulièrement les échéances d'un prêt¹⁹⁰⁷.
787. De ces interventions jurisprudentielles, il ressort que le prêteur de crédit (la banque en général) peut prendre, sans risque¹⁹⁰⁸, l'initiative unilatérale de rompre son concours, en présence d'une

¹⁸⁹⁹ Com. 23 oct. 2001, n°98-16.286, NP, *act. proc. coll.* 2001/20, n°268 ; Com. 21 nov. 2006, n°05-18.979, NP.

¹⁹⁰⁰ Com. 31 mars 2004, n°02-16.437, *Bull. civ. IV*, n°64 ; *Rev. proc. coll.* 2005/2, n°03, p. 165, obs. A. MARTIN-SERF.

¹⁹⁰¹ Parce que la procédure de sauvegarde ordinaire suppose l'absence de cessation des paiements ; que les sauvegardes accélérées n'autorisent pas une cessation des paiements aggravées au point de pouvoir faire qualifier la situation du débiteur d'irrémédiablement compromise.

¹⁹⁰² Com. 19 oct. 1999, n°96-16.377, *Bull. civ. IV*, n°167 ; *RTD com.* 2000. 155, note M. CABRILLAC.

¹⁹⁰³ M. CABRILLAC, note sous com. 19 oct. 1999, n°96-16.377, *Bull. civ. IV*, n°167 ; *RTD com.* 2000. 155 ; P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017/2018*, 9^e éd., Dalloz action, 2016, p. 993.

¹⁹⁰⁴ Com. 19 oct. 1999, n°96-16.377, *Bull. civ. IV*, n°167 ; *RTD com.* 2000. 155, note M. CABRILLAC.

¹⁹⁰⁵ Com. 3 juin 2009, n°08-16. 439, NP ; *Rev. proc. coll.* 2009/6, 175, p. 50, note A. MARTIN-SERF.

¹⁹⁰⁶ Com. 22 févr. 2005, n°02-12. 199.

¹⁹⁰⁷ Com. 24 mars 2015, n°13-16.076, *Bull. civ. IV* ; *Gaz. pal.* 2016, n°2340, note MOREIL.

¹⁹⁰⁸ Il n'a pas à craindre de se voir reprocher de n'avoir pas prévenu le client par un préavis.

situation irrémédiablement compromise de son client. Ce peu importe que ledit concours ait été entièrement ou non exploité par le débiteur¹⁹⁰⁹. Cependant, si la rupture tirant raison de ce fondement, il s'avère après que la situation n'est pas irrémédiablement compromise, la banque engage sa responsabilité sur le fondement d'une rupture abusive¹⁹¹⁰.

788. Dans l'établissement d'une telle responsabilité du banquier, l'apport jurisprudentiel a été considérable pour avoir précisé les contours de la question. Pour la doctrine, le comportement répréhensible serait lié à un délit commis à l'encontre du banquier, visant à le tromper¹⁹¹¹. Il y aurait comportement gravement répréhensible lorsque des faits pénaux auront été constatés¹⁹¹². La jurisprudence s'est plutôt prononcée dans ce sens. Il a été ainsi jugé que la remise par le débiteur de tout document contenant une fausse solvabilité à son banquier est un comportement gravement répréhensible¹⁹¹³. En ce sens, la responsabilité d'un expert-comptable peut être retenue sur le fondement d'un manquement à son obligation de contrôle¹⁹¹⁴. Cette ligne de raisonnement a été retenue par la jurisprudence, concernant la remise de facture falsifiée/imaginaire ainsi que la double mobilisation de créance par un effet de commerce¹⁹¹⁵. Le comportement gravement répréhensible peut aussi être caractérisé en dehors de toute faute pénale. C'est le cas par exemple de la mauvaise foi d'un emprunteur dans le cadre de la transmission des informations au banquier au titre de son obligation contractuelle¹⁹¹⁶, du dépassement répété et significatif d'une facilité de caisse accordée¹⁹¹⁷, du défaut de respect d'un plan conventionnel de remboursement¹⁹¹⁸, du fait de ne pas donner les garanties promises et les documents requis par la banque. De plus, la non affectation d'un prêt à son objet, peut autoriser le banquier à rompre son concours¹⁹¹⁹.
789. En droit OHADA, la législation et la jurisprudence ne sont pas aussi fournies sur la responsabilité du banquier. Contrairement au droit français, la possibilité d'envisager son

¹⁹⁰⁹ Com. 8 juill. 1997, n°95-13.371, NP, Rev. proc. coll. 1998, obs. MESTRE et LAUDE.

¹⁹¹⁰ Com. 24 mars 2015, n°13-16.076, *Bull. civ. IV* ; *Gaz. pal.* 2016, n°2340, note MOREIL.

¹⁹¹¹ P. BOUTELLER, « Responsabilité du banquier », *J.-C. com.* 2007, n°45 ; fasc. 3100.

¹⁹¹² P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017/2018*, 9^e éd., Dalloz action, 2016, p.994.

¹⁹¹³ Rouen, 2^e ch. 31 janv. 2008, RG n°05/04802, *Act. proc. coll.* 2008/15, n°238 ; com. 20 juin 2006, n°04-16.238, *Bull. civ.* N°148 ; *Banque et droit* 2006, n°110, p. 24, note Th. BONNEAU.

¹⁹¹⁴ Rouen, 2^e ch. 31 janv. 2008, RG n°05/04802, *Act. proc. coll.* 2008/15, n°238.

¹⁹¹⁵ Aix-en-Provence, 14 déc. 1990, *Banque* juin 1991, p. 657, obs. RIVES-LANGE.

¹⁹¹⁶ Com. 28 juin 2011, n°10-27.086, NP, *RDBF* déc. 2011, comm. 192, note CREDOT et SAMYN.

¹⁹¹⁷ Com. 2 nov. 1994, n°92-15.920, NP, *RJDA* 1995, n°311.

¹⁹¹⁸ Com. 3 janv. 1999, n°88-17.893, NP.

¹⁹¹⁹ Paris, 15^e ch. B. 15 janv. 1999 RG n°1997/10226.

irresponsabilité n'a pas été prévue par la réforme intervenue en 2015. Ce qui ne doit pas être interprété comme un manque de considération de l'importance du financement des banques dans l'essor économique du continent par le législateur. Faut-il rappeler, à cet égard, que ce dernier a introduit le privilège d'argent frais¹⁹²⁰ dans la conciliation, le règlement amiable et le redressement judiciaire pour encourager les dispensateurs de crédit à participer au redressement des entreprises. Faute de texte dédié, et afin de comprendre le régime de l'irresponsabilité du banquier dispensateur de crédit, il faudrait d'abord comprendre le régime de sa responsabilité.

790. La responsabilité du banquier dispensateur de crédit est posée par deux articles dans le nouvel Acte uniforme des procédures collectives. D'abord par l'article 118 selon lequel « *les tiers, créanciers ou non, qui, par leurs agissements fautifs, ont contribué à retarder la cessation des paiements ou à diminuer l'actif ou à aggraver le passif du débiteur peuvent être condamnés à réparer le préjudice subi par la masse sur action du syndic agissant dans l'intérêt collectif des créanciers* ». Ce texte, bien qu'il permette au juge de pouvoir retenir la responsabilité du banquier créancier ou non, reste imprécis¹⁹²¹ sur les faits réels qui sous-tendent, comme cités dans le texte, le retardement de la cessation des paiements, la diminution de l'actif et l'aggravation du passif. Autrement dit, on ne sait pas exactement quel sens donné à l'agissement fautif. Il peut donc être supposé que le législateur n'ait pas voulu tenir les juges dans des limites. Ce qui peut être compréhensible dans un sens, mais, dans un autre sens, cette position législative peut être critiquée, à l'aune de l'abus d'interprétation et d'explosion¹⁹²² de contentieux. En tout état de cause, une décision¹⁹²³ d'un tribunal de commerce a apporté une réelle contribution à la définition des domaines d'application de l'article 118 de l'Acte uniforme des procédures collectives.

791. En l'espèce, le 28 juillet 2010, le tribunal de première instance d'Abidjan a ouvert une procédure de règlement préventif pour la société Phonibex-CI et a nommé M. Koffi Konan en qualité de syndic pour l'exécution du concordat ayant été homologué. Le 21 février 2013, la procédure a été convertie en liquidation des biens assortie, d'un côté, de la fixation de la date de cessation des paiements au 1^{er} septembre 2011 et, de l'autre, de la reconduction de M. Koffi

¹⁹²⁰ Il s'agit du privilège de *new money* ou d'argent frais qui concerne les apports nouveaux en trésorerie ou les fournitures nouvelles de biens ou de services pendant la période d'observation/la conciliation.

¹⁹²¹ E. D. F. KOUOKAM, note sous trib. com. Abidjan, 30 oct. 2014, RG n°1887/14, réf. *Ohadata* D-17-05, p. 1.

¹⁹²² Un auteur faisait déjà la même remarque quelques années après l'entrée en vigueur de l'AUPC version 1998 : F. THIÉRA, *La réforme de l'OHADA et les procédures collectives d'apurement du passif*, l'Harmattan, 2012, p. 218.

¹⁹²³ Trib. com. Abidjan, 30 oct. 2014, RG n°1887/14, réf. *Ohadata* D-17-05, p. 1.

Konan en qualité de syndic de liquidation, sur la base d'un passif s'élevant à 4. 837, 591, 653 F. CFA. Le 19 juin 2014, le syndic assigne la Bank of Africa Côte d'Ivoire (BOA-CI), créancière de la société Phonibex-CI, en responsabilité, afin que la banque soit condamnée au paiement de 4. 800 000 000 F.CFA au titre de dommages et intérêts, ou que la déchéance des sûretés constituées par cette dernière soit prononcée. Le syndic reprochait à la banque d'avoir, du fait des crédits qu'elle a accordés à la société Phonibex-CI, d'une part, retardé la cessation des paiements de cette dernière et, d'autre part, aggravé son passif. A l'appui de ses allégations, le syndic soutient que sur le passif global de la société Phonibex, la banque détenait à elle seule une part représentant 3. 185, 836, 031 F. C. FA garantie par une hypothèque et trois autres garanties bancaires, alors que l'ensemble des autres créanciers n'avaient que 1. 600 000 000 F. CFA ; que les états financiers de la société débitrice, transmis à la banque, ressortaient une situation financière très déséquilibrée, et qu'en conséquence, la banque ne pouvait ignorer une telle situation au moment d'accorder des crédits. En réplique, la banque a opposé une fin de non-recevoir tirée de la qualité du syndic au chef de la déchéance des sûretés ; car, soutenait-elle, ces sûretés n'étaient pas constituées des biens appartenant à son client, mais sur ceux des tiers. Elle a également requis la condamnation du syndic au paiement de 5 00 000 000 F. CFA au titre de dommages et intérêts tirés des préjudices subis par le fait que le syndic se soit intentionnellement abstenu, au cours de la procédure de règlement préventive, et pendant 3 ans, d'alerter le juge commissaire sur l'état de cessation des paiements du débiteur, ce qui, selon la banque, aurait permis de limiter les montants et leur paiement.

792. Dans cette affaire, trois questions de droit se posaient principalement au juge : dans quelle condition la responsabilité de la banque peut être retenue sur le fondement de l'article 118 ? Le syndic est-il fondé à demander la déchéance des sûretés au titre d'agissement fautif d'un tiers créancier ? A quel titre le syndic engage-t-il sa responsabilité ? Seule la première question de droit nous intéressera.

793. Dans sa décision, le tribunal de commerce d'Abidjan a indiqué que « *la responsabilité de la banque pour soutien abusif recherchée par le demandeur ne peut être retenue que s'il est établi, conformément aux dispositions de l'article 118 susvisé, que la banque a apporté un soutien artificiel à la société Phonibex-CI dont elle connaissait la situation irrémédiablement compromise ou qu'elle a pratiqué une politique de crédit ruineux pour cette société qui a nécessairement provoqué une croissance continue et insupportable de ses charges financières* ».

794. La contribution de cette décision à la caractérisation de la responsabilité du banquier au visa de l'article 118 de l'AUPC tient à deux nouveaux éléments définitionnels. D'abord le crédit « artificiel ». En se référant à la définition du terme « artificiel », il ressort qu'il s'agit d'un crédit qui induit en erreur. C'est un cas d'abus, et donc une faute¹⁹²⁴, ce qui permet la rétention de la responsabilité de son auteur surtout lorsque celui-ci savait la victime dans une situation financière irrémédiablement compromise. Ensuite le « crédit ruineux ». En se référant également au sens du terme « ruineux », il en résulte qu'il s'agit d'un crédit qui n'est pas adapté aux capacités et besoins de l'emprunteur ; qui entraîne de facto sa ruine.
795. Bien qu'inspirée de la jurisprudence française, cette décision permet, en tout état de cause, d'ouvrir la voie - la bonne puisqu'au regard des faits, elle semble bien justifiée - dans l'interprétation de l'article 118. Ainsi, l'irresponsabilité du banquier résulterait de tout autre fait même ruineux ou artificiel, mais qui ont été occasionnés par un agissement fautif de l'emprunteur, au sens notamment de l'article 229 de l'Acte uniforme des procédures collectives. Ce dernier condamne, en effet, toute personne soumise à l'Acte uniforme des procédures collectives, qui se livrerait, en cas de cessation des paiements, aux actes telle la soustraction de sa comptabilité, à la fourniture d'un état financier inexact ou falsifié. En d'autres termes, si les dossiers joints à la demande du crédit sont inexacts, tout éventuel préjudice découlant de ce crédit ne devrait pouvoir engager la responsabilité du banquier. Sur la question de l'irresponsabilité du banquier, le droit français est en avance. Le principe de l'irresponsabilité des dispensateurs de crédit supporte des exceptions ; le législateur français ne l'a posé que pour mettre fin à la mise en jeu systématique de la responsabilité des banques.

B. Les exceptions

796. Le principe d'irresponsabilité des dispensateurs de crédit aux entreprises en difficulté supporte des exceptions qui sont liées d'abord à la faute, ensuite à la fraude, l'immixtion caractérisée et à la disproportion des garanties accordées par rapport aux concours consentis. La faute, due au soutien abusif¹⁹²⁵, doit nécessairement être liée à l'un des cas de déchéance que sont : l'immixtion caractérisée du banquier dans la gestion du client, la disproportion entre les concours accordés et les garanties prises, ou à la fraude. Il s'agit d'une condition cumulative

¹⁹²⁴ E. D. F. KOUOKAM, note sous trib. com. Abidjan, 30 oct. 2014, RG n°1887/14, réf. *Ohadata* D-17-05, p. 7.

¹⁹²⁵ F. LEFEBVRE « Responsabilité d'une banque pour soutien abusif en cas de procédure collective : quel texte appliqué ? », *Éditions Francis Lefebvre*, 14 déc. 2015, article consulté le 15 mars 2018.

selon la Cour de cassation¹⁹²⁶. En fait, dans un cas d'espèce soumis à la Cour de cassation, il a été relevé que ces trois comportements prévus à l'article L.650-1 du code de commerce ne suffisent pas en eux-mêmes pour engager la responsabilité du banquier ; qu'ils ne constituent que des cas de déchéance de la protection légale ; que la responsabilité de la banque pour soutien abusif ne peut être retenue que lorsque l'une des hypothèses d'exclusion de l'irresponsabilité est qualifiée et qu'une faute peut, au surplus, être établie. Or, la preuve d'une telle faute n'était pas établie dans l'espèce.

797. La fraude aux droits des créanciers et de la procédure par rupture d'égalité est d'abord visée. Elle se manifeste notamment par l'escompte d'effets de commerce de complaisance ou par la double mobilisation de créances qui procure au débiteur un crédit frauduleux¹⁹²⁷. En fait, ces pratiques permettent d'accorder des crédits ou des avances à l'entreprise dans un but différent du maintien de l'activité : il s'agit des méthodes utilisant des moyens déloyaux à obtenir un avantage matériel ou moral indu¹⁹²⁸. La fraude impliquerait des attitudes punissables sur le terrain pénal¹⁹²⁹. La Cour de cassation a eu l'occasion de le rappeler en approuvant une cour d'appel qui a considéré que la fraude civile ou commerciale ne se différencie pas de la fraude pénale¹⁹³⁰. Cependant, une simple imprudence a été jugée non constitutive de fraude¹⁹³¹.
798. Le soutien abusif, qui se manifeste par l'immixtion caractérisée du banquier dans la gestion du débiteur est le deuxième cas de responsabilité recherché à l'encontre du prêteur de crédit. Concrètement, cette situation évoquerait une direction de fait¹⁹³². La mise en place par le banquier d'un montage financier visant à consentir, par personne interposée, un crédit à un débiteur dont il connaît ou aurait dû connaître la situation désespérée, est dite caractéristique d'une immixtion caractérisée¹⁹³³. Ce serait également le cas où un banquier, sans se substituer au dirigeant de droit, influe sur la décision de celui-ci¹⁹³⁴. Toutefois, selon un auteur, cette

¹⁹²⁶ Com. 27 mars 2012, n°10-20.077, *Gaz. pal.* 2 juin 2012, 199554, p. 38, note S. REIFEGERSTE ; com. 1^{er} janv. 2014, n°12-26. 156, *BRDA* 5/14 ; com. 3 déc. 2015, n°14-10.274,

¹⁹²⁷ Rapp. J-J. HYEST, n°335, p.446.

¹⁹²⁸ Com. 16 oct. 2012, n°11-22.993, *Bull. civ.* IV, n°186.

¹⁹²⁹ Interv. VIDALIES, 2^e séance du 3 mars 2005, JOAN CR, p. 1635.

¹⁹³⁰ Com. 16 oct. 2012, n°11-22.993, *Bull. civ.* IV, n°186 ; *Gaz. pal.* 18 janv. 2013, n°186, p.34, note R. ROUTIER.

¹⁹³¹ Trib. com. Nanterre, 7^e ch., 19 juin 2009, RG n°08/F00426, *Gaz. pal.* 17 avr. 2010, n°106, 107, p. 38, note R. ROUTIER.

¹⁹³² Interv. GIACCOBI, 2^e séance du 3 mars 2005, JOAN CR, p.1634 ; rapp. J-J. HYEST, n°335, p. 446.

¹⁹³³ V. sous le régime antérieur, G.-A. LIKILIMBA, *Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté*, éd., Litec, 2001 ; Com. 25 mars 2003, *Bull. civ.* IV, n°150 ; I. URBAIN-PARLEANI, « L'octroi abusif de crédit », *RD banc. Et bourse* 2002, p. 365 ; R. ROUTIER, *Obligation et responsabilité du banquier*, éd., Dalloz référence, 2006, n°122, 00 et s.

¹⁹³⁴ J.-L. VALLENS, *Droit de l'entreprise*, 19^e éd., Lamy, 2014-2015, n°4749.

immixtion n'engage la responsabilité du banquier que lorsqu'elle se situe à l'origine de la naissance d'un préjudice causé par l'adoption d'une mauvaise décision dans la gestion de l'entreprise¹⁹³⁵. Cette affirmation est critiquable lorsqu'on pose la question en sens inverse à savoir, que se passera-t-il lorsqu'il est établi que le banquier s'est bien immiscé dans la gestion du débiteur mais que cela n'a pas causé l'adoption d'une mauvaise décision ? Il peut être supposé que sur le fondement de la moralité de la procédure, le ministère public, garant de l'intérêt général, puisse se saisir.

799. 819. Toute immixtion ne peut être qualifiée d'ingérence fautive. Il en est ainsi lorsque le banquier demande un état prévisionnel des dépenses à son client emprunteur. Cela rentre plutôt dans le contrôle périodique et normal de l'emploi du crédit accordé. Il a aussi été jugé qu'en vertu d'une clause de l'acte de prêt, la surveillance des versements par le banquier n'est pas constitutive d'une immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur¹⁹³⁶.
800. Le troisième cas de responsabilité est la disproportion entre les concours consentis et les garanties prises. C'est une nouveauté introduite par le législateur français dans le droit des entreprises en difficulté, en réponse à la caution qui demandait qu'une recherche soit menée sur l'équilibre entre le cautionnement et son patrimoine et ses revenus. Depuis l'incrimination du caractère disproportionné du cautionnement¹⁹³⁷, la Cour de cassation a régulièrement convié les juridictions du fond à rechercher la responsabilité du banquier sur ce fondement¹⁹³⁸.
801. L'article L.332-1 du code de la consommation, qui dispose qu'« *un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui*

¹⁹³⁵ J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Que reste-il au XXI^e siècle du devoir de non-ingérence du banquier ? », *Banque et droit* 2005, n°100, p. 11.

¹⁹³⁶ Com. 30 oct. 2007, n°06-12.677, *Bull. civ. IV*, n°227 ; *RD banc. fin.*, 2008, n°35, note CREDOT et SAMIN.

¹⁹³⁷ L. n°2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, *JORF* n°179 du 5 août 2003, p. 13449, texte n°1, dans l'article L. 341-4 du code de la consommation (devenu L.332-1 : ord. n°2016-301, 14 mars 2016), selon lequel « *un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation* ».

¹⁹³⁸ Com. 11 juin 2003, *Bull. civ. I*, n°95 ; com. 17 déc. 2003, *Bull. civ. IV*, n°206 ; civ. 6 avr. 2004, *Banque et droit* août 2004, p. 58, obs. Th. BONNEAU ; com. 29 juin 2004, *Banque et droit*, déc. 2004, p. 56, obs. Th. BONNEAU ; civ. 9 juill. 2003, *Bull. civ. I*, n°167 ; com. 6 avr. 2004, *Bull. civ. I*, n°110 ; com. 29 juin 2004, *Bull. civ. I*, n°185.

permette de faire face à son obligation », peut-il permettre une condamnation pour soutien abusif sur le fondement d'un crédit disproportionné par rapport aux engagements de la caution ? Une lecture stricte du texte ne le permet pas. Le texte n'emploie pas le terme crédit disproportionné, mais plutôt celui d'un concours disproportionné par rapport aux garanties prises. Dès lors, l'octroi d'un crédit sans rapport avec la rentabilité escomptée, ne peut donner lieu à une sanction, sur le fondement du texte précité. Une telle sanction est à rechercher sur le terrain du droit commun de la responsabilité bancaire¹⁹³⁹. Le texte en question opère délibérément une restriction. Il permet de sanctionner que la constitution des garanties extraordinaires par rapport aux habitudes de la pratique¹⁹⁴⁰.

802. Ce sont toutes les garanties que le texte inclut¹⁹⁴¹. Toutefois, une cour d'appel a écarté l'inclusion de l'aval au motif que l'article L.332-1 (incriminant la garantie disproportionnée au concours) n'est pas applicable à ce type de cautionnement solidaire. Une doctrine a désapprouvé cet arrêt, en lui reprochant notamment de n'avoir tenu compte que de la nature commerciale de l'aval, au détriment de l'impossibilité juridique de l'application du texte en la matière : « *au demeurant, la disproportion de l'article L.650-1 envisagée par rapport aux concours consentis n'a rien à avoir avec la disproportion de l'article L.341-4 {...} du code de la consommation qui l'envisage par rapport aux biens et revenus du garant* ». Quoiqu'il en soit, le concours doit nécessairement être lié à la garantie, ce qui ne permettra pas de sanctionner une garantie disproportionnée accordée après le concours fourni par la banque, sauf dans l'hypothèse où cette garantie résulte d'une promesse de garantie faite à l'occasion de la constitution du concours¹⁹⁴². La jurisprudence et la doctrine s'accordent à dire que les juges ne doivent apprécier la disproportion qu'au moment précis de la constitution de la garantie¹⁹⁴³.

¹⁹³⁹ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017-2018*, 9^e éd., Dalloz action, 2016, p.2691.

¹⁹⁴⁰ Interv. PERBEN, cité par P.-M. Le Corre, *in Droit et pratique des procédures collectives 2017-2018*, 9^e éd., Dalloz action, 2016, p. 2691.

¹⁹⁴¹ P. LE CANU et M. *Droit commercial*, 7^e éd., Dalloz, 2016, n°640 ; J. MOURRY, « La responsabilité du fournisseur du « concours » dans le marc de l'article L.650-1 du code de commerce », *D.* 2006, Chron., n°21, p. 1343 et s.

¹⁹⁴² R. ROUTIER, « Le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif », *Gaz. proc. coll.* n° sept. 2005, n°13, p. 35.

¹⁹⁴³ V. R. DAMMANN, « La situation des banques titulaires de sûretés, après la loi de sauvegarde des entreprises », *banque et droit*, set-oct. 2005, p. 21 ; J. MOURRY, « La responsabilité du fournisseur du « concours » dans le marc de l'article L.650-1 du code de commerce », *D.* 2006, Chron., n°23, p. 1749 ; F. PEROCHON, *Entreprise en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, n°164 ; Poitiers, 2^e ch. civ. 11 janv. 2011, RG n°09/02456, *Rev. proc. coll.* 2012, n°109, note A. MARTIN-SEF.

803. Lorsque la responsabilité du banquier est retenue au titre d'un concours disproportionné aux garanties prises, la sanction sera la nullité¹⁹⁴⁴, dès lors que les garanties en cause sont prises en contrepartie du concours¹⁹⁴⁵. Par ailleurs, au surplus, la période d'observation d'une procédure passerelle optimise l'actif du débiteur et cantonne son passif.

Section 2. Les autres mesures curatives

804. Les autres avantages curatifs de la période d'observation d'une procédure passerelle, auxquels il est fait allusion dans le cadre de cette section, résultent de la déclinaison juridique de portage impliquant, en général, la prise en charge par un agent d'une situation juridique continue à laquelle il est *a priori* étranger, pour une durée déterminée et le plus souvent très limitée. C'est en ce sens qu'un banquier assure le portage d'un emprunt en assumant les obligations du confrère qui l'a émis ; que le consortium de réalisation a assuré le portage des dettes du crédit Lyonnais en permettant leur liquidation sur plusieurs années en France ; qu'une société de capital-risque exerce le portage d'actions d'une société dans laquelle elle a investi dans l'intention d'y rester un moment limité ; que dans le cadre de la fiducie, le fiduciaire assure le portage d'actions ou de titres financiers pour le temps limité correspondant à la nature de l'opération¹⁹⁴⁶.

805. L'institution judiciaire est *a priori* étrangère au risque économique de l'entreprise en ce que la liberté d'entreprendre ne permet pas qu'une entreprise soit dépendante d'un quelconque gouvernement des juges. Cependant, le portage judiciaire s'impose dans l'hypothèse d'une entreprise en difficulté, en raison des connexions d'intérêt public. Une procédure passerelle, bien qu'ayant une période d'observation assez courte, en fait tout de même l'objet. La célérité qui la caractérise et l'ombre du portage judiciaire dont elle bénéficie, la présentent comme une solution attractive pour le chef d'entreprise. L'objectif est d'écarter, notamment, les menaces qui peuvent être préjudiciables à l'entreprise, telles que la rupture de l'activité et la discontinuité de l'exploitation. Tout cela doit intervenir dans la durée limitée de la période d'observation. Plus cette dernière est longue, plus le climat anxigène d'une procédure judiciaire prend de l'ampleur chez le débiteur.

¹⁹⁴⁴ Art. L.650-1, al.2, c. com.

¹⁹⁴⁵ Caen, 25 oct. 2012, RG n°11/03403, *Act. proc. coll.* 2013, n°42.

¹⁹⁴⁶ D. VIDAL, G. C. GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté 2016-2017*, 2^e éd., Gualino éditions, 2016, p. 633 - 634.

806. C'est là qu'une procédure passerelle se distingue des procédures ordinaires : dans le procédé de passerelle, la phase judiciaire est préparée à l'avance sur le terrain de la procédure de conciliation¹⁹⁴⁷. De ce fait, elle limite très largement la palette de mesures destinées à sa protection. Toutefois, en dépit de cet avantage, la situation de l'entreprise est quand même plus ou moins obérée, et il faut neutraliser cette situation. Cela représente l'aspect traditionnel de la procédure collective qui concerne le patrimoine du débiteur¹⁹⁴⁸. Corrélativement, le processus économique est menacé, il faut en assurer la continuité. C'est l'aspect moderne de cette procédure qui concerne l'entreprise¹⁹⁴⁹.
807. Ce processus de neutralisation passe inévitablement par des contraintes judiciaires (Paragraphe I), mais aussi, il se justifie par l'amélioration de la situation des garants personnes physiques (Paragraphe II).

Paragraphe I. Les contraintes judiciaires

808. Dès qu'une entreprise est soumise à une procédure collective, la préoccupation du tribunal, dont le dirigeant espère un accompagnement en vue de trouver des solutions pour le sauvetage de son entreprise, est de cantonner son passif. Dans cette démarche, des contraintes judiciaires s'imposent, et elles se caractérisent par plusieurs règles, dont l'optimisation de l'actif de l'entreprise en difficulté (I) et la maîtrise de son passif (II).

I. L'optimisation de l'actif de l'entreprise en difficulté

809. Optimiser l'actif d'une entreprise en difficulté, c'est la protéger de toute cause de dégradation, et encourager toute source d'augmentation. Tout cela commence par des mesures très élémentaires comme l'inventaire de son patrimoine. L'absence d'établissement de l'inventaire conduit à mettre à la charge du débiteur ou de son représentant, administrateur judiciaire ou liquidateur judiciaire, l'obligation de prouver que les biens revendiqués, restés dans le patrimoine du débiteur, n'existaient plus en nature au jour du jugement d'ouverture¹⁹⁵⁰. C'est pourquoi dans le jugement d'ouverture, le tribunal désigne un commissaire-priseur judiciaire, un huissier, un notaire, aux fins de réaliser cet inventaire et la prisée indiquée à l'article L. 622-

¹⁹⁴⁷ V. *supra*, n°339.

¹⁹⁴⁸D. VIDAL et G. C. GIORGINI, *Cours de droit des entreprises en difficulté*, 1^{re} éd., Lextenso Editions, 2015-2016, p. 174.

¹⁹⁴⁹ *ibid.*

¹⁹⁵⁰ Com. 1^{er} déc. 2009, n°08-13.187, *Bull. civ.* IV, n°156 ; n°1125 F-P+B ; D. 2010, note A. LIENHARD ; *Gaz. pal.* 16 avr. 2010, 106, 107, p. 42, note F. PEROCHON.

6 du code de commerce. A défaut, le chef d'entreprise peut lui-même accomplir la mission¹⁹⁵¹, ou tout autre professionnel à la diligence du juge commissaire¹⁹⁵². L'absence d'inventaire ne fait pas barrage à l'exercice des actions en revendication ou en restitution. En ce cas, il appartiendra, comme il a été observé précédemment, au débiteur ou à son représentant de prouver que les biens revendiqués n'existaient plus en nature au jour du jugement d'ouverture¹⁹⁵³. Une procédure judiciaire de redressement d'une entreprise est synonyme de gestion d'une pénurie.

810. C'est pourquoi, l'optimisation de son actif dans la perspective des objectifs visés par cette procédure passe, selon les cas, par le sacrifice que doivent consentir le conjoint du chef d'entreprise (A), les associés et les titulaires de droits réels (B).

A. Le sacrifice du conjoint du chef d'entreprise

811. Normalement, la survenance de procédure collective n'a pas d'incidence sur la situation du conjoint du débiteur ou, à tout le moins, sur ses biens personnels¹⁹⁵⁴. Ces biens sont à l'abri des poursuites des créanciers¹⁹⁵⁵. Cependant s'ils sont mariés sous le régime de la communauté, les biens du conjoint s'en trouvent inclus dans le périmètre de la procédure collective et peuvent, à cet égard, être vendus, ce qui est critiquable selon un auteur¹⁹⁵⁶ ; les salaires du conjoint *in bonis* subissent l'attraction de la procédure judiciaire ouverte¹⁹⁵⁷. Le droit des procédures collectives est depuis très longtemps partagé entre le respect du statut matrimonial (légal ou conventionnel) et les exigences du traitement collectif aux dépens du conjoint. C'est pourquoi, dans les droits français et OHADA, dans le respect de cet aspect patrimonial, le conjoint du chef d'entreprise doit être entendu ou dûment convoqué avant toute décision autorisant la vente

¹⁹⁵¹ Art. L.621-4, c. com.

¹⁹⁵² Art. L. 622-6-1, c. com.

¹⁹⁵³ Art. L.622-6, al. 5, c. com. ; Com. 1^{er} déc. 2009, n°08-13.187, *Gaz. pal.*, éd. spéc. 16-17 avr.. 2010, n°106-107, p. 42, note F. PÉROCHON ; *RTD civ.* 2010, p. 361, obs. P. CROCQ ; *RTD com.* 2010, p. 424, obs. .A. Martin-Serf.

¹⁹⁵⁴ Com. 15 mars 2005, n°03-193.59, *Bull. civ.* IV, n°171 : exige la preuve de faits de confusion pour étendre la procédure au conjoint.

¹⁹⁵⁵ Com. 10 févr. 2011, n°10-13.590, *Rev. proc. coll.* 2011, n°72, p.70, obs. C. LISANTI.

¹⁹⁵⁶ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Il est temps de repenser la situation du conjoint dans les procédures ! », *Éclairage*, mars-avr. 2016, n°113 et 114, p. 87.

¹⁹⁵⁷ Com. 16 nov. 2010, n°09-68.459, *Rev. proc. coll.* 2011, n°70, p. 68, obs. M. P. DUMONT-LEFRAND ; Ph. ROUSSEL GALLE, « Les biens communs et les biens légués », *Rev. proc. coll.* 2011, Dossier « Le périmètre de la défaillance économique », colloque AJDE, Toulouse, sept. 2010, n°1, p.83 ; F.-X. LUCAS, « L'attraction du conjoint in bonis dans la procédure collective », *LPA* 2003, n°82, p.4 ; L. ANTONINI-COCHIN, « La situation du conjoint du débiteur », *Rev. proc. coll.* 2013, dossier n°3, « Personne physique et procédures collectives », colloque Toulouse CDA/AJDE, p. 66.

des biens de la communauté¹⁹⁵⁸. Si au cours de la procédure, la dissolution de la communauté devient opposable aux tiers, ce conjoint doit être entendu ou dûment convoqué avant toute décision autorisant la vente des biens de l'indivision¹⁹⁵⁹ ; mais le caractère autoritaire de la procédure judiciaire porte souvent atteinte à ce statut, notamment, au droit du conjoint et de ses ayants droit, surtout en procédure de sauvegarde. Cela dénote la préoccupation législative constante d'optimisation de l'actif du débiteur¹⁹⁶⁰.

812. En application de la présomption mucienne en droit romain, les biens acquis au cours du mariage par le conjoint du commerçant étaient présumés avoir été acquis avec les fonds de l'exploitation ; ils étaient ainsi incorporés à l'actif du débiteur, gage des créanciers de la procédure collective¹⁹⁶¹. Bilatéralisée en 1955 en droit français pour englober les biens du mari de l'épouse commerçante, puis abandonnée en 1967 pour laisser place à un régime particulier visant la reconstitution du patrimoine du débiteur, la solution a été définitivement déclarée inconstitutionnelle en 2012¹⁹⁶², et la Cour de cassation n'a pas tardé à en tirer les conséquences¹⁹⁶³. Pour que le régime matrimonial s'applique, il faut que le débiteur, engagé dans une procédure de sauvegarde ordinaire ou de sauvegarde accélérée s'agissant du droit français, établisse la consistance de ses biens, conformément aux dispositions des articles L.624-9 et L.624-10 du code de commerce qui sont relatives à la revendication des meubles.
813. En droit OHADA, dans le cadre du redressement judiciaire, la consistance des biens personnels du conjoint du débiteur est établie par lui-même, conformément aux règles de son régime matrimonial¹⁹⁶⁴. La masse peut, sur preuves irréfutables, si les biens acquis par le conjoint du débiteur, l'ont été en toute ou partie, avec des valeurs fournies par celui-ci, demander que les acquisitions ainsi faites soient intégrées à l'actif, à proportion de la contribution du débiteur¹⁹⁶⁵. La règle devrait être transposable en règlement préventif.

¹⁹⁵⁸ Art. 100-1, AUPC.

¹⁹⁵⁹ Art. R. 624-12, c. com.

¹⁹⁶⁰ Ass. Plén. 23 déc. 1994, BJS 1995, p. 231, note J.-P. SENECHAL : la saisie collective de la procédure empêche le créancier personnel du conjoint du débiteur en redressement ou en liquidation judiciaire de saisir un bien commun, mais cela devrait s'appliquer en procédure de sauvegarde.

¹⁹⁶¹ Anc. art. 542, c. com.

¹⁹⁶² Cons. const., 19 janv. 2012, n°2011-212 QPC, D. 2012, n°6, p. 373, note J.-P. SENECHAL ; JCP E 2012, n°12, p. 30, note Ch. LEBEL.

¹⁹⁶³ Com. 11 avr. 2012, n°10-25.570, D. 2012, p.1122, obs. A. LIENHARD.

¹⁹⁶⁴ Art. 99, AUPC.

¹⁹⁶⁵ *id.*

814. Le conjoint du débiteur qui, lors de son mariage, dans l'année de celui-ci ou dans l'année suivante, était agriculteur ou exerçait une activité commerciale, artisanale ou toute autre activité professionnelle indépendante, ne peut exercer dans ces procédures de sauvegarde, aucune action à raison des avantages faits par l'un des époux à l'autre, dans le contrat de mariage ou pendant le mariage¹⁹⁶⁶. Il s'agit de toutes les donations ainsi que des avantages matrimoniaux, tels un préciput ou une clause de partage de la communauté. En contrepartie, les créanciers ne peuvent, de leur côté, se prévaloir des avantages faits par l'un des époux à l'autre¹⁹⁶⁷. Il n'empêche que cette disposition semble dépassée et, fondée sur une présomption de fraude, tout comme l'action en rapport, devrait subir le même sort selon un auteur¹⁹⁶⁸. La règle ne peut être étendue, il lui a été souvent reproché d'être à la fois inique et anachronique¹⁹⁶⁹.
815. Toutes ces actions en responsabilité, contre les dirigeants et contre les tiers, en récupération de biens détenus par le conjoint, ou encore les actions en recouvrement, ont pour objectif désormais de reconstituer l'actif de l'entreprise en difficulté, de l'augmenter de toutes les sommes qui en étaient indûment sorties. Ces mesures sont au service de l'efficacité économique actant ainsi la cohérence du code de commerce et de l'Acte uniforme des procédures collectives, malheureusement biaisée par l'admission des actions en revendication. Toutefois, ces actions en revendication et restitution se heurtent à la nécessité de rapidité recherchée dans les procédures de sauvegarde accélérée du droit français et de règlement préventif du droit OHADA.

B. La paralysie des actions en revendication et en restitution

816. La procédure collective, une fois ouverte, entraîne l'exigibilité immédiate du montant du capital non libéré, soit lors de la continuation de la société, soit lors d'une augmentation du capital. Les associés ayant réalisé un apport en numéraire ne peuvent donc plus se prévaloir du terme accordé par le droit des sociétés et doivent s'exécuter immédiatement¹⁹⁷⁰. C'est en ce sens d'ailleurs que le mandataire judiciaire a qualité pour mettre en demeure les associés ou

¹⁹⁶⁶ Art. 100, AUPC.

¹⁹⁶⁷ Art. L. 624-8, c. com. ; Art. 100, AUPC.

¹⁹⁶⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Ne tirez plus sur le conjoint ! Pour une abrogation de l'article L. 624-8 du code de commerce... voire plus », *BJE* oct. 2012, p. 269.

¹⁹⁶⁹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, « L'article L.624-8 du code commerce, une dérogation inopportune au régime des avantages matrimoniaux », *Mélanges en l'honneur du professeur P. Le Cannu*, Dalloz, 2014, p. 781.

¹⁹⁷⁰ Art. L.624-20, c. com.

actionnaires de s'exécuter¹⁹⁷¹. Cette intransigeance à l'égard des associés s'explique par le fait d'être conforme aux efforts exigés aux créanciers de l'entreprise sociétaire.

817. Quant aux droits réels, en principe, ils échappent à la discipline collective, car le créancier est titulaire d'un droit réel, dont l'existence subsiste dans les conditions du droit commun. Ce n'est que la mise en œuvre du droit réel qui est atteinte par la procédure collective. En effet, la suspension des poursuites individuelles, par suite de la survenance de la procédure collective, n'affecte pas les droits de revendication, car l'action ne vise pas le paiement d'une somme d'argent, ni la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent¹⁹⁷². C'est un principe traditionnel et commun à toutes les procédures collectives s'expliquant par la qualité du revendiquant dont le droit est opposable à tous, ce qui lui confère une supériorité face à celle d'un simple droit de créance.
818. Cependant ces droits de revendication ne peuvent être exercés dans les procédures de sauvegarde accélérée du droit français qui, par définition, sont des procédures expéditives¹⁹⁷³. C'est pourquoi il est surprenant que le législateur ait maintenu la revendication dans la procédure de sauvegarde ordinaire en ce qu'elle provoque la désorganisation de l'actif de l'entreprise en difficulté et entraîne, de ce fait, le risque de démantèlement d'une société *in bonis*¹⁹⁷⁴. L'argument explique l'exclusion de la règle dans les procédures accélérées¹⁹⁷⁵. Elle rime mal avec la finalité assignée à ces passerelles, celle de traiter les difficultés des entreprises par une solution négociée de façon rapide.
819. En droit OHADA, l'article 101 du nouvel Acte uniforme des procédures collectives ne prévoit pas la revendication des biens dans la procédure de règlement préventif. Cette exclusion n'est pas expressément indiquée. Elle se présume de la formule de l'alinéa premier du texte précité selon lequel « *nonobstant les dispositions du présent Acte uniforme, la revendication des meubles ne peut être exercée que dans le délai de quatre-vingt-dix (90) jours suivant la deuxième insertion de la décision d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire des biens dans un journal d'annonce légale de l'État partie concerné* ». Il n'est donc fait cas que des seules procédures de redressement et de liquidation judiciaire.

¹⁹⁷¹ Art. L.622-20, al. 2, c. com.

¹⁹⁷² P.-M. LE CORRE, « Droit réel, droit personnel et procédures collectives », *LPA* 1999, n°99, p. 4.

¹⁹⁷³ V. en ce sens les obs. de A. MARTIN-SERF, avr. 2014, p. 415.

¹⁹⁷⁴ V. F.-X. LUCAS et H. LECUYER, « La loi de sauvegarde, article par article », *LPA* févr. 2006, n°28, p. 68.

¹⁹⁷⁵ Art. L. 628-1, al. 1, c. com.

Comme pour les sauvegardes accélérées du droit français, la finalité recherchée à travers le règlement préventif rime mal avec le droit de revendication.

820. L'action en revendication d'une somme d'argent reste impossible dans les procédures collectives. Il en résulte que le créancier propriétaire d'une somme d'argent donnée devra faire une déclaration au passif de la procédure au même titre que les autres créanciers soumis à cette obligation. En effet, toute restitution d'une telle somme d'argent porterait atteinte à l'égalité des créanciers. La solution est sans équivoque sur les disponibilités présentes sur le compte bancaire du débiteur¹⁹⁷⁶, même s'il est vrai que l'argent est un bien fongible. Cependant, il semblerait que les sommes, bénéficiant d'une affectation spéciale, font exception à la règle¹⁹⁷⁷. Dans un arrêt récent, la Cour de cassation a indiqué qu'une affectation spéciale ne peut résulter d'un article de compte dans la comptabilité du débiteur¹⁹⁷⁸. Si la période d'observation optimise l'actif comme vu précédemment, elle permet de maîtriser aussi le passif de l'entreprise.

II. La maîtrise du passif de l'entreprise en difficulté

821. La période d'observation est destinée à desserrer l'étau financier pour l'entreprise. Dès lors que ses difficultés comportent un passif exigible ou pourraient en engendrer, il faut le tenir à l'écart. C'est ainsi que le passif antérieur à l'ouverture de la procédure est cantonné. Le passif général s'entend par passif antérieur à l'ouverture de la procédure collective autre que celui résultant des créances salariales et alimentaires. Ces créanciers antérieurs font les frais de la défaillance du débiteur et sont sacrifiés en vertu de la discipline collective en faveur du financement de la période d'observation et de la recherche d'un redressement. Dans une procédure passerelle, les créanciers ne devraient pas avoir un tel sentiment de sacrifice. La raison tient au fait que c'est la majorité des créanciers qui font front commun contre les minoritaires non diligents depuis dans le cadre de la procédure de conciliation où le projet de plan a été concocté. C'est bien leur volonté que le juge imposera aux créanciers minoritaires.
822. Le cantonnement du passif général antérieur explique le gel immédiat de ce passif (A), mais reste toutefois assorti de quelques tempéraments comme le paiement obligatoire des créances salariales et alimentaires (B).

¹⁹⁷⁶ Com. 22 mai 2013, n°11-23.961, *Bull. civ. IV*, n°87 ; com. 10 mai 97-16.726, *Bull. civ. IV*, n°98, p. 87 ; com. 4 févr. 2003, n°00-13356 NP ; com. 15 mai 2015 n°13-25.312 NP.

¹⁹⁷⁷ Com. 15 févr. 2011, n°10-10.056, *Bull. civ. IV*, n°25.

¹⁹⁷⁸ Com. 8 mars 2017, n°15-11.168 NP.

A. Le gel des créances antérieures

823. Une procédure passerelle, à l'image de la sauvegarde du droit français et du règlement préventif du droit OHADA, est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité¹⁹⁷⁹. Dès lors, il serait illusoire de vouloir atteindre ces objectifs si aucun répit n'était accordé au débiteur pendant sa période de restructuration¹⁹⁸⁰.
824. Le passif de l'entreprise en difficulté est l'élément problématique qui menace son existence. C'est pourquoi il est primordial de le maîtriser dans toutes ses manifestations. C'est ainsi que le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture¹⁹⁸¹ à l'exception du paiement par compensation des dettes connexes. Il emporte également, de plein droit, interdiction de payer toute créance née après le jugement d'ouverture, non mentionnée au I de l'article L.622-7¹⁹⁸² du code de commerce. Ces interdictions ne sont pas applicables aux créances alimentaires. Cependant pour le débiteur, « *le droit de ne pas payer ses dettes n'interdit pas le paiement* ». ¹⁹⁸³ Subsiste, en effet, une obligation naturelle à sa charge qu'il peut parfaitement commuer, par une manifestation non équivoque emportant novation, en une obligation civile¹⁹⁸⁴.
825. A l'ouverture de la procédure collective et alors que l'activité doit se poursuivre, le passif antérieur est affecté d'une image ; il est figé de sorte qu'on ne peut le payer, même pas tenter de le faire. Le principe est automatique et traditionnel. Il prend effet dès le prononcé du jugement d'ouverture de la procédure¹⁹⁸⁵ et s'applique dans toutes les procédures collectives¹⁹⁸⁶, au débiteur et à l'administrateur judiciaire¹⁹⁸⁷. Cependant, les paiements effectués, dans le cadre des règlements interbancaires le jour même du jugement d'ouverture, restent valables¹⁹⁸⁸.

¹⁹⁷⁹ Art. L.620-1, c. com.

¹⁹⁸⁰ A. BAMDE, « Ouverture d'une procédure collective : le principe d'interdiction des paiements », *aurelien bamde*, 9 oct. 2017, article consulté le 7 mai 2018.

¹⁹⁸¹ Art. L.622-7, c. com. ; Art. 11, al. 1, 3°, AUPC.

¹⁹⁸² Art. L. 622-7, I, du c. com.

¹⁹⁸³ F. X. LUCAS, P.-M. LE CORRE, « Droit des entreprises en difficulté - Critères d'ouverture de la procédure de sauvegarde », *Receuil Dalloz*, 2008, p. 570.

¹⁹⁸⁴ F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprise en difficulté - Instrument de crédit et de paiement*, 7^e éd., LGDJ, 2006, n°501-1.

¹⁹⁸⁵ Com. 3 mars 1998, *RJDA* 7/98, p. 646.

¹⁹⁸⁶ Com. 8 juin 1993, *BRDA* 12/93, n°1080 ; *JCP E* 1993, 3721, p. 150.

¹⁹⁸⁷ Cependant les tiers ne sont pas concernés : com. 3 oct. 2006, *D.* 2006, p. 2735.

¹⁹⁸⁸ Art. L. 330-1, II, c. mon. fin.

826. Cette interdiction a un caractère général et concerne, de ce fait, tout paiement antérieur par le débiteur quel qu'en soit le mode, y compris par l'effet d'une saisie-attribution¹⁹⁸⁹, l'attribution judiciaire d'un bien donné en garantie (il s'agit d'une dation en paiement¹⁹⁹⁰) ou par l'exercice d'un droit de retrait¹⁹⁹¹ et quelle que soit la nature de la créance : professionnelle ou personnelle¹⁹⁹², chirographaire ou assortie d'une sûreté¹⁹⁹³, toutes les fois qu'il s'agit d'une créance de somme d'argent dont l'origine est antérieure au jugement d'ouverture ou que la créance est postérieure, mais non privilégiée. C'est pourquoi un virement postérieur au jugement d'ouverture n'est pas nul s'il n'est pas établi qu'il a servi à régler des créances antérieures ou postérieures non privilégiées¹⁹⁹⁴. Elle n'épargne pas non plus le conjoint commun en bien qui ne peut régler les arrérages d'une teinte viagère avec des gains et salaires communs lorsque son époux fait l'objet d'une procédure collective¹⁹⁹⁵. Si le principe est d'effet automatique, il n'en demeure pas moins que le juge doit s'assurer, avant, que la créance dénoncée rentre bien dans le champ d'application de l'interdiction¹⁹⁹⁶. Les créanciers seront payés, en raison du principe d'égalité, dans le cadre du plan¹⁹⁹⁷.
827. Le principe de l'interdiction de paiement des créances antérieures procure plusieurs avantages pour l'entreprise engagée dans une procédure passagère : le paiement différé permet son sauvetage ; il est complètement anticoncurrentiel ; le chef d'entreprise peut se permettre d'oublier ses dettes afin de chercher des mesures de survie de son entreprise ; n'étant pas en cessation des paiements ou, à tout le moins, depuis plus de quarante-cinq jours, il se met, du fait

¹⁹⁸⁹ Com. 24 oct. 1995, *Bull. civ. IV*, n°255 ; *D.* 1996, p. 155, note F. DERRIDA ; *JCP G* 1996, II, 22578, note E. PUTMAN ; *RTD com.* 1996, p. 526.

¹⁹⁹⁰ P.-M. LE CORRE, « Les incidences de la réforme du droit des sûretés sur les créanciers confrontés aux procédures collectives », *JCP E*, 2007, n°6, 1185.

¹⁹⁹¹ Com. 12 oct. 2004, n°03-11.615, *RTD com.* 2005, p. 417, note P. Y. GAUTIER ; *JCP* 2005, I, n°16, Ch. CABRILLAC et Ph. PETEL, p. 107 ; *Act. proc.* 2004, n°18, com. 218, note, C. RENAULT-MOUTIER ; com. 14 févr. 2006, *D.* 2006, AJ 916, obs. A. LIENHARD ; com. 13 nov. 2007, n°06-14.503, *Bull. civ. IV*, n°238 ; *LPA* 30 oct. 2008, n°218, p. 7, obs. J. TRAUILLÉ ; com. 12 janv. 2010, n°08-21.370.

¹⁹⁹² Com. 25 nov. 2008, *Act. proc. coll.*, 2 févr. 2009, n°33.

¹⁹⁹³ Com. 9 févr. 1991, *D.* 1992, somm. p. 256, obs. F. DERRIDA ; *JCP E* 1991, II, 232, obs. P.-M. LE CORRE.

¹⁹⁹⁴ Com. 3 nov. 2010, *D.* 2010, actu. 2644, obs. A. LIENHARD.

¹⁹⁹⁵ Civ. 1^{re} 10 mai 2006, *D.* 2006, p. 1452, obs. A. LIENHARD ; *Act. proc. coll.* 2006, n°116, obs. C. REGNAULT-MOUTIER.

¹⁹⁹⁶ Com. 3 nov. 2010, n°09-69533, *LPA*, 26 juill. 2011, obs. S. BENILSI.

¹⁹⁹⁷ Com. 3 nov. 2010, n°09-69533, *LPA*, 26 juill. 2011, obs. S. BENILSI.

de l'ouverture de la procédure collective, en situation de ne plus payer immédiatement ses créanciers et échappe donc momentanément à ses obligations¹⁹⁹⁸.

828. Cependant, le chef d'entreprise doit respecter la règle de l'interdiction de paiement des créances antérieures. Tout manquement peut avoir des conséquences lourdes et diverses. Ces conséquences sont relatives au paiement irrégulier et aux parties engagées. En effet, tout paiement au mépris de la règle est frappé de nullité, et cette action en nullité peut être formulée par toute personne intéressée, y compris par le ministère public, dans les trois ans du paiement interdit¹⁹⁹⁹. Cependant il s'agit de la nullité du paiement et non de l'inopposabilité. La somme indûment payée est reversée à l'entreprise et tombe dans son patrimoine où elle peut être affectée au paiement des créances postérieures privilégiées. Le débiteur qui a payé ou fait payer après cessation des paiements et en connaissance de cause de celle-ci un créancier au détriment des autres créanciers peut être condamné à la faillite personnelle²⁰⁰⁰. Cette sanction ne peut s'appliquer dans la sauvegarde du droit français et ses variantes, et dans la procédure de règlement préventif du droit OHADA, pour cause d'absence de cessation des paiements²⁰⁰¹. Le débiteur ou dirigeant qui paie ainsi un créancier en tout ou partie peut être condamné pénalement ou à un emprisonnement de deux ans et à une amende de trente mille euros²⁰⁰² pour ce qui concerne le droit français. S'agissant du OHADA, l'Acte uniforme ne pouvait apporter de telles précisions, dans la mesure où les législations pénales dans les États membres sont différentes. Le créancier qui se fait consentir, par convention, des avantages particuliers après le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde et de l'une de ses déclinaisons, encourt des peines pénales de trois ans d'emprisonnement²⁰⁰³. Afin de faire respecter le principe de l'interdiction de paiement des créances antérieures, la juridiction saisie doit constater la nullité de la convention dénoncée. Tout en restant rigoureux, les législateurs français et OHADA prévoient des tempéraments au gel des créances antérieures.

¹⁹⁹⁸ Les débiteurs ne peuvent que se réjouir de l'ouverture de la procédure qui arrête les poursuites des créanciers et qui interdit de les payer.

¹⁹⁹⁹ Art. L.622-7, al. 4, c. com. ; Art. 234, AUPC. Contrairement au droit français, l'AUPC n'indique pas le délai sous lequel l'action peut être engagée. Il peut en être déduit que cela est laissé aux droits nationaux puisqu'il est question d'infraction pénale.

²⁰⁰⁰ Rappr. de la sanction des actes non autorisés par le juge-commissaire, n°538. Art. L.653-5-4°, c. com.

²⁰⁰¹ A. KANTE, « Réflexion sur le principe de l'égalité des créanciers dans le droit des procédures d'apurement du passif (OHADA) », *Rev. EDJA*, janv.-févr.-mars 2003, n°52, p. 50 ; *Rev., sénégalaise dr. aff.* janv.-juin 2003, n°01, p. 67.

²⁰⁰² Art. L.654-8, c. com.

²⁰⁰³ Art. 314-1, c. pén., art. L.654-13 c. com.

B. Les tempéraments du gel des créances antérieures

829. L'interdiction de paiement des créances antérieures n'est pas un principe absolu. Certains créanciers peuvent être payés en dépit de l'ouverture de la procédure collective. De même, d'une manière générale, les mécanismes du droit des obligations peuvent résister à l'interdiction des paiements, qu'il s'agisse de la compensation entre dettes connexes ou de la délégation de créances. En plus de l'exception du règlement des effets de commerce imposé par le droit cambiaire²⁰⁰⁴, les législations françaises et OHADA prévoient le paiement des créances alimentaires²⁰⁰⁵. Ces créances ne sont pas soumises à l'obligation de déclaration, et elles échappent à l'interdiction de paiement, qu'elles soient antérieures ou postérieures à l'ouverture de la procédure²⁰⁰⁶.
830. L'exception liée aux effets de commerce se justifie par l'irrévocabilité de l'ordre de payer qui leur est attachée. En effet, dès lors qu'un effet de commerce est émis, il emporte paiement irrévocable pour son titulaire et, de ce fait, l'ouverture d'une procédure collective ne pourra primer le droit cambiaire, de sorte que l'effet de commerce ainsi émis doit être payé. La plupart du temps, ce sont les chèques qui sont concernés, et la jurisprudence a, à chaque fois, réitéré la primauté du droit cambiaire sur le droit des procédures collectives, au motif que la provision reste garantie dès l'émission du chèque²⁰⁰⁷. Le débat porte toutefois sur la date d'émission, ce pour éviter le paiement des chèques antidatés²⁰⁰⁸.
831. Le deuxième tempérament est relatif aux créances dont le règlement peut être autorisé par le juge-commissaire pour retirer le gage, ou une chose légitimement retenue, ou encore pour obtenir le retour de biens et droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire, lorsque ce retrait ou ce retour est justifié par la poursuite de l'activité²⁰⁰⁹. Ce paiement peut

²⁰⁰⁴ Art. 68, al. 1, 3° et 9, al. 4, AUPC ; TGI, Mifi, n°19/Civ, 15 avr. 2008, réf. *Ohadata* J-08.151 ; droit français : pour le paiement du porteur d'une lettre de change : com. 8 oct. 1991, *RJDA*12/91, n°1072 ; sur l'obligation du tireur de fournir provision : com. 5 oct. 1993 *RJDA* 2/94, n°206 et sur l'absence de restitution du montant d'un chèque au motif que le bénéficiaire est propriétaire de la provision dès l'émission : com. 4 févr. 1992 *RJDA* 1992/3, n° 283 ; sur le paiement par chèque post-daté : com. 12 janv. 2010 *JCP E* 2010, 1296, n°03, obs. M. CABRILLAC ; *act. proc. coll.* 2010, n°73, obs. C. REGNAUT-MOUTIER ; art. L.632-3, c. com.

²⁰⁰⁵ Abidjan, 3^e civ.-com., 04 mars 2005, réf. *Ohadata* J-09.167.

²⁰⁰⁶ P.-M. LE CORRE, « La règle de l'interdiction des paiements au lendemain de l'ordonnance du 18 déc. 2008 » *Gaz. proc. coll.*, mars 2009, p. 25 ; R. CHENBER, « Les créances alimentaires et les procédures collectives », *Rev. proc. coll.* 2009, n°40, p. 40.

²⁰⁰⁷ Com. 18 oct. 1994, n°92-20.086, *Bull. civ. IV*, n°291, p. 232.

²⁰⁰⁸ Com. 31 janv. 2006, n°04-15.315, *Bull. civ. IV*, n°18, p. 19.

²⁰⁰⁹ Art. L.622-7, c. com.

aussi être autorisé lorsqu'il s'agit de lever l'option d'achat d'un contrat de crédit-bail²⁰¹⁰, si cette levée d'option est sous-tendue 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 contrat²⁰¹¹. Il peut être ainsi observé que pour cette exception, trois conditions doivent être remplies : le bien doit avoir fait l'objet soit d'un gage, d'un droit de rétention, d'une fiducie, soit d'un crédit-bail ; le bien doit être utile à l'activité de l'entreprise débitrice ; enfin le débiteur ou l'administrateur doivent avoir l'autorisation du juge commissaire.

832. Le troisième tempérament a trait au vendeur avec réserve de propriété qui sera payé lorsque l'administrateur/syndic veut garder le bien dans l'entreprise²⁰¹². Aux termes de l'article L.624-16 du code de commerce, « *dans tous les cas, il n'y a pas lieu à revendication si, sur décision du juge-commissaire, le prix est payé immédiatement* ». La dérogation relative au paiement du vendeur de biens meubles se justifie par la nécessité de favoriser la poursuite de l'activité de l'entreprise.
833. Les salariés²⁰¹³, quant à eux, échappent au sort commun réservé aux créanciers, en raison du caractère social de leurs créances. Ils doivent être immédiatement payés sur les fonds disponibles²⁰¹⁴, et depuis la loi de 1994²⁰¹⁵ en droit français, est admis, le paiement provisionnel des créanciers²⁰¹⁶ dont le bien, assiette de la sûreté, est vendu au cours de la période d'observation en vertu de l'article L.622-28²⁰¹⁷ du code de commerce. En cas d'impossibilité de paiement immédiat des salariés en droit français, faute de fonds disponibles, c'est à l'AGS qu'il reviendra de les payer. En droit OHADA, soit le paiement est effectué sur les premières rentrées de fonds avant toute autre créance²⁰¹⁸, soit il est effectué par une personne ou un organisme prenant en charge le paiement des créances salariales en cas de procédure collective dans l'État-membre concerné où se déroule la procédure collective²⁰¹⁹. Lorsqu'il s'agit d'une

²⁰¹⁰ Art. L.622-7, c. com. ; Art. 101 et s. AUPC.

²⁰¹¹ Com. 19 juin 2007, *AJ* 1878, obs. A. LIENHARD et 2007, p. 2363, obs. E. LE CORRE-BROLY ; *RTD com.* 2008, p.182, obs. A. MARTIN-SEREF.

²⁰¹² Art. 624-16, c. com.

²⁰¹³ Art. 95 et s., AUPC ; Art. L. Art.625-8, c. com.

²⁰¹⁴ Art. 625-8, c. com.

²⁰¹⁵ L.94-475 du 10 juin. 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, *JORF* n°134 du 11 juin. 1994, p. 8440.

²⁰¹⁶ Com. 20 janv. 1998, *Quot. jur.* 1998, n°21, p. 5.

²⁰¹⁷ Art. L.622-24, c. com.

²⁰¹⁸ Art. 96, al. 2, AUPC.

²⁰¹⁹ Art. 96, al. 3, AUPC.

créance salariale postérieure au jugement d'ouverture, dans les deux droits, elle est payée à l'échéance comme dette postérieure privilégiée.

834. En droit commun des obligations, le créancier est valablement fondé à invoquer le paiement par compensation ou par délégation. En matière de procédure collective, la véritable question qui se pose est de savoir si ce mode de paiement est ou non possible après le jugement d'ouverture²⁰²⁰ ? Tout d'abord, il faut affirmer que la compensation légale, qui est un double paiement automatique et forcé reste, sans le moindre doute, concevable puisqu'elle se produit de plein droit, sans exigence de connexité et sans l'intervention de la volonté, lorsque les créances étaient certaines, liquides et exigibles avant le jugement d'ouverture²⁰²¹, quoiqu'il soit parfois difficile de déterminer le moment où elle s'opère²⁰²². Cependant, la compensation judiciaire est à refuser entre dettes sans lien entre elles puisqu'elle contrarie fondamentalement et automatiquement le principe de l'interdiction des paiements.
835. Une réelle discussion a eu lieu en droit français quant aux dettes connexes. Sous l'empire du droit antérieur à 1985, les tribunaux admettaient la compensation entre ces dettes, en raison de la réciprocité et de l'interdépendance existant entre elles, et dans un souci de protection du créancier, à la condition, toutefois, que ce créancier ait valablement déclaré sa créance²⁰²³. La loi du 25 janvier 1985²⁰²⁴ n'avait pas explicitement consacré cette jurisprudence, et son maintien était beaucoup controversé²⁰²⁵, l'acceptation de la compensation qui permet l'extinction d'une créance du débiteur étant peu logique sous l'empire d'un texte orienté vers la sauvegarde des entreprises²⁰²⁶. Elle a été adoptée par la jurisprudence dans un arrêt de

²⁰²⁰ J.-M. CLENDINI, « Compensation », *J.-C. com.*, fasc.2372.

²⁰²¹ Com. 18 sept. 2012, n°C11-21735, *RJC* mai/ juin 2013, p. 247, obs. J.-P. SORTAIS ; com. 27 sept. 2011, n°10-247.93, *RJDA* 1/12, n°69, p. 56 ; *BRDA* 2012, n°08, p. 5 ; com. 28 oct. 2008, n°07-15029 ; com. 20 mars 2001, *BRDA* 7/01, n°10, p. 7.

²⁰²² Com. 18 sept. 2007, *D.* 2007, p. 6424, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *RTD com.* 2008, p. 180, obs. A. MARTIN-SERF.

²⁰²³ Rennes, 5 oct. 1988, *Rev. proc. coll.* 1989, n°2, p. 159, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

²⁰²⁴ L.n°85-98 du 25 juill. 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, *JORF* du 26 janv. 1985, p. 1097.

²⁰²⁵ J. F. MONTREDON, « La compensation entre dettes connexes après le jugement déclaratif peut-elle survivre à la loi du 25 janv. 1985 ? », *JCP E* 1990, 15792, p. 397 et *J.-CL. com.* fasc.2372 ; P. LEGRAS DE GRANDCOURT, « L'interdiction de la compensation en cas de la procédure collective de l'une des parties », *Rev. proc. coll.* 1990, n°02, p.119 ; M. PEDAMON, « La compensation des dettes connexes », *RJ. com.*1992, in n° spéc ; J. P. SORTAIS, « La compensation des obligations connexes et les procédures collectives : maintien, abandon ou aménagements des solutions antérieures à 1985 », *D.* 1991, p. 60.

²⁰²⁶ Toulouse, 26 juill. 1988, *Rev. proc. coll.* 1989, n°02, p. 157, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

principe²⁰²⁷, approuvée en cela par quelques auteurs, sur le fondement de l'équité, et la loi de 1994 précitée a consacré cette exception à l'interdiction des paiements. Aux termes de l'actuel article L.622-7 du code de commerce, le débiteur ne doit pas payer ses créanciers « à l'exception du paiement par compensation de dettes connexes ».

836. En définitive, la Cour de cassation française a mis un terme à la discussion en refusant de renvoyer au Conseil constitutionnel, la question prioritaire de constitutionnalité visant à apprécier la conformité de l'article L.622-7 aux principes d'égalité et de sécurité juridiques²⁰²⁸, et en jugeant qu'il n'y a pas lieu d'interpréter cet article à la lumière du Règlement européen du 29 mai 2000²⁰²⁹, puisqu'il ne concerne qu'une question entièrement interne²⁰³⁰. Cependant il faut que les conditions de la compensation soient réunies pour que le créancier puisse échapper à la discipline collective grâce à la réciprocité des obligations²⁰³¹. Ces conditions sont que les créances soient certaines en leur principe²⁰³² ou vraisemblables²⁰³³, réciproques et surtout connexes²⁰³⁴. La jurisprudence considère qu'il n'y a pas lieu qu'elles remplissent obligatoirement les conditions d'exigibilité de droit commun²⁰³⁵. En outre, afin de renforcer l'attractivité de la période d'observation, les poursuites contre les garants personnes physiques sont automatiquement suspendues jusqu'au jugement arrêtant le plan ou au prononcé de la liquidation judiciaire dans les droits français et OHADA²⁰³⁶.

²⁰²⁷ Com. 19 mars 1991, *Rev. proc. coll.* 1991/2, p. 211, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

²⁰²⁸ Com., QPC, 14 sept. 2010, *Act. proc. coll.* 2010, n°226, obs. P. CAGNOLI ; *LPA* 20 déc. 2010, obs. M.-C. HENRY ; *RTD com.* 2011, 798, obs. A. MARTIN-SERF.

²⁰²⁹ Abrogé et remplacé par le règlement n°1393/2007 du 13 nov. 2007, relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale.

²⁰³⁰ Com. 21 févr. 2012, n°11-18027, *D.* 2012, p. 678, obs. A. LIENHARD.

²⁰³¹ O. LUTUN, « La compensation en droit des procédures collectives : un cadre strict pour les uns, un espace de liberté pour les autres », *JCP E* 2003, 230, p. 260.

²⁰³² Com. 21 janv. 1992, *RJDA* 4/92, n°392 ; *Bull. civ.* IV, n°23. : n'est pas certaine la créance de pénalité prétendument née de la résiliation d'un contrat de sous-traitance dès lors qu'elle est subordonnée à la déclaration de responsabilité du sous-traitant, laquelle n'est pas intervenue avant le jugement d'ouverture.

²⁰³³ Com. 12 févr. 2012, n°11-18.027, *D.* 2012, 678, obs. A. LIENHARD ; com. 30 juin 2009, n°08-15631, *RTD com.* 2009, p. 807, obs. A. MARTIN-SERF.

²⁰³⁴ Com. 20 mai 1997, *RJDA* 11/97, n°1357 ; com. 16 déc. 2014, n°13-17.046, *RJ com.* 2015, p. 342, note C. LEBEL.

²⁰³⁵ Com. 20 air. 2009, n°08-14.756, *RD com.* 807, p.807, obs. A. MARTIN-SERF ; Com. 20 mars 2001, *JCP E* 2001, p. 58.

²⁰³⁶ Art. 9, al. 5, AUPC ; Art. L.622-28, c. com.

Paragraphe II. L'amélioration du sort des garants

837. Le droit des entreprises en difficulté, en se substituant à l'ancien droit de la faillite, a opéré une rupture sur le fond. Du souci de payer les créanciers par tous les moyens fussent-ils par la condamnation voire l'exécution du débiteur failli²⁰³⁷, on est passé au souci de préserver l'activité économique par l'adoption notamment du système de plan - lequel était exceptionnel voire conjecturel sous la loi de 1967²⁰³⁸ -, et en distinguant très nettement l'entreprise de la personne physique qui en est propriétaire. Cependant une chose n'a pas changé : le débiteur, hier comme aujourd'hui, est redevable à des tiers ; ces tiers créanciers, souvent établissements de crédit ont, au fil du développement des mécanismes de paiement, toujours eu recours au cautionnement de leurs concours. En prêtant de l'argent au chef d'entreprise en crise de caisse, ils ont toujours exigé des sûretés qui peuvent être personnelles - cautionnement personnel par exemple - ou réelles - les hypothèques par exemple -. Dans cette évolution, le cautionnement a pris une place non négligeable. Le fait est d'autant plus vrai de nos jours qu'il existe difficilement une procédure collective sans cautionnement²⁰³⁹. Le plus souvent, le dirigeant, dans le but de sauver l'activité de son entreprise, propose de se porter garant sur ses biens personnels.
838. Afin d'aider l'entreprise en difficulté à se relever, surtout lorsqu'elle tombe en cessation des paiements, plusieurs règles protectrices sont prévues par les législateurs. Ces règles organisent essentiellement la procédure collective destinée à faciliter son redressement. Autrement dit, tous les créanciers sont appelés à suivre une organisation de paiement des créances. C'est la discipline collective. Trois principes cardinaux de cette organisation sont alors imposés aux créanciers : la déclaration des créances au passif de la procédure, l'interdiction de paiement de toute créance antérieure et, récemment en droit français, de toute créance postérieure non élue au traitement préférentiel et, enfin, l'interdiction des poursuites individuelles et de la mise en œuvre des mesures d'exécution à l'encontre du débiteur. Le garant, tiers à la procédure du débiteur principal, n'était pas concerné par l'interdiction des poursuites individuelles et de la mise en œuvre des voies d'exécution.

²⁰³⁷ HILAIRE, cité par F. TERRE, « Droit de la faillite ou faillite du droit », in *Rev. jurisp. com.* 35^e année, n°1, p. 90.

²⁰³⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 4^e éd., Montchrestien, 2001, n°31.

²⁰³⁹ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017/2018*, 9^e éd., Dalloz action, 2016, n°720.09, p. 2369.

839. Cette observation est particulièrement intéressante. En fait, il a été remarqué que la quasi-totalité des garants sont des dirigeants²⁰⁴⁰. Or, il est souhaitable que ces derniers déposent le bilan le plus rapidement possible, afin de permettre, par l'intervention du tribunal, le redressement de l'entreprise. Comment, dans ces conditions, peuvent-ils le faire, s'ils savent pertinemment qu'ils seront automatiquement poursuivis ou exécutés par les créanciers, au dépôt du bilan ? La raison a conduit le législateur français, dans sa volonté de sauver l'activité économique, à étendre les mêmes interdictions, précédemment décrites à l'encontre du débiteur principal, aux garants par la loi de 1994²⁰⁴¹. Les réformes subséquentes ont adapté la mesure. Le législateur OHADA, après avoir ignoré la question en 1998²⁰⁴², en a tenu compte lors de la réforme de 2015²⁰⁴³.
840. La logique du non-paiement d'une créance antérieure a justifié l'interdiction des poursuites individuelles contre le débiteur. Il en est de même de la transposition de cette interdiction des poursuites (I) et de l'arrêt du cours des intérêts et des inscriptions de sûretés pour les garants (II).

I. La suspension des poursuites contre les garants

841. En droit français, les règles de suspension de toute poursuite, toute action ou exécution contre le débiteur, est le fait de l'article L. 47, alinéa premier, de la loi du 25 janvier 1985²⁰⁴⁴. Des auteurs ont appelé à rechercher le fondement de ces interdictions dans la volonté d'organiser collectivement la procédure²⁰⁴⁵. Sinon les initiatives individuelles se traduiraient par le prix de la course²⁰⁴⁶. La règle permettrait à la période d'observation « *de jouer son rôle de poumon financier artificiel* ». ²⁰⁴⁷ Pour un auteur, dans un contexte de crise « *la cristallisation protège*

²⁰⁴⁰ *id.*

²⁰⁴¹ Art. L.38-2, L. n°94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, *JORF* n°134 du 11 juin 1994, p. 8440.

²⁰⁴² Acte uniforme des procédures collectives d'apurement du passif adopté le 10 avr. 1998.

²⁰⁴³ Acte uniforme des procédures collectives d'apurement du passif adopté le 10 sept. 2015 ayant abrogé et remplacé l'Acte de 1998.

²⁰⁴⁴ L. n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, *JORF* n°173 du 27 juill. 1985, p.12187, texte n°5.

²⁰⁴⁵ Soinne n°1039 ; Guyon n°1239, Derrida et ALii n°521, cités par P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017/2018*, 9^e éd., Dalloz action, 2016, n°621.09, p.1907.

²⁰⁴⁶ Ph. PETEL, *Procédures collectives*, 7^e éd., Dalloz, 2011, n°182 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., LGDJ, 2014, n°675 ; Ph. PETEL, *Procédures collectives*, 8^e éd., Dalloz, 2014, n°186.

²⁰⁴⁷ J. VALLANSAN, « Situation des créanciers - Arrêt des poursuites individuelles », *J.-Cl. Com. fasc. 2355*, 2016, n°3.

le gage commun des poursuites individuelles provenant de créanciers impayés ». ²⁰⁴⁸ Enfin, la règle favoriserait un traitement égalitaire entre les créanciers ²⁰⁴⁹ ; elle se maintient jusqu'à la clôture de la procédure ouverte ²⁰⁵⁰.

842. Ces règles précédemment décrites étaient sans application à l'encontre de la caution dès lors qu'elle n'était pas elle-même sous procédure collective ²⁰⁵¹. Elle pouvait payer une créance antérieure ²⁰⁵². De même, le créancier pouvait obtenir un titre exécutoire contre elle ²⁰⁵³. Enfin, la caution n'avait pas qualité non seulement à se prévaloir de l'interdiction de poursuite individuelle contre le débiteur principal, mais aussi à reprocher au créancier de se désister de son action contre le débiteur en sauvegarde ou en redressement judiciaire, tout en continuant à la poursuivre, lorsque que le créancier remplaçait son action en produisant la créance à la procédure collective du débiteur principal ²⁰⁵⁴.
843. La loi de 1994 ²⁰⁵⁵ a innové en posant la règle de l'interdiction des actions contre la caution ²⁰⁵⁶. La règle s'est présentée comme une exception à la liberté de poursuivre la caution. En tant que telle, la jurisprudence l'a perçue sous l'angle d'une fin de non-recevoir, mais non sous celui d'une exception de procédure, de sorte que sur le fondement d'ordre public, une saisine d'office pouvait se faire ²⁰⁵⁷. Cette analyse qui appartient aux juridictions du fond a été rejetée par la Cour de cassation ²⁰⁵⁸. Il s'est agi de ne pas décourager les dirigeants, qui sont le plus souvent cautions, à déposer le bilan le plus tôt possible ²⁰⁵⁹. Dès lors, la qualification de fin de non-recevoir paraît beaucoup plus justifiée selon un auteur ²⁰⁶⁰.

²⁰⁴⁸ P. SENECHAL, *L'effet réel de la procédure collective*, éd., Litec, 2002, n°439.

²⁰⁴⁹ F. PEROCHON, *Entreprise en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, n°624.

²⁰⁵⁰ Com. 5 févr. 1997, *Rev. proc. coll.* 1998, n°62, p. 397, obs. SOINNE.

²⁰⁵¹ Civ. 1^{re} 14 juin 2000, n°98-10.577, *Bull. civ. IV*, n°182.

²⁰⁵² V. en ce sens, P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017/2018*, 9^e éd., Dalloz action, 2016, n°633.41.

²⁰⁵³ Com. 16 févr. 1993, n°90-19.979, *Bull. civ. IV*, n°97.

²⁰⁵⁴ Com. 22 juin 1999, n°97-11.772, *Bull. civ. IV*, n° 134.

²⁰⁵⁵ , L. n°94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, *JORF* n°134 du 11 juin 1994, p. 8440.

²⁰⁵⁶ Art. L.38-2, L. n°94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, *JORF* n°134 du 11 juin 1994, p. 8440.

²⁰⁵⁷ Paris, 3^e ch. A, 13 nov. 2007, RG n°06/06930, *Rev. proc. coll.* 2008, n°128, note F. MACORIG-VENIER ; Amien, 1^{re} ch. 2^e sect. 29 nov. 2007, RG n°06/03226, *Rev. proc. coll.* 2008, n°128, note F. MACORIG-VENIER.

²⁰⁵⁸ Cass. ch. mixte, 16 nov. 2007, n°03-14.409, *Bull. ch. Mixte*, n°11 ; *Act. proc. coll.* 2008, n°20, note FRICER.

²⁰⁵⁹ M. CABRILLAC, obs. sous Cass. ch. mixte, 16 nov. 2007, n°03-14.409, *JCP E* 2008. Chron. 1432, n°04.

²⁰⁶⁰ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017/2018*, 9^e éd., Dalloz action, 2016, p. 2381.

844. Le domaine circonscrit par la loi de 1994, précédemment citée, ne s'étendait pas aux cautions réelles, c'est-à-dire à la sûreté réelle²⁰⁶¹. La réforme de la loi du 26 juillet 2005²⁰⁶² l'a étendu aux personnes physiques codébiteurs et garants et aux cautions réelles²⁰⁶³. Observons qu'au moment de la promulgation de la loi précédemment citée, le terme « caution réelle » était encore d'actualité. Précisons que la chambre mixte de la Cour de cassation a supprimé ce terme en 2005²⁰⁶⁴. A la suite de cet arrêt, une discussion s'est instaurée au sein de la doctrine quant à l'extension de la mesure d'arrêt de poursuite à l'encontre de la caution réelle. Afin de mettre fin à cette discussion, le législateur est revenu à la charge, au travers de l'ordonnance du 18 décembre 2008²⁰⁶⁵, en indiquant, définitivement et clairement, que la caution réelle bénéficie des interdictions précédemment décrites.
845. Le législateur OHADA de 1998 n'avait pas jugé nécessaire de protéger la caution. C'est le débiteur, principal concerné, qui bénéficiait de la protection dès l'ouverture du règlement préventif²⁰⁶⁶. Le législateur de 2015 a compris qu'il fallait encourager le dépôt rapide du bilan par les chefs d'entreprise en les prémunissant contre toute poursuite individuelle ou toute exécution lorsqu'ils se sont portés cautions de l'entreprise. Toutefois seules les cautions personnes physiques ont été visées. Il résulte ainsi du cinquième alinéa de l'article 9 de l'Acte uniforme des procédures collectives et de la lettre de l'article L.622-28, deuxième alinéa, du code commerce - dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 18 décembre 2008²⁰⁶⁷ tout comme sous cette ordonnance -, que l'exclusivité de l'interdiction des actions contre la caution est accordée aux garants personnes physiques (A), ce qui, *a contrario*, exclut les garants personnes morales (B).

A. L'exclusivité accordée aux garants personnes physiques

846. Les créanciers se prémunissent souvent contre la défaillance de leur débiteur, en prenant des garanties sur le patrimoine de ce dernier, ou en exigeant que des tiers se portent garants des

²⁰⁶¹ Civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 2000, n°98-11.390, *Bull. civ. I*, n°33 ; *RD banc. fin.* 2000, n°59, obs. D. LEGEAIS.

²⁰⁶² L. n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n° 173 du 27 juill. p. 12187, n°5.

²⁰⁶³ Art. L.622-28, al. 2, L. n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n° 173 du 27 juill. p. 12187, n°5.

²⁰⁶⁴ Cass. Ch. mixte, 2 déc. 2005, n°03-18.210, *Bull. ch. mixte*, n°07.

²⁰⁶⁵ Ord. n°2008-1345 du 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *JORF* n°0295 du 19 déc. 2008, p. 19462, texte n°29.

²⁰⁶⁶ Art. 8, AUPC de 1998.

²⁰⁶⁷ Ord. n°2008-1345 du 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *JORF* n°0295 du 19 déc. 2008, p. 19462, texte n°29.

concours accordés. Ces garants sont le plus souvent les chefs d'entreprise. Très curieusement, en dépit de l'objectif de redressement des entreprises qu'il s'est fixé par l'adoption du règlement préventif, le législateur OHADA de 1998 n'a pas rassuré les cautions - chefs d'entreprise - en les laissant à la merci des créanciers poursuivants. Seul le débiteur, directement affecté par la procédure, était protégé. A l'occasion d'une procédure de règlement préventif ouverte devant le tribunal de grande instance de Douala-Bonanjo²⁰⁶⁸, il avait été indiqué, sous l'empire de l'Acte uniforme des procédures collectives de 1998, que le bénéfice de la suspension des poursuites individuelles ainsi que les remises et délais concordataires ne s'étendaient pas à la caution. Cette dernière ne pouvait invoquer ni le bénéfice de discussion, ni celui de division.

847. Le législateur de 2015 a changé la donne en permettant désormais à la caution - personne physique - de se prévaloir des dispositions du concordat homologué, lequel contient la mesure de suspension des poursuites ainsi que de celle des exécutions²⁰⁶⁹. Cette réforme aura le mérite d'inciter les dirigeants d'entreprise à recourir à la procédure de règlement préventif, comme l'avait souhaité la doctrine²⁰⁷⁰.
848. En droit français, le même cas existait : avant ou pendant la période d'observation, l'entreprise peut avoir recours au soutien des dispensateurs de crédit, mais malheureusement les effets de la discipline collective, notamment, la suspension des poursuites individuelles contre le débiteur²⁰⁷¹, ne profitait pas aux garants, du fait qu'ils soient des tiers à la procédure, dès lors qu'ils n'étaient pas placés eux-mêmes en procédure collective²⁰⁷². L'action en paiement, enclenchée à l'encontre de la caution avant le jugement d'ouverture de la procédure collective du débiteur principal, était continuée après ce jugement. Cette même action pouvait être entamée juste après le jugement d'ouverture. L'interruption de l'instance engagée à l'encontre du débiteur principal n'emportait pas interruption de l'instance engagée à l'encontre de la caution²⁰⁷³.

²⁰⁶⁸ TGI, Douala-Bananjo, 29 juin, 2006, n°251, réf. *Ohadata* J-07-81.

²⁰⁶⁹ Art. 18, al. 3, AUPC.

²⁰⁷⁰ Ph. ROUSSEL GALLE, « L'OHADA : Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des affaires », *Rev. proc. coll.* 2013, n°6, p. 54.

²⁰⁷¹ Com. 22 juin 1999, n°97-11.722, *Bull. civ. IV*, n°134 ; *Act. proc. coll.* 1999, n°173.

²⁰⁷² Paris, 8^e ch. A, 20 mars 2003, RG n°02/16600 ; Paris, 15^e ch. B, 15 nov. 2007, RG n°06/01968 ; Civ. 1^{re}, 14 juin 2000, n°98-10.577, *Bull. civ. I*, n°182 ; v. ces arrêts relatifs à l'absence d'arrêt des poursuites individuelles contre la caution : com. 11 mai 1993, n°91-12.232, *Bull. civ. IV*, n°180 ; com. 22 juin 1999, n°97-11.772, *Bull. civ. IV*, n°134.

²⁰⁷³ Com. 22 juin 1999, n°97-11.722, *Bull. civ. IV*, n°134 ; *Act. proc. coll.* 1999, n°173.

849. Cependant, il est acquis que la majorité des garants des sociétés sont les gérants²⁰⁷⁴. C'est pourquoi, à compter de la loi du 10 juin 1994²⁰⁷⁵, le législateur avait posé le principe de la suspension des poursuites contre les garants personnes physiques au cours de la période d'observation, afin d'encourager les dirigeants à déposer le bilan avant qu'il ne soit tard²⁰⁷⁶. La réforme effectuée par la loi du 26 juillet 2005²⁰⁷⁷ a élargi cette protection aux garants autonomes. L'ordonnance du 18 décembre 2008²⁰⁷⁸ est venue parfaire l'institution en disposant²⁰⁷⁹ que le jugement d'ouverture des procédures de sauvegarde classique - de sauvegarde accélérée - « *suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation toute action contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle*²⁰⁸⁰ ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ».

850. Ainsi, les créanciers ne peuvent poursuivre les cautions simples ou solidaires, les codébiteurs solidaires²⁰⁸¹ et les personnes physiques ayant fourni une garantie autonome, leur action sera déclarée irrecevable²⁰⁸². L'ensemble des sûretés personnelles est logé à la même enseigne, alors que, par nature, la garantie autonome est un engagement de régler une somme d'argent à première demande ou selon la modalité convenue à l'avance. Les dispositions de l'article L.622-28 du code de commerce - qui posent la règle de l'impossibilité de poursuivre les cautions personnes physiques - privent ainsi de son intérêt cette catégorie de garantie. En effet, en cas d'appel en exécution d'une telle garantie, cet appel sera inopérant non seulement à cause de la règle de l'interdiction de paiement des créances antérieures, mais aussi à cause de l'impossibilité de poursuivre la caution personne physique à partir du jugement d'ouverture jusqu'à l'arrêt d'un plan ou au prononcé de la liquidation judiciaire. Bien que cela soit critiquable, la règle semble justifiée en tous sens par la finalité de la sauvegarde et de ses

²⁰⁷⁴ Ph. ROUSSEL GALLE, « L'OHADA : Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des affaires », *Rev. proc. coll.* 2013, n°6, p. 54.

²⁰⁷⁵ L.94-475 du 10 juin. 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, *JORF* n°134 du 11 juin. 1994, p. 8440.

²⁰⁷⁶ B. SAINT-ALARY_HOUIN et C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Le dirigeant-caution » *D. et prat.* 1996, p. 42 ; *Trib. com. Menton*, 4 avr. 1996, *D.* 1996, p. 387, note F. DERRIDA.

²⁰⁷⁷ L. n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n° 173 du 27 juill. p. 12187, n°5.

²⁰⁷⁸ Ord. n°2008-1345 du 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *JORF* n°0295 du 19 déc. 2008, p. 19462, texte n°29.

²⁰⁷⁹ Art. L.622-28, al. 2, c. com.

²⁰⁸⁰ Il faut relever que le donneur d'aval peut s'en prévaloir : Paris, 9 févr. 1999, *RTD com.* 2000, p. 723, obs. A. MARTIN-SERF.

²⁰⁸¹ Paris, 11 juin 1999, *D. aff.* 1999, p. 1218 ; *JCP G* 2000, I, 209, obs. Ph. SIMILER et Ph. DELEBECQ ; *Rev. proc. coll.* 2000, p. 12, note F. MACORIG-VENNIER, *RTD com.* 2000, p. 723, note A. MARTIN-SERF.

²⁰⁸² TGI Saintes, 18 sept. 1998, *D. aff.* 1999, p. 176, obs. A. LIENHARD.

variantes pour le cas qui nous intéresse dans le cadre de la présente étude ; car à quoi bon d'autoriser une exception de poursuite à cette catégorie de garantie si cela revient à appauvrir le garant qui est le plus souvent le chef d'entreprise ? Ces dispositions sont déroatoires au droit commun ; l'article 2287 du code civil prévoit expressément cette déroation.

851. 871. Les cautions réelles ne bénéficiaient pas de la règle d'arrêt des poursuites individuelles²⁰⁸³. Au sein de la doctrine, il a été observé que la solution ne se justifiait pas nécessairement en ce qu'elle résultait d'une interprétation *a contrario* des textes²⁰⁸⁴. Quoiqu'il en soit, à la suite d'un amendement de la commission des lois du Sénat, la réforme de 2005²⁰⁸⁵ a voulu étendre l'arrêt des poursuites individuelles à la caution réelle personne physique. Du fait de la disparition du concept de cautionnement réel, à la suite d'un arrêt de la Cour de cassation en 2005²⁰⁸⁶, des tergiversations ont pu être relevées : certains auteurs étaient hésitants²⁰⁸⁷, d'autres étaient plutôt d'avis²⁰⁸⁸, tandis que, au contraire, d'autres étaient contre²⁰⁸⁹. Au-delà de la disparition de l'expression « cautionnement réel », l'idée même d'aligner la sûreté réelle, donnée en garantie par une personne physique, sur le régime du cautionnement a été mis en jeu. Ainsi, a-t-il été relevé que dès lors que l'opération ne peut s'analyser en un cautionnement, les règles spécifiquement posées pour les cautions devaient rester sans application²⁰⁹⁰. Dans le prolongement de cette analyse, que fallait-il dire de l'hypothèse où une sûreté réelle était doublée d'un cautionnement personnel²⁰⁹¹ ? Logiquement, il fallait appliquer, distinctement, le régime applicable à chacune des deux garanties. Or, cela revenait à dire que si la sûreté réelle ne pouvait suffire à régler la dette, la caution personnelle ne pouvait être poursuivie pendant la période d'observation. C'est à cette problématique que

²⁰⁸³ Colmar, 26 juin 1998, *Banque et droit*, juin 1999, p. 42, obs. N. RONTCHEVSKY.

²⁰⁸⁴ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017/2018*, 9^e éd., Dalloz action, 2016, p.2382.

²⁰⁸⁵ L. n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n° 173 du 27 juill. p. 12187, n°5.

²⁰⁸⁶ Cass. Ch. mixte, 2 déc. 2005, n° 03-18.120, *Bull. Ch. mixte*, n°07.

²⁰⁸⁷ A. LIENHARD, *Sauvegarde des entreprises*, 2^e éd., Delmas, 2007, n°970 ; C. SAINT-ALARY HOUIN, BRESSAND, « Cautions, garants et coobligés » *Rev. proc. coll.* 2008, dossier 9, n°07 ; O. SALVAT, « La situation des garants », *Rev. proc. coll.* 2006/2, p. 147-149.

²⁰⁸⁸ Ph. ROUSSEL GALLE, *Réforme du droit des entreprises en difficulté : De la théorie à la pratique*, 2^e éd., Lexis Nexis 2007, n°282.

²⁰⁸⁹ J.-C. BOULEY, « Les créanciers antérieurs dans les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires », *Rev. proc. coll.* 2006/2, p. 135-138.

²⁰⁹⁰ P.-M. LE CORRE, « Les incidences de la réforme du droit des sûretés sur les créanciers confrontés aux procédures collectives », *JCP E* 2007, Chron. 1185, n°29.

²⁰⁹¹ Com. 21 mars 2006, n°05-12. 864, *Bull. civ. IV*, n°72.

l'ordonnance du 18 décembre 2008²⁰⁹² a voulu apporter un éclaircissement en réformant la loi de sauvegarde des entreprises de 2005²⁰⁹³.

852. Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008 précitée, le régime est étendu aux cautions réelles de façon tranchée dans le sens de l'idée du législateur de 2005²⁰⁹⁴, et à bien d'autres garants, telles les personnes physiques qui ont donné une promesse de porte-fort d'exécution²⁰⁹⁵, affecté un bien en garantie, ainsi qu'aux personnes qui ont cédé un tel bien par la constitution d'une fiducie. En effet, le deuxième alinéa de l'article L.622-28²⁰⁹⁶ du code de commerce vise la personne physique ayant affecté un bien en garantie. Par cette formule très généraliste, la difficulté a été résolue car aucune distinction n'est faite et, de ce fait, la caution réelle est concernée par la règle de l'arrêt des poursuites, au même titre que la caution personnelle par exemple²⁰⁹⁷. Cependant quelle que soit la caution, lorsque le plan est adopté ou que la liquidation judiciaire est prononcée, le droit de poursuite du créancier lui revient²⁰⁹⁸.
853. Le répit législatif, accordé aux garants personnes physiques, a une durée limitée. C'est la fin de la période d'observation. Il a ainsi été logiquement refusé qu'une caution ne soit pas poursuivie dès après le prononcé de la liquidation judiciaire²⁰⁹⁹ ou de l'adoption d'un plan de redressement²¹⁰⁰. Cependant, sous peine d'irrecevabilité, le créancier poursuivant devra produire, à l'appui de sa demande en paiement, la copie de la décision ayant mis fin à la période d'observation²¹⁰¹. Toutefois, il n'a pas à notifier cette fin de période d'observation à la caution²¹⁰². Si les événements du déclenchement de la reprise des poursuites sont clairs, il n'en va pas de même lorsqu'une mesure conservatoire a été ou non prise par le créancier pendant la période d'observation. Dans ce cadre, l'analyse ne sera focalisée que sur les plans de

²⁰⁹² Ord. n°2008-1345 du 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *JORF* n°0295 du 19 déc. 2008, p. 19462, texte n°29.

²⁰⁹³ L. n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n° 173 du 27 juill. p. 12187, n°5.

²⁰⁹⁴ L. n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n° 173 du 27 juill. p. 12187, n°5.

²⁰⁹⁵ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017/2018*, 9^e éd., Dalloz action, 2016, p. 2382.

²⁰⁹⁶ Tel que modifié par l'art. 166 de l'ord. n°2008-1345 du 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *JORF* n°0295 du 19 déc. 2008, p. 19462, texte n°29.

²⁰⁹⁷ D. LEGAIS, « L'appréhension du droit des sûretés par l'ordonnance du 18 déc. 2008 », *Colloques Sûretés réelles et droit des entreprises en difficulté*, Nice 20 mars 2010, *LPA*, 11 févr. 2001, n°30, p. 27-28.

²⁰⁹⁸ Art. L.622-28, c. com.

²⁰⁹⁹ Caen, 1^{re} ch., sect. civ. 13 nov. 2008, RG n°08/00531, *Rev. proc. coll.* 2009, étude 88, obs. PATUREAU et PEROTREBOUL.

²¹⁰⁰ Amien, ch. éco. 21 nov. 2013, RG n°11/01090, *Rev. proc. coll.* 2014, comm. 20, note J. FRAIMOUT.

²¹⁰¹ Trib. com. Orléans, 8 juill. 2010, RG n°07/8784.

²¹⁰² Com. 27 févr. 2007, n°05-20.522, *Bull. civ. IV*, n°68 ; *Rev. proc. coll.* 2007/3, n°04, p. 135, obs. F. MACORIG-VENIER.

sauvegarde/concordats préventifs dont la plupart des mesures sont applicables au plan de redressement judiciaire.

854. Dans le cas où une mesure conservatoire a été prise, la jurisprudence française a fait montre d'une véritable hésitation avant d'aboutir à la solution actuelle. Trois temps méritent d'être soulevés :
855. D'abord, elle a estimé que la demande de condamnation de la caution, présentée après l'adoption du plan, ne devait pas être mécaniquement rejetée. Elle se résolvait alors à sursoir à statuer jusqu'à l'exigibilité du dividende du plan. A l'exigibilité du dividende, elle condamnait la caution, mais seulement à concurrence du seul dividende devenu exigible. Pour les autres dividendes non exigibles, elle s'interdisait de la condamner, même si de tel cas a pu être relevé²¹⁰³. Était alors ordonné un sursis à statuer partiel. Elle a été critiquée dans cette position²¹⁰⁴. Les tribunaux du fond éprouvaient des difficultés à ordonner un sursis à statuer partiel jusqu'à la fin du plan ou à sa résolution en ce que cela empêchait de condamner la caution, sinon l'hypothèse contraire pouvait relever d'un excès de pouvoir. La Cour de cassation a même jugé irrecevable le pourvoi contre un arrêt d'une cour d'appel, sur le fondement de l'article 380-1 du code de procédure civile²¹⁰⁵. Cette manière de procéder a été jugée compliquée et inapplicable en pratique²¹⁰⁶. La Cour de cassation l'a abandonnée.
856. Ensuite, elle a cru bon d'opter pour la suspension du titre exécutoire pendant la durée du plan. En d'autres termes, le créancier poursuivant pouvait bien obtenir la condamnation de la caution, mais le titre exécutoire obtenu, ne pouvait être mis à exécution qu'après résolution du plan²¹⁰⁷. Observons en ce cas, que le créancier ne pouvait exécuter son titre en cas d'inexécution du plan ; qu'il devait, par conséquent, agir d'abord en résolution. Plus tard, la Cour de cassation admettra la possibilité de condamner la caution personne physique pendant la durée du plan, mais à condition de respecter les dispositions du plan dont cette caution peut se prévaloir par ailleurs²¹⁰⁸.

²¹⁰³ Montpellier, 2^e ch. civ. 5 avr. 2011, RG n°10/04728.

²¹⁰⁴ NEVEU ET GUERY, « Caution, coobligé, garant et procédure de sauvegarde-Imbroglia et Aggiornamento », *Rev. proc. coll.* 2012, étude 21, n°22.

²¹⁰⁵ Com. 18 juin 2013, n°12-20. 394, NP.

²¹⁰⁶ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017/2018*, 9^e éd., Dalloz action, 2016, p.2385.

²¹⁰⁷ Com. 27 mai 2014, n°13-18.018, *Bull. civ.* IV, n°94 ; n°523 F-P+B ; *JCP E* 2014, Chron. 1447, n°02, obs. Ph. PETEL.

²¹⁰⁸ Com. 14 oct. 2014, n°13-17.638, NP, *BJE* 2015, 31, note R. BONHOMME.

857. Enfin, sous l'empire de la solution en vigueur, - ce qui est valable en droit OHADA en vertu de l'article 9 relatif à la suspension des mesures conservatoires à l'ouverture de la procédure de règlement préventif -, la Cour de cassation estime que l'exécution du titre exécutoire, obtenu par le créancier poursuivant, à la suite de sa demande de condamnation de la caution, ne peut être mise en œuvre tant que le plan est respecté²¹⁰⁹ (les engagements du débiteur principal suivent un cours normal d'exécution). Il importe de remarquer que, contrairement à la solution précédente, ce n'est plus pendant la durée du plan.
858. Dans le cas d'absence de mesure conservatoire prise, étant donné que la caution peut se prévaloir des dispositions du plan, l'exigibilité de la créance à son égard s'aligne sur celle à l'égard du débiteur principal. Vu que la créance n'est pas exigible pour tout - elle n'est exigible qu'au fur et à mesure de l'exigibilité des dividendes -, la caution ne saurait dès lors être poursuivie pour le paiement de toute la créance. C'est le sens d'un arrêt de la Cour de cassation en date du 10 janvier 2012²¹¹⁰. Les personnes morales garantes ne sont pas concernées par la suspension des poursuites²¹¹¹. C'est la procédure de droit civil qui s'applique dans leur cas.

B. L'exclusion des garants personnes morales

859. Une sûreté personnelle ou réelle peut être prise aussi bien par une personne physique que par une personne morale. En ce dernier cas, les règles sont spéciales ; elles dérogent à celles qui s'appliquent à une personne physique en procédure collective. En fait, une personne morale ne peut cautionner la dette d'autrui que lorsqu'un tel acte est prévu dans son objet social²¹¹². Le droit français des sociétés a prévu une interdiction concernant les SARL : « *A peine de nullité du contrat, il est interdit aux gérants ou associés autres que les personnes morales de contracter, sous quelques formes que ce soit, des emprunts auprès de la société, de se faire consentir par elle un découvert, en compte courant ou autrement, ainsi que de faire cautionner ou avaliser par elle, leurs engagements envers les tiers. Cette interdiction s'applique aux représentants légaux des personnes morales associées* ». ²¹¹³ La même règle est posée pour les SA, ce qui n'est pas le cas pour les SAS puisque l'interdiction n'est pas reprise.

²¹⁰⁹ Com. 2 juin 2015, n°14-10.673, *Bull. civ. IV* ; *Rev. Sociétés* 2015, 548, note Ph. ROUSSEL GALLE.

²¹¹⁰ Com. 10 janv. 2012, n°11-11.482, *Bull. civ. IV*, n°05 ; *Gaz. pal.* 28 avr. 2012, n°118, p. 40, note LE CORRE-BROLY.

²¹¹¹ V. C. HOUIN-BRESSAND, « Cautions, garants et coobligés », *Rev. proc. coll.* avr. 2008, p. 112.

²¹¹² Civ. 1^{re}, 8 nov. 2007, n°04-17.893, *Bull. civ. I*, n°345.

²¹¹³ Art. L.223-21, c. com.

860. L'article L.225-35 du code de commerce énonce dans le cadre des SA que « *les cautions, avals et garanties donnés par des sociétés autres que celles exploitant des établissements bancaires ou financiers font l'objet d'une autorisation du conseil {...}* ». La mise en garde qu'exprime le texte cité est importante pour le créancier. En effet, si le cautionnement a été donné sans l'autorisation du conseil, il ne peut, de ce fait, être opposé au garant et le dirigeant qui l'a consenti ne peut être poursuivi pour la mise en jeu de sa responsabilité civile en ce que la faute n'est pas détachable de ses fonctions.
861. Concernant les sociétés civiles, la Cour de cassation a apporté une précision. Elle a estimé que le cautionnement donné par le dirigeant d'une telle société ne peut être valable que « *s'il entre directement dans son objet social, ou s'il existe une communauté d'intérêts entre cette société et la personne cautionnée, ou encore s'il résulte du consentement unanime des associés* ». ²¹¹⁴ De ce qui précède, il résulte qu'une caution personne morale peut cautionner une entreprise. La question qui nous intéresse ici est de savoir pourquoi est-elle exposée à des poursuites individuelles des créanciers à tout moment de la procédure collective du débiteur principal, contrairement à la caution personne physique, par le jeu des dispositions de l'article L.622-28 du code de commerce et du cinquième alinéa de l'article 9 de l'Acte uniforme des procédures collectives ?
862. Il faudrait directement poser cette question, afin de rechercher la justification de l'exclusion, à son détriment, des avantages du bénéfice de l'interruption des actions accordée pourtant au garant personne physique. Il est à observer que les doctrines spécialistes des procédures collectives s'intéressent très peu à la caution personne morale. Il faudrait les comprendre en ce sens que la règle la concernant dans une procédure collective est moins complexe : elle ne bénéficie d'aucun aménagement particulier et est donc exposée à des poursuites individuelles des créanciers, ce à n'importe quel moment de la procédure, par opposition à la caution personne physique. Cette exclusion résulte expressément des textes précités en ce qu'ils ne parlent exclusivement que des garants personnes physiques. Ces derniers sont le plus souvent des dirigeants d'entreprise. Or, il est souhaitable qu'ils déposent le bilan au moment opportun, afin de sauver l'entreprise. Sur ce fondement, tout à fait compréhensible, l'interdiction des initiatives individualistes des créanciers contre le débiteur principal leur a été étendue. Faut-il

²¹¹⁴ Civ. 1^{re}, 8 nov. 2007, n°04-17.893, *Bull. civ.* I, n°345.

alors en déduire que le fait que la caution personne morale, étant dirigeante d'une société autre que celle pour laquelle elle s'est portée caution, est la justification de l'exclusion en question ?

863. S'il fallait répondre par l'affirmative, qu'est-ce qui justifierait alors le bénéfice de l'interruption des poursuites individuelles pour une caution personne physique qui n'est pas un dirigeant ? Faute de distinction opérée par les législateurs sur cette question, il faudrait abandonner cette piste pour trouver l'explication ailleurs. Ainsi, et si la raison tenait à l'état de solvabilité du garant en face tout simplement ? Une société *in bonis* est évidemment supposée être à même d'honorer ses engagements, alors qu'une personne physique est supposée l'être moins. Dès lors, pourquoi ne pas laisser les créanciers exercer leur droit de poursuite, sur le fondement du droit civil²¹¹⁵ ?
864. La caution personne morale semble n'avoir que la seule possibilité de demander des délais dans les conditions de droit commun et d'invoquer l'invalidation des clauses prévoyant une déchéance du terme à son égard, si, vis-à-vis du débiteur principal, le terme subsiste ²¹¹⁶- en redressement judiciaire, transposable dans les procédures de sauvegarde -. Il faudrait donc admettre, faute de précision législative et jurisprudentielle sur la question, que la raison de l'exclusion du bénéfice de la suspension des poursuites, ainsi que de la mise en œuvre des voies d'exécution à l'encontre de la caution personne morale, aussi bien en droit français qu'en droit OHADA, tient, dans un premier temps, au fait que la caution personne morale ne soit pas le dirigeant de l'entreprise cautionnée et, dans un second temps, à sa présumée solvabilité. Corolaires des règles interdisant le paiement des créances antérieures, l'interruption du cours des intérêts, ainsi que celle des inscriptions des sûretés, sont ces autres traitements préférentiels accordés au débiteur en difficulté.

II. L'interruption des intérêts et des inscriptions

865. Au fil des réformes, les législateurs français et OHADA renforcent les mesures indispensables au redressement de l'entreprise en difficulté, engagée dans une procédure collective. Lorsqu'une entreprise décide de se faire aider par l'autorité judiciaire, la première préoccupation est de diagnostiquer les problèmes auxquels elle est confrontée. La période suspecte et celle d'observation ont ainsi été créées pour cerner et maîtriser l'état obéré de ce débiteur. C'est ainsi que les créanciers sont soumis à des contraintes collectives. L'objectif est

²¹¹⁵ Art. 2288, c. civ.

²¹¹⁶ Com. 19 déc. 2000, n°98-10.091 NP.

d'empêcher toute aggravation du passif et d'encourager toute valorisation de l'actif, afin de permettre au chef d'entreprise de pouvoir financer son plan de redressement. Pour atteindre ce but, les législateurs ont organisé le gel général du passif antérieur au jugement d'ouverture de la procédure collective. Précédemment, l'interdiction des paiements des créances antérieures, la paralysie des poursuites individuelles et des mesures d'exécutions à l'encontre du débiteur ont été évoquées dans ce cadre. Il n'y a pas que ces événements qui sont susceptibles d'empêcher les chances de sauvetage d'une entreprise en difficulté. Les dettes de cette dernière sont porteuses d'intérêt légal, conventionnel ou moratoire ; de plus, ces dettes sont le plus souvent assorties de garanties personnelles ou réelles. Or, ces intérêts et garanties, étant des charges, sont aussi de nature à compromettre le processus de redressement. C'est pourquoi ils sont aussi concernés par ce gel général du passif antérieur au jugement d'ouverture.

866. Le code de commerce²¹¹⁷, sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985²¹¹⁸, disposait déjà que « *le jugement d'ouverture du redressement judiciaire arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tout tous intérêts de retard ou majorations, à moins qu'il ne s'agisse des intérêts résultant de contrats de prêts conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus* ». La solution a été reprise²¹¹⁹ par la réforme opérée par la loi de sauvegarde des entreprises²¹²⁰ et s'applique aux procédures de sauvegarde - y compris les sauvegardes accélérées -, de redressement²¹²¹ et de liquidation judiciaire²¹²². Le tribunal arrête le cours des intérêts de la créance au jugement d'ouverture²¹²³. Cependant il ne peut arrêter ceux échus jusqu'au jour du jugement d'ouverture²¹²⁴.
867. Observons que sous l'empire du régime antérieur à la loi de sauvegarde des entreprises, seuls les créanciers antérieurs étaient concernés par les règles de l'interruption des intérêts et des inscriptions - les créanciers postérieurs n'étaient pas concernés -. La solution était alors

²¹¹⁷ Anc. art. L. 621-48, al. 1.

²¹¹⁸ L. n°85-98 du 25 janv. 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, *JORF* du 26 janv. 1985, p.1097.

²¹¹⁹ Art. L. 622-28, al. 1, c. com.

²¹²⁰ L. n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n° 173 du 27 juill. p. 12187, n°5.

²¹²¹ Art. L. 631-14, al. 1, c. com., tel que modifié par Ord. n°2008-1345 du 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *JORF* n°0295 du 19 déc. 2008, p. 19462, texte n°29.

²¹²² Art. L. 641-3, al. 1, c. com.

²¹²³ Com. 27 oct, 1998, n°96-14.559, NP, *Act. proc. coll.* 1998/13, n°173.

²¹²⁴ Com. 28 mai 2013, 12-14.049, *Bull. civ.* IV, n°90, *Rev. proc. coll.* 2014, comm. 27, note REILLE.

compréhensible en ce que le régime de traitement préférentiel était accordé à tous les créanciers postérieurs²¹²⁵. Ce régime de traitement préférentiel a été réformé par les textes du 26 juillet 2005²¹²⁶ et du 18 décembre 2008²¹²⁷, de sorte que ce ne sont pas tous les créanciers postérieurs qui bénéficient du traitement préférentiel. Ceux qui sont inéligibles au traitement préférentiel sont assimilés aux créanciers antérieurs²¹²⁸. Or, curieusement, l'application des règles d'interruption des intérêts et des inscriptions aux créanciers antérieurs - sans implication des créanciers postérieurs inéligibles au traitement préférentiel -, a été adoptée sans modification par la loi de sauvegarde des entreprises, précédemment citée, et par les réformes subséquentes. Nous reviendrons sur cette problématique de distinction entre créanciers antérieurs et créanciers postérieurs non privilégiés qui a été déjà abordée dans un autre cadre²¹²⁹ ; cette fois ce sera dans le cadre de l'arrêt des intérêts et des inscriptions.

868. Une discussion s'est instaurée au sein de la doctrine sur le fondement de la règle en droit français. Deux courants s'affichent. Si les uns évoquent le souci d'un traitement égalitaire entre les créanciers²¹³⁰, les autres parlent plutôt de la préoccupation législative de simplifier le fonctionnement de la procédure collective²¹³¹.
869. Certains auteurs trouvent le fondement de l'interruption des intérêts et des inscriptions dans le souci législatif de traiter égalitairement tous les créanciers. La règle de la discipline collective semble conduire ces auteurs à ce raisonnement. Ce qui peut être fondé dans un sens, surtout dans le cadre d'une procédure passerelle : le plan étant pré-arrangé avant la phase judiciaire, certains créanciers ont adhéré au projet de plan mis en place par le chef d'entreprise, tant dis que d'autres ne l'ont pas fait ; dans ces conditions, le législateur aurait pu être tenté de privilégier les créanciers ayant fait un effort pour permettre le sauvetage de l'entreprise, au détriment de ceux qui, au contraire, ont préféré une solution autre que celle à eux proposée par le chef

²¹²⁵ Art. L.622-32, al. 32, L. 25 janv. 1985 : art.40.

²¹²⁶ L. n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n° 173 du 27 juill. p. 12187, n°5.

²¹²⁷ Ord. n°2008-1345 du 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *JORF* n°0295 du 19 déc. 2008, p.19462, texte n°29.

²¹²⁸ Com. 3 déc. 2013, n°12-28.718, NP ; n°1156 F-D ; *Gaz. pal.* 29 juin 2014, n°180, p.24, note BOUSTANI ; *Rev. proc. coll.* 2015, comm. 119, note C. SAINT-ALARY-HOUIN.

²¹²⁹ V. *supra*, n°762, n°777.

²¹³⁰ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., LGDJ, 2014, n°729 ; Ph. PETEL, *Procédures collectives*, 8 éd., Dalloz, 2014, n°204 ; D. VOINOT, *Procédures collectives*, éd., Montchrestien, 2011, n°28, p. 1418 ; A. JACQUEMONT et R. VABRES, *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., Lexis Nexis, 2015, n° 503.

²¹³¹ J. VALLANSAN et Alii, *Difficulté des entreprises*, 6 éd., Lexis Nexis, 2012, p. 164.

d'entreprise ; mais dans un autre sens, le législateur ne pouvait se permettre un tel raisonnement, dans la mesure où la préoccupation première est de cantonner le passif du débiteur, afin d'éviter son augmentation. Or, si ces créanciers - ayant adhéré au projet de restructuration pré-arrangé du chef d'entreprise - avaient bénéficié de la production des intérêts et de la possibilité d'inscrire des sûretés, cela aurait aggravé ce passif et instauré une injustice entre les créanciers²¹³². Il en ressort que le législateur ne s'est point préoccupé d'un quelconque sentiment de reconnaissance dans ce domaine précis. Au contraire, il a mis le redressement de l'entreprise au-dessus de toute autre considération. Cependant, dans un autre sens, cette opinion, qui soutient l'égalité des créanciers pour justifier l'interruption des intérêts et des inscriptions, ne peut être suivie en ce qu'il existe, entre les créanciers, une hiérarchie qui a été instaurée de sorte qu'un créancier chirographaire n'a pas le même traitement qu'un créancier privilégié.

870. D'autres auteurs y voient plutôt une volonté de simplifier le fonctionnement de la procédure collective. La règle permettrait de faciliter le diagnostic du passif, la vérification des créances, le règlement du passif, ainsi que le financement de la période d'observation. Cette argumentation semble logique. Elle se retrouve dans l'esprit des réformes ; mais elle attribue une fonction singulière à la règle d'interruption des intérêts et des inscriptions en ce sens que la facilitation de la procédure n'en est qu'une conséquence logique et non une cause. Le fondement de la règle ne saurait donc être résumé à cette conséquence.
871. En définitive, il faudrait admettre que les deux arguments se reconnaissent dans l'esprit des réformes précitées - intervenues en la matière -. Cependant, en se permettant d'assimiler le fondement à la cause, ils constitueraient plus à la fois des moyens et des conséquences qu'une cause. Ils seraient des conséquences parce que l'idée primaire semble être le sauvetage de l'entreprise. Analysés en termes de voies afin d'atteindre cette finalité qu'est le sauvetage de l'entreprise, ils seraient des moyens. Les différentes réformes ne s'inscrivent-elles pas dans ce sens ? Dès lors, il ressort que le fondement de cette règle, selon la lettre même des textes, est le redressement des entreprises au sens large du terme, même si elle s'applique en liquidation judiciaire
872. Le droit OHADA, qui est relativement récent, ne prévoit pas, contrairement aux procédures de redressement judiciaire et de liquidation des biens²¹³³, l'arrêt du cours des intérêts dans le

²¹³² D. GIBRILA, *Droit des entreprises en difficulté*, éd., Defrénois, 2009, p. 496.

²¹³³ Art. 73, AUPC.

règlement préventif : « *sauf remise par les créanciers, les intérêts légaux ou conventionnels ainsi que les intérêts moratoires et les majorations continuent à courir mais ne sont pas exigibles* ». ²¹³⁴ Le législateur OHADA a privilégié par-là la volonté des parties, car le concordat préventif du débiteur est un projet négocié et soumis au tribunal pour homologation. Pour autant, l'objectif premier de redressement de l'entreprise est préservé par le fait que ces intérêts ne soient pas exigibles pendant le concordat. Les créanciers sont protégés contre une éventuelle prescription de leurs sûretés : « *la prescription demeure suspendue à l'égard de tous les créanciers qui, par l'effet du concordat préventif, ne peuvent exercer leurs droits ou actions, y compris toute mesure d'exécution extra-judiciaire* ». ²¹³⁵ Par cette disposition, tout porte à croire que le créancier d'un débiteur engagé dans une procédure de règlement préventif n'a aucun intérêt à procéder à l'inscription de ses sûretés mobilières ou immobilières, le délai de prescription étant suspendu. Faute d'arrêt du cours des intérêts dans le règlement préventif OHADA, les développements qui vont suivre seront axés sur le droit français.

873. Aux autres intérêts curatifs que la période d'observation d'une procédure passerelle peut procurer au chef d'entreprise, il importerait de citer l'arrêt du cours des intérêts (A) et celui des inscriptions des sûretés (B).

A. L'arrêt du cours des intérêts

874. Le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tous les intérêts de retard et de majoration ²¹³⁶, selon le code de commerce ²¹³⁷ ; les créances salariales sont concernées ²¹³⁸. Ce sont toutes les créances porteuses d'intérêts qui sont concernées, qu'elles soient chirographaires ou assorties de sûreté ²¹³⁹, que les intérêts courent pendant la période d'observation ou après le jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire ²¹⁴⁰, ou que les créances résultent d'un jugement définitif ²¹⁴¹. Cependant, le code de la sécurité sociale n'ayant visé, pour la remise des pénalités, intérêts de retard et de majoration, que les sommes

²¹³⁴ Art. 10, AUPC.

²¹³⁵ Art. 18, al. 4, AUPC.

²¹³⁶ Com. 7 déc. 2004, n°02-13.838, NP.

²¹³⁷ Art. L. 622-28, al. 1, c. com.

²¹³⁸ Soc. 9 juill. 2003, n°01-44.196, NP ; soc. 10 déc. 1996, n°95-40.845, *Bull. civ.* V, n°434 ; soc. janv. 1999, n°96-43.431, NP, *Act. proc. coll.* 1999/4, n°57,

²¹³⁹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., LGDJ, 2014, n°649 ; A. JACQUEMONT et R. VABRES, *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., Lexis Nexis, 2015, n° 50.

²¹⁴⁰ Com. 7 févr. 1989, *JCP E* 1989, II, n°13, 15591, obs. M. CABRILLAC.

²¹⁴¹ Com. 16 nov. 2010, n°09-71.935, *Bull. civ.* IV, n°175 ; n°1142 F-P+B

dues par les commerçants, les artisans et les personnes morales de droit privé, la jurisprudence en a logiquement déduit que les personnes physiques qui exercent une profession indépendante n'étaient pas concernées. Elle s'est ainsi prononcée en faveur d'un médecin²¹⁴², un kinésithérapeute²¹⁴³, un infirmier libéral²¹⁴⁴, un orthophoniste²¹⁴⁵ et un avocat²¹⁴⁶. La question peut se poser de savoir pourquoi cette distinction par le législateur ?

875. La thèse d'un oubli a été avancée²¹⁴⁷. Une question prioritaire de constitutionnalité a été posée, et le Conseil constitutionnel a relevé qu' « *en étendant l'application des procédures collectives à l'ensemble des membres des professions libérales par la loi du 25 juillet 2005, le législateur a entendu leur permettre de bénéficier d'un régime de traitement des dettes en cas de difficultés financières, par suite des dispositions précitées des premiers et sixième alinéas de l'article L. 643-5 ne sauraient, sans méconnaître le principe d'égalité devant la loi, être interprété comme excluant les membres des professions libérales exerçant à titre individuel du bénéfice de la remise de plein droit des pénalités, majorations de retard et frais de poursuites dus aux organismes de sécurité sociale* ». ²¹⁴⁸ La Cour de cassation, après cette décision de la cour constitutionnelle, en a tiré les conséquences²¹⁴⁹.
876. La règle de l'arrêt du cours des intérêts se limite à la fin de la période d'observation. Dans le cas précis d'une procédure passerelle dont la période d'observation est réduite, la question semble importante. En fait, posons la problématique autrement, afin de ressortir son enjeu : le cours des intérêts, arrêté à l'ouverture de la procédure, peut-il continuer pendant l'exécution du plan (après donc la période d'observation) ? D'une part, une réponse affirmative viderait la règle de tout son sens ; car à quoi sert d'arrêter les intérêts pendant la période d'observation si leur cours doit continuer pendant le temps réel du redressement de l'entreprise qu'est l'exécution du plan concocté à cet effet ? Cependant d'autre part, une réponse négative serait synonyme

²¹⁴² Civ. 2^e, 17 déc. 2009, n°08-22.081, NP ; Civ. 2^e 4 févr. 2010, n°09-11.602 ; Paris, 7 avr. 2009, RG n°08/18741.

²¹⁴³ Civ. 2^e, 14 janv. 2010, n°09-65.845, NP ; Civ. 2^e, 12 févr. 2009, n°08-10.470, NP, *Gaz. proc. coll.* 2009/2, n°01, p.28, note Ph. ROUSSEL GALLE.

²¹⁴⁴ Com. 15 déc. 2009, n°08-70.173, NP.

²¹⁴⁵ Paris, 30 avr. 2009, RG n°08/19446.

²¹⁴⁶ Paris, 1^{er} oct. 2009, RG n°08/20989

²¹⁴⁷F.-X. LUCAS, note sous civ. 2^e, 12 févr. 2009, n°08-13.459.

²¹⁴⁸ Cons. Const. 11 févr. 2011, n° 2010-101, QPC, *JORF* du 12 févr. 2011, p. 2758 ; *D.* 2011 AJ 513, obs. A. LIENHARD.

²¹⁴⁹ Civ. 2^e, 16 juin 2011, n°10-14.398, NP.

d'un lourd sacrifice imposé aux créanciers, qui devront alors faire les frais de la mauvaise posture financière d'une société qui n'est pas la leur.

877. Au sein de la doctrine, plusieurs auteurs ont préféré interroger la lettre des textes. Il a ainsi été relevé que le premier alinéa de l'article L. 622-28, du code de commerce parle d'un « arrêt du cours des intérêts » et non d'une simple suspension²¹⁵⁰. En d'autres termes, et selon ces auteurs, la règle devrait rester maintenue au-delà de la période d'observation jusqu'à la fin de la procédure collective ouverte. Cette thèse semble logique. La chambre sociale de la Cour de cassation s'est prononcée dans le même sens, en estimant que les intérêts arrêtés en période d'observation ne peuvent courir à nouveau pendant la phase d'exécution d'un plan de continuation²¹⁵¹. Le même raisonnement a été adopté par la chambre commerciale en matière de liquidation judiciaire²¹⁵². La solution devrait être applicable aux plans de continuation dans les procédures passerelles françaises. De ces décisions jurisprudentielles, il ressort que même pour les intérêts légaux, l'arrêt du cours des intérêts est définitif, quelle que soit l'issue de la procédure collective : plan de continuation, plan de cession, liquidation judiciaire ou retour à meilleure fortune du débiteur²¹⁵³. Toutefois, une juridiction du fond a jugé qu'en liquidation judiciaire, le cours des intérêts doit continuer, si le créancier est autorisé exceptionnellement à poursuivre le débiteur, à compter de la mise en demeure²¹⁵⁴. La liquidation judiciaire ne nous intéressant pas particulièrement dans le cadre de la présente étude, nous choisissons de ne pas pousser l'analyse dans ce sens. En revanche, dans le cadre d'un plan de continuation, il a été jugé que, en cas de résolution du plan alors que le débiteur était devenu *in bonis*, ce dernier était redevable des intérêts ayant couru depuis le jugement ayant arrêté le plan jusqu'à celui ayant constaté sa résolution²¹⁵⁵. S'il faut comprendre cette solution jurisprudentielle en ce que c'est l'inexécution des engagements du débiteur contenus dans le plan qui est sanctionnée, cependant compte tenu de l'effet non rétroactif attaché à la résolution du plan, un auteur pense que cette solution ne devrait pas être acceptée²¹⁵⁶. De plus, la chambre sociale de la cour de cassation s'est déjà implicitement prononcée en ce sens ; elle a estimé qu'un plan de continuation ne

²¹⁵⁰ D. GIBRILA, *Droit des entreprises en difficulté*, éd., Defrénois, 2009, n°497 ; Ph. PETEL, *Procédures collectives*, 8^e éd., Dalloz, 2014 n°208.

²¹⁵¹ Soc. 10 déc. 1996, n°95-40.485, *Bull. civ. IV*, n°434 ; Com. 10 déc. 2002, n°99-20.478., NP, *Act. proc. coll.* 2003/4, n°39.

²¹⁵² Com. 7 févr. 1989, n°87-14.003, *Bull. civ. IV*, n°50.

²¹⁵³ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., LGDJ, 2014, n°735.

²¹⁵⁴ Caen, 29 nov. 2007, RG n°06/1368, *Act. proc. coll.* 2008/4, n°66.

²¹⁵⁵ Paris, 5 mars 1996, *D.* 1996. IR 101.

²¹⁵⁶ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017/2018*, 9^e éd., Dalloz action, 2016, p. 2024.

devait pas permettre de faire renaître des intérêts dont le cours a été arrêté par le l'effet du jugement d'ouverture²¹⁵⁷. D'où il ressort qu'une éventuelle résolution du plan ne devrait pas remettre en cause la solution.

878. Les règles de l'arrêt du cours des intérêts, posées à l'article L.622-28 du code de commerce, supportent quelques exceptions. Quant au fondement de ces exceptions, la doctrine majoritaire²¹⁵⁸ évoque, d'une part, la volonté législative de favoriser les crédits à moyen et long terme, par rapport aux crédits à court terme et, d'autre part, l'encouragement des banques à continuer à consentir du crédit au débiteur. Sur ce fondement, une question prioritaire de constitutionnalité sous-tendue par le principe d'égalité entre les créanciers a logiquement été rejetée²¹⁵⁹. Parmi les exceptions, existent les intérêts issus des contrats conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou des contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus²¹⁶⁰. Cela exclut les opérations de crédit-bail, dès lors que le premier loyer n'est pas différé d'au moins un an²¹⁶¹, de même que les avenants aux contrats de crédit-bail qui auraient stipulé des intérêts²¹⁶². Les sommes dues à la caisse de congés payés ne sont pas non plus concernées²¹⁶³, au même titre que les ouvertures de crédit à durée indéterminée²¹⁶⁴. Cependant, si l'ouverture de crédit est à durée déterminée au moins égale à un an, il y aura place à continuation du cours des intérêts²¹⁶⁵. Dans ces cas, les intérêts continuent à courir, même si les modalités d'apurement du prêt convenues dans le plan de sauvegarde ou de redressement arrêté au profit du chef d'entreprise ne stipulent pas d'intérêts²¹⁶⁶.
879. L'exception à l'arrêt du cours des intérêts est particulièrement intéressante pour les chefs d'entreprise qui ont choisi la voie d'une procédure passerelle pour le redressement de leur entreprise. Seule la durée convenue lors de la conclusion du contrat sera prise en compte. De ce fait, et étant donné que lors des négociations du futur plan de sauvegarde accéléré en phase

²¹⁵⁷ Soc. 10 déc. 1996, n°95-40.485 ; com. 10 déc. 2002, n°99-20.478.

²¹⁵⁸ D. GIBRILA, *Droit des entreprises en difficulté*, éd., Defrénois, 2009, n°651 ; Ph. PETEL, *Procédures collectives*, 8^e éd., Dalloz, 2014 n°205. J.-L. VALLENS, *Étude comparative des procédures d'insolvabilité*, éd., Société Législation Comparée 2015, n°3373.

²¹⁵⁹ Com. 20 mars 2012, n°11-23.822, QPC, NP, *LPA* 15 juin 2012, n°120, p. 10, note Ph. ROUSSEL GALLE.

²¹⁶⁰ Art. L.622-28, al. 1, c. com.

²¹⁶¹ Com. 29 mai 2011, n°97-11.151, *Bull. civ. IV*, n°106 ; *Act. proc. coll.* 2001/12, n°152.

²¹⁶² Com. 28 sept. 2004, n°02-11.763, NP.

²¹⁶³ Soc. 11 juin 2003, n°01-15.724, NP, *Rev. proc. coll.* 2003, n°15, p. 343, obs. TAQUET.

²¹⁶⁴ Paris, 3^e ch. A, 9 sept. 2003, RG n°2001/19487.

²¹⁶⁵ Com. 28 sept. 2004, n°02-13.885 NP.

²¹⁶⁶ Com. 25 avr. 2001, *BRDA* 10/2001, n°10.

amiable, des contrats de prêts et des délais de paiement avec octroi d'intérêt, sont susceptibles d'être conclus, ces contrats ou ces délais de paiements ne pourront pas produire d'intérêts²¹⁶⁷, une fois la procédure judiciaire ouverte, dès lors que le délai de paiement ou de remboursement est au moins égal à un an²¹⁶⁸. La règle est tout au plus attrayante que le projet de plan, proposé par le chef d'entreprise en phase amiable, peut être amélioré en phase judiciaire, de sorte qu'un prêt, conclu initialement par exemple pour une durée de six à sept mois, ne permettrait pas au dispensateur de crédit de bénéficiaire de la continuation du cours des intérêts, même en présence d'un avenant de report d'échéances pour une durée totale de plus d'un an²¹⁶⁹.

880. Enfin, observons que l'ordonnance du 12 mars 2014²¹⁷⁰ a modifié la législation sur l'anatocisme. Le code de commerce²¹⁷¹ précise désormais que nonobstant les dispositions de l'article 1154 (devenu art. 1343-2)²¹⁷² du code civil, les intérêts échus des créances qui font exception à la règle de l'arrêt du cours des intérêts ne peuvent produire d'intérêts. Il faut voir en cette réforme, une volonté législative d'alléger le passif du débiteur. C'est pourquoi les créanciers bénéficiant du cours des intérêts ne peuvent plus faire jouer la capitalisation des intérêts produits par le report ou le rééchelonnement de leurs créances²¹⁷³. Avant cette réforme, une clause prévoyant l'anatocisme était acceptée par la jurisprudence²¹⁷⁴ sur le fondement de l'ancien article 1154 du code civil. Comme les intérêts, et dans le même esprit législatif de figer le passif du chef d'entreprise, en vue de sauver la continuité de l'activité²¹⁷⁵, les inscriptions des sûretés sont aussi arrêtées dès le jugement d'ouverture.

²¹⁶⁷ Y. GUYON, cité par P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017/2018*, 9^e éd., Dalloz action, 2016, n°1242.

²¹⁶⁸ B. SOINNE, cité par P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017/2018*, 9^e éd., Dalloz action, 2016, n°1993.

²¹⁶⁹ Com. 29 avr. 2003, n°99-15.544, *Bull. civ. IV*, n°65 ; *Act. proc. coll.* 2003/10, n°126.

²¹⁷⁰ Ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

²¹⁷¹ Art. L.622-28, c. com., tel que modifié par l'ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

²¹⁷² Tel que modifié par l'ord. n°2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général, et de preuve de obligations, *JORF* n°0035 du 11 févr. 2016, texte n°26.

²¹⁷³ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., LGDJ, 2014, n°740.

²¹⁷⁴ Paris, 3^e ch. B, 27 févr. 1998, *D. Affaires* 1998, 583 ; G. GAUTHIER, « La continuation du cours des intérêts dans le cadre de la liquidation judiciaire », *Gaz. pal.* 1^{er} mars 2001, doct. 53.

²¹⁷⁵ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., LGDJ, 2014, n°719.

B. L'arrêt des inscriptions

881. Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985²¹⁷⁶, le code de commerce posait la règle de l'arrêt des inscriptions en ces termes : « *les hypothèques, nantissements et privilèges ne peuvent plus être inscrits postérieurement au jugement d'ouverture du redressement judiciaire* ». ²¹⁷⁷ Sont ainsi concernés, toutes les hypothèques, y compris les hypothèques légales du trésor public, de la douane ou de la Sécurité sociale ; tous les privilèges immobiliers spéciaux²¹⁷⁸, l'antichrèse²¹⁷⁹, le privilège de prêteur de deniers²¹⁸⁰. La règle a été reprise sous l'empire de la loi de sauvegarde²¹⁸¹. L'ordonnance du 18 décembre 2008²¹⁸² l'a modifiée en rajoutant à la liste des sûretés visées, le gage. Les effets du principe, comme dans le cas de l'arrêt du cours des intérêts, ne se limitent pas à la période d'observation ; elle s'applique jusqu'à la fin de la procédure²¹⁸³.
882. L'application de la règle appelle à certaines observations dans le cadre d'une procédure passerelle ; surtout au niveau de la procédure de sauvegarde financière accélérée, variante de la sauvegarde, instituée par la loi de régulation bancaire et financière de 2010²¹⁸⁴. En effet, étant une procédure semi-collective selon la doctrine majoritaire²¹⁸⁵, les règles disciplinaires de la période d'observation ne s'appliqueront qu'aux créanciers dont les créances sont susceptibles d'être affectées par le plan²¹⁸⁶. Par conséquent, la règle de l'arrêt du cours des intérêts ne pourra viser les créanciers qui ne font pas partie du comité des établissements de crédit et, le cas échéant, de l'assemblée des obligataires. Alors que dans la procédure de sauvegarde accélérée,

²¹⁷⁶ L. n°85-98 du 25 janv. 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, *JORF* du 26 janv. 1985, p. 1097.

²¹⁷⁷ Anc. art. L. 621-50, al. 1^{er}, c. com.

²¹⁷⁸ Privilège du copartageant : art. 2374, 3^o c. civ. ; privilège de séparation de patrimoine : art. 2374, 6^o c. civ. ; privilège des architectes et entrepreneurs : art. 2382 c. civ.

²¹⁷⁹ Selon la doctrine majoritaire, toutes les sûretés réelles soumises à publication sont concernées par l'interdiction : C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., LGDJ, 2014, n°720 ; Ph. PETEL, *Procédures collectives*, 8^e éd., Dalloz, 2014, n°199.

²¹⁸⁰ Com. 24 mars 2009, n°08-11.055, NP ; Paris, 3^e ch. A, 2 oct. 2007, RG n°06/18938.

²¹⁸¹ L. n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n° 173 du 27 juill. p. 12187, n°5.

²¹⁸² Ord. n°2008-1345 du 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *JORF* n°0295 du 19 déc. 2008, p. 19462, texte n°29.

²¹⁸³ V. en ce sens, travaux préparatoires, Loi du 25 janv. 1985, amend. n°56 interv. BADINTER, *JOAN CR* 9 avr. 1984, p. 1287.

²¹⁸⁴ L. n°2010-1249 du 22 oct. 2010 de régulation bancaire et financière, *JORF* n°0247 du 23 oct. 2010, p. 18984, texte n°1.

²¹⁸⁵ P.-M. Le Corre, « L'avènement prochain d'une procédure semi-collective », *Gaz. pal.* 16 oct. 2010, n°289, p. 3.

²¹⁸⁶ Art. L. 628-1, c. com.

procédure pleinement collective, la règle aura vocation à s'appliquer à tous les créanciers du débiteur.

883. L'arrêt du cours des inscriptions ne concernerait que les sûretés constituées avant le jugement d'ouverture²¹⁸⁷. Antérieurement à la loi de sauvegarde, les créanciers postérieurs avaient la possibilité d'inscrire leurs sûretés réelles²¹⁸⁸. Cette position doctrinale a été posée en jurisprudence par une juridiction du fond²¹⁸⁹. Cette dernière a été approuvée par la Cour de cassation²¹⁹⁰. La solution demeure depuis la loi de sauvegarde des entreprises²¹⁹¹. Toutefois, compte tenu de la catégorisation des créanciers postérieurs - ceux qui sont éligibles ou non au traitement préférentiel²¹⁹² -, il peut être affirmé que seuls les créanciers élus au traitement préférentiel seront autorisés à inscrire une sûreté réelle sur un bien du débiteur²¹⁹³.
884. Le législateur pose, au travers des deuxième et troisième alinéas de l'article L. 622-30 du code de commerce, l'exception à l'arrêt de l'inscription des sûretés au profit de certains créanciers privilégiés. Il en est ainsi du Trésor public qui peut inscrire son privilège dans le délai légal dans deux hypothèses : pour les créances qu'il n'était pas tenu d'inscrire à la date du jugement d'ouverture ; pour les créances mises en recouvrement après cette date, si elles sont déclarées dans les conditions prévues par l'article L. 622-24²¹⁹⁴ du code de commerce²¹⁹⁵. Rappelons ici qu'afin de renforcer l'attractivité de la procédure de conciliation qui est, depuis l'ordonnance du 12 mars 2014²¹⁹⁶, un préalable aux procédures passerelles, un amendement avait été présenté au nom de la commission des finances, dans le but de supprimer l'obligation de la publicité des privilèges fiscaux tant que les créances qui en bénéficient font l'objet d'une négociation dans le cadre de la procédure de conciliation ; mais il avait été rejeté.

²¹⁸⁷ A. Jacquemont, *Entreprise en difficulté*, 7^e éd., LexisNexis, 2011, n° 488 ; Ph. PETEL, *Procédures collectives*, 8^e éd., Dalloz, 2014 n°198.

²¹⁸⁸ Ph. PETEL, *Procédures collectives*, 3^e éd., Dalloz, 2001, n°203 ; F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprise en difficulté-Instruments de paiement et de crédit*, 6^e éd. LGDJ, 2010, n°187, note 151.

²¹⁸⁹ Trib. com. Dijon, 2^e ch. 12 juin 1990.

²¹⁹⁰ Com. 14 nov. 2014, n°13-24.561, NP ; *Rev. proc. coll.* 2015, comm. 108, note F. MACORIG-VENNIER.

²¹⁹¹ Ph. PETEL, *Procédures collectives*, 8^e éd., Dalloz, 2014, n°198 ; F. PEROCHON, *Entreprise en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, n°653 ; A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., LexisNexis, 2011, n°488.

²¹⁹² V. *supra*, n°762 et s.

²¹⁹³ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017/2018*, 9^e éd., Dalloz action, 2016, p. 2039.

²¹⁹⁴ Ces conditions sont relatives aux modalités de déclaration des créances antérieures et postérieures au jugement d'ouverture.

²¹⁹⁵ Com. 18 février 2003, *Bull. civ. IV*, n°24 ; com. 24 juin 2003, *Bull. civ. IV*, n°107.

²¹⁹⁶ Ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

885. La deuxième exception a été posée en faveur du vendeur de fonds de commerce. L'explication de ce privilège est d'ordre légal. Selon le code de commerce, le privilège de fonds de commerce ne peut être inscrit que dans les quinze jours de l'acte de vente²¹⁹⁷. A cet égard, il a été observé qu'il faut supposer que l'acte de vente est intervenu moins de quinze jours avant le jugement d'ouverture de la procédure collective de l'acheteur²¹⁹⁸. Ce qui devrait être assez rare en pratique selon certaines doctrines²¹⁹⁹. La loi du 6 août 2015 a prolongé ce délai de quinze jours à trente. S'est-il agi par-là d'une volonté de mettre le vendeur du fonds de commerce à l'abri de tout risque de prescription ? La logique semble commander cette interprétation.
886. Il peut aussi être relevé qu'une exception pourrait résulter de l'autorisation du juge-commissaire à consentir²²⁰⁰, à la demande de l'administrateur ou du débiteur, une hypothèque ou un nantissement. L'explication en est que ce créancier se trouve être un créancier postérieur, éligible au traitement préférentiel, du fait que la créance est née, soit pour le besoin du déroulement de la procédure, soit pour le financement de la période d'observation, et devrait, dès lors, pouvoir publier ce privilège²²⁰¹. L'analyse vaut pour la substitution²²⁰² de sûreté en période d'observation sur autorisation du juge commissaire²²⁰³. Le renouvellement de l'inscription d'une sûreté²²⁰⁴, les inscriptions définitives de sûretés provisoires²²⁰⁵ et celles des sûretés en garantie de la créance²²⁰⁶, font aussi exception à l'interdiction.
887. Comme il a été vu, il est à remarquer que la célérité d'une procédure passerelle et les règles protectionnistes de la période d'observation offrent des avantages curatifs au chef d'entreprise.

²¹⁹⁷ Art. L. 141-6, c. com.

²¹⁹⁸ V. P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017/2018*, 9^e éd., Dalloz action, 2016., p.2039 et s.

²¹⁹⁹ RIPERT et ROBLOT, cité par P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017/2018*, 9^e éd., Dalloz action, 2016., n°2985.

²²⁰⁰ Art. L. 622-7, al. 2, c. com.

²²⁰¹ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017/2018*, 9^e éd., Dalloz action, 2016, p.2046.

²²⁰² Art. L.622-8 al. 3, c. com.

²²⁰³ J. VALLANSAN et Alii, *Difficulté des entreprises*, 6 éd., Lexis Nexis, 2012, 169 ; C. SAINT-ALARY-HOUN et F. MACORIG-VENIER, « Redressement et liquidation judiciaires - Situation des créanciers - interdictions des inscriptions, *J.-Cl. com.*, fasc. 2365, 2014, n°141.

²²⁰⁴ P. LE CANU, M. JEANTAIN, *Droit commercial : entreprise en difficulté*, 7 éd., Dalloz, 2006, n°402 ; F. PEROCHON, *Entreprise en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, n°656 ; Ph. PETEL, *Procédures collectives*, 8^e éd., Dalloz, 2014, n°201 ; A. Jacquemont, *Entreprise en difficulté*, 7^e éd., LexisNexis, 2011, n°489 ; C. SAINT-ALARY-HOUN, F. MACORIG-VENIER, « Redressement et liquidation judiciaires – Situation des créanciers – interdictions des inscriptions, *J.-Cl. com.*, fasc.2365, 2014, n°117 et s.

²²⁰⁵ C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd. LGDJ, 2014, n°724

²²⁰⁶ C. SAINT-ALARY-HOUN, F. MACORIG-VENIER, « Redressement et liquidation judiciaires – Situation des créanciers – interdictions des inscriptions, *J.-Cl. com.*, fasc. 2365, 2014, n°119 et s. ; Ph. DELEBECQUE, « Sûretés réelles et procédures collectives », *Dr. et patr.* 2002, n°106, p. 49-53 ; com. 22 avr. 1986, *D.* 1986, IR 360.

Ces avantages sont à analyser comme des caractéristiques attractives d'une procédure passerelle. De l'optimisation de l'actif à la maîtrise du passif de l'entreprise, la période d'observation apparaît comme un sanctuaire pour tous les débiteurs en procédure judiciaire en général, et pour celui engagé dans une procédure passerelle en particulier, du fait de la rapidité caractérisant cette dernière. La rapidité est une donnée importante dans le procédé de passerelle. C'est pourquoi elle s'adapte mieux que n'importe quelle autre procédure judiciaire au *prepack-cession* ou cession pré-arrangée.

Conclusion du chapitre 2

888. Du chapitre qui précède, il peut être retenu qu'une procédure passerelle offre, au travers de sa période d'observation, plusieurs mesures protectrices au chef d'entreprise. Certaines sont traditionnelles et concernent la préservation de l'actif et la maîtrise du passif. D'autres sont nouvelles ; elles concernent l'irresponsabilité du banquier dispensateur de crédit et le régime des créances postérieures non privilégiées. Le Droit OHADA partage avec le droit français les mêmes mesures traditionnelles de la période d'observation. La période d'observation est un sanctuaire pour le débiteur, surtout dans le cadre d'une procédure passerelle. Cette conclusion permet de tirer la conclusion suivante sur le premier titre de la deuxième partie de cette thèse.

Conclusion du titre 1

889. Une procédure passerelle a une vocation préventive qui se traduit, d'un côté, par la négociation amiable et discrète avec les créanciers et, de l'autre, par l'anticipation de l'intervention du juge. Elle a également une vocation curative qui s'exprime par les nombreuses règles protectrices de la période d'observation. Des améliorations peuvent être apportées dans les droits français et OHADA des entreprises en difficulté. S'agissant du droit français, l'adoption des classes de créances dans la procédure de conciliation, l'autonomisation de la procédure de mandat ad hoc pour l'organisation d'une cession pré-arrangée peuvent être des pistes intéressantes. En droit OHADA, l'assouplissement du régime de la cessation des paiements, la reconnaissance formelle du procédé de passerelle, l'invitation claire des États membres à la création des tribunaux de commerce, ainsi que la création de cellules spéciales de conseil, d'information et d'orientation à l'attention des chefs d'entreprises sont entre autres mesures qui pourraient être envisagées.

TITRE 2

LA CESSION PRE-ARRANGEE VIA LE PROCEDURE DE PASSERELLE : UNE CONSECRATION LEGISLATIVE EN DROIT FRANÇAIS, UNE POSSIBILITE JURIDIQUE EN DROIT OHADA

890. En droit français, la cession judiciaire ordinaire d'une entreprise en difficulté a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif ; elle peut être totale ou partielle²²⁰⁷. Elle n'est pas une institution parfaite : on l'a considérée moins réalisable du fait des délais très courts impartis pour sa réalisation²²⁰⁸. Elle n'est pas non plus tout à fait respectueuse des droits des créanciers qui sont souvent désavantagés en raison du faible prix de la cession. C'est à cause de cela que les ventes d'actifs isolés lui sont préférées²²⁰⁹. Le législateur tentait toujours d'assurer la survie de l'entreprise et des emplois par la voie de la liquidation judiciaire et des intérêts antagonistes du cessionnaire et des créanciers. Cela semblait être une volonté de concilier l'inconciliable²²¹⁰. Le droit OHADA ne s'inscrit pas dans ce sens. Le législateur de 2015 n'a pas changé la philosophie imprimée à la cession judiciaire de l'entreprise en difficulté qui était organisée sous l'empire de l'Acte uniforme de 1998. Il ressort d'une analyse que l'objectif premier recherché dans ce droit, au travers de la cession judiciaire d'une entreprise, est l'acquittement des créanciers²²¹¹.
891. Comment parler de la technique de la passerelle entre la conciliation et la sauvegarde/règlement préventif²²¹², sans parler de *prepack*-cession²²¹³ ? Ces deux nouveaux outils récemment adoptés en droit français des entreprises en difficulté se complètent ; ils jouent un rôle important dans le redressement des entreprises.

²²⁰⁷ Art. L.642-1 du c. com.

²²⁰⁸ D. DEMEYERE, « Les enjeux de la cession de l'entreprise en difficulté », *LPA*, 2012, p. 39 ; P. FROELICH et M. SENECHAL, « De la réalisation de l'actif », in F. X. LUCAS et H. LECUYER, *La réforme des procédures collectives - La loi de sauvegarde article par article*, LGDJ, 2006, p. 318, spéc. p. 369 et s.

²²⁰⁹ C. VINCENT, « L'adoption d'un plan de cession sans poursuite d'activité » *BJE*, 1^{er} sept, 2014, n°5, p. 331.

²²¹⁰ *id.*

²²¹¹ V. M.F. KOUROUMA, « Étude de droit comparé : Afrique (droit OHADA) et France sur la finalité de la cession judiciaire de l'entreprise en difficulté », *Village de la justice*, 2 janv. 2018.

²²¹² Il s'agit d'un système de traitement des difficultés des entreprises qui consiste à préparer un plan de restructuration (plan de sauvegarde, concordat préventif.) dans le cadre de la conciliation, pour une adoption en phase judiciaire (notamment les sauvegardes accélérées du droit français, le règlement préventif du droit OHADA).

²²¹³ Ou cession pré-arrangée, c'est-à-dire une cession dont le plan est négocié amiablement en phase amiable avec les créanciers, pour une adoption en phase judiciaire.

892. Le *prepack-cession*, inspiré du chapitre 11 du code fédéral américain de la faillite, s'est installé dans plusieurs droits de l'insolvabilité. Il en est ainsi, à titre d'exemple, des droits anglais²²¹⁴, belge²²¹⁵ et Allemand. Le mouvement de contractualisation du traitement des difficultés des entreprises explique sans doute son adoption par les législateurs en ce qu'il permet l'implication réelle des créanciers dans les négociations.
893. Le droit OHADA des entreprises en difficulté n'a pas encore reconnu ce mode de cession d'entreprise ; son utilisation n'en est pas pour autant impossible. Selon l'article 5-14, alinéa premier, du nouvel Acte uniforme des procédures collectives, « *l'ouverture d'une procédure de règlement préventif {...} met fin de plein droit à la procédure de conciliation {...}* ». Afin d'accélérer une procédure de cession d'entreprise, ce texte permet au chef d'entreprise de pré-négocier cette cession avec ses créanciers sur le terrain de la conciliation, et de demander ensuite l'ouverture du règlement préventif qui, en mettant un terme automatique à la procédure de conciliation, va permettre l'adoption du plan de cession. Tel qu'il se présente, il suffirait que la pratique s'approprie du *prepack-cession* pour que le législateur puisse être amené à organiser son régime.
894. Adopté en 2014²²¹⁶, le *prepack-cession* participe au mouvement de contractualisation que connaît le droit français des entreprises en difficulté. Afin de promouvoir l'efficacité économique, le législateur permet, à l'exception de la procédure de redressement judiciaire, de déroger aux règles régissant le plan de cession normal au mépris de l'objectif passé de la moralisation et au risque de la résurgence des dévoiements combattus autrefois. Les objectifs ont changé ; d'aucuns avaient estimé que l'heure était à la protection du crédit et de l'intérêt des créanciers en vue d'assurer le sauvetage de l'entreprise²²¹⁷. D'obédience libérale, l'ordonnance du 12 mars 2014 a modifié le droit français des entreprises en difficulté en accentuant sa contractualisation par une innovation inspirée du droit de la faillite américain²²¹⁸.

²²¹⁴ A travers le *scheme of arrangement* : *supra*, n°690.

²²¹⁵ Dans le cadre des procédures de réorganisation judiciaire instituée par la loi du 31 janvier 2009 : *supra*, n°700.

²²¹⁶ Art. L.611-7, c. com., tel que modifié par l'ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3 ; v. E. BERTRAND, « Le pré-pack cession : Le dispositif s'installe dans le paysage des procédures collectives », *Lamy-Lexel*, 4 mars 2016.

²²¹⁷ G. PLATIN, D. THESMAR et J. TIROLE, « Les enjeux économiques du droit de la faillite », *les notes du conseil d'analyse économique (CAE)*, juin 2007, n°7.

²²¹⁸ Il correspond au *pre-arrange sales* en droit fédéral américain de la faillite : *supra*, n°151.

895. C'est la même logique qui sous-tend les nouvelles passerelles de sauvegarde accélérée²²¹⁹ : la cession partielle ou totale d'entreprise peut être préparée voire conclue dans le cadre d'une procédure de conciliation, pour être ensuite mise en œuvre lors d'une procédure judiciaire. La pratique l'admettait déjà.²²²⁰ L'article L.611-7 du code de commerce en donne désormais la possibilité au conciliateur. Si les textes sont explicites sur cette mission que peut avoir le conciliateur, tel n'est pas le cas pour le mandataire *ad hoc*. Pourtant, ce dernier pourrait avoir la même mission à la demande du chef d'entreprise en tenant compte de l'esprit des articles L.611-3²²²¹ et L.642-2²²²² du code de commerce.
896. Il faut dire que la consécration légale d'un *prepack*-cession était une nécessité. Les créanciers n'ayant aucune influence sur le plan de cession judiciaire, ils se résignent au sort réservé à l'entreprise. Ils ne bénéficient que du privilège d'être désignés comme contrôleurs de la procédure collective, statut qui n'est pas compatible avec le droit de faire une offre de reprise²²²³. Le *prepack*-cession, s'inscrivant dans le sens contraire de la cession judiciaire, procure un intérêt certain pour toutes les parties prenantes, notamment pour le chef d'entreprise, l'acquéreur et pour les créanciers. Le chef d'entreprise n'a pas à se soucier de l'identité du cessionnaire, ce dernier étant connu avant l'arrêté du plan par le tribunal. Les institutions représentatives du personnel ainsi que les cocontractants peuvent prendre contact avec lui en amont de la procédure, ce qui est de nature à le rassurer. La collecte d'informations permet au candidat à l'acquisition de limiter les écueils liés à une cession judiciaire dont entre autres la réduction du nombre de clients, la défection des personnels. Se présente moins de risque pour les créanciers en ce sens que le prix de la cession est déterminé contractuellement en phase amiable, et compte tenu de la brièveté de la procédure, peu de dettes postérieures seront susceptibles d'être contractées.

²²¹⁹ Sauvegarde financière accélérée et sauvegarde accélérée.

²²²⁰ F. GENTIN, interview, *BJE*, 2014. 208 ; S. GORRIAS, « L'ordonnance du 12 mars 2014 et les modifications intéressant la nomination des organes de la procédure », *Gaz. Pal.* 8 avr. 2014, p. 39 ; B. TAULIER, « La conciliation, après l'ordonnance du 12 mars 2014 : jamais pareille mais toujours plus proche de procédures collectives », *BJE*, 2014. 174.

²²²¹ « Le président du tribunal peut, à la demande du débiteur, désigner un mandataire *ad hoc* dont il détermine la mission. Le débiteur peut proposer le nom d'un mandataire *ad hoc* {...} ».

²²²² « {...} Toutefois, si les offres reçues en application de l'article L.623-13 ou formulées dans le cadre des démarches effectuées par le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur désigné en application de l'article L.611-3 ou L.611-6 remplissent les conditions prévues au II du présent article et sont satisfaisantes, le tribunal peut décider de ne pas faire application de l'alinéa précédent {...} ».

²²²³ V. les art. L.642-3, L.642-20 et L.654-12, II, c. com.

897. Tel qu'il peut être constaté, le législateur a misé sur une position intermédiaire entre les plans de redressement par continuation : ils sont rares car il s'agit de rembourser dans la durée l'intégralité du passif ; le plus souvent, ils échouent parce que le remboursement se limite généralement au paiement des premières échéances au prix minoré et les plans de cession : ils sont plus fréquents et sont adoptés dans la contrainte de la durée et de la publicité des procédures collectives, ce qui dégrade la valeur du fonds de commerce. En apparence, il s'est agi de profiter, d'un côté, de tous les avantages qu'offrent les procédures amiables et, de l'autre, du rôle d'adoption du plan revenant aux procédures judiciaires. Le législateur français a ainsi marqué une rupture avec le régime de la cession judiciaire de l'entreprise en difficulté qui existait. Avant la réforme de 2014 précitée, les appels d'offres étaient faits - sont faits pour le débiteur qui ne passe pas par la voie de *prepack*-cession - pendant la période d'observation ou de poursuite d'activité, c'est-à-dire en pleine procédure judiciaire impliquant, par ricochet, des publicités. Toute chose qui désavantageait les chefs d'entreprise à cause, d'une part, de l'image entachée de l'entreprise vis à vis des partenaires et, d'autre part, de la durée et des frais qui dévalorisent les actifs à céder. La rupture réside dans la modification des données temporelles.
898. Le *prepack*-cession reste confidentiel pendant la phase amiable²²²⁴. Toutefois, sa réalisation en phase judiciaire demeure publique²²²⁵. C'est autant dire que l'importance et le rôle majeur de ce nouvel outil est la protection du fonds de commerce. En cas de refus de certains créanciers minoritaires de signer le protocole de cession ou d'un ou plusieurs associés/actionnaires de céder leurs titres, il permet au débiteur de passer outre dans les conditions de l'article L.642-2 du code de commerce. Dans les développements qui vont suivre, il sera largement fait appel au droit positif, à la doctrine et aux jurisprudences français. Ces développements seront théoriquement valables en droit OHADA, nonobstant l'absence d'un régime juridique défini relatif à la cession pré-arrangée²²²⁶.
899. Dans le cadre de ce second titre, nous n'avons pas la prétention de consacrer une étude exhaustive de la cession judiciaire de l'entreprise en difficulté. Au contraire, il s'agira essentiellement d'étudier le mécanisme de son possible préarrangement amiable et de son exécution judiciaire, dans l'esprit du tandem juridico-judiciaire que forment désormais, le

²²²⁴ Art. L.611-15, c.com.

²²²⁵ Art. L.628-1, c. com.

²²²⁶ V. *supra*, n°914 ; pour la validité du procédé de plan pré-négocié en droit OHADA, v. *supra*, n°262 et s.

prepack-cession et le *prepack*-sauvegarde en droit français, ce qui est théoriquement transposable en droit OHADA.

900. Il sera ainsi procédé, dans un premier temps, à l'analyse de ce préarrangement en amont des procédures amiables (Chapitre 1) et, dans un second temps, à celle de cette exécution en aval des procédures judiciaires (Chapitre 2).

Chapitre 1. Le préarrangement de la cession judiciaire d'entreprise

901. Les dispositions relatives à la cession sont indiquées aux articles L.642-1 à L.642-17 du code de commerce et représentent pour l'essentiel la transposition des anciens articles L.621-83 à L.621-101. Le nouveau dispositif de *prepack*-cession est énoncé à l'article L.611-7. L'importance quantitative des textes intéressant la reprise d'entreprise montre à quel point cette dernière préoccupe le législateur, d'autant que les cessions d'entreprise sont fréquentes pour les entreprises importantes²²²⁷. La cession peut être partielle ou totale²²²⁸. Dans le premier cas, ce ne sont seulement que certaines branches d'activités autonomes d'exploitation qui sont concernées. Toutefois il ne peut s'agir du seul droit au bail²²²⁹. Il importe peu que ce nombre ne représente qu'une fraction de l'actif de l'entreprise, pourvu que cette fraction soit autonome et capable de fonctionner durablement²²³⁰. Dans le second cas, elle porte sur l'entreprise toute entière ; ce sont tous les biens affectés à l'activité du commerçant, de l'artisan, de l'agriculteur ou du professionnel indépendant qui sont concernés. L'entreprise n'est donc appréhendée que sous l'angle économique, mais non sous l'angle juridique²²³¹. La préparation voire la conclusion d'un plan pré-arrangé de cession partielle ou totale d'une entreprise en amont d'une procédure amiable consacre l'efficacité économique voulue par le législateur français. Ce n'est plus le droit qui commande, mais plutôt l'économie. Le conciliateur et le mandataire *ad hoc* sont habilités, à la demande du débiteur, et après avis des créanciers, à organiser cette cession.
902. Dans le cadre de ce chapitre, nous évoquerons brièvement l'évolution temporelle et législative de la cession judiciaire d'entreprise (Section 1), avant d'analyser la préparation de la cession pré-arrangée et sa finalisation dans le cadre d'une procédure amiable (Section 2).

Section 1. De la cession judiciaire classique à la cession judiciaire pré-arrangée

903. Plusieurs textes français parlent de l'entreprise, mais aucun ne la définit. Le droit OHADA s'inscrit dans le même registre. Selon une large doctrine, la notion d'entreprise serait un concept

²²²⁷ G. COUTURIER, « Le plan de cession, instrument de restructuration des entreprises défailtantes », *Bull. Joly. Sociétés*, févr. 2008, §35, p. 142.

²²²⁸ Art. L.642-1, al. 2, c. com.

²²²⁹ Paris, 3^e ch., B, 14 janv. 2005, RG n°04/20667.

²²³⁰ Com. 15 mai 2012, n°11-17.972, *Bull. civ. IV*, n°100 ; *Rev. Sociétés* 2013, 117.

²²³¹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., LGDJ, 2014, p. 774.

plus économique et social que juridique²²³². Cependant, elle est assimilée à la fois à un sujet de droit²²³³ et à un objet de droit²²³⁴ aussi bien en droit Français qu'en droit OHADA. Cette ambiguïté que la nature de l'entreprise engendre ne constitue pas pour autant un obstacle à l'organisation de son traitement par ces législateurs. En effet, à l'image de la pratique judiciaire, le législateur français emploierait le mot « entreprise » par commodité de langage²²³⁵ que comme une notion juridique. De la lecture des nombreuses doctrines relatives à la définition de l'entreprise, deux courants peuvent être retenus : le courant des matérialistes - qui voient en l'entreprise un objet de droit - et celui des personnalistes - qui y voient un sujet de droit.

904. Pour le groupe des matérialistes, l'entreprise n'est qu'un ensemble de biens affectés à une production, faisant partie du patrimoine d'une personne physique ou morale, personne privée ou publique, qui y applique son droit de propriétaire. Les personnes travaillant en son sein lui sont considérées comme extérieures, liées au propriétaire par des contrats de travail. C'est une conception patrimoniale que ce groupe confère à l'entreprise ; il en ressort que cette dernière ne peut avoir une personnalité morale²²³⁶. Autrement dit l'entreprise n'est qu'un ensemble formé par des apporteurs de capitaux et de travail ; elle constitue un être collectif doté de la personnalité propre. De ce fait, cet être a un patrimoine propre, une autonomie de décision propre et dispose d'un intérêt propre²²³⁷.
905. Le courant matérialiste s'intéresse à la notion d'activité qui nous intéresse dans le cadre de ce chapitre. L'entreprise existe pour satisfaire une demande, un besoin des hommes ; c'est pourquoi elle produit, transforme et fait des prestations de services et de biens. C'est en exerçant ces activités qu'apparaît l'entreprise²²³⁸. A cette thèse, celle des économistes, qui considèrent

²²³² F. DERRIDA, P. GODE, J. P. SORTAIS, avec la collaboration de A. HONORAT, *Redressement et liquidation judiciaire des entreprises, cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985*, 3^e éd., Dalloz, 1991, n°4 ; J. PAILLUSSEAU, J. J. CAUSSIN, H. LAZARSKI et PH. PEYRAMAURE, *Cession d'entreprise*, 4^e éd., Dalloz, 1999, n°04.

²²³³ Art. L. 622-4, c. com., évoque « la conservation des droits de l'entreprise » et l'inscription de sûreté au nom de l'entreprise ; l'art. L. 622-14, 2^o, al. 3 parle « des immeubles loués par l'entreprise ». En droit OHADA, l'art. 2 AUPC, al. 1 et 2 parle de l'entreprise comme auteur du passif alors que les articles 1 et 2 al. 3 font état de l'apurement du passif du débiteur.

²²³⁴ L'art. 131 de l'AUPC indique que la cession d'entreprise ne peut s'appliquer qu'à un bien. Le même constat peut être fait à la lecture de l'art. 631-21-1 du code de commerce.

²²³⁵ F. DERRIDA, P. GODE, J. P. SORTAIS, avec la collaboration de A. HONORAT, *Redressement et liquidation judiciaire des entreprises, cinq années d'application de loi du 25 janvier 1985*, 3^e éd., Dalloz, 1991, n°4, p. 17.

²²³⁶ V. J. PAILLUSSEAU, « Qu'est-ce que l'entreprise », in *L'entreprise : nouveaux apports*, éd., Economica, Paris, 1987, n°6-n°9.

²²³⁷ *ibid.*

²²³⁸ *ibid.*, n°28 et s.

que l'entreprise constitue une organisation de moyens matériels et humains exerçant une activité de production, de transformation, de distribution de biens ou de services ou de certaines de ses fonctions, peut être rajoutée²²³⁹. L'existence de cette entreprise concentre plusieurs intérêts : intérêts des fondateurs, des salariés, des apporteurs de capitaux, ceux de l'État et des collectivités de l'État. Elle est un « centre d'intérêts » marqués par une convergence globale et des oppositions catégorielles²²⁴⁰. En définitive, nous retiendrons la définition économique car elle cadre bien avec l'objet de la cession judiciaire de l'entreprise en difficulté. L'intérêt de préserver des emplois et d'encourager l'investissement a conduit les législateurs à concevoir l'entreprise distincte de son propriétaire personne physique ou morale. Cela impose une double interprétation : d'abord, elle concorde avec des besoins pragmatiques des affaires. En effet, il arrive de façon récurrente que l'entreprise fasse l'objet d'une cession entre vifs ou non. Or, comment céder le personnel si ce dernier ne fait pas partie de l'entreprise cédée ? Procéder à de nouveaux recrutements ou renégocier les contrats de travail existants reviendraient chers et lourds. Leur transmission instantanée avec l'entreprise à laquelle ils sont attachés est la solution, même si cela apparaît telle qu'une atteinte légale au principe de l'effet relatif des conventions, mais justifiée par l'ordre public²²⁴¹ et le besoin des affaires. Ensuite, elle répond à des impératifs économiques et sociaux en ce que sa cession signifie sa préservation plutôt que son élimination du terrain économique par la vente ou la cession isolée de ses actifs. Cette cession judiciaire d'entreprise soumise à une discipline collective a connu une évolution fluctuante en droit français : elle est passée d'une finalité de paiement des créanciers à celle de maintien de l'activité et des emplois.

906. Au cours de ces dernières décennies, le législateur français est plusieurs fois intervenu pour réguler la cession d'entreprise en phase judiciaire. Cette régulation a été précédée d'une organisation prétorienne des tribunaux, notamment, en phase préventive à travers le mandat *ad hoc* et la conciliation. Dans un premier temps, la cession judiciaire de l'entreprise en difficulté en droit français sera vue (Paragraphe I). Dans un second temps, une analyse comparative de la

²²³⁹ *ibid*, n°21 ; J. BONNARD, *La transmission de la PME, aspects juridiques et fiscaux*, éd., Hachette Livre, 2004, p. 6.

²²⁴⁰ *ibid*, n°22 et s.

²²⁴¹ La solution contraire permettrait au repreneur de ne pas reprendre certains salariés, notamment les représentants ou les délégués du personnel qui pourtant sont chargés du suivi et du respect des dispositions d'ordre public.

finalité de la cession judiciaire d'entreprise en droit français et en droit OHADA sera abordée (Paragraphe II).

Paragraphe I. La cession judiciaire de l'entreprise en difficulté en droit français

907. La cession d'une société *in bonis* requiert moins de formalisme comparativement à la cession judiciaire d'une entreprise. La cession d'une entreprise *in bonis*, c'est-à-dire qui n'a pas déposé le bilan, est organisée par le droit commun. Nous en ferons l'économie, afin de privilégier le régime de la cession judiciaire de l'entreprise en difficulté qui a connu plusieurs ajustements d'ordre législatif et jurisprudentiel (I). Ensuite, les acteurs de cette cession seront évoqués (II).

I. Le rappel du régime évolutif de la cession judiciaire d'entreprise

908. La cession avait été organisée par la loi du 25 janvier 1985²²⁴² dans le sens du redressement de l'entreprise défaillante. Cette spécificité a été perçue comme l'une des plus novatrices en ce que la loi du 13 juillet 1967²²⁴³ qui organisait la cession à forfait n'avait pas défini le régime de la reprise d'entreprise et, plus singulièrement, avait omis d'organiser les offres de cession et de préciser les obligations du cessionnaire²²⁴⁴. La cession sous ce texte de 1985 avait donné lieu à des abus car beaucoup d'entreprises étaient vendues pour un prix dérisoire et, dans la plupart des cas, le cessionnaire n'honorait pas ses engagements ou revendait les actifs de l'entreprise, ce qui se traduisait par son « *dépeçage* ». ²²⁴⁵ La loi de 1994²²⁴⁶ est venue corriger cela afin de moraliser la cession et de protéger les créanciers. La loi de sauvegarde du 26 juillet 2005²²⁴⁷ a emprunté la même démarche en améliorant la rédaction des textes ; elle a fait basculer la cession dans la liquidation judiciaire. En ce sens, la cession peut être vue par le débiteur comme une technique d'expropriation forcée pour cause d'intérêt privé, même si ce dernier se situe sur un plan macro-économique à savoir la sauvegarde des entreprises et celle des emplois. La personne

²²⁴² L. n°85-98 du 25 janv. 1985 relative au redressement et de liquidation judiciaire des entreprises, *JORF* du 26 janv. 1985, p. 1097.

²²⁴³ L. n°67-563 du 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes, *JORF* du 14 juill. 1967, p. 7059.

²²⁴⁴ H. Le NABASQUE, « La cession d'entreprise en redressement judiciaire », *JCP E* 1990, II, 15770 ; B. SOINNE, « Problématique du plan de cession d'entreprise », *Rev. proc. coll.* 1989, n°4, p. 146.

²²⁴⁵ V. P. CORDIER, « Le plan de cession devant la Cour de cassation, panorama des dix dernières années de jurisprudence », *RJDA* 2/1999, p. 103 ; F. PEROCHON, « Halte au détournement de la cession judiciaire d'entreprise », *D*, 1990, p. 252 ; F. DERRIDA, « A Propos des plans de cession de l'entreprise...Dévoiement ? », *D*, 1992, p. 301.

²²⁴⁶ L. n°94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, *JORF* n°134 du 11 juin 1994, p. 8440.

²²⁴⁷ L. n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n°173 du 27 juill. 2005, p. 12187.

du débiteur est nécessairement reléguée au second plan par rapport à l'entreprise elle-même.²²⁴⁸ Cependant, si le plan de cession vise une entreprise individuelle, il ne pourra concerner les biens non affectés à l'activité.²²⁴⁹ La cession d'entreprise, sophistiquée aujourd'hui, tire sa racine du droit antérieur.

909. Les règles du plan de redressement et de cession furent favorables successivement aux créanciers et aux banques avant de l'être pour le débiteur et les associés (A). A partir de l'ordonnance du 12 mars 2014²²⁵⁰, la balance semble équilibrée, même si une légère nette amélioration dans le traitement des créanciers peut être relevée (B).

A. La cession judiciaire de l'entreprise pendant ces dernières décennies

910. La cession d'entreprise est la forme de transmission globale d'actifs en exploitation, par laquelle doivent être assurés le maintien d'activités et de tout ou partie des emplois qui y sont attachés. Elle assure le redressement de l'entité économique, en même temps que l'apurement du passif du débiteur²²⁵¹ partageant, de ce fait avec les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire, les mêmes finalités.²²⁵² Son régime a connu une véritable métamorphose au fil des réformes. L'article 67 de la loi du 13 juillet 1967²²⁵³ sur le règlement judiciaire permettait au chef d'entreprise de présenter un concordat à ses créanciers, ce qui constitue l'ancêtre du plan de redressement par voie de continuation. Le plan de restructuration que le concordat contenait pouvait prévoir la cession de tout ou partie du capital à un tiers, c'est-à-dire le cessionnaire qui se portait garant de l'exécution dudit concordat. De cette manière, le concordat s'est développé de façon prétorienne par l'usage de l'article 69 de cette loi du 13 juillet 1967. Ce concordat, autrefois appelé par les praticiens concordat « par abandon d'actif », est l'ancêtre du plan de cession, consistant à céder l'ensemble des actifs de l'entreprise à un repreneur. Cette cession (concordat par abandon d'actif) était présentée à l'assemblée

²²⁴⁸ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017-2018*, 9^e éd., Dalloz Action, 2016, p. 1635.

²²⁴⁹ Com. 22 avr. 1997, n°94-92.522, NP, *proc. coll.* 1998, 373, n°40, obs. B. SOINNE.

²²⁵⁰ Ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p.5243, texte n°3.

²²⁵¹ F. PEROCHON, *Entreprise en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, p. 553.

²²⁵² G. COUTURIER en déduit que la cession ne serait pas liquidative, *BJS* 2008, p. 142.

²²⁵³ L. n°67-563 du 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes, *JORF* du 14 juill. 1967, p. 7059.

concordataire et devait permettre un remboursement significatif des créances. Une fois approuvée par cette assemblée, elle était ensuite présentée au tribunal pour homologation²²⁵⁴.

911. Sur le plan de la prévention, l'organisation de la conciliation/mandat *ad hoc* va être matérialisée pour la première fois par la loi du 1^{er} mars 1984²²⁵⁵, puis par celle du 10 juin 1994²²⁵⁶ ayant créé le règlement amiable. La cession au cours de cette période était possible, mais parallèlement à la mission du conciliateur qui n'avait pas de prérogatives significatives dans le processus comme c'est le cas aujourd'hui²²⁵⁷. La loi de 1984 précédemment citée ne sera utilisée que pour proposer un moratoire aux créanciers, mais non pour céder le capital. La loi de 1994 citée plus haut est venue apporter des modifications en instaurant notamment le mandat *ad hoc* et en rebaptisant la prévention « règlement amiable ». A la faveur de la conclusion d'un règlement amiable dans le secteur de l'immobilier par exemple, il n'était pas rare de voir des filiales ou des sociétés sœurs commerciales être reprises par des tiers, par voie de cession de titres, dans le cadre de la restructuration du groupe et des opérations de désendettement bancaire.
912. Sur le plan judiciaire, la loi de 1985²²⁵⁸, en consacrant le plan de cession, a privilégié le « concordat par abandon d'actif » initié sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967 précitée. Le plan de cession a été vu par cette loi comme une technique de redressement de l'entreprise, exposant de la manière la plus nette possible l'idée du législateur de 1967 de dissocier l'homme et l'entreprise²²⁵⁹. Alors que le plan de sauvegarde ou de redressement vise à guérir le patient, la cession d'entreprise recherche la survie de ses organes sains, greffes sur un meilleur porteur en l'occurrence le cessionnaire²²⁶⁰ ; un objectif dont se réjouit un auteur qui parle « *d'expropriation salvatrice* »²²⁶¹ de l'activité.

²²⁵⁴ Art. 72 de la loi du 13 juillet 1967.

²²⁵⁵ Art. 35.

²²⁵⁶ L. n°94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, *JORF* n°134 du 11 juin 1994, p. 8440.

²²⁵⁷ Il joue un rôle de premier plan dans la préparation d'une cession dans le cadre du *prepack*-cession : art. L.611-7, c. com. Son avis compte pour le tribunal au moment de statuer sur l'ouverture de la procédure judiciaire devant permettre l'adoption du plan de cession pré-arrangé : art. L.628-2, c. com.

²²⁵⁸ L. n°85-98 du 25 janv. 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, *JORF* du 26 janv. 1985, p. 1097.

²²⁵⁹ P. M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 9^e éd., Dalloz Action, 2017-2018, p. 1634.

²²⁶⁰ F. PEROCHON, *Entreprise en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, p. 554.

²²⁶¹ Y. CHAPUT, « Les plan de sauvegarde et de redressement : renaissance légale de l'homme et de l'entreprise ? », *Mél. P. DIDIER, Economica*, 2008, p. 115, spéc, 119.

913. Un changement s'est opéré : les créanciers n'avaient plus voix au chapitre quant au plan de cession, et la mention relative au taux de remboursement du passif a été relégué au troisième plan, après celle du maintien de l'emploi et de la sauvegarde de l'activité. C'est seulement quand un plan de continuation semblait pratiquement impossible du fait de l'importance du passif et/ou de l'absence de rentabilité significative de l'exploitation, que l'appel à candidature, pour un plan de cession, était mis en œuvre. L'article L.621-59, inséré au livre IV du code de commerce, n'a guère été utilisé ces dernières décennies ; les tribunaux et la jurisprudence ayant toujours opté pour la négociation et la solution d'un accord transactionnel, afin de ne pas porter atteinte au droit de propriété sur les titres. Sous l'empire de la même loi de 1985, les entreprises en redressement étaient à vendre pour les repreneurs.²²⁶² Cette solution a été refaite par la loi de sauvegarde des entreprises²²⁶³, qui a raisonné en priorité par rapport au débiteur, mais non par rapport à l'entreprise, la procédure étant ouverte contre le premier, non contre la seconde²²⁶⁴. Il était question de ne plus confondre le débiteur avec l'entreprise.²²⁶⁵ Sauf si la cession n'est pas totale, l'activité du débiteur cesse par la cession.²²⁶⁶ Le plan de cession n'est plus qu'un événement de la procédure du débiteur²²⁶⁷, laquelle poursuit son cours, et c'est pourquoi il est désormais préférable de parler de cession d'entreprise plutôt que de plan de cession, dans la mesure où la cession ne scelle plus le sort du débiteur.²²⁶⁸ A cet effet, il est exclu qu'une procédure de sauvegarde se termine par une cession totale ; elle n'est pas à vendre. Quelle place les enjeux de la réforme des procédures collectives effectuée en 2005²²⁶⁹ ont-ils alors donnée au plan de cession ? Fallait-il continuer à le considérer comme un moyen de redressement de l'entreprise ? Ou fallait-il au contraire le considérer comme une technique liquidative, comme cela a été reconnu par les travaux parlementaires ?²²⁷⁰ Le rapport au nom

²²⁶² A. HONORAT, *LPA*, 12 juin 1985, p. 19.

²²⁶³ L. n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n°173 du 27 juill. 2005, p. 12187, texte n°5.

²²⁶⁴ L. C. HENRY, « Le plan de cession et la loi de sauvegarde des entreprises », *Gaz. pal.* 7-8 sept. 2005, n° sp, n°3, p. 39.

²²⁶⁵ J. DEHARVENG, « Le plan de cession dans la nouvelle architecture des procédures collectives - un évènement et non plus une issue du cours de la procédure », *D*, 2006, chron. p. 1047.

²²⁶⁶ L. C. HENRY, « Le plan de cession et la loi de sauvegarde des entreprises », *Gaz. pal.* 7-8 sept. 2005, n° sp, n°5, p. 40.

²²⁶⁷ J. DEHARVENG, « Le plan de cession dans la nouvelle architecture des procédures collectives - un évènement et non plus une issue du cours de la procédure », *D*, 2006, chron. p. 1048.

²²⁶⁸ F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprise en difficulté*, 7^e éd., LGDJ, 2013, n°132.

²²⁶⁹ L. n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n°173 du 27 juill. 2005, p. 12187, texte n°5.

²²⁷⁰ Rapp. J.-J. HYEST, n°335, p. 346.

de la commission des lois de l'assemblée nationale indiquait clairement que la procédure de plan de cession est essentiellement de nature liquidative.²²⁷¹

914. La loi de sauvegarde du 26 juillet 2005²²⁷² a donné une nouvelle dimension à la prévention. Dans la pratique, outre la cession d'actifs moins indicative pour rapporter de l'argent, il arrivait qu'une procédure de conciliation soit ouverte dans le but de céder tout ou partie de l'entreprise. Le conciliateur était alors invité à mener des négociations parallèles avec les principaux créanciers de l'entreprise tout en assistant le chef d'entreprise dans la recherche d'un nouveau partenaire et dans la préparation du projet de cession de tout ou partie du capital. Dans le cas de figure d'un succès dans les négociations, la mission du conciliateur pouvait aller, mais dans la totale confidentialité, jusqu'à la formalisation d'un protocole de cession du capital, lequel allait être ensuite soumis au tribunal pour homologation. Cette loi a fondamentalement favorisé les chefs d'entreprise et les associés en ce que ces derniers ne peuvent pas être dépossédés de leur entreprise sur le terrain de la sauvegarde. En revanche, en redressement judiciaire, ce n'est plus la même protection, même si le tribunal préfère le plan de redressement, présenté par un débiteur, à un plan de cession. En effet, le deuxième alinéa de l'article L.631-19-1, tiré de l'ancien article 23 de la loi du 25 janvier 1985²²⁷³, dispose que le tribunal peut ordonner la cession des parts sociales, titres de capital et des valeurs mobilières appartenant à un ou plusieurs dirigeants de droit ou de fait lorsque le redressement de l'entreprise le requiert. L'ordonnance du 12 mars 2014²²⁷⁴ a changé la donne.

B. La cession judiciaire d'entreprise depuis l'ordonnance du 12 mars 2014

915. Les dispositions de l'article L. 611-7²²⁷⁵ du code de commerce telles que modifiées par l'ordonnance du 12 mars 2014 précitée, ne sont venues consacrer qu'une pratique ancienne depuis sous l'empire de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005²²⁷⁶ : préparation de la cession en phase amiable et exécution en phase judiciaire. Si on peut se réjouir de ces nouvelles

²²⁷¹ Rapp. X. DE ROUX, n°2095, p. 376.

²²⁷² L. n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n°173 du 27 juill. 2005, p. 12187, n°5.

²²⁷³ L. n°85-98 du 25 janv. 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, *JORF* du 26 janv. 1985, p. 1097.

²²⁷⁴ Ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5243, texte n°3.

²²⁷⁵ Il (le conciliateur) peut être chargé d'organiser une cession partielle ou totale, pendant la conciliation, qui sera mise en œuvre plus tard lors d'une procédure judiciaire.

²²⁷⁶ L. n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n°173 du 27 juill. 2005, p. 12187, texte n°5.

dispositions, il y a tout de même lieu de poser la question à propos de ce qu'a voulu dire le législateur par « cession d'entreprise » ? Est-ce une cession d'actifs ou cession de capital ? Ou bien les deux selon le cas de l'espèce ? En effet, il est fréquemment recherché, dans le cadre du mandat *ad hoc*/conciliation, des investisseurs susceptibles de racheter tout ou partie des titres ou de souscrire à une augmentation du capital de l'entreprise et, le cas échéant, des repreneurs pour tel ou tel actif non rentable, dans le cadre de sa restructuration²²⁷⁷. La difficulté surgit lorsque la cession porte sur un fonds de commerce ; faut-il en ce moment en déduire qu'il n'y a pas cession d'entreprise, comme cela a pu être jugé²²⁷⁸ ? Une réponse aussi catégorique ne peut être suivie, estime un auteur²²⁷⁹. Inversement, la cession d'un fonds de commerce ne peut être purement et simplement assimilée à une cession d'entreprise rendant applicables les dispositions spéciales du plan de cession²²⁸⁰. Il faudrait, pour qu'il y ait cession d'entreprise, que la cession du fonds s'accompagne de tout ou partie des contrats de travail²²⁸¹. Cela revient à dire que la cession d'entreprise sans transfert de contrat de travail ne peut être qualifiée de cession d'entreprise, et ne peut faire en ce moment que l'objet d'une cession d'actifs en liquidation judiciaire. Le critère distinctif perceptible est la présence de salariés repris²²⁸². Une doctrine parle, pour sa part, d'« *une cellule économique vivante, au sein de laquelle sont réunis le travail et les moyens au service de l'activité* ». ²²⁸³ En ce sens, une cour d'appel a estimé que les biens composant les entreprises agricoles exploitées en leur entier ne pouvaient être vendus sur simple ordonnance du juge-commissaire, mais qu'ils devaient faire l'objet d'une cession d'entreprise²²⁸⁴. L'exploitation agricole a une particularité : l'article L.642-1, troisième alinéa, du code de commerce vise l'ensemble essentiellement constitué du droit à un bail rural. L'entreprise, objet de cette disposition, est par conséquent soumise au statut du fermage. Ce texte dépasse le seul aménagement de la cession des contrats, puisqu'il faut supposer que

²²⁷⁷ C. GORINS, « Évolution de la cession judiciaire en prévention et en procédure collective », *BJE*, 1^{er} mai 2015, n°3, p. 185.

²²⁷⁸ Paris 19 avr. 1988, D. 1991, somm. 5, obs. F. DERRIDA.

²²⁷⁹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., LGDJ, 2014, p. 780 ; sur la même question, v. J. VALLANSAN, « Fonds de commerce et plan de cession », *BJE*, janv. 2013, doctrine 6.

²²⁸⁰ obs. M. CABRILLAC, sous com. 10 janv. 2006, n°03-19.519, *JCP E* 2006. 1569, p.670.

²²⁸¹ Renne, 2^e ch. com., 1^{er} juill. 2008, RG n°08/01007, *Gaz. proc. coll.* 2008/4, p. 50, obs. D. VOINOT ; J. THERON, « Liquidation judiciaire et vente de fonds de commerce », *Rev. proc. coll.* 2008/2, n°17, 18, p. 132.

²²⁸² Paris, 14 déc., 1993, D. 1996, somm. 5, obs. F. DERRIDA ; Chambéry, ch. civ., 1995, *Rev. proc. coll.* 1996, n°37, p. 157, obs. SOINNE ; Paris, 7 juill. 1995, *Dr. sociétés* 1995, n°240, obs. Y. CHAPUT.

²²⁸³ VALLENS, cité par P.-M. Le Corre, in *Droit et pratique des procédures collectives 2017/2018*, 9^e éd., Dalloz action, p. 1643.

²²⁸⁴ Poitiers, 2^e ch. 17 mai 2011, RG n°10/02898, *BJE*, sept/oct. 2011, comm.122, p. 244, note C. VINCENT.

l'essentiel est représenté par un bail rural. Il n'est pas ici question que de la seule cession de contrat, mais bien de cession d'entreprise.

916. En tout état de cause, le système *prepack* présente l'intérêt d'être une épée de Damoclès sur la tête des créanciers perturbateurs : le blocage d'une opération de sauvegarde de l'entreprise, dû aux créanciers minoritaires ou au différend entre associés/actionnaires, relatif à une recapitalisation avec ou sans l'entrée d'un nouveau partenaire dans le capital, ne conduit plus à l'extinction de cette opération de sauvetage. La menace de passer en sauvegarde ou en redressement judiciaire, avec tout ce que cela comporte comme écueils, constitue un moyen dissuasif afin de convaincre les récalcitrants internes et externes, pour l'organisation de la cession de l'entreprise en amont de la phase préventive. Les principaux acteurs de la cession d'entreprise pré-arrangée sont le conciliateur/mandataire *ad hoc*, le cédant et le cessionnaire. Les créanciers sont également impliqués, contrairement à une cession judiciaire classique où tout ou presque leur est imposé ; mais ils ne seront pas évoqués ici.

II. Les acteurs du *prepack*-cession

917. S'il peut paraître à première vue superflu de présenter les figures classiques dans la mise en œuvre d'une cession d'entreprise, il nous a cependant paru intéressant, pour la suite de notre étude, de les présenter. La cession d'entreprise implique, d'une part, un chef d'entreprise et un repreneur (A) et, d'autre part, un conciliateur/mandataire *ad hoc* (B).

A. Le cédant et le cessionnaire

918. 939. Le cédant est celui dont l'entreprise est à céder. C'est le chef d'entreprise qui, pour des raisons de difficultés économique, financière ou juridique, veut aliéner tout ou partie de son entreprise. Le cessionnaire quant à lui, est celui qui se porte candidat à l'acquisition de cette entreprise. Il espère pouvoir lui offrir une nouvelle vie afin que l'exploitation économique et les emplois soient sauvegardés.
919. Les textes ne définissent pas le cédant. Il est le débiteur ou le chef d'entreprise dont l'entreprise a besoin d'un nouveau souffle face à l'apparition de difficultés liées généralement à la trésorerie. Afin d'arriver à cette fin, il décide de vendre son entreprise ou une branche d'activité de celle-ci, autonome d'exploitation, en vue de la maintenir viable et de réaliser l'actif pour apurer le passif, dans le cadre de la procédure judiciaire qui s'y prête le mieux, eu égard aux

possibilités offertes par le nouveau dispositif²²⁸⁵. Dans le contexte du nouveau *prepack*-cession, ce chef d'entreprise contrôle toutes les opérations en phase amiable où les négociations ont lieu avec les candidats à la reprise. Cependant ni lui ni ses parents ne peuvent se porter candidat à l'acquisition de la société²²⁸⁶. Il faudrait comprendre le sens de ce texte qui instaure cette interdiction : il s'agit d'empêcher, dans le cadre de la procédure judiciaire, le cédant de se débarrasser de son passif, en rachetant ou en faisant racheter ses actifs par ses parents ou proches à vil prix. Cette disposition, modifiée par la loi du 26 juillet 2005²²⁸⁷ et par l'ordonnance du 18 décembre 2008²²⁸⁸, participe de cette vision initiée en 1994²²⁸⁹, tendant à moraliser le droit des entreprises en difficulté. Nonobstant cette moralisation, on²²⁹⁰ pense au sein de la doctrine que l'interdiction est à regretter du fait que le « *législateur n'ait pas pris la peine d'établir la distinction entre l'acquisition d'actifs « au gré à gré » et celle qui se réalise par voie d'enchères publiques* ». Selon l'auteur de cette opinion, si l'interdiction se justifie dans le cas de l'acquisition d'actif - parce que protégeant les créanciers - dans celui de la vente aux enchères, elle ne se justifie point. Le texte récuserait une chance d'obtenir le prix le plus élevé dans ces conditions, analyse un autre auteur²²⁹¹. Le code civil²²⁹² permettant, sous réserve de conditions liées à la fonction qu'elle exerce²²⁹³, à toute personne de pouvoir se porter enchérisseur si elle justifie des garanties de paiement, pourquoi refuser une telle procédure si elle peut apporter plus au chef d'entreprise, peu important que l'enchérisseur soit de sa famille ou non ? La jurisprudence²²⁹⁴ a, par ailleurs, eu à se prononcer sur cette question. Elle a estimé que la cession était possible, nonobstant les liens de parenté avec le débiteur, dès lors que cette solution était conforme aux intérêts de l'entreprise et de ses créanciers, et ne heurtait pas la morale. En outre, le droit de surenchère d'un créancier inscrit, qui peut concerner aussi bien les

²²⁸⁵ Les sauvegardes accélérées s'y prêtent bien.

²²⁸⁶ Art. L.642-3, c. com.

²²⁸⁷ L. n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n°173 du 27 juill. 2005, p. 12187, texte n°5.

²²⁸⁸ Art. L.642-3, c. com. clarifié par une meilleure détermination de l'objet de l'interdiction d'acquérir : art. 111 de l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008.

²²⁸⁹ L. n°94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, *JORF* n°134 du 11 juin 1994, p. 8440.

²²⁹⁰ C. DUBUCQ, « L'interdiction de la reprise de l'entreprise en difficulté par le dirigeant et ses proches », *Le petit juriste*, 13 août 2012, article consulté le 26 août 2017.

²²⁹¹ F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprise en difficulté - Instrument de crédit et de paiement*, LGDJ, 8^e éd., 2009, p. 433.

²²⁹² Art. 2205, c. civ.

²²⁹³ Les proches n'exercent aucune fonction.

²²⁹⁴ Mets, 23 sept. 1992, *Dalloz*, 1996, somm. 3, obs. F. DERRIDA.

meubles²²⁹⁵ que les immeubles²²⁹⁶, mais aussi le fonds de commerce²²⁹⁷, est un gage de transparence, et pourrait permettre, sous la houlette du juge commissaire, d'écarter le risque de dissimulation d'une partie du prix. De même, l'analyse de la qualité de tiers et du caractère sérieux de l'offre revient à l'administrateur ou au liquidateur judiciaire²²⁹⁸.

920. Si cette thèse peut être suivie, cependant elle s'arrête à mi-chemin entre les raisons de l'interdiction et celles qui regrettent cette dernière et, soulève de ce fait, une autre question, celle de savoir dans quelle condition peut-elle être dite contraire à la morale ? Les interprétations qui allaient faire l'objet des réponses des tribunaux et de la doctrine auraient certainement constitué une insécurité juridique. Est-ce à cause cela que législateur a préféré l'interdiction pure et simple ? Une réponse affirmative peut être apportée en ce sens qu'une entreprise en difficulté et celle *in bonis* n'ont pas les mêmes réalités. Si le cédant est le chef d'entreprise à qui la loi enjoint de ne ni se porter candidat à l'acquisition de l'entreprise, ni de la faire acquérir à un proche, le cessionnaire est celui qui veut acquéreur l'entreprise, mais qui ne peut, en conséquence, être un proche du cédant, sous réserve toutefois de certaines exceptions légales.
921. Le cessionnaire²²⁹⁹ est celui qui veut acquérir l'entreprise en difficulté. Comme pour le cédant, aucun texte ne le définit. Néanmoins, il doit être un tiers²³⁰⁰ par rapport au débiteur, qui propose une offre de reprise par l'entremise du conciliateur ou du mandataire ad hoc ou même directement. Il a ainsi été jugé²³⁰¹ que le repreneur soutenu par la société mère dont la filiale a fait l'objet d'un plan de cession est un tiers. La loi du 26 juillet 2005²³⁰², par la nécessité de moraliser les cessions, a diversifié les interdictions d'acquérir. Ni le débiteur, au titre de l'un quelconque de ses patrimoines, ni un dirigeant de fait ou de droit de la personne morale en liquidation judiciaire, ni les parents et alliés jusqu'au deuxième degré inclusivement des

²²⁹⁵ Paris, 28 nov. 1997, *D. Affaires*, 1998, p. 138. Com. 20 oct. 1998, *Bull. civ IV*, n°248, p. 206 ; *D. Affaires* 1998, p. 1946.

²²⁹⁶ Civ. 3^{ème}, 17 janv. 2007, n°05-17.695, *JCP E* 2007, 1450, n°4, obs. M. CABRILLAC ; *D.* 2007, p.379.

²²⁹⁷ M. RAKOTOVAHINY, le « clair-obscur » de la vente de gré à gré d'un fonds de commerce dans le cadre d'une liquidation judiciaire », *D.* 2000, *cah. dr. Aff.* p.51. Toutefois, selon l'art. L.642-8, c. com., « Lorsque la cession comprend un fonds de commerce, aucune surenchère n'est admise ».

²²⁹⁸ Art. L.642-4, c. com.

²²⁹⁹ Pour approfondir sur la question, v. C. SAINT-ALARY-HOUIN et Ph. BLAQUIER-CIRELLI, « Le contentieux de la cession d'entreprise en difficulté », in *La cession d'entreprise*, Montchrestien, Toulouse, 1992, p. 79 et s.

²³⁰⁰ Art. L.621-57, al. 4, c. com.

²³⁰¹ Lyon, 3^e ch. 26 juin 1998, *RTD com.* 1999. 895.

²³⁰² L. n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n°173 du 27 juill. 2005, p. 12187.

dirigeants ou du débiteur, personne physique, les personnes ayant ou ayant eu la qualité de contrôleur au cours la procédure, ne sont admis, directement ou par personne interposée, à présenter une offre²³⁰³. C'est ainsi que la solution a été appliquée à un huissier, administrateur provisoire d'une société civile d'huissiers²³⁰⁴, alors que ce dernier n'avait participé ni à la cessation des paiements, ni au dépôt de bilan intervenu avant sa prise de fonction provisoire et partielle ; que cette prise de fonction n'avait pu, par conséquent, lui permettre une meilleure connaissance des éléments de l'office d'huissier²³⁰⁵. Toutefois, les textes ne précisent pas si les anciens dirigeants sont fondés ou non à présenter une offre de reprise. Selon un arrêt²³⁰⁶, seuls les dirigeants en fonction au jour de la formulation de l'offre étaient interdits d'en proposer, mais le contraire a été jugé²³⁰⁷. Face à ce manque de consensus au niveau des juges du fond, la Cour de cassation maintient, pour l'heure, la possibilité qu'un ancien dirigeant puisse faire une proposition d'offre²³⁰⁸. La jurisprudence a étendu le domaine par une interprétation extensive²³⁰⁹, sans être contraire à la constitution²³¹⁰. Les interdictions touchent aussi l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée au titre de l'un quelconque de ses patrimoines.

922. L'auteur de l'offre d'acquisition doit attester qu'il n'est pas sous le coup de l'une de ces incapacités, et doit joindre, lorsqu'il est appelé à le faire, ses comptes annuels relatifs aux trois derniers exercices et ses comptes prévisionnels²³¹¹. Afin de déjouer d'éventuelle fraude par l'entreprise de tierces personnes, il est formellement interdit aux personnes précitées, dans les cinq années suivant la cession, d'acquérir tout ou partie des biens compris dans cette cession directement ou indirectement, des parts ou titres de capital de toute société ayant dans son patrimoine, directement ou indirectement, tout ou partie de ces biens ainsi que des valeurs mobilières donnant accès, dans le même délai, au capital de cette société²³¹². L'objectif

²³⁰³ Art. L.642-3, c. com.

²³⁰⁴ Com. 13 nov. 2002, n°99-10.631, *Bull. civ. IV*, n° 165 ; *Act. proc. coll.* 2002/20, n°268 - Com. 4 oct. 2005, n°04-15.060, *Bull. civ. IV*, n°203.

²³⁰⁵ Com. 4 oct. 2005, n°04-15.060, *Bull. civ. IV*, n°203.

²³⁰⁶ Douai, 2^e ch. 18 oct. 1998, *Rev. proc.* 1991, 285, obs. B. SOINNE.

²³⁰⁷ Douai, 2^e ch. 31 mars 1988, *Gaz. pal.* 1988. II. 584, note B. SOINNE.

²³⁰⁸ Com. 23 sept. 2014, n°13-19.713, 13-25.708, *Bull. civ. IV*, n°136.

²³⁰⁹ Aix-en-Provence, 8^e ch., 26 janv. 2012, n°11/04924, *Rev. proc. coll.*, mai 2012, n°85, p. 45, J.-J. FRAIMOUT : interdiction faite à une association d'acquérir les actifs cédés car sa présidente avait été secrétaire et membre du bureau de la personne morale débitrice.

²³¹⁰ Com. 18 févr. 2014, n°13-40.071, *APC* 11 avr. 2014, p. 6.

²³¹¹ Art. R.642-1, c. com.

²³¹² Art. L.642-3, al. 1., c. com.

recherché par les dispositions de l'article L.642-3 du code de commerce semble mettre fin aux contentieux²³¹³ nés auparavant de la notion de tiers.

923. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'une exploitation agricole, il a été jugé que le tribunal peut autoriser²³¹⁴ une cession à l'une de ces personnes interdites précitées à l'exception des contrôleurs et du débiteur au titre de l'un quelconque de ses patrimoines²³¹⁵. Dans les autres cas, et sous réserve des mêmes exceptions, le tribunal peut, sur requête du ministère public, autoriser ces personnes par une décision spécialement motivée après avoir demandé l'avis des contrôleurs. C'est pourquoi, s'agissant des immeubles, une possibilité contrôlée de les céder à un membre de la famille²³¹⁶ du débiteur est autorisée car constituant un moyen d'amortir le choc de liquidation judiciaire subi par le débiteur. Cet allègement fut d'une importance capitale dans les décisions de non renvoi au Conseil constitutionnel d'une question prioritaire de constitutionnalité relative aux articles L.642-3 et L.642-20 du code de commerce, au regard du droit de propriété, notamment dans la cession d'un actif étranger à l'exploitation d'une entreprise en liquidation judiciaire et qui n'appartient pas en pleine propriété au débiteur en liquidation judiciaire²³¹⁷.
924. Une offre de reprise peut-elle émaner d'un groupe d'entreprise ? Un certain consensus semble affirmer cette possibilité ; l'offre prend alors le caractère indivisible, les différentes entreprises s'étant mises d'accord pour effectuer un rachat²³¹⁸.
925. Selon la jurisprudence, tout acte passé en violation de ces interdictions est annulé²³¹⁹ à la demande de tout intéressé ou du ministère public, présentée dans un délai de trois mois à compter de la date de la conclusion de l'acte. Lorsque celui-ci est soumis à publicité, le délai commencera à courir à partir de la date de cette publicité²³²⁰. La nullité vise aussi bien les actes

²³¹³ Sur la difficulté des juges à trancher sur cette question, v. Trib. com. Paris, 14^e ch., 21 sept. 1989, *D.* 1991, somm. p. 4, obs. F. DERRIDA ; *Gaz. pal.* 1989, somm. p. 532. En l'espèce, l'offre avait été présentée par une entité juridique nouvelle dont le capital était détenu à 30% par d'anciens dirigeants actionnaires et le conseil d'administration était composé d'anciens dirigeants ; v. aussi Douai, 18 oct. 1990, *Rev. proc. coll.* 1991, p. 286, obs. B. SOINNE.

²³¹⁴ Rennes, 2^e ch. 26 oct. 2010, RG n°09/06214, *Rev. proc. coll.* 2011, comm. 210, note Ch. LEBEL.

²³¹⁵ Art. L.642-3, al. 2., c. com.

²³¹⁶ V. C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La réforme des plans de redressement », in *La réforme du nouveau droit de l'entreprise*, Montchrestien, 1995, p. 173.

²³¹⁷ Com. 18 févr. 2014, n°13-40.071., Com. 7 juill. 2016, n°16-40.216, n°776.

²³¹⁸ Aix-en-Provence, 16 mars 1989, *Rev. proc. coll.* 1989, p. 511, n°14, obs. B. SOINNE.

²³¹⁹ V. comme exemple, com. 25 sept. 2012, n°11.23667, *RJDA* 2/13, n°144, p. 142, *Rev. proc. coll.* 2011, comm. 23, p. 44, obs. J.-J FRAIMOUT.

²³²⁰ Art. L.642-3, c. com., al. 3.

de cession que les actes d'acquisition ultérieurs contraires aux textes. Bien entendu, il appartient au tribunal de déclarer d'abord irrecevables les offres présentées par ces personnes interdites. Le conciliateur et le mandataire *ad hoc* sont, par ailleurs, ces autres acteurs au cœur de la cession d'entreprise.

B. Le conciliateur et le mandataire *ad hoc*

926. Le caractère pré-arrangé de la cession trouve sa résonance dans les négociations effectuées en amont des procédures amiables que sont la conciliation et le mandat *ad hoc*. De facto, le personnage important de ces négociations reste le conciliateur/mandataire *ad hoc*. Ils sont des professionnels désignés par le tribunal à la demande du débiteur. Le conciliateur est habilité à organiser le projet de plan de cession d'une entreprise ou d'une branche d'activité autonome d'exploitation de celle-ci entre le débiteur et les candidats à l'acquisition²³²¹. Ces négociations peuvent même aboutir à la conclusion de la cession. Toutefois, sa réalisation ne se fera qu'au travers d'une procédure judiciaire de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire. Leur rapport sur le déroulement des négociations dans la phase amiable est capital pour la décision que le juge aura à prendre dans le cadre de l'ouverture de la procédure subséquente.
927. Leur reconduction comme mandataire judiciaire ou administrateur judiciaire, n'a pas été déterminée par la réforme, excepté dans les procédures de sauvegarde accélérée. Dans la pratique, ils sont reconduits dans le prolongement de leur mission dans la procédure collective. Dans la procédure de sauvegarde, le débiteur peut proposer un administrateur²³²². En revanche, dans celle du redressement judiciaire, c'est le tribunal qui sollicite ses observations sur un choix²³²³. Depuis la réforme de 2014²³²⁴, le ministère public peut aussi proposer un administrateur judiciaire ou un mandataire judiciaire particulier²³²⁵. Sur le terrain de la liquidation judiciaire, il peut s'opposer à la désignation d'un conciliateur/mandataire *ad hoc* en qualité de liquidateur judiciaire²³²⁶. Logiquement donc, le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur devraient être reconduits comme administrateurs judiciaires ou mandataires judiciaires, eux qui ont négocié et reçu les offres en phase amiable. En effet, le prolongement de leur mission en

²³²¹ Art. L.611-7, c. com.

²³²² Art. L.621-4, al. 5, c. com.

²³²³ Art. L.621-4, c. com.

²³²⁴ Ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

²³²⁵ Art. L.621-4, al. 5, c. com.

²³²⁶ Art. L.641-1, al. 5, c. com.

phase judiciaire permet de maintenir les honoraires arrêtés lors de leur désignation en tant que conciliateur ou mandataire *ad hoc*.

928. Dans la pratique, il sera entendu en chambre du conseil à l'ouverture de la procédure. Les conditions, liées aux honoraires pour la préparation d'une cession en phase amiable, doivent être acceptées par le débiteur et faire l'objet d'une nouvelle ordonnance si cela n'avait pas été le cas à l'ouverture²³²⁷. Le tribunal n'arrête les conditions de rémunération qu'après avoir recueilli l'avis du ministère public²³²⁸. Il en sera de même pour le mandataire *ad hoc* si le tribunal lui confie la même mission, ce qui n'est pas le cas pour les autres missions²³²⁹. Le délai sous lequel le ministère public doit répondre n'est pas déterminé par le texte. Toutefois, le parallélisme des formes conduit à dire que le délai de quarante et huit heures devrait suffire.
929. Par ailleurs, le texte dispose que « *lorsque la cession préparée dans le cadre de la conciliation est mise en œuvre après ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire par la même personne en exécution du mandat de justice qui lui a été confié par la juridiction qui a ouvert cette procédure collective, la rémunération n'est due qu'au titre de ce dernier mandat* ». Par ce texte, n'est expressément visé que le cas du conciliateur, mais non celui du mandataire *ad hoc*. Cela revient à poser la question de savoir, si le mandataire *ad hoc* pourrait cumuler des honoraires dans les deux phases à savoir la préparation et la réalisation, s'il était désigné administrateur ? Il est difficile de le penser compte tenu de l'esprit de la réforme. Les textes ne précisent pas non plus l'objectif à la fin de la mission confiée au conciliateur/mandataire *ad hoc*. S'agit-il de la réception des offres, de l'ouverture de la procédure judiciaire, ou de l'arrêté du plan ? Logiquement, il peut être supposé qu'il s'agisse de la réception des offres jusqu'à la date de l'ouverture de la procédure collective car la mission consiste à préparer le projet de plan. Les principaux protagonistes des négociations devant aboutir à l'accord scellant un projet de cession étant vus, voyons à présent ce qu'en est du déroulement de cette préparation en phase amiable. Si le régime de la cession judiciaire ordinaire du droit français consacre actuellement une autonomie de l'intérêt privilégié de l'entreprise (son sauvetage par rapport au désintéressement des créanciers), en droit OHADA, l'objectif est le paiement des créanciers.

²³²⁷ Art. R.611-26-2, al. 1^{er}, 2^o et al. 2, c. com.

²³²⁸ Art. R.611-51, c. com.

²³²⁹ *id.*

Paragraphe II. La finalité de la cession judiciaire de l'entreprise

930. Le *prepack*-cession est une nouveauté apportée par l'ordonnance du 12 mars 2014²³³⁰ en France. Le droit OHADA ne connaît pas une telle cession.
931. Que la cession judiciaire de l'entreprise en difficulté soit classique - sans plan pré-arrangé - ou non, elle présente une différence d'objectif entre les droits français et OHADA (I). En fait, si en droit OHADA, la cession judiciaire de l'entreprise en difficulté vise prioritairement à désintéresser les créanciers, en droit français, c'est au contraire la sauvegarde de l'entreprise qui est priorisée. Avec le droit anglo-saxon, la cession judiciaire en droit français semble avoir une certaine convergence. Cette convergence se manifeste aussi bien dans les méthodes utilisées que dans la finalité recherchée (II).

I. Une différence d'objectif entre le droit français et le droit OHADA

932. La cession d'une entreprise en difficulté est une opération judiciaire qui consacre son transfert de l'ancien propriétaire à un nouvel acquéreur. Elle diffère des autres catégories de cession par le fait qu'elle doit reposer sur la poursuite de l'activité de l'entreprise cédée ou sur une de ses branches d'activités autonome d'exploitation²³³¹. Cette opération peut viser différents objectifs selon les droits. En droit OHADA par exemple, elle serait accessoire à la cession d'actifs qui vise à régler les dettes du débiteur²³³², même si l'opinion contraire a pu être émise²³³³. En droit français, elle cesse d'avoir la seule fonction liquidative ; elle vise désormais à sauvegarder l'entreprise²³³⁴. L'activité doit continuer dans le sens de la restructuration, même si cela s'inscrit aujourd'hui dans le giron de la liquidation judiciaire²³³⁵. En l'état actuel du droit OHADA, il peut être observé que ce dernier vise en priorité le désintéressement des créanciers²³³⁶ (A).

²³³⁰ Ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

²³³¹ Art. L. 642-1, c. com.

²³³² S. T. F. KARFO, *Paiement des créanciers, sauvetage de l'entreprise : étude comparative des législations OHADA et française de sauvegarde judiciaire des entreprises en difficulté*, thèse de doctorat, 2014, Université de Toulouse 1 - Capitole, p. 321.

²³³³ D. AHOUA, *Le nouveau droit de la restructuration des sociétés commerciales des pays de l'Ohada, comparaison avec le droit français*, thèse de doctorat, 19 févr. 2015, Université de Bordeaux, p. 311.

²³³⁴ L.-C. HENRY, « Le plan de cession et la loi de sauvegarde des entreprises », *Gaz. pal.* 7 sept. 2005, sp. n°1, p. 39.

²³³⁵ M. L. COQUELET, « Le plan de cession a-t-il changé ? », *RPC*, 2006, p. 188.

²³³⁶ V. M. F. KOUROUMA, « La cession judiciaire de l'entreprise en difficulté en Afrique (droit OHADA) et en France : étude comparée de l'offre de reprise au regard des réformes intervenues », *Village de la justice*, 27 déc. 2017 - « Étude de droit comparé : Afrique (droit OHADA) et France sur la finalité de la cession judiciaire de l'entreprise en difficulté », *Village de la justice*, 02 janv. 2018.

L'opération de cession partielle ou totale d'actif dans ce droit, bien qu'ayant lieu dans le cadre global d'un concordat de redressement judiciaire, reste cependant une procédure autonome (B).

A. La différence de vue sur le désintéressement de la masse des créanciers

933. Dans le droit OHADA, la cession d'entreprise appartient aux créanciers du débiteur en cessation des paiements ; la solution leur est favorable. Ce droit laisse les créanciers choisir le repreneur potentiel de l'entreprise du débiteur en fonction de l'importance du prix proposé par ce dernier. Les offres d'acquisition sont reçues par le débiteur assisté du syndic et sont portées à la connaissance de l'assemblée concordataire qui décide de retenir l'offre d'acquisition la plus avantageuse²³³⁷. En d'autres termes, le vote du concordat et le choix du repreneur appartiennent à l'assemblée concordataire selon un vote majoritaire des créanciers détenant au moins la moitié des créances²³³⁸. Ces créanciers n'aspirent qu'au seul paiement de leurs créances, ne retiendraient que le prix le plus élevé à même de satisfaire au mieux cette aspiration. Lorsque le prix proposé ne leur paraît pas satisfaisant, ils peuvent opposer leur refus, et le débiteur retire en ce moment son offre de cession d'actif²³³⁹. Si ce dernier ne le fait pas, son offre de cession reste maintenue certes, mais elle ne sera réalisée que dans les conditions de la cession globale d'actif dans le cadre de la liquidation des biens²³⁴⁰. Il en résulte que dans ce droit, le choix de l'offre de cession à retenir incombe au débiteur et à ses créanciers, mais non au tribunal.
934. En droit français, la préparation de la cession judiciaire d'entreprise peut être entièrement amiable²³⁴¹, mais sa réalisation est entièrement judiciaire²³⁴². Par conséquent, c'est le tribunal qui choisit l'offre de reprise²³⁴³. Il est vrai qu'il décide en fonction du caractère sérieux de l'offre de reprise ; ce caractère sérieux ferait allusion au prix²³⁴⁴. Cependant, l'objectif premier n'est pas de payer tout le passif²³⁴⁵. Le tribunal doit arrêter l'offre qui assure la poursuite de l'activité et le maintien des emplois le plus durablement possible²³⁴⁶. Derrière cette insistance,

²³³⁷ Art. 132, al. 1^{er}, AUPC.

²³³⁸ Art. 125, AUPC.

²³³⁹ Art. 132, al. 4, AUPC.

²³⁴⁰ Art. 160 et s. AUPC.

²³⁴¹ Art. L. 611-7, c. com., tel que modifié par l'ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

²³⁴² Art. L. 628-1, c. com.

²³⁴³ Art. L. 642-5, al. 1^{er}, c. com.

²³⁴⁴ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2016, p. 821.

²³⁴⁵ Com. 26 juin 1990, *BRDA* 31.8. 90, n°15, p. 14.

²³⁴⁶ Art. L.642-5, al. 1, c. com.

un souci de maintenir l'entreprise dans le circuit économique peut être relevé ; elle ne doit pas être liquidée à défaut d'un plan de sauvegarde ou de redressement.

935. En droit OHADA, aucune cession d'entreprise ne peut être homologuée par le tribunal compétent que si le prix est suffisamment élevé pour acquitter les sûretés réelles spéciales inscrites sur les biens cédés. Toutefois, il est possible que les titulaires de ces créances renoncent à cette condition en acceptant de façon explicite qu'ils soient traités comme des créanciers chirographaires pour la partie non payée de leurs créances²³⁴⁷. De plus, le prix de cession doit être payé au comptant, même si des délais, assortis d'un cautionnement solidaire d'un établissement de crédit, peuvent être accordés à l'acquéreur²³⁴⁸. En outre, le législateur africain impose le transfert inconditionnel de toute sûreté réelle spéciale²³⁴⁹. En d'autres termes, les dettes grevées de sûretés réelles spéciales n'ayant pas été orientées dans l'intérêt de l'entreprise sont quand même transmises au cessionnaire (ces dettes sont souvent contractées lors des mariages - polygamie étant permise - le voyage à la Mecque, ou encore l'hospitalisation subite d'un membre de la famille). En droit français, ces sûretés ne sont pas transmises. Seules celles ayant aidé au financement d'un bien cédé sont transmises²³⁵⁰. C'est dire que toute dette qui est extérieure à la cause de l'entreprise ne peut être mise à la charge du cessionnaire du seul fait de la cession.
936. Dans les deux droits, afin d'assurer le paiement des créanciers, les législateurs posent le principe de l'inaccessibilité des biens par le repreneur jusqu'au paiement intégral du prix de la cession. L'acquéreur ne peut céder les éléments d'actif corporels ou incorporels qu'il a acquis, sauf en ce qui concerne les stocks ou marchandises, tant que le prix n'est pas intégralement payé²³⁵¹. Il ne peut céder les biens, il ne peut non plus les affecter à titre de sûreté. En droit français, le principe s'étend à la location-gérance. La mesure est absolue en droit OHADA car contrairement au droit français, elle ne peut être retirée judiciairement et est, en outre, publiée au registre du commerce et au registre mobilier ainsi qu'au livre foncier. Le non-respect de la mesure est sanctionné par la nullité. Bien qu'organisée dans un cadre global du concordat de redressement judiciaire, la cession partielle ou totale d'actif du droit OHADA reste cependant une procédure autonome.

²³⁴⁷Art. 132, al. 2, AUPC.

²³⁴⁸Art. 132, al. 2°, AUPC.

²³⁴⁹Art. 133, al. 2, AUPC.

²³⁵⁰Art. L.642-12, al. 4, c. com.

²³⁵¹Art. 133, al. 3, AUPC ; Art. L.642-9, al. 1, c. com.

B. L'autonomie de la cession judiciaire d'entreprise du droit OHADA

937. Dans le droit OHADA, la cession de l'entreprise en difficulté est organisée dans le cadre d'un concordat comportant cession partielle ou totale d'actif. Cela pourrait faire penser à première vue que les deux opérations forment une seule convention globale. Or, il n'en est rien car n'obéissant pas au même régime juridique. Au cours de l'assemblée concordataire, deux votes ont lieu : l'un pour la cession et l'autre pour le concordat de redressement judiciaire²³⁵². Ce sont aussi deux homologations qui ont lieu distinctement pour la cession d'une part et pour le concordat de redressement judiciaire d'autre part²³⁵³. Toutefois, il ne peut être juridiquement nié que la cession n'est pas une partie du concordat de redressement judiciaire²³⁵⁴.
938. A la lecture du nouvel Acte uniforme des procédures collectives, on comprend vite que la cession constitue une vente entre le cédant et le cessionnaire. L'offre de cession étant à l'initiative du débiteur²³⁵⁵, la vente est formée par celle de reprise du tiers acquéreur²³⁵⁶. Selon le nouvel Acte uniforme des procédures collectives, les offres d'acquisition sont reçues par le débiteur assisté du syndic et portées à la connaissance de l'assemblée concordataire²³⁵⁷ ; cette dernière, par un vote majoritaire, choisit l'offre qui va réaliser la cession²³⁵⁸. Ce vote (par la masse des créanciers) ne forme pas le contrat comme cela était le cas autrefois dans le cadre du concordat par abandon d'actif en droit français. En droit OHADA, le chef d'entreprise n'est pas dessaisi de ses biens composant la cession ; en cas de résolution, ils retournent dans son patrimoine²³⁵⁹. La cession se conclut avec le débiteur qui, avec l'assistance d'un syndic, accomplit toutes les formalités²³⁶⁰. Comme déjà indiqué, le consentement venant du tiers acquéreur forme le contrat, et ce consentement est préalablement acquis sur le principe même d'une cession partielle ou totale d'actif²³⁶¹. Cependant, et sous réserve d'une condition

²³⁵² Art. 132, al. 1 et art. 125, al. 5, AUPC.

²³⁵³ Art. 126, al. 2 et art. 132, al. 2, AUPC.

²³⁵⁴ La formulation de la sous-section 2 du nouvel Acte uniforme en fait foi, art. 131, AUPC.

²³⁵⁵ En France, la cession judiciaire dépend du tribunal et la doctrine en conclut à une expropriation du débiteur. En droit de OHADA, c'est l'exact contraire en ce que le débiteur et ses créanciers sont qui décident ; art. 132, al. 1, AUPC.

²³⁵⁶ Selon J. GHESTIN, l'offre qui forme le contrat est celle qui reçoit une acceptation pure et simple. En d'autres termes, le consentement du prétendant acquéreur forme la convention de cession : *Traité de droit civil, la formation du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 1993, n°298 et n° 299.

²³⁵⁷ Art. 132, AUPC.

²³⁵⁸ *id.*

²³⁵⁹ Art. 133, al. 5, AUPC.

²³⁶⁰ Art. 132, al. 3, AUPC.

²³⁶¹ En effet, c'est le débiteur lui-même qui propose la cession dans le cadre de son offre de concordat à la masse.

suspensive, toute l'opération, y compris le choix du cocontractant du débiteur, est validée par l'assemblée concordataire. Par conséquent, le débiteur ne peut refuser de passer les actes de cette cession du fait de son consentement déjà acquis d'un côté et de l'effet obligatoire conféré à l'opération par l'homologation de l'autre. S'il refusait de se conformer à sa propre volonté, le syndic pourrait, sur autorisation du juge commissaire, passer les actes²³⁶². Après l'homologation du tribunal compétent, le débiteur recouvre sa liberté de poursuite en justice sans l'assistance du syndic. Il peut en effet engager une action en résolution en sa qualité de vendeur. En ce sens, l'Acte uniforme est conforme en disposant que le débiteur peut agir en résolution du contrat en cas de non-paiement intégral du prix de vente²³⁶³.

939. Le caractère autonome et distinct du concordat de redressement judiciaire de la cession au sein de l'Acte uniforme des procédures collectives n'est pas sans conséquence : la validation du concordat de redressement judiciaire n'emporte pas validation de la cession partielle ou totale d'actif ; la résolution du concordat n'entraîne pas celle de la cession. Le retrait de l'offre de reprise par son auteur constitue non pas une responsabilité contractuelle mais délictuelle²³⁶⁴. Cela fait intervenir le droit civil par l'obligation de garantie des troubles d'éviction et vices cachés de l'objet par le vendeur. Tel est aussi le cas des vices de consentement et de la possibilité pour le débiteur d'agir en rescision pour cause de lésion si la cession comporte des immeubles²³⁶⁵. Si la cession judiciaire de l'entreprise en difficulté en droit français présente des divergences avec le droit OHADA en la matière, ce n'est pas le cas au regard du droit anglo-saxon.

II. Une certaine convergence entre le droit français et le droit anglo-saxon

940. Depuis la loi bancaire de 2010²³⁶⁶, la France a introduit, dans le droit des entreprises en difficulté, le mécanisme du plan pré-négocié, dans la restructuration des dettes des entreprises. L'idée vient des pratiques judiciaires réalisées dans les affaires Thomson²³⁶⁷ et

²³⁶² Art. 52, AUPC.

²³⁶³ Art. 133, al. 3, AUPC.

²³⁶⁴ Elle suppose une faute résultant du caractère abusif du droit de révocation de l'offre : v. J. GHESTIN, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, 3^e éd. LGDJ, 1993, n°298 et 299.

²³⁶⁵ Faut-il rappeler que l'entreprise n'est pas un bien au sens juridique du terme.

²³⁶⁶ L. n°2010-1249 du 22 oct. 2010 de régulation bancaire et financière, *JORF* n°0247 du 23 oct. 2010, p. 18984, texte n°01.

²³⁶⁷ V. *supra*, n°183 et s.

Autodistribution²³⁶⁸, dans le cadre de la sauvegarde²³⁶⁹. Cette pratique, inspirée des méthodes de réorganisation financière du chapitre 11 du code fédéral américain de la faillite, a été étendue à la cession judiciaire de l'entreprise en difficulté par l'ordonnance du 12 mars 2014²³⁷⁰.

941. Une étude comparée des droits positifs français et anglo-saxon, en matière de cession judiciaire d'entreprise, permet de relever une certaine convergence aussi bien dans les méthodes utilisées (A) que dans les finalités recherchées (B).

A. Les méthodes utilisées

942. En droit positif français, la cession judiciaire de l'entreprise en difficulté peut avoir lieu dans le cadre d'un plan pré-négocié²³⁷¹. En droit positif américain, la cession totale ou partielle d'une entreprise peut être réalisée via une vente aux enchères²³⁷², peut être prévue par un plan de réorganisation du chapitre 11. Le chapitre 11 américain du code fédéral de la faillite se confondrait avec la procédure collective en France, par opposition aux procédures amiables de conciliation et de mandat *ad hoc*.
943. Dans les deux droits, l'idée de base est la négociation, entre le chef d'entreprise et l'acquéreur, des modalités de la cession de l'entreprise, avant l'ouverture d'une procédure judiciaire de réalisation. Il y a une phase amiable préalable commune : c'est le cadre des négociations. Toutefois, à cette étape, le droit français se détache du droit américain en ce qu'il met expressément les négociations sous la direction d'un professionnel qu'est le conciliateur²³⁷³. Tandis que dans le droit américain, le dirigeant d'entreprise mène lui-même les négociations. Bien entendu, il est difficile d'imaginer qu'il ne se fasse pas assister par un conseil. De telles négociations doivent, néanmoins, faire l'objet d'une approbation préalable du tribunal²³⁷⁴. Il y a également une phase judiciaire subséquente commune : c'est le cadre de réalisation des négociations menées en phase amiable. Là encore, une distinction du droit français peut être relevée en ce qu'il offre plusieurs procédures de réalisation²³⁷⁵. Tandis qu'en droit américain,

²³⁶⁸ V. *supra*, n°179 et s.

²³⁶⁹ On appelait alors sauvegarde *express*, avant sauvegarde accélérée.

²³⁷⁰ Article L.611-7, tel que modifié par l'ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

²³⁷¹ Art. L.611-7, c. com.

²³⁷² *Prearrange sales* ou *prenegotiated sales*.

²³⁷³ Art. L.611-7, c. com.

²³⁷⁴ S. STANKIEWICZ MURPHY, *L'influence du droit américain de la faillite dans le droit français des entreprises en difficulté*, thèse de doctorat, Université de Strasbourg, 2011, p. 115.

²³⁷⁵ Sauvegarde, sauvegarde accélérée, redressement judiciaire et liquidation judiciaire.

seule la procédure du chapitre 11 (dédiée à la restructuration) est adaptée, celles du chapitre 7 et du chapitre 13 étant respectivement consacrées à la liquidation directe et au traitement du surendettement des particuliers. Cette différence n'est, cependant, à considérer que sur la forme car, sur le fond, et dans les deux droits, c'est le tribunal qui contrôle le vote ainsi que l'adoption du plan de cession²³⁷⁶.

944. Un dernier point commun sur le plan méthodologique entre les deux droits est relatif au principe du vote du projet de plan de cession en phase judiciaire. L'idée directrice est ce que le droit américain appelle le cram-down ou l'écrasement des créanciers récalcitrants en droit français. La règle étant la majorité, il s'agit d'imposer la décision majoritaire des créanciers aux minoritaires. Normalement, l'acquéreur choisi par le dirigeant en phase amiable reste prioritaire. Cependant la concurrence reste garantie²³⁷⁷.
945. Observons, enfin, que la cession judiciaire de l'entreprise en difficulté peut aussi avoir lieu, en droit français, en dehors de tout plan pré-arrangé. C'est alors la cession judiciaire classique²³⁷⁸ qui peut se faire dans le cadre d'un plan de sauvegarde - ce sera en ce cas une cession partielle complémentaire à un plan de continuation²³⁷⁹ -, de redressement²³⁸⁰ ou de liquidation judiciaire²³⁸¹. La différence avec le plan pré-négocié tient à la rapidité des opérations. La convergence, entre les droits français et américain, des méthodes de cession judiciaire d'entreprise pré-négociée, ressort aussi des finalités recherchées.

B. Les finalités recherchées

946. Pourquoi anticiper une cession d'entreprise ? Les législateurs français et américain donnent une même réponse : réduire, autant que faire se peut, le temps de réalisation des opérations de vote et d'adoption du plan devant le tribunal²³⁸². C'est la dimension temporelle de la finalité

²³⁷⁶ Ainsi, en droit français, il découle des dispositions de l'article L.611-7 du code de commerce que le projet de plan de cession négocié en phase amiable est ultérieurement réalisé dans le cadre d'une procédure judiciaire : donc sous le contrôle du tribunal. En droit américain, les affaires *Crysler* (2009) et *General motors* (2009) sont illustratifs en ce sens : *supra*, n° 151 et s.

²³⁷⁷ Art. R.642-1, al. 3, c. com.

²³⁷⁸ Prévue au titre II du livre VI, partie législative, du code de commerce.

²³⁷⁹ Art. L. 626-2, c. com

²³⁸⁰ Art. L.631-22, c. com.

²³⁸¹ Art. R.642-1 et s. c. com.

²³⁸² O. BUISINE, « Le prepack-cession : une alternative au plan de cession « classique » », *Rev. banc.* 27 mars 2012, n°747 : dans cet article, l'auteur met l'accent sur l'anticipation voulue par législateur français, qui s'est inspiré de son homologue américain.

recherchée. Cette dimension est rendue possible par la préparation anticipée des opérations, comme cela a été vu précédemment.

947. Une réponse, cette fois d'ordre économique, est aussi donnée à la question du pourquoi de l'anticipation de la cession d'une entreprise²³⁸³. Par le préarrangement du plan, les opérations de vote ainsi que d'adoption du plan en phase judiciaire s'accélèrent, ce qui a pour conséquence de réduire considérablement le coût financier des opérations, la préservation de la valeur des actifs en particulier et celle de l'image de l'entreprise à céder en général.
948. Enfin, l'autre finalité recherchée est la résultante des deux premières précédemment décrites. Il s'agit de la sauvegarde de l'entreprise. La célérité des opérations, préservant l'entreprise cédée sur le plan économique, permet à l'acquéreur de continuer une activité beaucoup moins atteinte en termes d'image et avec des actifs moins dévalorisés. Par opposition, le règlement des créanciers n'est pas une priorité comme cela semble être le cas dans le droit OHADA²³⁸⁴. Dans la section qui va suivre, la préparation du *prepack*-cession en phase amiable sera évoquée au regard du droit positif français.

Section 2. La préparation de la cession pré-arrangée en phase amiable

949. Dans le but de mettre en lumière, plus loin, le lien qui peut exister entre le *prepack*-cession et le *prepack*-sauvegarde/règlement préventif - objet de notre sujet de recherche -, le choix a été fait de présenter, dans le cadre de la présente section, la préparation en amont du *prepack*-cession. L'incorporation de ce procédé de cession dans le code de commerce français participe du mouvement de contractualisation des méthodes de redressement des entreprises en difficulté²³⁸⁵. Comme dans le *prepack*-sauvegarde, le chef d'entreprise est invité, s'il le souhaite, à définir, en amont d'une procédure amiable, un projet de plan de cession de son entreprise²³⁸⁶. Ce plan sera ultérieurement réalisé dans le cadre d'une procédure judiciaire²³⁸⁷.

²³⁸³ O. BUISINE, « Le *prepack*-cession : une alternative au plan de cession « classique » », *Rev. banc.* 27 mars 2012, n°747 : dans cet article, l'auteur met l'accent sur la volonté exprimée du législateur français de préserver le potentiel économique de l'entreprise par le raccourcissement du temps de l'organisation judiciaire de sa cession, sur inspiration du droit américain.

²³⁸⁴ S. T. F. KARFO, *Paiement des créanciers, sauvetage de l'entreprise : étude comparative des législations OHADA et française de sauvegarde judiciaire des entreprises en difficulté*, thèse de doctorat, 20 déc. 2014, Université de Toulouse 1 - Capitole, p. 321.

²³⁸⁵ V. à propos, Table ronde « La contractualisation du droit des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll. -Rev. bimestrielle LexisNexis jur.cl.*, mai-juin 2015, p. 99 à 108.

²³⁸⁶ Art. L.628-1, al. 1, c. com.

²³⁸⁷ Art. L.611-7, c. com.

L'avantage, par rapport à la cession classique, est le gain du temps. La raison réside dans le fait que le plan est déjà prêt à être voté et adopté, lorsqu'il arrive en phase judiciaire. Dans le cadre du *prepack*-cession, et comme cela est le cas dans le cadre des procédures passerelles adoptées en droit français²³⁸⁸, le chef d'entreprise doit nécessairement être engagé dans une procédure amiable²³⁸⁹ : la négociation est le propre du droit des contrats²³⁹⁰. L'idée d'une cession d'entreprise peut être à la base de l'ouverture de cette procédure amiable tout comme elle peut être une décision prise en cours de la même procédure.

950. Quoiqu'il en soit, le préarrangement d'un plan de cession requerra des formalités d'ouverture (Paragraphe I). Si la demande d'ouverture appartient exclusivement au chef d'entreprise²³⁹¹, la mission d'organisation de la cession a été confiée par le législateur à un conciliateur²³⁹² (Paragraphe II). La rencontre de l'offre de cession avec l'offre de reprise conduit les parties à la finalisation de la cession, qui porte essentiellement sur la fixation du prix de la cession (Paragraphe III).

Paragraphe I. Les formalités d'ouverture

951. La cession d'entreprise en phase amiable est régie par le droit commun²³⁹³. Il appartient au débiteur, seul initiateur de la conciliation²³⁹⁴, de faire une demande auprès du tribunal (I). Cette demande vise la recherche d'une offre de reprise (II).

I. La demande du débiteur

952. Depuis 2014²³⁹⁵, la cession d'entreprise peut être préétablie dans une procédure amiable de mandat *ad hoc*²³⁹⁶. Le débiteur doit demander au tribunal de lui désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission²³⁹⁷. Cela dit que cette procédure amiable peut être un préalable à la conciliation où des négociations peuvent avoir lieu avec le candidat qui aura manifesté son

²³⁸⁸ V. *supra*, n°339 et s.

²³⁸⁹ Art. L. 628-1, c. com.

²³⁹⁰ Cela ressort de la définition du contrat dans le code civil : art. 1101.

²³⁹¹ Art. L.611-7, c. com.

²³⁹² *id.*

²³⁹³ Il en est ainsi parce que, dans un sens, le débiteur est *in bonis* et, dans l'autre, tout accord issu de la conciliation est un contrat soumis en cela au droit commun des contrats.

²³⁹⁴ Art. L.611-6, c. com.

²³⁹⁵ Ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

²³⁹⁶ Art. L.611-7, c. com.

²³⁹⁷ Art. L.611-3, c. com.

intérêt. La préparation de la cession dans le cadre du mandat *ad hoc* a l'avantage d'être flexible et moins encadrée de sorte que la préparation du projet de plan de cession peut immédiatement commencer dès après la désignation du mandataire ad hoc.

953. Le débiteur peut également demander au tribunal qu'un conciliateur organise la cession²³⁹⁸. Il peut faire cette demande avant ou pendant la procédure de conciliation²³⁹⁹. Dans cette dernière hypothèse, il s'agira d'une demande complémentaire qui occasionnera la modification de sa mission ; car à l'ouverture de la procédure, c'est une mission bien déterminée qui lui avait été confiée. L'accord du conciliateur, désigné pour la nouvelle mission, ainsi que la détermination des conditions de sa rémunération sont alors requis²⁴⁰⁰. De plus, les créanciers doivent donner leur avis au débiteur, ce dernier devant en faire la demande, en précisant les motifs²⁴⁰¹. Compte tenu de la confidentialité qui est requise, seuls les créanciers participants ou concernés seront concertés à cet effet. Contrairement au mandat *ad hoc*, la cession dans la procédure de conciliation est plus contraignante. En cas d'avis négatif de la part des créanciers, la procédure sera vouée à l'échec. Si un créancier, seul participant, émet un avis alors qu'il se trouve être, au même moment, candidat, il reviendra au tribunal de trancher en tenant compte de tous les intérêts en présence, notamment de ceux des autres créanciers et des salariés, sous peine de possible recours²⁴⁰². Si aucun créancier ne prenait part aux négociations parce que, soit les créanciers ont décliné l'invitation, soit le débiteur n'avait pas identifié quelques-uns d'entre eux, le conciliateur devrait pouvoir faire son travail. Cette absence des créanciers devra alors être mentionnée dans la demande à adresser au tribunal.
954. La question s'est posée de savoir si le conciliateur peut, à son initiative, organiser une cession sans y être autorisé par le tribunal ? Il faut dire que la loi ne dit rien de façon expresse à propos de cette question. L'affirmative est difficilement concevable en ce que l'avis des créanciers doit être recherché pour la protection de leurs intérêts. Depuis 2014²⁴⁰³, les conditions d'organisation du *prepack*-cession sont strictes, toute ignorance de leur respect pourra engager

²³⁹⁸ Art. L.611-7, al. 1^{er} tel que modifié par l'ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

²³⁹⁹ Art. R.611-22-6, c. com.

²⁴⁰⁰ Art. R. 611-26-2, 2^o, c. com.

²⁴⁰¹ Art. R. 611-26-2, 1^o c. com.

²⁴⁰² Art. L. 611-6, al. 3 c. com. Pour recours en nullité en procédure collective, conditions d'ouverture: v. *BJE* 2014. 53.

²⁴⁰³ Ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

la responsabilité du conciliateur²⁴⁰⁴. *A contrario*, le mandataire *ad hoc* pourrait prendre une telle initiative, les conditions de détermination de sa mission n'ayant pas été modifiées. En effet, dans le cas du mandataire *ad hoc*, il peut être supposé qu'une mission générale pourrait inclure cette mission particulière sans que celle-ci n'y apparaisse expressément.

955. Par ailleurs la demande d'une mission de conciliation pour l'organisation d'une cession par le débiteur peut se faire dans le cadre de la loi dite Florange du 29 mars 2014²⁴⁰⁵. En vertu de cette loi, l'obligation en est faite aux employeurs employant au moins mille salariés et qui souhaitent fermer un site²⁴⁰⁶. Le décret ne précise pas la forme de la demande, mais par parallélisme des formes, on peut penser que c'est la même procédure qu'en mandat *ad hoc*. La demande du débiteur se formule par voie de requête (A). Quant au fond, il s'agira de l'objet de la demande qu'est la préparation d'un projet de plan de cession (B).

A. La forme de la demande

956. Le débiteur saisit le tribunal par voie de requête. Cette requête devra être accompagnée du rapport du conciliateur. Selon l'article L.611-26-2 du code de commerce, trois éléments doivent être joints à la demande. Il s'agit de : l'accord du conciliateur pour exécuter la mission ; l'accord du débiteur sur les conditions de rémunération du conciliateur pour la nouvelle mission ; « *la demande d'avis adressée aux créanciers participants, qui reproduit les dispositions de l'article L.611-7 et le I de l'article L.642-2 et sur laquelle chaque créancier a mentionné son avis ou, à défaut, un document justificatif de la demande d'avis* ». Le décret n'indique pas qui du débiteur ou du liquidateur doit présenter les demandes d'avis. Il peut être retenu que tous les deux peuvent le faire. A cette étape, seules les demandes d'avis sont exigées, mais non les accords des créanciers ou même leur avis. Il s'agit de justifier que les créanciers sont suffisamment informés de la mise en place d'une mission. Les avis négatifs ne sont pas sanctionnés. Toutefois, le président du tribunal pourra en tenir compte en prenant sa décision. La demande du chef d'entreprise au tribunal d'une mission de *prepack* ne peut lui être imposée.

²⁴⁰⁴ C. DELATTRE et E. ETIENNE-MARTIN, « Prévention : conciliation et mandat *ad hoc* plus efficaces et plus accessibles ». *Rev. proc. coll.* 2014, dossier 15.

²⁴⁰⁵ L. n° 2014-384, 29 mars 2014, visant à reconquérir l'économie réelle, *JORF* n°0077 du 1^{er} avr. 2014, p. 6227, texte, n°03.

²⁴⁰⁶ Art. 1233-57-14, c. trav.

B. Le fond de la demande

957. La demande ne doit provenir que du débiteur et de lui seul. La conciliation étant ouverte à sa seule initiative²⁴⁰⁷, ni les créanciers, ni le débiteur, ne peuvent lui imposer la demande d'une mission de *prepack*-cession. Il doit rester maître à bord et peut d'ailleurs mettre fin à cette mission à tout moment²⁴⁰⁸. La demande peut cependant provenir du représentant légal de la personne morale, c'est-à-dire le gérant. Toutefois, si la loi accorde cette prérogative à ce dernier, c'est à la condition qu'il remplisse les conditions légales ou statutaires de gérance régissant l'entreprise. La cession portant in fine sur le fonds de commerce ou les fonds de commerce, s'il y en a plusieurs, l'on se demande si ce dirigeant doit avoir l'autorisation d'un organe quelconque afin d'avoir l'initiative de la demande d'une mission *prepack* ? La loi²⁴⁰⁹ prévoit que le dirigeant est, vis à vis des tiers, compétent pour prendre toute décision utile engageant l'entreprise sous réserve des droits expressément accordés aux associés. Quant à la Cour de cassation, elle a indiqué que dans le cadre d'une SARL le dirigeant pouvait seul, sans accord préalable, consentir une promesse de cession de fonds de commerce sous réserve que cela ne conduise à la modification des statuts²⁴¹⁰. Partant de là, il s'avère clair que le dirigeant peut en avoir l'initiative. Cependant, comme l'indique cet arrêt de la Cour de cassation, l'initiative ne doit pas conduire à la modification des statuts, donc de l'objet social, ce rôle revenant aux associés.
958. Dans sa demande au tribunal, le débiteur indiquera son besoin de pré-arranger un plan de cession afin de justifier la désignation d'un conciliateur ou d'un mandataire *ad hoc*. La mission de pré-arranger la cession peut être directe ou complémentaire à celle traditionnelle du conciliateur. Dans le cas d'une cession directe, le débiteur l'indique directement dans sa demande d'ouverture de la conciliation. Le conciliateur pourra alors continuer les négociations avec les créanciers tout en préparant une possible cession. Cependant, dans le cas d'une mission complémentaire, cela supposera un relatif échec de la procédure de conciliation, puisqu'il faudra éventuellement demander l'ouverture d'une procédure collective pour sa réalisation. A l'inverse, si la cession est préparée en phase préventive, en dehors de tout *prepack*, elle se trouve alors être une composante de l'accord ; et elle sera, par conséquent, régie par le droit commun. Cet accord pourra ensuite être homologué ou simplement constaté. L'offre de reprise

²⁴⁰⁷ Art. L.611-6, c. com.

²⁴⁰⁸ Art. L.611-6, al. 4, c. com.

²⁴⁰⁹ Art. L.223-18, c. com., pour la SARL, ou L. 225-56, c. com., pour la SA.

²⁴¹⁰ Com. 31 janv. 2012, n°10-15.489 NP.

n'est pas soumise au droit commun, elle doit respecter des règles strictes d'ordre public. Enfin, il importe de préciser que la demande du chef d'entreprise est une sorte d'appel d'offres.

II. L'offre de reprise : différence d'objectif entre les droits français et OHADA

959. L'offre de cession n'est pas soumise au droit commun dans le cadre du *prepack*-cession. Néanmoins, une phase de négociation amiable existant, les parties bénéficient d'une certaine liberté. Toutefois, cette liberté n'est qu'apparente, car l'offre doit être validée dans un cadre judiciaire ; il vaudrait mieux dès lors qu'elle respecte le formalisme requis à cet effet. C'est pourquoi, le candidat doit présenter une offre de reprise répondant aux exigences de l'article L. 642-2 du code de commerce en droit français et à celles de l'article 132 de l'Acte uniforme des procédures collectives du droit OHADA. La différence avec l'offre de cession ordinaire en procédure collective est que les négociations ont lieu dans une phase non judiciaire. Dans les droits français et OHADA, l'offre de reprise obéit aux mêmes conditions de forme (A), mais non aux mêmes conditions de fond (B).

A. Une convergence des conditions de forme

960. A l'ouverture de la procédure collective en droit français, l'offre, reçue dans le cadre du mandat *ad hoc* ou de la conciliation, est soumise aux règles régissant l'offre d'un plan de cession classique. Elle lie son auteur jusqu'à la décision du tribunal²⁴¹¹ et peut être modifiée jusqu'à deux jours ouvrés avant l'audience²⁴¹². Elle doit respecter les conditions de forme édictées à l'article L. 642-2, II du code de commerce. Elle doit être écrite, peu importe le support de l'écrit qui peut être électronique²⁴¹³, et permettre au tribunal de prendre une décision en toute connaissance de cause. Les exigences liées à la forme de l'offre sont entre autres : la désignation précise des biens, des droits et contrats contenus dans l'offre ; la prévision d'activités et des financements ; le prix offert, les modalités de règlement, la qualité des apporteurs de capitaux et, le cas échéant, de leurs garants. Si l'offre propose un recours à l'emprunt, elle doit en préciser les conditions, en particulier la durée ; la date de réalisation de la cession ; le niveau et la perspective d'emplois justifiés par l'activité considérée ; les garanties souscrites en vue d'assurer l'exécution de l'offre ; la prévision de cession d'actifs au cours des deux années

²⁴¹¹ Art. L.642-2-V, c. com.

²⁴¹² Art. R. 642-1, c. com.

²⁴¹³ L. n°2000/230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, *JORF* n°62 du 14 mars 2000, p. 3968, texte n°1.

suyvant la cession²⁴¹⁴ ; la durée de chacun des engagements pris par l'auteur de l'offre. Le formalisme encadrant l'offre de reprise a été précisé dans le but d'assurer la clarté de la cession et d'éviter, comme le dit un auteur, les errements anciens²⁴¹⁵. Le contenu de l'offre doit être clair ; elle ne saurait être orale²⁴¹⁶. Le candidat à l'acquisition doit démontrer la viabilité de son projet économique et industriel ainsi que la solidité financière de ce dernier²⁴¹⁷.

961. En droit OHADA, le procédé de cession pré-arrangée n'est pas formalisé dans le nouvel Acte uniforme des procédures collectives. Néanmoins, sur le plan juridique, rien n'empêche une telle pratique, sur le fondement de la mission confiée au conciliateur, qui consiste à trouver tout accord amiable susceptible de mettre fin aux difficultés du débiteur²⁴¹⁸. La cession totale ou partielle de l'entreprise en difficulté, en droit OHADA, peut être prévue par un concordat de règlement préventif²⁴¹⁹ ou un concordat de redressement judiciaire²⁴²⁰. Le législateur OHADA ne détaille pas les conditions de forme de l'offre de reprise. Il énonce seulement que les offres d'acquisition sont reçues par le débiteur assisté du syndic et portées à la connaissance de l'assemblée concordataire²⁴²¹. Toutefois, il peut être présumé que les offres de reprise sont écrites, puisqu'elles doivent être consultées, examinées par chacun des créanciers de la masse. Or, cette consultation ne peut être possible que si l'offre est écrite. Dès lors, il faudrait comprendre que l'offre de reprise est écrite et qu'elle porte sur toutes les propositions du candidat acquéreur, à charge pour l'assemblée concordataire de l'adopter ou non. En France, l'offre d'acquisition est adoptée par le tribunal et non par les comités de créanciers²⁴²².
962. Selon le code de commerce, toute offre de reprise doit être de nature à assurer le maintien de l'activité, la garantie des emplois et l'apurement du passif. Sur ces conditions de fond de l'offre

²⁴¹⁴ V. Ph. PETEL, « La moralisation des plans de redressement », in *Les réformes de la reprise*, éd., Montchrestien, 1995, n°7, p. 89 et C. S. ALARY-HOUIN, « Les plans de redressement », *ibid.* p. 173 ; J. MENEZ, « Le plan de cession », in *Le nouveau droit de défaillance des entreprises*, éd., Dalloz 1995, p. 229 ; F. PEROCHON, « Halte au détournement de la cession judiciaire d'entreprise », *LPA*, 9 mai 1990, p. 44.

²⁴¹⁵ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2016, p. 813.

²⁴¹⁶ Trib. com. Paris 19 nov. 1986, *LPA* 10 déc. 1986, p.22 ; Aix-en-Provence, 29 janv. 1987, *Rev. proc. coll.* 1987, n°3, p. 37, obs. J.-J. MARTIN.

²⁴¹⁷ V. en ce sens, C. MOULETTE, « Le repreneur : la rédaction des offres de reprise et leur portée », in « La reprise de l'entreprise en difficulté », Colloque Toulouse AJDE/CDA, 9 oct. 2015, *Rev. proc. coll.* nov. 2015, art. 51, p. 46.

²⁴¹⁸ Art. 5-5, AUPC.

²⁴¹⁹ Art. 7, al. 1, 1^o, AUPC.

²⁴²⁰ Art. 27, al. 2, 2^o, AUPC.

²⁴²¹ Art. 132, al. 1, AUPC.

²⁴²² Art. L.642-5, al. 1, c. com.

de reprise, le droit français apparaît clairement exigeant sur les questions intéressant la poursuite de l'activité et des contrats en cours contrairement au droit OHADA qui donne la priorité au règlement de la masse des créanciers.

B. Une divergence des conditions de fond

963. La cession de l'entreprise en difficulté organisée dans le livre VI du code de commerce français réformé en 2014²⁴²³, diffère de celle organisée dans le nouvel Acte uniforme des procédures collectives du droit OHADA²⁴²⁴, sur les conditions relatives à l'offre de reprise. En droit français, la cession d'entreprise vise le maintien d'une activité susceptible d'exploitation autonome, celui des emplois qui sont y liés et l'apurement du passif²⁴²⁵. Avec cette activité, les contrats de travail en cours qui y sont attachés sont transférés²⁴²⁶. La cession est conçue comme une mesure de sauvegarde de l'entreprise²⁴²⁷. En droit OHADA, les textes apparaissent moins intelligibles du fait de leur caractère souvent généraliste, et suscitent, de ce fait, des interrogations. En effet, le législateur de cet espace juridique indique qu'en demandant l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens, le débiteur doit proposer un concordat de redressement judiciaire comportant des mesures qu'il envisage pour le redressement de son entreprise ; parmi ces mesures, il peut proposer sa cession totale ou partielle²⁴²⁸. Cependant, il organise cette cession dans une sous-section intitulée « *concordat comportant cession partielle ou totale d'actif* »²⁴²⁹, mais non « *cession partielle ou totale d'entreprise* ». Or, cession d'actif ne veut pas dire forcément cession d'entreprise. Elle définit par ailleurs cette dernière de la même manière que son homologue français²⁴³⁰. Il faut dire que la cession de l'entreprise en difficulté est une opération accessoire à la réalisation de l'actif en droit OHADA et que l'objectif premier visé est l'apurement du passif du débiteur²⁴³¹. Une étude comparative des conditions de l'offre de reprise d'une entreprise en difficulté, à la lumière des

²⁴²³Ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

²⁴²⁴ Nouvel Acte uniforme des procédures collectives adopté en 2015 à Grand Bassam en Côte d'Ivoire.

²⁴²⁵Art. L. 642-1, c. com.

²⁴²⁶Art. 1224-1, c. trav.

²⁴²⁷ M. L. COQUELET, « Le plan de cession a-t-il changé ? », *RPC*, 2006, p. 188.

²⁴²⁸Art. 27, al. 2. 2°, AUPC.

²⁴²⁹Art. 131, AUPC.

²⁴³⁰Art. 131, al. 3, AUPC ; Art. L.642-1, c. com.

²⁴³¹Art. 132, AUPC.

deux droits, permet de voir une divergence de priorité relative au maintien des emplois d'une part et à la poursuite des contrats d'autre part.

964. En droit positif français, on veut éviter que le débiteur, puisqu'il est débarrassé de tout passif non payé à la clôture des procédures collectives, n'utilise ce moyen afin de reprendre son entreprise en se débarrassant de son passif. S'il est question de céder cette entreprise, c'est parce qu'il n'a pas été capable par lui-même d'en assurer le redressement. C'est pourquoi, seuls les tiers²⁴³² sont autorisés à présenter une offre de reprise. Cette dernière doit porter sur une entreprise ou une de ses branches d'activité qui soit une véritable « *entité économique autonome d'exploitation* ». ²⁴³³ En effet, le tribunal ne peut arrêter un plan où l'acquéreur ne cherche qu'à réaliser une opération immobilière en acquérant les actifs cédés²⁴³⁴ ou encore lorsque la cession ne porte que sur les actifs immobiliers d'un promoteur.²⁴³⁵ Dans le même sens, il a été jugé qu'un fonds de commerce ne constituait pas une branche autonome d'activité²⁴³⁶, tout comme un droit au bail²⁴³⁷, ou encore la vente des immeubles d'un marchand de biens.²⁴³⁸ Dans ces différents cas, l'acquéreur n'entendait pas reprendre l'activité du cédant.
965. Cependant, si l'offre porte sur un ensemble d'éléments d'exploitation et a pour objet le maintien d'une activité autonome, le plan de cession peut être accepté même s'il ne porte que sur un fonds de commerce comportant une faible partie des actifs.²⁴³⁹ De même, la Cour de cassation française admet la cession des actifs d'une société civile immobilière, si le plan de cession est sous-tendu par la cession de l'entreprise dont elle est le support immobilier et dont il permet la poursuite de l'activité autonome.²⁴⁴⁰
966. Par ailleurs, toute offre de reprise, fût-ce dans le cadre d'une cession pré-négociée, doit garantir le maintien de l'activité et des emplois outre l'apurement du passif.²⁴⁴¹ Le maintien de l'activité a un double objectif social - préservation des emplois pour les citoyens - et économique - la

²⁴³² Art. L.642-3, al. 1, c. com.

²⁴³³ Douai, 2 juillet 2015, *LEDEN* sept. 2015, n°126.

²⁴³⁴ Paris, 1^{re} ch., sect. A, 23 juill. 1992, *D.* 1992, p. 491, obs. F. DERRIDA.

²⁴³⁵ Trib. com. Paris, 11 févr. 1994, *Rev. proc. coll.* 1994, p. 223, obs. B.

²⁴³⁶ V. J. VALLANSAN, « Fonds de commerce et plan de cession », *BJE*, janv. 2013, n°6, p. 56 ; J. THERON, « Liquidation et vente de fonds de commerce et plan de cession », *Rev. proc. coll.* 2008/2, dossier 13 ; Paris, 1^{re} ch. A, 23 juill. 1992, *D.* 1992, p. 491, obs. F. DERRIDA.

²⁴³⁷ Metz, 13 févr. 1990, *Rev. proc. coll.* 1993, p. 106.

²⁴³⁸ Paris, 24 mai 1995, *Rev. proc. coll.* 1996, p. 94, obs. B. SOINNE.

²⁴³⁹ Com. 22 févr. 1993, *Bull. civ.* IV, n°41.

²⁴⁴⁰ Com. 14 mars 2000, *Act. proc. coll.* 2000, n°109.

²⁴⁴¹ Art. L.642-1, c. com.

rentabilité financière aussi bien pour l'État que pour le nouvel acquéreur -. Naturellement, un plan de sauvegarde ou de redressement serait mieux, pour que le chef d'entreprise continue à gérer ses affaires, reste à la tête de son entreprise qu'il a montée au prix de plusieurs sacrifices. C'est ce que vise essentiellement aujourd'hui le redressement d'une entreprise en difficulté²⁴⁴². Cette vision justifie même l'exposé des motifs du projet de loi qui indique que la sauvegarde comme le redressement sont les seules procédures utiles lorsque le débiteur peut lui-même poursuivre son activité.²⁴⁴³ C'est dire que la liquidation judiciaire n'est plus inféodée à l'impératif d'apurement du passif car elle n'est plus synonyme de disparition de l'entreprise.²⁴⁴⁴ Cependant, à défaut de ces solutions, le plan de cession s'impose. Ce dernier permet le maintien en activité de l'entreprise, certes dans une autre main, mais il est de ce fait, très loin préférable à un plan de liquidation, lequel est synonyme de la fin de sa vie. La cession est ainsi, par ailleurs, une mesure de restructuration et non plus une mesure liquidative, pour une bonne partie de la doctrine ; car elle est une opération globale comportant des mesures économique, sociale et financière.²⁴⁴⁵ Cette assertion n'est pas totalement partagée. Certains auteurs s'y opposent en affirmant qu'il ne peut être fait une différence réelle entre la liquidation judiciaire et le plan de cession pour un débiteur. Pour eux, la cession serait une technique liquidative²⁴⁴⁶ qui cadrerait bien avec la liquidation judiciaire²⁴⁴⁷ où elle trouverait droit de cité.²⁴⁴⁸ Pour un auteur, affirmer que le plan de cession est une mesure de redressement serait un leurre pour le fait que, si un plan de cession est adopté, le débiteur se trouve dans une situation identique à celle qui résulte de la liquidation judiciaire, car les actifs affectés à l'entreprise sortent de son patrimoine et la suite de la procédure consiste à distribuer le prix de la cession et à liquider les actifs non résiduels contenus dans le plan.²⁴⁴⁹

967. Selon le droit français, l'offre de reprise doit expressément indiquer les droits et les contrats ainsi que le niveau et les perspectives d'emploi en plus des prévisions d'activité et de

²⁴⁴² V. Ph. PETEL, *Procédures collectives*, 4^e éd., Dalloz, 2005, n°254 et s.

²⁴⁴³ Projet de loi n°1596, sauvegarde des entr. doc. AN., mai 2004, p. 4.

²⁴⁴⁴ J.P. SENECHAL, « La réforme de la liquidation judiciaire », *LPA*, 10 juin 2004, p. 43.

²⁴⁴⁵ L.-C. HENRY, « Le plan de cession et la loi de sauvegarde des entreprises », *Gaz. pal.* 8 sept. 2005, sp. n°1, p. 39.

²⁴⁴⁶ J. DEHARVENG, « Le plan de cession dans la nouvelle architecture des procédures collectives, un évènement et non plus une issue de la procédure », *D.* 2006, p. 1047, sp. 1048.

²⁴⁴⁷ R. DAMANN, « La situation des banques titulaires de sûretés après la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. banque*, 28 oct. 2005, article consulté le 13 janv. 2017.

²⁴⁴⁸ B. SOINNE, « La problématique de la nouvelle cession d'entreprise », *RPC*, 2006, n°27, p. 328.

²⁴⁴⁹ Ph. PETEL, « Loi n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises et décret n°2005-11677 du 28 déc. 2005 », *JCL com. proc. coll.* 2006, fasc. 2151, n°46.

financement.²⁴⁵⁰ Le contrôle du respect de ces exigences est assuré par le tribunal qui ne doit retenir que l'offre qui assure le plus durablement possible le maintien des emplois attachés.²⁴⁵¹ Les débats se passent en présence du ministère public, garant de l'intérêt public et de la moralisation de la procédure, lorsque l'entreprise atteint un certain seuil.²⁴⁵²

968. En droit OHADA, la précision que seuls les tiers, à l'exclusion de tout membre de la famille du débiteur personne physique et de toute personne proche de lui, sont habilités à présenter une offre de reprise, n'existe pas, à tout le moins dans le cadre du concordat comportant cession totale ou partielle d'actif²⁴⁵³. La poursuite de l'activité²⁴⁵⁴ et, par ricochet, le maintien des emplois sont indiqués certes, mais de façon subsidiaire : c'est le débiteur qui, étant à l'initiative de l'opération²⁴⁵⁵, en détermine les biens à céder ; le syndic en établit un état descriptif et la liste des emplois qui y sont attachés²⁴⁵⁶. L'offre de reprise doit-elle permettre un maintien ferme des emplois et ce aussi longtemps que possible ? D'autres perspectives d'emploi doivent-elles être indiquées ? Le futur acquéreur prévoit-il d'autres activités ou non ? Aucune indication claire n'est faite dans ce sens par les textes qui régissent le concordat comportant cession totale ou partielle d'actif. Cependant, des exigences fortes sont exprimées par rapport au prix de la cession qui doit être important²⁴⁵⁷, afin d'acquitter les créanciers, notamment ceux qui sont munis de sûretés réelles spéciales sur les biens cédés²⁴⁵⁸. Il s'agit par-là d'une condition incontournable pour l'homologation de la cession par la juridiction compétente²⁴⁵⁹. Toutefois, il est possible que les titulaires de ces créances renoncent à cette condition en acceptant de façon explicite qu'ils soient traités comme des créanciers chirographaires pour la partie non payée de leurs créances²⁴⁶⁰. De plus, le prix de la cession est payé en totalité et au comptant, sauf si des

²⁴⁵⁰ Art. L. 642-2, al.3, 1°, 2° et 5°, c. com.

²⁴⁵¹ Art. L. 642-5, al. 1, c. com.

²⁴⁵² Art. L. 642-5, al. 2, c. com.

²⁴⁵³ Sauf dans le cas de la cession globale d'actif dans le cadre de la liquidation des biens (art.60 et s., AUPC), ce qui ne rentre pas dans notre cadre d'étude ici car organisée hors concordat judiciaire (plan de redressement judiciaire en France).

²⁴⁵⁴ L'art. 112 AUPC parle de la poursuite des contrats à l'ouverture du redressement judiciaire ; mais le régime de ce dernier est différent de celui de la cession d'entreprise. Le texte est-il alors valable dans notre cas d'étude ?

²⁴⁵⁵ Art. 27, AUPC.

²⁴⁵⁶ Art. 131, al. 4, AUPC.

²⁴⁵⁷ Art.123, al. 1, AUPC.

²⁴⁵⁸ Art. 132, AUPC.

²⁴⁵⁹ Art. 132, al. 2, 1°, AUPC.

²⁴⁶⁰ Art. 168, AUPC.

délais de paiement n'excédant pas deux ans sont accordés et assortis d'une souscription obligatoire de cautionnement solidaire auprès d'une banque²⁴⁶¹.

969. En droit OHADA, le régime de la cession de l'entreprise en difficulté est distinct de celui du concordat de redressement judiciaire. La cession est votée par l'assemblée concordataire en fonction du prix à même de régler les créances²⁴⁶². Cet abandon du choix de l'offre de reprise à la diligence des créanciers constitue une différence nette entre le droit OHADA et le droit français sur l'intérêt porté à l'activité et à l'emploi dans les offres de reprise d'une entreprise en difficulté. Insuffisance rédactionnelle ou manque d'intérêt conscient accordé à la cession d'entreprise pour le législateur OHADA ? Tout semble porter à croire que seul le prix de cession est quasi exclusivement important comme dans une cession d'actif, mais non dans celle d'entreprise. Son homologue français relègue le paiement des créanciers au second plan en ce que la jurisprudence n'exige pas que tout le passif soit payé par le prix de cession²⁴⁶³. L'autre point de divergence observable dans les deux droits tient à l'obligation de poursuite des contrats en cours.
970. Le maintien de l'activité ne peut s'entendre en dehors de la poursuite des contrats en cours aussi bien dans le droit OHADA que dans celui de la France. Dans le droit OHADA, il est indiqué que l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire n'emporte pas résiliation ou résolution des contrats en cours à l'exception des contrats de travail²⁴⁶⁴ ; que le syndic est seul fondé à exiger la poursuite de ces contrats²⁴⁶⁵. Dans ce dernier cas, le syndic doit fournir la prestation promise au cocontractant sous peine de l'inexécution des contrats aux conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure. En droit français, selon le code de commerce²⁴⁶⁶, le tribunal détermine les contrats de crédit-bail, de location ou de fourniture de biens et de services nécessaires à la poursuite de l'activité, et le jugement qui arrête le plan de cession emporte cession de ces contrats. Ces contrats sont exécutés aux conditions en vigueur à la date d'ouverture de la procédure²⁴⁶⁷. Les contrats de travail sont automatiquement

²⁴⁶¹Art. 132, al. 2, 2°, AUPC.

²⁴⁶²Art 132, AUPC.

²⁴⁶³Versailles, 9 juill. 1986, *Gaz. Pal.* 1986, II, p. 436, ; Aix-en-Provence, 2 oct. 1986, *D.* 1987, somm. p. 9 et 10 ; Toulouse, 16 févr. 1987, *LPA*, 1988, n°74, p. 5 ; Trib. com. Paris, 16 avr. 1986, *Gaz. pal.* 4/5 juin 1986 ; Trib. com. Nanterre, 22 mai 1986, *Gaz. pal.* 1986, 2, p. 435.

²⁴⁶⁴Art. 107, AUPC.

²⁴⁶⁵Art. 108, AUPC.

²⁴⁶⁶Art. L. 642-7, c. com.

²⁴⁶⁷Art. L. 642-7, al. 3, c. com.

transférés²⁴⁶⁸, à l'exception toutefois des licenciements intervenus et du bail de l'immeuble vendu²⁴⁶⁹, mais aussi, du contrat d'assurance.²⁴⁷⁰ L'exécution de tous les autres contrats nécessaires à la poursuite de l'activité peut être demandée par le mandataire judiciaire²⁴⁷¹. À la lumière de ces textes, il peut être remarqué que les dispositions de l'Acte uniforme des procédures collectives du droit OHADA sont relatives à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire et qu'elles ne prévoient pas expressément ces mesures dans la sous-section 2 traitant du « concordat comportant cession partielle ou totale d'actif », alors que celles de la France le sont autant pour le redressement que pour la cession de l'entreprise en difficulté. Dès lors, faut-il présumer que la poursuite des contrats n'est pas une priorité en droit OHADA dans le cadre de la cession d'une entreprise en difficulté ?

971. La question mérite d'être posée eu égard au caractère autonome de la cession dans ce droit. En effet, bien que la cession fasse partie du concordat de redressement judiciaire (elle en est une mesure), cependant les deux conventions n'obéissent pas au même régime juridique : il y a deux votes qui ont lieu en assemblée concordataire pour le choix de l'offre de cession d'une part et l'adoption du concordat lui-même d'autre part²⁴⁷² ; il y a également deux homologations qui ont lieu, l'une pour la cession et l'autre pour le concordat judiciaire²⁴⁷³. La remise en question d'une convention n'influe pas sur l'autre. Dans ces conditions, les dispositions relatives au redressement judiciaire sont-elles applicables, par extension, à la cession qui s'y organise ? La formulation du quatrième alinéa de l'article 131²⁴⁷⁴ du nouvel Acte uniforme des procédures collectives le présume, mais rien n'est explicite.
972. En tout état de cause, la cession judiciaire des contrats en l'état actuel du droit OHADA apparaîtrait incohérente. En effet, les cocontractants auxquels on imposera la poursuite de ces contrats, sont membres de la masse des créanciers. Or, c'est cette masse qui, incorporée dans l'assemblée concordataire, décide du choix de l'offre de reprise - donc décide si la cession passe

²⁴⁶⁸ Art. 1224-1, c. civ.

²⁴⁶⁹ Art. 1743, c. civ.

²⁴⁷⁰ Civ. 2^e, 13 juill. 2005, *Act. proc. coll.* 2005/17, n°18.

²⁴⁷¹ Art. L. 621-28, c. com.

²⁴⁷² Art. 132, al. 1 et 125, al. 5, AUPC.

²⁴⁷³ Art. 126, al. 2 et 132, al. 2, AUPC.

²⁴⁷⁴ « Lorsque la cession totale ou partielle d'actif ou d'entreprise ou d'établissement est envisagée dans le concordat de redressement judiciaire, le syndic doit établir un état descriptif des biens meubles et immeubles dont la cession est envisagée, la liste des emplois qui y sont attachés, les sûretés réelles dont ils sont affectés et la quote-part de chaque bien dans le prix de cession. Cet état est joint à la convocation individuelle prévue par l'article 122 ci-dessus ».

ou non -, comment dans ces conditions peut-on espérer qu'ils votent favorablement une telle cession comportant des mesures contraignantes de poursuite des contrats en cours, ce d'autant que l'objectif recherché par la masse est le prix le plus élevé dans l'optique d'un paiement intégral des créances ?

973. Chacun poursuivant l'objectif qui est le sien, il peut être retenu que l'offre de reprise est plus exigeante sur les questions d'emploi et de poursuite des contrats en France, en vue de la sauvegarde de l'entreprise, qu'en droit OHADA où la cession d'actifs est favorisée, en vue de payer les créanciers.
974. Contrairement à la cession classique où la négociation du prix se fait pendant la phase judiciaire²⁴⁷⁵, la négociation amiable du prix de la cession dans le cadre du *prepack*-cession permet, d'une part, d'obtenir un prix raisonnable pour le chef d'entreprise et, d'autre part, d'assurer un paiement plus ou moins exhaustif des créanciers. Toutefois, la cession est conditionnée à l'ouverture d'une procédure collective où elle sera réalisée. A défaut, le repreneur sera tenu par une offre soumise au droit commun. La recherche d'une offre de reprise dans un cadre amiable doit se faire non seulement dans la confidentialité, mais aussi avec une publicité suffisante, de manière à permettre au juge de la procédure judiciaire subséquente de la retenir au détriment d'éventuelles autres offres. Ce rôle incombe au conciliateur.

Paragraphe II. Le rôle du conciliateur : convergence des législations française et OHADA

975. Aux termes de l'article L.611-7 du code de commerce, le conciliateur peut avoir pour mission, l'organisation d'une cession d'entreprise. Il s'agit de dire, pour être plus explicite, que le conciliateur peut avoir pour mission d'aider le chef d'entreprise à pré-arranger la future cession de son entreprise. Dans ces conditions, et eu égard à son rôle de négociateur, le conciliateur désigné a la lourde charge de rechercher une offre de reprise dans la confidentialité (I). Sa mission est d'autant complexe qu'il doit pouvoir concilier deux principes d'ordre public pourtant divergents en théorie : favoriser la concurrence²⁴⁷⁶ sans pour autant faire de publicité.²⁴⁷⁷ Nous rechercherons comment le législateur et la jurisprudence organisent la coexistence de ces deux principes en phase amiable. Ensuite, nous nous intéresserons aux délais

²⁴⁷⁵ Période d'observation qui dure 6 mois : art. L.621-3, c. com.

²⁴⁷⁶ Art. L.642-2, c. com : « *Toute cession d'entreprise et toute réalisation d'actif doivent être précédées d'une publicité {...}* » pour que chaque intéressé puisse non seulement prendre connaissance des offres déjà présentées, mais aussi proposer la sienne.

²⁴⁷⁷ Art. L.611-15, c. com.

de présentation des offres classique et *prepack* de cession dans la procédure judiciaire subséquente (II).

I. La recherche d'une offre de reprise dans la confidentialité

976. Le respect de la concurrence entre les acquéreurs est difficile à concevoir sans une large propagation de l'information relative à l'offre de cession. Ce sont là deux obligations antinomiques en théorie quand on sait que l'objectif du *prepack*-cession est non seulement de gagner en temps, mais aussi de garantir la confidentialité des opérations jusqu'à la phase judiciaire. En pratique, le législateur y avait pensé, et il peut être démontré que la confidentialité caractéristique des procédures amiables en reste respectée. La recherche d'une offre de reprise dans la phase amiable (A) impose une publicité afin de garantir la concurrence (B).

A. Les démarches du conciliateur pour l'obtention d'une offre de reprise

977. La loi Florange²⁴⁷⁸, adoptée le 29 mars 2014, dans le but de la reconquête de l'économie réelle de la France, impose à tout groupe ou entreprise d'au moins mille salariés qui souhaite fermer un établissement et procéder à des licenciements économiques, d'en informer les salariés et de rechercher un repreneur. La cession d'entreprise peut aussi intervenir en dehors de toute intention de fermeture et de licenciement économique. Dans l'un ou l'autre cas, le chef d'entreprise peut se servir du nouvel outil de cession pré-arrangée. Dans cette optique, une fois la mission du mandataire *ad hoc*/conciliateur déterminée, les textes n'imposent aucune forme de publicité de l'intention du débiteur de vendre tout ou partie de l'entreprise. Le conciliateur/mandataire *ad hoc* procède de la manière qui lui semble convenable afin de mener sa mission à bien. Dans le cas d'une procédure de conciliation, mais non de mandat *ad hoc*²⁴⁷⁹, l'obligation d'informer les salariés des entreprises employant moins de deux cent cinquante salariés, de leur possibilité de présenter des offres, introduite par la loi sur l'économie sociale et solidaire du 31 juillet 2014²⁴⁸⁰, est exclue.²⁴⁸¹ C'est pourquoi, il vaudrait mieux, pour le chef

²⁴⁷⁸ L. n°2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle, *JORF* n°0077 du 1^{er} avr. 2014, p. 6227, texte n°03.

²⁴⁷⁹ Par inadvertance ?

²⁴⁸⁰ L. n°2014-856 du 31 juill. 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, *JORF* n°0176 du 1^{er} août 2014, p. 12666, texte n°02.

²⁴⁸¹ L. n° 2014-856, 31 juillet 2014, imposant une information en cas de volonté de céder un fonds de commerce : art. L.141-27 et L. 141-32 c. com., ou la majorité des parts sociales d'une SARL ou actions ou valeurs mobilières d'une société par actions : art. L. 23-10-6 et L. 23-10-12 c. com. L'obligation est aussi exclue dans la procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire.

d'entreprise, d'opter pour la conciliation en confiant la recherche d'un repreneur à un conciliateur.

978. Les incompatibilités énumérées par l'article L.642-2 du code de commerce sont exclues, ces interdictions ne pouvant s'appliquer qu'en procédure collective. Tenant compte de cela, toute personne peut être acquéreur potentiel dont l'ancien dirigeant de droit, sauf cas de fraude.²⁴⁸² Bien entendu le conciliateur/mandataire *ad hoc* n'acceptera qu'un repreneur qui satisfait aux conditions requises pour une offre de reprise valable étant donné que la phase amiable sera suivie de la phase judiciaire pour la réalisation de la cession. De même, toutes les règles cherchant à moraliser le plan de cession en procédure collective sont exclues en phase amiable dont, notamment, l'obligation faite au cessionnaire de souscrire des engagements relatifs au devenir des salariés et de l'entreprise. Une fois encore, le débiteur ne devrait pas prendre ces mesures pour du bonus car une fois en procédure collective, tout manquement pourrait constituer un motif de rejet de sa demande et donc de l'échec de son projet. Dans sa recherche d'une offre de reprise, le conciliateur/mandataire *ad hoc* doit assurer la publicité de manière à permettre non seulement d'avoir plusieurs offres, mais aussi à offrir la chance à toute personne désirante de se porter candidate.

B. La publicité de l'appel d'offre

979. Les opérations de préparation du projet de plan de cession en phase amiable doivent se dérouler dans la confidentialité propre aux procédures amiables de traitement des difficultés des entreprises.²⁴⁸³ Cependant, le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur doivent se débrouiller afin que la publicité soit assurée de manière à empêcher tout soupçon de favoritisme. Les salariés ont le droit d'être informés de la future cession depuis la loi relative à l'économie sociale et solidaire.²⁴⁸⁴ Selon le code de commerce, toute personne appelée à la conciliation ou au mandat *ad hoc* est tenue à la confidentialité²⁴⁸⁵. Par nature, publicité et confidentialité sont antinomiques. Or, la publicité s'avère être le moyen d'assurer non seulement la transparence, la régularité et la crédibilité des opérations, mais aussi la diversification des offres.²⁴⁸⁶ C'est pourquoi le législateur a trouvé un moyen de maintenir les deux à la fois sans préjudice notable

²⁴⁸² Com. 23 sept. 2014, n°13.19-713, *Bull. civ.* IV, n°136.

²⁴⁸³ Art. L.611-15, c. com.

²⁴⁸⁴ L. n°2014-856 du 31 juill. 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, *JORF* n°0176 du 1^{er} août 2014, p. 12666, texte n°02.

²⁴⁸⁵ Art. L.611-15, c. com.

²⁴⁸⁶ Y. GUYON, « La transparence dans les procédures collectives » *LPA*, 21 avr. 1999, p. 8.

de l'une sur l'autre, c'est-à-dire respecter la confidentialité tout en garantissant la concurrence entre les prétendants à l'acquisition. Traditionnellement, dans le cadre d'une procédure collective (liquidation judiciaire ou redressement judiciaire)²⁴⁸⁷, la publicité se fait par voie d'internet à la charge des organes de la procédure et par voie d'annonce légale dans la presse, dans les conditions déterminées par le juge commissaire. Ce dernier contrôle l'accomplissement des formalités de publicité et en fait mention dans son rapport qu'il devra faire au tribunal dans le cadre de l'arrêté du plan. Il exerce donc un contrôle *a priori*.

980. Dans le cadre du *prepack*-cession, c'est plutôt l'exact contraire. Dans les procédures amiables, il n'y a pas de juge commissaire. Ce qui signifie que contrairement aux procédures judiciaires, il n'y a pas de contrôle *a priori*. Ce rôle aurait pu être exercé par le président du tribunal, mais cela aurait eu l'inconvénient d'alourdir les opérations, et donc d'allonger la durée de la procédure. Or, c'est tout le contraire qui est l'objet recherché dans le *prepack*-cession. Toutefois, il peut s'assurer du respect de cette publicité à travers le rapport du conciliateur ou du mandataire *ad hoc* sur l'évolution des opérations, la vérification réelle ne pouvant se faire qu'en phase judiciaire. En effet, l'article L.642-40, issu du décret du 30 juin 2014²⁴⁸⁸, pose l'exigence d'un critère de « publicité suffisante de la préparation de la cession » ; ce caractère tient à deux éléments à savoir « *la nature de l'activité du débiteur* » et « *les démarches effectuées par le mandataire ad hoc ou le conciliateur* ». A la lumière des dispositions de cet article, deux conclusions peuvent être tirées : d'abord, le contrôle du caractère suffisant de la publicité ne se fait par le tribunal qu'*a posteriori* sans que les textes ne précisent pour autant si cette appréciation se fera à l'audience d'ouverture ou à celle d'examen des offres. Ensuite, le mandataire désigné est libre de choisir la voie qui lui convient, mais il devra assurer une publicité suffisante.

981. Contrairement aux procédures collectives où l'administrateur judiciaire attend tout simplement les offres après publication de l'annonce, dans le cadre du *prepack*-cession, la réforme a voulu que le mandataire *ad hoc*/conciliateur joue un rôle plus prépondérant en s'occupant notamment de la recherche des offres. L'exécution de cette mission peut se faire par des prises de contact individuelles ou une publication par voie de presse ou via internet. La manœuvre est ardue pour le conciliateur/mandataire *ad hoc* dans la mesure où il faut mettre toutes les diligences en œuvre afin de réaliser une « publicité suffisante » sans pour autant enfreindre le principe de la

²⁴⁸⁷ Art. R.642-40, c. com., R.631-39, c. com.

²⁴⁸⁸ Décret n°2014-736 du 30 juin 2014 pris pour l'application de l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

confidentialité. C'est donc une mission véritablement périlleuse au regard de la dichotomie entre ces différents aspects pourtant indispensables pour la réussite de la procédure ; il faut y ajouter aussi l'information obligatoire des salariés. Pour ces derniers, le contexte politique actuel en France y a été pour beaucoup en ce qu'il prône la transparence tant sur le plan législatif qu'administratif. Ces salariés doivent être informés du projet de cession de l'entreprise qui les emploie, afin qu'ils puissent proposer une offre de reprise, s'ils le désirent. Pour comprendre la consistance de cette information, il faut interroger la loi Hamon et le droit commun.

982. La loi Hamon²⁴⁸⁹ impose non seulement que les salariés soient informés de la cession de l'entreprise, mais aussi qu'ils aient le droit de présenter une offre.²⁴⁹⁰ Toutefois, cette obligation a un champ d'application précis. Elle ne s'applique pas aux entreprises placées en procédure de conciliation, de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire régies par le livre VI du code de commerce.²⁴⁹¹ Une offre reçue dans le cadre de la conciliation n'est pas de nature à être soumise à cette loi. Quant au mandat *ad hoc*, on peut penser, en s'accrochant à l'esprit de cette loi, que celle-ci ne s'appliquera pas toutes les fois que l'offre qui y a été reçue ne sera effective que dans le cadre d'une procédure collective ouverte à cet effet. En revanche, lorsque cette même offre est destinée à être passée *in bonis*, sans avoir donc à être adoptée lors d'une phase judiciaire, la loi Hamon s'appliquera, sauf dans le cas où cette cession *in bonis* intervient dans le cadre d'une conciliation subséquente à un mandat *ad hoc*.
983. Sur le terrain du droit commun, le code de travail à vocation à s'appliquer au chef d'entreprise engagé dans une procédure amiable de conciliation ou de mandat *ad hoc*. Aussi, lorsqu'un *prepack*-cession vise une cession totale ou partielle de l'entreprise, le chef d'entreprise est tenu par l'obligation d'information et de consultation à l'endroit des institutions représentatives du personnel. L'employeur doit informer et consulter le comité d'entreprise sur « *les modifications économiques ou juridiques de l'entreprise, notamment en cas de cession, de fusion et de modification importante des structures de production de l'entreprise, ainsi que lors de l'acquisition ou de la cession de filiales au sens de l'article L.233-1 du code de commerce* ».²⁴⁹²

²⁴⁸⁹ L. n°2014-856 du 31 juill. 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, *JORF* n°0176 du 1^{er} août 2014, p. 12666, texte n°02.

²⁴⁹⁰ Art. L.141-23, c. com. pour les entreprises de moins de 50 salariés et L. 141-28, c. com. pour les entreprises employant entre 50 à 249 salariés.

²⁴⁹¹ Art. 141-25, c. com. pour les entreprises de moins de 50 salariés et L. 141-32, c. com. pour les entreprises employant entre 50 et 249 salariés.

²⁴⁹² Art. L.2323-19, c. trav.

De même, le code du travail impose une obligation d'information et de consultation du comité d'entreprise avant « le dépôt au greffe d'une demande d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ». ²⁴⁹³ Ce texte n'a cependant pas parlé de cette obligation en amont de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. La cession pré-arrangée pourrait donc, au regard du droit commun, nécessiter l'accomplissement de cette obligation d'information et de consultation dans le cadre de la conciliation surtout en cas d'homologation de l'accord ²⁴⁹⁴. Une offre de cession conçue dans des conditions moins rigoureuses, telles que décrites précédemment, peut être finalisée dans le cadre de cette même phase amiable avant que le débiteur ne demande l'ouverture de la procédure judiciaire devant l'appliquer en cas d'une adoption. Pour ce faire, des conditions doivent être respectées. Parmi ces conditions, figure le respect d'un délai de présentation. Cependant concernant une offre *prepack* ²⁴⁹⁵, cette exigence peut être passée outre.

II. Le délai de présentation des offres de reprise classique et *prepack*

984. La cession judiciaire classique et celle pré-arrangée ne sont pas soumises au même régime ; la première est régie par le code de commerce, tandis que la seconde l'est par le droit commun des contrats. La différence tient à la rapidité voulue par le législateur dans le cadre d'une cession pré-négociée. Cette dernière se présente comme une dérogation à la cession classique. Le délai de présentation d'une offre de reprise classique (A) diffère de celle d'une offre de reprise *prepack* (B).

A. L'offre de reprise classique

985. La présentation de toute offre de reprise, dans une cession classique, notamment en redressement judiciaire et en sauvegarde, n'est envisageable que lorsque la procédure est ouverte ²⁴⁹⁶. Au regard des éléments à sa disposition sur l'entreprise en difficulté, et lorsqu'il estime que la cession totale ou partielle de cette entreprise est envisageable, le tribunal autorise

²⁴⁹³ Art. 2323-44, c. trav.

²⁴⁹⁴ Art. L.611-8-1, c. com. tel que modifié par l'ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3., et L.611-9 du même code.

²⁴⁹⁵ Offre reçue au cours de la phase amiable.

²⁴⁹⁶ Art. L.631-13, c. com.

la poursuite de l'activité et fixe le délai dans lequel les offres de reprise doivent parvenir au liquidateur ou à l'administrateur s'il en a été désigné un.²⁴⁹⁷

986. Le délai de présentation de l'offre en redressement judiciaire est fixé par l'administrateur judiciaire.²⁴⁹⁸ Il en était de même sous l'empire des anciens textes.²⁴⁹⁹ Un délai minimal de quinze jours doit séparer la réception des offres et l'audience au cours de laquelle le tribunal statue.²⁵⁰⁰ La loi de sauvegarde des entreprises comporte, sur ce point, une incohérence en ce que cette règle n'est pas applicable lorsque la cession est initiée au cours d'une procédure de liquidation judiciaire où le délai est fixé par le tribunal.²⁵⁰¹
987. Par ailleurs, la question peut se poser de savoir si une offre, présentée hors de ce délai de quinze jours, peut être retenue ? Cela devrait être possible sous réserve de deux conditions. D'abord, il pourra en être ainsi si l'administrateur judiciaire n'a pas encore établi son rapport définitif sur la réception des offres ; en ce cas, un renvoi de l'audience d'examen des offres peut être envisagé conformément au quatrième alinéa de l'article R.642-1 du code de commerce. Ce renvoi est à considérer alors comme un prolongement du délai de réception des offres²⁵⁰², en vue d'améliorer les offres. Ensuite, d'une part, il faudrait que le report s'inscrive dans l'intérêt de la procédure, c'est-à-dire la valorisation de la cession de l'entreprise en difficulté et, d'autre part, les créanciers, qui avaient préalablement présenté leurs offres, doivent nécessairement être informés du report, afin qu'ils puissent, s'ils le souhaitent, améliorer ces offres.
988. Toutefois, si les offres reçues en application de l'article L.631-13 (possibilité pour les tiers de présenter une offre de reprise à l'administrateur judiciaire) ou formulées dans le cadre des démarches effectuées par le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur remplissent les conditions de forme et de fond, le tribunal peut décider de ne pas fixer un nouveau délai de présentation des offres²⁵⁰³. Il est supposé, en ce moment, que les démarches menées par le conciliateur/mandataire *ad hoc* se sont avérées suffisantes pour assurer la concurrence entre les candidats. Cette exception est une conséquence directe de l'adoption du *prepack-cession*.

²⁴⁹⁷ Art. L.642-2, I, c. Com.

²⁴⁹⁸ Art. R. 631-39, c. com.

²⁴⁹⁹ Art. L.621-85, c. com.

²⁵⁰⁰ Art. R. 631-39, al. 3, c. com.

²⁵⁰¹ Art. L.642-1, c. com.

²⁵⁰² Ce délai ne relève pas d'un ordre public, il y a donc une flexibilité acceptable dans l'intérêt du redressement de l'entreprise.

²⁵⁰³ Art. R.642-1, al. 3, c. com.

B. L'offre de reprise *prepack*

989. Dans le cadre d'une cession pré-arrangée, les offres de reprise sont reçues et discutées en phase amiable par le conciliateur/mandataire *ad hoc*²⁵⁰⁴. Ensuite, le débiteur demande l'ouverture d'une procédure judiciaire pour la réalisation de la cession²⁵⁰⁵. A ce stade, le tribunal peut décider de ne pas fixer un délai pour la réception de nouvelles offres (non *prepack*), s'il estime que celles reçues dans le cadre des procédures de mandat *ad hoc* ou de conciliation sont satisfaisantes²⁵⁰⁶. Les textes ont construit des garde-fous pour l'assurance d'un réel appel d'offres, sous la responsabilité de l'administrateur judiciaire et le contrôle du ministère public. En effet, lorsque le tribunal ne fixe pas de date limite de dépôt des offres, de nouvelles offres de reprise peuvent être présentées à l'administrateur ou au liquidateur jusqu'à huit jours ouvrés avant l'audience d'examen des offres²⁵⁰⁷. Si une offre de reprise présentée dans ce cadre est rejetée, aucun recours en cassation ne peut être formé, sauf par le ministère public, et en cas d'excès de pouvoir²⁵⁰⁸. Cependant, ce délai de huit jours peut-il permettre l'information-consultation des institutions représentatives du personnel si le plan de cession devra prévoir des licenciements ? Difficile d'y croire. Certainement la pratique en dira plus.
990. Outre ce constat, ces garde-fous traduisent l'hésitation du législateur à entièrement privatiser la cession dans le cadre de la conciliation et du mandat *ad hoc*. Au regard du contexte politique actuel, on ne peut que comprendre cette hésitation étant donné que les principaux acteurs de la vie politique prônent les vertus de la transparence²⁵⁰⁹. C'est dans ce sens d'ailleurs que la loi²⁵¹⁰ dite Florange prévoit l'information des représentants du comité d'entreprise, des délégués du personnel ou du représentant des salariés, de la possibilité de présenter une offre de reprise²⁵¹¹. Cela signifie que le chef d'entreprise, en collaboration avec le conciliateur ou le mandataire *ad hoc*, a intérêt à faire participer toutes les parties pouvant être intéressées aussi bien lors de la mise en place du projet de cession en phase amiable qu'une fois sur le terrain de la procédure collective.

²⁵⁰⁴ Art. L.611-7, c. com.

²⁵⁰⁵ *id.*

²⁵⁰⁶ Art. R.642-1, al. 3, c. com.

²⁵⁰⁷ *id.*

²⁵⁰⁸ Com. 13 oct. 2015, n°14-11.953, NP.

²⁵⁰⁹ V. M. BEHAR-TOUCHAIS, « Transparence et concurrence », *Rev. Lamy de la concurrence*, oct./nov. 2007, n°13.

²⁵¹⁰ L. n°2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle, *JORF* n°0077 du 1er var. 2014, p. 6227, texte n°03.

²⁵¹¹ Art. L.631-13, c. com.

991. Lorsque la mission du mandataire *ad hoc* ou du conciliateur consiste à organiser une cession totale ou partielle de l'entreprise, ceux-ci rendent compte au tribunal des démarches effectuées en vue de recevoir des offres de reprise, nonobstant les dispositions de l'article L.611-15 du code de commerce relatives à la confidentialité à laquelle toute personne participant à la conciliation est tenue. Afin de moraliser la procédure, et donc d'assurer la protection de l'intérêt général, l'avis du ministère public est recueilli, lorsque l'offre a été reçue par eux²⁵¹². Ce sont des garde-fous mis en place par l'ordonnance du 12 mars 2014²⁵¹³. Exceptionnellement, le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur peuvent être désignés administrateurs judiciaires dans la procédure judiciaire subséquente. Cet allègement traduit le souci et l'impérieux besoin d'accélérer la procédure de cession et présente, à cet égard, un gain réel en temps. C'est d'ailleurs l'un des objectifs recherchés par le législateur en adoptant le *prepack-cession*²⁵¹⁴. C'est dans ces conditions, en phase amiable, qu'à la manifestation d'une intention de reprise, par suite de la recherche menée par le conciliateur/ mandataire *ad hoc*, les parties s'attendent aussi tôt à la détermination des éléments importants du projet de cession.

Paragraphe III. La finalisation de la cession pré-arrangée en phase amiable

992. Une fois que la demande de cession a rencontré l'offre de reprise, il peut être question de finaliser le projet de cession. Les démarches qu'effectue le conciliateur/mandataire *ad hoc* visent non seulement à trouver un repreneur potentiel, mais aussi à déterminer avec ce dernier, les principaux éléments de ce projet. En ce sens, il sera question notamment des éléments à céder, du sort des contrats de travail, de l'état de l'actif et du passif de l'entreprise. Pour ce faire, il reviendra au futur acquéreur de mener des démarches et actions devant lui permettre d'évaluer la valeur de l'entreprise. Dans une telle situation, très souvent, cette dernière n'est pas valorisée. Cette situation est toutefois préférable à celle où le prix est judiciairement arrêté.
993. Plus essentiellement, cette finalisation comprendra la fixation du prix de cession (I). Une cession ficelée à l'amiable engendre plusieurs avantages (II).

²⁵¹² Art. L.642-2, c. com.

²⁵¹³ Ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

²⁵¹⁴ G. AZAM, « Le prepack-cession FRAM : expérience et enseignements », *Alta-Juris international*, 4 avr. 2016, article consulté le 25 nov. 2017.

I. Le prix de la cession

994. Puisque c'est de l'aliénation de l'entreprise il est question, son prix est forcément le point d'achoppement. Curieusement, le code de commerce n'en a pas déterminé le régime de fixation et ce, ni dans le cadre de la cession totale ou partielle d'entreprise (redressement judiciaire ou sauvegarde), ni dans le cadre de la vente des actifs (liquidation judiciaire). Néanmoins, aux termes de l'article L.642-2 du code de commerce, toute offre de reprise doit contenir un prix, des modalités de son règlement, de la qualité des apporteurs de capitaux et, le cas échéant, de leurs garants ; si l'offre recourt à un emprunt, elle doit en préciser les conditions, en particulier la durée. Il en résulte que la fixation du prix de la cession relève d'un accord négocié entre le cédant et le cessionnaire sur la base de la valeur estimée de l'entreprise ou de la branche d'activité à céder. Le droit commun, cependant, impose que l'objet de la vente soit déterminé ou déterminable²⁵¹⁵.
995. L'importance du prix de la cession détermine le caractère sérieux de cette dernière²⁵¹⁶. C'est pourquoi, la question s'est longtemps posée de savoir si les tribunaux devaient accepter une cession dont le prix ne pourrait pas désintéresser les créanciers ? Majoritairement, de nombreux juges du fond ont réagi par l'affirmative, suivant le fait que rien, dans les textes de loi, ne dit que le cessionnaire, dans une cession consentie dans le cadre du redressement judiciaire de l'entreprise, devrait payer l'intégralité du passif²⁵¹⁷ ; que certains textes impliquent la possibilité d'une insuffisance de prix, notamment ceux qui envisagent de ne pas vérifier les créances chirographaires, s'il apparaît que le prix de la cession sera absorbé par les créances privilégiées et les frais de justice²⁵¹⁸. En application de l'ancien article 81 de la loi du 25 janvier 1985²⁵¹⁹, la Cour de cassation a consacré cette jurisprudence dans un arrêt du 26 juin 1990, en disant qu'un plan de cession pouvait être valablement arrêté, même s'il ne permettait pas le règlement intégral des créanciers²⁵²⁰. Certains tribunaux ont estimé qu'il n'était pas possible d'arrêter un plan de cession lorsqu'il ne désintéresse pas les créanciers et ce, même si l'offre

²⁵¹⁵ Art. 1163, c. civ.

²⁵¹⁶ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2016, p.821.

²⁵¹⁷ Versailles, 9 juill. 1986, *Gaz. Pal.* 1986, II, p. 436, note D. CALMELS ; Aix-en-Provence, 2 oct. 1986, *D.* 1987, somm. p.9 et 10, obs. F. DERRIDA ; Toulouse, 16 févr. 1987, *LPA*, 1988, n°74, p.5, obs. F. MACORIG-VENIER ; Trib. com. Paris 16 avr. 1986, *Gaz. pal.* 4/5 juin 1986, obs. ANNICHIARICO ; Trib. com. Nanterre, 22 mai 1986, *Gaz. pal.* 1986, 2, p.435, note D. CALMELS.

²⁵¹⁸ Art. L.644-3, c. com.

²⁵¹⁹ Art. L.621-83, c. com.

²⁵²⁰ Com. 26 juin 1990, *BRDA* 31.8. 90, n°15, p.14, *JCP E* 1991, 335, obs. M. CABRILLAC et Ph. PETEL ; *Rev. proc. coll.* 1991, p. 320, note B. SOINNE.

présente un intérêt économique certain²⁵²¹. Sous l'empire de la loi de sauvegarde, la question ne s'est plus posée puisque la cession a lieu dans un cadre liquidatif ; les juges n'ont pas à décider la cession afin d'éviter la liquidation²⁵²².

996. S'agissant de la fixation du prix de la cession, en pratique, plusieurs méthodes sont utilisées : l'évaluation par comparaison, l'évaluation par les bénéfices, l'évaluation par référence aux valeurs antérieures, l'évaluation à travers les barèmes fiscaux par secteur d'activité.
997. L'évaluation par comparaison se réfère à des cessions semblables par leur nature, leur état, leur situation et leur importance. Cette méthode requiert des conditions matérielles, économiques et juridiques de comparaison entre l'entreprise à estimer et les termes de référence. L'évaluation par les bénéfices consisterait à appliquer aux bénéfices des trois dernières années un coefficient multiplicateur, tiré non pas d'un barème, mais d'un diagnostic qualitatif. Quant à l'évaluation par référence aux valeurs antérieures, elle consisterait à appliquer aux valeurs antérieures du fonds de commerce, par exemple, des coefficients de correction censés tenir compte de différents paramètres d'évolution tels que l'inflation, l'évolution commerciale du fonds de commerce. Concernant la méthode relative aux barèmes fiscaux par secteur d'activité, elle se référerait, soit au bénéfice, soit au chiffre d'affaires et consiste à appliquer aux résultats moyens des trois dernières années d'exploitation des correctifs établis en barème. Quelle que soit la méthode utilisée, quelques exigences légales doivent être respectées (A), afin de préserver les intérêts des créanciers souvent sacrifiés (B).

A. Les exigences légales de la fixation du prix de cession

998. Le prix de cession ainsi que ses modalités de règlement constituent le point névralgique d'une offre de reprise. Ils doivent être déterminés²⁵²³. Si les textes ne définissent pas les modalités de sa fixation, il a été tout de même jugé que cette fixation s'entend hors taxes ; cette technique

²⁵²¹ Orléans, 5 janv. 1993, *Rev. proc. coll.* 1993, p. 505, obs. B. SOINNE ; v. aussi obs. B. SOINNE, *Rev. proc. coll.* 1994, p.223 sur le fait que le prix doit nécessairement être sérieux.

²⁵²² Trib. com., Paris, 20 mai 1986, *JCP* 1986, n°20658, note Y. CHAPUT ; Lille, 10 mars 1989.2, p. 192, n°27, obs. B. SOINNE ; 27 mai 1989, *Rev. proc. coll.* 1990.2, p.159, obs. P.-M. LE CORRE.

²⁵²³ Art. L.642-2, c. com.

s'inscrit dans le cadre de l'usage entre commerçants²⁵²⁴. Les droits d'enregistrement sont aussi assis sur le prix²⁵²⁵.

999. Il faut dire que la détermination de la valeur d'une entreprise en difficulté n'est pas un exercice facile. En effet, les méthodes d'évaluation traditionnelle, évoquées précédemment, sont difficilement applicables lors de la défaillance de l'entreprise. Elles ne cadrent pas d'ailleurs avec une société en cessation des paiements. Il revient au candidat à la reprise de faire une estimation des actifs de l'entreprise cédée en fonction de critères qui lui sont propres. Plusieurs aspects influent négativement sur la valeur de l'entreprise à céder. Le besoin de financement en fonds de roulement de l'entreprise cédée fait partie du coût de l'opération, ce qui a un impact sur la valorisation des actifs réalisée par le candidat. Les difficultés d'obtention de financement à cause de la crise financière peuvent aussi influencer sur la valorisation de l'entreprise ou des actifs à céder. De plus, d'une part, le code de commerce oblige le cessionnaire à supporter certains éléments du passif du débiteur. C'est ainsi qu'il devra assumer la charge des sûretés immobilières et mobilières spéciales garantissant le remboursement d'un crédit consenti à l'entreprise pour lui permettre le financement d'un bien sur lequel portent ces sûretés. Il est en conséquence appelé à acquitter entre les mains du créancier les échéances convenues avec ce dernier et qui restent dues à compter du transfert de la propriété²⁵²⁶. Toutefois, il peut être dérogé à cette règle par accord consensuel entre le cessionnaire et les créanciers titulaires de ces sûretés²⁵²⁷. D'autre part, dans le cadre de la 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 avec les parties ou, à défaut, par le tribunal à la date de la cession²⁵²⁸. Autrement dit, le cessionnaire qui estime que le maintien d'un crédit-bail est nécessaire à la poursuite de l'activité obtiendra du tribunal le transfert du contrat. Lorsqu'il voudra lever l'option d'achat en fin de contrat, en vertu de l'article L.642-7 du code de commerce, il devra régler la totalité des sommes (créances) échues du crédit-bailleur, c'est-à-dire l'arriéré au jour de l'ouverture de la procédure collective (redressement judiciaire propre

²⁵²⁴ Com. 9 janv. 2001, n°97-22.212, *Bull. civ.* IV, n°8 ; *JCPE* et A 2001, pan. 349 ; *LPA* 13 juin 2001, p. 11, note B. LAGARDE.

²⁵²⁵ Com. 7 avril. 1998, n°96-15.069, *Bull. civ.* IV, n° 128 ; *Act. proc. coll.* 1998/1, n°13 ; *Rev. proc. coll.* 2001, 81, n°25.

²⁵²⁶ Art. L.642-12, al. 4, c. com.

²⁵²⁷ *id.*

²⁵²⁸ Art. L.642-7, al. 5, c. com.

à la cession d'entreprise et non la liquidation judiciaire qui correspond à la vente des actifs du débiteur) et dans la limite de la valeur du bien.

1000. Il en résulte qu'il est nécessaire de convenir de la valeur des biens. De cette manière, la bonne gestion du prix ainsi que des charges augmentatives (reprise de congés payés, transfert d'un prêt par exemple) permettra au candidat à la reprise de bien utiliser l'enveloppe dont il dispose avec deux avantages significatifs : le transfert d'un prêt ou des congés payés ne sont payables qu'à terme et non à la signature de l'acte. C'est-à-dire que le prêt transféré reste à échoir et qu'il suffit de respecter l'échéancier mis en place, ce qui signifie qu'une partie du prix n'est pas à financer immédiatement. Aussi, les charges augmentatives constitueront des charges d'exploitation et non d'immobilisation, ce qui est aussi plus intéressant sur le plan fiscal.

1001. La négociation du prix de la cession reste très complexe. Par exemple, en amont de la décision du tribunal, l'administrateur judiciaire indique aux candidats les points qu'il conviendrait d'améliorer, afin d'éviter un prix dérisoire qui ne ferait ni les affaires du cédant, ni celles des créanciers. Cependant le juge n'a, in fine, que le pouvoir de rejeter le plan de cession, s'il estime que l'offre ne satisfait pas aux critères légaux, mais jamais il ne peut imposer au cessionnaire des engagements que celui-ci n'a pas souscrits. Les marges de manœuvre du tribunal et du mandataire judiciaire s'en trouvent donc limitées. Parmi ces critères légaux, le tribunal s'intéresse plus particulièrement au nombre de salariés dont les contrats de travail sont maintenus. Il s'intéresse également au caractère sérieux de la cession en tenant compte du montant de son prix ; mais la prise en charge des éléments du passif conduit souvent le candidat à la reprise de réduire corrélativement la valorisation de l'entreprise ou des actifs. Toutefois, si le caractère entièrement contractuel du *prepack*-cession permet de minimiser ce risque. Il n'en demeure pas moins que la faible valorisation du prix, consécutive à sa difficile détermination, produit un effet négatif quant au paiement des créanciers. Ces derniers étaient fortement sacrifiés²⁵²⁹ avant la reconnaissance législative de la cession pré-arrangée.

B. Le sacrifice des créanciers

1002. Le droit français des procédures collectives a connu une évolution très fluctuante. L'économie de marché ainsi que le système financier reposent sur l'endettement en tant que mode généralisé

²⁵²⁹ E. SIMON-MICHEL, « L'altération des droits des créanciers », in *IMODEV*, vol. 1, 2017, extrait lu le 26 nov. 2017.

de financement des activités économiques²⁵³⁰. Ce droit ne fait pas exception à ce facteur. D'un droit soucieux des intérêts des créanciers, victimes de l'insolvabilité de leur débiteur et dont l'intitulé « droit de la faillite » avait une résonance d'injure dans l'imaginaire populaire, la France est passée à un droit des entreprises en difficulté dont le souci est la sauvegarde de l'entreprise²⁵³¹, fût-ce au prix sacrificiel des créanciers. C'est pourquoi, lorsque la cession d'une entreprise est envisagée, les créanciers nourrissent peu d'espoir de récupérer la totalité de leurs créances. En cause, le repreneur a naturellement tendance à moins valoriser les actifs, ce qui les désavantage d'une part. A cela s'ajoute la demande tardive de la protection judiciaire par le dirigeant à cause du caractère infamant de la faillite, ce qui provoque une incidence néfaste sur la valeur des actifs ; les délais incompressibles de la procédure collective qui augmentent le passif d'autre part. La cession pré-négociée, depuis son instauration, permet de réduire ces risques liés au remboursement dérisoire des créanciers. En dépit de cette innovation, force est de constater qu'ils ne sont pas tout à fait à l'abri.

1003. La cession d'entreprise doit permettre de maintenir les activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif²⁵³². Le tribunal retient l'offre susceptible de permettre dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement possible l'emploi attaché à l'ensemble cédé, le paiement des créanciers et qui présente les meilleures garanties d'exécution²⁵³³. La bonne volonté du législateur de préserver les intérêts des créanciers n'est cependant toujours pas forcément satisfaite. Même si la cession permet la réintroduction des actifs du débiteur dans le circuit économique et la sauvegarde de certains emplois, il en résulte cependant que les créanciers sont très souvent désavantagés. En effet, il est difficile de déterminer ce qui doit être cédé dans le cadre de la cession à cause des nombreux termes²⁵³⁴ employés dans les textes : le livre VI du code de commerce parle de cession de l'entreprise, de fonds de commerce, d'actifs ou encore de cession de branches

²⁵³⁰ J. HILAIRE, « Le phénomène d'endettement dans les entreprises et la révolution industrielle », in Y. Chaput, *L'apurement des dettes - Solution au surendettement, étude du C.R.E.D.A.*, éd., Litec, n°83, p. 45.

²⁵³¹ V. A. JACQUEMONT et Alii, *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd., LexisNexis, 2017, p. 11 et s.

²⁵³² Art. L.642-1, c. com.

²⁵³³ Art. L.642-5, c. com.

²⁵³⁴ O. BUISINE, « Le prepack cession : une alternative au plan de cession », *Rev. Banque*, 27/03/2012, n°747.

d'activités ; la loi du 15 juin 2010²⁵³⁵ et l'ordonnance du 9 décembre 2010²⁵³⁶ évoquent le patrimoine affecté ; le code du travail parle d'entité économique autonome. Or, ces notions ne recouvrent pas le même sens et le cessionnaire ne signe pas une obligation de payer le passif du cédant, sauf dans le cas du transfert de la charge des sûretés²⁵³⁷ et le paiement des congés payés acquis²⁵³⁸. Il doit seulement payer le prix de la cession et la jurisprudence n'oblige pas que tout le passif soit payé sur ce prix²⁵³⁹. Il en découle qu'il ne s'agit que d'une cession de l'actif et non d'une cession de parts sociales ou d'actions qui se caractérise au contraire par la reprise de l'ensemble du patrimoine d'une société (constituée d'actifs et de dettes)²⁵⁴⁰. Dans ce clair-obscur législatif, il est difficile que les créanciers connaissent meilleur sort. Il faut dire que tout cela est la conséquence du choix effectué par le législateur de 1985²⁵⁴¹, confirmé par la loi de sauvegarde²⁵⁴², de priver les créanciers de leur droit de poursuite²⁵⁴³ : il s'est agi de permettre le rebond des chefs d'entreprise qui ne doivent plus être entravés par leur passif antérieur. Toutefois, comme cela a été dit plus tôt, plusieurs avantages restent liés à la préparation de la cession en amont d'une procédure amiable pour toutes les parties.

II. Les avantages liés au *prepack*-cession

1004. Les procédures de conciliation et de mandat *ad hoc* deviennent, au fil des réformes, le cadre de préparation des différentes procédures judiciaires, ce que ce soit pour une cession ou pour avoir accès à l'une des sauvegardes accélérées. Dans le cadre de la cession d'entreprise, transfigurée par la dernière réforme, l'ordonnance des 12 mars 2014²⁵⁴⁴ n'a pas posé de conditions supplémentaires à la finalisation du *prepack*-cession dans le cadre de la phase amiable. L'aspect

²⁵³⁵ L. n°2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, *JORF* n°0137 du 16 juin 2010, p. 10984.

²⁵³⁶ Ord. n°2010-1512 du 9 déc. 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, *JORF* n°0286 du 10 déc. 2010, p. 21617.

²⁵³⁷ Art. L.642-12, al. 4, c. com.

²⁵³⁸ Art. L. 1224-1, c. trav.

²⁵³⁹ Versailles, 9 juill. 1986, *Gaz. Pal.* 1986, II, p. 436, note D. CALMELS ; Aix-en-Provence, 2 oct. 1986, *D.* 1987, somm. p. 9 et 10, obs. F. DERRIDA ; Toulouse, 16 févr. 1987, *LPA*, 1988, n°74, p. 5, obs. F. MACORIG-VENIER ; Trib. com. Paris 16 avr. 1986, *Gaz. pal.* 4/5 juin 1986, obs. ANNICHIARICO ; Trib. com. Nanterre 22 mai 1986, *Gaz. pal.* 1986, 2, p. 435, note D. CALMELS.

²⁵⁴⁰ O. BUISINE, « Le prepack cession : une alternative au plan de cession », *Rev. Banque*, 27/03/2012, n°747.

²⁵⁴¹ L.n° 85-98 du 25 janv. 1985 relative au redressement judiciaire et à la liquidation judiciaire, *JORF* du 26 janv. 1985, p. 1097.

²⁵⁴² L. n° 2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n°173, p. 12187, texte n°5.

²⁵⁴³ Art. L. 643-11, c. com.

²⁵⁴⁴ Ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n° 0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

entièrement contractuel du projet de plan de cession pré-arrangé offre d'importants avantages tant au cessionnaire qu'aux créanciers. Si certains sont liés à la nature amiable de la procédure (A), d'autres ont trait à l'homologation ou à la constatation de l'accord de conciliation (B).

A. Les avantages inhérents à toute procédure amiable

1005. Régies par les articles L.614-4 et suivants et L. 611-3 du code de commerce, les procédures amiables de conciliation et de mandat *ad hoc* constituent un terrain contractuel. De ce fait, et dans le cadre d'un *prepack*-cession, elles bénéficient relativement à toutes les parties. Il n'y a aucune mesure d'inaliénabilité²⁵⁴⁵, et l'acquéreur est libre, sauf stipulation contraire, de vendre tout ou partie de son entreprise, voire élément par élément. La garantie solidaire que la loi impose en procédure collective, en cas de substitution entre l'auteur de l'offre et celui qui reprendra finalement l'entreprise, est inopérante²⁵⁴⁶. Les règles de droit civil et de droit des sociétés peuvent décharger l'auteur de l'offre de toute obligation, sauf stipulation contraire²⁵⁴⁷.
1006. Le premier bénéficiaire est le débiteur qui, désireux de céder tout ou partie de son entreprise, peut anticiper autant que faire se peut, afin d'éviter les méfaits de la période d'observation de la procédure collective : découragement des collaborateurs, perte des fournisseurs et clients. Il bénéficie du temps nécessaire pour négocier en toute tranquillité les offres et préparer au mieux la procédure judiciaire. Ce qui ne serait pas le cas lorsque la préparation de la cession se faisait dans un cadre judiciaire,²⁵⁴⁸ où le débiteur et l'administrateur judiciaire sont dans une course contre la montre.
1007. Quant à l'éventuel repreneur, sauf stipulation contraire, il choisit les contrats fournisseurs qu'il veut reprendre, les catégories professionnelles qu'il veut maintenir, ce sans supporter les frais de licenciement des salariés non repris, ceux-ci revenant à la charge du cédant. Le repreneur ne prend aucun passif sauf dans le cas des biens compris dans la cession et qui sont grevés de sûretés spéciales. Dans cette hypothèse, le repreneur devra honorer les échéances contractuelles prévues avec le titulaire de ces sûretés²⁵⁴⁹. Par ailleurs, le repreneur peut incorporer des charges liées à la reprise en vue de parfaire son offre.

²⁵⁴⁵ Art. L.642-9, al. 1^{er} et 2 et L.642-10, c. com.

²⁵⁴⁶ Art. L.642-9 al. 3, c. com., C. VINCENT, « Portée de la garantie de l'auteur d'une offre de reprise assortie d'une faculté de substitution », *D.* 2004. 686 ; com. 16 sept. 2014, n°13-17.189, *D.*2014.1869, *Bull. Joly* 2015.21.

²⁵⁴⁷ C. VINCENT, « La substitution dans le plan de cession », *LPA*, 25 nov. 1998, p. 12.

²⁵⁴⁸ Le temps est limité et correspond à la période d'observation.

²⁵⁴⁹ Art. L. 642-12, al. 3, c. com.

1008. Quant aux créanciers du débiteur en difficulté, ils ne seront pas payés sur le seul prix de la cession. L'accord auquel les parties parviennent peut comporter des abandons de crédit en tout ou partie ou des accords de délais de paiement. Ce genre d'accord bénéficie naturellement au débiteur. Les créanciers non signataires gardent tous leurs droits envers le débiteur ou le repreneur. A ce stade, aucun texte n'interdit le droit de surenchère ni les droits de péremption, pourtant inopérants en procédures collectives²⁵⁵⁰. Ces mesures qui peuvent profiter aux créanciers vont à l'encontre des intérêts du cessionnaire. En dehors de ces avantages, l'homologation ou la constatation de l'accord, dans le cadre de la conciliation, peuvent en générer d'autres.

B. Les avantages liés à l'accord de conciliation homologué ou constaté

1009. Dans la procédure de conciliation, la cession reste marquée par les effets et les avantages d'une négociation amiable. Dans le cadre du mandat *ad hoc*, l'accord trouvé ne bénéficie d'aucune protection judiciaire ; il peut être frappé de nullité d'une éventuelle période suspecte²⁵⁵¹. Il importe de rappeler que certains effets de l'accord homologué ont été étendus à l'accord simplement constaté²⁵⁵² par l'ordonnance du 18 décembre 2008.²⁵⁵³ Il en est ainsi, à titre d'exemple, de l'arrêt des poursuites individuelles et de la mise en œuvre d'une voie d'exécution, de la levée d'interdiction de l'émission d'un chèque. Cependant, le privilège de new money n'est accordé que dans le cadre de l'accord homologué. Lorsque l'accord de conciliation est homologué, le contrôle du tribunal s'exerce et concerne les conséquences de l'accord sur la cessation des paiements du débiteur, la pérennité de l'entreprise et la sauvegarde des intérêts des créanciers non signataires.²⁵⁵⁴ L'homologation apporte une sécurité supplémentaire à l'accord en le protégeant, sauf cas de fraude, des écueils de la période suspecte en cas de redressement ou de liquidation judiciaire à venir. Dans ces procédures, le tribunal ne pourra pas reporter la date de la cessation des paiements à une date antérieure à celle du jugement ayant homologué l'accord signé²⁵⁵⁵. Cela revient à dire qu'en cas de cession d'une

²⁵⁵⁰ Art. L.642-8, al. 2 et L.642-5, al. 4, c. com.

²⁵⁵¹ Parc que le tribunal peut reporter, en cas de procédure judiciaire subséquente, la date de la cessation des paiements antérieurement à la date de la signature de l'accord : art. L.631-18, c. com.

²⁵⁵² V. obs. F. MACORIG-VENNIER, *RTD com.* 2009, p. 444.

²⁵⁵³ Ord. n°2008-1345 du 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *JORF* n°0295 du 19 déc. 2008, p. 19462, texte n°29.

²⁵⁵⁴ Art. L.611-8, II, c. com.

²⁵⁵⁵ Est ainsi remise en cause la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation : art. L.631-8, c. com. ; de la manière la plus explicite, la Cour de cassation avait jugé que « *ni l'ordonnance ouvrant le règlement amiable, ni l'ordonnance suspendant les poursuites, n'ont d'autorité de la chose jugée quant à la date de cessation des*

entreprise dont le plan a été préalablement arrangé au cours d'une procédure de conciliation, un créancier y ayant participé sera rassuré de la couverture de cette entreprise contre la nullité de la période suspecte.²⁵⁵⁶ Cependant, les paiements de dettes échues pourraient être contestés par le biais d'une action paulienne, s'ils s'étaient réalisés avec des moyens inhabituels²⁵⁵⁷.

1010. De plus, la loi du 26 juillet 2005²⁵⁵⁸ a créé un privilège²⁵⁵⁹ au profit des créanciers qui ont apporté un concours financier ou fourni un bien ou un service dans le cadre de l'accord homologué²⁵⁶⁰. Ce privilège a été renforcé par l'ordonnance du 12 mars 2014²⁵⁶¹. En ce sens, l'article L.611-11 du code de commerce dispose qu'« *en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, les personnes qui avaient consenti dans le cadre d'une procédure de conciliation ayant donné lieu à un accord homologué {...} un nouvel apport en trésorerie en vue d'assurer la poursuite d'activité de l'entreprise et de sa pérennité, sont payées, pour le montant de cet apport, par privilège avant toutes les autres créances, selon le rang prévu au II de l'article L.622-17 et au II de l'article L. 641-13* ». Plus loin, le texte précise que « *les créanciers signataires de l'accord ne peuvent bénéficier directement ou indirectement de cette disposition au titre de leurs concours antérieurs à l'ouverture de la conciliation* » et qu'elle ne s'applique pas « *aux apports consentis par les actionnaires et les associés du débiteur dans le cadre d'une augmentation de capital* ». Dans la cadre du préarrangement d'un plan de cession, le débiteur peut avoir besoin de toute aide, surtout financière. Il peut ainsi en être déduit que le privilège s'applique aux apports faits en compte-courant par les associés²⁵⁶² ; qu'il bénéficie aux prêts pour le développement économique et social consentis par le CIRI dans le cas où celui-ci contribuerait à une solution

paiements » : com. 5 mai 2004, *D.* 2004, jur., p. 1594, obs. A. LIENHARD : *RTD com.* 2004 p. 590, obs. F. MACORIG-VENNIER ; com. 14 mai 2002, *JCP E* 2002, p. 131, note F. VINCKEL ; *Bull. civ.* IV, n° 87 ; Paris, 9 avr. 1999, n° 957, p. 761.

²⁵⁵⁶ Art. 1167, c. civ. : resterait la possibilité de la mise en oeuvre de l'action paulienne, L. S. LAGUIONI, note. sous civ 1^{re}, 29 mai 2013, n°13-16.541, *Bull. Joly* 2013, 298.

²⁵⁵⁷ Com. 1^{er} avr. 2008, n°07-11.911, *RTD com.* 2008, p.849, note F. MACORIG-VENNIER.

²⁵⁵⁸ L. n° 2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n°173, p. 12187, texte n°5.

²⁵⁵⁹ Il s'agit du privilège de *new money*, une qualification condamnée par la Cour de cassation, mais employée par l'art. L.622-15, c. com.

²⁵⁶⁰ F. MACORIG-VENNIER et C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La situation des créanciers dans la loi de sauvegarde des entreprises » *RD bancaire et fin.* 2006, n°2 ; P.-M. LE CORRE, « Le privilège de la conciliation », *Gaz. pal.* 7-8 sept. 2005, p. 50 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « La procédure de conciliation », *Rev. proc. coll.* 2006, p. 169.

²⁵⁶¹ Ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n° 0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

²⁵⁶² F. MACORIG-VENNIER, obs. in *RTD com.*, 2005, p. 536.

dans le cadre d'un protocole d'accord homologué.²⁵⁶³ Cependant, le privilège de la conciliation ne peut s'appliquer aux dettes antérieures.²⁵⁶⁴ Ce privilège incite les créanciers à jouer le jeu de la conciliation en leur donnant une priorité de paiement à la double condition qu'il s'agisse d'un nouvel apport en trésorerie ou de la fourniture d'un nouveau bien ou de service, qui aient pour but d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise.

1011. Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014 précédemment citée, ce privilège naît dès lors qu'un nouvel apport en trésorerie est consenti, à n'importe quel moment de la procédure et non plus seulement dans l'accord homologué. Le rang de ces créanciers est favorable puisqu'il prime celui des créanciers de la période d'observation et, dans la liquidation judiciaire, de certains créanciers antérieurs titulaires de sûretés.²⁵⁶⁵ La mesure apparaît incitative et favorise de façon opportune la conclusion d'un accord de conciliation quoiqu'elle soit considérée plus théorique que pratique²⁵⁶⁶ ; car les créanciers ne peuvent réclamer le paiement à l'échéance et leur privilège n'existe que si l'accord est homologué par le tribunal, toute chose qui en restreint l'utilité.²⁵⁶⁷

1012. Une vive controverse existe quant à la soumission ou non de ces créances au plan²⁵⁶⁸. Il semble que l'ordonnance du 12 mars 2014, citée plus haut, par suite de cette controverse, ait renforcé le privilège de la conciliation en interdisant l'imposition des délais de paiement, dans le plan, aux créanciers titulaires d'un tel privilège sans leur consentement²⁵⁶⁹. La loi du 18 novembre 2018²⁵⁷⁰ a levé toute équivoque sur cette question en indiquant clairement que les créanciers bénéficiaires du privilège de l'argent frais ne pouvaient être amenés à consentir, dans le cadre d'un plan de continuation, ni des remises, ni des délais²⁵⁷¹. Cette loi a, par ailleurs, mis un terme au doute qui tenait à l'information, par le chef d'entreprise, des représentants du personnel de

²⁵⁶³ Rapport d'activité du CIRI 2006, p. 23.

²⁵⁶⁴ Montpellier, 2^e ch. 2 févr. 2010, *JCP E* 2010, 1875, p. 32, obs. Ch. LEBEL.

²⁵⁶⁵ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd. LGDJ, 2016, p. 316.

²⁵⁶⁶ N. BORGA, note sous Trib. com., Paris, 5 déc. 2011, *LEDN*, févr. 2012, n°024, qui refuse le paiement provisionnel de l'art. L.643-3 du code de commerce à une banque ayant consenti un prêt dans le cadre d'une procédure de conciliation.

²⁵⁶⁷ N. LAURENT et O. ASSANT, « Bilan de l'efficacité de new money instauré par la loi de sauvegarde du 26 juill. 2005. La publicité du jugement de conciliation homologué a-t-elle tué ce privilège ? », *JCP*, 2008, I, 157.

²⁵⁶⁸ V. F. PEROCHON et F.-X. LUCAS, « Argent frais : paiement hors plan ou selon le plan ? », *BJE*, 2012, p.341.

²⁵⁶⁹ Art. L.626-20, al. 3, c. com.

²⁵⁷⁰ L. n°2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, *JORF* n°0269 du 19 nov. 2016, texte n°01.

²⁵⁷¹ Art. L.626-30-2, c. com. tel que modifié par L. n°2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, *JORF* n°0269 du 19 nov. 2016, texte n°01.

son intention de recourir à une procédure de conciliation²⁵⁷², ou du choix d'un mandataire *ad hoc*²⁵⁷³. Elle a aussi invité les tribunaux, lorsqu'un débiteur ne remplit pas les conditions d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, à demander à ce débiteur de recourir à la conciliation²⁵⁷⁴. Ces apports de la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle renforce l'attractivité des procédures amiables auprès des chefs d'entreprise, ce qui participe de la volonté du législateur de prévenir rapidement les difficultés des entreprises.

1013. A ces avantages, peut être ajoutée la levée de toute interdiction d'émettre des chèques par le débiteur du fait de l'homologation de l'accord²⁵⁷⁵. Le projet de plan de cession, préparé à l'amiable dans le cadre du mandat *ad hoc* ou de la conciliation, sous la houlette du conciliateur/mandataire *ad hoc*, sera exécuté lors d'une procédure judiciaire dont le débiteur devra demander l'ouverture. Dans le cadre du chapitre suivant, nous essayerons de démontrer la relation étroite qui peut exister entre la cession pré-arrangée et le procédé de passerelle entre la conciliation et la sauvegarde/règlement préventif.

Conclusion du chapitre 1

1014. En 2010, le droit français découvrait le système *prepack*-sauvegarde avec la procédure de sauvegarde financière accélérée. Voilà que l'ordonnance du 12 mars 2014, qui a réformé le droit des entreprises en difficulté, vient à son tour instaurer le *prepack*-cession ou la cession pré-arrangée qui permet la préparation de la cession d'une entreprise dans le cadre d'une procédure amiable, et de faire adopter ensuite le plan de cession dans le cadre d'une procédure judiciaire. L'intérêt est la rapidité de l'ensemble des opérations de la cession. Le conciliateur est chargé d'organiser cette cession. Si ce *prepack*-cession n'est pas formellement reconnu en droit OHADA, ce n'est pas à dire qu'on ne peut y recourir. Les droits français et OHADA divergent quant à la finalité assignée à la cession d'une entreprise en difficulté : pour le législateur français, il ne s'agit plus de céder l'entreprise afin de payer le passif du débiteur, mais de favoriser le redressement de ce dernier dans une autre main ; contrairement au droit OHADA où le règlement de la masse des créanciers est prioritaire.

²⁵⁷² Art. L.611-6, c. com. tel que modifié par L. n°2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXIème siècle, *JORF* n°0269 du 19 nov. 2016, texte n°01.

²⁵⁷³ Art. L.611-3, c. com. tel que modifié par L. n°2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, *JORF* n°0269 du 19 nov. 2016, texte n°01.

²⁵⁷⁴ Art. L.621-1, c. com. tel que modifié par L. n°2016-1547 du 18 nov. 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, *JORF* n°0269 du 19 nov. 2016, texte n°01.

²⁵⁷⁵ Art. L. 611-10-2, c. com.

Chapitre 2. La réalisation de la cession pré-arrangée dans un cadre judiciaire

1015. Le plan de cession préparé en phase amiable, sous l'égide du conciliateur ou du mandataire *ad hoc*, est adopté et appliqué lors d'une procédure judiciaire ouverte à cet effet²⁵⁷⁶. L'utilité de la procédure judiciaire pour sa réalisation réside dans le caractère autoritaire de celle-ci. Elle permet notamment de passer outre l'opposition de certains créanciers à signer l'accord trouvé pendant la phase amiable ; et en cas de pluralité d'offres, le tribunal intervient pour les départager.
1016. La procédure collective permet de sécuriser la cession conclue dans le cadre d'un accord de conciliation homologué. Un tel plan de cession, arrêté en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire, échappe à la période suspecte, contrairement à un accord simplement constaté. Il en est de même pour le plan de cession partielle²⁵⁷⁷ arrêté dans la procédure de sauvegarde car « *le jugement arrêtant le plan de cession en sauvegarde suppose l'absence de cessation des paiements* ». ²⁵⁷⁸ La procédure collective écourtée, grâce au plan négocié en phase amiable, se présente comme protecteur des actifs de l'entreprise en difficulté²⁵⁷⁹. Une procédure passerelle est idéale pour la réalisation d'une cession pré-arrangée compte tenu des délais d'adoption de plan qui sont réduits par rapport au droit commun.
1017. C'est dans les conditions édictées à l'article L.628-2²⁵⁸⁰ du code de commerce que le tribunal statue sur l'ouverture de la procédure judiciaire (Section 1). La procédure de réalisation de la cession peut être une des sauvegardes/le règlement préventif, le redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire (Section 2).

²⁵⁷⁶ Art. L. 611-17, al. 1, c. com.

²⁵⁷⁷ Art. 626-1, al. 2, c. com.

²⁵⁷⁸ B. SOINNE, « Brèves réflexions sur la nouvelle loi et son application au premier janvier (L. n°2005-845, 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises) », *Rev. proc. Coll.* 2015, 175 ; V. aussi G. WICKER, « La période suspecte après la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. Proc. Coll.* 2016, p. 12.

²⁵⁷⁹ Le conciliateur est néanmoins rémunéré pour la recherche d'un repreneur, art. L.611-26-2, c. com., créé par le décret n°2014-736 du 30 juin 2014.

²⁵⁸⁰ « *Le tribunal statue sur l'ouverture de la procédure après un rapport du conciliateur sur le déroulement de la procédure de conciliation et les perspectives d'adoption du projet de plan par les créanciers concernés {...}* ».

Section 1. L'ouverture de la procédure judiciaire de validation du projet de cession

1018. Quoique préparé dans le cadre d'une procédure amiable, le plan de cession pré-arrangé est arrêté selon le régime de la procédure judiciaire ordinaire²⁵⁸¹. Le tribunal s'appuie sur le rapport²⁵⁸² que doit lui faire l'administrateur judiciaire ou le liquidateur judiciaire (en pratique ex conciliateur/mandataire *ad hoc*) pour l'ouverture de la procédure. L'offre à retenir doit garantir le maintien et la pérennité de l'activité et de l'emploi, en plus de l'apurement du passif²⁵⁸³. Le projet de plan pré-arrangé se présente au tribunal avec une offre bien déterminée et qui, *a priori*, respecte les conditions judiciaires de son adoption ; un tel projet est prioritairement choisi ; c'est le sens du *prepack-cession*²⁵⁸⁴.
1019. C'est pourquoi, en statuant sur le plan (Paragraphe I), le tribunal vérifie que les conditions de forme et de fond sont respectées. Normalement, le plan de cession pré-négocié devrait être adopté. Cependant, son rejet reste une possibilité juridique (Paragraphe II).

Paragraphe I. L'arrêté du plan

1020. Le tribunal, saisi d'une demande d'ouverture d'une procédure judiciaire de réalisation de la cession pré-arrangée, ne sait pas en principe grand-chose du débiteur, hormis les informations contenues dans les pièces jointes à la demande. Cela tient au fait que le tribunal n'intervient pas dans le préarrangement de la cession.
1021. La conséquence en est qu'il ne peut prendre une décision sur la seule foi des pièces accompagnant la requête d'ouverture. D'où le besoin, pour lui, de s'informer et de mener des consultations avant d'arrêter un plan (I). Cela est d'autant nécessaire qu'il devra veiller à la protection des intérêts du cessionnaire (II).

I. La décision du tribunal

1022. Dans le contexte d'un plan de cession pré-arrangé, les démarches menées en amont par le conciliateur/mandataire *ad hoc* sont déterminantes pour l'arrêté du plan. Le tribunal doit²⁵⁸⁵ arrêter un plan de cession sur la base d'une offre sérieuse. Or, la notion d'offre sérieuse est

²⁵⁸¹ Art. L.611-17, al. 1^{er}.

²⁵⁸² IFPPC 1999; recomm. 3150-4, p. 84.

²⁵⁸³ Art. L.642-5, c. com.

²⁵⁸⁴ Art. L.642-2, al. 2, c. com.

²⁵⁸⁵ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017/2018*, 9^e éd., Dalloz Action, p. 1662.

difficile à préciser. Dans cette appréciation, les prérogatives du tribunal sont très larges, et les juridictions se livrent à un examen global²⁵⁸⁶ de l'offre. En d'autres termes, le tribunal devra tenir compte non seulement de la fermeté et de la solidité financière de l'offre de reprise, mais aussi de ses chances de réussite sur le plan social. Les juges s'attachent à la situation du marché, à l'importance des investissements, à la structure et à la compétence du personnel²⁵⁸⁷, au maintien de l'emploi et au règlement des créanciers²⁵⁸⁸.

1023. Les informations qui émanent essentiellement du liquidateur ou de l'administrateur - généralement ex conciliateur/mandataire *ad hoc* (A) - et les auditions permettent au tribunal d'arrêter un plan de cession (B).

A. L'information du tribunal

1024. Afin de pouvoir vérifier le caractère sérieux de l'offre et la qualité de tiers de son auteur, dans le respect des dispositions de l'article L. 642-3 du code de commerce, le tribunal s'appuie sur les éléments que lui fournissent le liquidateur ou l'administrateur. Ils devront lui transmettre toutes les informations permettant d'apprécier les conditions d'apurement du passif, notamment au regard des actifs résiduels à recouvrer ou à réaliser, des dettes de la période de la poursuite d'activité et, le cas échéant, des autres dettes restant à la charge du débiteur²⁵⁸⁹. Le nouvel acquéreur devra, lorsqu'il est tenu de le faire, fournir ses comptes annuels relatifs à ses trois derniers exercices ainsi que ses comptes prévisionnels²⁵⁹⁰. Sans préjudice des règles relatives à la publicité, tous ces éléments d'information sont communiqués au ministère public ainsi qu'au juge commissaire²⁵⁹¹. Une fois les informations nécessaires obtenues, le tribunal recueillera ensuite dans le cadre des auditions, les avis indispensables à sa prise de décision finale. Il s'agit essentiellement de l'avis du ministère public, du liquidateur ou de l'administrateur, du comité d'entreprise et des contrôleurs.

²⁵⁸⁶ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2016, p. 821.

²⁵⁸⁷ V. B. SOINNE, « La problématique du plan de cession », *Rev. proc. coll.* 1989, n°4, p. 463.

²⁵⁸⁸ Paris, 29 avr. 1988, BRDA, 15 juill. 1988, n°13 ; Versailles, 13^e ch. 26 oct. 1995, *Rev. proc. coll.* 1996, 468, n°46, obs. B. SOINNE.

²⁵⁸⁹ Art. L.642-4, al. 2, c. com.

²⁵⁹⁰ Art. 642-1, al. 1^{er}, c. com.

²⁵⁹¹ *ibid.*

B. La décision ayant arrêté le plan

1025. Sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985²⁵⁹², l'article 86 du décret du 27 décembre 1985²⁵⁹³ prévoyait que les débats sur l'arrêté du plan de cession doivent avoir lieu en chambre du conseil. Sous l'empire de la loi de sauvegarde des entreprises²⁵⁹⁴, la solution a été reproduite à l'identique à travers l'article L.662-3 qui dispose que « *les débats devant le tribunal de commerce et le tribunal de grande instance ont lieu en chambre du conseil {...}* ». Si l'entreprise, objet de la cession, atteint un certain seuil, le ministère public doit être présent lors de ces débats²⁵⁹⁵.
1026. Ainsi, avant d'arrêter un plan, le tribunal recueille l'avis du procureur de la république, entend le débiteur, le liquidateur judiciaire ou le mandataire judiciaire, les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel et des contrôleurs²⁵⁹⁶. Le plan devant être arrêté doit, le cas échéant, permettre la poursuite de l'activité et le maintien des emplois attachés à l'ensemble cédé le plus durablement possible, le paiement des créanciers et présenter les meilleures conditions de son exécution. Lorsqu'il est prévu des licenciements pour motifs économiques²⁵⁹⁷, le liquidateur ou l'administrateur lorsqu'il en a été désigné un, doivent présenter les documents cités à l'article R.631-36²⁵⁹⁸ du code de commerce. Les débats doivent se tenir en présence du ministère public lorsque le nombre de salariés, apprécié à la date de clôture du dernier exercice, dépasse vingt ou, le chiffre d'affaires hors taxes atteint trois millions d'euros²⁵⁹⁹. En toute hypothèse, le choix de l'offre n'exige pas que les créanciers soient préalablement consultés. Cela n'est requis que lorsqu'il s'agit d'un plan de sauvegarde ou de redressement²⁶⁰⁰. Toutefois, dans la procédure ordinaire et afin d'asseoir la solidité du plan, rien n'empêche de les consulter à l'avance²⁶⁰¹. C'est le greffier qui convie les personnes devant

²⁵⁹² L. n°85-98, 25 janv. 1985, *JORF* du 26 janv., p. 1097.

²⁵⁹³ D. n°85-1388, 27 déc. 1985, *JORF* du 29 déc., p. 15281.

²⁵⁹⁴ L. n° 2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n°173, p. 12187, texte n°5.

²⁵⁹⁵ Art. L.642-5, al. 2, c. com.

²⁵⁹⁶ Art. L.642-5, al. 1^{er}, c. com.

²⁵⁹⁷ Art. L. 642-5, al. 5 et R.42-3, al. 2, c. com.

²⁵⁹⁸ Il s'agit : du procès verbal des délibérations du comité d'entreprise ou des délégués du personnel consultés en application de l'article L.321-9 du code du travail, la copie de la lettre informant l'autorité administrative, en application de l'article L.321-8 du code du travail, du projet de licenciement.

²⁵⁹⁹ Art. L.642-5, al.2 et R.621-11, c. com.

²⁶⁰⁰ Lyon, 4 nov. 1988, *D.* 1989, somm. p. 12, obs. F. DERRIDA ; Trib. com. Paris, 13 oct. 1986, *LPA* 1986, n°139, p.28 ; *JCP N* 1989, n°1025, obs. M. CABRILLAC et Ph. PÉTEL.

²⁶⁰¹ *ibid.*

participer à cette audience par lettre recommandée avec accusé de réception²⁶⁰². Dans le cadre d'un *prepack*-cession qui nous intéresse, et contrairement à cette procédure ordinaire où les créanciers sont relégués au second plan dans les consultations, ils participent activement aux différentes étapes des négociations.

1027. Le juge peut être amené à trancher sur les licenciements pour motif économique. En ce cas, la procédure doit obéir aux dispositions du code de travail. Régi par le code de travail²⁶⁰³ et encadré par des droits spéciaux, tel le droit des procédures collectives²⁶⁰⁴, le licenciement fait l'objet d'une réglementation particulière dans le cadre d'un plan de cession. En effet, après la réforme²⁶⁰⁵, lorsqu'un plan de cession prévoit des licenciements pour motif économique, le tribunal ne peut l'arrêter qu'après que la procédure prévue au I de l'article L.1233-58 du code du travail a été mise en œuvre²⁶⁰⁶. Ce texte (L.1233-58 c. trav.) prévoit notamment que soit consulté le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel.

1028. La question s'est alors posée de savoir si, en cas de méconnaissance de cette obligation de consultation, le comité d'entreprise pouvait faire appel-nullité du plan de cession arrêté par le tribunal, alors que l'article L.661-6 du code de commerce n'ouvre pas cette possibilité aux personnes consultées ? En réponse, la Cour de cassation a indiqué, dans un arrêt rendu le 17 février 2015, que bien que, et conformément à l'article L.661-6, l'appel-réformation soit fermé pour le comité d'entreprise, celui-ci peut néanmoins former un recours-nullité pour excès de pouvoir²⁶⁰⁷. Le comité d'entreprise et, le cas échéant, la commission d'hygiène et de sécurité des conditions de travail et l'instance de coordination, doivent émettre leur avis au plus tard le dernier jour ouvré avant l'audience du tribunal qui statue sur le plan. Le retard ou l'absence de remise du rapport de l'expert mentionné aux articles L.1233-34, L.1233-5, L.2325-35 ou encore L.4614-12-1 du code du travail ne sont pas de nature à fonder le report de ce délai. Les licenciements à venir un mois après le jugement doivent être précisés par le plan sur notification du liquidateur ou de l'administrateur judiciaire s'il en a été désigné un, sous réserve des droits de préavis prévus par la loi, les conventions ou les accords collectifs du travail. En plan de sauvegarde de l'emploi, l'administrateur judiciaire ou le liquidateur doivent mettre en œuvre le

²⁶⁰² Art. R.626-17, c. com.

²⁶⁰³ Art. 12331 et s.

²⁶⁰⁴ Art. L.631-17, c. com.

²⁶⁰⁵ Ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n° 0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

²⁶⁰⁶ Art. L.642-5, al. 5, c. com.

²⁶⁰⁷ Com. 17 févr. 2015, n°14.10279, *Bull. civ. IV*, n°36.

II de l'article 1233-58 du même code sous dix jours après le jugement d'arrêté du plan. Le délai de quatre jours cité au II du même texte court à partir de la réception de la demande qui est postérieure au jugement arrêtant le plan.

1029. En revanche, lorsqu'il s'agit d'un salarié bénéficiant d'une protection particulière contre le licenciement, le délai sera celui dans lequel l'intention de rompre le contrat doit être manifestée. Cette souplesse a été apportée par l'ordonnance du 18 décembre 2008²⁶⁰⁸. Comme dans le cas d'un licenciement pour motif économique auquel il doit être attentif, le tribunal doit tout aussi l'être à la sauvegarde des intérêts du repreneur.

II. La décision du tribunal favorable au cessionnaire

1030. La mise en place du *prepack*-cession²⁶⁰⁹ a élevé le niveau de protection des intérêts du repreneur de l'entreprise en difficulté. Ce parfois au sacrifice du chef d'entreprise, des créanciers et des tiers. La raison s'explique par le fait qu'il s'engage, contre tout risque, à maintenir l'activité de l'entité économique cédée et les emplois qui y sont attachés le plus durablement possible²⁶¹⁰.

1031. C'est pour ces raisons socio-économiques que le législateur s'est montré attentif à ses intérêts (A). La décision du tribunal constatant l'arrêté du plan de cession est publiée selon la procédure de droit commun (B).

A. La protection des intérêts du cessionnaire

1032. Sauveur de l'entreprise aux yeux du législateur, la protection des intérêts du cessionnaire bénéficie d'une certaine attention législative par rapport à ceux des créanciers et des tiers. La raison tient au fait qu'il sauve une entreprise viable, mais qui subit, soit la mauvaise gestion du dirigeant, soit une conjoncture économique difficile. Le débiteur qui est à l'origine de la demande de cession de son entreprise peut subir un inconvénient majeur au profit de ce repreneur, celui de son expropriation. Ce transfert de propriété peut engendrer une spoliation à son encontre en ce sens qu'un créancier, qui désirerait reprendre l'entreprise, peut demander l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, en présence d'un état

²⁶⁰⁸ Ord. n°2008-1345 du 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *JORF* n°0295 du 19 déc. 2008, p. 19462, texte n°29.

²⁶⁰⁹ Art. L. 611-17, c. com.

²⁶¹⁰ Art. L. 642-5, al. 1^{er}, c. com.

de cessation des paiements²⁶¹¹. Le *prepack*-cession protège les intérêts du cessionnaire qui peut se voir épargner certaines règles contraignantes du plan de cession²⁶¹².

1033. Depuis la loi de 2005²⁶¹³, le cessionnaire peut faire une sélection des contrats qu'il souhaite maintenir.²⁶¹⁴ ; il n'est pas non plus obligé de poursuivre un contrat dont il n'en a pas l'intention²⁶¹⁵. Le tribunal, après avoir entendu le débiteur, peut autoriser la déspecialisation partielle du bail commercial en permettant l'adjonction des activités connexes ou complémentaires²⁶¹⁶.

1034. Certains peuvent subir la protection des intérêts du cessionnaire, surtout lorsqu'il s'agit de la liquidation judiciaire comme procédure collective de réalisation du plan de cession pré-arrangée. En effet, le repreneur devient propriétaire d'une entreprise débarrassée de ses créanciers. Or, seul le prix de cession sert à désintéresser ces créanciers ; et le plus souvent, ce prix ne suffit pas pour remplir cette fonction. En outre, le paiement du prix de la cession emporte purge des inscriptions²⁶¹⁷. Toutefois, il est possible que l'accord préparé en phase amiable prévoie le paiement de certaines dettes par l'acheteur. La question se pose en ce moment de savoir si un plan de cession peut contenir de telles prévisions ? Vraisemblablement, la réponse ne saurait qu'être négative compte tenu du principe d'égalité des créanciers et des dispositions de l'article L. 642-2, I, deuxième alinéa, qui ne prévoient pas la reprise de l'accord négocié préalablement, mais fait allusion seulement aux offres de reprise. Cependant très probablement, la pratique pourrait le permettre, en exploitant un dévoiement bien connu relatif aux « *engagements hors plan* ». ²⁶¹⁸ A tout cela peut s'ajouter l'obligation pour le cessionnaire de payer les échéances restantes dues au titre du crédit qui a aidé au financement du bien qui lui

²⁶¹¹ Art. L.631-5 et L.640-5, c. com., la procédure de sauvegarde relève de l'initiative du débiteur : art. L.620-1, c. com.

²⁶¹² L'obligation d'information de la volonté de céder, imposée par la L. n°2014-856, 31 juill. 2014 relative à l'économie sociale et solidaire (art. L.141-27 et L.141-32, c. com. pour la cession d'un fonds de commerce et L. 23-10-6 et L.23-10-12, c. com. pour la majorité des parts sociales d'une SARL ou actions ou valeurs mobilières d'une société par action), ne s'applique pas. L'obligation est aussi exclue dans la procédure de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaire.

²⁶¹³ L. n° 2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n°173, p. 12187, texte n°5.

²⁶¹⁴ Art. L.642-2, 1°, c. com.

²⁶¹⁵ B. THULLIER, « Cession judiciaire des contrats et loi de sauvegarde des entreprises : moins de pouvoirs pour le juge », *D.* 2006. 130 ; Art. L.661-6, II, c. com.

²⁶¹⁶ Art. L.642-7, al. 4, c. com. tel que modifié par L. n°2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, *JORF* n°0140 du 19 juin 2014, p. 10105, texte n°1.

²⁶¹⁷ Art. L.642-12, al. 2 et 3, c. com.

²⁶¹⁸ B. SOINNE, « Le bateau ivre {à propos de l'évolution du droit des entreprises en difficulté} », *LPA*, 14-17 mai 1997, p. 4 et 12.

est transmis²⁶¹⁹. Ce paiement obligatoire qui bénéficie à la banque, ne laissera pas grand-chose aux autres créanciers car le repreneur est naturellement tenté de diminuer le prix de la cession. Au regard de tout cela, la situation qui conforterait ces créanciers serait que la cession accompagne un plan de redressement ou de continuation, qui organise le paiement des créances. Le jugement arrêtant le plan est soumis au principe de publicité des actes en procédures collectives.

B. La publicité de la décision du juge

1035. La confidentialité de la cession pré-arrangée se limite à l'ouverture de la procédure judiciaire qui consacrera sa réalisation. L'effet de la publicité en est toutefois atténué par le caractère accéléré de cette procédure collective, le gros lot du travail de préparation du plan ayant été déjà accompli. C'est l'essence du *prepack-cession*. Néanmoins, le jugement qui arrête le plan doit être publié²⁶²⁰ et communiqué par le greffier aux personnes qui avaient reçu une copie du jugement d'ouverture de la procédure. A la diligence du greffier, il est signifié, dans les huit jours de son prononcé, aux personnes autres que le ministère public, le cessionnaire, le bailleur ainsi que le cocontractant, qui ont qualité à interjeter appel²⁶²¹. Une telle publicité, après l'aboutissement de la procédure, n'est pas infamante pour le débiteur. Au contraire, elle est l'expression de la réussite de la procédure, ce qui maintient plus ou moins la confiance qui existe entre l'entreprise et ses partenaires. Au regard des différentes préparations qui entourent le *prepack-cession*, il est difficile d'imaginer que ce dernier échoue, pourtant, cette éventualité est prévue par les textes.

Paragraphe II. L'échec de la cession pré-arrangée

1036. L'association de l'amiable et du judiciaire, pour organiser une cession d'entreprise, montre à suffisance combien le législateur tient, d'une part, au sauvetage des entreprises et, d'autre part, à la réussite du nouveau système de cession pré-négociée. L'anticipation, dans ce nouveau procédé de cession, incarne la garantie de la réussite des opérations, tandis que l'accélération en est la clef de réussite. Dans une telle construction législative, l'échec de l'opération de cession est improbable (I). Outre les mérites précédemment évoqués de la cession pré-négociée, des améliorations pourraient être envisagées (II).

²⁶¹⁹ Art. L.642-12, al. 4, c. com.

²⁶²⁰ Art. L.628-1, c. com. (BODACC, registre du commerce et des sociétés, répertoire des métiers)

²⁶²¹ Art. R. 642-4, al. 2, c. com.

I. L'improbabilité de la thèse

1037. D'un point de vue théorique, il est difficile d'imaginer qu'une cession pré-arrangée échoue, tant au niveau de la phase amiable qu'à celui de la phase judiciaire (A). Pourtant, d'un point de vue légal, c'est-à-dire selon les prévisions textuelles, cette éventualité est bien possible, aussi bien en phase amiable qu'en phase judiciaire (B).

A. Une éventualité quasi-impossible d'un point de vue théorique

1038. Il importe de rappeler d'abord que le *prepack*-cession ne peut être légalement organisé que dans le cadre de la conciliation²⁶²² ; qu'il peut être une mission directe du conciliateur ou complémentaire à sa mission classique de trouver un accord entre le débiteur et ses créanciers²⁶²³. Lorsque la cession consiste en une mission initiale du conciliateur, la conséquence juridique qu'on peut relever est qu'elle n'a pas vocation légale à être organisée dans un cadre *prepack*, puisqu'elle intervient sous le régime de droit commun. Or, la cession sous le régime de droit commun signifie qu'elle est une composante de l'accord de conciliation qui pourra être constaté ou homologué. Il ne peut donc être envisagé qu'un accord de conciliation - *stricto sensu* - puisse prévoir un plan de cession pré-arrangé concernant un même débiteur en ce qu'une telle cession requerra, pour sa réalisation, l'ouverture d'une procédure judiciaire et ainsi la résolution de l'accord de conciliation.

1039. Lorsqu'au contraire, la cession est envisagée dans le cadre d'une mission complémentaire du conciliateur, elle suppose un relatif échec de la procédure de conciliation, dans lequel cas l'ouverture d'une procédure judiciaire est envisagée pour sa réalisation. Dans une telle cession, le chef d'entreprise et le conciliateur cherchent, dans le cadre d'une démarche qu'ils entreprennent librement, un repreneur. A cause de l'obligation de confidentialité, un tiers ne peut proposer spontanément une offre. Dans un tel contexte, plusieurs offres de reprise sont susceptibles d'être trouvées, car l'entreprise est viable ; son crédit et son image sont préservés par la confidentialité, ce qui peut fonder l'intérêt d'éventuels candidats. Si une offre de reprise est trouvée, et que son auteur a signé un protocole de cession avec le chef d'entreprise, cela signifie que la phase judiciaire ne fera que valider le protocole signé. Il en résulte qu'en phase

²⁶²² Art. L.611-7, c. com.

²⁶²³ *id.*

amiable, ni la situation de l'entreprise, ni la nature de l'accord de cession, encore moins l'opposition des créanciers²⁶²⁴, ne constituent un risque d'échec du *prepack*-cession.

1040. Dans le cadre de la procédure judiciaire, l'adoption de l'offre de cession par le tribunal va dépendre des conditions dans lesquelles elle a été formée. Seront ainsi pris en compte, la publicité de l'offre de cession en phase amiable et le caractère sérieux du prix. Or, le chef d'entreprise, appuyé par le conciliateur et, éventuellement, le service juridique de l'entreprise, aura déjà mis toutes les chances de son côté, en satisfaisant la condition relative au principe de la concurrence. Aussi, on peut valablement penser que l'offre de reprise qu'il a choisie était la meilleure. Dans ces conditions, le tribunal ne peut faire usage du I²⁶²⁵ de l'article L. 642-2 du code de commerce, et l'offre issue de la phase amiable (l'offre *prepack*) sera privilégiée pour être adoptée. Depuis son entrée dans le livre VI du code de commerce, aucune offre de reprise *prepack* n'a encore, à notre connaissance, été rejetée par le tribunal. Le scénario précédemment décrit vaut aussi bien dans le cadre de la sauvegarde que dans celui du redressement et de la liquidation judiciaire. Toutefois, si la thèse de l'échec de la cession pré-arrangée est difficilement imaginable d'un point de vue théorique, elle n'en reste pas moins envisageable d'un point de vue juridique.

B. Une éventualité possible d'un point de vue légal

1041. La mission du conciliateur de préparer une cession suppose un relatif échec de la procédure de conciliation et l'ouverture ultérieure d'une procédure judiciaire pour la réalisation de cette cession²⁶²⁶. Cela revient à dire que le débiteur doit remplir les conditions d'ouverture de la procédure judiciaire subséquente. A cet égard, il ne doit pas être en état de cessation des paiements ou, alors, cet état ne doit pas exister depuis plus quarante-cinq jours²⁶²⁷, lorsqu'il s'agit des procédures de sauvegarde accélérée. En matière de sauvegarde classique, tout débiteur qui ne remplit pas les conditions des articles L.620-1 et L.628-1 du code de commerce, au moment de la demande d'ouverture de la procédure judiciaire de réalisation, ne peut faire

²⁶²⁴ L'art. L.611-7, c. com. impose juste que leur avis soit demandé et non leur accord.

²⁶²⁵ « Lorsque le tribunal estime que la cession partielle ou totale de l'entreprise est envisageable, il autorise la poursuite de l'activité et il fixe le délai dans lequel les offres de reprise doivent parvenir au liquidateur et à l'administrateur lorsqu'il en a été désigné ».

²⁶²⁶ Art. L.611-7, c. com.

²⁶²⁷ Art. L.620-1 et Art. L.628-1, c. com.

réaliser le projet de cession de son entreprise, car sa demande sera tout simplement rejetée. Le non-respect des textes précédemment cités peut fonder l'échec du *prepack-cession*²⁶²⁸.

1042. Ensuite, lorsque l'offre de reprise n'a pas connu une publicité suffisante en phase amiable, le tribunal peut, à l'ouverture de la procédure judiciaire de réalisation, fixer un délai durant lequel de nouvelles offres de reprise peuvent parvenir au liquidateur ou à l'administrateur²⁶²⁹. De même, lorsque l'offre ne présente pas un caractère sérieux en termes de prix, ne garantit pas le maintien des emplois aussi longtemps que possible, le tribunal peut valablement refuser la cession²⁶³⁰.
1043. Enfin, si la cession pré-arrangée doit être réalisée dans le cadre d'une procédure passerelle, un délai d'adoption du plan doit être impérativement respecté : un mois²⁶³¹ dans la sauvegarde financière accélérée et trois mois dans la sauvegarde accélérée²⁶³², contrairement à la sauvegarde ordinaire et au redressement judiciaire où la période d'observation peut durer six mois voire douze mois. Ainsi, faute d'adoption d'un plan de sauvegarde - auquel la cession pré-arrangée est complémentaire -, dans l'un de ces délais requis, la clôture de la procédure doit être prononcée²⁶³³.
1044. Comme il vient d'être vu, le *prepack-cession*, en dépit de toutes mesures rendant sa réussite plus évidente que son échec, peut déboucher sur un échec. Des améliorations peuvent être apportées.

II. Les possibilités d'amélioration de la cession pré-arrangée

1045. Lorsqu'une procédure de sauvegarde accélérée échoue, faute d'adoption du plan pré-arrangé dans le délai requis, il ne sera pas possible de la convertir en une autre procédure judiciaire²⁶³⁴. Pourtant, la sauvegarde classique est convertible²⁶³⁵ en redressement judiciaire tout comme ce

²⁶²⁸ Toutefois, aux termes de l'article L.611-7 du code de commerce, la cession pré-arrangée peut être mise en œuvre en redressement et en liquidation judiciaires, ce qui rend inutile le fait que le débiteur soit ou non en état de cessation des paiements, parce que ne peut être mis en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire qu'un débiteur qui est en cessation des paiements.

²⁶²⁹ Art. L.642-2, c. com.

²⁶³⁰ Art. L.642-5, al. 1, c. com.

²⁶³¹ Art. L.628-10, al. 2, c. com.

²⁶³² Art. L.628-8, al. 1, c. com.

²⁶³³ Art. L.628-8, c. com.

²⁶³⁴ Art. L.628-8, al. 2, c. com.

²⁶³⁵ Art. L.621-12, al. 2, c. com. ; Cons. const., n°2014-438, QPC du 16 janv. 2015.

dernier peut être converti²⁶³⁶ en liquidation judiciaire. L'extension de la règle aux sauvegardes accélérées pourrait favoriser le redressement des entreprises (A). De même, lorsqu'il est décidé de convertir la procédure passerelle en une autre procédure, la reconduction automatique de l'administrateur/liquidateur judiciaire devrait être adoptée (B).

A. La conversion automatique de la procédure passerelle de réalisation en une autre procédure judiciaire

1046. Un chef d'entreprise, confronté à l'échec d'une procédure passerelle, doit-il se résoudre à demander l'ouverture d'une autre procédure, comme le prévoit le législateur français ?
1047. La doctrine française semble moins curieuse à propos de cette problématique²⁶³⁷. Les tribunaux ne peuvent qu'appliquer les textes ; il s'agit d'une question d'ordre public.
1048. Dans les procédures de sauvegarde classique et de redressement judiciaire, le législateur s'est montré flexible. La procédure de sauvegarde peut être convertie en redressement judiciaire, lorsque la cessation des paiements est constatée²⁶³⁸. De même, la procédure de redressement judiciaire est convertible en liquidation judiciaire, lorsque la situation du débiteur devient irrémédiablement compromise²⁶³⁹. Une question peut être posée : que se passera-t-il si, dans la sauvegarde ordinaire et dans le redressement judiciaire, il n'y a pas, respectivement, d'état de cessation des paiements et de situation irrémédiablement compromise, et si en même temps, les créanciers s'opposent majoritairement à l'adoption du plan ? Logiquement, le tribunal devrait passer outre pour ordonner l'adoption du plan, dès lors que ce dernier est à même d'assurer la continuation de l'activité et le maintien des emplois : l'intérêt public qui tient à la sauvegarde de l'entreprise devrait primer l'intérêt singulier des créanciers.
1049. Sur le fondement de la même raison, pourquoi la conversion d'une procédure passerelle en une autre procédure ne pourrait-elle pas être autorisée ? D'autant que la raison légale de l'interdiction est la non-adoption du plan dans le délai requis. Les efforts fournis en amont par le chef d'entreprise et le conciliateur ne devraient pas être anéantis, faute d'adoption du plan dans le temps. En fait, si le délai prévu dans le cadre de la procédure passerelle ne permet pas

²⁶³⁶ Art. L.631-15, II, c. com. ; com./civ., 28 févr. 2018, n°16-19.422, *BJE*, mai 2018, n°3, p.193, comm. L. LE MESSIE.

²⁶³⁷ V. G. G. Law Guyomarch, « La procédure de sauvegarde accélérée, dernière innovation de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Fusaq*, 19 mai 2015, article consulté le 15 juin 2017.

²⁶³⁸ Art. L. 622-10, c. com ; com. 5 mai 2015, n°14-11. 706 NP.

²⁶³⁹ Com./civ., 28 févr. 2018, n°16-19.422, *BJE*, mai 2018, n°3, p. 193, comm. L. LE MESSIE.

l'adoption du plan, ce qui aurait été l'idéal, pourquoi ne pas clôturer cette procédure - pour respecter les textes -, et autoriser sa poursuite dans le cadre d'une sauvegarde normale - en permettant un état de cessation des paiements de moins de quarante-cinq jours -, ou dans le cadre du redressement judiciaire - si la situation de cessation des paiements est au-delà de quarante-cinq jours ? Cela ne rentrerait-il pas dans l'objectif du législateur de redresser l'entreprise ? Il pourrait en être ainsi parce que l'inconvertibilité des sauvegardes passerelles, telle qu'elle est actuellement appliquée, pourrait favoriser l'aggravation de la situation économique de l'entreprise, car plus le temps passe, plus la situation d'une entreprise en difficulté est susceptible de s'aggraver.

1050. Pour toutes ces raisons précédemment évoquées, une possible conversion de la procédure passerelle en une autre procédure judiciaire, permettrait de faire aboutir les efforts de restructuration du chef d'entreprise. Une mesure complémentaire pourrait être adoptée, celle de reconduire automatiquement le mandataire/liquidateur judiciaire dans la procédure de conversion.

B. La reconduction automatique du mandataire/liquidateur judiciaire

1051. En droit français, plusieurs conditions ont été créées afin d'assurer la réussite des procédures passerelles. Il en est ainsi de l'obligation faite au chef d'entreprise de s'engager dans une procédure conciliation préalable²⁶⁴⁰, en vue de préparer son projet de plan et de la possible reconduction du conciliateur comme mandataire/liquidateur dans la procédure judiciaire subséquente. Le conciliateur joue un rôle important : la nécessité qu'il transmette son rapport au tribunal, lors de l'ouverture de la procédure judiciaire, en est une preuve²⁶⁴¹. L'intérêt de sa reconduction tient à l'objectif global de célérité de la procédure passerelle : le professionnel de justice qui a conduit les discussions en phase amiable, est celui qui connaît le dossier, de sorte qu'il serait contre-productif qu'un autre professionnel le remplace. Comme cela a été déjà dit, cette mesure diminue les frais qui pourraient être liés à la désignation d'un nouveau mandataire/liquidateur en phase judiciaire. De plus, les échanges avec l'ensemble des parties prenantes en sont facilités. De la même manière, et pour les mêmes raisons, la reconduction du même conciliateur, devenu mandataire/liquidateur judiciaire, dans la procédure de conversion, pourrait être ordonnée.

²⁶⁴⁰ Art. L.628-1, c. com.

²⁶⁴¹ Art. L.628-2, al. 1, c. com.

1052. Une cession pré-arrangée dans le cadre d'une procédure amiable est réalisée lors d'une procédure judiciaire qui permettra d'imposer le vote majoritaire aux créanciers minoritaires.

Section 2. La mise en œuvre de la cession pré-arrangée

1053. La réalisation de la cession judiciaire pré-arrangée de l'entreprise en difficulté, dans le cadre d'une procédure judiciaire, est prévue par l'article L. 611-7 du code de commerce, dans sa rédaction que lui a donnée l'ordonnance du 12 mars 2014²⁶⁴². Pour cette réalisation, le législateur n'a exclu aucune procédure judiciaire²⁶⁴³. Un accent particulier sera mis sur les sauvegardes accélérées qui symbolisent le procédé de passerelle en droit français ; car elles sont également pré-arrangées²⁶⁴⁴. D'où un lien étroit entre cession pré-arrangée et sauvegarde pré-arrangée s'agissant du droit français, ou entre cession pré-arrangée et règlement préventif pré-négocié s'agissant éventuellement du droit OHADA. Autrement dit, le mécanisme de plan pré-arrangé dans la cession et dans la sauvegarde/règlement préventif est le même, reposant, dans un premier temps, sur une préparation du plan en phase amiable et, dans un second temps, sur une réalisation de ce plan en phase judiciaire ; les deux opérations sont en conséquence superposables, de sorte que le chef d'entreprise peut en faire une procédure globale. Or, tel n'est pas le cas dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires dont les plans ne sont pas pré-négociés. Dans le cadre de cette section, une analyse sera faite d'abord sur la réalisation de la cession judiciaire de l'entreprise en difficulté dans le cadre du procédé de passerelle (Paragraphe I). Ensuite les responsabilités du cédant et du cessionnaire seront évoquées (Paragraphe II).

Paragraphe I. La réalisation de la cession pré-arrangée dans le contexte du procédé de passerelle

1054. Le plan de cession pré-arrangé en phase amiable est exécuté dans le cadre d'une procédure judiciaire²⁶⁴⁵. La combinaison procédure préventive - procédure curative est l'une des caractéristiques principales du mécanisme de *prepack* adopté en droit français des entreprises en difficulté. L'objectif recherché est la réduction des délais d'adoption du plan, afin de préserver la valeur économique de l'entreprise. La réalisation de la cession pré-négociée dans

²⁶⁴² Ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n° 0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

²⁶⁴³ Art. L.611-7, c. com.

²⁶⁴⁴ Art. L.628-1, c. com. tel que modifié par Ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n° 0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

²⁶⁴⁵ *id.*

les procédures collectives suppose le respect strict d'un certain nombre de formalismes d'une part et des contraintes incontournables d'autre part. La présentation et l'examen des offres sont soumis au droit commun, notamment à l'article L.642-2 du code de commerce. Cependant, ce texte n'est pas entièrement applicable sur le terrain de la procédure de redressement judiciaire. Si l'obligation de publicité des offres est moins stricte dans le cadre des procédures de sauvegarde et de liquidation judiciaire, elle est de mise dans celui du redressement judiciaire. En revanche, si dans la procédure de sauvegarde, la cession ne peut qu'être partielle et complémentaire à un plan de continuation en droit français²⁶⁴⁶, ce qui reste nuancé en droit OHADA (I), il n'en est pas de même dans le redressement judiciaire (II) et dans la liquidation judiciaire (III).

I. Le principe d'une cession partielle dans le cadre de la sauvegarde : une règle nuancée en droit OHADA

1055. En droit français, le principe de la cession dans une procédure de sauvegarde, quelle qu'elle soit, est qu'elle ne peut être totale²⁶⁴⁷. Cependant, entre le principe d'une cession partielle et la notion de cession partielle, la compréhension ne semble pas facile au regard des différents textes. La notion de plan de cession totale serait faussement simple, voire protéiforme et se définirait plus par son régime que par sa nature²⁶⁴⁸. En droit OHADA, la notion de cession partielle ou totale d'entreprise n'a pas été explicitée dans le nouvel Acte uniforme des procédures collectives. En tout état de cause, il est certain, comme il sera vu plus loin, que l'objectif voulu de la sauvegarde française et du règlement préventif OHADA est incompatible avec la cession totale de l'entreprise en difficulté. C'est pourquoi le principe est la cession partielle en droit français (A). A cause des délais très courts qui les caractérisent, les deux procédures de sauvegarde accélérée s'adaptent mieux que n'importe qu'elle autre procédure judiciaire du droit français, au mécanisme de *prepack*-cession, ce qui peut être valable en droit OHADA avec la procédure du règlement préventif (B).

A. La notion de cession partielle

1056. Dans le cadre de la procédure de sauvegarde en droit français, la cession ne peut être que partielle et complémentaire au plan de continuation²⁶⁴⁹. En effet, la sauvegarde vise

²⁶⁴⁶ Art. L. 626-2, c. com

²⁶⁴⁷ *id.*

²⁶⁴⁸ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017-2018*, 9^e éd., Dalloz Action, 2016, p. 1676.

²⁶⁴⁹ *id.*

prioritairement à réorganiser l'entreprise, afin de permettre la continuation des activités et, par ricochet, le maintien des emplois, sous la direction du chef d'entreprise²⁶⁵⁰. Or, la cession d'une entreprise signifie son aliénation²⁶⁵¹, même si, par cette aliénation, il est question de permettre la poursuite de l'activité, le maintien des emplois ainsi que de l'apurement du passif²⁶⁵². Si le principe en soi est facilement compréhensible, force est de constater cependant que la notion peut susciter des interrogations. En d'autres termes, qu'est-ce qu'une cession partielle dans l'entendement du droit français ?

1057. Selon un auteur²⁶⁵³, lorsque tous les actifs sont cédés alors que l'activité se poursuit sous l'égide du repreneur, il y a bien plan de cession totale ; mais si un débiteur obtient un plan de redressement, alors que parallèlement un repreneur est trouvé, il y a plan de cession partielle et serait conforme à la lettre des textes²⁶⁵⁴. Cette analyse apparaît intéressante sachant que l'article L.621-70²⁶⁵⁵ du code de commerce permet l'application des articles L.621-95 et L.621-94 dans la cession partielle, ces articles s'appliquant normalement aux cessions totales. Cela signifie que l'article L.621-94, qui dispose que le plan de cession emporte déchéance du terme, est applicable à la cession partielle dans le cadre d'un plan de continuation. Or, plan de continuation et déchéance du terme sont contradictoires. Dans une autre hypothèse, comment qualifier le cas où il n'y a pas de plan de continuation, et où il n'y a qu'un seul repreneur désigné, mais qui ne reprend qu'une partie des actifs du débiteur ? La réponse serait évidente, si ce débiteur n'avait qu'une seule activité et sur un seul site : une cession totale²⁶⁵⁶ ; mais si ce seul repreneur ne reprend qu'une branche d'activité parmi tant d'autres qui sont arrêtées, y a-t-il cession partielle ? En tout cas, c'est ce que l'article L.642-1²⁶⁵⁷ du code de commerce laisse savoir²⁶⁵⁸. C'est également dans ce sens que la Cour de cassation s'est prononcée²⁶⁵⁹. Cependant dans ces

²⁶⁵⁰ Art. L. 620-1, c. com.

²⁶⁵¹ Dictionnaire du droit privé de Serge Braudo, 1996-2018.

²⁶⁵² Art. L.642-1, c. com.

²⁶⁵³ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives* 2017-2018, 9^e éd., Dalloz Action, 2016, p. 1676.

²⁶⁵⁴ *ibid.*

²⁶⁵⁵ « Le tribunal décide, sur le rapport de l'administrateur, la continuation de l'entreprise lorsqu'il existe des possibilités sérieuses de redressement et de règlement du passif. Cette continuation est accompagnée, s'il y a lieu, de l'arrêt, de l'adjonction ou de la cession de certaines branches d'activité. Les cessions faites en application du présent article sont soumises aux dispositions des articles L.621-84 à L.621-93 et L.621-96 {donc à L.621-94 et L.621-95} ».

²⁶⁵⁶ DOUAI, 2^e ch., 18 févr. 1999, *D. Affaires* 1999, 599 ; com. 11 juin 1996, n°94-15.295, *Bull. civ. IV*, n°170.

²⁶⁵⁷ Al. 2 « Elle {la cession} peut être totale ou partielle. Dans ce dernier cas elle porte sur un ensemble d'éléments d'exploitation qui forment une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activités ».

²⁶⁵⁸ J. FRAIMOUT, « Plan de cession - Conception et adoption », *J.-CL. com.*, fasc. 2730, 2007, n°9.

²⁶⁵⁹ Com. 11 juin 1996, n°94-15.295, *Bull. civ. IV*, n°170 ; *D.* 1997, obs. F. DERRIDA.

conditions, faute de plan de continuation, il faudrait admettre que ce sont toutes les dispositions applicables à la cession qui s'appliquent, sans possibilité d'en écarter une, y compris les articles L.621-94 (qui pose la règle de la déchéance du terme) et L.621-95 (qui pose la clôture de la procédure) qui pourtant ne concernent que les plans de cession totale. Selon l'analyse d'un autre auteur, il faut retenir en résumé que lorsqu'une sous-entreprise est cédée, le plan de cession est bien partiel²⁶⁶⁰. En outre, Les tribunaux ont retenu qu'il y avait cession partielle du fait de la reprise de tous les magasins d'un débiteur par le cessionnaire²⁶⁶¹, alors que selon un auteur²⁶⁶², si ces magasins étaient analysés en simples fonds de commerce, la décision aurait été que la cession du droit au bail était conventionnelle et non judiciaire, surtout que l'activité de la société débitrice avait été arrêtée.

1058. En droit OHADA, il importe de préciser que la cession partielle ou totale d'actif est possible dans le cadre du concordat préventif²⁶⁶³, contrairement au plan de sauvegarde en droit français. Cette cession peut concerner des biens corporels ou incorporels, meubles ou immeubles, alors que la cession d'entreprise est définie comme toute cession de biens susceptibles d'exploitation autonome permettant le maintien des emplois et l'apurement du passif²⁶⁶⁴. Cependant l'Acte uniforme des procédures collectives ne définit ni la cession partielle, ni la cession totale. Théoriquement, il peut être retenu que toute cession partielle ou totale d'actif qui poursuit une activité autonome d'exploitation, maintient les emplois et permet d'apurer le passif, est une cession partielle lorsque l'actif concerné ne forme qu'une branche d'activité ; inversement la cession sera totale lorsque cet actif constitue l'activité de l'entreprise. En l'absence de ces deux hypothèses, il faudrait admettre qu'il ne s'agit que d'une vente d'actif isolé, l'activité principale de l'entreprise devant continuer à être exploitée par le débiteur.

1059. Au regard du thème que nous abordons ici à savoir la cession d'entreprise, une doctrine semble donner une définition claire de ce que peut être une cession partielle ou une cession totale²⁶⁶⁵. Il en est ainsi parce qu'avant de savoir si la cession est partielle ou totale, faudrait-il d'abord que ce soit une cession d'entreprise, laquelle s'entend par le transfert de contrats de travail. Cette doctrine tient compte de cela dans sa définition en parlant d'« une sous-entreprise ». Ensuite parce que comme l'indique le code de commerce, la cession est partielle que lorsqu'il

²⁶⁶⁰ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., LGDJ, 2014, n°1247.

²⁶⁶¹ Rennes, 2^e ch., 1^{er} juill. 2008, RG n°08/01007 ; Rev. proc. coll. 2010/2, comm. 75, p. 68, J. FRAIMOUT.

²⁶⁶² P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017-2018*, 9^e éd., Dalloz Action, 2016, p. 1678.

²⁶⁶³ Art. 7, AUPC.

²⁶⁶⁴ Art. 131, AUPC.

²⁶⁶⁵ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., LGDJ, 2014, n°1247.

s'agit d'une branche d'activité : sa définition tient compte également de ce critère en ce qu'une branche d'activité est évidemment une sous-entreprise, puisqu'elle doit être autonome d'exploitation. Cette ligne de différenciation peut être suivie.

1060. En toute hypothèse, la branche d'activité à céder doit constituer une entité économique autonome. La Cour de cassation française a eu à réitérer cela par plusieurs arrêts dont celui du 7 mai 2014. En l'espèce, la société Hertz avait confié à la société SNA Ile-de-France, les prestations de nettoyage de ses véhicules. Par suite d'un appel d'offres lancé en 2007, la société Hertz a changé de prestataire en confiant les prestations à la société TFN propreté Ile-de-France. Cette dernière a repris une partie du personnel de SNA dans le cadre de l'exécution du marché. Par la suite, la société SNA Ile-de-France a été mise en liquidation judiciaire le 4 juin 2007. Les salariés saisissent alors la juridiction prud'homale²⁶⁶⁶. Par arrêt du 4 octobre 2012²⁶⁶⁷, la cour d'appel de Paris a condamné la société TFN Ile-de-France au paiement des dommages et intérêts aux salariés. En se référant aux dispositions de l'article L.1224-1 du code de travail, la cour d'appel a retenu que les contrats de travail avaient été transférés depuis 2007 ; que l'objectif de la société TFN Ile-de-France était de poursuivre l'activité sans discontinuité de celle-ci par la réembauche des personnels déjà affectés par la société SNA Ile-de-France ; que de ce fait, les salariés disposant d'un savoir-faire spécifique avaient été transférés et qu'en conséquence, il s'agissait bien d'une activité spécifique et autonome satisfaisant aux conditions du texte précité. La Cour de cassation a décidé du contraire²⁶⁶⁸.

1061. Lorsque le plan de cession est proposé par le débiteur en collaboration avec l'administrateur judiciaire²⁶⁶⁹, l'appel d'offres se fait à son initiative²⁶⁷⁰ dans le respect des dispositions de la partie du plan qui est relative à la liquidation²⁶⁷¹. Cette cession est régie par le régime et le calendrier procédural du plan de sauvegarde²⁶⁷². Si la cession d'entreprise, qu'elle soit partielle

²⁶⁶⁶ Créteil, conseil prud'hommes, sect. com. RG n°07/01121.

²⁶⁶⁷ Paris, pôle 6, ch. 7, 04 oct. 2012, n°10/06980.

²⁶⁶⁸ Soc. 7 mai 2014, n°12-29.027 et s., société propreté Ile-de-France / société Hertz France.

²⁶⁶⁹ Art. L.626-2, al. 2, c. com.

²⁶⁷⁰ Art. L.622-10, al. 1^{er}, c. com.

²⁶⁷¹ Art. L.626-1 et 2, c. com. renvoyant aux dispositions de la section I, chapitre II du titre IV.

²⁶⁷² Art. L.628-8, c. com. renvoyant à l'art. L.636-31, lui-même renvoyant à l'art. 626-2 qui prévoit que le plan de sauvegarde « *recense, annexe et analyse les offres d'acquisition portant sur une ou plusieurs activités, présentées par des tiers. Il indique la ou les activités dont sont proposés l'arrêt ou l'adjonction* ».

ou totale, est impensable dans la procédure de conciliation, sauf si l'entreprise est *in bonis*²⁶⁷³, la sauvegarde accélérée et la sauvegarde financière accélérée du droit français s'adaptent mieux à l'opération de *prepack*-cession.

B. Une procédure passerelle est la plus adaptée à la cession pré-arrangée

1062. Le préarrangement de la cession de tout ou partie d'une entreprise dans le cadre de la procédure de conciliation permet, grâce à la confidentialité caractéristique des procédures amiables, de préserver la valeur marchande des actifs de cette entreprise. Le chef d'entreprise évite le climat anxigène des procédures collectives, tant au niveau social pour ce qui concerne les salariés qu'au niveau commercial vis à vis des clients et fournisseurs. Malgré l'illisibilité qu'on²⁶⁷⁴ lui prête, l'ordonnance du 12 mars 2014²⁶⁷⁵ présente l'intérêt d'avoir consacré la pratique jurisprudentielle de cession-conciliation. En cas de difficulté de mise en œuvre d'un projet de restructuration dans le cadre de la conciliation, l'alternative proposée, pour des raisons de rapidité et d'efficacité, est l'utilisation d'une procédure passerelle qui permet d'arrêter le plan dans un délai de trois mois au maximum²⁶⁷⁶. Dans les autres procédures, la préparation et la réalisation de la cession se font uniquement en phase judiciaire. Or, cela prend assez de temps²⁶⁷⁷ et rend le calendrier de préparation et d'adoption du plan très chargé et coûteux.
1063. L'étroitesse des rapports entre cession pré-arrangée et procédure passerelle réside dans un premier temps dans le fait qu'une cession pré-arrangée peut être une composante d'une procédure passerelle : devant commencer par une procédure amiable (conciliation)²⁶⁷⁸, le chef d'entreprise qui envisage de céder son entreprise peut en confier la mission au conciliateur, en optant pour une sauvegarde accélérée comme procédure collective, ce qui suppose que le plan de continuation de la future sauvegarde accélérée à pré-arranger comportera une partie relative à la cession. Cette étroitesse réside dans un second temps dans la rapidité de l'ensemble des opérations relatives au vote et à l'adoption du plan de cession : en arrivant en terrain judiciaire prête à être tout de suite transmise au nouvel acquéreur, l'entreprise garde son image et ses

²⁶⁷³ La cession serait alors régie non pas par le droit spécial des procédures collectives, mais par le droit civil. De toutes les manières, on imaginerait mal comment un chef d'entreprise aliénerait son entreprise, qu'il a montée au prix de nombreux sacrifices et risques, qui se porte bien.

²⁶⁷⁴ C. GORINS, « Évolution de la cession judiciaire d'entreprise en prévention et en procédure collective », *BJE*, 01 mai, 2015, n° 3, p. 95.

²⁶⁷⁵ Ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n° 0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

²⁶⁷⁶ Art. L. 628-8, c. com.

²⁶⁷⁷ 6 mois : art. L621-3, c. com.

²⁶⁷⁸ Art. L.628-1, c. com.

relations beaucoup moins entachées, ce qui procure des avantages aussi bien pour le chef d'entreprise - le prix en est valorisé - que pour le cessionnaire - lequel peut compter sur une acquisition à moindre risque -.

1064. Il en résulte que dans leur essence, une cession pré-arrangée et une procédure passerelle ne font qu'une en fin de compte. Alors que dans les autres procédures judiciaires, la cession de l'entreprise constitue une opération longue et traumatisante pour le chef d'entreprise et incertaine pour le repreneur ; les créanciers en paient souvent les frais. C'est en cela qu'une passerelle de sauvegarde accélérée et, éventuellement, de règlement préventif accéléré s'adapte bien à l'opération de cession pré-arrangée en théorie, car en pratique les statistiques relatives à une cession partielle - réalisée dans le cadre d'une sauvegarde accélérée - pré-arrangée sont quasi-vierges²⁶⁷⁹. En redressement judiciaire, la réalisation de la cession pré-arrangée est différente.

II. La réalisation de la cession pré-arrangée dans le cadre du redressement judiciaire

1065. La mise en œuvre de la cession pré-arrangée dans le cadre du redressement judiciaire présente une certaine particularité. Toutes les mesures de publicité et d'appel d'offres y subsistent. Spécialement, l'article L.631-32 du code de commerce (non modifié en cela par les différentes réformes), dispose que le premier alinéa de l'article L.642-2 du même code, relatif à l'ouverture d'appel d'offres par le tribunal lors de l'audience d'ouverture, ne peut s'appliquer (A). Aucun texte ne prévoit d'aménagement sur ce point²⁶⁸⁰. De ce fait, la fixation de la date d'examen des offres devient une réelle problématique juridique (B).

A. L'inapplication du I de l'article L.642-2 dans le cadre d'un plan de cession pré-arrangée

1066. Dans le cadre du redressement judiciaire, l'ouverture d'appel d'offres par le tribunal prévue au I de l'article L.642-2 du code de commerce, ne peut s'appliquer²⁶⁸¹. Le rapport de la commission des lois du parlement indique clairement que cet article a pour objet de prévoir les conditions dans lesquelles le liquidateur judiciaire doit recevoir les offres de reprise²⁶⁸². En

²⁶⁷⁹ Tous les *prepack*-cessions réalisés jusqu'à date l'ont été dans le cadre du redressement judiciaire.

²⁶⁸⁰ Art. L.631-13 et L.631-22, c. com. ; art. R.631-39 à R.631-43, c. com. l' art. R.631-39, al. 1^{er} renvoie aux deux premiers alinéas de l'article R.642-40. Or, l'art. 631 - 40 ne mentionne pas ce dernier.

²⁶⁸¹ Art. L.631-22, c. com.

²⁶⁸² Commentaire de l'article L. 642-2 : Rapport n°335, J.-J. HYEST, 11 mai 2005.

effet, cette disposition ne vise que les offres reçues en redressement judiciaire dans le cadre ou du mandat *ad hoc* ou de la conciliation²⁶⁸³, mais arrêtées en liquidation judiciaire. En conséquence, le tribunal ne peut ouvrir d'appel d'offres, car la mise en place d'un plan de cession, la fixation de la date limite de réception des offres²⁶⁸⁴, leur examen, ainsi que leur arrêté par le tribunal (sur sollicitation de l'administrateur), relèvent de la compétence de l'administrateur judiciaire²⁶⁸⁵. Ce dernier peut même décider de ne pas ouvrir de nouvel appel d'offres, s'il estime que les offres qu'il a reçues en qualité de conciliateur ou de mandataire *ad hoc* sont suffisamment satisfaisantes²⁶⁸⁶.

1067. Aussi, selon le I de l'article L.642-2, l'avis du ministère public est requis lorsque l'offre a été reçue par le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur ; ce texte ne s'appliquant pas à la procédure de redressement judiciaire, faudrait-il en déduire que le plan de cession pré-arrangé peut être arrêté en redressement judiciaire sans l'avis du ministère public ? Au sein de la doctrine, les avis convergent plutôt. Selon certains auteurs²⁶⁸⁷, il s'agit là d'une erreur de plume de la réforme, car le ministère public étant le garant de la régularité des opérations, son avis doit être recueilli. Pour d'autres cependant²⁶⁸⁸, il s'agit, soit d'un oubli de la part du législateur, soit d'une volonté d'affirmer que l'esprit²⁶⁸⁹ du redressement (selon lequel l'entreprise est à vendre dès le jugement d'ouverture²⁶⁹⁰) prime celui du *prepack*-cession.

1068. L'offre de reprise ayant été reçue par le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur, et étant donné que c'est justement à cette offre que le texte (le I de l'article L.642-2) en question fait référence, il en résulte, dès lors, que quelle que soit la procédure de réalisation de la cession pré-arrangée, l'avis du ministère public devrait être recueilli. D'autant que ce dernier est le garant de la protection de l'intérêt public. En outre, la question se pose de savoir, qui du tribunal ou de

²⁶⁸³ Depuis la réforme du droit des entreprises en difficulté, intervenue par l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014, la cession d'une entreprise peut être préparée dans le cadre de ces deux procédures amiables.

²⁶⁸⁴ Art. R.631-9, c. com.

²⁶⁸⁵ Art. L. 632-22, c. com.

²⁶⁸⁶ Art. L.642-2, c. com.

²⁶⁸⁷ Th. MONTERAN et M. MIEULLE, « Le vade-mecum du plan de cession « *prepack* », *BJE*, 1^{er} mai 2015, n°3, p. 164.

²⁶⁸⁸ C. VINCENT, « L'adoption d'un plan de cession sans poursuite d'activité », *BJE*, 1^{er} sept. 2014, n°5.

²⁶⁸⁹ M. GERMAIN, M. DEBELECQUE et R. ROBLOT, *traité de droit commercial*, t. II, 17^e éd., LGDJ, 2004, n°3172-7.

²⁶⁹⁰ Art. L.631-13, al. 1^{er}, c. com.

l'administrateur judiciaire, fixe la date d'examen des offres dans cette procédure de redressement judiciaire ?

B. La fixation de la date d'examen des offres

1069. Selon le code de commerce, « lorsque le tribunal décide de ne pas faire application du premier alinéa de l'article L.642-2, il fixe la date d'audience d'examen des offres ; d'autres offres de reprise peuvent parvenir au liquidateur ou à l'administrateur, s'il en a été désigné au plus tard huit jours avant cette date ». ²⁶⁹¹ Au regard de cette disposition s'appliquant sans restriction au redressement judiciaire ²⁶⁹², la problématique de son effet à l'égard d'un plan de cession pré-arrangée se pose. Ce d'autant que l'inapplication du I de l'article L.642-2, précédemment évoqué, n'est pas sans conséquence. En effet, le délai minimum entre la réception des offres par l'administrateur et l'ouverture de l'audience d'examen de ces offres est de quinze jours au minimum ²⁶⁹³. Ce délai, étant celui de convocation des cocontractants, peut être réduit à huit jours par suite d'un accord unanime entre le débiteur, le mandataire judiciaire, les contrôleurs et le représentant des salariés ²⁶⁹⁴. Toutefois, cette dérogation ne s'applique pas à ces cocontractants qui doivent obligatoirement être convoqués dans le délai de quinze jours. De ce fait, si l'administrateur judiciaire n'a pas ouvert d'appel d'offres (puisqu'il a reçu des offres satisfaisantes au cours de la procédure de conciliation ou de mandat *ad hoc*), il peut, dès lors, en être déduit que les dispositions de cet article, relatives au délai de convocation de quinze jours, ne s'appliquent pas dans le cadre d'un plan de cession pré-arrangée. Ainsi, d'une part, l'ouverture de l'audience d'examen des offres devrait être déclenchée par le dépôt du rapport de l'administrateur judiciaire au tribunal, sollicitant de ce dernier, l'arrêté du plan de cession. Cependant, d'autre part, une étude des textes intéressant les procédures de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire pourrait amener à s'interroger sur l'identité de celui qui doit fixer la date d'audience de l'examen des offres. L'inapplication du I de l'article L.642-2 du code de commerce peut avoir son incidence dans le cadre d'un plan de cession pré-arrangée.

1070. En effet, l'article R.642-1 du code de commerce, applicable à la procédure de redressement, renvoie expressément aux dispositions de l'article L.642-2 du même code qui, au demeurant, ne sont pas applicables à cette même procédure. Comment dans ces conditions, le tribunal peut-

²⁶⁹¹ Art. R.642-1, c. com.

²⁶⁹² Art. R.631-40, c. com.

²⁶⁹³ Art. R.631-39, c. com.

²⁶⁹⁴ Art. R. 631. 39, al. 3, c. com., art. L.621-85, c. com.

il fixer la date d'audience d'examen des offres ? A cette question, deux analyses différentes peuvent soutenir, à la fois, l'incompétence et la compétence du tribunal en la matière.

1071. Dans l'hypothèse de l'incompétence du tribunal, peut être mis en relief le fait que l'article R.642-1 renvoie à l'article L.642-2, lui-même inapplicable au redressement judiciaire, de sorte que toute fixation de date par le tribunal apparaît impossible. L'audience d'ouverture sera alors actionnée, comme dit précédemment, par le greffier au dépôt du rapport de l'administrateur judiciaire demandant l'arrêté du plan de cession par le tribunal. Ainsi, pour avoir une date plus proche, l'administrateur devra faire montre d'une grande diligence dans le dépôt de son rapport au niveau du greffe. L'inapplication du I de l'article L.642-2 ne permettrait pas non plus que le quatrième alinéa de l'article R.642-1²⁶⁹⁵, - relatif à la réception d'autres offres par le liquidateur ou l'administrateur judiciaire s'il en a été désigné un, plus tard huit jours avant la date d'audience fixée -, s'applique²⁶⁹⁶ eu égard au délai de quinze jours²⁶⁹⁷ de l'article R.631-39, selon un auteur²⁶⁹⁸. Cependant, selon d'autres auteurs²⁶⁹⁹, cette analyse est erronée et ne s'avère pas conciliable avec l'esprit de la réforme. Pour eux, dès lors qu'il peut être prouvé que l'article R.642-1 s'applique au redressement judiciaire, le tribunal peut bien fixer la date d'audience d'examen des offres dès le jugement d'ouverture et l'administrateur judiciaire peut continuer à recevoir les offres jusqu'à huit jours plus tard avant la date fixée.

1072. Quant à l'hypothèse de la compétence du tribunal, le respect strict de la lettre des textes peut être invoqué. Étant donné que le tribunal ne peut faire application du I de l'article L.642-2 du code de commerce, faute de compétence, il en résulte que la condition fondamentale pour l'application de l'article R.642-1 (« *si le tribunal décide de ne pas faire application du I de l'article L.642-2{...}* ») se trouve remplie. En conséquence, le tribunal peut en faire pleine application et fixer la date d'audience d'examen des offres. Toutefois, cette date devra respecter

²⁶⁹⁵ Tel que modifié par le décret n°2014-736 du 30 juin 2014 pris pour l'application de l'ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

²⁶⁹⁶ Par l'art. R.631-40, al. 1^{er}, c. com.

²⁶⁹⁷ Délai obligatoire en redressement judiciaire nonobstant les dispositions de l'art. L.R.631-39, al.3, c. com., qui prévoient la réduction de ce délai par accord unanime du débiteur, du mandataire judiciaire, du représentant des salariés et des contrôleurs.

²⁶⁹⁸ C. VINCENT, « L'adoption d'un plan de cession sans poursuite d'activité », *BJE*, 1^{er} sept. 2014, n°5.

²⁶⁹⁹ Th. MONTERAN et M. MIEULLE, « Le vade-mecum du plan de cession « prepack », *BJE*, 1^{er} mai 2015, n°3, p. 164.

les délais procéduraux prévus. Cette même analyse pourrait autoriser l'administrateur judiciaire à recevoir les offres jusqu'à huit jours de l'ouverture de l'audience d'examen des offres.

1073. Depuis son introduction dans le code de commerce, dans la quasi-totalité²⁷⁰⁰ des cessions pré-arrangées réalisées dans le cadre du redressement judiciaire, ce sont les offres *prepack* qui ont été directement arrêtées par le tribunal. De sorte qu'il n'y a pas eu besoin de recourir à de nouveaux appels d'offres. Contrairement au redressement judiciaire, dans la procédure de liquidation judiciaire, les dates limites de dépôt des offres et d'ouverture de l'audience d'examen des offres sont déterminées sans équivoque par le tribunal.

III. La réalisation de la cession pré-arrangée dans le cadre de la liquidation judiciaire

1074. Dans la procédure de liquidation judiciaire, seul le tribunal peut fixer la date limite de dépôt des offres²⁷⁰¹. Il fixe également la date d'ouverture de l'audience d'examen des offres (A)²⁷⁰². Dans cette procédure, les délais procéduraux de convocation sont plus ou moins respectés en raison de certaines formalités obligatoires (B).

A. La fixation de l'audience d'examen des offres

1075. Selon le code de commerce²⁷⁰³, le tribunal peut renoncer à fixer une date limite de dépôt des offres, s'il estime que les offres reçues en redressement judiciaire (ayant précédé la liquidation judiciaire), et depuis la réforme opérée par l'ordonnance du 12 mars 2014²⁷⁰⁴, dans le cadre de la conciliation ou du mandat *ad hoc*, respectent les conditions posées au II de l'article L.642-2 et sont satisfaisantes eu égard aux objectifs légaux du plan de cession²⁷⁰⁵. Le tribunal doit alors fixer, dès le jugement d'ouverture, la date d'audience à laquelle les offres seront examinées, en application de l'article R. 642-1 tel que modifié par l'ordonnance du 12 mars 2014 précitée. Aucune date limite de dépôt des offres ne sera donc fixée. Entre l'ouverture de la liquidation judiciaire et l'audience d'examen des offres, le liquidateur ou l'administrateur judiciaire

²⁷⁰⁰ V. les *prepack*-cessions Nextiraone, FRAM, Pataterie, Librairie Gilbert Jeune, Turenne lafayette, Tati, Scala ; la liste n'est pas exhaustive.

²⁷⁰¹ Art. L. 642-2, I, al. 1, c. com.

²⁷⁰² Art. R. 642-1, al. 3, c. com.

²⁷⁰³ Art. L.642-2, c. com.

²⁷⁰⁴ Ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n° 0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

²⁷⁰⁵ V. A. LIENHARD, « Réforme issue de l'ordonnance du 12 mars 2014 », in *Code des procédures collectives commenté*, 12^e éd., Dalloz, 2014, p. 62.

désigné, seront toujours obligés de remettre son rapport²⁷⁰⁶ visant à présenter les offres au tribunal et à vérifier la qualité de tiers de l'offrant. En ce cas, la question peut se poser de savoir comment le tribunal peut vérifier, le jour de l'audience d'ouverture, le caractère suffisant des offres reçues en phase amiable et leur régularité formelle (critère permettant de passer outre l'appel d'offres), alors que le rapport du liquidateur ou (de l'administrateur désigné) ne pourra être remis qu'après l'ouverture de la liquidation ? De toute évidence, il apparaît que le tribunal se prononcera au vu du rapport du mandataire *ad hoc* ou du conciliateur lors de l'audience d'ouverture, en dépit de la discrétion qui entoure la conciliation ou le mandat *ad hoc*²⁷⁰⁷. Le caractère confidentiel de la conciliation fait que le projet de cession sera monté sans appel d'offres préalable, et lorsque le temps de la procédure judiciaire sera venu, il sera même possible de s'en passer²⁷⁰⁸. Une entorse à la concurrence ? Le législateur aurait pu même dire que le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur adresse un rapport au tribunal ou soit entendu le jour de l'audience d'ouverture. Le tribunal aurait ainsi eu une large information sur le contenu et la régularité des offres, de manière à lui permettre de ne pas faire d'appel d'offres (si les offres reçues sont satisfaisantes), et donc de fixer la date d'examen des offres en toute confiance. Comme le soulève un auteur, l'évidence s'impose d'elle-même et le juge entend le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur en chambre du conseil lors de l'audience d'ouverture²⁷⁰⁹.

1076. *A contrario*, il peut arriver que les offres, reçues en phase amiable, n'aient pas fait l'objet d'une publicité suffisante, ou qu'elles soient tout simplement insatisfaisantes²⁷¹⁰. En ce cas, le tribunal pourra renvoyer l'audience d'ouverture à une autre date et fixer une date limite de dépôt des offres²⁷¹¹. Dans une telle hypothèse, il y aura place à la poursuite provisoire d'activité pendant le temps nécessaire requis par suite de ce report²⁷¹². Sinon le plan de cession deviendrait impossible quoique le contraire ait été soutenu²⁷¹³ et même jugé²⁷¹⁴. Toutefois, ce rapport ne devra pas remettre en cause les offres reçues dans le cadre de la procédure de conciliation ou

²⁷⁰⁶ Art. R.642-2, c. com.

²⁷⁰⁷ Art. L.611-15, c. com.

²⁷⁰⁸ THULLIER, « La conciliation après l'ordonnance du 12 mars 2014 : jamais pareille mais toujours plus proche des procédures collectives » *BJE*, mai 2014, p. 17 et s., sp. p. 175.

²⁷⁰⁹ Th. MONTERAN et M. MIEULLE, « Le vade-mecum du plan de cession « prepack », *BJE*, 1^{er} mai 2015, n°3, p. 164.

²⁷¹⁰ V. sur le manque de transparence qui caractériserait le mécanisme de *prepack*-cession : Th. MONTERAN, « L'ordonnance du 12 mars 2014 et la conciliation », *Gaz. pal.* 6 févr. 2014, n° 96, p. 7 et s.

²⁷¹¹ G. BOLARD, « Les fonctions de mandataires de justice », *Rev. proc. coll.* 2006/2, n°18, p. 205 et s.

²⁷¹² Art. L. 642-2, I, al. 1, c. com.

²⁷¹³ F. PEROCHON, *Entreprise en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, n°1279.

²⁷¹⁴ Poitiers, 17 mai 2011, *BJE*, juill. 2011, p. 244, note C. VINCENT.

de mandat *ad hoc*. La réalisation de la cession pré-arrangée, dans le cadre d'une procédure judiciaire est soumise au respect d'un certain nombre de délais de convocation.

B. Les délais de convocation

1077. Dans la procédure de liquidation judiciaire, le tribunal doit déterminer une date d'audience d'examen des offres en adéquation avec le délai incompressible de quinze jours²⁷¹⁵ de convocation des cocontractants dont les contrats sont susceptibles d'être transférés²⁷¹⁶. Cette date devra également permettre au liquidateur ou à l'administrateur désigné de déposer son rapport sur les offres, ce qui permettra, par ricochet, la convocation des cocontractants. En pratique, le délai minimum semble varier de trois à quatre semaines, soit une semaine pour le dépôt du rapport du mandataire judiciaire, quinze jours pour les convocations. Il aurait pu être permis que le rapport du mandataire *ad hoc* ou du conciliateur présenté, lors de l'audience d'ouverture, puisse viser expressément les cocontractants devant être convoqués, pour l'arrêté du plan de cession. Dans le même sens, le législateur aurait pu réduire le délai de quinze jours à huit pour les besoins du plan de cession pré-arrangée. Toutefois, il faut tenir compte aussi des éventuelles offres concurrentes aux offres *prepack*. En effet, si le législateur a permis qu'un plan de cession puisse être négocié, voire établi en phase amiable, il n'a pas exclu pour autant l'admission d'autres offres concurrentes dès l'ouverture de la procédure judiciaire de réalisation dudit plan. C'est dire que les offres *prepack* ne bénéficient d'aucune exclusivité en ce sens. C'est pourquoi, l'article R.642-1 du code de commerce prévoit que lorsque le tribunal fixe directement la date de l'audience d'examen des offres, « *d'autres offres peuvent parvenir au liquidateur ou à l'administrateur, s'il en a été désigné, au plus tard huit jours avant cette date* ». Cette possibilité de réception d'autres offres peut conduire à plusieurs observations.

1078. En premier lieu elle suppose l'existence d'un appel d'offres, avec une date limite de dépôt de huit jours avant la date de l'audience d'examen des offres, alors même qu'aucune publicité n'est engagée dans le cadre de la liquidation, puisque le tribunal n'aura pas fixé de date limite de dépôt des offres, compte tenu de l'existence des offres *prepack*.

1079. Par ailleurs comment examiner les offres reçues jusqu'à huit jours de l'audience par le tribunal, si les cocontractants concernés par ces nouvelles offres ne peuvent matériellement et légalement pas être convoqués par le greffier dans le délai incompressible de quinze jours imposés par

²⁷¹⁵ Art. L.626-30-2, c. com.

²⁷¹⁶ Art. L. 642-7, c. com.

l'article R.642-7 du code de commerce ? La question demeure. Néanmoins, on peut penser que le tribunal puisse anticiper ces nouvelles offres, en convoquant tous les cocontractants du débiteur dont les contrats sont susceptibles d'être transférés.

1080. Également, dans le cadre du plan de cession *prepack*, le liquidateur ou l'administrateur, s'il en a été désigné un, ne seront pas exemptés de l'obligation de déposer les offres au niveau du greffe²⁷¹⁷. S'il n'y a pas de délai spécifique pour ce dépôt, l'esprit de la loi veut cependant qu'il se fasse dans le meilleur délai, afin de garantir la transparence autour du plan de cession. De cette manière, les nouveaux candidats (qui n'ont pas pris part à la phase amiable) qui ont déposé des offres huit jours avant l'audience, pourront prendre connaissance des offres formulées depuis la phase amiable au niveau du greffe.

1081. Si le tribunal décide tout de même d'arrêter une offre et de transférer des contrats, sans que les cocontractants n'aient été régulièrement convoqués, ces derniers pourraient faire partiellement appel du jugement. Ils devront alors justifier d'un grief particulier né du non-respect de l'article R.642-7 et de la violation des dispositions de l'article L.642-7 du code de commerce. Par ailleurs, si une offre venait à être présentée hors du délai de huit jours (donc irrecevable), mais qui s'avère sérieuse, rien n'empêcherait le tribunal de reporter l'audience, en vue d'examiner cette offre, l'objectif recherché étant d'avoir une meilleure offre. Un auteur suggère que la date limite de dépôt des offres soit le dépôt au greffe du rapport de l'administrateur ou du liquidateur²⁷¹⁸. Enfin, lorsqu'une offre *prepack* est retenue et que le plan est arrêté par le tribunal, son exécution engendrera, comme toute convention, des obligations pour les deux parties à savoir le cédant et le cessionnaire.

Paragraphe II. Les responsabilités du cédant et du cessionnaire : convergence des législations française et OHADA

1082. Le code de commerce et l'Acte uniforme des procédures collectives ambitionnent d'assurer la transparence et la loyauté de la cession. Il y a des obligations qui sont essentiellement relatives au paiement du prix de la cession, à l'obligation d'information des salariés, à l'information précontractuelle et à la garantie de passif. Le cessionnaire doit avoir des attitudes positives pour cette fin, tandis que le cédant doit s'abstenir de gêner la transmission de l'entreprise en

²⁷¹⁷ Art. L.642-2, IV, c. com.

²⁷¹⁸ B. SOINNE, n° 1452, cité par P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2017/2018*, 9^e éd., Dalloz Action, 2016, p. 1657.

difficulté²⁷¹⁹. C'est dans cet esprit que les textes organisent le régime de la responsabilité du cédant (A) et du cessionnaire (B).

I. Les obligations du cédant

1083. L'un des avantages du *prepack*-cession est que le chef d'entreprise mène avec le conciliateur les négociations pour la vente de son entreprise. Alors que dans le cadre de la cession judiciaire ordinaire, il joue un rôle purement passif : son consentement n'est pas nécessaire pour l'opération et il en est de même pour son conjoint.²⁷²⁰ ; il est exproprié de son entreprise, son obligation est de ne pas s'opposer à la cession. Il n'est pas toutefois pas tenu de couvrir le cessionnaire du risque d'éviction. Cependant, il semble qu'il soit astreint à plusieurs obligations pendant et après la mise en œuvre de la cession. Principalement, il s'agit du devoir général d'information précontractuelle (A), de l'obligation d'information des salariés (B) et, le cas échéant, de la garantie de passif (C).

A. Le devoir général d'information précontractuelle

1084. Le devoir général d'information précontractuelle vient d'avoir une assise légale autonome en droit français²⁷²¹. Ce devoir à la charge des futurs contractants est désormais explicitement indiqué à l'article L.1112-1 du code civil. Il n'a pas été présenté, comme la majeure partie des réformes effectuées, par le rapport remis au président de la république comme une nouveauté, mais comme le fruit d'une codification à droit constant. La mention de codification à droit constant serait tout simplement trompeuse, estime un auteur²⁷²². Selon lui, non seulement nombreuses sont les jurisprudences brisées par l'ordonnance, au de-là de la jurisprudence Cruz²⁷²³ relative à la rétractation du promettant dans une promesse unilatérale de contrat et de Canal Craponne²⁷²⁴ relative à la révision judiciaire en cas d'imprévision, mais aussi parce que codifier une jurisprudence, c'est énoncer une règle dont la formulation était susceptible de varier d'un arrêt à un autre. En tout état de cause, il s'est agi d'insérer dans le code civil, une obligation généralisée non seulement par les lois spéciales, mais aussi par la jurisprudence

²⁷¹⁹ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2016, p. 852.

²⁷²⁰ *ibid.* p. 856.

²⁷²¹ *id.*

²⁷²² M. LATINA « Le billet sur le rapport de présentation de l'ordonnance du 10 févr. 2016 », *Dalloz actu-étudiant*, 14 mars 2016, billet consulté le 20 janv. 2018.

²⁷²³ Civ. 3^e, 14 déc. 1993, n°91-10. 199 avec l'art. 1124.

²⁷²⁴ Civ. 6 mars 1876 avec art. 1195.

depuis bien longtemps²⁷²⁵. C'est, selon toute logique, le cas du sixième alinéa de l'article L.1112-1 précité, relatif à la sanction (annulation du contrat) du manquement à ce devoir dans les conditions des articles 1130 et suivants du code civil. La réparation des pertes subies (dépenses effectuées par exemple) et du gain manqué (perte d'une chance de conclure avec une autre partie), ainsi qu'un éventuel cumul, sont de jurisprudence constante²⁷²⁶. Si avant la réforme précitée, le législateur prévoyait diverses obligations spéciales d'information précontractuelle pour certains domaines spécifiques, aucun texte n'assoyait un devoir général d'information précontractuelle. Il n'était reconnu que dans certaines branches du droit, telles que le droit de la consommation²⁷²⁷, le droit de la vente²⁷²⁸, le droit commercial²⁷²⁹, le droit du travail²⁷³⁰, le droit bancaire²⁷³¹.

1085. Depuis cette réforme, l'obligation d'information précontractuelle acquiert un caractère général avec un fondement textuel propre. Pour autant, est-elle complètement déconnectée des autres fondements auxquels elle était traditionnellement rattachée ? Il semble qu'il n'y ait plus lieu de s'interroger sur l'opportunité de reconnaître une obligation d'information à l'occasion de la formation et de l'exécution du contrat. Elle ne constitue plus une obligation d'appoint de la théorie des vices du consentement²⁷³². Elle a vocation à s'appliquer à tous et en toutes circonstances en matière contractuelle.

1086. Selon le nouveau texte²⁷³³ régissant l'obligation : *« celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. « Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation. « Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. « Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge*

²⁷²⁵ V. N. MOLFESSIS, « De l'obligation de renseignement à l'enseignement juridique du contractant », in *Mélanges en l'honneur de J. HAUSSER*, LexisNexis-Dalloz, 2012, p. 927 et s.

²⁷²⁶ V. J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y-M. SERINET, *La formation du contrat*, t. 1, 4^e éd., LGDJ, 2013, p. 1438 et s.

²⁷²⁷ Art. L. 111-1 et 111-2, c. conso.

²⁷²⁸ Art. 1602, c. civ.

²⁷²⁹ Art. L.141-1, c. com.

²⁷³⁰ Art. 1221-3 ; L.3171-1 et L. 414-1, c. trav.

²⁷³¹ Art. L.313-22, c. mon. fin.

²⁷³² M. MEKKI, « La réforme du droit des obligations : questions pratiques », *l'extenso étudiant*, 19 avr. 2017, article consulté le 15 nov. 2017.

²⁷³³ Art. 1112-1, c. civ.

pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie. « Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir ». « Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants ». A la lecture de ces dispositions, certaines observations peuvent être faites dans le cas de la cession pré-arrangée qui nous intéresse :

1087. L'alinéa premier du texte met l'accent sur le caractère déterminant de l'information pour le consentement de l'autre partie (le cessionnaire dans notre cas). Cette disposition se révèle intéressante à la fois pour le cédant et pour le cessionnaire. D'une part, elle protège, à titre principal, le cédant qui se voit éviter de fournir une grande quantité d'informations inutiles et coûteuses en temps et en argent. D'autre part, elle protège, d'une manière indirecte, le cessionnaire qui pourra dorénavant recevoir que des informations uniquement importantes de sorte que celles qui sont sans intérêt ne nuisent à celles qui sont saines. En ce sens d'ailleurs, la Cour de cassation a eu à se prononcer sur le cas d'un contractant qui avait multiplié l'envoi d'informations inutiles destinées à détourner l'attention de son cocontractant sur les informations importantes²⁷³⁴.

1088. Le deuxième alinéa du texte évince l'obligation d'information sur l'estimation de la valeur de la prestation. En ce sens, le rapport transmis au président de la république précise qu'afin de ne pas susciter une insécurité juridique et de répondre aux inquiétudes des entreprises, ce devoir général d'information ne porte pas sur la valeur de la prestation, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation²⁷³⁵. La formule générale de l'ancienne rédaction de l'article 1129²⁷³⁶ aurait pu laisser croire que le législateur voulait combattre la jurisprudence *Baldus*²⁷³⁷, en imposant un devoir d'information sur la valeur du bien. Cette hésitation semble balayée par cet alinéa. Cette éviction viserait potentiellement trois domaines. D'abord le secteur immobilier où l'opinion selon laquelle l'acquéreur d'un bien immobilier, quand bien même serait-il mieux renseigné que le vendeur, n'a pas à lui fournir une quelconque information sur la valeur de ce bien²⁷³⁸, se trouve renforcée. Ensuite, le domaine de l'art où une réponse est apportée à l'idée que l'estimation de la valeur d'un bien a un coût économique dont il ne

²⁷³⁴ Civ. 3^e ch., 26 juin 1991, n°89-21325, *Bull. Civ. III*, n° 194.

²⁷³⁵ Civ. 1^{re}, 3 mai 2000, n°98-11381, *Bull. civ. I*, n°131.

²⁷³⁶ « *Il faut que l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce* ». « *La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée* ».

²⁷³⁷ « *On ne peut en général, s'engager, ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même* ».

²⁷³⁸ Civ. 3^e 17 janv. 2007, n°06-10442, *Bull. Civ. III*, n°5.

convient pas de déposséder son détenteur. Enfin et surtout, le domaine de la cession des droits sociaux où le législateur a voulu rassurer les actionnaires qui se portent acquéreurs des actions d'autres actionnaires de la même entreprise. La jurisprudence actuelle les dispense de fournir des informations sur la valeur des actions vendues, notamment de l'existence de négociations parallèles afin de rehausser le prix²⁷³⁹. Cependant, observe une doctrine²⁷⁴⁰, non seulement cette observation ne devrait pas remettre en cause les cas où cette information sur la valeur de la prestation est imposée, soit parce que l'estimation n'est en réalité que la conséquence du silence sur la substance même du bien ou de la prestation²⁷⁴¹, soit parce qu'une partie peut être tenue d'un devoir fiduciaire comme c'est le cas du dirigeant social²⁷⁴², mais aussi et surtout cette éviction semble incompatible avec l'article 1137 du code civil qui est relatif à la réticence dolosive²⁷⁴³. Cette observation doctrinale est pertinente. A l'analyse des dispositions du texte précité, on se rend compte que la nullité et la réticence dolosive dépendent du seul et unique caractère déterminant de l'information. Pourtant, la valeur d'un bien (son prix) peut s'avérer importante pour le vendeur (le cédant dans le cadre de notre étude). En ce sens d'ailleurs, le troisième alinéa de l'article 1112-1 du code civil n'inclut-il pas la nature et le prix de la prestation²⁷⁴⁴ en évoquant « le contenu du contrat » ? Le rapport remis au président de la République précise que « {...} le texte fait le choix de ne pas subordonner la réticence dolosive à l'existence d'un devoir d'information, conformément à une conception plus solidaire du contrat qui met l'accent sur l'intention de tromper ». Il en résulte que la réticence dolosive n'est plus fondée sur l'existence d'un devoir préalable d'information. Si tel est dorénavant le cas, comment savoir qu'il n'y a plus d'estimation sur la valeur de la prestation ? L'incohérence législative semble palpable comme le résume la doctrine précitée : « le législateur en retirant d'une main (c. civ. art. 1112-1) ce qu'il donne de l'autre (c. civ. art. 1137, al. 2) revient sur la jurisprudence Baldus ». Les actionnaires cessionnaires pourraient être désagréablement surpris dans l'avenir s'ils n'informaient pas intentionnellement l'acquéreur de la valeur du bien vendu.

²⁷³⁹ Com. 12 mai 2004, n° 00-15618. *Bull. IV*, n°94.

²⁷⁴⁰ M. MEKKI, « La réforme du droit des obligations : questions pratiques », *l'extenso étudiant*, 19 Avr. 2017, article consulté le 15 nv. 2017.

²⁷⁴¹ Civ. 3^{ème}, 15 nov. 2000, n°99-112003, *Bull. civ. III*, n°171.

²⁷⁴² Com. 27 févr. 1996, n°94-11241, *Bull. Civ. IV*, n°65.

²⁷⁴³ « Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie ».

²⁷⁴⁴ Art. 1163 et s. c. civ.

1089. Le cinquième alinéa du texte dispose que l'information doit avoir un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. La question se pose alors de savoir ce qu'il faut entendre par contenu, par lien nécessaire et par direct ? Si on peut relever une volonté claire du législateur de protéger le partenaire contractuel, les moyens mis en œuvre sont en revanche discutables ; la réforme opérée en droit des contrats serait un clair-obscur²⁷⁴⁵. Si la réforme ne fournit pas une réponse à ces questions, il en découle, en cas de contentieux, que le juge sera obligé d'interroger les faits de l'espèce : est-ce que l'information retenue ou erronée a incité le cocontractant à signer ou non le contrat ? Autrement dit, s'il avait eu la bonne information, aurait-il refusé sinon de conclure, à tout le moins, de le faire aux mêmes conditions ? En fonction de la réponse, et à la lumière des éléments de l'espèce, il statuera. Pour autant, le cessionnaire est-il complètement exempté de l'auto-renseignement ? En généralisant l'obligation d'information précontractuelle, les textes n'effacent pas l'usage de l'auto-raisonnement en disposant que « *c'est à la condition que légitimement, l'autre partie ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant* ». Que signifient « *une ignorance légitime* », « *la confiance à son cocontractant* » ? Les juges sont appelés à interpréter. L'ignorance légitime dans les termes des nouvelles dispositions ferait penser à ce qui n'a toujours pas été clair dans la jurisprudence, à savoir que le cocontractant a aussi l'obligation de se renseigner²⁷⁴⁶. Il doit faire preuve d'une diligence raisonnable²⁷⁴⁷.

1090. Le quatrième alinéa du texte pose la règle de la charge probatoire en disposant que « *il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie* ». Inspirée de l'article L.1353 du code civil selon lequel « *celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver ; réciproquement celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation* », cette nouvelle règle probatoire pose un problème de clarté : c'est au créancier de l'obligation (celui qui la réclame) de le prouver tout comme il incombe au débiteur de l'obligation (celui qui la doit) de prouver qu'il ne l'est plus à travers l'acte de preuve (copie du paiement par exemple) ; lorsqu'on rapproche ces dispositions légales de la position jurisprudentielle²⁷⁴⁸ selon laquelle si un professionnel est tenu d'une obligation d'information - imposée par une loi - par la jurisprudence ou par la convention, il lui appartient d'apporter la

²⁷⁴⁵ M. MEKKI, « La réforme du droit des obligations : questions pratiques », *l'extenso étudiant*, 19 Avr. 2017, article consulté le 15 nov. 2017.

²⁷⁴⁶ V. P. JOURDAIN, « Le devoir de se renseigner », *D.* 1983, p. 139.

²⁷⁴⁷ Civ. 3^e ch. 9 oct. 2012, n° 11-23869 NP.

²⁷⁴⁸ Civ. 1^{ère}, 25 févr. 1997, n° 94-19695, *Bull. civ.* I, n°75.

preuve de son exécution, une contradiction peut être relevée. Il en est ainsi parce que la raison évoquée pour soutenir cet aménagement de la charge probatoire est le plus souvent l'aptitude à la preuve. Or, le débiteur de l'information est le plus à même de fournir la preuve non pas seulement pour des raisons intellectuelles, mais aussi pour des causes matérielles car il est le plus apte à justifier que la preuve a été fournie. Dès lors, le choix du législateur au sein de l'article 1112-1 devient difficile à comprendre. Selon un auteur²⁷⁴⁹, « *il aurait été plus opportun de mettre à la charge du débiteur désigné la preuve qu'il n'a pas exécuté l'obligation d'information en établissant, soit qu'elle n'en avait pas connaissance, soit qu'elle n'était pas déterminante, soit que l'autre partie pouvait s'informer* ». Cela aurait pu éviter la contradiction qu'on peut, par ailleurs, relever avec le devoir général d'information précontractuelle. En effet, imposée par la loi, la charge probatoire revêt un caractère légal de sorte qu'il ne devrait appartenir qu'à celui qui en est débiteur de prouver qu'il l'a fournie. En tout état de cause, le débiteur de l'information est déchargé d'une obligation qui aurait pu peser sur lui, car il est difficile de fournir la preuve que les conditions d'une obligation due par l'autre partie étaient réunies. Dans la cession d'entreprise, le cessionnaire n'aurait pas intérêt à attendre l'estimation du prix par le cédant avant de s'engager²⁷⁵⁰ ; mais alors, est-ce par convention, la charge de la preuve peut-elle être aménagée ?

1091. Le cinquième alinéa du texte dispose que « *les parties ne peuvent ni limiter ni exclure ce devoir {d'information}* ». Que faut-il retenir de cette disposition ? Est-elle absolue comme le laisse transparaître la rédaction ou est-elle relative en pratique ? Cette question demeure. La jurisprudence apportera des éclaircissements. En outre, peut-on ou non introduire des clauses de confidentialité dans les contrats en général et dans la cession en particulier ? Dans le cas d'une cession d'entreprise, il est difficile d'imaginer que le cédant veuille introduire une clause de confidentialité relative à la marque de fabrique par exemple.

1092. En droit OHADA, l'Acte uniforme des obligations et des contrats étant en cours d'élaboration, et faute d'une réglementation particulière à caractère communautaire, il est difficile d'affirmer si le législateur instaure ou non une obligation générale d'information précontractuelle. En plus du devoir général d'information précontractuelle, le cédant est tenu au devoir particulier d'information des salariés.

²⁷⁴⁹ M. MEKKI, « La réforme du droit des obligations : questions pratiques », *l'extenso étudiant*, 19 avr. 2017, article consulté le 15 nv. 2017.

²⁷⁵⁰ Il en est ainsi parce que, naturellement, celui-ci ne peut s'interdire de valoriser son entreprise à céder.

B. Le devoir d'information des salariés

1093. La France reste marquée ces dernières années par un point d'achoppement entre acteurs politiques à savoir la transparence, ce qui peut être perçu au travers des législations. Tel est le cas dans la réglementation des affaires. Dans la cession d'une entreprise, les salariés n'étaient pas obligatoirement interrogés s'ils voulaient ou non racheter l'entreprise qui les emploie. Certaines opinions au sein de la classe politique y voyaient une sorte de discrimination à leur encontre. C'est pourquoi, la loi du 31 juillet 2014 sur l'économie sociale et solidaire²⁷⁵¹ a imposé un devoir d'information préalable des salariés aux chefs d'entreprise, en cas de vente de fonds de commerce ou de cession d'une participation. Cette loi prévoyait la nullité de la vente lorsque les salariés n'étaient pas informés ou s'ils ne l'avaient pas été dans les délais. Saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel a jugé que cette sanction était inconstitutionnelle en ce qu'elle était disproportionnée par rapport à la liberté d'entreprise²⁷⁵². Cette décision a été reprise par la loi Macron²⁷⁵³ qui modifiera le champ d'application de la loi Hamon précitée. Les décrets du 28 septembre 2015²⁷⁵⁴ et du 4 janvier 2016²⁷⁵⁵ apportent les précisions sur ces modifications.
1094. D'abord, selon la loi Hamon²⁷⁵⁶, d'une part, l'obligation d'information concernait les entreprises employant au maximum deux cents quarante-neuf salariés - donc celles n'ayant pas l'obligation de former un comité d'entreprise - et les petites et moyennes entreprises (PME) employant moins de deux cent-cinquante. D'autre part elle était limitée aux cessions de fonds de commerce ou d'une participation représentant plus de cinquante pour cent des titres d'une SARL ou d'une SAS.

²⁷⁵¹ L. n°2014-856 du 31 juill. 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, *JORF* n°0176 du 1er août 2014, p. 12666.

²⁷⁵² Cons. const. n°2015-476, QPC du 17 juill. 2015.

²⁷⁵³ L. n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *JORF* n°0181 du 7 août 2014, p. 13537.

²⁷⁵⁴ Décret n°2015-1811 du 28 déc. 2015 relatif à l'information des salariés en cas de vente de leur entreprise, *JORF* n°0302 du 30 déc. 2015, p. 24902, texte n°138 : les éléments généraux relatifs aux aspects juridiques de la reprise d'une entreprise par les salariés, en précisant les avantages et les difficultés pour les salariés et le cédant.

²⁷⁵⁵ Décret n°2016-2 du 4 janv. 2016 relatif à l'information triennale des salariés prévue par l'article 18 de la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, *JORF* n°0003 du 5 janv. 2016, texte n°26 : les éléments généraux relatifs aux dispositifs d'aide financière et d'accompagnement pour la reprise d'une société par les salariés.

²⁷⁵⁶ Art. L. 141-23, c. com. pour les entreprises employant moins de 50 salariés et L. 141-28 pour les entreprises comptant entre 50 et 249 salariés.

1095. Dorénavant, l'obligation d'information des salariés ne s'applique plus à toutes les cessions - cela incluait les ventes, les fiducies, les donations -, mais à tous les actes de vente²⁷⁵⁷. Ce qui, en sens inverse, exclut la donation, les apports et la fiducie. La sanction initiale de la non observation de l'obligation qui était la nullité de la cession n'est plus encourue. La juridiction saisie d'une action en responsabilité ne peut prononcer, à la demande du ministère public, qu'une amende civile représentant les deux pour cent du montant du prix de vente. Comment se transmet-elle cette information aux salariés ?
1096. Dans le cas de la vente d'un fonds de commerce, le propriétaire du fonds informe l'exploitant du fonds qui, à son tour, informe les salariés²⁷⁵⁸. Si ce dernier est aussi propriétaire, alors il informe directement les salariés. Lorsque l'entreprise emploie plus de deux cents quarante-neuf salariés, l'information se fait plus tard au moment où le comité d'entreprise est saisi pour avis de vente²⁷⁵⁹. Lorsqu'il s'agit de vente de parts sociales ou d'actions, le propriétaire informe le représentant légal, lequel informe, à son tour, les salariés, sauf si ce dernier est lui-même représentant légal²⁷⁶⁰.
1097. L'information des salariés peut se faire par plusieurs canaux²⁷⁶¹. Elle peut se réaliser au cours d'une réunion, par lettre remise en main propre ou encore par lettre recommandée avec demande d'avis de réception²⁷⁶². La loi Macron, précédemment citée, est venue apporter une précision sur ce dernier point. La date de l'information par ce canal s'apprécie dorénavant à la première date de présentation de la lettre et non plus à celle apposée par la poste lors de sa remise à son propriétaire²⁷⁶³. Par ailleurs, cette information doit intervenir deux mois avant la vente de manière à ce que tous les salariés puissent se manifester²⁷⁶⁴. Toutefois, la vente peut avoir lieu avant l'expiration de ce délai, dès lors que les salariés concernés ont fait savoir leur intention de ne pas vouloir présenter d'offre d'achat de façon explicite et sans équivoque²⁷⁶⁵. A partir de là, le cédant dispose d'un délai de deux ans, afin de réaliser la vente sans qu'il n'y ait besoin d'informer de nouveau les salariés.

²⁷⁵⁷ Art. L. 141-27, c. com. pour les entreprises de moins de 50 salariés et L. 141-32 pour celles employant entre 50 et 249 salariés.

²⁷⁵⁸ Art. L. 141-23, c. com.

²⁷⁵⁹ Art. L. 141-28, c. com.

²⁷⁶⁰ Art. L. 23-10-1 et L. 23-10-7, c. com.

²⁷⁶¹ Art. L.141-25, c. com.

²⁷⁶² Art. L. R.141-4, c. com.

²⁷⁶³ Art. L. 141-25, al. 2, c. com.

²⁷⁶⁴ Art. L. 141-23, c. com.

²⁷⁶⁵ Art. L. 23-10-1, al. 5, c. com.

1098. Quant à l'objet de l'information, la loi Hamon a prévu deux catégories. D'abord, l'information obligatoire des salariés de la volonté du cédant de procéder de manière non équivoque à une cession et de la possibilité pour eux de présenter une offre d'achat, dans le respect des dispositions de l'article L.23-10-1 du code de commerce. Ensuite, l'information triennale sur les possibilités de reprise d'une entreprise portant notamment sur les conditions juridiques, les avantages et les difficultés liées à une telle reprise. Pour ce dernier point, le champ d'application a été étendu. Désormais, cette information concerne les orientations générales de l'entreprise relatives à la détention de son capital, sur le contexte et la condition d'une vente de celle-ci et sur le contexte et les conditions d'un changement capitalistique substantiel.
1099. Le décret du 4 janvier 2016 précité précise les éléments dont les salariés doivent être informés : les principales étapes d'une reprise de société, en précisant les avantages et les difficultés pour les salariés et pour le cédant ; les éléments généraux en matière d'aide financière et d'accompagnement pour la reprise d'une société par les salariés ; une liste d'organismes pouvant accompagner les salariés par la fourniture de conseils ou par la formation en matière de reprise d'une société ; une information générale sur les critères de valorisation d'une entreprise, ainsi que sur la structure de son capital et son évolution prévisible. En contrepartie, les salariés sont tenus à l'obligation de discrétion une fois imprégnés de ces informations, ce dans les mêmes conditions que pour les membres du comité d'entreprise²⁷⁶⁶, sauf à l'égard des personnes qui leur sont indispensables pour la formulation d'une offre. Tout manquement à cette obligation, qui peut être comprise dans la clause de discrétion par extension, est passible de sanction disciplinaire et pourrait faire l'objet d'un licenciement pour motif personnel à l'encontre du salarié.
1100. Dans le cadre d'un plan *prepack*-cession qui nous intéresse, le chef d'entreprise devrait aussi tôt informer les salariés. Nonobstant le caractère inopérant de la plupart des règles ordinaires de la cession judiciaire d'entreprise dans le cadre d'une phase amiable, il devrait assurer cette obligation d'information pour deux causes essentielles : d'abord parce que le conciliateur est à la recherche d'un repreneur, l'information des salariés pourrait peut-être amener ceux-ci à formuler une offre intéressante. Ensuite parce que de toutes les manières la cession sera réalisée dans le cadre d'une procédure judiciaire où le manquement à une obligation légale (dont

²⁷⁶⁶ Art. L. 23-10-3, c. com., et L.2325-5, c. trav.

l'accomplissement d'une publicité suffisante) pourrait amener le tribunal à choisir une autre offre qui remplit les critères de sélection.

1101. En droit OHADA, le législateur ne prévoit pas expressément l'obligation d'informer les salariés de la cession de l'entreprise qui les emploie, à tout le moins, dans le cadre d'un concordat comportant cession partielle ou totale d'actif²⁷⁶⁷. Dans le silence des textes, rien n'interdit au chef d'entreprise d'informer les salariés²⁷⁶⁸. Même si l'offre de reprise est choisie par les créanciers par suite d'un vote majoritaire, la recherche des offres de reprise reste exclusivement réservée au chef d'entreprise²⁷⁶⁹ assisté d'un syndic. Outre les obligations précédemment évoquées, le cédant peut être tenu du passif non révélé lors de la cession, s'il a souscrit une clause de garantie de passif.

C. Le devoir de garantie de passif

1102. La clause de garantie de passif protège l'acquéreur d'actifs surévalués ou de dettes dissimulées, et repose juridiquement sur l'article 1103 (ancien art.1134) du code civil. En vertu de cette clause, le cédant s'oblige à payer le passif révélé après la cession, dont l'origine est antérieure à la cession, sans qu'il y ait besoin de la preuve d'un préjudice financier ou économique²⁷⁷⁰. Elle est conçue comme un mécanisme de rééquilibrage des termes de la cession et ne suppose pas, contrairement à la mise en œuvre de la responsabilité d'un tiers ou d'un cocontractant, l'existence et la preuve d'un quelconque dommage²⁷⁷¹. Le cédant peut payer plus que le prix qu'il a reçu lors de la vente. Le juge n'interpréterait la clause de garantie de passif que si elle est obscure et ambiguë²⁷⁷². Toutefois, il peut arriver qu'une interprétation soit nécessaire, même en présence d'une clause non obscure, ce sera alors pour en déterminer l'étendue et les conditions de mise en œuvre.

1103. L'interprétation de la clause de garantie a été d'abord en faveur du débiteur de cette obligation (le cédant) avant que la Cour de cassation ne retourne la situation en faveur de son créancier (le cessionnaire). Les juges ont commencé par adopter une interprétation *in concreto* de la clause

²⁷⁶⁷ Art. 132 et s., AUPC.

²⁷⁶⁸ Art. 132, al. 1, AUPC.

²⁷⁶⁹ Lorsqu'il s'agit du redressement judiciaire : art. 52, AUPC.

²⁷⁷⁰ Com. 29 janv. 2008, n°06-20.010, NP.

²⁷⁷¹ C. HAUSSMANN et M. VALERI, « Actualité jurisprudentielle en matière de garantie de passif », *Revue Sociétés*, 15 oct. 2009, article consulté le 12/08/2017.

²⁷⁷² Com. 23 mai 2006, n°03-15426, *Bull. civ. IV*, 2006, n°130, p. 132.

de garantie de passif, c'est-à-dire en tenant compte des éléments extérieurs à celle-ci. Pour ce faire, ils prenaient en compte le comportement et l'intention commune des parties²⁷⁷³. De la même manière, lorsque les termes de la clause n'étaient pas clairs, ils interprétaient en faveur du cédant²⁷⁷⁴. Si une attitude dolosive ou un vice était caché lors de la cession, il revenait au cessionnaire de le prouver. Depuis un arrêt de la Cour de cassation en 2015²⁷⁷⁵, la situation a connu un véritable retournement.

1104. En effet, cet arrêt a marqué une interprétation *in abstracto* de la clause de garantie de passif, c'est-à-dire qu'il n'a tenu compte que des seuls termes de la clause. La Cour de cassation s'est essentiellement basée sur les dispositions de l'ancien article 1134²⁷⁷⁶ du code civil, et le message est on ne peut plus clair : il faut respecter la convention des parties. Dès lors, les éléments extérieurs à la clause ne sauraient suffire à outrepasser celle-ci. Le cessionnaire est désormais soulagé dans la mesure où seuls les termes du contrat seront pris en compte. Cette interprétation n'était-elle pas contraire, à l'époque des faits, à l'article 1134 et aujourd'hui aux dispositions de l'article 1104 du code civil qui imposent (ordre public) que les contrats soient négociés, formés et exécutés de bonne foi ? Cela signifie-t-il que le cessionnaire peut bien avoir commis un acte de mauvaise foi et pouvoir invoquer la clause de garantie de passif ? Deux arrêts²⁷⁷⁷ avaient déjà tranché sur cette interrogation : « *si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle n'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et obligations légalement convenus entre les parties* ». En d'autres termes, la mauvaise foi du cessionnaire ne l'empêche pas de mettre en œuvre la clause de garantie. Toutefois, sa responsabilité pourra être engagée. Il revient désormais au cédant de prouver cette mauvaise foi. Or, il est très difficile en pratique de prouver cela. Dans cette nouvelle interprétation de la Cour de cassation, une doctrine²⁷⁷⁸ voit une mesure inéquitable : « *alors que le cessionnaire a parfaitement connaissance du vice de la marchandise ou du service au cœur du contrat, rien*

²⁷⁷³ Com. 24 mai 1994, n°92-14.817 NP.

²⁷⁷⁴ V. G. NOTTE, « Les clauses dites de garantie d'actif et de passif dans les cessions de droit sociaux », *JCP*, 1985, I, 311936 ; Aix-en-Provence, 3 mars 1988, *JCP* 1989, éd. E., 11, 15415, A. VIANDIER et J. J. CAUSSAIN ; Amiens, 1^{ère} ch., 10 avr. 1987, *JCP* 1998, éd., N., II, p. 232.

²⁷⁷⁵ Com. 12 mai 2015, n°14-13.234, *Thelys avocats*, 14 août 2015, obs. E. BASTIANELLI.

²⁷⁷⁶ Actuels articles 1103, 1193 et 1104 tels que modifiés par l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve de l'obligation.

²⁷⁷⁷ Com.15 mars 2011, n°09-13.299, *Rev. dr. Sociétés*, juill. 2011, n°07, obs. M. L. COQUELET.

²⁷⁷⁸ E. BASTIANELLI, « L'étendue de la clause de garantie de passif : analyse de l'arrêt du 12 mai 2015 (com. 12 mai 2015, n°14-13.234), *THely avocats*, 14 août 2015, article consulté le 13 août 2017.

ne semble l'empêcher après-coup de se prévaloir de la clause de garantie pour obtenir un dédommagement ».

1105. Le passif révélé après la cession doit avoir une origine antérieure à cette cession pour que la clause de garantie de passif puisse être utilement actionnée. La détermination de la date précise du passif concerné est importante à plusieurs égards dont, notamment, dans le cadre du licenciement où elle peut poser un problème. En effet, la question s'est posée de savoir si les indemnités de licenciement d'un salarié, postérieures à la cession, peuvent être opposées au cédant en vertu de la clause de garantie de passif ? La Cour de cassation a indiqué que la clause de garantie de passif prévoyant la garantie de dettes nées avant la cession ne saurait être étendue aux dettes nées après la cession²⁷⁷⁹. Ainsi, si le licenciement a lieu après cette date, les indemnités ne sauraient être supportées par le cédant, mais elles seront à la charge du cessionnaire, ce même si le contentieux résulte d'un litige en germe antérieur à la cession car le fait générateur de l'indemnité est le licenciement et non le litige antérieur²⁷⁸⁰.
1106. La Cour de cassation a aussi répondu à la question de savoir si la responsabilité du cédant, dans le cadre de la clause de garantie de passif, peut être limitée au nombre de parts cédées ? Dans son arrêt, elle a indiqué que lorsque le cédant s'engage à supporter personnellement toutes les dettes sociales non inscrites au bilan, cette responsabilité ne saurait se limiter aux seules parts ou actions cédées²⁷⁸¹. Dans la plupart des cas, la garantie de passif englobe l'ensemble du passif social. Cependant cinq ans plus tard, elle limitera l'étendue de son arrêt en indiquant que celui-ci s'efface face à une stipulation de proportionnalité décidée par les parties²⁷⁸². Cela signifie que la clause ne peut aller au-delà de ce qui est expressément écrit ou exclu. Ainsi, une clause qui prévoit l'obligation pour le cédant de supporter tout passif de quelque nature qu'il soit ne peut être étendue à la garantie de passif net, les parties ne l'ayant pas expressément prévue²⁷⁸³. La garantie de passif ne peut également pas, en outre, couvrir les créances irrécouvrables²⁷⁸⁴.
1107. Par ailleurs, un sous-acquéreur peut-il se prévaloir de la clause de garantie de passif contre le cédant ? La réponse a été jugée affirmative par la Cour de cassation²⁷⁸⁵. L'explication en est

²⁷⁷⁹ Com. 14 mai 2013, n°12-15.119 FS-P+B, *Rev. droit des sociétés*, nov. 2013, n°11, obs. R. MORTIER.

²⁷⁸⁰ Com. 31 mars 2009, n°08-12.702 NP.

²⁷⁸¹ Com. 12 juill. 2005, « garantie de passif : diverses obligations du cédant », *Legavox*, 26 janv. 2016, J. DRAY,

²⁷⁸² Com. 14 déc. 2010, n° 09-68.868, NP.

²⁷⁸³ Com.12 mai, 2015, n°14-13.234, F-D, *le petit juriste*, 22 juill. 2015, obs. P. E. EVANE.

²⁷⁸⁴ Com. 14 mai 1985, *Bull. Joly Sociétés*, 1985.782.

²⁷⁸⁵ Com. 12 févr. 2008, n° 06-15.951, NP ; Paris, 20 juin 2006, n°05-12.465.

simple : la clause de garantie étant attachée à la chose cédée, il en résulte que la responsabilité reste la même, même en cas de changement d'acquéreur. Toutefois, le cessionnaire originaire (le premier) ne peut plus l'invoquer après la vente. Toutefois, cette jurisprudence doit être nuancée, lorsqu'il s'agit de passif fiscal en ce que ce dernier ne couvre que les périodes antérieures non forcloses par l'administration fiscale ; la durée de la garantie est égale au délai de prescription indiqué par les textes applicables. Un sous-acquéreur peut cependant, dans un autre cas de figure, invoquer la nullité de la cession pour dol, lorsque son consentement a été vicié, ce même en présence d'une garantie contractuelle²⁷⁸⁶. Il en ressort qu'il ne peut être argué que la stipulation d'une clause de garantie ne peut faire obstacle à l'action en nullité de la cession par le cessionnaire. La clause de garantie n'est par ailleurs pas subordonnée, comme cela a été déjà dit, à la preuve d'un préjudice subi par l'acquéreur, sauf stipulation contraire par les parties²⁷⁸⁷.

1108. Cependant, si le cessionnaire ne s'est pas acquitté de son obligation d'information préalable, lorsqu'il en a été prévu par une clause, auprès du cédant, ce dernier peut remettre en cause l'exécution de la clause de la garantie de passif. Comme le souligne un auteur²⁷⁸⁸, l'un des moyens les plus fréquemment utilisés par les cédants pour priver les garanties de passif d'efficacité, au stade de leur mise en jeu, consiste à invoquer la violation par le cessionnaire de la clause d'information dont ces garanties sont souvent assorties, laquelle met à la charge de ce dernier l'obligation de prévenir le vendeur, dans un délai impératif et selon une forme contractuellement convenue, de tout événement de nature à entraîner la mise en œuvre de la clause de garantie de passif. Le contentieux surgit du fait que cette clause ne précise pas le plus souvent la sanction applicable en cas de manquement à l'obligation d'information. D'abord, la jurisprudence considérait que le manquement à l'obligation d'information du cédant de tout événement de nature à actionner la clause, n'emportait pas, à lui seul, déchéance de la garantie²⁷⁸⁹, et maintenait cette dernière nonobstant le non-respect du délai convenu pour sa mise en œuvre, dès lors qu'aucune sanction n'avait été contractuellement convenue entre les parties²⁷⁹⁰. Ensuite, elle a considéré que ce non-respect emporte déchéance de la garantie. Il a été ainsi jugé en 2006 que le bénéficiaire d'une clause de garantie de passif qui n'informe pas

²⁷⁸⁶ Com. 2 mai 2007, n° 05-21.975, *Rev. droit des sociétés*, août 2007, n°08, obs. H. HOVASSE.

²⁷⁸⁷ Com. 29 janv. 2008, n° 06-20.010, F-D, *Rev. droit des sociétés*, nov. 2008, n°11, obs. M. L. COQUELET.

²⁷⁸⁸ A. CONSTANTIN, « Mobilisation des droits sociaux : sanction de non-respect des conditions de mise en œuvre des garanties conventionnelles : clauses de déchéances », *RTD com.* 2011, p. 580.

²⁷⁸⁹ Com. 9 mai 2001, n°98-17.774 NP.

²⁷⁹⁰ Com. 30 juin 1998, n°96-19.337 NP.

le garant dans le délai prévu perd cette garantie²⁷⁹¹. Ce nouveau courant jurisprudentiel a été ultérieurement précisé par la Cour de cassation dans un attendu de principe : « {...} *l'inexécution par les cessionnaires de leur obligation d'informer les cédants, dans le délai convenu, par lettre recommandée avec accusé de réception, de toute réclamation, de toute action contentieuse et de tout fait et évènement générateur de la garantie de passif, faisait à elle seule obstacle à ce qu'ils invoquent le bénéfice de celle-ci* »²⁷⁹² ; il a été réitéré plus tard par deux arrêts en date du 15 mars 2011²⁷⁹³ et du 7 juin 2011²⁷⁹⁴ par lesquels la cour de cassation a confirmé la déchéance de la garantie de passif en cas de non-respect du délai d'information.

1109. La période de couverture de la garantie peut être prévue par les parties selon la Cour de cassation²⁷⁹⁵. Elles peuvent par exemple prévoir que la garantie ne commencera à s'appliquer que si la révélation du passif intervient pendant un certain moment courant après la cession. Elles peuvent également prévoir un délai durant lequel la garantie peut être invoquée à partir de la révélation du passif²⁷⁹⁶. L'information précontractuelle, l'information des salariés ainsi que la garantie de passif constituant certaines des obligations du cédant, pour le cessionnaire, la principale obligation reste le paiement du prix de la cession.

II. Les obligations du cessionnaire

1110. Selon la jurisprudence française, l'acquéreur doit rendre compte de l'application des stipulations du plan²⁷⁹⁷. Il doit exécuter, sous peine de résolution du plan, tous les engagements formalisés dans ce dernier, et qu'il avait acceptés dans l'offre de cession pré-arrangée. Il s'agit notamment du maintien des emplois ; mais aussi, il devra obligatoirement payer, sous peine de résolution du plan par le tribunal²⁷⁹⁸, le prix de la cession qui permettra de désintéresser les créanciers²⁷⁹⁹ (A). L'importance du prix est une condition d'homologation de la cession en droit

²⁷⁹¹ Com. 9 juin 2009, n° 08-17.843, *Dalloz act.*, 19 juin 2009, obs. A. LIENHARD.

²⁷⁹² Com. 9 juin 2009, n°08-17.843, *JCP E* 2009, 1767, n°3, obs. FI. DEBOISSY et G. WICKER.

²⁷⁹³ Com. 15 mars 2011, n°09-13.299, *Rev. droit des sociétés*, juill. 2011, n°7, obs. M. L. COQUELET.

²⁷⁹⁴ Com. 7 juin 2011, n°08-21.962 NP.

²⁷⁹⁵ Com. 2 mai 1990, n° 88-16.244, NP.

²⁷⁹⁶ Paris, 25^e ch. A, 10 janv. 2003, SA traditions securities and futures et AC c/consorts Michelez.

²⁷⁹⁷ Art. L. 642-11, c. com.

²⁷⁹⁸ Com. 1^{er} févr. 2000, *LPA* 2000, n° 159, obs. Ch. H. GALLET.

²⁷⁹⁹ « Le prix de cession servira à apurer les créances super privilégiées, les créances postérieures privilégiées, les créances antérieures assorties de sûretés spéciales, puis les créances chirographaires : P. M. Le CORRE, *Droit et pratiques des procédures collectives* 2017-2018, 9^e éd., *Dalloz Action*, 2016, p. 1719.

OHADA²⁸⁰⁰. A cette principale obligation, s'ajoute l'exécution des contrats cédés, surtout ceux de travail dans le respect des termes convenus (B).

A. Le paiement du prix de la cession

1111. En droit OHADA, la juridiction compétente ne peut homologuer un plan de cession que lorsque le prix est suffisant pour acquitter les dettes, contrairement au droit français²⁸⁰¹. Les textes ne précisent pas, ni en droit OHADA, ni en droit français, le mode de règlement du prix de la cession²⁸⁰². En pratique, rien ne semble s'opposer au mode de paiement légal qui convient aux parties (virement, chèque). Très souvent une partie est payée immédiatement et le solde est ensuite acquitté à tempérament²⁸⁰³. Le paiement obligatoire du prix est à titre personnel, sauf stipulation contraire entre les parties²⁸⁰⁴. Cependant une substitution de cessionnaire est possible. En ce cas, le paiement du prix de la cession est porté à la charge du cessionnaire substitué. Pour autant le cédant n'est pas déchargé de ses obligations²⁸⁰⁵. Selon le code de commerce et l'Acte uniforme des procédures collectives, tant que le cessionnaire n'a pas payé l'intégralité du prix de la cession, il ne peut, à l'exception des stocks, aliéner ou donner en location-gérance les biens corporels ou incorporels qu'il a acquis²⁸⁰⁶. Toutefois, leur aliénation totale ou partielle, leur affectation à titre de sûreté, leur location, ou leur location-gérance peut être autorisée par le tribunal après rapport du liquidateur qui doit préalablement consulter le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel. Le tribunal doit tenir compte des garanties offertes par le cessionnaire. Tout acte passé en violation de cette règle est annulé à la demande de tout intéressé ou du ministère public, présentée dans le délai de trois ans à compter de la conclusion de l'acte. Lorsque ce dernier est soumis à publicité, le délai commence à courir à partir de cette publicité. Cependant, le cessionnaire n'est pas tenu de payer le passif du cédant²⁸⁰⁷. Le cessionnaire est un ayant-cause particulier comme tout acquéreur d'un bien²⁸⁰⁸.

²⁸⁰⁰ Art. 132, al. 2, 1^o, AUPC.

²⁸⁰¹ Art. 133, al. 2, 1^o, AUPC ; v. l'approche comparative droit français, droit OHADA sur la finalité de la cession judiciaire de l'entreprise en difficulté : *supra*, n^o984, n^o953.

²⁸⁰² Com. 9 janv. 2001, *RJDA* 5/01, n^o613 : à défaut de précision dans le plan, le prix de cession s'entend hors taxes.

²⁸⁰³ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2016, p. 852.

²⁸⁰⁴ *ibid*, n^o1274.

²⁸⁰⁵ C. VINCENT, « La substitution dans le plan de cession d'une entreprise en difficulté », *LPA*, 25 nov.1998, p. 12 ; com. 8 déc. 1998, *act. proc. coll.* 1999, p. 80, obs. A. LIENHARD.

²⁸⁰⁶ Art. L.642-9, al. 1, c. com. ; Art. 133, al. 3, AUPC.

²⁸⁰⁷ Com. 30 mars 1993, *JCP* 1993, I, 3704, n^o5, obs. R. CABRILLAC et Ph. PETEL. V. dans les cas où cela est possible : Com. 3 janv. 1995, *RJDA* 5/95, n^o649 ; Com. 17 mai 1994, *JCP* G 1994, 3799, n^o5.

²⁸⁰⁸ F. PEROCHON, *Entreprise en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014, n^o1279.

Il n'est pas l'ayant-cause à titre universel du cédant²⁸⁰⁹. Par conséquent, il ne recueille que les actions et droits différents des éléments d'actifs cédés²⁸¹⁰. Le cessionnaire doit respecter l'exécution des contrats transférés.

B. La bonne exécution des contrats transférés

1112. Pour la réalisation de la cession pré-arrangée, en aval d'une procédure judiciaire, les contrats de travail sont automatiquement transférés²⁸¹¹. De plus, le tribunal détermine les contrats de crédit-bail, de location ou de fourniture de biens ou services nécessaires au maintien de l'activité au vu des observations des contractants du débiteur transmises au liquidateur ou à l'administrateur lorsqu'il en a été désigné un²⁸¹². Ces contrats, notamment les contrats de travail, doivent être exécutés selon les conditions en vigueur à l'ouverture de la procédure judiciaire devant réaliser la cession.

1113. Dans ce processus judiciaire de continuation des contrats, la question s'est posée de savoir si un contrat de bail commercial peut être résilié pour vice de forme ? Dans un arrêt rendu le 1^{er} mars 2016, la cour de cassation a indiqué qu'« *attendu que sauf disposition contraire du jugement arrêtant le plan de cession, la cession judiciaire forcée du bail commercial en exécution de ce plan n'est pas soumise aux exigences de forme de ce contrat* ». ²⁸¹³ En l'espèce, un jugement du 24 mars 2009 a arrêté en faveur d'une entreprise, la cession des actifs d'une autre, dans le cadre d'un plan de cession adopté lors d'une procédure de redressement judiciaire incluant un bail commercial. La cession a été régularisée par acte sous seing privé signifié au bailleur. Se prévalant du fait que la cession avait été conclue sans que la forme authentique prévue par le contrat de bail en cas de cession n'ait été respectée, le bailleur a assigné l'acquéreur en résiliation et en expulsion. La cour d'appel d'Aix-en-Provence a prononcé la résiliation du bail au motif que le non-respect de ces conditions de forme constitue une infraction aux clauses du bail. Arrêt que la Cour de cassation a sanctionné au visa de l'article L. 642-7 du code de commerce, rendu applicable, par l'article L.631-22 du même code, au plan de cession arrêté à la suite de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire.

²⁸⁰⁹ Com. 19 déc. 2006, n°04-20.591, NP, n°1060 ; F-D ; Com. 24 avr. 2007, n° 05-20. 151, NP.

²⁸¹⁰ Com. 19 déc. 2006, n°04-20.591, NP.

²⁸¹¹ Art. L.1224-1, c. trav. ; Art. 107, AUPC.

²⁸¹² Art. L. 642-7, al. 1^{er}, c. com. ; Art. 108, AUPC.

²⁸¹³ Com. 1^{er} mars 2016, n°14.14-716, *LEDEN*, avr. 2016, n° 53, obs. F. KENDERIAN ; BRDA, 6/16, n°9, p. 6 ; note C. LACHENAL ; V. aussi F. KENDERIAN, *Le sort du bail commercial dans les procédures collectives*, LexisNexis, 4^e éd. 2015, n°120 et s.

Logiquement, la Cour de cassation a estimé qu'il résultait de l'article L.626-10, issu de la loi de sauvegarde de 2005²⁸¹⁴, que le tribunal ne peut plus imposer au cessionnaire la reprise des contrats qu'il ne s'est pas engagé à poursuivre.

1114. La question s'est également posée de savoir si le caractère *intuitu personae* d'un contrat ne fait pas obstacle à sa cession ? D'abord, il importe de savoir que la particularité de ce type de contrat est qu'il est conclu en considération de la personne du cocontractant. Or, sa cession opère automatiquement un changement de ce dernier. Dès lors, l'on se demande si l'application du principe de continuation des contrats en cours (à tout le moins pour ceux qui sont nécessaires au redressement de l'entreprise), en vigueur dans les procédures collectives, aux contrats conclus *intuitu personae* ne serait pas une atteinte grave au droit de la liberté contractuelle²⁸¹⁵ ? Pour certains, il est choquant que de tel contrat puisse être transmis à un tiers qui n'est pas celui choisi²⁸¹⁶. En procédure collective, le respect de la liberté contractuelle, issue du droit commun des contrats, se heurte à la nécessité de sauvegarder les entreprises. Dès lors, faut-il admettre que la fin (sauvegarde de l'entreprise en difficulté) puisse justifier le moyen (transmission d'un contrat conclu *intuitu personae*) ? Telle semble être la position de la Cour de cassation pour le moment²⁸¹⁷.

1115. Cette considération n'était pas le point de vue du législateur OHADA de 1998 qui prévoyait expressément la résolution des contrats conclus *intuitu personae* dans les procédures collectives : « *hormis pour les contrats conclus en considération de la qualité du débiteur et ceux prévus expressément par la loi de chaque États-partie, la cessation des paiements déclarée par décision de justice, n'est pas une cause de résolution et clause de résolution pour un tel motif est réputée non écrite* ». ²⁸¹⁸ La nouvelle rédaction de l'article 107, issue de la réforme de 2015, n'a pas adopté cette position. Les contrats conclus *intuitu personae* obéissent au principe de la continuation des contrats en cours²⁸¹⁹. Il peut donc être affirmé qu'un tel contrat est bien

²⁸¹⁴ L. n° 2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n°173, p. 12187, texte n°5.

²⁸¹⁵ A. BAMBE, « La continuation des contrats en cours dans les procédures collectives : notion/régime », *aurelien bambe* - 30 oct. 2017, article consulté le 28 janv. 2018.

²⁸¹⁶ F. X. TESTU, « Transmission du contrat » - §1- question de la transmission des contrats *intuitu personae*, *Dalloz*, 2010 ; Ph. PERNAUD-ORLIAC, « *Intuitu personae* », *Pernaud*, publication consultée le 27 janv. 2018.

²⁸¹⁷ Civ. 1^{re}, 6 juin 2000, n°97-19347, *Bull.* 2000 I, n°173, p. 112.

²⁸¹⁸ Art. 107, AUPC 1998 ; v. pour commentaire « La résolution de plein droit des contrats en droit OHADA dans le cadre des procédures collectives », *Actualité droit OHADA*, 8 juin 2015, article consulté le 12 avr. 2018.

²⁸¹⁹ Art.107, AUPC 2015.

transmissible en procédure collective OHADA. Les commentaires des rédacteurs du nouvel Acte uniforme des procédures collectives vont en tout cas dans ce sens²⁸²⁰.

1116. La considération liée à la personne n'est pas une donnée prioritaire dans ces procédures judiciaires comme c'est le cas également dans le domaine de la transmission universelle du patrimoine²⁸²¹. Comme la Cour de cassation française, pour certains auteurs, ce caractère ne peut y faire obstacle dès lors que le client cédé y a consenti, même implicitement²⁸²². Cependant pour d'autres, il devrait en être autrement lorsque la considération de la personne du contractant est portée à l'égard, non de la formation du contrat, mais de son exécution, c'est-à-dire lorsque la qualité de la prestation est en cause²⁸²³.

1117. Des doutes avaient été émis à propos des contrats de franchise²⁸²⁴ où une véritable divergence existe par ailleurs tant au sein de la doctrine qu'au niveau des tribunaux²⁸²⁵. Pour ce type de contrat, certains auteurs écartent toute possibilité de cession lorsqu'elle porte atteinte à une obligation essentielle de ce contrat²⁸²⁶ ou quand les qualités personnelles du cessionnaire sont déterminantes²⁸²⁷ ; d'autres pensent qu'elle est impossible lorsque le franchiseur est en procédure collective²⁸²⁸. Cependant un auteur pense qu'il faut distinguer selon qu'il s'agit d'une franchise de service ou de distribution. Pour lui, la cession ne devrait être acceptable que si la franchise porte sur la distribution²⁸²⁹. Au sein des tribunaux, les décisions sont également contradictoires. Toutefois, une ligne directrice peut être notée entre elles. En effet, il apparaît, dans un premier temps, qu'il faille distinguer selon que la procédure collective concerne le franchiseur ou le franchisé et, dans un second temps, s'il s'agit d'une franchise de service ou de distribution. Ainsi, certaines juridictions se sont opposées à la cession d'une franchise de

²⁸²⁰ V. commentaires sous art. 107, avant-projet de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, disponible sur le site *legavox.fr*.

²⁸²¹ Com. 8 nov. 2017, n°16-17.296, note. M. MORDRZYK.

²⁸²² L. AYNES, « Le caractère intuitu personae d'un contrat de maintenance informatique ne fait pas obstacle à sa cession dès lors que le client cédé y a consenti, même tacitement », *Dalloz*, 1992, p. 278.

²⁸²³ F. X. TESTU, « Transmission du contrat » - §1- question de la transmission des contrats intuitu personae, *Dalloz*, 2010 ; Ph. PERNAUD-ORLIAC, « 'Intuitu personae », pernaud, publication consultée le 27 janv. 2018.

²⁸²⁴ V. en ce sens, TGI Strasbourg, 20 déc. 2013, n°2013/003929.

²⁸²⁵ V. davantage sur la question, F.-L. SIMON, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, éd., Joly, janv. 2009, chap. 8, sect.1, §2.

²⁸²⁶ Ph. PETEL, « Le sort des contrats connus avec l'entreprise en difficulté », *LPA*, 18 mai 1992, n°60, p. 29.

²⁸²⁷ B. SOINNE, *Traité des procédures collectives*, 2^e éd., Litec, 1995, spéc. n°17054-1705 ; D. FABIANI, « Les conditions de la cession judiciaire des contrats dans la loi du 25 janv. 1985 », *RJ com.* 1987, p.41.

²⁸²⁸ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 4^e éd., Montchrestien, 2001, n°958 ; F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, « Contrats civils et commerciaux », *D.* 2004, n°956.

²⁸²⁹ Ph. LE TOURNEAU, *Les contrats de franchise*, 2^e éd., Litec, 2007, spéc. n°366.

services où il était question de substituer le franchiseur²⁸³⁰. Une cour d'appel avait néanmoins accepté une telle cession²⁸³¹ avant de se dédire tout récemment²⁸³². Quant à la franchise de distribution, sa cession a été jugée possible de même que la substitution de franchiseur²⁸³³.

1118. Cette ligne directrice dans cette construction prétorienne relève de la pure logique. En effet, lorsque l'exécution de la franchise dépend des compétences du cocontractant (le franchiseur), ce qui est le cas dans la franchise de service, la cession judiciaire (forcée) de cette franchise suppose une modification obligatoire du contrat. Or, le code de commerce indique que les contrats cédés dans le cadre de cette cession judiciaire sont exécutés aux conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure collective²⁸³⁴. Dans tous les cas, une telle cession ne sera ordonnée par le juge que lorsqu'elle est nécessaire pour l'activité du cédant²⁸³⁵. En l'état actuel de la jurisprudence, leur cessibilité semble admise dans les procédures collectives, dès lors que la condition relative au redressement de l'entreprise est justifiée²⁸³⁶.

1119. Dans la procédure de liquidation judiciaire, la jurisprudence n'admettait pas la cession forcée des contrats de fournitures de biens ou de services²⁸³⁷. Selon la Cour de cassation, l'ancien article L.621-88 du code de commerce, réinséré dans ledit code au chapitre relatif au redressement judiciaire, étant dérogatoire au droit commun, devait être interprété de façon stricte. En d'autres termes, elle excluait toute assimilation du plan de redressement par voie de cession à la cession d'unités de production prévue dans le cadre de la liquidation judiciaire²⁸³⁸. C'est le droit commun des contrats qui s'appliquait dans le respect des conditions contractuelles.

1120. La Cour de cassation a, en outre, précisé que dès lors qu'un pacte de préférence constitue une créance personnelle, la cession d'un contrat de bail ordonnée par le jugement arrêtant le plan de cession du cessionnaire mis en redressement judiciaire, n'emporte pas transmission au profit

²⁸³⁰ Orléans, 14 sept. 2000, *D.* 2001, note Y. MAROT ; Versailles, 28 mars 1996, *RJDA* 1996, n°973 ; Paris, 15 déc. 1992, *JCP E* 1993, I, 275, n°6, obs. Ph. PETEL.

²⁸³¹ Versailles, 23 juin, 1988, *Gaz. pal.* 1, somm. p. 112.

²⁸³² Versailles, 28 mars 1996, *RJDA* 1996, n° 973 ; *Rev. proc. coll.* 1998, p.379, obs. B. SOINNE.

²⁸³³ Versailles, 13 mai, 1993, *Rev. proc. coll.* 1995, p. 172, obs. B. SOINNE.

²⁸³⁴ Art. L.642-7, al. 3, c. com.

²⁸³⁵ Douai, 27 sept. 2007, RG n°06/00864, inédit.

²⁸³⁶ V. en ce sens, *JCP entreprise*, n°6.11. 2014, p. 19.

²⁸³⁷ Com. 3 févr. 2003, *RJDA* 2003, n°747 ; Com. 19 déc. 1995, *Bull. civ.* 1995, IV, n°333 ; *D.* 1997, somm. p. 3, obs. F. DERRIDA ; Com. 3 mai 2003, *LPA*, 8 déc. 2003, p. 112, obs. MOTTET.

²⁸³⁸ Com. 19 déc. 1995, *Bull. civ.* 1995, IV, n°333 ; *D.* 1997, somm. p. 3, obs. F. DERRIDA ; *D. des affaires.* 1996, p. 18.

du repreneur du pacte de préférence contenu dans ce bail²⁸³⁹. En revanche, ne peut être cédé, le contrat de prêt portant sur des fonds entièrement remis à l'emprunteur avant l'ouverture de sa procédure collective²⁸⁴⁰. La condition que les fonds aient été remis ne s'appliquent plus depuis un arrêt de la Cour de cassation en date du 9 février 2016 : « le prêt consenti par un professionnel du crédit avant le redressement judiciaire de l'emprunteur, n'est pas un contrat en cours, au sens de l'article L.622-13 du code de commerce et ne peut donc être cédé au titre des contrats visés à l'article L.642-7 ». ²⁸⁴¹ Aussi, le cautionnement ne peut être cédé, dès qu'étant conclu entre le créancier et la caution, il ne fait pas partie des contrats de l'entreprise débitrice, tout comme la caution ne se trouve pas libérée par l'engagement du cessionnaire à reprendre le contrat²⁸⁴².

1121. Sur le sort des contrats non cédés, l'ordonnance du 12 mars 2014²⁸⁴³ a pris parti. La Cour de cassation avait estimé que les contrats non repris dans le plan de cession totale ne se trouvent pas résiliés par l'effet du jugement arrêtant ce plan²⁸⁴⁴. Jusqu'à cet arrêt, la position jurisprudentielle était plutôt favorable²⁸⁴⁵. Comme le souligne un auteur, l'hypothèse de la résiliation de plein droit, en dehors de toute disposition légale la prévoyant, était aussi erronée en droit qu'inopportune en pratique²⁸⁴⁶. La censure de la Cour de cassation était, de toutes les manières, attendue depuis qu'elle avait estimé en 2005, concernant la question des contrats en cours en cas de liquidation judiciaire, que « *le prononcé de la liquidation judiciaire n'a pas pour effet d'entraîner la résiliation des contrats en cours* »²⁸⁴⁷, position confirmée plus tard par les réformes notamment par l'ordonnance du 18 décembre 2008²⁸⁴⁸, même dans le cas d'absence d'activité²⁸⁴⁹. Alors que doit-on faire de ces contrats non repris dans le plan et non résilié ? Pour un auteur, ils pourraient servir à quelque chose dans la liquidation résiduelle des

²⁸³⁹ Com. 13 févr. 2007, *Bull. civ.* IV, n°03.

²⁸⁴⁰ Com. 9 avr. 1991, n°89.18.817, *Bull. civ.* IV, n°127, p. 91.

²⁸⁴¹ Com. 9 févr. 2016, n°14-23.219, *BRDA* 5/16, n°08 ; *LEDEN* 2016 n°39, p. 04 ; *JCP E* 2016.

²⁸⁴² Com. 9 févr. 2016, n°14-23.219, *BRDA* 5/16, n°08 ; *LEDEN* 2016 n°39, p. 04 ; *JCP E* 2016, n°1280, obs. T. STAFANIA.

²⁸⁴³ Ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n° 0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.

²⁸⁴⁴ Com. 6 oct. 2009, FS-P+B, n°07-15.325, obs. A. LIENHARD.

²⁸⁴⁵ Paris 17 mai 1994, *RJ. com.* 1995, 73, note C. VINCENT ; *Rev. proc. coll.* 1996. 479, obs. B. SOINNE.

²⁸⁴⁶ A. LIENHARD, « Plan de cession totale : sort des contrats non cédés », *Dalloz actualité*, 14 oct. 2009, p.1.

²⁸⁴⁷ Com. 15 févr. 2005, *Bull. civ.* IV, n°28 ; *D.* 2005, AJ. 641, obs. A. LIENHARD.

²⁸⁴⁸ Ord. n°2008-1345 du 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *JORF* n°0295 du 19 déc. 2008, p. 19462, texte n°29.

²⁸⁴⁹ Art. L.641-10 et s.

actifs laissés à l'écart de la cession totale²⁸⁵⁰. Pour l'heure, la Cour de cassation n'a pas émis d'avis tranché sur la question à notre connaissance.

1122. Toutefois, la chambre commerciale a déjà estimé qu'est un excès de pouvoir, la décision d'un tribunal de commerce prononçant la résiliation d'un contrat non cédé dans le plan de cession²⁸⁵¹. Il en découlait que le cocontractant ne pouvait, après la cession totale, solliciter et obtenir la résiliation du contrat poursuivi, que dans le cas de figure, presque inévitable lorsqu'il s'agit d'une obligation financière à la charge du débiteur, de défaut de paiement de ce dernier, et cela que l'option en faveur de la continuation ait été ou non exercée²⁸⁵². Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008²⁸⁵³, l'administrateur peut demander la résiliation judiciaire au juge commissaire, à la condition que cette résiliation soit nécessaire « *à la sauvegarde de l'entreprise et ne porte pas une atteinte considérable aux intérêts du cocontractant* ». ²⁸⁵⁴ Aucune possibilité n'était offerte au cocontractant. C'est ce vide que l'ordonnance du 12 mars 2014, précédemment citée, est venue combler à travers le nouvel alinéa ajouté à l'article L.642-7 du code de commerce, qui permet au cocontractant de demander la résiliation du contrat, si la poursuite de son exécution n'en est pas demandée par le liquidateur.

1123. Lorsque le tribunal est amené à se prononcer sur la cession des contrats, le ou les cocontractants sont convoqués à l'audience quinze jours au moins avant la date prévue, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception à la diligence du greffier, sur les indications du liquidateur ou de l'administrateur lorsqu'il en a été désigné un. 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 du code de commerce. Si le transfert automatique des contrats de travail ne fait pas l'objet de beaucoup de contentieux en soi, il n'en va pas de même pour le sort des salariés.

1124. Le sort des salariés²⁸⁵⁵, lors de la cession d'entreprise, a toujours fait l'objet d'une attention particulière tant auprès de la jurisprudence que du côté du législateur. Les contentieux entre

²⁸⁵⁰ A. LIENHARD, « Plan de cession totale : sort des contrats non cédés », *Dalloz actualité*, 14 oct. 2009, p. 1.

²⁸⁵¹ Com. 10 mars 2009, *act. proc. coll.* 2009, abs. PETIT.

²⁸⁵² P.-M. LE CORRE, « Le sort du contrat non cédé dans le plan de cession », *JCP E* 2006, n°21 et s. 171.

²⁸⁵³ Ord. n°2008-1345 du 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *JORF* n°0295 du 19 déc. 2008, p. 19462, texte n°29.

²⁸⁵⁴ Art. L.622-13, III, c. com.

²⁸⁵⁵ F.O. ETOUNDI, « La protection des salariés dans l'entreprise en difficulté », *Doctrine OHADA*, Act. juri. n°50, p. 247.

patrons et salariés sont très récurrents²⁸⁵⁶. Selon le code de travail, en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur (vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise.), tous les contrats de travail en cours sont maintenus avec le nouvel employeur²⁸⁵⁷. Il n'y a pas de formalités particulières à remplir pour ce faire, excepté l'information du comité d'entreprise²⁸⁵⁸. Toutefois, deux conditions doivent être remplies pour le transfert des contrats de travail en cours. Selon une jurisprudence constante, les dispositions de l'article L.1224-1 du code de travail s'appliquent à « *tout transfert d'entité économique conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise* ». ²⁸⁵⁹ Rappelons, par ailleurs, que la Cour de cassation a eu à indiquer que l'application de ces dispositions peut être prévue expressément par une convention collective²⁸⁶⁰. Pour qu'il y ait transfert des contrats de travail, l'entité transférée doit être autonome et conserver son identité.

1125. Le caractère autonome d'une entité a été défini par la jurisprudence comme un ensemble de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant de poursuivre une activité économique et poursuivant des intérêts propres²⁸⁶¹. De cette définition, il résulte que le transfert peut concerner aussi bien une activité principale qu'une activité secondaire, à l'image d'une entité économique. Les dispositions de l'article 1224-1 précédemment cité visent l'entreprise au sens large. Par conséquent, la mise en location-gérance d'un fonds de commerce, ainsi que la succession des locataires-gérants emportent transfert des contrats de travail en cours. Il peut s'agir d'un seul salarié affecté partiellement à l'entité transférée²⁸⁶². Cependant, la reprise par un employeur d'une activité secondaire ou accessoire n'entraîne le maintien des contrats de travail en cours que lorsque cette activité est exercée par l'entité économique autonome²⁸⁶³. Les éléments corporels et incorporels comprennent notamment l'outillage, la clientèle, l'équipement, le bail commercial. Il doit s'agir d'un ensemble bien organisé ; quelques éléments d'exploitation non significatifs ne suffiront pas pour caractériser l'entité économique²⁸⁶⁴.

²⁸⁵⁶ Soc. 10 oct. 2006, n°04-46.134, *Bull.* 2006, n°294, p. 281 ; Soc. 27 mai 2009, n°08-42.555, *Bull.* 2009 V, n°136.

²⁸⁵⁷ Art. L. 1224-1 c. com.

²⁸⁵⁸ Art. L.2323-33, c. trav.

²⁸⁵⁹ Com. Ass. plén., 16 mars 1990, n°89-45.730, *Bull.* A.P.N., n°4, p. 6.

²⁸⁶⁰ Soc. 17 mars 1993, n°90-41.996, *Bull.* 1993, V, n°88, p. 60.

²⁸⁶¹ Soc. 23 janv. 2002, n°99-46.245 NP, Soc. 7 juill. 1998, n°96-21.451, *Bull.* 1998, V, n°363, p. 275.

²⁸⁶² Soc. 8 juill. 2009, n°08-42.912 NP, inédit.

²⁸⁶³ Soc. 8 juillet 2009, n°08-43.092 NP, inédit.

²⁸⁶⁴ Soc. 27 mai 2008, n°06-45.988 NP, inédit.

1126. L'entité à transférer doit avoir une identité propre. Cette condition implique que le nouvel exploitant poursuive la même activité ou, à tout le moins, une activité connexe ou similaire afin de permettre le maintien des emplois sans changements profonds des procédés de fabrication ou de commercialisation. *A contrario*, la condition n'est pas satisfaite si l'entreprise est cédée sans que l'activité ne soit reprise par le nouvel employeur²⁸⁶⁵(cessionnaire).
1127. Ce sont tous les salariés qui sont concernés quelle que soit la nature du contrat (CDI, CDD, VRP, les contrats suspendus pour cause légale). La condition est que le contrat soit en cours. Les contrats d'apprentissage se poursuivent avec le nouveau patron. Toutefois, ce dernier doit solliciter l'agrément du comité départemental de la formation professionnelle et de la promotion sociale. Il ne peut imposer une nouvelle période d'essai au salarié dont le contrat vient d'être transféré²⁸⁶⁶. Lorsqu'une procédure de licenciement est en cours au moment du transfert, le salarié qui effectue son préavis, le poursuivra chez le nouvel employeur.
1128. Si les règles concernant les salariés ordinaires sont les mêmes, il en va autrement pour les salariés protégés²⁸⁶⁷. En effet, lorsque l'entreprise est cédée dans sa totalité, le transfert des contrats des salariés protégés au nouveau patron se fait sans formalité particulière. En revanche, si la cession n'est que partielle, une autorisation administrative sera nécessaire, afin d'éviter toute éventuelle discrimination à l'encontre du ou des salariés²⁸⁶⁸. L'ancien patron de l'entreprise devra avoir l'autorisation de l'inspection du travail préalablement à la cession. Si l'autorisation est acquise, le contrat de travail du salarié protégé se poursuit de plein droit chez le nouveau patron. Si, au contraire, l'autorisation est refusée, le salarié protégé peut demander à continuer son contrat au même poste et avec la même rémunération chez l'ancien patron.
1129. Les contrats de travail en cours sont maintenus dans les conditions identiques qu'avant la cession²⁸⁶⁹. Le salarié dont le contrat de travail a été transféré garde sa qualification, sa rémunération et son ancienneté. Le nouvel acquéreur devra ajouter à son ancienneté, celle acquise avec l'ancien patron. La suspension du contrat de travail n'a aucune incidence sur la cession. Il en est de même pour les congés sans solde ou le détachement²⁸⁷⁰. Les dettes

²⁸⁶⁵ Soc. 3 mars 2009, n°07-45.641 NP, inédit.

²⁸⁶⁶ Soc. 13 nov. 2001, n°99-43.016, *Bull.* 2001, V, n°341, p. 272.

²⁸⁶⁷ Art. L.2414-1, c. com., Cons. D'État, 22 mai 2013, n°34-0111 ; Soc. 15 nov. 2011, n°10-15294, n°2395 P+B *Bull.* 2011, V, n°265 ; Soc. 23 mars 2017, n°15-24.005, n°550 P+B.

²⁸⁶⁸ Soc. 23 mars 2017, n°15-24005, 15.24022 et 15.24831, *juritruavail*, C. G. OPPICI, 25, avr. 2017.

²⁸⁶⁹ Art. L.1224-1 et L.1224-2, c. trav.

²⁸⁷⁰ Soc. 27 mai 2009, n°08-42.555, *Bull.* 2009, V, n°136 ; Soc. 24 juin 2009, n°07-45.503 NP, inédit.

salariales sont à la charge du nouvel acquéreur si celui-ci s'est engagé, dans le cadre du plan, à supporter les droits attachés aux contrats transférés²⁸⁷¹. Toutes les clauses et avantages contenus dans le contrat subsistent, tels que la clause de mobilité, la clause de non concurrence, la voiture de fonction, ou le logement accordé en vertu du contrat ; le respect de ces droits antérieurs par le nouvel employeur ne saurait être qualifié de discriminatoire par rapport à ses anciens employés. De même, tous les avantages collectifs non contractuels applicables dans l'entreprise avant la cession sont maintenus. Ce sont notamment les accords unilatéraux pris par l'ancien employeur, les usages, les accords conclus avec les représentants du personnel. Toutefois, ces avantages collectifs ne s'imposent au nouveau patron que lorsqu'il ne les a pas dénoncés en temps utile et de manière régulière²⁸⁷².

1130. Il faut dire qu'il dispose du droit de faire des modifications dans le contrat de travail²⁸⁷³. Ce sera dans le respect des règles en vigueur et avec l'accord du salarié qui doit être informé par lettre recommandée avec avis de réception. Son accord doit être explicite²⁸⁷⁴. A défaut, la jurisprudence qualifiera cette modification de licenciement sans cause réelle²⁸⁷⁵. Toutefois, il reviendra au salarié victime de la prouver²⁸⁷⁶. Cependant, ces modifications ne doivent pas avoir pour but de faire échec à l'article L.1224-1 du code de travail précité. Il peut aussi procéder à des licenciements à condition de disposer d'une cause sérieuse et réelle²⁸⁷⁷.

1131. Les accords collectifs ou les conventions collectives restent maintenus suivant un régime particulier. En effet, le sort des conventions collectives ou des accords collectifs, applicables au sein de l'entreprise lors du transfert, est régi par les dispositions de l'article L. 2261-14 du code de travail. Selon ce texte, un préavis de trois mois est prévu pour permettre une négociation entre les syndicats et le nouveau patron, afin d'adapter les dispositions anciennes à celles nouvellement applicables, ou bien d'élaborer de nouvelles dispositions conventionnelles. Cette négociation s'impose au vu d'une convention collective dans l'entreprise d'accueil²⁸⁷⁸, et l'accord de substitution doit être un accord collectif ne portant que sur des dispositions plus

²⁸⁷¹ Soc. 30 juin 2016, n°14.26-172, FS-P+B.

²⁸⁷² Art. L.2261-9, c. trav. ; Soc. 21 sept. 2005, n°03-43.532, *Rev. dr. trav.*, 31 déc. 2007, H.-J. LEGRAND.

²⁸⁷³ Art. L.1222-6, c. trav. ; Soc. 29 janv. 2014, n°12-19.479, *Bull.* 2014, V, n°34.

²⁸⁷⁴ Soc. 08 oct. 1987, n°84-41.902, *Bull.* 1987, V, n°541, p. 344.

²⁸⁷⁵ Soc. 22 févr. 2006, n°03-47.639, *Bull.* 2006, V, n°81, p. 73.

²⁸⁷⁶ Soc. 24 sept. 2008, n°07-41.758 NP, inédit.

²⁸⁷⁷ Art. L.1232-1, c. trav. La procédure prévue à L.1233-58 doit cependant être respectée.

²⁸⁷⁸ Soc. 19 oct. 1999, n°97-42.946 NP, inédit.

favorables²⁸⁷⁹. Les anciennes dispositions restent applicables jusqu'à l'entrée en vigueur des nouvelles. Selon un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation, « *en cas de transfert d'un contrat de travail en application des dispositions de l'article L.1224-1 du code de travail, la convention collective dont relève le repreneur s'applique immédiatement au salarié, les dispositions plus favorables de l'accord mis en cause continuant cependant à lui bénéficier dans les conditions prévues par l'article L. 2261-14 du code de travail* ». ²⁸⁸⁰ Les avantages de chaque texte peuvent se cumuler s'ils n'ont pas le même objet ou la même cause²⁸⁸¹.

1132. En l'absence de négociation, les anciennes dispositions continuent à s'appliquer pendant un an, sauf si une clause prévoit une durée supérieure, à partir de l'expiration du préavis de trois mois. Passé ce délai, les salariés de l'entreprise cédée pourront se prévaloir des anciennes dispositions conventionnelles, s'ils en ont bénéficié à titre personnel. Il s'agit d'avantages individuels acquis qui seront insérés dans le contrat de travail de chacun des salariés concernés. En tout état de cause, les salariés de l'entreprise cédée pourront se prévaloir des conventions collectives applicables dans l'entreprise d'accueil. En cas de conflit entre les avantages prévus aux anciennes dispositions conventionnelles et ceux prévus aux nouvelles, ce sont les dispositions les plus favorables qui s'appliquent.

1133. Si le salarié refuse de poursuivre son contrat de travail à cause d'un simple changement des conditions de travail en vertu de la clause de mobilité, il se rend responsable de l'inexécution du préavis qu'il refuse d'exécuter aux nouvelles conditions. Par conséquent, il se prive de l'indemnité de préavis ainsi que des congés payés y afférents²⁸⁸². Les contrats transmis doivent être exécutés dans les conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure collective, nonobstant toute clause contraire. Ce principe oblige, notamment, le repreneur à reconstituer un dépôt de garantie stipulé dans un bail commercial²⁸⁸³.

1134. Concernant la cession judiciaire des contrats, la loi du 26 juillet 2005²⁸⁸⁴ a repris largement les dispositions de l'ancien article L. 621-88 du code de commerce. Une seule modification est à signaler : le tribunal ne peut plus accorder des délais de paiement au cessionnaire pour assurer

²⁸⁷⁹ Soc.10 févr. 2010, n°08-44.454, *Bull.* 2010, V, n°36.

²⁸⁸⁰ Soc. 10 févr. 2010, n°08-44.454, *Bull.* 2010, V, n°36.

²⁸⁸¹ Soc. 24 juin 1992, n°90-42.432 NP, inédit.

²⁸⁸² Soc. 31 mars 2016, n°14-19.711, *Bull. d'information* 2016, n°848, ch. soc. n°1113.

²⁸⁸³ *id.*

²⁸⁸⁴ L. n° 2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n°173, p. 12187, texte n°5.

la poursuite de l'activité. Cette disposition avait fait l'objet de critique en raison, notamment, de l'avantage concurrentiel qu'elle offrait au repreneur, mais aussi de son incompatibilité avec l'exigence d'un plan sérieux. En effet, si le cessionnaire n'est pas en mesure de faire face sans qu'on ne le ménage par rapport à la future charge des contrats cédés, c'est que sa situation financière est précaire au point d'être au bord de la cessation des paiements, estime un auteur²⁸⁸⁵. C'est pour cette raison d'ailleurs que le législateur reste rigoureux quant à l'exécution de certains contrats particuliers. Pour les baux commerciaux par exemple, la loi du 18 juin 2014²⁸⁸⁶ a ajouté une disposition qui prévoit que si un contrat de bail portant sur un ou plusieurs immeubles ou locaux utilisés pour l'activité de l'entreprise figure dans le plan de cession, le tribunal peut autoriser, dans le jugement arrêtant le plan, le cessionnaire à adjoindre à l'activité prévue au contrat des activités connexes ou complémentaires. Le tribunal statue après avoir dûment appelé ou entendu le bailleur.

1135. En 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, fixée d'un commun accord entre les parties ou, à défaut, à la requête de l'une ou l'autre des parties à la date de la cession²⁸⁸⁷. En cas de désaccord entre les parties sur la valeur du bien, objet du contrat de crédit-bail, le tribunal fixe cette valeur, au besoin après expertise, dans le plan de cession ou, à défaut, à la requête de l'une ou l'autre partie. Les sommes restant dues, sont à peine de nullité du paiement, versées par le repreneur au liquidateur qui les remet immédiatement au crédit-bailleur. Ces sommes viennent en déduction de la créance admise du crédit-bailleur lorsqu'elles sont relatives aux loyers impayés au jour du jugement d'ouverture. La Cour de cassation a indiqué que le plafonnement ainsi prévu ne s'applique qu'aux sommes demeurées impayées du chef du précédent crédit-preneur en procédure collective, le cessionnaire n'étant pas dispensé de payer l'intégralité des sommes qui lui incombent personnellement au titre du contrat cédé²⁸⁸⁸.

1136. Pour la fiducie, l'ordonnance du 18 décembre 2008²⁸⁸⁹ n'a complété l'article L.642-7 que dans le but de protéger le bénéficiaire d'une fiducie-sûreté contre le risque que la convention de mise

²⁸⁸⁵ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2016, p. 853.

²⁸⁸⁶ L. n°2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, *JORF* n°0124 du 19 juin 2014, p. 10105.

²⁸⁸⁷ Art. L.642-7, al. 5, c. com.

²⁸⁸⁸ Com. 23 nov. 2004, n°03-13.035, *Bull. civ. IV*, n°205, p. 231.

²⁸⁸⁹ Ord. n°2008-1345 du 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *JORF* n° 0295 du 19 déc. 2008, p. 19462.

à disposition du bien, objet de la fiducie, puisse être transférée au cessionnaire. Comme les actifs transférés dans un patrimoine fiduciaire ne peuvent, par définition, être inclus dans un plan de cession, le texte, par mesure de cohérence, a étendu ce principe à cette convention, en exécution de laquelle, le débiteur constituant conserve l'usage ou la jouissance d'un bien ou d'un droit transféré à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire. Il est ainsi précisé à ce sujet que « *la convention en exécution de laquelle le débiteur constituant conserve l'usage ou la jouissance d'un bien ou d'un droit transféré à titre de garantie dans un patrimoine judiciaire ne peut être cédée au repreneur, sauf accord des bénéficiaires des contrats de fiducie* ». ²⁸⁹⁰ Cette disposition complète celle du texte prévoyant que le régime des contrats en cours s'applique à cette convention ²⁸⁹¹. Dès lors que la convention de mise à disposition peut être poursuivie, il était nécessaire que soit prévu un moyen évitant son transfert au cessionnaire, sans l'accord du bénéficiaire de la fiducie, qui ne le donnera, en pratique, qu'à condition d'être certain de ne pas affaiblir sa sûreté. En d'autres termes, le repreneur devra rassurer quant au remboursement de la dette garantie. Par ailleurs, la cour d'appel de Paris a jugé que la cession de l'ensemble des actifs du constituant par voie de plan de cession ne pouvait viser la cession des biens, objets d'une fiducie-sûreté, avant le jugement d'ouverture ²⁸⁹². Ce qui est tout à fait normal dans la mesure où celle-ci emporte transfert de la propriété au profit du fiduciaire.

Conclusion du Chapitre 2

1137. Le plan de cession, pré-arrangé en amont de la procédure de conciliation, est exécuté en aval d'une procédure judiciaire. L'offre *prepack* est en principe privilégiée, cependant si elle ne remplit pas les conditions requises, le tribunal peut ouvrir un nouvel appel d'offres. Cette cession peut s'exécuter dans le cadre de toutes les procédures judiciaires ; elle va de pair avec le *prepack*-sauvegarde - et éventuellement avec le *prepack*-règlement préventif - du fait de la célérité caractérisant ces derniers. Le *prepack*-cession n'est pas formellement adopté en droit OHADA ; les chefs d'entreprise peuvent y recourir en dépit de ce manque de cadre juridique approprié. Les développements contenus dans le deuxième titre de la deuxième partie de la présente thèse peuvent être conclus comme suit.

²⁸⁹⁰ Art. L.642-7, al.6, c. com.

²⁸⁹¹ Art. L.622-13, VI, c. com.

²⁸⁹² Paris, 4 nov. 2010, n°10/07100 ; F. BARRIERE, « La fiducie-sûreté en droit français » *Rev. de droit McGill law journal*, juin 2013, volume 58, n°4.

Conclusion du titre 2

1138. L'adoption de la sauvegarde financière accélérée en 2010 marquait la reconnaissance du préarrangement d'un plan de sauvegarde en droit français des entreprises en difficulté. L'ordonnance du 12 mars 2014 a adopté le *prepack*-cession ou la cession pré-négociée. Dans une telle cession, le plan est négocié au cours d'une procédure de conciliation et exécuté dans le cadre d'une procédure judiciaire. Le tribunal privilégie l'offre de reprise choisie au cours de la phase amiable, si cette offre satisfait les conditions requises. Une cession pré-arrangée peut se réaliser dans toutes les procédures judiciaires ; elle rime avec une sauvegarde accélérée - éventuellement avec un règlement préventif accéléré - compte tenu de la rapidité de ces procédures. Le droit OHADA n'a pas encore formellement reconnu ce procédé de cession d'entreprise. Toutefois, le débiteur OHADA peut y recourir nonobstant l'absence d'un régime juridique défini. La finalité de la cession d'entreprise en droit OHADA vise prioritairement le règlement du passif, tandis qu'en droit français, elle vise le redressement de l'entreprise. Nous pouvons ainsi conclure cette deuxième partie de la manière suivante.

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE.

1139. Le procédé de passerelle joue un rôle préventif et un rôle curatif dans le traitement des difficultés des entreprises. La négociation amiable et discrète ainsi que l'anticipation de l'intervention du tribunal permettent de prévenir toute aggravation des difficultés actuelles du débiteur, tandis que la rapidité des opérations judiciaires d'adoption du plan pré-négocié vise à sauvegarder son potentiel économique. Des efforts législatifs ont été faits en droit français pour la prévention et le traitement curatif des difficultés des entreprises. Des améliorations peuvent être apportées, telles que l'introduction des comités de créanciers dans la procédure de conciliation et l'autonomisation de la procédure de mandat *ad hoc* pour préparer une cession pré-arrangée. Il en est de même en droit OHADA où la réforme du régime de la cessation des paiements, l'adoption d'une passerelle entre la conciliation et le règlement préventif, la création des tribunaux de commerce dans les États-membres pourraient favoriser un traitement professionnel des contentieux d'une part et le redressement des entreprises d'autre part.
1140. Après la reconnaissance des sauvegardes accélérées dont le plan est pré-arrangé, le législateur français a adopté la cession pré-négociée en 2014. Dans cette cession d'entreprise, le plan est discuté et élaboré dans le cadre d'une phase amiable, avant d'être exécuté lors d'une phase judiciaire. A l'ouverture de cette dernière, si le plan ne satisfait pas les conditions requises pour être arrêté, le tribunal procède à un nouvel appel d'offres. Le *prepack*-cession peut être mis en œuvre dans chacune des procédures collectives du droit français et, éventuellement, du droit OHADA ; en théorie, elle s'adapte mieux à une procédure passerelle qui est rapide. Les législateurs français et OHADA assignent des objectifs différents à la cession d'entreprise. Alors que cette dernière doit permettre prioritairement la restructuration de l'entreprise en difficulté en vue de la continuation d'exploitation en droit français, en droit OHADA, elle vise à acquitter le passif du débiteur. En conclusion générale des deux parties de cette thèse, nous choisirons de donner l'essentiel de chaque conclusion partielle ; nous finirons par donner notre position à l'égard de la problématique traitée.

CONCLUSION GENERALE

1141. Le procédé de passerelle entre la conciliation et la sauvegarde permet de restructurer une entreprise en difficulté par un traitement à la fois contractuel et judiciaire. Son adoption en droit français répond à la nécessité de contractualiser le redressement des entreprises. La restructuration de ces dernières était confrontée à certains obstacles dont notamment la rigidité du régime de la cessation des paiements et l'unanimité de l'accord de conciliation. Le principe d'unanimité, présent dans la procédure de conciliation, présente l'inconvénient d'accorder un droit de veto à chaque créancier, ce qui ne favorise pas la conclusion d'un accord. La sauvegarde accélérée résout cette difficulté en permettant de passer outre l'opposition des créanciers non diligents, afin de faire aboutir le projet de redressement proposé par le chef d'entreprise. Le redressement des entreprises en droit OHADA connaît les mêmes difficultés qui tiennent à l'effet coupe-rete de la cessation des paiements et au caractère unanime de l'accord de conciliation. Le procédé de passerelle n'est pas formellement reconnu par le législateur africain ; mais l'analyse de la mission générale du conciliateur, ainsi que la simplicité des formalités procédurales relatives au règlement préventif permettent d'affirmer que les chefs d'entreprise peuvent l'utiliser.

1142. Le procédé de passerelle a une vocation préventive qui permet la négociation d'une solution de redressement de l'entreprise entre le dirigeant de cette dernière et les créanciers en amont d'une phase amiable et une vocation curative qui permet, d'une part, d'optimiser son actif et, d'autre part, de maîtriser son passif en aval d'une phase judiciaire. Le législateur français a diversifié les outils de redressement des entreprises en difficulté. Outre les sauvegardes accélérées, il a reconnu le *prepack*-cession afin de faciliter la cession judiciaire des entreprises. Cette cession

pré-arrangée rime avec la sauvegarde accélérée, les deux opérations obéissant au même principe. Des pistes d'amélioration existent. Il en est ainsi de l'instauration des classes de créanciers dans la procédure de conciliation et de l'autonomisation de la procédure du mandat *ad hoc* pour la préparation d'une cession pré-arrangée. Par l'adoption d'un nouvel Acte uniforme des procédures collectives, le législateur OHADA favorise le redressement des entreprises en difficulté. Cependant, des réformes restent nécessaires, dont notamment l'assouplissement du régime de la cessation des paiements. De même, la création d'une passerelle entre la conciliation et le règlement préventif peut être intéressante, tout comme l'ouverture de cellules spéciales de conseil, d'information et d'orientation dans les juridictions à compétence commerciale à l'attention des chefs d'entreprise. En outre, l'espace juridique OHADA doit faire face à un défi institutionnel. En ce sens, un appel aux États-membres pour la création des tribunaux de commerce, afin de spécialiser et de professionnaliser le traitement des contentieux régis par l'AUPC, est une nécessité au même titre que le renforcement de la formation des magistrats et des auxiliaires de justice qui interviennent dans le traitement des difficultés des entreprises. Ces améliorations pourraient permettre aux droits français et OHADA d'être efficaces et plus compétitifs sur plan international.

1143. En dehors des droits français et OHADA qui sont concernés par l'objet de notre étude, nous nous sommes intéressés, dans une perspective comparative, à d'autres droits. En ce sens, le *scheme of arrangement* du droit anglais a été analysé comme une procédure amiable même s'elle semble, toutefois, plus autoritaire que les procédures amiables française et OHADA, pour la recherche d'un accord amiable entre un chef d'entreprise et ses créanciers ; il résulte de notre analyse que cette procédure anglaise correspond plus aux sauvegardes accélérées du droit français. Le chapitre 11 du code fédéral américain de la faillite, source d'inspiration du procédé de passerelle, a été évoqué ; s'il marque certaines différences avec le régime d'une sauvegarde accélérée du droit français, telle l'obligation de passer par une procédure amiable spécifique (conciliation) avant d'accéder à la procédure judiciaire d'adoption du plan pré-arrangé, il semble avoir une certaine convergence avec le régime juridique du règlement préventif du droit OHADA en termes de souplesse. Le droit belge des entreprises en difficulté a procédé à d'importantes réformes ces dernières années ; le redressement de l'entreprise en difficulté par le procédé de plan pré-négocié a été reconnu, de même que la cession pré-arrangée comme en droit français, au travers des procédures de l'accord amiable et de la réorganisation judiciaire. Enfin, le droit marocain, qui attend une importante réforme en matière du traitement des difficultés des entreprises, ne reconnaît pas, comme le droit OHADA, le mécanisme de plan

pré-arrangé, ni dans le texte en vigueur, ni dans le projet de celui qui devrait être bientôt adopté. En définitive, nous pouvons affirmer que le procédé de passerelle, entre le traitement amiable et celui judiciaire des difficultés des entreprises, est une bonne approche de redressement des entreprises en difficulté ; il peut être utile en droit OHADA.

1144. L'autonomisation de la procédure de mandat *ad hoc* pour pré-arranger une cession en droit français et l'adoption du *prepack*-cession en droit OHADA sont des sujets qui mériteraient de faire l'objet d'autres recherches.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES

Sources françaises

- ANCEL B.** et **LEQUETTE Y.**, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e éd., Dalloz, 2006.
- AUDIT B.** et **DAVOUT L.**, *Droit international privé*, 7^e éd., Economica, 2013.
- ARGENSON J.** et **TOUJAS G.**, *Règlement judiciaire, liquidation des biens et faillite, traité et formulaire*, t. I, 4^e éd., Litec, 1973.
- BUTHURIEUX A.**, *La responsabilité du banquier*, Litec, 1999.
- BONNEAU Th.**, *Droit bancaire*, 12^e éd., LGDJ, 2017.
- BERGEAL C.**, *Rédiger un texte normatif*, 7^e éd., Berger-Levrault, 2012.
- BEIGNIER B.** et **BLÉRY C.**, *Cours d'introduction au droit*, 3^e éd., Montchrestien, 2011.
- BOUSTANI C. D.**, *Les créanciers postérieurs d'une procédure collective confrontés aux enjeux du droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, 2015.
- BONNARD J.**, *La transmission de la PME, aspects juridiques et fiscaux*, Hachette Livre, juill. 2004.
- CHANTEPIE V. G.** et **LATINA M.**, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016.
- CERAT-GAUTHIER A.** et **PERRUCHOT-TRIBOULET V.**, *Les procédures collectives complexes*, Joly éditions, 2017.
- CHAPUT Y.**, *Quel Code de commerce pour demain ? Du code de commerce à un code de la sauvegarde des entreprises*, Litec, 2007.
- CADIET C.**, **NORMAND J.** et **Amrani-MEKKI S.**, *Théorie générale du procès*, PUF, Paris, 2010.
- COQUELET M.-L.**, *Entreprise en difficulté*, 5^e éd., Dalloz, 2015.
- CARBONNIER J.**, *La sociologie juridique*, 2^e éd., PUF, 2004.
- DESCAMPS O.** et **R. SZAMKIEWICZ**, *Histoire du droit des affaires*, LGDJ, 2013.
- DERRIDA F.** et *Alii*, *Redressement et liquidation des entreprises, cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985*, 3^e éd., Dalloz, 1991.
- DEVÈZE J.**, *Droit du financement*, Lamy, 2001.
- FRICERO N.**, **BRUTRUILLE-CARDEW C.** et **BENRAÏS L.**, *Le guide des modes amiables de résolution des différends (MARD)*, 3^e éd., Dalloz, 2017.
- FARJAT G.**, *Droit économique*, PUF, 1971.
- GALVADA** et **J. STOUFFLET**, *Droit bancaire*, Litec, 1999.
- GHADOUN P.-Y.**, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, éd., Dalloz, 2008.
- GUYON Y.**, *Droit des affaires*, 9^e éd., Economica, t. 2, 2003.
- GIBRILA D.**, *Droit des entreprises en difficulté*, Defrénois, Lextenso éditions, 2009.

- GOUNOT E.**, *Le principe d'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Arthur Rousseau, 1992.
- GERMAIN M., DEBELECQUE M. et ROBLOT R.**, *Traité de droit commercial*, t. II, 17^e éd., LGDJ, 2004.
- GOYET-MONSERIE-BON**, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaire des entreprises*, Litec, 1994.
- GHESTIN J. et Alii**, *Traité de Droit Civil introduction générale*, 4^e éd., LGDJ, 1994.
- GHESTIN J. et Alii**, *La formation du contrat*, t. 1, 3^e éd., LGDJ, 1993.
- GHESTIN J. et Alii**, *La formation du contrat*, t. 1, 4^e éd., LGDJ, 2013.
- GHESTIN J.**, *Traité de droit civil, la formation du contrat*, 3^e éd., LGDJ, Paris, 1993.
- HENRY LAETITIA ANTONINI-COCHIN L.C.**, *Droit des entreprises en difficultés*, Gualino, 2018.
- JEANTIN M. et Le CANU P.**, *Droit commercial, Entreprise en difficulté*, 7^e éd., Dalloz, 2006.
- JACQUEMONT A. et Alii**, *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd., LexisNexis, 2017.
- JACQUEMONT A. et VABRES R.**, *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., LexisNexis, 2015.
- JACQUEMONT A.**, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., LexisNexis, 2011.
- KENDERIAN F.**, *Le sort du bail commercial dans les procédures collectives*, 4^e éd., LexisNexis, 2015.
- LOCRÉ J. G.**, *Législation civile et commerciale de la France*, t. XIX, 1830.
- LIENHARD A.**
- *Sauvegarde des entreprises en difficulté*, 2^e éd. Delmas, 2007.
 - *Procédures collectives 2017-2018*, 7^e éd., Delmas, 2016.
 - *Procédures collectives 2015/2016*, 6^e éd., Delmas, 2014.
 - *Procédures collectives 2013/2014*, 5^e éd., Delmas, 2013.
 - *Procédures collectives 2011/2012*, 4^e éd., Delmas, 2011.
 - *Code des procédures collectives : Annoté et commenté*, 16^e éd., Dalloz, 2018.
 - *Code des procédures collectives*, 12^e éd., Dalloz, 2014.
- LE CORRE P.-M.**
- *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, 2006.
 - *Droit et pratique des procédures collectives 2017/2018*, 9^e éd., Dalloz action, 2016.
 - *Droit et pratique des procédures collectives, 2015-2016*, 8^e éd., Dalloz action, 2014.
- LE TOURNEAU Ph.**, *Les contrats de franchise*, 2^e éd., Litec, 2007.
- LEGRAND P.**, *Droit comparé*, PUF, 1999.
- LE CANNU P. et JEANTIN M.**, *Droit commercial. Entreprise en difficulté*, 7^e éd. Dalloz, 2006.
- LEBEL C.**, *L'élaboration du plan de continuation de l'entreprise en redressement judiciaire*, PUAM, 2000.
- LIKILIMBA G.-A.**, *Le soutien abusif d'une entreprise en difficulté*, LexisNexis/Litec, 2001.
- MENJUCQ M.**, *Droit international et européen des sociétés*, 4^e éd., LGDJ, 2016.
- MELIN F.**, *Le règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité*, Bruylant, 2008.
- MARTY G. et RAYNAUD P.**, *Droit civil, Introduction*, Sirey, Paris, 1967.
- PEROCHON F.**
- *Entreprise en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2014.
 - *Entreprise en difficulté*, 9^e éd., LGDJ, 2012.
- PEROCHON F. et BONHOMME R.**
- *Entreprise en difficulté, Instrument de crédit et de paiement*, 8^e éd., LGDJ, 2009.
 - *Entreprise en difficulté, Instrument de crédit et de paiement*, 7^e éd., LGDJ, 2006.
 - *Entreprise en difficulté*, 7^e éd., LGDJ, 2013.
- POUMAREDE M.**, *Droit des obligations*, 3^e éd., LGDJ, 2014.
- PAILLUSSEAU J. et Alii**, *Cession d'entreprise*, 4^e éd., Dalloz, 1999.
- PETEL Ph.**
- *Procédures collectives*, 8^e éd., Dalloz, 2014.
 - *Procédures collectives*, 7^e éd., Dalloz, 2011.
 - *Procédures collectives*, 4^e éd., Dalloz, 2005.
- ROUTIER R.**
- *Obligations et responsabilités du banquier 2018/2019*, 4^e éd., Dalloz action, 2017.
 - *La responsabilité du banquier*, LGDJ, 1997.
 - *Obligation et responsabilité du banquier*, Dalloz référence, 2006.

- RENOUARD A. C.**, *Traité des faillites et banqueroutes*, t. I, 3^e éd., Rev. et augm., 1857.
- ROY V.** et **JAHIER H.**, *Gestion juridique, fiscale et sociale 2016/2017 : L'essentiel en fiches*, 6^e éd., Dunod, 2016.
- ROMANI A.-M.**
- *La banque dans tous ses (É) états*, mare & martin, 2016.
 - *Les techniques de prévention des risques de défaillance des entreprises, procédures collectives et droit des affaires*, Frison Roches, 2000.
- RAKOTOVAHINY M.**, *Fiches de procédures collectives*, Ellipses, 2016.
- ROUSSEL GALLE Ph.**, *Réforme du droit des entreprises en difficulté, De la théorie à la pratique*, 2^e éd., LexisNexis/Litec, 2007.
- RAIMON M.**, *Le règlement communautaire 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité*, LGDJ, 2007.
- RIVES-LANGE J.-L.** et **CONTAMINE-RAYNAUD, M.** *Droit bancaire*, 6^e éd., Dalloz, 1995.
- ROUSSEAU J.-J.**, *Du contrat social, IV, De l'esclavage*, 1762.
- SERIAUX A.**, *Droit des obligations*, 2^e éd., PUF, 1998.
- SOINNE B.**
- *Traité théorique et pratique des procédures collectives*, Litec, 1987.
 - *Traité des procédures collectives*, 2^e éd., Litec, 1995.
- SAINT-ALARY-HOUIN C.**
- *Droit des entreprises en difficulté*, 10^e éd., LGDJ, 2016.
 - *Droit des entreprises en difficulté*, 9^e éd., LGDJ, 2014.
 - *Le droit des entreprises en difficulté*, 4^e éd., Montchrestien, 2001.
- SENECHAL P.**, *L'effet réel de la procédure collective*, Litec, 2002.
- SIMON F.-L.**, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Joly, 2009.
- STORCK M.** et Alii, *Code monétaire et financier : annoté & commenté*, 7^e éd., Dalloz, 2017.
- SYEYÈS E. J.**, *Préliminaire de la constitution nationale, française*, Imprimeur de l'Assemblée Paris, 1789.
- STAËL G.**, *Considération sur la révolution française*, éd., Treuttelle & würtz, t. II, 1817, réédité en 1983.
- SORTAIS J.-P.**, *Entreprise en difficulté. Les mécanismes d'alerte et de conciliation*, 2^e éd., LGDJ, 2015.
- TANGER M.**, *La faillite en droit fédéral des États unis*, Economica, 2002.
- TERRÉ F.** et Alii, *Droit civil. Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013.
- VOINOT D.**
- *Procédures collectives*, 2^e éd., LGDJ, 2013.
 - *Procédures collectives*, Montchrestien, 2011.
- VIDAL D.** et **GIORGINI G. C.**
- *Cours de droit des entreprises en difficulté 2016-2017*, 2^e éd., Gualino, Lextenso éditions 2016.
 - *Cours de droit des entreprises en difficulté*, 1^{re} éd., Gualino, Lextenso éditions, 2015-2016.
- VINCENS M. E.**, *Exposition raisonnée de la législation commerciale et examen critique du code de commerce*, t. I, Paris, 1821.
- VALLENS J.-L.**
- *Crise du crédit et entreprises : les réponses du droit*, Lamy, 2010.
 - *Étude comparative des procédures d'insolvabilité*, Société Législation Comparée, 2015.
 - *L'insolvabilité des entreprises en droit comparé*, Lextenso éditions, 2011.
 - *Droit de l'entreprise*, 19^e éd., Lamy, 2014-2015.
- VALLANSAN J.**, *Guide des procédures collectives*, LexisNexis, 2018.
- VALLANSAN J.** et Alii, *Difficulté des entreprises*, 6^e éd., LexisNexis, 2012.

Sources OHADA

- CROCQ P.**, *Le nouvel Acte uniforme portant organisation des sûretés – La réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, Lamy, 2012.
- De DRAVO-ZINZINDOHOUE C. M. J.**, *La mise en place d'un droit uniforme du travail dans le cadre de l'OHADA*, A.R.N.T, 2009.
- GOMEZ J. R.**, *OHADA, Entreprise en difficulté*, Bajag-Méri, 2003.

ISSA-SAYEGH J., POUGOUE P.-G et SAWADOGO F.M., OHADA, *Traité et actes uniformes commentés et annotés*, Juriscope, 2015-2016.

KOUMBA E. M., *Droit de l'OHADA : Prévenir les difficultés*, l'Harmatan, 2013.

KONE M., *Le nouveau droit commercial dans les pays de la zone OHADA. Comparaison avec le droit français*, LGDJ, 2003.

LUKOMBE N., *Droit commercial congolais, faillite, concordat et banqueroutes*, imprimerie Saint Paul, 2001.

MARTOR B. et Alii, *Le droit uniforme africain des affaires issu de l'OHADA*, Litec, 2004.

POUGOUE P.-G. et **ELONGO Y. K.**, *Introduction critique à l'OHADA*, PUA, 2008.

ROUBAUD F. et Alii, *Les marchés urbains du travail en Afrique subsaharienne*, IRD, 2013.

SAWADOGO F. M. et **NIAMBA M.**, *Manuel de formation des magistrats et assesseurs des tribunaux de commerce de Burkina Fasso*, ERSUMA, 2010.

SAYEGH J. I., LOHOUES-OBLES J., *Harmonisation du droit des affaires*, Bruylant, 2002.

THIÉRA F., *La réforme de l'OHADA et les procédures collectives d'apurement du passif*, l'Harmatan, 2012.

Autres sources

Droit belge

CALLATAÏ V. et **DELLA FAILLE P.**, *La loi sur la continuité des entreprises - Recueil de législations, doctrine et jurisprudence*, Athemis, 2015.

II. CONTRIBUTION A UN OUVRAGE

Droit français

Alary-Houin C. S., « Les plans de redressement », in *Les réformes de la reprise*, éd., Montchrestien, 1995, p. 173.

Couret A., « Le traitement non judiciaire des difficultés des entreprises », in N. D. Robain, *Le règlement amiable des difficultés des entreprises*, Septentrion, 1997, p. 20.

Fougère D. et Alii, « Quel a été l'impact de la crise de 2008 sur la défaillance des entreprises ? », in *Économie et statistiques*, Insee, 2013, n°462-463, p.69-97, sp. 69.

Froehlich P. et **Senechal M.**, « De la réalisation de l'actif », in F. X. Lucas et H. Lecuyer, *La réforme des procédures collectives - La loi de sauvegarde article par article*, LGDJ, 2006, p. 318, spéc. p. 369 et s.

Hilaire J., « Le phénomène d'endettement dans les entreprises et la révolution industrielle », in Y. Chaput, *L'apurement des dettes - Solution au surendettement, étude du C.R.E.D.A.*, Litec, n°83, p. 45.

Lienhard A., « Réforme issue de l'ordonnance du 12 mars 2014 », in *Code des procédures collectives commenté*, 12e éd., Dalloz, 2014, p. 62.

Menez J., « Le plan de cession », in *Le nouveau droit de défaillance des entreprises*, Dalloz 1995, p. 229.

Paillusseau J., « Qu'est-ce que l'entreprise », in *L'entreprise : nouveaux apports*, Economica, Paris, 1987, n°6-n°9.

Pétel Ph., « La moralisation des plans de redressement », in *Les réformes de la reprise*, éd., Montchrestien, 1995, n°7, p. 89.

Reille F., « Règlementation du traitement des difficultés des entreprises et maintien du crédit bancaire : la recherche d'un équilibre », in A.-M. Romani, *La banque dans tous ses (É) états*, mare & martin, 2016, p. 179 à 197.

Reille F., « Règlementation du traitement des difficultés des entreprises et le maintien du crédit bancaire : la recherche d'un équilibre », in A.-M. romani, *La banque dans tous ses (E) états*, Mart & Martin, 2016, p. 180.

Saint-Alary-Houin C. et **Blaquier-Cirelli Ph.**, « Le contentieux de la cession d'entreprise en difficulté », in *La cession d'entreprise*, Montchrestien, Toulouse, 1992, p. 79 et s.

Autres droits

Droit belge

ALTER C., « Le banquier et l'entreprise en difficulté : état de la question », in *L'entreprise en difficulté*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 159.

VILLERMAIN D., « La nouvelle loi sur la continuité des entreprises : présentation générale et règles spécifiques relatives aux cessions d'entreprises », in M. GRÉGOIRE, *Question spéciale de restructuration des entreprises*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 93 et s.

III. MELANGES

Droit français

CABRILLAC M., « Les ambiguïtés de l'égalité des créanciers », in *Mélanges Breton-Déridda*, D.1991, p. 31.

CHAPUT Y., « Les plans de sauvegarde et de redressement : renaissance légale de l'homme et de l'entreprise ? », in *Mélanges P. DIDIER, Economica*, 2008, p. 115.

DERRIDA F., « La notion de cessation des paiements », in *Mélanges J. P. Sortais*, Université de Lausanne-Bruylant, 2003, p. 73.

GRELON B., « prévention et cessation des paiements », in *Mélanges D. Tricot*, Dalloz-Litec, 2011, p. 422.

MOLFESSIS N., « De l'obligation de renseignement à l'enseignement juridique du contractant », in *Mélanges J. HAUSSER, LexisNexis-Dalloz*, 2012, p. 927 et s.

PERCEROU R., « Le traitement judiciaire de la situation des entreprises en difficulté : mythe ou possibilité réelle ? », in *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XX^e siècle, Mélanges C. CHAMPEAUD*, Dalloz, 1997, p. 507.

IV. THESES ET MEMOIRES

Droit français

ATTINGER B. J., *Le centre des intérêts principaux dans le règlement européen sur les procédures d'insolvabilité - Concept approprié ou source d'insécurité ? Le critère de compétence retenu par le règlement européen n°1346/2000 face aux résultats de l'analyse économique du droit*, thèse de doctorat, Université Strasbourg 3 - Robert Schuman et Université Saarlandes, 2008.

ABBDELAZIZ S., *Droit et pratique en matière de faillite et de liquidation judiciaire de entreprises*, thèse de doctorat, Université de Paris I, Sorbonne, 1995.

BLIN-FRANCHOMME M. P., *Essai sur la notion de contrôle en droit des affaires*, thèse de doctorat, Toulouse 1, 1998.

CRANCHET G., *La notion de cessation des paiements dans la faillite et le règlement judiciaire*, thèse de doctorat, bibl. dr. privé, t. XXXV, Paris, 1962.

COTTIGNY M., Responsabilité civile et procédures collectives, thèse de doctorat, Université de Lille 2, 2016.

CHARBOIS O., *La continuation de l'activité des entreprises en redressement judiciaire*, thèse de doctorat, Paris I, 1990.

DRUMMOND C. S. M., *Les sociétés dites « holding »*, thèse de doctorat, Paris II, 1993.

DANJON S., *La procédure de sauvegarde accélérée*, mémoire de Master II, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2014.

HEUZE S. V., *La réglementation française des contrats internationaux*, thèse de doctorat, Paris I, 1990.

LYAZAMI N., *La prévention des difficultés des entreprises : étude comparative entre le droit français et le droit marocain*, thèse de doctorat, Université du Sud Toulon-Var, 2013.

MULLER Y., *Le contrat judiciaire en droit privé*, thèse de doctorat, Université de Paris I, 1995.

OSSOUMA-EFFAME E., *Le rôle de la cessation des paiements dans la prévention et le traitement des difficultés des entreprises*, thèse de doctorat, Université de Toulon, 2015.

PICOD N., *La remise de dette en droit privé*, thèse de doctorat, Dalloz, 2013.

ROUHETTE G., *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse de doctorat, Paris, 1965.

- RAYMOND de GENTILE M-J**, *Le principe d'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juill. 1967*, thèse de doctorat, Sirey, 1976.
- STANKIEWICZ MURPHY S.**, *L'influence du droit américain de la faillite en droit français des entreprises en difficulté*, thèse de doctorat, Université de Strasbourg, 2011.
- TIQUANT O.**, *La contractualisation des procédures collectives*, thèse de doctorat, Université de Paris 1, 1999.
- THIEBAUT S.**, *Qui dirige l'entreprise en période d'observation*, mémoire de DEA, Université Robert Schuman, Strasbourg, 2004.

Droit OHADA

- AHOUA D.**, *Le nouveau droit de la restructuration des sociétés commerciales des pays de l'Ohada, comparaison avec le droit français*, thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 2015.
- DJONGA P.**, *L'organisation judiciaire interne des États-membres à l'épreuve du droit OHADA*, mémoire DEA, Université de Ngaoundéré, 2008.
- Evie O. B. B.**, *Pour une contractualisation du droit OHADA des sociétés*, thèse de doctorat, Université d'Aix-Marseille, 2014.
- EVELAMENOU S. K.**, *Le concordat préventif en droit OHADA*, thèse de doctorat, Université de Paris-Est et Université de Lomé, 2012.
- KOUAM A.B.F.**, *Les voies d'exécution OHADA et le droit à un procès équitable, mémoire de DEA*, Université de Deschang, 2009.
- MOHO FOPA E. A.**, *Réflexions critiques sur le système de prévention des difficultés des entreprises OHADA*, DEA, Université de Dschang, 2007.
- MIKPONHOUE H.**, *L'ordre juridique communautaire OHADA et les enjeux d'intégration du droit des Affaires*, thèse de doctorat, Université de Perpignan, 2016.
- NDONGO C.**, *La prévention des difficultés des entreprises dans l'AUPC révisé*, thèse de doctorat, Université de Paris 1, 2017.
- NGOUMATSA G. A.**, *Droit OHADA et conflits de lois*, thèse de doctorat, Université Jean Moulin Lyon 3, 2009.
- POUOKAM E. D. F.**, *Financement des entreprises en difficulté et responsabilité bancaire dans l'espace OHADA*, thèse de doctorat, Université de Paris 13 Sorbonne, 2017.
- SALEY SIDIBE H. S.**, *Le sort des créances postérieures en droit français et droit de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du droit des Affaires (OHADA)*, thèse de doctorat, Université de Nice, 2013.
- STEVE KARFO S. T.**, *Paiement des créanciers, Sauvetage des entreprises : Étude comparative des législations OHADA et française de sauvegarde judiciaire des entreprises*, thèse de doctorat, Université de Toulouse 1-Capitole, 2014.
- TOH A.**, *La prévention des difficultés des entreprises : étude comparée de droit français et droit OHADA*, Thèse de doctorat, Université de Bordeaux, 2015.
- THERA F.**, *L'application et la réforme de l'Acte uniforme de l'OHADA organisant les procédures collectives d'apurement du passif*, thèse de doctorat, Université de Lyon, 2010.
- YAYA SARR A.**, *L'intégration juridique dans l'Union Économique et Monétaire Ouest-africaine (UEMOA) et dans l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)*, thèse de doctorat, Université d'Aix-Marseille III, 2008.

V. ARTICLES

Droit français

- ABERGEL A.**, « Négociation, remise de dettes des créances publiques et privées : aspects financiers et économiques » *LPA*, 22 avr. 2010, n°80, p. 35.
- ABAJTEK T.**, « La sauvegarde financière accélérée : une nouvelle procédure pour anticiper les difficultés des entreprises », *les petites affiches*, 30 déc. 2010, article consulté le 15 janv. 2018.

- AZAM G.**, « Le prepack-cession FRAM : expérience et enseignements », *Alta-Juris international*, 4 avr. 2016, article consulté le 25 nov. 2017.
- AYNÈS L.**, « Le caractère intuitu personae d'un contrat de maintenance informatique ne fait pas obstacle à sa cession dès lors que le client cédé y a consenti, même tacitement », *Dalloz*, 1992.
- ANTONINI-COCHIN L.**, « La situation du conjoint du débiteur », *Rev. proc. coll.* 2013, dossier n°3.
- AMIEL-COSME L.**, « La fonction de l'homologation judiciaire », *justices*, janv. mars 1997, p. 135 à 143.
- Besse A. et Morelli N.**,
- « Le prepackaged plan à la française : pour une saine utilisation de sauvegarde », *JCPE*, 18 juin 2009, n°25, p. 1628.
 - « Les dispositions de la loi de régulation bancaire et financière intéressant le droit des procédures collectives : point de vue de praticiens », *RLDA*, déc. 2010, n°55, p. 23.
- BAMDÉ A.**, « Les délais de grâce : régime juridique », *aurelien bamde*, 29 août 2017, article consulté le 16 avr. 2018.
- BEHAR-TOUCHAIS M.**, « Transparence et concurrence », *Rev. Lamy de la concurrence*, oct./nov. 2007, n°13.
- BALAT N.**, « Réforme du droit des contrats : et les conflits entre droit commun et droit spécial ? » *D.* 2015.
- BEAUDOIN L.**, « De la notion de cessation des paiements », *sem. jur.*, 1934. 1029.
- BOURGINAUD M.**, « La notion de cessation des paiements, notion fonctionnelle », *RTD com.* 2002, p. 245.
- BUISINE O.**, « Le prepack-cession : une alternative au plan de cession « classique » », *Rev. banc.* 27 mars 2012, n°747.
- BOUTELLER P.**, « Responsabilité du banquier », *J.-C. com.* 2007, n°45 ; fasc. 3100.
- BERTRAND E.**, « Le pré-pack cession : le dispositif s'installe dans le paysage des procédures collectives », *Lamy Lexel*, 4 mars 2016, article consulté le 14 déc. 2017.
- BASTIANELLI E.**, « L'étendue de la clause de garantie de passif : analyse de l'arrêt du 12 mai 2015 (com. 12 mai 2015, n°14-13.234), *THely avocats*, 14 août 2015, article consulté le 13 août 2017.
- BARROUX D.**, « La crise du subprime plonge AIG », *les échos*, 12 févr. 2008, article consulté le 17 avr. 2016.
- BARRIÈRE F.**, « La fiducie-sureté en droit français » *Rev. de droit McGill law journal*, juin 2013, volume 58, n°4.
- BERTHELLO G.**, « La cessation des paiements : une notion déterminante et perfectible », *JCP E* 2008, 2232.
- BREMOND G., E. SCHOLASTIQUE.** « Réflexion sur la composition des comités des créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire », *JCP E* 2006, p. 1405.
- BERTREL J. P.**, « Ingénierie juridique : les holdings de sociétés d'avocats et de notaires », *droit et patrimoine*, avr. 2002, n°103, p. 22-34.
- BADILLET J.**, « Pratiques parisiennes en matière de traitement préventif des difficultés des entreprises », *Gaz. pal.*, 11-12 mai 2011, p.7 s. sp. p. 9.
- BOULEY J.-C.**, « Les créanciers antérieurs dans les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaires », *Rev. proc. coll.* 2006/2, p. 135-138.
- Bourbouloux H.**
- « Nouveaux contextes, nouveaux débiteurs », *BJE*, sept. 2012, n°161, p. 314.
 - « Confidentialité et transparence réconciliées pour la prévention et le traitement des difficultés », *BJE*, mai 2012, doctrine 87, p. 133.
- BOURBOULOUX H.** in PÉROCHON et BOURBOULOUX,
- « La procédure de sauvegarde et ses variantes », *RPC* 2014-4, n°34, doss. 30.
 - « La procédure de sauvegarde et ses variantes », *RPC* 2014-4, n°31, doss. 30.
- BOURBOULOUX H. et COUTURIER G.**, « La consécration de la sauvegarde financière de l'entreprise », *BJE*, mars 2011, n°23, §1, p. 48.
- BEAUMONT S. et TRIPATHI S.**, « La sauvegarde financière accélérée : un rendez-vous manqué pour les LBO », *fusion-acquisition*, 23 nov. 2011, article consulté le 20 avr. 2018.
- BRULARD Y.**, « Les groupes et les procédures de pre-insolvency : le signe d'un changement de nature du nouveau règlement d'insolvabilité ? », *Rev. Proc. coll.* 2015, dossier 4.
- BOUHENIC P.-A. et LAMEY-CUBEDDU S.**, « L'efficacité économique de la contractualisation du droit des entreprises en difficulté (1/2) », *Les Échos Exécutives*, 18 déc. 2017, p.1., art. consulté le 15 juin 2018.
- CHEYSSON B.**, « Le scheme of arrangement : faut-il s'en inspirer pour contractualiser le droit français des procédures collectives? », *fusion et acquisition*, 22 mars 2013, article consulté le 21 oct. 2017.

- CHOPARD B.**, « Ext post vs Ex ante » : le cas de l'économie du droit de la faillite », *Rev. écon. fin.* sept. 2005, vol. 81, p. 3.
- CHIVKA E.**, « Prepack bankruptcy, alternative au traitement exclusivement judiciaire du droit des procédures collectives », *revue dr. aff. de l'université panthéon - assas*, 1^{er} oct. 2004, n°2, p. 29-74.
- CHENBER R.**, « Les créances alimentaires et les procédures collectives », *Rev. proc. coll.* 2009, n°40, p. 40.
- COUTIER V. R.** et **LAURENT N.**, « Analyse de l'opération Autodistribution : premier « prepack » à la française. – Rôle prépondérant des magistrats consulaires », *cah. dr. entr.*, sept. 2009, n°5.
- COQUELET M. L.**, « Le plan de cession a-t-il changé ? », *RPC*, 2006, p. 188.
- CABRILLAC M.** et **PÉTEL Ph.**, « Le printemps des sûretés réelles », *D.* 1994, p. 243.
- CABRILLAC M.**, « Le maintien des concours bancaires après l'adoption d'un plan de continuation », *D.* 1987, p. 261.
- CERATO M.-A.**, « La responsabilité du banquier à l'épreuve de la procédure collective », *Bacaly, Bull. des arrêts de la CA de Lyon*, article consulté le 15 mars 2018.
- COUDERT J. L.**, « Dans les procédures collectives l'égalité des créanciers est-elle une réalité ou un mythe ? », *petites affiches*, 26 août 1992, n°103.
- CALVO J.**, « La notion de cessation des paiements dans les procédures collectives », *LPA*, 7 sept. 1999, p. 4.
- CREDOT F.-J.** et **GERARD Y.**, « La loi de sauvegarde des entreprises. Encadrement de la responsabilité des créanciers pour soutien abusif », *RD banc. et fin.* Oct. 2005, p. 10.
- « Fonds de commerce et plan de cession », *BJE*, janv. 2013, doctrine 6.
- CALENDINI J.M.**
- « Cessation des paiements et rupture définitive du crédit pour l'entreprise », *LPA*, 16 nov. 1998, p. 8.
 - « Compensation », *J.-C. com.*, fasc. 2372.
- COLLART-DUTILLEUL F.** et **DELEBECQUE Ph.**, « Contrats civils et commerciaux », *D.* 2004, n°956.
- CARAMALLI D.**, « Réforme du soutien abusif du crédit : le point de vue du praticien », *LPA*, 18 avr. 2005, p. 6.
- COUTURIER G.**, « Le plan de cession, instrument de restructuration des entreprises défaillantes », *Bull. Joly. Sociétés*, févr. 2008, §35, p. 142.
- CORDIER P.**, « Le plan de cession devant la cour de cassation, panorama des dix dernières années de jurisprudence », *RJDA* 2/1999, p. 103.
- CHRIQUI H.**, « Prévention des difficultés d'entreprise ; peut-on aller plus loin ? », *Gaz. Pal.* 16-18 mai 2004, p. 2.
- CARAMALLI D.**, « Droit des entreprises en difficulté, quelques suggestions d'amélioration », *D.* 2013, chron. 2417 ; *Dalloz*, n°36, p. 2417-2419.
- CHAMPALAUNE C.**, « Un nouveau droit des entreprises en difficulté. Propos introductifs », *Rev. proc. coll.* 4/2014, doss. 27.
- DER-HALDEN A. AB.** et **ROUSSEL GALLE Ph.**, « La conciliation améliorée », *Rev. proc. coll.* 2014, doss. 29, p. 47.
- DEHARVENG J.**, « Le plan de cession dans la nouvelle architecture des procédures collectives - un évènement et non plus une issue du cours de la procédure », *D.* 2006, chron. p. 1047.
- DIZEL M.**, « L'action en insuffisance d'actif revue par la loi Sapin II », *éditions législatives*, 16 déc. 2016, p. 2.
- DELEAU J.**, « La notion de cessation des paiements en jurisprudence », *Rev. trim. dr. com.*, 1949, n°3, p. 590.
- Dray J.**, « Les conditions juridiques de l'ouverture de la liquidation judiciaire », *legavox*, 19 déc. 2012, article consulté le 27 janv. 2016.
- DEMEYERE D.**
- « La loi du 12 mars 2012 relative aux mesures conservatoires dans la sauvegarde et le redressement judiciaire », *RLDA* 2012, 4120, p. 26.
 - « Les enjeux de la cession de l'entreprise en difficulté », *LPA*, 2012, p. 39.
- DOULOUX F.**, « La notion de cessation des paiements dans la loi française du 25 janvier 1985 », *RT Versailles*, avr. et Sept. 1987, n°5 et 6, p. 73.
- DUMAS B.**, « Le banquier face à l'entreprise en difficulté », *Rev. Banque*, 2008, p. 145.
- DELATTRE Ch.** et **ETIENNE-MARTIN E.**, « Prévention : conciliation et mandat ad hoc plus efficaces et plus accessibles », *Rev. proc. coll.* 2014, dossier 15.

DUBUCQ C., « L'interdiction de la reprise de l'entreprise en difficulté par le dirigeant et ses proches », *le petit juriste*, 13 août 2012, article consulté le 26 août 2017.

DERRIDA F., « À Propos des plans de cession de l'entreprise... Dévolement ? », *D*, 1992, p.

DAUDIER de CASSINI J.-D. et NOURY A.-S., « Obligataires et procédures collectives », *BJ Sociétés*, déc. 2009, p. 1123.

DAMMAN R. et PODEUR G.,

- « L'ingénierie financière et les plans : état des lieux et perspectives », *Dr. et patr.* 2013, n°223.
- « L'efficacité de la sauvegarde dépasse-t-elle les frontières de la France ? », *BJE*, 1^{er} mars 2011, p. 6.
- « Les enjeux de la réforme des comités de créanciers », *JCP E* 2009, n°47, p. 2094.
- « Sauvegarde financière express : vers une consécration législative du « prepack » à la française », *D*. 2010, p. 2005.
- « Les enjeux de la réforme des comités de créanciers », *JCP E* 2009, n°11, p. 2093.
- « Sauvegarde financière accélérée : le « prepack » à la française », *Dalloz*, 2010, p. 20504.

DAMMAN R. et SCHNEIDER,

- « La sauvegarde financière accélérée - Analyses et perspectives d'avenir », *D*. 2011, *chron.* 1429 - 14-33.
- « Sauvegarde financière accélérée - analyse et perspective d'avenir », *Dalloz*, 2 juin 2011, n°11, p. 1429-1440.

DAMMANN R. et GUERMONPREZ M., « Pistes de réflexion pour une réforme des procédures collectives », *Dalloz*, 2018, p. 629.

DAMMANN R. et Alii, « Le nouveau règlement sur les procédures d'insolvabilité », *Rev. proc. coll.* 2015, étude 2.

DAMMANN R.

- « Le pré-pack cession à la française serait-il incompatible avec le droit social européen ? », *la lettre des juristes d'affaires*, n°1327, 27 déc. 2017, p. 2.
- « La situation des banques titulaires de sûretés, après la loi de sauvegarde des entreprises », *banque et droit*, set-oct. 2005, p. 21.
- « La situation des banques titulaires de sûretés après la loi de sauvegarde des entreprises », *Rev. banque*, 28 oct. 2005, article consulté le 13 janv. 2017.

DOUHAIRE E.

- « Les aspects pratiques de la conciliation », *Rev. jur. com.* 2002, p. 21.
- « Les aspects pratiques de la conciliation - Le rôle du conciliateur dans les négociations », *RJ com.*, 2008. 21 s., sp. p. 25.

FERRARI M., « Le pacte d'atermoiement, délit de fuite passible de banqueroute », *Gaz. pal.* 2 mai 1969, p. 1, doct.

FABRE E., « La sauvegarde accélérée, le prepack version française », *chef d'entreprise*, 16 oct. 2014, article consulté le 14 déc. 2017.

FRAIMOUTE J.-J.

- « Des plans plus attractifs pour les créanciers ? », *Rev. proc. coll.* 2014/2 ; doss. 19.
- « Plan de cession - Conception et adoption », *J.-CL. com.*, fasc. 2730, 2007, n°9.

GRELON B.

- « L'affaire Thomson : la loi à l'épreuve de la finance », *Rev. Sociétés*, juin 2010, p. 244.
- « La loi de sauvegarde revisitée par la loi n°2010-1249 dite de « régulation bancaire et financière » en date du 22 octobre 2010 », *Revue des sociétés*, janv. 2011, n°1, p. 7 et 23.

GIRARD C., « La règle de la majorité en démocratie : vérité ou équité », *raison politique*, 2014/1, n°53, p. 107.

GORRIAS S., in « La contractualisation du droit des difficultés des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll.*-*Rev. bimestrielle lexiNexis jurisclasseur*, table ronde, mai-juin 2015, p. 99.

GORINS C., « Évolution de la cession judiciaire en prévention et en procédure collective », *BJE*, 1^{er} mai 2015, n°3, p. 185.

GUYON Y., « La transparence dans les procédures collectives » *LPA*, 21 avr. 1999, p. 8.

GRAZIANI M., « Les créanciers et la pérennité de l'entreprise article 2 », *CREG*, 15 déc. 2016, p. 1.

- GOVERNATORI J.-J.**, « Le droit administratif à l'épreuve des procédures collectives », *Gaz. proc. coll.* 2009/4, 1^{re} partie, n°303, 304, p. 9 s. sp. 13.
- GARELLO J.**, « Les bienfaits de la démocratie directe », *contrepoints*, 27 nov. 2013, article consulté le 17 nov. 2017.
- GAUTHIER G.**, « La continuation du cours des intérêts dans le cadre de la liquidation judiciaire », *Gaz. pal.* 1^{er} mars 2001, doct. 53.
- GORINS C.**, « Évolution de la cession judiciaire d'entreprise en prévention et en procédure collective », *BJE*, 01 mai, 2015, n° 3, p. 95.
- HUGON Ph.**, « La crise mondiale et l'Afrique : transmission, impacts et enjeux », *Afrique contemporaine*, 2009/4, n°232, p. 151-170.
- HABAUZIT-DETILLEUX M.-C. et MICHAUD P.**, « La procédure de conciliation applicable à l'avocat en difficulté dans la loi de sauvegarde du 26 juill. 2005 », *Gaz. pal.* 27 janv. 2006, n°27, p. 3.
- HANOCHOWICZ L.**, « L'homologation de l'accord amiable : un leurre pour les créanciers ? », *Rev. Banque*, juin 2006, n° 681, p. 52.
- Houben H.**, « La crise des subprime », *Université marxiste d'été*, août 2008, p. 4.
- Henry L.-C.**
- « La notion de privilège de procédure dans la loi de sauvegarde », *Rev. proc. coll.* 2008, n°2, p. 24.
 - « La notion de privilège de procédure dans la loi de sauvegarde », *Rev. proc. coll.* 2008, n°3, p. 20, s., sp. p. 22.
 - « La notion de privilège de procédure dans la loi de sauvegarde », *Rev. proc. coll.* 2008, n°32, p. 20 s., sp. p. 30.
 - « Le plan de cession et la loi de sauvegarde des entreprises », *Gaz. pal.* 7-8 sept. 2005, n° sp, n°3, p. 39.
 - « Le plan de cession et la loi de sauvegarde des entreprises », *Gaz. pal.* 7-8 sept. 2005, n° sp, n°5, p. 40.
 - « Le plan de cession et la loi de sauvegarde des entreprises », *Gaz. pal.* 8 sept. 2005, sp. n°1, p. 39.
- IDOT L.**, « La faillite dans la communauté. Enfin une convention internationale ? », *DPCI*, 1995, p. 34.
- JALUZOT B.**, « Méthodologie du droit comparé : bilan et perspective », *RIDC* 2005, n°1, p. 29.
- JOURDAIN P.**, « Le devoir de se renseigner », *D.* 1983, p. 139.
- KUNTZ J. et NURIT V.**, « De la conciliation à la sauvegarde financière accélérée : la combinaison est-elle efficace ? », *BJE*, nov. 2012, n°193, p. 389.
- KUNTZ J. E.**, « De la prévention des difficultés des entreprises, du mandat *ad hoc* et de la procédure de conciliation », *LPA* n° sp., 8 févr. 2006, n°28, p. 5 s. sp. p. 19 et 20.
- KERCKHOVE E.**
- « Prévention et règlement amiable des difficultés des entreprises », *Rev. proc. coll.* 1995, p. 451.
 - « La convention européenne relative aux procédures d'insolvabilité », *Rev. proc. coll.* 1996, p. 277.
- LEBEL C.**, « Les plans de sauvegarde et de redressement dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 », *Gaz. proc. coll.* 6/7 mars 2009, p. 46.
- LELIÈVRE Y.**, « Sauvegarde financière accélérée, seules six procédures ouvertes à ce jour », options, droit & affaire, mars 2014, p. 16.
- LEVIN R.**, « La restructuration d'entreprise dans le cadre du chapitre 11 du code américain des faillites », *cah. dr. entr.*, sept.-oct. 2009, n°5, p.21.
- LENZIG K.**, « La nouvelle définition des procédures d'insolvabilité couvertes par le champ d'application du règlement d'insolvabilité », *Rev. Proc. coll.* 2015, dossier 3.
- LEBLOND N.**, « Pas de personnalité morale pour un fonds de titrisation : conséquences sur le recouvrement des créances », *L'essentiel-Droit des contrats*, 5 févr. 2018, n°2, p. 2.
- LEGRAS DE GRANDCOURT P.**, « L'interdiction de la compensation en cas de la procédure collective de l'une des parties », *Rev. proc. coll.* 1990, n°02, p. 119.
- MATHEY N.**, « Vers une remise en cause de liberté du banquier en matière de crédit », *JCP E* 2010, n°11, p. 1550.
- LAURENT N. et ASSANT O.**, « Bilan de l'efficacité de new money instauré par la loi de sauvegarde du 26 juill. 2005. La publicité du jugement de conciliation homologué a-t-elle tué ce privilège ? », *JCP*, 2008, I, 157.
- LATINA M.**, « Le billet sur le rapport de présentation de l'ordonnance du 10 févr. 2016 », *Dalloz actu-étudiant*, 14 mars 2016, billet consulté le 20 janv. 2018.

LASSERRE CAPDEVILLE J., « Que reste-il au XXI^e siècle du devoir de non-ingérence du banquier ? », *Banque et droit* 2005, n°100, p. 11.

Le NABASQUE H., « La cession d'entreprise en redressement judiciaire », *JCP E* 1990, II, 15770.

LUTUN O., « La compensation en droit des procédures collectives : un cadre strict pour les uns, un espace de liberté pour les autres », *JCP E* 2003, 230, p. 260.

LEGEAIS D.,

- « Responsabilité du banquier en matière de crédit », *RTD banc. et fin.* 2010, n°2, étude 4.
- « Les concours bancaires accordés à une entreprise en difficulté », *JCP E* 2005, n°42, 1510, n°6.

Lucas F.-X.

- « Le plan de sauvegarde apprêté ou le *prepackaged* plan à la française », *cah. dr. entr.*, sept. oct 2009, n°5, p. 35.
- « Caractère collectif et sauvegarde financière accélérée », *Rev. proc. coll.* janv. 2012, doss. n°12.
- « Caractère collectif de la procédure et sauvegarde financière accélérée », *RPC* 2012-2013, dossier 18, p. 93.
- « Propriété économique, propriété juridique, qui doit financer la restructuration ? », *BJE*, sept. 2013, p. 332.
- « L'attraction du conjoint in bonis dans la procédure collective », *LPA* 2003, n°82, p.4.

LUCAS F.-X et LÉCUYER H., « La loi de sauvegarde article par article (1^{ère} partie) », *LPA*, févr. 2006, n°28, p. 64.

LUCAS F. X. et LE CORRE P.-M., « Droit des entreprises en difficulté - Critères d'ouverture de la procédure de sauvegarde », *Dalloz*, 2008, p. 570.

Le NINIVIN A. et De FOUCAULT F., « Le droit des entreprises en difficulté français enfin doté d'un système de « prepack » : sauvegarde express », *Rev. squire paton boggs*, 23 déc. 2010, p. 1.

LESALNIER A., « Le mandat *ad hoc* devant le tribunal de commerce après la réforme du droit des entreprises en difficulté », *RTC com.* 2016, p. 225.

Le CORRE P.-M.

- « Du privilège occulte de conciliation », *Gaz. pal.* 13 oct. 2012, n°287, p. 3.
- « L'avènement prochain d'une procédure semi-collective », *Gaz. pal.* 16 oct. 2010, n°289, p. 3.
- « Créanciers non-initiés : attention à un piège involontaire de la SFA », *BJE*, 2013. p. 341.
- « Le privilège de la conciliation », *Gaz. pal.* sept. oct. 2005, p. 2966.
- « Le sort du contrat non cédé dans le plan de cession », *JCP E* 2006, n°21 et s. 171.
- « L'avènement prochain d'une procédure semi-collective », *GPC*, 16 oct. 2010, n°289, p. 3.
- « Droit réel, droit personnel et procédures collectives », *LPA* 1999, n°99, p. 4.
- « Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises », *D.* 2005, chron. 2299 s., n°46, sp. p. 2313.
- « La règle de l'interdiction des paiements au lendemain de l'ordonnance du 18 déc. 2008 » *Gaz. proc. coll.*, mars 2009, p. 25.
- « Les incidences de la réforme du droit des sûretés sur les créanciers confrontés aux procédures collectives », *JCP E* 2007, Chron. 1185, n°29.
- « Les incidences de la réforme du droit des sûretés sur les créanciers confrontés aux procédures collectives », *JCP E*, 2007, n°6, 1185.
- « Pour quelques barils de plus chez la fille, et pour quelques dollars de moins chez la mère : la loi Petroplus du 12 mars », *Rev. Sociétés* 2012, p. 412.
- « Bilan économique et social », *J.-Cl. com.* fasc. 2300.
- « Sûretés réelles et procédures collectives », *Dr. et patr.* 2002, n°106, p. 49-53 ; com. 22 avr. 1986, *D.* 1986, IR 360.

LIENHARD A., « Plan de cession totale : sort des contrats non cédés », *Dalloz actualité*, 14 oct. 2009, p. 1.

MINEUR D., « Les justifications de la règle de majorité en démocratie moderne », *raisons politiques*, mars 2010, n°39, p. 127-149.

MONTERAN Th.

- « Pour améliorer le droit des entreprises en difficulté, osons la réforme », *Gaz. Pal.* 23-24 janv. 2008, p. 3-5.
- « L'état de cessation des paiements, clé de voûte des procédures collectives », *Rev. proc. coll.* 2001, p. 1.

- « Présentation générale de la prévention et de la procédure de conciliation », *Gaz pal.* 7-8 sept. 2005, n° sp. p. 8 et s., sp. p. 11.
 - « La réforme de la prévention des difficultés », *D.* 2009. 639 s., sp. p. 642.
- MONTÉРАН Th. et MIEULLE M.**, « Le vade-mecum du plan de cession *prepack* », *BJE*, 2015, n°3, p. 164 et s.
- MARTINEAU-BOURGNIGNAUD V.**
- « La cessation des paiements, notion fonctionnelle », *RTD com.* 2002, p. 245.
 - « La conciliation : droit ou obligation ? », *Rev. proc. coll.* 2014/1, p. 86.
- MENJUCQ M.**, in « La contractualisation du droit des difficultés des entreprises en difficulté », *Rev. proc. coll.-bimestrielle lexiNexis jurisclasseur*, table ronde, mai-juin 2015, p. 99.
- MARTY J. P.**, « De la cessation des paiements aux difficultés prévisible », *Lamy dr. aff.*, mars 2005, p. 21.
- MOURRY J.**
- « La responsabilité du fournisseur du « concours » dans le marc de l'article L.650-1 du Code de commerce », *D.* 2006, Chron., n°21, p. 1343 et s.
 - « La responsabilité du fournisseur du « concours » dans le marc de l'article L.650-1 du code de commerce », *D.* 2006, Chron., n°23, p. 1749.
- MONTREDON J. F.**, « La compensation entre dettes connexes après le jugement déclaratif peut-elle survivre à la loi du 25 janv. 1985 ? », *JCP E* 1990, 15792, p. 397 et *J.-CL. com.* fasc. 2372.
- MACORIG-VENIER F.**
- « Du règlement amiable à la conciliation », *Rev. proc. coll.* 2005/4, p. 352.
 - « Loi de régulation bancaire et financière du 22 oct. 2010 », *RTD com.* 2010/4, n°2, p.781.
- MACORIG-VENNIER F. et SAINT-ALARY-HOUIN C.**, « La situation des créanciers dans la loi de sauvegarde des entreprises » *RD bancaire et fin.* 2006, n°2.
- MENJUCQ M.**
- « Adoption de la « sauvegarde accélérée » : considération du « prepackaged plan » en droit français », *Rev. proc. coll.* nov. 2016, n°06, repère 6.
 - « La proposition de règlement modifiant le règlement européen (CE) n°1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité : une évolution envisagée sans révolution », *Rev. proc. coll.* 2013, étude 4.
- MEKKIM.**, « Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information », *Lextenso étudiant*, 19 avr. 2017, article consulté le 16 déc. 2017.
- MORVAN P.**, « La loi *Petroplus*, les procédures collectives et...les salariés », *JCP E* 2013, 1047, p. 16.
- NABET P.**, « Dix ans d'application du règlement européen sur l'insolvabilité : bilan et perspectives », *RJ com.* janv. 2012, p. 4.
- NOTTE G.**, « Les clauses dites de garantie d'actif et de passif dans les cessions de droit sociaux », *JCP*, 1985, I, 311936.
- OPPETIT B.**, « La liberté contractuelle à l'épreuve du droit de la concurrence », *Rev. sc. Morales et politiques*, 1995, p. 242.
- PIEDLIÈVRE S.**
- « Les nouvelles règles relatives au surendettement des particuliers », *JCP G*, n°35-858, 8 sept. 2010.
 - « Le préavis en cas de rupture de crédit à durée indéterminée », *D.* 2006, n°6, 434 - obs. **D. LEGAIS**, *RTD com.* 2006, n°05, 169.
- PRIGENT S.**, « Fiducie et procédures collectives », *Rev. fr. compt.*, n°423, p. 8.
- PELLOUX R.**, « Les partis politiques dans les constitutions d'après-guerre », *revue dr. public*, 2^e trim., 1934, p. 243.
- PEDAMON M.**, « La compensation des dettes connexes », *RJ. com.* 1992, n° spéc.
- PORIER J.**, « La BNP Paribas suspend la cotation de trois de ses fonds », *le monde*, 10 août 2007, article consulté le 13 avr. 2017.
- PEYRAMAURE Ph.**, « Le bilan économique et social dans la loi du 25 janv. 1985 », *JCP E* 1986, 15167.
- PÉROCHON F. et LUCAS F.-X.**, « Argent frais : paiement hors plan ou selon le plan ? », *BJE*, 2012, p. 341.
- PÉROCHON F. et BOURBOULOUX H.**, « La procédure de sauvegarde et ses variantes » *Rev. proc. coll.* 2014/4, doss. 30, p. 50.
- PLATIN G., THESMAR D. et TIROLE J.**, « Les enjeux économiques du droit de la faillite », *les notes du conseil d'analyse économique (CAE)*, juin 2007, n°7.
- PETEL Ph.**

- « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II. Commentaires de l'ordonnance n°2008-1345 du 18 déc. 2008 », *JCP E* 2009, n°3, p. 28.
- « Entreprise en difficulté : encore une réforme ! », *JCP E* 2014, n°11, p. 1223.
- « Les créanciers postérieurs », *Rev. proc. coll.* 2006/2, n°4, p. 142.
- « les créanciers postérieurs », *Rev. proc. coll.* 2006/2, n°16, p. 144.
- « les créanciers postérieurs », *Rev. proc. coll.* 2006/2, n°15, p. 142 à 144.
- « Le sort des contrats connus avec l'entreprise en difficulté », *LPA*, 18 mai 1992, n°60, p. 29.
- « Loi n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises et décret n°2005-11677 du 28 déc. 2005 », *JCL com. proc. coll.* 2006, fasc. 2151, n°46.

PÉROCHON F.

- « Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005 », *Gaz. proc. coll.*, n°29, 7-8 sept. 2005, p. 57, sp. p. 60.
- « Procédure avec comités de créanciers, sauvegarde accélérée et SFA, après l'ordonnance du 12 mars 2014 », *BJE*, 2014, p. 180.
- « Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles », *D.* 2009, n°34, p. 651-661.
- « Halte au détournement de la cession judiciaire d'entreprise », *D.* 1990, p. 252.

ROLAIN M., « Entre contractualisation et sujétion : le brouillage des pistes dans le traitement des difficultés », *LPA*, 17 déc. 2014, n°251, p. 7.

RAKOTOVAHINY M., le « clair-obscur » de la vente de gré à gré d'un fonds de commerce dans le cadre d'une liquidation judiciaire », *D.* 2000, *cah. dr. Aff.* p. 51.

ROHART-MESSAGER I., « L'amélioration de la prévention », *Gaz. pal.* 7 mars 2009, n° spc. p. 5 et s.

REGNER J., « La sauvegarde financière accélérée, dernière évolution du droit français des entreprises en difficulté », *Revue banque*, 27 mars 2012, n°747.

REILLE F.

- « L'instauration d'une conciliation à la française en droit des entreprises en difficulté Ohada », *LPA*, 9 mars 2016, n° 49, p. 8.
- « Des mesures conservatoires pour sauver le monde ou n'est pas Robin des bois qui veut... », *Dr et proc.* 2012 ; *Cah. dr. entr.*, n°1, p. 2.
- « La sauvegarde accélérée issue de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Gaz. pal.* 6 avr. 2014, n°96, p. 13.

ROSSI P., « Avant-propos », « Prévention et procédures collectives : nouvelle réforme ! », *BJE*, mai 2014, p. 170.

ROSSI P., « Réforme de la prévention et des procédures collectives : Acte I », *Rev. proc. coll.* 2014/6, comm. 86.

ROUSSELLE GALLE Ph.

- « La réforme du droit des entreprises en difficulté par l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Rev. Sociétés*, 2014, n°24, p. 351 s., sp. 356.
- « Le plan de la première SFA adopté », *Rev. proc. coll.* 2013/3, étude n°13, p. 13.
- « La loi Petropolis, quelques réflexions avec un peu de recul », *Rev. proc. coll.* 2012, étude 16.
- « Les biens communs et les biens légués », *Rev. proc. coll.* 2011, dossier : « Le périmètre de la défaillance économique », colloque AJDE, Toulouse, sept. 2010, n°1, p. 83.

ROUSSELLE GALLE Ph. et **BONNEAU M.-F.**, « Adaptation du traitement des difficultés des entreprises par la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle », *Rev. proc. coll.* juin 2016, étude 21.

ROUSSEL GALLE Ph. et **LE MARCHANT P.**, « La prévention - du mandant *ad hoc* et de la conciliation aux sauvegardes accélérées et « prépack » cession », *cah. dr. entr.*, janv. 2015, n°15, doss. n°2.

ROUTIER R., N. LAURENT, « Analyse de l'opération Autodistribution : premier prepack à la française, *cah. dr. entr.*, sept.-oct. 2009, p. 20.

ROUTIER R.,

- « De l'irresponsabilité du prêteur dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises », *D.* 2005, *cah. dr. ; aff.*, doctrine, p. 2916.
- « Le cantonnement de la responsabilité pour soutien abusif », *Gaz. proc. coll.* n° sp. sept. 2005, n°13, p. 35.

SAPIN B., « Conciliation et cessation des paiements » in Collectif, *Entreprise en difficulté : nouvel essai. Moins de liquidations par plus de prévention. Mythe ou réalité ?* 29^{ème} Colloque de Dauville, 3 et 4 avr. 2004, *Rev. juris. com.* 2004, p. 60.

- SAINT-ALARY-HOUIN B.** et **SAINT-ALARY-HOUIN C.**, « Le dirigeant-caution » *D. et prat.* 1996, p. 42.
- SOINNE B.**
- « Problématique du plan de cession d'entreprise », *Rev. proc. coll.* 1989, n°4, p. 146.
 - « La problématique de la nouvelle cession d'entreprise », *RPC*, 2006, n°27, p. 328.
 - « Le bateau ivre », *LPA*, 14-17 mai 1997, p. 4 et 12.
- SCHMITT C.**, « La conciliation. Aspects pratiques », *Rev. proc. coll.* 2006, n°2, p. 180.
- SAINT-ALARY-HOUIN C.**,
- « La procédure de sauvegarde financière accélérée », *Rev. proc. coll.* juill. 2011, colloque n°2, p. 31.
 - « La généralisation de la SFA ? », *Rev. proc. coll.* janv- févr. 2014, p. 105.
 - « La procédure de conciliation », *Rev. proc. coll.* 2006, p. 169
 - « Mesures et actes conservatoires », *J-CL. com.*, fasc. 2310.
 - « Entreprise en difficulté et environnement durable », *journal. Sociétés*, juill. 2012, p. 22.
 - « De la procédure de sauvegarde financière accélérée à la procédure de sauvegarde accélérée : de la SFA à la PSA ! », *Rev. proc. coll.* 2014/2, dossier 17, p. 44.
 - « La répartition des pouvoirs au cours de la période d'observation », *Rev. proc. coll.*, 1990/1, n°19, p. 3.
 - « Il est temps de repenser la situation du conjoint dans les procédures ! », *Éclairage*, mars-avr. 2016, n°113 et 114, p. 87.
 - « Ne tirez plus sur le conjoint ! Pour une abrogation de l'article L. 624-8 du code de commerce... voire plus », *BJE* oct. 2012, p. 269.
 - « Droit de la défaillance économique », *Dr. et patr., chron.* 2012.
- SAINT-ALARY-HOUIN C.** et **MACORIG-VENIER F.**, « Redressement et liquidation judiciaires - Situation des créanciers - interdictions des inscriptions », *J.-Cl. com.*, fasc.2365, 2014, n°141.
- SAINT-ALARY-HOUIN C.** et **BRESSAND**, « Cautions, garants et coobligés » *Rev. proc. coll.* 2008, dossier 9, n°07.
- SAVATIER R.**, « Les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles. Rapport de thèse présenté aux journées 1964 de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française », *RIDC*, oct.-nov. 1964, vol. 16, n°4, p. 715 - 724, spéc. p. 717.
- SORTAIS J. P.**, « La compensation des obligations connexes et les procédures collectives : maintien, abandon ou aménagements des solutions antérieures à 1985 », *D.* 1991, p. 60.
- Stoufflet J.** et **Mathey N.**
- « La loi sur la sauvegarde des entreprises, commentaires des dispositions applicables aux concours financiers », *RD com. et banc.* 2006, sp. n°9, p. 55.
 - « La loi de sauvegarde des entreprises. Commentaires des dispositions applicables aux concours financiers », *RD banc. et fin.* févr. 2006, p. 54.
 - « La loi sur la sauvegarde des entreprises, commentaires des dispositions applicables aux concours financiers », *RD com. et banc.* 2006, spéc. n°24.
- SENECHAL J.P.**, « La réforme de la liquidation judiciaire », *LPA*, 10 juin 2004, p. 43.
- SCHOLASTIQUE E.** et **BREMOND G.**, « Réflexion sur la composition des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaires », *JCP E* 2006, 1405, n°56, p. 472.
- SIMON-MICHEL E.**, « L'altération des droits des créanciers », *in IMODEV*, vol.1, 2017, extrait lu le 26 nov. 2017.
- SALVAT O.**, « La situation des garants », *Rev. proc. coll.* 2006/2, p.147-149.
- TERRÉ-FORNACCIARI D.**, « L'autonomie de la volonté », *Rev. sc. Morales et politiques*, 1995, p. 264.
- THULLIER B.**
- « La conciliation après l'ordonnance du 12 mars 2014, jamais pareille mais toujours plus proche des procédures collectives » *BJE*, 2014/3, p. 174.
 - « Cession judiciaire des contrats et loi de sauvegarde des entreprises : moins de pouvoirs pour le juge », *D.* 2006. 130.
 - « La conciliation après l'ordonnance du 12 mars 2014 : jamais pareille mais toujours plus proche des procédures collectives » *BJE*, mai 2014, p. 17 et s., sp. p. 175.
- TERRÉ F.**, « Droit de la faillite ou faillite du droit », *Rev. jurisp. com.* 35^e année, n°1, p. 90.
- TEFFO F.**, « Assouplissement du régime du report de la date de cessation des paiements », *petites affiches*, n°77, p. 13.

TEBOUL G.

- « Les évolutions récentes provoquées par la crise sur les entreprises en difficulté », *LPA*, 3-4 sept. 2009, p. 4 à 6.
- « À propos de la cessation des paiements », *RJ com.* 1998, p. 169.
- « Un nouveau coup de balancier : le projet de sauvegarde financière expresse », *Gaz. pal.* 15-17 sept. 2010. p. 8, spéc. p. 10.
- « La nouvelle loi en matière de mesures conservatoires dans les procédures collectives » : une loi de circonstance ou une sanction préventive ? », *LPA*, 2 mars 2012, p. 5.

TOGNACCIOLI J. F., « *La réforme du droit des entreprises en difficulté* », *Tognaccioli avocat*, 2 juill. 2014, p. 1.

THERON J.

- « La procédure de sauvegarde accélérée », *DP*, juill. 2014, n°238.
- « Liquidation judiciaire et vente de fonds de commerce », *Rev. proc. coll.* 2008/2, n°17, 18, p. 132.
- « Liquidation et vente de fonds de commerce et plan de cession », *Rev. proc. coll.* 2008/2, dossier 13.

URBAIN-PARLEANI I., « L'octroi abusif de crédit », *RD banc. Et bourse* 2002, p. 365.

- « Les évolutions récentes provoquées par la crise sur les entreprises en difficulté », *LPA*, 3-4 sept. 2009, p. 4 à 6.
- « À propos de la cessation des paiements », *RJ com.* 1998, p. 169.
- « Un nouveau coup de balancier : le projet de sauvegarde financière expresse », *Gaz. pal.* 15-17 sept. 2010. p. 8, spéc. p. 10.
- « La nouvelle loi en matière de mesures conservatoires dans les procédures collectives » : une loi de circonstance ou une sanction préventive ? », *LPA*, 2 mars 2012, p. 5.

VIDAL D., « Cessation des paiements et réserve de crédit », *Rev. huissiers*, 1991, p. 705.

VINCENT C.

- « Entreprise en difficulté et mandat ad hoc », *Eurojuris*, 03 déc. 2010, article consulté le 04 mars 2018.
- « Portée de la garantie de l'auteur d'une offre de reprise assortie d'une faculté de substitution », *D.* 2004. 686.
- « L'adoption d'un plan de cession sans poursuite d'activité » *BJE*, 1^{er} sept, 2014, n°5, p. 331.
- « La substitution dans le plan de cession d'une entreprise en difficulté », *LPA*, 25 nov.1998, p. 12.
- **Ch. DELATTRE**,
- « La prévention doit s'exercer dans le respect du cadre légal », *Rev. proc. coll.* 2010, n°4, p. 18.
- « Le secret des affaires - La confidentialité des procédures », *Droit des sociétés*, 2012, étude 2.
- **VOINOT D.**, « La nouvelle procédure de sauvegarde », *Gaz. pal.* 7-8 sept. 2005, n°sp. 40, p. 34.

VALLANSAN J.

- « Que reste-t-il de la cessation des paiements », *Rev. proc. coll.* mai/juin 2012, dossier n°12, art. 13.
- « Continuation des contrats en cours », *J-Cl. com. fasc.* 2335, 2007, n°15.
- « Déclaration et admission des créances », *J.-Cl. com. Fasc.* 2352, 2007, n°69.
- « Situation des créanciers - Arrêt des poursuites individuelles », *J.-Cl. Com. fasc.* 2355, 2016, n°3.

Vallens J. L.

- « Le guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité : vers l'harmonisation du droit de la faillite ? *D.* 2004, p. 2420 ; *RLDA*, sept. 2005, n°11, p. 13.
- « La procédure de sauvegarde financière accélérée est-elle une procédure collective ? » *RTD com.* 2011, p. 644.
- « Le droit européen de la faillite. La convention relative aux procédures d'insolvabilité », *ALD* 1995, 217-233.
- « Réviser le règlement communautaire n°1346/2000 sur les procédures d'insolvabilité », *Rev. proc. coll.* 2010, étude 13.

WILDERSPIN L., « La genèse du règlement 1346/2000 du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, in « L'entreprise en difficulté dans l'Union européenne », *LPA*, 20 nov. 2001, n° spéc., p. 13 et s.

DEBELECQUE Ph.

- « Bilan économique et social », *J.-Cl. com. fasc.* 2300.

- « Sûretés réelles et procédures collectives », *Dr. et patr.* 2002, n°106, p. 49-53 ; com. 22 avr. 1986, *D.* 1986, IR 360.

ZINTY S., « Retour sur la notion d'actif disponible », *Rev. proc. coll.*, 1^{er} juill. 2012, n°4, étude 27.

ZABALA B., « Prévention des difficultés des entreprises et obligation d'information du public », *JCP E*, 8 mai 2008, n°19,1598, p.39 s., sp. p. 40, n°12.

Droit OHADA

ANOUKAHA F., « L'OHADA en marche », *Annales de la fac. dr. Dschang*, 2002, p. 7, réf. *Ohadata*-D.04-36.

AKOUETE AKUE M., « Plaidoyer pour un espace OHADA plus attractif pour les investisseurs étrangers », *Rev. Lamy, Droit civ.* n°67, p. 85.

AKONO R. et ADAM, « Les clairs-obscur du régime de faveur des créances postérieures en droit OHADA des procédures collectives : réflexion à la lumière du droit français des entreprises en difficulté », *Penant*, 2015, p. 74.

AKUE M. A., « Plaidoyer pour un espace OHADA plus attractif pour les investisseurs étrangers », *Rev. Lamy, dr. civ. janv.* 2010, n°67, p. 85.

BIASSALY L. C. M., « La procédure de conciliation dans la prévention des difficultés des entreprises en droit OHADA : distincte ou copie du droit français ? », *Village de la justice*, 20 mars 2017, p. 2, article consulté le 18 décembre 2017.

BENKEMOU L., « Sécurité juridique et investissement internationaux », *Penant*, n°857, p. 194.

COUSIN B. et CARTRON A.-M., « La fiabilisation des systèmes judiciaires nationaux : un effet secondaire méconnu de l'OHADA », réf. *Ohadata* - D-07-30.

COUSIN B., « OHADA : un correctif au fonctionnement de la justice ? », *Penant*, 2008, n°865, p. 510, sp. 511 et s.

DIARRAH B. S., « Les innovations introduites dans l'Acte uniforme portant organisation des sûretés », *Rev. dr. uniforme africain*, 2011, n°005, p. 3.

De GAUDISSION V. J. D., « La justice en Afrique : nouveaux défis, nouveaux acteurs », *Afr. Contemporaine*, 2014/2, n°250, p. 13 et s.

DIALLO B.

- « La cessation des paiements en OHADA », *Juris info*, n° sp., déc. 2010, p. 12, réf. *Ohadata* D.10-64.
- « Des procédures adaptées aux « petites » entreprises : les procédures simplifiées », *dr. et patr.* 2015, n°253, P. 45.
- « La cessation des paiements du débiteur en OHADA », note sous Ouagadougou, ch. civ. et com., 16/04/2004, n°54, *juris info*, déc. 2010, p. 12.

ETOUNDI F. O.

- « Les expériences d'harmonisation des lois en Afrique », *Rev. Ersuma*, juin 2012, n°1.
- « La protection des salariés dans l'entreprise en difficulté », *Doctrine OHADA*, Act. juri. n°50, p. 247.
- « L'état de la jurisprudence de la CCJA de l'OHADA », *Penant*, 2008, n°865, p. 406.

EBANGA P. K., « La nature juridique du concordat de redressement judiciaire dans le droit des affaires OHADA », *jurisdis*, n°50, p. 109 ; *Ohadata* D-08-23.

ELONGO Y. K., « L'introduction de la conciliation en droit OHADA des procédures collectives », *actualités du droit*, 2 juin 2017, p. 1.

FÉNÉON A., « Le règlement préventif : Analyse critique », *Penant*, 2010, n°870, p. 21.

GRIMALDI C., « Projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l'espace OHADA », *Village de la justice*

HENRY L.-C. et VALLENS J.-L., « Le droit international privé de l'acte uniforme OHADA », *Dr. et patr.* 2015, n°253, p. 49 et s.

KANTÉ A., « Réflexions sur le principe de l'égalité entre les créanciers dans le droit des procédures collectives d'apurement du passif (O.H.A.D.A) », *EDJA*, janv. févr. mars, 2002, n°52, p. 50 ; *Rev. seneg., du dr. des aff.*, janv. juin 2003, p. 67.

KAMENI C. G., « note sous CCJA, 16 nov. 2006, n°23/2006 », *Penant*, oct. déc. 2008, n°877, p. 543.

KOUROUMA M. F.

- « Étude de droit comparé : Afrique (droit OHADA) et France sur la finalité de la cession judiciaire de l'entreprise en difficulté », *Village de la justice*, 2 janv. 2018.
- « La cession judiciaire de l'entreprise en difficulté en Afrique (droit OHADA) et en France : étude comparée de l'offre de reprise au regard des réformes intervenues », *Village de la justice*, 27 déc. 2017, articles consultés le 15 févr. 2018.

MEUK B. Y., « Quelques précisions sur la notion de cessation des paiements dans l'OHADA », réf. *Ohadata-D-8-13*.

22 mars 2016.

MODI KOKO BEBEY H-D., « La réforme du droit de l'OHADA au regard de la mondialisation de l'économie », *Chron. IDEF*, 16 mai 2002, article consulté le 16 avr. 2018.

MBOSSO J., « La jurisprudence et la diffusion du droit, facteurs de réussite de l'OHADA aux services des justices nationales », *Rev. com. de l'arbitrage*, déc. 2005, n°31, p. 3, réf. *Ohadata-08-60*.

MBARGA A., « Pour la généralisation des tribunaux de commerce dans la zone OHADA et l'adoption d'un Acte uniforme portant organisation des juridictions et de la procédure commerciale », *Penant*, 2013, n°852, p. 39.

NGONO C., « Réflexion sur l'espace judiciaire OHADA », réf. *Ohadata -D.15-14*, p. 3.

ROUSSEL GALLE Ph.

- « Les débiteurs dans l'AUPC révisé : la modernisation du droit de l'insolvabilité dans la continuité », *dr. et patr.* 2015, n°253, p. 57.
- « L'OHADA : Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des affaires », *Rev. proc. coll.* 2013, n°6, p. 54.

SILIENOU I., ASSONTSA R., « L'introduction du privilège de « *new money* » en droit OHADA des procédures collectives », *Penant*, 2017, n°900, p. 279 et s.

TOE S., « La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit à une entreprise en difficulté en droit OHADA à la lumière du droit français », *Rev. Ersuma*, juin 2012, n°1, p. 3.

Autres droits

Droit marocain

EI HOURRI A., « Difficultés des entreprises : ce que prévoit le projet de réforme », *Media24*, 9 nov. 2017, article lu le 28 févr. 2018.

Droit belge

De CHATELET P. P., SHOONJANS E., « Société en difficulté : introduction et champ d'application », *droitbelge - Fiches pratiques*, mars 2016, article lu le 16 févr. 2018.

VERSIE B., « La loi sur la continuité des entreprises, principes généraux », *infos-entreprises*, 30 sept. 2015, article consulté le 28 févr. 2018.

VILLERMAIN D., « Les mandataires de justice dans la loi sur la continuité des entreprises », in M. GREGOIRE et B. INGHELS, « La loi relative à la continuité des entreprises », *les doss., du J.T. Bruxelles*, Larcier, n°88, p. 123 et s.

WINDE J., « La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises », *J.T.*, 2009, p. 237 à 249.

WINDEY J., « La loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises », *J.T.* 2009/14, p. 37 et s.

ZENNER A. « La loi relative à la continuité des entreprises - Genèse et philosophie de la loi », coll., de la Conférence du jeune barreau de Bruxelles, *Bruxelles, Larcier*, 2009, p. 95 et s.

ZENNER A., LE BEAU J.-Ph. et ALTER C., « La loi relative à la continuité des entreprises à l'épreuve de sa première pratique », *les doss., du journal des trib. Larcier 2010*, n°76, p. 103-104.

Droit anglo-saxon

ROBERTSON A., « Restructuring through a scheme of arrangement {La restructuration à travers le *scheme of arrangement* } », *Lavan*, 20 juill. 2016, article consulté le 26 avr. 2018.

Droit américain

Mayerson S. E., « current developments in prepackaged bankruptcy plan {Les développements actuels dans les plans de restructuration pré-arrangés} », *commercial law and practice course handbook series PLI*, order n° A0-00-E6,11, apr. 2002.

VI. RAPPORTS, AVIS ET DISCOURS

Droit français

Rapport de la mission de lutte contre l'inflation normative, ministère de la réforme de l'État, de la décentralisation et de la fonction publique, ministère délégué chargé de la décentralisation, 26 mars 2013.

Rapport du groupe « Défaillances d'entreprises » - Haut comité juridique de la place financière de Paris, « Les orientations en vue d'un rapprochement des droits nationaux de l'insolvabilité des entreprises dans l'Union Européenne », 1^{er} juill. 2016, p. 14.

Rapport, X. **DE ROUX**, n°3651, AN, relatif à la mise en application de loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, enregistré à la présidence de l'assemblée nationale française le 31 janvier 2007, p. 55.

M. **GUILLONEAU** et Alii, « La prévention des difficultés des entreprises par le mandat ad hoc et la conciliation devant les juridictions commerciales de 2006 à 2011 », Rapport de recherche, Ministère de la justice, 2013, p. 14.

Rapport, Commission des lois, n°2095, AN, amendement n°137, févr. 2005, p. 327.

Rapport, X. **DE ROUX**, n°2095, projet de loi n°1596 de sauvegarde des entreprises, p. 142.

Rapport, X. **DE ROUX** commission des lois, AN, n° 2095, p. 322.

Rapport, J.-J. **HYEST**, n° 335, p. 115.

Rapport. **CLEMENT**, n°2094, AN, 11 févr. 2005.

Rapport, X. **DE ROUX**, n°3651, AN, 32 janv. 2007.

Rapport d'expertise, Sénat, annexe II, Paris, 08 oct.1998 : la législation applicable en matière de traitement et de prévention des difficultés des entreprises.

Rapport du comité d'étude pour la réforme du droit des entreprises en difficulté dit Rapport **Sudreau**, 1975.

Rapport, n°3726, AN, art. 50.

Rapport, J.-J. **HYEST**, n°335, p. 205.

Rapport, cass. com. 2002, p. 30.

Rapport *doing business* 2010, p. 75.

Rapport annuel n°3651, sur la mise en application de la loi n°2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, p. 55.

Rapport au Président de la Rép., sur l'ord. n°2008-1345 du 18 déc. 2008, *JORF* du 19 déc. 2008, Titre I, chap. II-5, art. 25.

Rapport, J.-J. **HYEST**, n°335, p. 446.

Rapport d'activité du CIRI 2006, p. 23.

Avis n°337 de Ch. **GAUDIN**, Doc, Sénat, au nom de la commission des affaires économiques, p. 68.

R. **BADINTER**, Discours, *JOAN CR*, 16 oct. 1984, p. 4691.

Interv. X. **DE ROUX** sur amend. n°397, *JOAN CR*, 2^e séance du 2 mars 2005, p. 1594.

Question n°16745 de M. **Franchois Zocchetto** (Mayence – UC), *JO Sénat*, 13/01/2011, p. 48.

Interv. **VIDALIES**, 2^e séance du 3 mars 2005, *JOAN CR*, p. 1635.

Commission de réflexion sur la réforme du droit des entreprises en difficulté, contribution de la CCIP, févr. 2008, p. 13.

Guide de la CNUDCI sur la coopération, communication et sur la coordination des procédures d'insolvabilité internationale, projet 2009, p. 260.

Étude Deloitte Altares, « L'entreprise en difficulté en France en 2016 », 2017.

Droit OHADA

Rapport, Audite préalable sur l'application de l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif, nov. 2013, p. 25.

Rapport, *Doing business* 2016 sur le droit OHADA, RDAA, janv. 2016, note A. ROCHER.

Rapport, *Doing Business* dans les États membres de l'OHADA 2012, p. 74.

VII. JURISPRUDENCE

Droit français

Arrêts de la Cour de cassation, chambre commerciale

Com. 5 déc. 1949 *J.C.P.* 1950 I. 5829, note J. LARGUIER.

Com. 19 janv. 1956, n°27.

Com., 9 février 1960, *RTD com.*, 1960, p. 884, obs. R. HOUIN ; *rev. synd. et adm. jud.* 1960, p. 101 ; *Bull. civ. IV*, 1960, n°57.

Com. 14 févr. 1978, n°76-13.718, *Bull. civ. IV*, 1978, n° 67 ; *RTD com.* 1980, p. 599.

Com. 14 févr. 1978, *Bull., civ. IV*, 1978, n° 67 ; *RTD com.* 1980, p. 599.

Com. 23 juin 1981, *D.* 1982, IR p.2, obs. F. DERRIDA.

Com.12 févr. 1985, *D.* 1985, IR p. 223. obs. HONORAT.

Com. 19 avr. 1985, n°120.

Com. 14 mai 1985, *Bull. Joly Sociétés*, 1985.782.

Com. 8 déc. 1987, n°87-11. 501, *Bull. civ. IV*, n° 266 ; *D.* 1988. 52, note Derrida ; *JCP* 1998. II. 20927, note M. JEANTIN ; *Banque* 1988. 96, obs. J.-L. RIVES-LANGES.

Com. 13 juill.1989, *Bull. civ. IV*, 1989, n°187.

Com. 14 mars 1989, n°87-17.051, NP.

Com. 7 nov.1989, n°88-13.155, *Bull. civ. IV*, 1989, n° 273, p. 184.

Com. 7 févr. 1989, *JCP E* 1989, II, n°13, 15591, obs. M. CABRILLAC.

Com. 7 févr. 1989, n°87-14.003, *Bull. civ. IV*, n°50.

Com. 22 mai 1990, *Bull. civ. IV*, n°154.

Com. 26 juin 1990, *BRDA* 31.8. 90, n°15, p. 14.

Com. 2 mai 1990, n° 88-16.244, NP.

Com. 26 juin 1990, *BRDA* 31.8. 90, n°15, p. 14.

Com. 26 juin 1990, *BRDA* 31.8. 90, n°15, p.14, *JCP E* 1991, 335, obs. M. CABRILLAC et Ph. PÉTEL ; *Rev. proc. coll.* 1991, p. 320, note B. SOINNE.

Com. 3 janv. 1991, n°88-17.893, NP.

Com. 9 févr. 1991, *D.* 1992, somm. p. 256, obs. F. DERRIDA ; *JCP E* 1991, II, 232, obs. P.-M. LE CORRE.

Com. 8 oct. 1991, *RJDA*12/91, n°1072.

Com. 19 mars 1991, *Rev. proc. coll.* 1991/2, p. 211, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

Com. 9 avr. 1991, n°89.18.817, *Bull. civ. IV*, n°127, p. 91.

Com. 20 octobre 1992, n°90-28.964, « Action en responsabilité pour insuffisance d'actif : modalités de détermination de la date de cessation des paiements », en ligne www.kpratique.fr.

Com. 6 oct. 1992, n°90-18.992, *Bull. civ. IV*, 1992, n°290, p. 204.

Com. 4 févr. 1992 *RJDA* 1992/3, n° 283.

Com. 21 janv. 1992, *RJDA* 4/92, n°392 ; *Bull. civ. IV*, n°23.

Com. 16 nov. 1993, n°91-151.43, *Bull. civ. IV*, n°185, p. 297.

Com. 30 mars 1993, *JCP* 1993, I, 3704, n°5, obs. R. CABRILLAC et Ph. PÉTEL.

Com. 8 juin 1993, *BRDA* 12/93, n°1080 ; *JCP E* 1993, 3721, p. 150.

Com. 5 oct. 1993 *RJDA* 2/94, n°206.

Com. 16 févr. 1993, n°90-19.979, *Bull. civ. IV*, n°97.

Com. 11 mai 1993, n°91-12.232, *Bull. civ. IV*, n°180.

Com. 22 févr. 1993, *Bull. civ. IV*, n°41.

Com. 27 avr. 1993, n°91-16.470, *Bull. civ. IV*, 1993, n°154, p. 107.

Com. 2 nov. 1994, n°92-15.920, NP, *RJDA* 1995, n°311.

Com. 22 févr. 1994, n° 92-11.634, *Bull. civ. IV*, n°75, 1994, p. 58.

Com. 26 mai 1994, n°96-22.635, *Bull. civ. IV*, n°110 ; *LPA*, 5 août 1999, n° 155, p. 5, note P. M. LE CORRE.

Com. 17 mai 1994, *JCP G* 1994, 3799, n°5.

Com. 18 oct. 1994, n°92-20.086, *Bull. civ. IV*, n°291, p. 232.

Com. 24 mai 1994, n°92-14.817 NP.

Com. 3 janv. 1995, *RJDA* 5/95, n°649 ;

Com. 4 avr. 1995, *Bull. civ. IV*, n°95, p. 101.

Com. 24 oct. 1995, *Bull. civ. IV*, n°255 ; *D.* 1996, p.155, note F. DERRIDA ; *JCP G* 1996, II, 22578, note E. PUTMAN ; *RTD com.* 1996, p. 526.

Com. 19 déc. 1995, *Bull. civ. IV*, n°333 ; *D.* 1997, somm. p. 3, obs. F. DERRIDA.

Com. 19 déc. 1995, *Bull. civ. IV*, n°333 ; *D.* 1997, somm. p. 3, obs. F. DERRIDA ; *D. des affaires.* 1996, p.18.

Com. 11 juin 1996, n°94-14844, *Bull. civ. IV*, n°168.

Com. 11 juin 1996, n°94-18.844 : « Action en responsabilité pour insuffisance d'actif : modalités de détermination de la date de cessation des paiements », en ligne www.kpratique.fr.

Com. 11 juin 1996, n°94-15.295, *Bull. civ. IV*, n°170.

Com. 11 juin 1996, n°94-15.295, *Bull. civ. IV*, n°170 ; *D.* 1997, obs. F. DERRIDA.

Com. 27 févr. 1996, n°94-11241, *Bull. civ. IV*, n°65.

Com. 11 juin 1996, n°93-19. 804, NP, *Rev. proc. coll.* 1997, n°02, p. 180, obs. MESTRE et LAUDE.

Com. 3 juin 1997, *Petites affiches*, 28 nov. 1997, n°143, p. 29.

Com. 6 mai 1997, n°95-10.933, *Bull. civ. IV*, n°125.

Com. 1^{er} juill. 1997, n°94-14.440, NP, *Rev. proc. coll.* 1998, n°1, p. 277, obs. MESTRE et LAUDE.

Com. 12 nov. 1997, n°94-15.829, *Bull. civ. IV*, n°292, *Rev. proc. coll.* 2000, p. 46, n°7, obs. J. M. DELENEUVILLE.

Com. 17 juin 1997, *Bull. civ. IV*, n°193.

Com. 8 juill. 1997, n°95-13.371, NP, *Rev. proc. coll.* 1998, obs. MESTRE et LAUDE.

Com. 20 mai 1997, *RJDA* 11/97, n°1357.

Com. 5 févr. 1997, *Rev. proc. coll.* 1998, n°62, p. 397, obs. SOINNE.

Com. 17 juin 1997, *Bull. civ. IV*, n°193.

Com. 20 janv. 1998, n°95-18.804, NP ; *Rev. proc. coll.* 1998 ; 281, n°15, obs. J. MESTRE ET A. LAUDE.

Com. 27 oct. 1998, n°96-21.793, *Act. proc. coll.* 1998/12, n°157.

Com. 30 juin 1998, n°96-19.337 NP.

Com. 3 mars 1998, *RJDA* 7/98, p. 646.

Com., 16 juin 1998, n°96-15 525 96-16 345, *Bull. civ. IV*, n°193.

Com. 27 oct. 1998, n°96-14.559, NP, *Act. proc. coll.* 1998/13, n°173.

Com. 7 avril. 1998, n°96-15.069, *Bull. civ. IV*, n° 128 ; *Act. proc. coll.* 1998/1, n°13 ; *Rev. proc. coll.* 2001, 81, n°25.

Com. 6 janv. 1998, n°95-20. 588 ; *Bull. civ. IV*, n° 8, p. 5 ; *JCP E* 1998, p. 654.

Com. 19 oct. 1999, n°96-16.377, *Bull. civ. IV*, n°167 ; *RTD com.* 2000. 155, note M. CABRILLAC.

Com. 22 juin 1999, n°97-11.722, *Bull. civ. IV*, n°134 ; *Act. proc. coll.* 1999, n°173.

Com. 26 oct. 1999, n°97-13.238, *Bull. civ. IV*, n°187, p. 159.

Com. 22 juin 1999, n°97-11.722, *Bull. civ. IV*, n°134 ; *Act. proc. coll.* 1999, n°173.

Com. 1^{re} févr. 2000, n°97-15.263, *Rev. proc. coll.* 2000, n°2, p. 182, obs. F. MACORIG VENNIER.

Com. 17 oct. 2000, n°98-13.106, *legavox*, 19 juin 2014, comm. Y. DRAY.

Com. 15 févr. 2000, n° 97-19.793, *Bull. civ. IV*, n°29, p. 23.

Com. 17 oct. 2000, n°98-13.106 NP.

Com. 1^{er} févr. 2000, *LPA* 2000, n° 159, obs. Ch. H. GALLET.

Com. 6 févr. 2001, n°98-11.112, *Bull. civ. IV*, n°31, p. 29.

Com. 9 janv. 2001, n°97-22.212, *Bull. civ. IV*, n°8 ; *JCP E et A* 2001, pan. 349 ; *LPA* 13 juin 2001, p. 11, note B. LAGARDE.

Com. 21 juin 2001, *JCP E* 2002, 121, n°5, p. 127, obs. Ph. PÉTEL.

Com. 27 nov. 2001, *D.* 2002, n°04, *AJ*, p.401, obs. A. LIENHARD.

Com. 23 oct. 2001, n°98-16.286, NP, *act. proc. coll.* 2001/20, n°268 ;

Com. 9 mai 2001, n°98-17.774 NP.

Com. 20 mars 2001, *BRDA* 7/01, n°10, p. 7.

Com. 20 mars 2001, *JCP E* 2001, p. 58.

Com. 5 févr. 2002, n°98-18.018, *Bull. civ. IV*, n°27.

Com. 13 nov. 2002, n°99-15.819 NP.

Com. 15 oct. 2002, n°00-10.898, *Rev. proc. coll.* 2003, n°1, p. 20, obs. Ph. ROUSSEL GALLE ; *RTD com.*, 2003, n°1, p. 166, obs. A. MARTIN-SERF.

Com. 20 févr. 2002, n°99-13.802, *RJDA* 2002, n°516.

Com. 19 mars 2002, *Act. proc. coll.* 2002/10, n°120.

Com. 19 mars. 2002, n°99-15.912. NP.

Com. 10 déc. 2002, n°99-20.478., NP, *Act. proc. coll.* 2003/4, n°39.

Com. 14 mai 2002 ; *JCP E* 2003, n°108, note F. VINCKEL.

Com. 13 nov. 2002, n°99-10.631, *Bull. civ. IV*, n° 165 ; *Act. proc. coll.* 2002/20, n°268.

Com. 14 mai 2002, *JCP E* 2002, p. 131, note F. VINCKEL ; *Bull. civ. IV*, n° 87 ; Paris, 9 avr. 1999, n° 957, p. 761.

Com. 10 déc. 2003, *BRDA* 1/2004, n°12 ; *JCP G* 2004, II, 10057, note A. BUGGA ; *JCP E* 2004, n°7, 552, note D. LEGEAIS.

Com. 8 juill. 2003, n°02-11.485. NP.

Com. 25 mars 2003, *Bull. civ. IV*, n°150.

Com. 11 juin 2003, *Bull. civ. I*, n°95.

Com. 17 déc. 2003, *Bull. civ. IV*, n°206.

Com. 4 févr. 2003, n°00-13356 NP.

Com. 29 avr. 2003, n°99-15.544, *Bull. civ. IV*, n°65 ; *Act. proc. coll.* 2003/10, n°126.

Com. 18 février 2003, *Bull. civ. IV*, n°24.

Com. 24 juin 2003, *Bull. civ. IV*, n°107.

Com. 3 mai 2003, *LPA*, 8 déc. 2003, p. 112, obs. MOTTET.

Com. 16 juin 2004, n°01-13.781, NP, *Rev. proc. coll.* 2004, p.224, n°4, obs. Ph. ROUSSEL GALLE ; *Rev. proc. coll.*

Com. 24 mars 2004, n°01-10.927, *Bull. civ. IV*, n°60.

Com. 19 mai 2004, n°01-13542, *Bull. civ. IV*, n°100, p. 103.

Com. 5 mai 2004, n°01.17-201, *Rev. proc. coll.* 2004, n°5, p. 225, obs. Ph. ROUSSEL GALLE ; *RTD civ.* 2004, p. 760, obs. P. CROCQ.

Com. 31 mars 2004, n°02-16.437, *Bull. civ. IV*, n°64 ; *Rev. proc. coll.* 2005/2, n°03, p. 165, obs. A. MARTIN-SERF.

Com. 29 juin 2004, *Banque et droit*, déc. 2004, p. 56, obs. Th. BONNEAU.

Com. 6 avr. 2004, *Bull. civ. I*, n°110.

Com. 29 juin 2004, *Bull. civ. I*, n°185.

Com. 5 mai 2004 ; Act. proc. coll. 2004-11, n° 132, obs. J. VALLANSAN.

Com. 12 oct. 2004, n°03-11.615, *RTD com.* 2005, p. 417, note P. Y. GAUTIER ; *JCP* 2005, I, n°16, Ch. CABRILLAC et Ph. PÉTEL, p.107 ; *Act. proc.* 2004, n°18, com. 218, note, C. RENAUT-MOUTIER.

Com. 28 sept. 2004, n°02-11.763, NP.

Com. 5 mai 2004, *D.* 2004, jur., p. 1594, obs. A. LIENHARD ; *RTD com.* 2004 p. 590, obs. F. MACORIG-VENNIER.

Com. 12 mai 2004, n° 00-15618. *Bull. IV*, n°94.

Com. 4 oct. 2005, n°04-10432, 04-10445, *Bull. civ. IV*, n°196 ; n°1174 F-P+B.

Com. 22 mars 2005, *Bull. civ. IV*, n°67 ; *BRDA* 10/2005, n°31, *D.* 2005, *act. jur.*, p. 1020, note obs. A. LIENHARD ; *RTD com.* 2005, p. 578, obs. D. LEGEAIS.

Com. 24 mai 2005, n° K 03-17.984, n° M 04-11.480, n° B. 04-11.586, *D.* n°774 NP.

Com. 4 oct. 2005, n°1266 D.

Com. 15 mars 2005, n°03-193.59, *Bull. civ. IV*, n°171.

Cass. Ch. mixte, 2 déc. 2005, n°03-18.210, *Bull. ch. mixte*, n°07.

Com. 15 févr. 2005, *Bull. civ. IV*, n°28 ; *D.* 2005, AJ. 641, obs. A. LIENHARD.

Com. 10 janv. 2006, n°03-19.519, *JCP E* 2006. 1569, p. 670, obs. M. CABRILLAC.

Cass. ass. plén., 9 oct. 2006, n°06-11. 056, n°06-11. 307, *Bull. ass. Plén.*, n°11 ; *D.* 2006, jurispr. 2933, note D. HOUTCIEFF ; *JCP E* 2006. 2618, p. 1924, note VIANDIER.

Com. Ass. Plén. 9 oct. 2006, *D.* 2006, jurispr. P.2933, note D. HOUTCIEFF, *RTD banc. et fin.* nov. 2006, p. 13, n°188, obs. F.-J. CREDOT et SAMIN.

Com. 19 déc. 2006, n°04-20.591, NP.

Com. 19 déc. 2006, n°04-20.591, NP, n°1060 F-D

Com. 3 oct. 2006, *D.* 2006, p. 2735.

Com. 20 juin 2006, n°04-16.238, *Bull. civ. N°148* ; *Banque et droit* 2006, n°110, p. 24, note Th. BONNEAU.

Com. 23 mai 2006, n°03-15426, *Bull. civ. IV*, 2006, n°130, p. 132.

Com. 14 févr. 2006, *D.* 2006, AJ 916, obs. A. LIENHARD.

Com. 31 janv. 2006, n°04-15.315, *Bull. civ. IV*, n°18, p. 19.

Com. 21 mars 2006, n°05-12. 864, *Bull. civ. IV*, n°72.

Com. 21 nov. 2006, n°05-18.979, NP.

Com. 10 juill. 2007, *Gaz. pro. coll.* 2007/4, p. 38, obs. F. REILLE.

Com. 27 févr. 2007, n°05-20.522, *Bull. civ. IV*, n°68 ; *Rev. proc. coll.* 2007/3, n°04, p. 135, obs. F. MACORIG-VENNIER.

Com. 13 mars 2007, *D.* 2007, *act. juri.* P.1020, obs. A. LIENHARD ; *RLDA* mai 2007, n°943, obs. A. CERATI-GAUTHIER.

Com. 3 juill. 2007, *Gaz. proc. coll.* 2007, n°4, p. 54, note R. ROUTIER.

Com. 22 mai 2007, n°06-11.045, NP, *JCP E* 2007, chron. 2377, n°39, obs. DUMOULIN ; *Rev. proc. coll.* 2007/3, n°4, p. 99, obs. A. MARTIN-SERF.

Com. 27 févr. 2007, n°06-10.170, *D.* 2007, p. 872.

Com. 27 févr. 2007, *Bull. civ. IV*, n°65.

Com. 30 oct. 2007, n°06-12.677, *Bull. civ. IV*, n°227 ; *RD banc. fin.*, 2008, n°35, note CRÉDOT et SAMIN.

Com. 18 sept. 2007, *D.* 2007, p. 6424, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *RTD com.* 2008, p.180, obs. A. MARTIN-SERF.

Com. 19 juin 2007, *AJ* 1878, obs. A. LIENHARD et 2007, p.2363, obs. E. LE CORRE-BROLY ; *RTD com.* 2008, p. 182, obs. A. MARTIN-SERF.

Com. 24 avr. 2007, n° 05-20. 151, NP.

Com. 2 mai 2007, n° 05-21.975, *Rev. droit des sociétés*, août 2007, n°08, obs. H. HOVASSE.

Com. 13 nov. 2007, n°06-14.503, *Bull. civ. IV*, n°238 ; *LPA* 30 oct. 2008, n°218, p.7, obs. J. TRAULE ; com. 12 janv. 2010, n°08-21.370.

Cass. ch. mixte, 16 nov. 2007, n°03-14.409, *Bull. ch. Mixte*, n°11 ; *Act. proc. coll.* 2008, n°20, note FRICER.

Com. 13 févr. 2007, *Bull. civ. IV*, n°03.

Com. 25 nov. 2008, *Act. proc. coll.*, 2 févr. 2009, n°33.

Com. 18 mars 2008, n°06-20.510, *Bull. civ. IV*, 2008, n°64.

Com. 28 nov. 2008, n°07-20972, NP.

Com. 30 sept. 2008, n°07-15.872, NP.

Com. 8 janv. 2008, *Rev. proc. coll.* 2008, n°169 et 170, note A. MARTIN-SERF.

Com. 27 mai 2008, *Rev. proc. coll.* 2008, n°168, obs. A. MARTIN-SERF.

Com. 28 oct. 2008, n°07-20801 Fs-P+B ; *Bull. civ. IV*, n°177.

Com. 12 févr. 2008, n° 06-15.951, NP.

Com. 29 janv. 2008, n° 06-20.010, F-D, *Rev. droit des sociétés*, nov. 2008, n°11, obs. M. L. COQUELET.

Com. 1^{er} avr. 2008, n°07-11.911, *RTD com.* 2008, p.849, note F. MACORIG-VENNIER.

Com. 3 juin 2009, n°08-16.439, NP ; *Rev. proc. coll.* 2009/6, 175, p. 50, note A. MARTIN-SERF.

Com. 30 juin 2009, n°08-11.922 ; B. Rolland, *JCP E* 2009, n°42 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *RTD com.* 2008. 854.

Com. 12 mai 2009, n° 08-13.741, *Gaz. proc. coll.* 2009/3, p. 12 ; *Rev. proc. coll.* 2009/5, p. 40, § 104, note B. SAINTOURENS.

Com. 20 air. 2009, n°08-14.756, *RD com.* 807, p.807, obs. A. MARTIN-SERF.

Com. 30 juin 2009, n°08-15631, *RTD com.* 2009, p. 807, obs. A. MARTIN-SERF.

Com. 15 déc. 2009, n°08-70.173, NP.

Com. 9 juin 2009, n° 08-17.843, *Dalloz act.*, 19 juin 2009, obs. A. LIENHARD.

Com. 9 juin 2009, n°08-17.843, *JCP E* 2009, 1767, n°3, obs. FI. DEBOISSY et G. WICKER.

Com. 6 oct. 2009, FS-P+B, n°07-15.325, obs. A. LIENHARD.

Com. 10 mars 2009, *act. proc. coll.* 2009, abs. PETIT.

Com. 3 nov. 2010, *D.* 2010, actu. 2644, obs. A. LIENHARD.

Com. 16 mars 2010, n°09-93.937, *Gaz. Pal.* éd. spéc. 2 juill. 2010, n°183-184, p.23, note L.-C. HENRY.

Com. 3 nov. 2010, n°09-69533, *LPA*, 26 juill. 2011, obs. S. BENILSI.

Com. 30 mars 2010, n°08-22.140, NP ; *chron. Jurisp. Gaz. pal.* 3 juill. 2010.

Com. 9 févr. 2010, n°09-10.880, *Rev. proc. coll.* 2010/4, § 153, p.46, note B. SAINTOURENS.

Com., QPC, 14 sept. 2010, *Act. proc. coll.* 2010, n°226, obs. P. CAGNOLI ; *LPA* 20 déc. 2010, obs. M.-C.HENRY ; *RTD com.* 2011, 798, obs. A. MARTIN-SERF.

Com. 16 nov. 2010, n°09-68.459, *Rev. proc. coll.* 2011, n°70, p. 68, obs. M. P. DUMONT-LEFRAND.

Com. 16 nov. 2010, n°09-71.935, *Bull. civ. IV*, n°175 ; n°1142 F-P+B.

Com. 14 déc. 2010, n° 09-68.868, NP.

Com. 12 janv. 2010, *JCP E* 2010, 1296, n°03, obs. M. CABRILLAC ; *act. proc. coll.* 2010, n°73, obs. C. REGNAUT-MOUTIER.

Com. 3 mai 2011, n°10-15.170, NP.

Com. 15 juin 2011, n°10-18.726, *Bull. civ. V*, n°99.

Com. 15 févr. 2011, n°10-10.056, *Bull. civ. IV*, n°25.

Com. 28 juin 2011, n°10-27.086, NP, *RDBF* déc. 2011, comm. 192, note CREDOT et SAMYN.

Com. 8 mars 2011, n° 10-13988 /10-13989/10-13990, *Bull. civ. IV*, 2011, n°33.

Com. 27 sept. 2011, n°10-247.93, *RJDA* 1/12, n°69, p. 56 ; *BRDA* 2012, n°08, p. 5.

Com. 10 févr. 2011, n°10-13.590, *Rev. proc. coll.* 2011, n°72, p.70, obs. C. LISANTI.

Com. 29 mai 2011, n°97-11.151, *Bull. civ. IV*, n°106 ; *Act. proc. coll.* 2001/12, n°152.

Com. 27 sept. 2011, n°10-20.308, NP, *Rev. proc. coll.* 2012, comm. 179, note Ch. Delattre.

Com. 15 mars 2011, n°09-13.299, *Rev. droit des sociétés*, juill. 2011, n°7, obs. M. L. COQUELET.

Com. 7 juin 2011, n°08-21.962, NP.

Com. 7 févr. 2012, n°10-28.815, 10-28.816, NP, *Rev. proc. coll.* 2012, comm.177, note Ch. DELATTRE.

Com. janv. 2012, n°10-25.693, *Bull. civ. IV*, 2012, n°15.

Com. 21 févr. 2012, *JCP E* 2012, *sociétés et proc. coll.*,1228, note Th. BONNEAU.

Com. 25 sept. 2012, n°11.23667, *RJDA* 2/13, n°144, p.142, *Rev. proc. coll.* 2011, comm. 23, p. 44. obs. J.-J. FRAIMOUT.

Com. 31 janv. 2012, n°10-28.408, NP, *Gaz. pal.* 1^{er} mars 2013, p. 41, note V. ZALEWSKI.

Com. 16 nov. 2012, n°11-22.993, *RJDA* 2/3, n°143.

Com. 21 févr. 2012, n°11-11.693, *BJE*, n°2, p. 78, note R. DAMANN ET G. PODER ; *JCP E* 2012, p. 1228, note T. BONNEAU ; *Rev. proc. coll.* 2012, n°3, p.43, note J. FRAIMOUT.

Com. 27 mars 2012, n°10-20.077, *Gaz. pal.* 2 juin 2012, 199554, p. 38, note S. REIFEGERSTE ; com. 1^{er} janv. 2014, n°12-26. 156, *BRDA* 5/14 ; com. 3 déc. 2015, n°14-10.274,

Com. 16 oct. 2012, n°11-22.993, *Bull. civ. IV*, n°186.

Com. 16 oct. 2012, n°11-22.993, *Bull. civ. IV*, n°186 ; *Gaz. pal.* 18 janv. 2013, n°186, p.34, note R. ROUTIER.

Com. 11 avr. 2012, n°10-25.570, *D.* 2012, p.1122, obs. A. LIENHARD.

Com. 15 mai 2012, n°11-17.972, *Bull. civ. IV*, n°100 ; *Rev. Sociétés* 2013, 117.

Com. 21 févr. 2012, n°11-11.693, *Rev. proc. coll.* 2012, comm. 82, note J.-J. FRAIMOUT.

Com. 10 janv. 2012, n°11.10-018, *Bull. Joly* 2012, 295, note F. X. LUCAS.

Com. 12 févr. 2012, n°11-18.027, *D.* 2012, 678, obs. A. LIENHARD.

Com. 18 sept. 2012, n°C11-21735, *RJC* mai/ juin 2013, p. 247, obs. J.-P. SORTAIS.

Com. 21 févr. 2012, n°11-18027, *D.* 2012, p. 678, obs. A. LIENHARD.

Com. 10 janv. 2012, n°11-11.482, *Bull. civ. IV*, n°05 ; *Gaz. pal.* 28 avr. 2012, n°118, p. 40, note LE CORRE-BROLY.

Com. 20 mars 2012, n°11-23.822, QPC, NP, *LPA* 15 juin 2012, n°120, p. 10, note Ph. ROUSSEL GALLE.

Com. 23 avr. 2013, n°12-18-453, *Bull. civ. IV*, n°69 ; *D.* 2013, Actu. 1130, obs. A. LIENHARD.

Com. 22 mai 2013, n° 12-18509, *Bull. civ. IV*, n°85 ; *D.*2013, Actu. 1343, note A. LIENHARD ; *Gal. pal.* 12 juil. 2013, n°193, p.12, note F. REILLE ; *JCP E*, 2013, actu. 426, note Ph. ROUSSEL GALLE ; *Rev. proc. coll.* 2013, comm. 108, note P. CAGNOLI ; *Rev. Sociétés* 2013. 519, note L.-C. HENRY, *BJE* sept. 2013, p. 272, note J. P. SORTAIS.

Com. 22 mai 2013, n°11-23.961, *Bull. civ. IV*, n°87.

Com. 28 mai 2013, 12-14.049, *Bull. civ. IV*, n°90, *Rev. proc. coll.* 2014, comm. 27, note REILLE.

Com. 15 oct. 2013, n°12-23.830, *D.* 2013, p.2461 ; *Rev. Sociétés* 2013, p.728, obs. Ph. ROUSSEL GALLE ; *Gaz. pal.* éd. spéc. 12-14 janv. 2014, n°12-14, p. 23, note D. BOUSTANI.

Com. 23 avr. 2013, n°12-14.906, *RJC* 2014, n°1, p.60, note J.-P. SORTAIS ; *RTD com.* 2013, n°3, p.588, note A. MARTIN-SERF ; *BJE* 2013, n°4, p.640, note S. BENILSI ; *Gaz. pal.* éd. spéc. 12-13 juill. 2013, n°193-194, p. 16, note L.-C. HENRY.

Com. 12 mars 2013, n°11-24.365, *Bull. civ. IV*, n°38 ; *Gaz. Pal.* 12 juill. 2013, n°193, p. 15, note HENRY.

Com. 7 sept. 2013, n°12-10.261, NP.

Com. 3 déc. 2013, n°12-28.718, NP ; n°1156 F-D ; *Gaz. pal.* 29 juin 2014, n°180, p.24, note BOUSTANI ; *Rev. proc. coll.* 2015, comm. 119, note C. SAINT-ALARY-HOUIN.

Com. 5 sept. 2013, n° 13- 40.034, *Bull. civ. IV*, n°27.

Com avr. 2013, n°11-25. 963, *Bull. civ. IV*, n°73.

Com. 9 avr. 2013, n°12-15414, *Bull. civ. IV*, n°59.

Com. 22 mai 2013, n°12-18.509, *BJE* 2013, n°5, note J. P. SORTAIS ; *Gaz. Pal. éd., spéc.* 12-13 juill. 2013, n°193-194, p. 12, note F. REILLE ; *RTD com.* 2013, n°4, p.803, note F. MACORIG-VENIER ; *Rev. proc. coll.* 2013, n°5, p. 25, note B. SAINTOURENS.

Com. 22 janv. 2013, n°11-27.420, NP.

Com. 5 févr. 2013, n°11-28194, *Bull. Joly*, mai 2013, n°68, p. 136, obs. R. Bonhomme.

Com. 18 juin 2013, n°12-20. 394, NP.

Com. 3 déc. 2013, n°12-28.718, NP ; n°1156 F-D ; *Gaz. pal.* 29 juin 2014, n°180, p. 24, note BOUSTANI ; *Rev. proc. coll.* 2015, comm. 119, note C. SAINT-ALARY-HOUIN.

Com. 19 févr. 2013, n°11-28256 NP.

Com. 14 mai 2013, n°12-15.119 FS-P+B, *Rev. droit des sociétés*, nov. 2013, n°11, obs. R. MORTIER.

Com. 17 sept. 2013, n°12-17.657, *Act. proc. coll.* 2013/16, comm. 239.

Com. 23 sept. 2014, n°12-29404, *Bull. civ. IV*, n°132.

Com., 4 nov. 2014, n°13-23.070, P+B+R+1, *legavox*, 20 déc. 2015, note N. BENABDELAZIZ.

Com. 14 oct. 2014, n°13-24. 555, *Bull. civ. IV*, n°148, *D.* 2014, *Actu.* 2109, note A. LIENHARD.

Com. 18 mars 2014, n°13-10859, n°13-10865, n°13-10864, n°13-10860, APC, 11 avr. 2014, n°142.

Com. 27 mai 2014, n°13-18.018, *Bull. civ. IV*, n°94 ; n°523 F-P+B ; *JCP E* 2014, Chron. 1447, n°02, obs. Ph. PETEL.

Com. 16 sept. 2014, n°13-17.189, *D.*2014.1869, *Bull. Joly* 2015.21.

Com. 16 déc. 2014, n°13-17.046, *RJ com.* 2015, p. 342, note C. LEBEL.

Com. 14 nov. 2014, n°13-24.561, NP ; *Rev. proc. coll.* 2015, comm. 108, note F. MACORIG-VENNIER.

Com. 14 oct. 2014, n°13-17.638, NP, *BJE* 2015, 31, note R. BONHOMME.

Com. 14 oct. 2014, n° 13-22.293, NP.

Com. 2 juin 2015, n°14-10.673, *Bull. civ. IV* ; *Rev. Sociétés* 2015, 548, note Ph. ROUSSEL GALLE.

Com. 13 oct. 2015, n°14-11.953, NP.

Com. 17 févr. 2015, n°14.10279, *Bull. civ. IV*, n°36.

Com. 15 déc. 2015, n°14.11500, *FS-PBI* ; com. 22 déc. 2015, n°14. 17377, comm. *Rev. squire patton boggs*, sp. 19 févr. 2016, note A. LE NINIVIN.

Com. 1^{er} déc. 2015, n°14-20.668, *Bull. civ. IV*.

Com. 19 mai 2015, n°14-10.366, *Rev. dr. rural*, déc., 2015, n°438, note Ch. LEBEL.

Com. 15 mai 2015 n°13-25.312 NP.

Com. 24 mars 2015, n°13-16.076, *Bull. civ. IV* ; *Gaz. pal.* 2016, n°2340, note MOREIL.

Com. 15 mai 2015 n°13-25.312 NP.

Com.12 mai, 2015, n°14-13.234, F-D, *le petit juriste*, 22 juill. 2015, obs. P. E. EVANE.

Com. 12 mai 2015, n°14-13. 234, *Thlys avocats*, 14 août 2015, obs. E. BASTIANELLI.

Com. 9 févr. 2016, n°14-23.219, *Bull. civ. IV* ; *D.* 2016, actu. 423, note A. LIENHARD ; *Gaz. pal.* 12 avr. 2016, n°14, p. 72, note E. LE CORRE-BROLI et n°23, p. 33, note M.-P. DUMONT-LEFRAND ; *BJE* 2016. 175, note F. REILLE.

Com. 12 juillet 2016, n°14-27.983, *BJE*, janv. 2016, n°6, p. 398, note D. VOINOT.

Com. 18 déc. 2016, n°06-16.350, *Bull. civ. IV*, n°267 ; *JCP E* 2008, 1358,, note B. GIMONPREZ.

Com. 12 juill. 2016, n°14-27.983, *Ecli* : FR : CCASS : 2016 : CO00672.

Com. 1^{er} mars 2016, n°14.14-716, *LEDEN*, avr. 2016, n° 53, obs. F. KENDERIAN ; *BRDA*, 6/16, n°9, p. 6 ; note C. LACHENAL.

Cass. ch. civ. et com. 29 nov. 2016, n°15-194.74, *Bull. Joly Sociétés*, n°05, p. 341, comm. F. MÉLIN.

Com. 9 févr. 2016, n°14-23.219, *BRDA* 5/16, n°08 ; *LEDEN* 2016 n°39, p. 04 ; *JCP E* 2016, n°1280, obs. T. STAFANIA.

Com. Ass. plén., 16 mars 1990, n°89-45.730, *Bull. A.P.N.*, n°4, p. 6.

Com. 8 nov. 2017, n°16-17.296, note. M. MORDRZYK.

Arrêts de la Cour de cassation, chambre civile

Civ. 17 déc. 1902, *DP* 1903.1.24.

Civ. 14 mai, 1930, *DP* 1933.1.121, note A. BESSON.

Civ. sect. com. 31 janv. 1949.

Civ. 3^e ch., 26 juin 1991, n°89-21325, *Bull. Civ. III*, n° 194.

Civ. 17 déc. 1992, *DP* 1903,1, p. 24.

Civ. 1^{ère}, 25 févr. 1997, n° 94-19695, *Bull. civ. I*, n°75.

Civ. 1^{re}, 30 oct. 1998, *BICC* n°697 du 1^{er} mars 2009.

Civ. 1^{re} 14 juin 2000, n°98-10.577, *Bull. civ. IV*, n°182.

Civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 2000, n°98-11.390, *Bull. civ. I*, n°33 ; *RD banc. fin.* 2000, n°59, obs. D. LEGEAIS.

Civ. 1^{re}, 14 juin 2000, n°98-10.577, *Bull. civ. I*, n°182.
Civ. 1^{re}, 3 mai 2000, n°98-11381, *Bull. civ. I*, n°131.
Civ. 3^{eme}, 15 Nov. 2000, n°99-112003, *Bull. Civ. III*, n°171.
Civ. 3^{eme}, 15 Nov. 2000, n°99-112003, *Bull. Civ. III*, n°171.
Civ. 1^{re}, 6 juin 2000, n°97-19347, *Bull. 2000 I*, n°173, p. 112.

Civ. 9 juill. 2003, *Bull. civ. I*, n°167.

Civ. 6 avr. 2004, *Banque et droit août 2004*, p. 58, obs. Th. BONNEAU.

Civ. 1^{re} 10 mai 2006, *D. 2006*, p. 1452, obs. A. LIENHARD ; *Act. proc. coll. 2006*, n°116, obs. C. REGNAUT-MOUTIER.

Civ. 1^{re}, 8 nov. 2007, n°04-17.893, *Bull. civ. I*, n°345.

Civ. 3^{eme}, 17 janv. 2007, n°05-17.695, *JCP E 2007*, 1450, n°4, obs. M. CABRILLAC ; *D. 2007*, p. 379.

Civ. 3^{eme} 17 janv. 2007, n°06-10442, *Bull. Civ. III*, n°5.

Civ. 3^e, 10 déc. 2008, *D. 2009. A.J. 16*, obs. A. LIENHARD.

Civ. 3^e, 10 déc. 2008, n°019.899, *Bull. civ. III*, n°199 ; *Gaz. proc. coll. 2009/2*, p. 8, note P. M. LE CORRE.

Civ., 3^e ch., 10 déc. 2008, n°07-19899, *Bull. civ. III*, n°199 ; *D. 2009. 16*, note A. LIENHARD ; *Gaz. proc. coll., 2009/2*, p. 8, note P. M. LE CORRE ; *JCP E 2009.1229*, note P.-H. BRAULT ; *RTD com., 2009. 448*, n°4, obs. F.

MACORIG-VENIER ; *Defrénois 2009. 38973*, p. 1403, n°5, note C. P. GABRIELA.

Civ. 2^e, 17 déc. 2009, n°08-22.081, NP.

Civ. 2^e, 12 févr. 2009, n°08-10.470, NP, *Gaz. proc. coll. 2009/2*, n°01, p. 28, note Ph. ROUSSEL GALLE.

Civ. 2^e, 14 janv. 2010, n°09-65. 845, NP.

Civ. 2^e 16 sept. 2010, n°09-16.182, NP, *D. 2011. pan. 2080*, note P.-M. LE CORRE.

Civ. 2^e, 16 juin 2011, n°10-14.398, NP.

Civ. 3^e ch. 9 oct. 2012, n° 11-23869 NP.

Civ 1^{re}, 29 mai 2013, n°13-16.541, *Bull. Joly 2013*, 298, note L.S. LAGUIONI.

Arrêt de la Cour de cassation, chambre sociale

Soc. 08 oct. 1987, n°84-41902, *Bull. 1987, V*, n°541, p. 344.

Soc. 24 juin 1992, n°90-42.432 NP, inédit.

Soc. 17 mars 1993, n°90-41.996, *Bull. 1993, V*, n°88, p. 60.

Soc. 10 déc. 1996, n°95-40.485, *Bull. civ. IV*, n°434.

Soc. 7 juill. 1998, n°96-21.451, *Bull. 1998, V*, n°363, p.275.

Soc. 19 oct. 1999, n°97-42946 NP, inédit.

Soc. 13 nov. 2001, n°99-43016, *Bull. 2001, V*, n°341, p.272.

Soc. 23 janv. 2002, n°99-46.245 NP.

Soc. 11 juin 2003, n°01-15.724, NP, *Rev. proc. coll. 2003*, n°15, p. 343, obs. TAQUET.

Soc. 9 nov. 2004, n°02-43-063, NP, *Rev. proc. coll.* 2005/1, p.47, n°7, obs. F. TAQUET.

Soc. 21 sept. 2005, n°03-43.532, *Rev. dr. trav.*, 31 déc. 2007, H.-J. LEGRAND.

Soc. 25 oct. 2006, n°04-47.93, NP, *Rev. proc. coll.* 2007/1, p.54, obs. F. TAQUET.

Soc. 10 oct. 2006, n°04-46.134, *Bull.* 2006, n°294, p. 281.

Soc. 22 févr. 2006, n°03-47639, *Bull.* 2006, V. n°81, p. 73.

Soc., 27 mai 2008, n°06-45988 NP, inédit.

Soc. 24 sept. 2008, n°07-41758 NP, inédit.

Soc. 27 mai 2009, n°08-42.555, *Bull.* 2009 V, n°136.

Soc. 8 juill. 2009, n°08-42912 NP, inédit.

Soc. 8 juillet 2009, n°08-43.092 NP, inédit.

Soc., 3 mars 2009, n°07-45641 NP, inédit.

Soc. 27 mai 2009, n°08-42555, *Bull.* 2009, V, n°136

Soc. 24 juin 2009, n°07-45503 NP, inédit.

Soc. 15 nov. 2011, n°10-15294, n°2395 P+B *Bull.* 2011, V, n°265.

Soc., 10 févr. 2010, n°08-44454, *Bull.* 2010, V, n°36.

Soc. 10 févr. 2010, n°08-44.454, *Bull.* 2010, V, n°36.

Soc. 29 janv. 2014, n°12-19479, *Bull.* 2014, V, n°34.

Soc. 30 juin 2016, n°14.26-172, FS-P+B.

Soc. 31 mars 2016, n°14-19.711, *Bull. d'information* 2016, n°848, ch. soc. n°1113.

Soc. 23 mars 2017, n°15-24005, n°550 P+B.

Soc. 23 mars 2017, n°15-24005, 15.24022 et 15.24831, *juritravail*, C. G. OPPICI, 25, avr. 2017.

Décisions du conseil constitutionnel

Cons. const., n°2000-437 DC, 19 déc. 2000, *D.* 2001, 1766, obs. RIBES ; *RTD civ.* 2001, 229, obs. N. MOLESSIS.

Cons. const., n°2000-437 DC, 19 déc. 2000, *cah. Cons. const.* n°10.

Cons. const., n°2005-522 DC, 22 juill. 2005.

Cons. Const., n° 2010-101, 11 févr. 2011, QPC, *JORF* du 12 févr. 2011, p.2758 ; *D.* 2011 AJ 513, obs. A. LIENHARD.

Cons. const., n°2012-286 QPC, 7 déc. 2012, *Bull. Francis Lefebvre* 23/12 inf. 10.

Cons. const., n°2011-212 QPC, 19 janv. 2012, *D.* 2012, n°6, p. 373, note J.-P. SENECHAL ; *JCP E* 2012, n°12, p. 30, note Ch. LEBEL.

Cons. const. déc. n°2013-672 DC, 13 juin 2013 ; *Constitutions* 2013, 400, *chron.* A.-L. CASSARD-VAEMBOIS, *JCP* 2013, 929, note J. GHESTIN.

Cons. const. n°2015-476, QPC du 17 juill. 2015.

Arrêts sous l'empire du droit de la faillite

Cass. req. 26 nov. 1902, *DP* 1903.1.86.

Cass. req. 12 janvier 1903, *DP* 1903.1.124.

Com. Req. 13 juill. 1910, *jour. faill.* p. 385.

Cass. req. 12 juillet 1881. *DP* 1882.1, p. 264.

Arrêts des cours d'appel

Paris, 20 oct. 1980, *Rev. Soc.*, 1980, note A. VIANDIER, p. 774.

Versailles, 9 juill. 1986, *Gaz. Pal.* 1986, II, p. 436, note D. CALMELS.
Aix-en-Provence, 2 oct. 1986, *D.* 1987, somm. p. 9 et 10, obs. F. DERRIDA.
Versailles, 9 juill. 1986, *Gaz. Pal.* 1986, II, p. 436.
Aix-en-Provence, 2 oct. 1986, *D.* 1987, somm. p. 9 et 10.
Versailles, 9 juill. 1986, *Gaz. Pal.* 1986, II, p. 436, note D. CALMELS.
Aix-en-Provence, 2 oct. 1986, *D.* 1987, somm. p.9 et 10, obs. F. DERRIDA.

Agen, 1^{re} ch. 2 avr. 1987, *D.* 1987. IR 162.
Toulouse, 16 févr. 1987, *LPA*, 1988, n°74, p. 5, obs. F. MACORIG-VENIER.
Toulouse, 16 févr. 1987, *LPA*, 1988, n°74, p. 5, obs. F. MACORIG-VENIER.
Toulouse, 16 févr. 1987, *LPA*, 1988, n°74, p. 5.
Aix-en-Provence, 29 janv. 1987, *Rev. proc. coll.* 1987, n°3, p. 37, obs. J.-J. MARTIN.
Amiens, 1^{ère} ch., 10 avr. 1987, *JCP* 1998, éd., N., II, p. 232.

Toulouse, 26 juill. 1988, *Rev. proc. coll.* 1989, n°02, p. 157, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.
Rennes, 5 oct. 1988, *Rev. proc. coll.* 1989, n°2, p. 159, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.
Versailles, 23 juin, 1988, *Gaz. pal.* 1, somm. p. 112.
Rennes, 5 oct. 1988, *Rev. proc. coll.* 1989, n°2, p. 159, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.
Lyon, 4 nov. 1988, *D.* 1989, somm. p. 12, obs. F. DERRIDA.
Aix-en-Provence, 3 mars 1988, *JCP* 1989, éd. E., 11, 15415, A. VIANDIER et J.J. CAUSSAIN.
Douai, 2e ch. 31 mars 1988, *Gaz. pal.* 1988. II. 584, note B. SOINNE.

Paris, 3^e ch. A, 17 janv. 1989 ; *Quot. jur.* 1989, n°134, p. 5.
Lille, 10 mars 1989. 2, p. 192, n°27, obs. B. SOINNE ; 27 mai 1989, *Rev. proc. coll.* 1990.2, p.159, obs. P.-M. LE CORRE.
Aix-en-Provence, 16 mars 1989, *Rev. proc. coll.* 1989, p. 511, n°14, obs. B. SOINNE.

Aix-en-Provence, 14 déc. 1990, *Banque* juin 1991, p. 657, obs. RIVES-LANGE.
Douai. 18 oct. 1990, *Rev. proc. coll.* 1991, p. 286, obs. B. SOINNE.
Mets, 13 févr. 1990, *Rev. proc. coll.* 1993, p. 106.

Paris, 3^e ch. A, 7 juill. 1992, *D.* 1994, somm. comm. p. 2, obs. F. DERRIDA.
Paris, 15 déc. 1992, *JCP E* 1993, I, 275, n°6, obs. Ph. PÉTEL.
Mets, 23 sept. 1992, *Dalloz*, 1996, somm. 3, obs. F. DERRIDA.
Paris, 1^{re} ch., sect. A, 23 juill. 1992, *D.* 1992, p. 491, obs. F. DERRIDA.

Versailles, 13 mai, 1993, *Rev. proc. coll.* 1995, p. 172, obs. B. SOINNE.
Paris, 14 déc., 1993, *D.* 1996, somm. 5, obs. F. DERRIDA ; Chambéry, ch. civ., 1995, *Rev. proc. coll.* 1996, n°37, p. 157, obs. SOINNE.
Orléans, 5 janv. 1993, *Rev. proc. coll.* 1993, p. 505, obs. B. SOINNE.

Cass. Ass. Plén. 23 déc. 1994, *BJS* 1995, p. 231, note J.-P. SENECHAL.
Paris 17 mai 1994, *RJ. com.* 1995, 73, note C. VINCENT ; *Rev. proc. coll.* 1996. 479, obs. B. SOINNE.
Douai, 8^e ch. A, 30 mars 1995, *RJ com.* 1995, n°1439, p. 337.
Paris, 7 juill. 1995, *Dr. sociétés* 1995, n°240, obs. Y. CHAPUT.
Paris, 24 mai 1995, *Rev. proc. coll.* 1996, p. 94, obs. B. SOINNE.

Besançon, 31 janv. 1996, *Rev. proc. coll.* 1997, p. 176, n°14.
Versailles, 28 nov. 1996, *D.* 1997. 508. note F. PÉROCHON.
Paris, 4 oct. 1996, *D. aff.* 1996, n°1395.
Paris, 5 mars 1996, *D.* 1996. IR 101.
Versailles, 28 mars 1996, *RJDA* 1996, n°973.

Versailles, 28 mars 1996, *RJDA* 1996, n° 973 ; *Rev. proc. coll.* 1998, p.379, obs. B. SOINNE.

Paris, 28 nov. 1997, *D. Affaires*, 1998, p. 138. Com. 20 oct. 1998, *Bull. civ IV*, n°248, p. 206 ; *D. Affaires* 1998, p. 1946.

Paris, 3e ch. B, 20 nov. 1998, *Act. proc.* 1999/5, n° 63.

Aix-en-Provence, 19 nov. 1998, *Rev. proc.* 2000, n°49, obs. J. M. DELENEUVILLE.

Colmar, 26 juin 1998, *Banque et droit*, juin 1999, p. 42, obs. N. RONTCHEVSKY.

Lyon, 3e ch. 26 juin 1998, *RTD com.* 1999. 895.

Douai, 2e ch. 18 oct. 1998, *Rev. proc.* 1991, 285, obs. B. SOINNE.

Paris, 15e ch. B. 15 janv. 1999, RG n°1997/10226.

Paris, 9 févr. 1999, *RTD com.* 2000, p.723, obs. A. MARTIN-SERF.

Paris, 11 juin 1999, *D. aff.* 1999, p. 1218 ; *JCP G* 2000, I, 209, obs. Ph. SIMILER et Ph. DELEBECQ ; *Rev. proc. coll.* 2000, p. 12, note F. MACORIG-VENNIER, *RTD com.* 2000, p. 723, note A. MARTIN-SERF.

DOUAI, 2e ch., 18 févr. 1999, *D. Affaires* 1999, 599.

Orléans, 14 sept. 2000, *D.* 2001, note Y. MAROT.

Reims, ch.1^{re}, 14 févr. 2001, *Rev. proc. coll.* 2002, p.190, n°3, obs. Ph. ROUSSEL GALLE.

Paris, 8e ch. A, 20 mars 2003, RG n°02/16600.

Paris, 3e ch. A, 9 sept. 2003, RG n°2001/19487.

Versailles, 13e ch., 19 oct. 2006, RG. n°06/01788, *JCP E* 2007, Act. 535 ; *Rev. proc. coll.*, 2007/1, p. 37 ; n°33, obs. P. ROUSSEL GALLE ; *RTD com.*, 2007. 830, n°2, obs. F. MACORIG-VENIER.

Versailles, 12e ch. 2e sect. 23 mai 2006, *JCP E* 2006. 2561, p. 1841.

Rouen, 2e ch. 31 janv. 2008, RG n°05/04802, *Act. proc. coll.* 2008/15, n°238.

Rennes, 2e ch., 1^{er} juill. 2008, RG n°08/01007 ; *Rev. proc. coll.* 2010/2, comm. 75, p. 68, J. FRAIMOUT.

Caen, 1^{re} ch., Sect. civ. 13 nov. 2008, RG n°08/00531, *Rev. proc. coll.* 2009, étude 88, obs. PATUREAU ET PEROTREBOUL.

Renne, 2e ch. com., 1^{er} juill. 2008, RG n°08/01007, *Gaz. proc. coll.* 2008/4, p. 50, obs. D. VOINOT.

Versailles, 3e ch., 5 févr. 2009, req. n°07VE02058, *Rev. proc. coll.* 2009/6, 158, p. 37, note Ch. LEBEL.

Paris, 25e ch. A, 10 janv. 2003, SA traditions securities and futures et AC c/consorts Michelez.

Paris, 3e ch. 7 juin 2007, *Acte proc. coll.* 2008-1, n°18.

Toulouse, 2e ch. 10 mai 2007 ; *JCP E* 2008, n°1643, note C. LEBEL.

Paris, 6 juillet 2007, *Act. proc. coll.* 2007/17, p.2, n°195, obs. M. BEHAR-TOUCHAIS ; *Rev. trim. dr. com.* 2008. 412, n°1, obs. F. MACORIG-VENIER, *Rev. proc. coll.* 2008/3, p.29, obs. Ch. DELATTRE.

Orléans, ch. éco. et fin., 20 déc. 2007, RG n°07/840, *RJDA* 2008/4, p.426, n°434.

Paris, 14e ch. B, 6 juill. 2007, RG n°07/02611, *Act. proc. coll.* 2017/17, n°195, note M. BEHAR-TOUCHAIS ; *RTD com.*, 2008. 412, n°1, obs. F. MACORIG-VENIER.

Paris, 14e ch., B, 6 juill. 2007, *Act. proc. coll.*, 2007/17, n°195, note M. BEHAR-TOUCHAIS.

Paris, 14e ch., B, 6 juill. 2007, *RTD com.*, 2008. 412, obs. F. MACORIG-VENIER.

Paris 14e ch. A. 5 sept. 2007, RG n°077/04894.

Douai, 2e ch., 2e sect. 27 mars 2007, RG n°06/01099, *Act. proc. coll.* 2008/4, n°54 ; *JCP E* 2008. 1433, note Ch. LEBEL ; *RTD com.* 2008. 413, n°2, obs. F. MACORIG-VENIER.

Reims, ch. civ., 5 mas 2007, RG n°05/01692, *Rev. proc. coll.* 2008, n°92, p. 74, note A. MARTIN-SERF.

Caen, 29 nov. 2007, RG n°06/1368, *Act. proc. coll.* 2008/4, n°66.

Paris, 3e ch. A, 13 nov. 2007, RG n°06/06930, *Rev. proc. coll.* 2008, n°128, note F. MACORIG-VENIER.

Amien, 1^{re} ch. 2e sect. 29 nov. 2007, RG n°06/03226, *Rev. proc. coll.* 2008, n°128, note F. MACORIG-VENIER.

Paris, 15^e ch. B, 15 nov. 2007, RG n°06/01968.

Pau 2^e ch., 1^{re} sect., 17 janv. 2008, RG n°06/03873, *JCP E* 2008. 2024 ; *RTD com.*, 2008. 848, n°1 obs. F. MACORIG-VENIER ; *Act. proc. coll.*, 2009/2, n°30, note C. RÉGNAUT-MOUTIER.

Paris, 1^{er} oct. 2009, RG n°08/20989.

Paris, 30 avr. 2009, RG n°08/19446.

Montpellier, 2^e ch. 2 févr. 2010 ; *JCP E* 2010, n°1875, note C. LEBEL.

Versailles, 13^e ch. 18 nov. 2010, n°10/01433 ; *D.* 2010, obs. A. LIENHARD, *BJE*, 2011, n°2, p.14.

Versailles, 13^e ch. 18 nov. 2010, RG n°10/01433, *Dalloz act.* 22 nov. 2010, note A. LIENHARD.

Versailles 13^e ch. 18 nov. 2010, n°10/01433, *Rev. proc. coll.* 2011, comm.41, note J.-J. FRAIMOUT.

Rennes, 2^e ch. 26 oct. 2010, RG n°09/06214, *Rev. proc. coll.* 2011, comm. 210, note Ch. LEBEL.

Montpellier, 2^e ch. 2 févr. 2010, *JCP E* 2010, 1875, p.32, obs. Ch. LEBEL.

Aix-en-Provence, 7 déc. 2011, RG n°11/033876 - Aix- en-Provence, 2 févr. 2012, RG n°11/05033.

Poitiers, 2^e ch. civ. 11 janv. 2011, RG n°09/02456, *Rev. proc. coll.* 2012, n°109, note A. MARTIN-SEF.

Montpellier, 2^e ch. civ. 5 avr. 2011, RG n°10/04728.

Poitiers, 2^e ch. 17 mai 2011, RG n°10/02898, *BJE*, sept/oct. 2011, comm.122, p.244, note C. VINCENT.

Poitiers, 17 mai 2011, *BJE*, juill. 2011, p. 244, note C. VINCENT.

Reims, 31 janv. 2012, RG n°12/004306.

Grenoble, ch. com., 31 mai 2012, n°11/02571, *RTD com.* 2013, n°1, p. 140, note A. MARTIN-SERF ; *D.* 2012, pan. p. 2196, note X. LUCAS et P.-M. LE CORRE ; *Gaz. pal.* 8 avr. 2012, n°286-287, p. 24, note L.-C. HENRY.

Caen, 25 oct. 2012, RG n°11/03403, *Act. proc. coll.* 2013, n°42.

Aix-en-Provence, 8^e ch., 26 janv. 2012, n°11/04924, *Rev. proc. coll.*, mai 2012, n°85, p. 45, note, J.-J. FRAIMOUT.

Aix-en-Provence, 8^e ch., sect. A, 10 janv. 2013, RG n°12/04261 ; *JCP E*, n°48, 27 nov. 2014, note Ph. ROUSSEL GALLE.

Versailles, 14^e ch., 27 nov. 2013, RG n°13/00670, *Rev. proc. coll.* 2014, comm.147, note Ch. DELATTRE.

Rennes, 2 avr. 2013, RG n°12/05230, 13/00432, *BJE*, juill. 2013, p. 125, note O. HART DE KEATING.

Amien, ch. éco. 21 nov. 2013, RG n°11/01090, *Rev. proc. coll.* 2014, comm. 20, note J. FRAIMOUT.

Toulouse, 3^e ch., 2^e sect., 26 mai 2014, RG n°14/01548, *Rev. proc. coll.* 2015, comm. 177, note Ch. DELATTRE.

Montpellier, 2^e ch. 15 sept. 2015, RG n°13/05478.

Douai, 2 juill. 2015, *LEDEN* sept. 2015, n°126.

Paris, pôle 5, ch. 8, 5 juill. 2017, n°17-04086.

Décisions des tribunaux de commerce

Trib. com. Lille, 4 mars 1985, *RJ. com.* 1985, p. 191.

Trib. com. Paris, 14^e ch., 21 sept. 1989, *D.* 1991, somm. p. 4, obs. F. DERRIDA ; *Gaz. pal.* 1989, somm. p. 532.

Trib. com. Paris, 11 févr. 1994, *Rev. proc. coll.* 1994, p. 223, obs. B. SOINNE.

Trib. com. Menton, 4 avr. 1996, *D.* 1996, p. 387, note F. DERRIDA.

Trib. com. Paris 16 avr. 1986, *Gaz. pal.* 4/5 juin 1986, obs. ANNICHIARICO.

Trib. com. Nanterre, 22 mai 1986, *Gaz. pal.* 1986, 2, p.435, note D. CALMELS.

Trib. com. Paris 19 nov. 1986, *LPA* 10 déc. 1986, p. 22.
Trib. com., Paris, 20 mai 1986, *JCP* 1986, n°20658, note Y. CHAPUT.
Trib. com. Paris 16 avr. 1986, *Gaz. pal.* 4/5 juin 1986, obs. ANNICHIARICO.
Trib. com. Nanterre 22 mai 1986, *Gaz. pal.* 1986, 2, p. 435, note D. CALMELS.
Trib. com. Paris, 13 oct. 1986, *LPA* 1986, n°139, p.28 ; *JCP N* 1989, n°1025, obs. M. CABRILLAC et Ph. PÉTEL.
Trib. com. Paris, 16 avr. 1986, *Gaz. pal.* 4/5 juin 1986.
Trib. com. Nanterre, 22 mai 1986, *Gaz. pal.* 1986, 2, p. 435.

Trib. com. Nanterre, 19 mars 2009, RG n°2008L04572, *Rev. proc. coll.* 2012, comm.179, note Ch. DELATTRE.
Trib. com. Nanterre, 7^e ch., 19 juin 2009, RG n°08/F00426, *Gaz. pal.* 17 avr. 2010, n°106, 107, p. 38, note R. ROUTIER.
Trib. com. Nanterre, 30 nov. 2009, *D.* 2009, 2929, note A. LIENHARD.

Trib. com. Nanterre, 17 févr. 2010, *Rev. des sociétés* 2010, p. 244, obs. B. GRELON.
Trib. com. Orléans, 8 juill. 2010, RG n°07/8784.

Trib. com. Valenciennes, 9 juill. 2012, *LEDEN*, sept. 2012, n°130, p. 1, obs. F. X. LUCAS.
Trib. com. Quimper, 1^{er} juin 2012, RG n°2012/004764, 2012/004758 et 2102/004779, *Rev. proc. coll.* 2012, comm.178, note Ch. DELATTRE.

Trib. com. Paris, 6^e ch. 24 janv. 2013, RG n°2010/060778, 2010/055661, *JCP E* 2013, chron.1662, n°24, obs. R. ROUTIER.

Trib. com. Nantes, 22 avr. 2014, RG n°2014/004629, *Leden* juill. 2014, comm. 103, note P. CESBRON-LAVAU ; *Rev. proc. coll.* 2014, comm. 144, note Ch. DELATTRE.

Décisions des tribunaux de grande instance

TGI Saintes, 18 sept. 1998, *D. aff.* 1999, p. 176, obs. A. LIENHARD.

Droit OHADA

Arrêts de la Cour commune de justice et d'arbitrage

CCJA, 16 nov. 2006, n°23/2006, réf. *Ohadata* J-08 -96.
CCJA, Ass. plén. 27 avr. 2015, n°050/2015, pourvoi du 2 déc. 2011, n°119/2011/PC.
CCJA, ass. Plén. Arrêt n°050/2015 du 27 avr. 2015, pourvoi n°119/2011/PC du 10 déc. 2011, Banque européenne d'investissement c/ Sté Fils et tissus naturels d'Afrique.
CCJA, 25 mars 2016, n°050/2016.

Arrêts des cours d'appel

Wagadougou, 24 mai 2001, n°90 Bis, réf. *Ohadata* J-00-58.
Abidjan, ch. civ. et com., 16 janv. 2001, n°89, réf. *Ohadata* J-02-80.
Cotonou, 21, juin 2001, n°163, réf. *Ohadata* J-06-73.

Littoral, 16 mars 2002, n°040/C, réf. : *Ohadata* J-14-14.
Abidjan, 8 nov. 2002, n°1129, Jean Mazuet c/ Gomp -CI, réf. : *Ohadata* J-03-291.

Abidjan, 10 janv. 2003, n°36, réf. *Ohadata* J-03-277.
Niamey, 30 avr. 2003, n°36, réf. *Ohadata* J-03-262.

Abidjan, 20 janv. 2004, n°86.

Ouagadougou, ch. civ. et com., 16/04/2004, n°54, *juris info*, déc. 2010, p.12.

Bobodioulasso, 19/12/2005, n°52, réf. *Ohadata* J-10-109.

Abidjan, n°383, 1^{er} avr. 2005, *juris-Ohada*, n°04/2006, p. 40.

Abidjan, 28 oct. 2005, n°920, réf. *Ohadata* J-09-195.

Abidjan, 3^e civ.-com., 04 mars 2005, réf. *Ohadata* J-09-167.

Daloa, 1^{er} civ. et com., 08 nov. 2006, n°263, R2F, réf. *Ohada* J-09-368.

Douala, 2^e civ. et com., 18 oct. 2006, n°246, réf. *Ohadata* J-09-167.

Abidjan, ch. civ. 16 févr. 2007, n°127, réf. *Ohadata* J-09-187.

Lomé, 20 avr. 2009, n°066/09, réf. *Ohadata* J-10 -156.

Lomé, 21 avr. 2009, n°067/09, réf. *Ohadata*-J-10-159.

Lomé, 28 avr. 2009, n°071/09, réf. *Ohadata* J-10-225.

Ouagadougou, 19 oct. 2010, n°139, réf. *Ohadata* J-10-220.

Littoral, 16 mars 2012, réf. *Ohadata*-J-14-14.

Décisions des tribunaux de commerce

TRHC, Dakar, 11 juill. 2003, n°37, réf. *Ohadata* J-09-340.

TRHC, Dakar, 9 janv. 2004, n°06, réf. *Ohadata* J-04-259.

TRHC, Dakar, 27 mars 2008, *Penant*, 2010, n°870, p.113 et s.

Trib. com. Bamako, 6 mars 2008, ord. n°135/08, SIPAL-SUARL, réf. *Ohadata* J-08-49.

Trib. com. Abidjan, 30 oct. 2014, RG n°1887/14, réf. *Ohadata* D-17-05, p.1.

Décisions des tribunaux de première instance

TPI, Abidjan, 25 juill. 2000, n°25, Société Air continental c/Société africaine de crédit-bail.

TPI, Cotonou, 31, juill. 2002, Sessig BEDE c/Bank of africa, réf. *Ohadata* J-05-299.

TPI, Cotonou, 5 août 2002, n°0022/1ere C.COM, RG n°012/2000, réf. *Ohadata* J-04-398.

TPI, Dschang, 13 déc. 2003, n°08/ORD, réf. *Ohadata* J-05-108.

TPI, Bangangté, 06 mai 2004, n°028, réf. *Ohadata* J-05-164.

TPI, Libreville, 17 janv. 2005, n°02/2004/2005.

Décisions des tribunaux de grande instance

TGI, MIFI, 2 mars 1999, n°44, *juridis périodique* 2001.

TGI, Mifi, 15 avr. 2008, n°19/CIV, réf. *Ohadata* J-09-151.

TGI, Wagadougou, 25 avr. 2001, n°423, réf. *Ohadata* J-03-94.

TGI, Wagadougou, 29 janv. 2003, n°20, réf. *Ohadata* J-04-44.

TGI, Wagadougou, 29 janv. 2003, n°20, réf. *Ohadata* J-04-44.

TGI, Wagadougou, 18 févr. 2004, n°45, réf. *Ohadata* J-04-374.

TGI, Wagadougou, 3 nov. 2004, n°286, réf. *Ohadata* J-05-253.

TGI, Moungo, 9 nov. 2005, ord. n°CAP/PTGI/N'SBA, aff. Sté Lachanas, note K. ELONGO, réf. *Ohadata* J-07-182.

TGI, Douala-Bananjo, 29 juin, 2006, n°251, réf. *Ohadata* J-07-81.

TGI, Mifi, n°19/Civ, 15 avr. 2008, réf. *Ohadata* J-08.151.

Autres droits

Droit américain

Affaire. NII holding inc. , 25 oct. 2002, Case n°02-11505, bank. D. Del.
Affaire blue bird body co, nov. jan. 26, 2006, case n° 06 - 50025 GWZ, bank. D.
Affaire southland corp 124 B.R. 211 (Bankr. N.D. tex. 1991).
Affaire havest foods inc., et al. Case n°94-1198 (Bankr. D. Del. Dec. 1994).

Droit européen

CJCE, arrêt Nold, aff. n° 4-73, 14 mai 1974, Recueil. jur. de la cour , 1974, n° I.
CJCE, mai 2006, C-345/04, Eurofood IFSC Ltd.

CJUE C-444/07, 21 janv. 2010., Rev. proc. coll. étude 16, p. 38. obs. T. Mastrullo.

VII. TEXTES NORMATIFS

Droit français

Textes de lois

Loi du 28 mai 1838 sur les faillites et les banqueroutes.
Loi du 22 juillet 1867 relative à la contrainte par corps, *JORF* du 20 août 1944, p. 165.
L. n°67-563 du 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes, *JORF* du 14 juill. 1967, p. 7059.
Loi du 4 mars 1889 portant modification de la législation des faillites, *JORF* du 20 févr. 1889, p. 48.
L. n°67-563 du 13 juill. 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes, *JORF* du 14 juill. 1967, p. 7059.
L. n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, *JORF* du 5 janv. 1972, p. 131.
L. n°84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, *Revue Jorf lois & decret*, p. 751, réf. 97259.
Loi n°80-834 du 24 octobre 1980 créant une distribution d'actions en faveur des salariés des entreprises industrielles et commerciales, *JORF* du 25 oct. 1980.
L. n°85-98 du 25 janv. 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, *JORF* du 26 janv. 1985, p. 1097.
L. n°94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, *JORF* n°134 du 11 juin 1994, p. 8440.
L. n°2005-845 du 26 juill. 2005 de sauvegarde des entreprises, *JORF* n°173 du 27 juill. 2005, p. 12187, texte n°5.
Loi n°2008-776 du 04 août 2008 de modernisation de l'économie, *JORF* n°0181 du 5 août 2008, p. 12471, texte n°1.
L. n°2010-1249 du 22 oct. 2010 de régulation bancaire et financière, *JORF* n°0247 du 23 oct. 2010, p. 18984, texte n°1.
L. n°2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, *JORF* n°0137 du 16 juin 2010, p. 10984.
L. n°2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, *JORF* n°0221 du 22 sept. 2012, p. 15008, texte n°1.
L. n°2012-346 du 12 mars 2012 relative aux mesures conservatoires en matière de procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire et aux biens qui en font l'objet, *JORF* n°0062 du 13 mars 2012, p. 4497, texte n°3.
L. n°2013-504 du 14 juin 2013, relative à la sécurisation de l'emploi, *JORF* n°138 du 16 juin 2013, p. 9958, texte n°1.

L. n°2000/230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, *JORF* n°62 du 14 mars 2000, p. 3968, texte n°1.
L. n°2014-856 du 31 juill. 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, *JORF* n°0176 du 1er août 2014, p.12666.
L. n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *JORF* n°0181 du 7 août 2015, p. 13537, texte n°1.
L. n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, *JORF* n°0181 du 7 août 2014, p. 13537.
Loi n°2016-1691 du 09 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique *JORF* n°0287 du 10 sept. 2016, texte n°2.
L. n°2016-1547 du 18 déc. 2016 de modernisation de la justice du XXIe, *JORF* n°0269 du 19 déc. 2016, texte n°1.

Les ordonnances

Ord. n°67-820 du 23 sept. 1967 tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises.
Ord. n°2008-1345 du 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, *JORF* n°0295 du 19 déc. 2008, p. 19462, texte.
Ord. n°2010-1512 du 9 déc. 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, *JORF* n°0286 du 10 déc. 2010, p. 21617.
Ordonnance n°2014-158 du 20 févr. 2014 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'union européenne en matière financière, *JORF* n°0044 du 21 févr. 2014, p. 3022, texte n°5.
Ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.
Ord. n°2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, *JORF* n°0035 du 11 févr. 2016, texte n°26.

Les décrets

Décret n°85-295 du 1er mars 1985 pris pour l'application de la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, *JORF* du 2 mars 1984, p. 751.
Décret n°2009-160 du 12 févr. 2009, pris pour l'application de l'ord. n°2008-1345 du 18 déc. 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté et modifiant les procédures de saisie immobilière et de distribution du prix d'un immeuble, *JORF* n°0037 du 13 févr. 2009, p. 2596, texte n°13.
Décret n°78-381 du 20 mars 1978, tel que modifié par le décret n°2010-1165 du 1^{er} oct. 2010 relatif au statut des conciliateurs en France.
Décret n°2012-1071 du 20 sept. 2012 pris pour l'application du 2° du I de l'art. 28 de L. n°2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, *JORF* n°0221 du 22 sept. 2012, p. 15008, texte n°1.
Décret n°2014-736 du 30 juin 2014 pris pour l'application de l'ord. n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, *JORF* n°0062 du 14 mars 2014, p. 5249, texte n°3.
Décret n°2015-1811 du 28 déc. 2015 relatif à l'information des salariés en cas de vente de leur entreprise, *JORF* n°0302 du 30 déc. 2015, p. 24902, texte n°138.
Décret n°2016-2 du 4 janv. 2016 relatif à l'information triennale des salariés prévue par l'article 18 de la loi n°2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, *JORF* n°0003 du 5 janv.2016, texte n°26.

Les codes

Code de commerce de 1807.
Code des procédures collectives : annoté et commenté, 16^e éd., Dalloz, 2018.
Code monétaire et financier : annoté et commenté, 7^e éd., Dalloz, 2017.
Code civil : annoté et commenté, 117 éd., Dalloz, 2017.
Code du travail, annoté et commenté, 81^e éd., 2018.

Droit OHADA

Textes communautaires

Le traité de Port-Louis du 17 octobre 1993 ayant créé l'OHADA.

Le traité OHADA du 17 oct. 2008 ayant créé L'ERSUMA.

L'Acte uniforme des procédures collectives d'apurement du passif, 10 avril 1998.

L'Acte uniforme portant organisation des sûretés, 15 décembre 2010.

L'Acte uniforme relatif au droit des sociétés commerciales et du groupement d'intérêt économique, 30 janvier 2014.

L'Acte uniforme des procédures collectives d'apurement du passif, 10 septembre 2015.

L'Acte uniforme des procédures collectives de 2015.

L'Acte uniforme relatif à la médiation, 23 novembre 2017.

L'Acte uniforme relatif au droit comptable et à l'information financière, 26 janvier 2017.

Avant-projet d'Acte uniforme des contrats et obligations.

Textes nationaux

L/2005/09/AN du 13 août 2015 portant organisation judiciaire (droit guinéen).

L. n°2016-15 du 28 juill. 2016 modifiant et complétant la loi n°2001-31 du 27 août 2002 portant organisation judiciaire en République du Bénin (droit béninois).

Décret n°2012-628 du 6 juill. 2012 portant création du tribunal de commerce d'Abidjan et fixant son ressort territorial (droit ivoirien).

Autres droits

Droit américain

Banruptcy abuse prevention and consumer protect act (BAPCPA) de 2005.

The securities and exchange act de 1934.

Banruptcy Act 1978.

Droit européen

Règl. n°1393/2007 du 13 nov. 2007, relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale.

Règl. n°1346/2000 du 29 mai 2009, relatif aux procédures d'insolvabilité, *JOCE* 31 juin 2000, n°L/160/1.

Règl. n°2015-848 du 20 mai 2015, relatif aux procédures d'insolvabilité, *JOUE* du 5 juin 2015, n°L141,5.

Directive, n° 2000-12/CE du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice.

Directive, n°2001-24/CE du 4 avr. 2001, concernant l'assainissement et la liquidation des établissements de crédit.

Proposition de directive (COM (2016) 723 final du 22 novembre 2016 sur les procédures préventives de restructuration, sur la seconde chance et sur les mesures accroissant l'efficacité des procédures de restructuration, d'insolvabilité et de décharge de dettes.

Directive, n°2001-17/CE, du 19 mars 2001 sur l'assainissement et la liquidation des entreprises d'assurance.

Directive, n°2009-138/CE du 29 nov. 2009 sur l'accès aux activités d'assurance et de la réassurance et de leur exercice.

Droit belge

L. n°1997009767 du 17 juillet 1997 relative au concordat judiciaire, publication du 28-10-1997, p. 28550.

L. n°2009009047 du 31 janv. 2009 relative à la continuité des entreprises, *MB*, 9 févr. 2009, p. 8436.
L.n°2013009257 du 27 mai 2013 modifiant diverses législations en matière de continuité des entreprises, publication du 22 juill. 2013, p. 45665.
L. n°2017012998 du 11 août 2017 portant insertion du livre XX « insolvabilité des entreprises » dans le code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre XX, et des dispositions d'application au livre XX, dans le livre I du code de droit économique, publication du 11 sept. 2017, p. 83100.

Droit marocain

L. n°15-95 formant code de commerce, Dahir n°1-96-83 du 1^{er} août 1996, *Bull. officiel* n°4418 du 3 oct. 1996.

VIII. TABLES RONDES, COLLOQUES

Droit français

DAMANN R. : Colloque : conférence générale des juges consulaires de France sur la législation comparée en Europe, Paris, 14 sept. 2009, p. 45.
LEGEAIS D., « L'appréhension du droit des sûretés par l'ordonnance du 18 déc. 2008 », Colloques Sûretés réelles et droit des entreprises en difficulté, Nice 20 mars 2010, *LPA*, 11 févr. 2001, n°30, p. 27-28.
MENJUCQ M., MARKS D., DAMANN R., EHRET P. et VALENS M. J.-L., table ronde : « La compétitivité des principaux droits de l'insolvabilité européens », *Rev. proc. coll.*, n°5, sept. 2012, p. 59.
MOULETTE C., « Le repreneur : la rédaction des offres de reprise et leur portée », *in* « La reprise de l'entreprise en difficulté », Colloque Toulouse AJDE/CDA, 9 oct. 2015, *Rev. proc. coll. nov. 2015*, art. 51, p. 46.
PÉROCHON F., « Coût, transparence et confidentialité de la prévention », *in* la prévention et le traitement amiable des difficultés des entreprises à la lumière de la réforme, Colloque AJDE Toulouse, 15 nov. 2013, *Rev. proc. coll. 2014-1*, n°02 à 15, p. 79.
PÉROCHON F. et ROUSSEL GALLE Ph., « Le mandat ad hoc et la conciliation », *interv. Colloque Besançon*, 10 oct. 2014, *Gaz. pal.*, 31 déc. 2014, n°365, 4, n°21.

Droit OHADA

KALIEU ELONGO Y., Communication, Colloque OHADA, Paris, juin 2013.

IX. SITES INTERNET

www.ohada.com
www.legifrance.gouv.fr
www.legavox.fr
www.village-justice.com
www.dalloz.fr
www.lexisnexis.fr
www.lamy-lexel.com
www.droit-afrique.com
www.statistics-cameroon.org
www.dalloz-actualite.fr
www.juriscope.org
www.lemondedudroit.fr
www.textes.justice.gouv.fr
www.entrepriseendifficulte.com
www.courdecassation.fr
www.clarelegal.com
www.blog-des-entreprises-en-difficultes.uggc.com

www.legalnews.fr
www.sena.fr
www.insee.fr
www.cnajmj.fr
www.kapratique.fr

INDEX ALPHABETIQUE
Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes

A

accord de conciliation	216
accord de conciliation en droit OHADA.....	231
accords de subordination.....	480
acte conservatoire.....	710
actes de gestion.....	713
action	
en revendication et en restitution	817
adoption	
du procédé de passerelle en droit OHADA	597
affaire dite Autodistribution	161
affaire dite Technicolor	165
améliorations.....	558
anticipation de l'intervention du juge.....	552
anticipation des difficultés	531
assouplissement	
du régime de la cessation des paiements, OHADA.....	588

B

banquier	
responsabilité et irresponsabilité	768

C

cellule spéciale de conseil	593
cessation des paiements	43
cession	890
chapitre 11 du titre 11 du code fédéral américain de la	
faillite.....	128
classes de créances.....	561
comités de créanciers.....	372
conciliateur	659
confidentialité	548
conjoint du débiteur.....	811
contraintes judiciaires	808
créance	742
crise financière de 2008	181

D

déjudiciarisation	81
délais de grâce.....	649
droit anglo-saxon.....	673
droit belge	682
droit européen de l'insolvabilité	496
droit marocain	691

E

échec	
d'une cession pré-arrangée	1036
éléments de validité du procédé de passerelle en droit	
OHADA	244
exploitation.....	714

F

financements structurés	491
formation des magistrats	632
fraude	797

G

garant.....	837
garanties	800

I

immixtion	798
interruption du cours des intérêts.....	864

L

LBO.....	188
----------	-----

M

mandat <i>ad hoc</i>	574
----------------------------	-----

N

négociations.....	540
-------------------	-----

O

obligations	
du cédant et du cessionnaire	1081
offre de cession.....	959
optimisation de l'actif	808

P

passif	820
plan provenant d'un créancier	616
poursuites individuelles	638
prévention des difficultés des entreprises	531
privilège de la conciliation	723
projet de plan de sauvegarde ou de cession	543

R

réformes	8
droit français, droit OHADA.....	8
rôle curatif	700
du procédé de passerelle	700
rôle du conciliateur	
dans le procédé de passerelle	170
rôle préventif	534
du procédé de passerelle	534

S

sauvegardes accélérées	320
spécialisation	
des tribunaux et des magistrats, droit OHADA	621

T

tribunaux.....	622
----------------	-----

U

unanimité	
-----------	--

de l'accord de conciliation92

TABLE DES MATIERES

Dédicace	V
Avertissement	VII
Remerciements	IX
Liste des principales abréviations	XI
Tableau des correspondances	XIII
Sommaire	XVII
Introduction générale.....	1
Première partie L'adoption et la validité du procédé de passerelle dans les droits français et ohada	19
Titre 1 les raisons pouvant expliquer l'adoption du procédé de passerelle dans les droits français et ohada.....	23
Chapitre 1. Le risque de l'échec de la procédure de conciliation.....	25
Section 1. L'immédiateté de l'effet de la cessation des paiements	25
Paragraphe I. Le régime rigide de la cessation des paiements	27
I. La cessation des paiements : définition et unicité de la date	29
A. Une convergence des législations sur la définition de la cessation des paiements.....	29
B. Une divergence des législations sur l'unicité de la date de cessation des paiements.....	36
II. Régime rigide de la cessation des paiements : des inconvénients partagés dans les deux législations	40
A. L'application mécanique du principe de la cessation des paiements	40
B. La confusion entre la cessation des paiements et l'insolvabilité	42

Paragraphe II. La réforme du régime de la cessation des paiements : souplesse adoptée en droit français, fermeté maintenue en droit OHADA	44
I. Les conséquences en droit français	45
A. Le renforcement du dispositif préventif	45
B. La déjudiciarisation du traitement collectif des difficultés des entreprises .	46
II. Les conséquences en droit OHADA	48
A. Un handicap à la contractualisation du traitement des difficultés des entreprises.....	48
B. Une inflexibilité inadaptée au contexte africain	50
Section 2. L'unanimité de l'accord de conciliation.....	51
Paragraphe I. L'opportunité de la règle de l'unanimité dans la procédure de conciliation	52
I. Un fondement légal commun aux droits français et OHADA	53
A. L'autonomie de la volonté.....	54
B. La liberté contractuelle	55
II. Des conséquences partagées en droit français et en droit OHADA	56
A. Les avantages	56
B. Les inconvénients	57
Paragraphe II. Les alternatives	59
I. L'adoption de la règle de la majorité	59
A. Le mérite de la mesure	59
B. La constitutionnalité de la mesure	60
II. L'approche d'une procédure judiciaire à plan pré-arrangé	61
A. Les raisons	62
B. Les conséquences	62
Conclusion du chapitre 1	63
Chapitre 2. Le procédé de passerelle : une solution admise juridiquement dans les droits français et OHADA	65
Section 1. Le rappel du chapitre 11 du code fédéral américain de la faillite	65
Paragraphe I. Les <i>prepackaged plans</i> ou plans pré-arrangés	68
I. Les catégories.....	68
A. Le prepack classique	68
B. Le plan et la vente pré-négociés	69
II. L'encadrement des plans pré-arrangés	72
A. Le plan.....	72
B. La préservation du droit des sûretés	75
Paragraphe II. Les circonstances de l'expérimentation française	76
I. Le rôle joué par la doctrine	76

A. Un rôle de révélation	76
B. Un rôle d'éclairage	78
II. L'audace des praticiens	78
A. La sauvegarde d'Autodistribution ou le premier <i>prepack</i> -sauvegarde à la française	79
B. La sauvegarde de Technicolor ou la confirmation de l'intérêt du <i>prepack</i> -sauvegarde	80
Section 2. Les raisons juridiques	81
Paragraphe I. La raison qui tient à la mission du conciliateur	82
I. L'interprétation des textes	82
A. Un usage permis inconsciemment au conciliateur	82
B. Un usage possible sans un cadre juridique défini	84
II. Une possibilité exploitée en France à la suite d'une crise	84
A. Les causes de la crise financière de 2008	85
B. La crise des LBO	86
Paragraphe II. La raison qui tient aux cadres de négociation	88
I. Une divergence des législations sur la forme	90
A. Les conditions d'ouverture	90
B. Les terminologies utilisées	94
II. Un rapprochement des législations sur le fond	96
A. L'accord dans la procédure de conciliation du droit français	97
B. L'accord dans la procédure de conciliation du droit OHADA	103
Conclusion du chapitre 2	106
Conclusion du titre 1	107
Titre 2 L'application du procédé de passerelle dans les droits français et OHADA	109
Chapitre 1. Les éléments de validité du procédé de passerelle en droit OHADA	111
Section 1. L'analyse à l'appui du droit positif	111
Paragraphe I. L'absence d'obstacle légal pour une procédure judiciaire rapide	113
I. La consultation des créanciers avant l'ouverture de la procédure de règlement préventif	114
A. Un principe déjà existant	115
B. Une possibilité de négocier avec les créanciers après l'ouverture de la procédure	117
II. La conséquence de l'inexistence formelle de la masse des créanciers dans le règlement préventif	120
A. Les difficultés liées à la consultation des créanciers en droit français	120
B. Le risque d'un concordat préventif imposé	124
Paragraphe II. Les conditions d'adoption du concordat préventif	126

I. Les conditions légales	127
A. Le contrôle du consentement des parties.....	127
B. Le respect de l'intérêt collectif des créanciers.....	129
II. L'équité du concordat préventif biaisée	130
A. L'égalité des créanciers	131
B. Les limites de l'égalité des créanciers	133
Section 2. L'analyse à l'appui de l'expérience française	134
Paragraphe I. Des enseignements encourageants	135
I. La révélation d'une sauvegarde expresse possible	135
A. Les obstacles juridiques constatés	135
B. Les solutions juridiques tirées de l'expérimentation	135
II. L'efficacité des sauvegardes expresses expérimentées	136
A. Des procédures souples	137
B. Des procédures contraignantes	137
Paragraphe II. Le déclic législatif	138
I. La première procédure passerelle adoptée	138
II. La seconde procédure passerelle adoptée	139
Conclusion du chapitre 1	139
Chapitre 2. Le régime juridique des procédures passerelles adoptées en droit français	141
Section 1. Des conditions d'ouverture dérogatoires au droit commun de la sauvegarde	143
Paragraphe I. Les conditions substantielles.....	143
I. La nécessité d'une procédure de conciliation en cours.....	143
A. La condition essentielle de la conciliation	143
B. La condition liée à la cessation des paiements	146
II. La nécessité d'un projet de plan	148
A. Un projet de plan déjà élaboré.....	148
B. Un projet de plan soutenu par une large majorité des créanciers	149
III. Les critères d'éligibilité.....	150
A. Les critères liés à la nature et aux seuils	150
B. Les seuils d'accès à la sauvegarde financière accélérée avant la réforme de 2014.....	151
Paragraphe II. Les formalités procédurales	153
I. La saisine du tribunal	153
A. La compétence territoriale.....	153
B. La demande d'ouverture et l'audience d'ouverture.....	155
II. La décision du tribunal	158
A. L'importance du rapport du conciliateur.....	158

B. Les voies de recours contre la décision ayant ouvert les procédures passerelles.....	159
III. La nécessité de la mise en place des comités de créanciers	160
A. La désignation d'un administrateur judiciaire et d'un mandataire judiciaire	160
B. La constitution des comités de créanciers	161
Section 2. Un déroulement rapide	166
Paragraphe I. Une production des créances simplifiée	167
I. Les créances concernées dans les procédures passerelles.....	168
A. La procédure de sauvegarde financière accélérée	168
B. La procédure de sauvegarde accélérée	171
II. Le renouveau de la déclaration des créances	172
A. La constitution et le dépôt de la liste	173
B. L'actualisation de la créance	175
Paragraphe II. Des périodes d'observation écourtées	180
I. Le plan dans les procédures passerelles	181
A. Un contenu essentiellement basé sur la restructuration des dettes	182
B. Une possibilité de recours contre la décision ayant statué sur le plan.....	187
II. La période d'observation dans la procédure de sauvegarde accélérée	189
A. La consultation et le vote du projet de plan.....	189
B. La purge des contestations et l'homologation du plan	194
III. La période d'observation dans la procédure de sauvegarde financière accélérée	198
A. Une restructuration exclusivement financière	198
B. Une période d'observation éclair	199
Paragraphe. III. Les procédures passerelles : impact sur le droit commun et efficacité au regard du droit européen.....	199
I. L'impact sur le droit commun.....	199
A. Les accords de subordination	200
B. Le vote au sein des comités	201
C. L'harmonisation du plan avec les financements structurés	203
II. L'efficacité au regard du droit européen	205
A. La validité au regard de l'ancien règlement n°1346/2000	207
B. La validité au regard du règlement européen n°2015/848 de 2015	211
Conclusion du chapitre 2	214
Conclusion du titre 2	214
Conclusion de la première partie.....	217

Deuxième partie etude prospective du procédé de passerelle dans les droits français et ohada	219
Titre 1 La resolution des difficultés des entreprises via le procédé de passerelle.....	229
Chapitre 1. Le rôle préventif du procédé de passerelle	231
Section 1. La prévention de la dégradation de la situation économique de l'entreprise	231
Paragraphe I. Les négociations avec les créanciers.....	233
I. Le centre d'intérêt des discussions	234
A. Le projet de plan de sauvegarde ou de cession	235
B. La confidentialité obligatoire des négociations	237
II. L'anticipation de l'intervention du juge	240
A. La capitalisation de l'accord de conciliation non abouti par la saisine du tribunal	240
B. L'intérêt d'une saisine rapide du juge	242
Paragraphe II. Les améliorations possibles des procédures préventives du droit français	243
I. L'instauration des classes de créanciers dans la procédure de conciliation....	245
A. L'état de la question au sein de la doctrine	245
B. Les avantages de la mesure	249
II. L'autonomisation du mandat <i>ad hoc</i> pour l'organisation du <i>prepack</i> -cession	250
A. Les mérites du mandat <i>ad hoc</i>	251
B. Les éventuelles conséquences juridiques de la mesure	253
Paragraphe III. Les améliorations possibles de la prévention en droit OHADA ...	253
I. La réforme du régime de la cessation des paiements.....	254
A. Un assouplissement nécessaire.....	255
B. La création de cellules spéciales de conseil dans les juridictions à compétence commerciale	257
II. L'adoption d'une passerelle entre les procédures de conciliation et de règlement préventif	259
A. La nature d'une telle passerelle	259
B. La nécessité d'autoriser les créanciers à présenter un projet de plan concurrent à celui du débiteur	265
III. La spécialisation et la professionnalisation des juridictions connaissant des contentieux de l'AUPC	267
A. La création des tribunaux de commerce dans tous les États-membres	269
B. La formation des personnels	272
Section 2. L'inefficacité d'une procédure passerelle face à la perturbation des négociations au cours d'une phase amiable	273
Paragraphe I. Les difficultés rencontrées dans les droits français et OHADA	274

I. L'aléa des poursuites individuelles et des voies d'exécution	274
A. L'absence de suspension automatique des poursuites individuelles	276
B. Les délais de grâce	278
II. La démission du conciliateur	284
A. Les causes	284
B. Les conséquences	286
Paragraphe II. L'approche comparative avec d'autres droits	288
I. Le <i>scheme of arrangement</i> du droit anglo-saxon	289
A. La similarité philosophique avec le droit français	290
B. Le caractère autoritaire du <i>scheme of arrangement</i>	291
II. La réforme du droit belge, la réforme attendue en droit marocain	293
A. Le droit belge	294
B. Le droit marocain	298
Conclusion du chapitre 1	302
Chapitre 2. Le rôle curatif du procédé de passerelle	303
Section 1. Les mesures curatives traditionnelles de la période d'observation	304
Paragraphe I. Le potentiel économique de l'entreprise pendant la période d'observation	306
I. Les mesures de préservation des ressources économiques de l'entreprise	306
A. Les mesures conservatoires	307
B. Les mesures de gestion	309
II. L'assurance de la continuité d'exploitation	310
A. La notion de poursuite des contrats en cours	312
B. Le traitement préférentiel des créances nées de la continuation de l'activité	316
Paragraphe II. Un domaine nouveau de protection de l'entreprise pendant la période d'observation : adopté en droit français, inconnu en droit OHADA	324
I. Les créances postérieures non privilégiées	326
A. Les interdictions	329
B. Les exceptions	333
II. L'irresponsabilité des créanciers dispensateurs de crédit	336
A. Le principe	341
B. Les exceptions	347
Section 2. Les autres mesures curatives	351
Paragraphe I. Les contraintes judiciaires	352
I. L'optimisation de l'actif de l'entreprise en difficulté	352
A. Le sacrifice du conjoint du chef d'entreprise	353
B. La paralysie des actions en revendication et en restitution	355

II. La maîtrise du passif de l'entreprise en difficulté	357
A. Le gel des créances antérieures	358
B. Les tempéraments du gel des créances antérieures	361
Paragraphe II. L'amélioration du sort des garants	365
I. La suspension des poursuites contre les garants	366
A. L'exclusivité accordée aux garants personnes physiques	368
B. L'exclusion des garants personnes morales.....	374
II. L'interruption des intérêts et des inscriptions.....	376
A. L'arrêt du cours des intérêts	380
B. L'arrêt des inscriptions	385
Conclusion du chapitre 2.....	388
Conclusion du titre 1	388
Titre 2 la cession pre-arrangée via le procédé de passerelle : une consécration législative en droit français, une possibilité juridique en droit ohada.....	389
Chapitre 1. Le préarrangement de la cession judiciaire d'entreprise	395
Section 1. De la cession judiciaire classique à la cession judiciaire pré-arrangée	395
Paragraphe I. La cession judiciaire de l'entreprise en difficulté en droit français .	398
I. Le rappel du régime évolutif de la cession judiciaire d'entreprise	398
A. La cession judiciaire de l'entreprise pendant ces dernières décennies	399
B. La cession judiciaire d'entreprise depuis l'ordonnance du 12 mars 2014	402
II. Les acteurs du <i>prepack</i> -cession	404
A. Le cédant et le cessionnaire	404
B. Le conciliateur et le mandataire <i>ad hoc</i>	409
Paragraphe II. La finalité de la cession judiciaire de l'entreprise	411
I. Une différence d'objectif entre le droit français et le droit OHADA	411
A. La différence de vue sur le désintéressement de la masse des créanciers .	412
B. L'autonomie de la cession judiciaire d'entreprise du droit OHADA.....	414
II. Une certaine convergence entre le droit français et le droit anglo-saxon.....	415
A. Les méthodes utilisées.....	416
B. Les finalités recherchées.....	417
Section 2. La préparation de la cession pré-arrangée en phase amiable	418
Paragraphe I. Les formalités d'ouverture	419
I. La demande du débiteur	419
A. La forme de la demande	421
B. Le fond de la demande.....	422
II. L'offre de reprise : différence d'objectif entre les droits français et OHADA	423
A. Une convergence des conditions de forme.....	423

B. Une divergence des conditions de fond.....	425
Paragraphe II. Le rôle du conciliateur : convergence des législations française et OHADA	431
I. La recherche d'une offre de reprise dans la confidentialité	432
A. Les démarches du conciliateur pour l'obtention d'une offre de reprise	432
B. La publicité de l'appel d'offre	433
II. Le délai de présentation des offres de reprise classique et <i>prepack</i>	436
A. L'offre de reprise classique	436
B. L'offre de reprise <i>prepack</i>	438
Paragraphe III. La finalisation de la cession pré-arrangée en phase amiable	439
I. Le prix de la cession	440
A. Les exigences légales de la fixation du prix de cession	441
B. Le sacrifice des créanciers	443
II. Les avantages liés au <i>prepack</i> -cession	445
A. Les avantages inhérents à toute procédure amiable	446
B. Les avantages liés à l'accord de conciliation homologué ou constaté	447
Conclusion du chapitre 1	450
Chapitre 2. La réalisation de la cession pré-arrangée dans un cadre judiciaire	451
Section 1. L'ouverture de la procédure judiciaire de validation du projet de cession	452
Paragraphe I. L'arrêté du plan.....	452
I. La décision du tribunal.....	452
A. L'information du tribunal.....	453
B. La décision ayant arrêté le plan	454
II. La décision du tribunal favorable au cessionnaire.....	456
A. La protection des intérêts du cessionnaire.....	456
B. La publicité de la décision du juge	458
Paragraphe II. L'échec de la cession pré-arrangée.....	458
I. L'improbabilité de la thèse	459
A. Une éventualité quasi-impossible d'un point de vue théorique	459
B. Une éventualité possible d'un point de vue légal	460
II. Les possibilités d'amélioration de la cession pré-arrangée	461
A. La conversion automatique de la procédure passerelle de réalisation en une autre procédure judiciaire.....	462
B. La reconduction automatique du mandataire/liquidateur judiciaire	463
Section 2. La mise en œuvre de la cession pré-arrangée.....	464
Paragraphe I. La réalisation de la cession pré-arrangée dans le contexte du procédé de passerelle	464

I. Le principe d'une cession partielle dans le cadre de la sauvegarde : une règle nuancée en droit OHADA	465
A. La notion de cession partielle	465
B. Une procédure passerelle est la plus adaptée à la cession pré-arrangée	469
II. La réalisation de la cession pré-arrangée dans le cadre du redressement judiciaire	470
A. L'inapplication du I de l'article L.642-2 dans le cadre d'un plan de cession pré-arrangée.....	470
B. La fixation de la date d'examen des offres	472
III. La réalisation de la cession pré-arrangée dans le cadre de la liquidation judiciaire	474
A. La fixation de l'audience d'examen des offres	474
B. Les délais de convocation.....	476
Paragraphe II. Les responsabilités du cédant et du cessionnaire : convergence des législations française et OHADA	477
I. Les obligations du cédant.....	478
A. Le devoir général d'information précontractuelle.....	478
B. Le devoir d'information des salariés	484
C. Le devoir de garantie de passif	487
II. Les obligations du cessionnaire	491
A. Le paiement du prix de la cession	492
B. La bonne exécution des contrats transférés	493
Conclusion du Chapitre 2	504
Conclusion du titre 2	505
Conclusion de la deuxième partie.	507
Conclusion générale	508
Bibliographie.....	511
Index alphabétique	548
Table des matières	551