



Université
de Toulouse

THÈSE

En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par :

Université Toulouse 1 Capitole (UT1 Capitole)

Discipline ou spécialité :

Droit privé et sciences criminelles

Présentée et soutenue publiquement par :

Moussa OULD EBA

Le 16 décembre 2013

Titre :

Le rôle de l'information en droit des entreprises en difficulté

École doctorale et discipline ou spécialité :

ED SJP : Droit

Unité de recherche :

Centre de Droit des Affaires

Directeur de Thèse :

Monsieur Gérard JAZOTTES

JURY :

Madame Laurence-Caroline HENRY

Professeur à l'Université de Nice Sophia-Antipolis (Rapporteur)

Monsieur Pascal RUBELLIN

Maître de conférences à l'Université de Poitiers (Rapporteur)

Monsieur Olivier STAES

Maître de conférences à l'Université Toulouse 1 Capitole (Suffragant)

Monsieur Gérard JAZOTTES

Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole (Directeur de thèse)

À ma mère

À mon père

À mon épouse

À mon fils

À toute ma famille

*Je tiens tout d'abord à exprimer ma profonde gratitude à Monsieur le Professeur **Gérard JAZOTTES** pour sa disponibilité et ses précieux conseils. Ce travail n'aurait pas pu aboutir sans ses encouragements et son soutien.*

*Je témoigne également ma reconnaissance aux professeurs **Corinne MASCALA** et **Corinne SAINT-ALARY-HOUIN** pour m'avoir accueilli au sein du Centre de Droit des Affaires.*

*Je remercie ensuite mon épouse **Sena** pour sa tendresse et son soutien sans faille. Le meilleur est à venir.*

Enfin, je remercie tous mes amis et mes collègues qui ont participé, de près ou de loin, à la réalisation de ce travail.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

AG	Assemblée générale
Al.	Alinéa
AMF	Autorité des marchés financiers
Art.	Article
BODACC	Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. tav.	Code du travail
CA	Cour d'appel
Cass. ass. plén.	Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de Cassation
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
D	Dalloz
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
J.-Cl	JurisClasseur (Encyclopédies)
JCP E	La semaine Juridique- Entreprise et affaires
JCP G	La semaine juridique- Édition générale
JCP N	La semaine juridique- Notariale et immobilière
JCP S	La semaine juridique- Édition sociale

JOAN	Journal officiel de l'Assemblée nationale
LPA	Les Petites Affiches
PCG	Plan Comptable Général
PUF	Presses Universitaires de France
RCS	Registre du commerce et des sociétés
RDC	Revue des contrats
Rép. min.	Réponse ministérielle
Rev. pro. coll.	Revue des procédures collectives
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
SA	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée
SAS	Société par actions simplifiée
T.	Tome

SOMMAIRE

Introduction

Partie première : La pluralité des auteurs de l'information

Titre 1 : La complémentarité dans l'élaboration de l'information préventive

Chapitre 1 : Les obligations comptables et financières mises à la charge des dirigeants

Chapitre 2 : L'information des dirigeants par les mécanismes d'alerte

Titre 2 : La coopération dans l'élaboration de l'information protectrice

Chapitre 1 : L'élaboration des informations relatives au patrimoine de l'entreprise

Chapitre 2 : L'élaboration des informations relatives au sort de l'entreprise

Partie seconde : La sélectivité des destinataires de l'information

Titre 1 : Un accès limité à l'information pour les besoins de l'entreprise en difficulté

Chapitre 1 : Le sort du secret et des informations confidentielles en droit des entreprises en difficulté

Chapitre 2 : La particularité du secret relatif aux difficultés de l'entreprise

Titre 2: L'utilisation de l'information pour les besoins de la procédure collective judiciaire

Chapitre 1 : Le partage finalisé de l'information

Chapitre 2 : Le recours à la transparence de l'information

Conclusion générale

INTRODUCTION

La connaissance est une condition de l'action tangible puisqu'elle permet à l'individu de se caler sur la réalité pour agir de façon rationnelle¹.

1. La notion d'information. Parler du rôle de l'information en droit des entreprises en difficulté sous-entend la reconnaissance d'une notion dont l'analyse du rôle fera l'objet de cette étude. Or, la notion d'information est ambiguë² et ses mécanismes sont éparpillés, notamment en droit des entreprises en difficulté.

Dans son sens usuel, l'information pourrait être définie comme « l'ensemble des données concernant un sujet précis »³. Il s'agit pour la doctrine, de tout élément de connaissance, de toute nouvelle et de tout renseignement, transmis par tout moyen de communication⁴. Appliquée à l'entreprise, l'information peut être interne ou externe. À l'intérieur, elle s'intéresse à l'activité, à la productivité, à la rentabilité, au choix de financement et à l'état de trésorerie. Tandis qu'à l'extérieur de l'entreprise, l'information peut concerner le marché, les distributeurs, les consommateurs et les utilisateurs, la concurrence ainsi que tout l'environnement de l'entreprise. Autrement dit, du point de vue de l'entreprise, l'information pourrait être commerciale, comptable, financière, sociale ou environnementale⁵.

L'information est ainsi un moyen de gestion fiable et une garantie indispensable pour la protection des intérêts des acteurs de l'activité économique. D'une part, grâce à l'analyse des informations comptables, financières et sociales, les dirigeants peuvent prendre des décisions rentables, rationnelles et adéquates à la situation de leurs entreprises. D'autre part, l'information des cocontractants, des associés et des actionnaires, des consommateurs et des salariés sur l'objet et la nature de leurs obligations est un droit fondamental⁶.

1 **A. LEPAGE**, « Rapport annuel de la Cour de cassation », année 2010, troisième partie, le droit de savoir.

2 **O. DE MAISON ROUGE**, Le droit de l'intelligence économique, Lamy, éd. 2012, p. 34 et s.

3 Académie des sciences commerciales, Dictionnaire commercial, PUF, 1994 Paris, p 372.

4 **A. SAYAG** et al. Publicités légales et information dans les affaires, Litec, 1992, p. 1.

5 *Ibid.*

6 **M. FABRE-MAGNAN**, De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie, LGDJ 1992.

2. En effet, pour garantir l'efficacité du rôle de l'information, le législateur a donné une importance particulière à ses modalités d'élaboration et de publication. Sans vouloir faire une liste exhaustive, nous nous intéresserons principalement aux règles fondamentales qui ont une influence particulière en droit des entreprises en difficulté.

3. L'hypothèse de la continuité d'exploitation. Il s'agit en premier lieu de l'hypothèse de la continuité d'exploitation, annoncée par l'article L. 123-20 du Code de commerce. En vertu de ce texte, dans l'élaboration de leurs comptes annuels, les commerçants sont présumés poursuivre leurs activités. Cette théorie, d'origine comptable, a de grandes répercussions en droit des entreprises en difficulté⁷. D'une part, le fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation est un critère fondamental du déclenchement des procédures d'alerte⁸. D'autre part, l'hypothèse de la rupture de continuité d'exploitation est en général le résultat de la gravité des difficultés de l'entreprise. Il s'agit de la conséquence dramatique du déséquilibre financier qui justifie l'ouverture des procédures collectives en raison notamment de la cessation des paiements. D'ailleurs, l'un des objectifs principaux des procédures collectives est le maintien de l'activité qui favorise « *l'exécution ponctuelle des obligations postérieures à l'ouverture de la procédure* »⁹.

4. En effet, compte tenu de la théorie de la continuité d'exploitation, l'entreprise est considérée en état de fonctionnement normal et pouvant continuer ses activités dans un avenir prévisible, sauf précision contraire¹⁰. L'information est ainsi établie dans une perspective de continuité d'exploitation. Son auteur doit partir de cette hypothèse et son lecteur est présumé la voir dans cette perspective. Pour reprendre les propos d'un auteur, les informations comptables et financières sont établies « *en comptabilité d'exploitation,*

7 La théorie de la continuité d'exploitation est inspirée l'article 31 de la quatrième directive européenne du 25 juillet 1978 qui prévoit que « *lors de l'évaluation des postes figurant dans les comptes annuels, la société est présumée continuer ses activités* ».

8 Voir *infra* n° 155 et s.

9 **D. VIDAL**, « *Prévention des difficultés des entreprises* », J.-Cl. Procédures collectives, Fasc. 2025, 1/12/2005, n° 9.

10 **B. SOINNE**, « *La procédure d'alerte instituée par la loi du 1er mars 1984 et la mission du commissaire aux comptes* », JCP E n° 43, 24 Octobre 1985, 14563.

c'est-à-dire avec l'hypothèse, présumée selon la loi, mais qu'il faut vérifier, que l'entreprise continue ses activités ; tout lecteur des états financiers d'une entreprise, fournisseur, banquier ou associé est réputé considérer que l'entreprise continue son exploitation et que les comptes sont établis en conformité avec la vérification de cette hypothèse »¹¹.

5. La permanence des méthodes. La vérification de la continuité d'exploitation exige, en outre, le respect de la permanence des méthodes. Il s'agit de la nécessité de la cohérence des informations comptables et financières au cours des périodes successives qui implique nécessairement la permanence dans l'application des règles et procédures¹². Cette exigence est justifiée notamment par la nécessité d'empêcher toute tentative d'occulter l'évolution réelle de l'entreprise sous le couvert des changements de méthodes de présentation des comptes. L'article L. 123-17 du Code de commerce dispose qu'à moins « *qu'un changement exceptionnel n'intervienne dans la situation du commerçant, personne physique ou morale, la présentation des comptes annuels comme des méthodes d'évaluation retenues ne peuvent être modifiées, d'un exercice à l'autre* ». Il en est de même dans l'article 120-3 du Plan Comptable Général qui énonce que « *la cohérence des informations comptables au cours des périodes successives implique la permanence dans l'application des règles et procédures* ».

6. La nécessité de l'évolution normale des règles comptables. L'exigence de la permanence des méthodes ne peut toutefois être une source d'entrave à l'évolution normale des règles comptables. Le changement de la situation de l'entreprise doit justifier le changement des normes applicables¹³. Mais, le législateur pose quelques conditions particulières¹⁴. D'une part, le changement de la situation de l'entreprise, motif de la dérogation au principe de permanence des méthodes, doit être exceptionnel. D'autre part, la dérogation elle-même doit être de nature à permettre l'obtention d'une meilleure

11 **D. VIDAL**, *op. cit.* n° 1.

12 PCG art. 120-3.

13 **J.-L. MEDUS**, « *De quelques problématiques contemporaines de droit comptable* », LPA 04 février 1999 n° 25, p. 13.

14 PCG art. 130-5.

information, dans le cadre d'une méthode préférentielle¹⁵, selon l'appréciation de l'organisme normalisateur¹⁶. Au terme de l'article 130-5 alinéa 2 du Plan Comptable Général, « *l'adoption d'une méthode comptable pour des événements ou opérations qui diffèrent sur le fond d'événements ou d'opérations survenus précédemment, ou l'adoption d'une nouvelle méthode comptable pour des événements ou opérations qui étaient jusqu'alors sans importance significative, ne constituent pas des changements de méthodes comptables* ». Dans son 3^{ème} alinéa, cet article précise, de plus, que si des changements de méthodes ont été effectués, « *des comptes pro forma des exercices antérieurs présentés sont établis suivant la nouvelle méthode* ». Enfin, la modification doit être décrite et mentionnée dans l'annexe et le rapport de gestion afin de renforcer la qualité de l'information¹⁷.

7. Le renforcement de la qualité de l'information en droit commun. L'importance de la qualité de l'information a été reconnue par le législateur depuis l'émergence d'un droit propre aux commerçants. La nécessité de la régularité des documents comptables pour qu'ils soient admis comme une preuve entre commerçants¹⁸ ou une base de référence dans les relations de l'entreprise avec l'administration fiscale en est une parfaite illustration¹⁹.

8. Compte tenu de cette importance, le renforcement de la qualité de l'information est devenu un mouvement caractérisant l'évolution du système juridique contemporain. Il concerne toutes les spécialités du droit, notamment le droit des obligations, le droit de la consommation, le droit des contrats, le droit commercial, le droit des sociétés, le droit fiscal et le droit social. Particulièrement en droit des sociétés, l'objectif principal de la

15 La méthode préférentielle est celle considérée par l'organisme normalisateur comme conduisant à une meilleure information. Son changement doit être justifié dans les conditions portées à l'article 130-5 PCG.

16 Cf. **F. DEKEUWER-DEFOSSEZ** et al. Droit commercial, Montchrestien, 10^{ème} éd. 2010, p. 182 et s.

17 **A. MIKOL**, « *L'image fidèle: Le rôle central de l'annexe* », LPA Fasc. 7, 12 avril 2007 n° 74, p. 30.

18 Ce principe a été reconnu par l'ordonnance du Colbert 1673 et repris ensuite par l'article L. 123-23 du Code de commerce. En vertu de ce texte « *la comptabilité régulièrement tenue peut être admise en justice pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce* ». Pour plus d'amples voir **G. RIPERT** et **R. ROBLOT**, Traité de droit commercial, LGDJ, T. 1, 18 éd.. n° 305 et s.

19 Cf. **D. LEGEAIS**, Droit commercial et des affaires, D. 19^{ème} éd. 2009, p. 43 ; **D. VIDAL**, Droit des sociétés, LGDJ, 6^{ème} éd. 2008, p. 249 et s.

création des entreprises est la réalisation de bénéfices. Or, les bénéfices ne peuvent être déterminés qu'à la lumière des informations comptables et financières. C'est grâce à la comparaison des bilans de la société dans une période déterminée par une méthode régulière et sincère que la situation de l'entreprise peut être définie²⁰. En outre, l'idée de la gestion des entreprises elle-même n'est envisageable qu'à la base de l'analyse de l'évolution historique, de la situation actuelle et de l'avenir prévisible de l'entreprise²¹.

9. La qualité de l'information en droit des entreprises en difficulté. Basé sur cette exigence d'analyse des informations, le rôle de l'information en droit des entreprises en difficulté dépend essentiellement de la qualité de celle-ci. Car, pour être fiable et efficace, l'information doit être régulière, sincère et de nature à donner une image fidèle de l'entreprise²².

10. Ces exigences ne sont cependant pas propres au droit des entreprises en difficulté. Elles concernent toutes les spécialités du droit. Mais, leur importance en droit des entreprises en difficulté est bien particulière. Dans cette matière, le respect de la qualité de l'information permettrait aux dirigeants la détection précoce des indices des difficultés et la prise de décisions d'une manière plus appropriée, plus stratégique et plus rationnelle²³. En outre, le respect de la qualité de l'information est exigé par les considérations de la protection. Du point de vue de l'entreprise, l'identification des difficultés et la détermination du patrimoine se font en fonction de la fiabilité de l'information. C'est grâce à la fiabilité de l'information préparatoire et protectrice que le sort de l'entreprise pourrait être décidé en toute connaissance de cause. Enfin, une information fiable est une garantie de protection pour les partenaires de l'entreprise en difficulté contre la discipline

20 La comptabilité a été défini par l'article 120-1 du PCG comme « *un système d'organisation de l'information financière permettant de saisir, classer, enregistrer des données de base chiffrées et présenter des états reflétant une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entité à la date de clôture* ».

21 **J. MESTRE** et al. Droit commercial, droit interne et aspects de droit international, LGDJ, 29^{ème} éd., 2012, p. 240 et s.

22 C. com., art. 123-14.

23 **B. ZABALA**, « *Prévention des difficultés des entreprises et obligation d'information du public* », JCP E n° 19, 8 Mai 2008, 1598.

collective²⁴. Peut-on cependant déduire de l'importance de la qualité de l'information la nécessité de sa conformité à la réalité économique de l'entreprise en difficulté?

Cela nous conduit à la distinction entre la théorie de la simulation, de l'apparence juridique et de la réalité économique.

11. La théorie de la simulation. Dans la théorie de la simulation, les parties masquent leur contrat véritable et leur volonté réelle (*contre-lettre*) derrière un acte ostensible (*acte apparent*)²⁵. Il s'agit d'un mensonge concerté dans la mesure où les parties dissimulent la réalité juridique de leur contrat pour créer une situation juridique différente²⁶.

En vertu de l'article 1321 du Code civil, « *les contre-lettres ne peuvent avoir leurs effets qu'entre les parties contractantes ; elles n'ont point d'effet contre les tiers* ». Mais, les tiers de bonne foi peuvent se prévaloir de l'acte secret lorsqu'il est plus avantageux²⁷. En cela, la simulation se rapproche de la théorie de l'apparence juridique. Mais, à la différence de celle-ci elle suppose la concertation mensongère des parties²⁸.

12. L'apparence et la réalité économique. S'agissant cependant de l'apparence juridique, elle est opposée traditionnellement à la réalité économique de l'entreprise. Mais, à la différence de celle-ci, la théorie de l'apparence juridique permet au tiers de bonne foi d'en tirer les conséquences et de se prévaloir indifféremment de l'apparence ou de la réalité de l'entreprise²⁹. Il s'agit, en effet, d'une notion protectrice basée sur « *la croyance de ceux qui ont tiré les conclusions normales de l'observation de la situation de fait visible* »³⁰.

24 Cf. N. FRICERO, « *Les procédures collectives à l'épreuve du procès équitable* », in *mélange*, éd. Frison-Roche.

25 Ch. LARROUMET et al., *Droit civil*, T. III, ECONOMICA, 5^{ème} éd., p. 896.

26 Cass. civ. 1^{ère} ch. 13 janv. 1953, Bull. civ. I, n° 15 ; Cass. com., 21 juin 1961, Bull. civ. III, n° 283.

27 M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, contrat et engagement unilatéral*, 3^{ème} éd., p. 411.

28 J. GHESTIN et al., *Traité de droit civil*, LGDJ 3^{ème} éd., p. 928 et s.

29 J. CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, 1959 ; E. LEVY, *La confiance légitime*, RTD civil 1910, p. 717.

30 J. GHESTIN et al., *op. cit.* p. 936.

13. Néanmoins, appliquée à l'information comptable et financière en particulier, la portée de la distinction entre l'apparence juridique et la réalité économique doit être minimisée. En s'appuyant sur la définition de la comptabilité, une partie de la doctrine insiste sur la complémentarité de ces deux notions³¹. Il s'agit, de ce point de vue, d'une « *dualité des règles d'analyse des faits économiques et de traduction comptable de ces derniers* »³². À l'analyse formelle préétablie se superpose l'analyse substantielle, qui « *tantôt confirme, tantôt invalide cette première analyse formelle ou supplée les carences de cette dernière* »³³. Certains auteurs ont pu même considérer que cette réalité formelle constitue « *le fondement juridique de l'intention des parties ; elle correspond à la naissance de l'accord. La réalité substantielle est l'expression matérielle de cette intention ; elle correspond à l'exécution de l'accord. Entre ces deux notions, les comptables ont choisi la réalité substantielle puisqu'ils comptabilisent l'exécution du contrat et non les engagements contractuels* »³⁴.

14. Le concept patrimonial de l'entreprise. Toutefois, la dualité du concept de l'information comptable et financière mettrait en évidence la nécessité de la prise en compte du concept patrimonial de l'entreprise. En droit commun, le patrimoine est défini comme « *un ensemble de biens et d'obligations d'une personne, envisagé comme formant une universalité de droit, c'est-à-dire un tout, une unité juridique* »³⁵. Le droit de gage des créanciers peut ainsi être délimité grâce au critère juridique de patrimonialité. Car, celui-ci détermine l'inscription des biens au bilan et fonde les états comptables de l'entreprise³⁶, d'où l'importance d'une comptabilité régulière, sincère et de nature à donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise³⁷.

31 **F. PASQUALINI**, Le principe de l'image fidèle en droit comptable, Université de Paris 2, 1990, Litec 1992, n° 54.

32 **J.-L. MEDUS**, *op. cit.*

33 *Ibid.*

34 **F. PASQUALINI**, *op. cit.*

35 **J. CARBONNIER**, Droit civil, T. III, Les biens, P.U.F., coll. Thémis 1991, n° 1.

36 Cf. **F. COHET-CORDEY**, « *La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français* », Revue Trimestrielle de Droit Civil, 01/10/1996, p. 4, 819.

37 **A. MIKOL**, *op. cit.*

En effet, le critère retenu pour la bonne présentation de la réalité économique de l'entreprise était celui de l'exactitude des informations comptables et financières. Ce critère, fondé sur la notion de patrimonialité, consistait en la simple application stricte des prescriptions légales et réglementaires³⁸. Une partie de la doctrine n'était pas cependant convaincue de l'aptitude de ce critère à traduire fidèlement la situation économique et financière de l'entreprise³⁹. La loi n° 83-353 du 30 avril 1983 relative à l'harmonisation des obligations comptables des commerçants et de certaines sociétés avec la quatrième directive européenne du 25 juillet 1978 a pris en compte cette critique et instauré le critère de l'image fidèle de l'entreprise. Au fond, ces deux critères ne sont pas contradictoires. Leur complémentarité est plus compatible avec l'exigence de la fiabilité de l'information qui doit être partagée avec les partenaires de l'entreprise⁴⁰.

15. Les mécanismes de partage de l'information. En droit des entreprises en difficulté, mais aussi en droit des affaires d'une manière générale, les détenteurs de l'information doivent parfois la partager avec leurs partenaires. Cela peut être en raison d'une obligation d'information, de renseignement, de conseil ou d'une obligation de publicité légale⁴¹.

16. De la loyauté à la coopération. Ce partage de l'information est exigé tout d'abord par la théorie générale de loyauté, inspirée des articles 1134 et 1135 du Code civil. En effet, l'impératif de loyauté et de bonne foi implique la nécessité de l'information. Selon les propos de la Cour de cassation, « *l'obligation de contracter de bonne foi implique une obligation d'information quant à des faits intervenus avant la cession et connus par les seuls vendeurs et qui constituent une information déterminante* » pour le cessionnaire⁴². Chaque partie doit ainsi fournir à l'autre toutes les informations nécessaires à

38 F. PASQUALINI, *op. cit.*

39 Cf. J.-L. MEDUS, *op. cit.*

40 *Ibid.*

41 M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*

42 Cass. com., 7 juin 2011, n° 10-13.622, RDC 2005, p. 1025, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; Voir également J. GHESTIN et al. « *Chronique du droit des contrats* », JCP G n° 42, 17 Octobre 2011, doct. 1141.

l'éclaircissement de son consentement⁴³. En vertu de sa qualité, de la nature du contrat ou de la prestation, le créancier doit coopérer avec son cocontractant, non seulement lors de la négociation⁴⁴, mais aussi au cours de l'exécution du contrat⁴⁵. Il doit être utile à son débiteur. C'est ainsi que la jurisprudence a développé l'obligation d'information, l'obligation de renseignement et l'obligation de conseil⁴⁶.

17. L'obligation d'information. Justifiée par l'inégalité de compétences, l'obligation d'information est mise à la charge de la partie la plus compétente ou la mieux informée au profit de l'autre partie⁴⁷. Cette exigence, applicable en droit des obligations, en droit des contrats et en droit des sociétés, est considérablement enrichie en droit de la consommation⁴⁸. Le consommateur doit pouvoir accéder librement à l'information⁴⁹. Il doit être informé des caractéristiques essentielles du produit ou du service sans avoir besoin de faire une demande orale auprès du vendeur⁵⁰.

18. L'obligation de renseignement et de conseil. Par ailleurs, au-delà de l'obligation de fourniture d'une information exacte et compréhensible, certains professionnels sont soumis à l'obligation de conseil⁵¹. Créée par la jurisprudence, cette obligation est destinée à éclairer le consentement du cocontractant sur les avantages et les inconvénients de l'opération en question⁵². Il s'agit, en effet, de mettre en garde, de conseiller et d'orienter le choix du bénéficiaire de cette obligation⁵³. La situation personnelle et les besoins réels du

43 Cf. A. SAYAG et al. *op. cit.* p. 2.

44 J. MESTRE, « D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration », RTD civil, 1986, p. 100 et s.

45 Y. PICOD, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », JCP G 88, I, 3318, n° 15.

46 Ch. LARROUMET et al., *op. cit.* p. 341 et s.

47 M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.* n° 244.

48 Elle trouve son origine dans l'article 1602 du Code civil qui exige le vendeur à communiquer à l'acheteur une information claire et compréhensible.

49 C. com., art. L.134-1.

50 C. com., art. L. 111-1, L. 111-2 et L. 111-3.

51 M. STORCK, « Les obligations d'information, de conseil, et de mise en garde des prestataires de services d'investissement », Bull. Joly Bourse, 01 mai 2007 n° 3, p. 311.

52 Cass. 1^{ère} ch. civ., 7 juin 1989, Bull. civ. 1989, I, n° 232 ; Cass. 26 mars 2002, n° 99-13.810, RTD Com, 2002, n° 3, p. 523, note M. CABRILLAC.

53 M. STORCK, *op. cit.*

bénéficiaire de cette obligation doivent être pris en compte par son débiteur. Celui-ci doit orienter son client vers les différentes possibilités et attirer son attention en lui faisant part de son opinion personnelle et de ses suggestions⁵⁴.

19. La notion d'information légale. La complexité et la diversité des affaires ont conduit à la multiplicité des obligations d'information. Ainsi, la doctrine parle d'une théorie générale de l'information légale qui serait comparable, dans certaines mesures, à celle de la publicité légale⁵⁵. Il s'agit de toutes les normes qui ont pour objet ou pour conséquence de porter à la connaissance d'un bénéficiaire légitime des éléments nécessaires pour l'appréciation de ses droits et ses obligations⁵⁶. L'information légale peut ainsi être définie comme toute information mise à la charge des acteurs de l'activité économique par un texte légal⁵⁷. Son débiteur doit respecter toutes les normes législatives ou réglementaires relatives à son établissement, à son contenu et à sa circulation⁵⁸.

20. La particularité de la publicité légale. Toutefois, l'information légale ne doit pas être confondue avec la publicité légale qui est le moyen traditionnel de la divulgation des informations au public. Celle-ci pourrait être définie comme « *l'ensemble des règles qui imposent à certaines personnes de communiquer au public une information sur certains faits ou actes, selon une forme et sur un support déterminés* »⁵⁹. Elle se distingue ainsi de tous les autres mécanismes d'information par sa formalité, ses effets et la nature de ses destinataires.

54 **M. B. CRESCENZO-D'AURIAC**, « *Devoir d'information et de conseil en matière d'assurance* », J.-Cl. Civil, Fasc. 6, 2005, p. 5.

55 **A. REYGROBELLET** et al. « *Secret et transparence, le vice ou la vertu?* », colloque organisé le 8 décembre 2004 par le CREDA, l'Ordre des avocats de Paris et l'Université Paris-Dauphine, sous la présidence du **J. MONÉGER**. Gazette du Palais, Cahier de droit de la concurrence interne et communautaire, n° 196 à 200 du 15-19 juillet 2005.

56 **Y. GUYON**, « *La transparence dans les procédures collectives* », LPA 21 avril 1999 n° 79, p. 8.

57 **A. REYGROBELLET** et al. *op. cit.*

58 Pour plus d'amples sur les obligations d'information voir **J. ALISSE**, L'obligation de renseignement dans les contrats, thèse Paris, 1975 ; **Y. BOYER**, L'obligation de renseignement dans la formation du contrat, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1978.

59 **A. SAYAG** et al. *op. cit.* p. 2.

21. En effet, en raison de la sécurité juridique des cocontractants et des tiers, la formalité de la publicité légale, qui commande le choix de son support, doit être précisée par la règle juridique qui impose la publicité de l'information⁶⁰. Cela met en évidence la qualité des acteurs publics et privés investis du contrôle, de la gestion et de la diffusion de chaque catégorie d'information⁶¹. Il convient cependant de signaler qu'en droit des entreprises en difficulté, la majorité des informations sont publiées au greffe du tribunal et insérées, en même temps, dans des journaux d'annonces légales.

22. En outre, à la différence des autres mécanismes d'information, la formalité de la publicité légale induit souvent des effets de droit majeurs, telle que l'acquisition de la personnalité morale. L'immatriculation au registre du commerce et des sociétés et la déclaration à la préfecture en sont les bons exemples⁶². En revanche, quant à l'information légale, elle ne constitue pas vraiment une notion juridique, même si son défaut d'exécution pourrait sévèrement être sanctionné⁶³.

23. Enfin, comme le désigne son nom, la publicité légale est par nature destinée au public. À la différence de la simple information, dont les destinataires sont connus ou identifiables, la publicité légale est prévue pour assurer l'information d'un public indéterminé⁶⁴. Mais, ce critère de distinction doit être nuancé. En effet, les associés et les actionnaires qui sont en principe identifiables peuvent être informés de la vie sociale de l'entreprise par le biais de la publicité légale⁶⁵. Il en est de même quant à l'information des créanciers en droit des entreprises en difficulté. Leur liste nominative doit être déposée au greffe du tribunal⁶⁶.

60 Y. GUYON, Droit des affaires, T. 1, Economica, 12^{ème} éd. 2003, p. 1011 et s.

61 F. TERRÉ, « Sécurité juridique et annonces légales », Gaz. Pal. 11 octobre 2008 n° 285, p. 2.

62 J.-M. BAHANS, « Publicité des sociétés », J.-Cl. Sociétés Traité, Fasc. 27-50.

63 Le défaut d'information pourrait être sanctionné par l'inopposabilité, la nullité et pourrait même parfois constituer un délit d'entrave : Cf. *infra* n° 582 et s.

64 J. MONÉGERR, et al. « Secret et transparence, le vice ou la vertu ? », *op. cit.*

65 Cf. *infra* n° 93.

66 C. com., art. L. 622-6 et R. 622-5 du Code de commerce.

Le recours à la publicité légale pour informer des destinataires connus peut ainsi être justifié en ce qui concerne les actionnaires par le fait que leur identification n'est pas toujours évidente⁶⁷. Les actionnaires d'une société anonyme, notamment ceux des sociétés cotées sont généralement inconnus des dirigeants⁶⁸. S'agissant cependant des créanciers, ils sont en principe connus du débiteur et des organes de la procédure. De ce fait, ils doivent être avertis personnellement de l'ouverture de la procédure collective et de la nécessité de la déclaration de leurs créances⁶⁹. La publicité légale de la liste nominative des créanciers est justifiée par les considérations protectrices de la procédure collective.

En effet, la qualité des institutions qui contrôlent la fiabilité de l'information et qui assurent sa diffusion est une source de garantie de protection des intérêts des associés et des créanciers⁷⁰.

24. La vertu de l'imprécision de la notion d'information. De ce qui précède, nous soulignons que l'imprécision de la notion d'information pourrait être avantageuse pour l'analyse de son rôle en droit des entreprises en difficulté. Elle permettra d'appréhender le rôle de tous les éléments informatifs, de toutes les nouvelles, de toutes les données et de tous les renseignements en droit des entreprises en difficulté. À notre sens, le fait que l'information soit publiée ou non, n'a d'importance que dans la mesure où cette modalité de publicité ou de confidentialité a une influence sur le rôle de l'information.

25. Reconnaissons cependant que la question du vice et de la vertu du secret et de la transparence de l'information a été posée lors d'un colloque organisé par le CREDA en 2004⁷¹. Mais, en dépit de l'importance de ce travail, le rôle de l'information, notamment en droit des entreprises en difficulté, n'a pas été dévoilé. La vertu et le vice ne doivent pas être recherchés seulement dans le secret ou la transparence de l'information. L'analyse du rôle de l'information met en évidence la nécessité d'identification de son auteur qui

67 J.-M. BAHANS, *op. cit.*

68 A. BRUNET et M. GERMAIN, « L'information des actionnaires et du comité d'entreprise dans les sociétés anonymes », *Rev. Sociétés*, 1985, p. 1 et s.

69 C. com., art. L. 622-24 et R. 622-21.

70 Cf. Y. GUYON, « La transparence dans les procédures collectives », *op. cit.*

71 J. MONÉGERR, et al. « Secret et transparence, le vice ou la vertu? », *op. cit.*

pourrait agir en tant que titulaire d'un droit ou débiteur d'une obligation d'information. L'analyse du rôle de l'information suppose également la détermination de son contenu et de la qualité de son destinataire. La combinaison de ces trois éléments permettrait la détermination de la modalité facultative ou obligatoire d'élaboration de l'information et, par conséquent, les mesures de confidentialité ou de transparence qui seront adoptées. En effet, à la question de savoir dans quelle mesure il faut informer, nous préférons mettre l'accent sur la raison pour laquelle une information est établie et publiée en droit des entreprises en difficulté. Autrement dit, quel intérêt peut-on tirer de l'élaboration et de la circulation de l'information en droit des entreprises en difficulté ?

Pour répondre à cette question, il faudra tout d'abord déterminer les intérêts qui doivent être pris en comptes. S'agit-il des intérêts de l'entreprise en difficulté, des intérêts des salariés, des intérêts des associés, des intérêts des créanciers ou plus généralement de l'intérêt de l'ordre économique ?

Les intérêts principaux en droit des entreprises en difficulté s'articulent autour de la prévention des difficultés, du maintien de l'activité, de la sauvegarde de l'emploi et de l'apurement du passif⁷².

26. Le rôle préventif de l'information. Depuis la loi du 1^{er} mars 1984, la prévention des difficultés est la première préoccupation des dirigeants, des associés et des salariés. D'une discipline collective orientée vers le désintéressement des créanciers, le droit des entreprises en difficulté est devenu l'ensemble des règles destinées à prévenir et à traiter les défaillances des entreprises en difficulté⁷³. Grâce à cette évolution profonde, l'anticipation et la prévention des difficultés sont aujourd'hui les préoccupations centrales du législateur, des praticiens et des tribunaux de commerce. Mais, quelle difficulté peut-on prévenir par l'information ?

27. La notion de difficultés. La notion de difficultés est une notion ambiguë. La loi ne lui donne aucune définition. Mais, du point de vue de la doctrine, elle pourrait englober

72 C. com., art. L. 620-1, L. 631-1 et L. 640-1.

73 C. SAINT-ALARY-HOUIN, Droit des entreprises en difficulté, LGDJ, 8^{ème} éd. 2013, p. 9.

toute difficulté d'ordre humain, économique, financier ou juridique⁷⁴. Les difficultés d'ordre humain peuvent résulter, à titre d'exemple, d'un grand mouvement social, d'un conflit important au sein de la direction, de la démission des dirigeants et de la mauvaise organisation d'effectif⁷⁵. Quant aux difficultés, économiques et financières, elles peuvent être liées à la demande sur le marché, à la perte d'une position de monopole ou des clients importants, à l'insuffisance de fonds de roulement, à l'obtention de crédits ou l'exigence de nouvelles garanties réelles sur les biens de l'entreprise pour les concours anciens ou l'obtention de crédits avec des conditions plus lourdes⁷⁶.

28. Dès l'apparition des signes des difficultés, l'entreprise a un grand intérêt à agir le plus tôt possible. Des conclusions fermes, résultant de la situation grave de l'entreprise, telle que la perte d'un tiers du capital social, le licenciement d'un nombre important du personnel et le défaut ou les retards de paiement, doivent être anticipées⁷⁷. De ce fait, pour prévenir et anticiper les difficultés, les acteurs de l'activité économique doivent surveiller et analyser les indices de celles-ci. Ils ont besoin de s'informer et d'être informés pour prévenir leurs difficultés. Toutefois, lorsque l'entreprise est en état de cessation des paiements, le besoin de protection se substitue à celui de la prévention, d'où l'importance du rôle protecteur de l'information.

29. Le rôle préparatoire et protecteur de l'information. L'idée de la protection n'a jamais été étrangère au droit des procédures collectives. À l'origine, celui-ci avait pour objectif le désintéressement des créanciers et l'élimination de mauvais commerçant « *afin d'assainir la profession commerciale et de protéger l'économie nationale* »⁷⁸. Avec l'évolution de la notion d'entreprise et la distinction du sort de celle-ci de celui du dirigeant, cet objectif est complètement bouleversé. L'entreprise est désormais placée au

74 F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 9^{ème} éd. 2012, p. 76 et s.

75 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.* p. 244.

76 D. VIDAL, « *Prévention des difficultés des entreprises* », *op. cit.* n° 36.

77 F. PÉROCHON, *op. cit.* p. 34.

78 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.* p. 21.

cœur de l'organisation des procédures collectives⁷⁹. Les procédures collectives ne sont plus guidées par les intérêts des créanciers, mais plutôt, organisées autour de l'entreprise qui impose son rythme⁸⁰. Désormais, le rythme de l'entreprise favorise la poursuite de l'activité et le maintien de l'emploi au désintéressement des créanciers⁸¹.

Cependant, les objectifs de la procédure collective ne peuvent être réalisés sans une information fiable sur la nature des difficultés, le patrimoine de l'entreprise et les perspectives de redressement. C'est grâce à cette information que les mesures de sauvetage, opposables aux partenaires de l'entreprise en difficulté, peuvent être prises en toute connaissance de cause. Mais le corollaire de cette opposabilité, pour les partenaires de l'entreprise en difficulté est le droit à l'information⁸². L'entreprise a besoin de l'information pour se protéger. Ses partenaires ont aussi besoin d'être informés pour se protéger contre la défaillance de celle-ci.

30. Il en résulte que l'information joue un rôle important non seulement au niveau de l'anticipation et de la prévention des difficultés, mais aussi, tout au long du traitement de celles-ci. Elle garantit le bon déroulement de la procédure collective et assure la protection des intérêts légitimes de toutes les personnes concernées par la discipline collective. Il peut s'agir évidemment des intérêts de l'entreprise elle-même, mais aussi des intérêts des salariés, des créanciers, des partenaires de l'entreprise en difficulté et de l'intérêt d'ordre économique en général.

31. Par ailleurs, assurer les intérêts légitimes de toutes les parties concernées par la discipline collective est une mission délicate, notamment lorsque ces intérêts sont

79 **P.-M. LE CORRE**, « 1807-2007, 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise », Gaz. Pal. 21 juillet 2007 n° 202, p. 3.

80 C'est la loi du 13 juillet 1967 qui a distingué les mesures patrimoniales qui concernent l'entreprise et les mesures extrapatrimoniales qui frappent les mauvais dirigeants.

81 L'article premier de la loi n 85-98 du 25 janvier 1985 énonçait qu'il « *est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif* ». Depuis la loi de sauvegarde les articles L. 620-1 et L. 631-1 du Code de commerce précise que la procédure de sauvegarde et celle de redressement ont comme objectif la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. En revanche, l'article L. 640-1 dispose que la procédure de liquidation judiciaire est destinée à la cessation de l'activité et à la réalisation du patrimoine de l'entreprise.

82 Cf. **J.-L. VALLENS**, « *l'information des créanciers* », LPA 14 juin 1995 n° 71, p. 16.

contradictoires. Peut-on assurer les intérêts légitimes de l'entreprise en difficulté sans porter une atteinte aux intérêts légitimes des créanciers ?

Le caractère pragmatique du droit des entreprises en difficulté met en évidence le classement des priorités en fonction de la nature des difficultés. En effet, l'information est établie et divulguée selon les besoins réels de l'entreprise en difficulté, des besoins réels de ses salariés, de ses créanciers et de ses partenaires. L'intervention de ces acteurs dépend de la nature des difficultés. Leur information se fait également en fonction de leurs besoins. Autrement dit, les considérations de la prévention qui placent le chef d'entreprise au cœur du processus informationnel doivent permettre l'intervention des acteurs concernés par les difficultés. À partir du moment où la réaction et les décisions du chef d'entreprise ne sont plus à la hauteur des difficultés, ses partenaires auront le droit ou le devoir d'intervenir. L'insuffisance ou le défaut de réaction du chef d'entreprise et la gravité des difficultés doivent permettre au commissaire aux comptes, aux associés, aux institutions représentatives du personnel et à l'autorité judiciaire de prendre l'initiative. La pluralité des auteurs de l'information est ainsi une garantie de prévention des difficultés et de protection des intérêts (Première partie).

32. Il en est de même quant à l'accessibilité de l'information. En effet, les intérêts des uns et des autres doivent être conciliés en fonction de la nature des difficultés et du besoin d'information. La confidentialité est nécessaire tant que le crédit de l'entreprise est prioritaire. Mais, dès lors que les sacrifices des partenaires de l'entreprise en difficulté sont indispensables pour le sauvetage de celle-ci, leur information devient nécessaire. Désormais, la priorité n'est plus au crédit de l'entreprise, mais plutôt à la sauvegarde de celle-ci, au maintien d'emploi et à l'apurement du passif. La sélectivité des destinataires de l'information en raison de leur qualité et de la progression des difficultés de l'entreprise favorise la prévention des difficultés et la protection de toutes les parties (Seconde partie).

PARTIE 1 : LA PLURALITÉ DES AUTEURS DE L'INFORMATION

PARTIE 2 : LA SÉLECTIVITÉ DES DESTINATAIRES DE L'INFORMATION

PARTIE PREMIÈRE : LA PLURALITÉ DES AUTEURS DE L'INFORMATION

33. La diversité des intérêts menacés par les difficultés de l'entreprise. Dans l'objectif d'améliorer la qualité de l'information, le droit des entreprises en difficulté a multiplié le nombre de personnes autorisées à procéder à son établissement. Cela permettrait, à notre sens, de prévenir les difficultés et de protéger au mieux les intérêts de toutes les parties.

34. Justifiée par la diversité des intérêts menacés par la discipline collective, la pluralité des auteurs de l'information est une mesure indispensable. Elle permet à toutes les parties concernées par les difficultés de l'entreprise d'être en mesure d'établir des informations préventives ou protectrices en fonction de la nature des difficultés et de la finalité de l'information elle-même.

Toutefois, l'identification du domaine d'intervention des uns ou des autres est un peu délicate. En effet, dans l'objectif de la prévention des difficultés, le crédit de l'entreprise favorise, en principe, l'exclusion des personnes étrangères au secret de l'entreprise. Ainsi, l'élaboration des informations préventives, notamment celles comptables et financières, est réservée aux dirigeants, seuls concernés par la rentabilisation du patrimoine informationnel. Cependant, l'inefficacité ou l'insuffisance des réactions de ceux-ci est comblée par l'intervention du commissaire aux comptes, du comité d'entreprise, des associés et du président du tribunal. Une sorte de complémentarité des efforts est ainsi instaurée pour concilier les considérations du crédit de l'entreprise et les exigences de la prévention des difficultés (Titre 1).

Par ailleurs, dès lors que l'ouverture d'une procédure collective est nécessaire, en raison des difficultés de l'entreprise, les considérations protectrices deviennent primordiales. Ainsi, la situation des salariés est fragile et les droits des créanciers sont gelés⁸³. En effet, ces acteurs doivent être entendus ou dûment appelés pour faire reconnaître leurs droits à la procédure collective et se défendre au cours de celle-ci. Ils doivent partager avec les organes de la procédure collective un nombre important d'informations, d'où la nécessité de la coopération dans l'élaboration des informations protectrices (Titre 2).

83 **M.-H. MONSÈRIE-BON**, « *La procédure de sauvegarde 1ère partie : Se mettre sous la protection de la justice...* », LPA, 14 juin 2007 n° 119, p. 14 ; **Ph. ROUSSEL GALLE**, « *Les créanciers antérieurs* », Gaz. Pal. 11 février 2006 n° 42, p. 27.

**TITRE 1 : LA COMPLÉMENTARITÉ DANS
L'ÉLABORATION DE L'INFORMATION
PRÉVENTIVE**

35. L'organisation de la prévention des difficultés. L'évolution des technologies de l'information et la mondialisation croissante des marchés font de l'information un moyen de gestion fiable et une base stratégique de la prise de décisions⁸⁴.

En effet, la prévention des difficultés des entreprises par le biais de l'information est devenue un objectif principal en droit des entreprises en difficulté⁸⁵. Pour atteindre cet objectif, le législateur a amélioré les techniques de détection et de révélation des indices des difficultés. Il donne aux dirigeants la possibilité d'anticiper et de prévenir leurs difficultés, tout en préservant leur confidentialité. Mais, la réaction précoce de ceux-ci est impérative. À défaut de quoi, d'autres acteurs peuvent prendre l'initiative. Il s'agit du commissaire aux comptes, du comité d'entreprise, des associés, des groupements de prévention agréés et du président du tribunal. La question qui se pose est ainsi de savoir dans quelle mesure tel ou tel acteur devrait-il ou pourrait-il intervenir ?

Pour répondre à cette question, il convient de distinguer la veille sur les indices des difficultés de la réaction adéquate à celles-ci. La veille sur les indices des difficultés fait partie de la mission de gestion du patrimoine informationnel de l'entreprise, réservée en principe aux dirigeants. Le législateur met à la charge de ceux-ci des obligations comptables et financières dont l'analyse approfondie est de nature à éclairer leur vision sur le passé et l'avenir prévisible de leurs affaires (Chapitre 1).

Grâce à l'analyse approfondie de ces informations, les indices des difficultés peuvent être détectés et les décisions les plus rentables et les plus rationnelles peuvent être prises en toute connaissance de cause. Mais, le défaut d'une réaction rapide et adéquate à la situation de l'entreprise pourrait justifier l'intervention des autres acteurs par le biais des mécanismes d'alerte (Chapitre 2).

84 O. DE MAISON ROUGE, *op. cit.*

85 Notamment depuis les lois du 1^{er} mars 1984 et du 25 janvier 1985.

CHAPITRE 1 : LES OBLIGATIONS COMPTABLES ET FINANCIÈRES MISES À LA CHARGE DES DIRIGEANTS

36. La veille sur les éléments informatifs. L'analyse des informations comptables et financières est la première exigence de l'intelligence économique qui s'articule autour de l'information de la bonne personne au bon moment⁸⁶. Elle donne une vision claire de la productivité du personnel, de la compétitivité des produits et des opportunités des marchés⁸⁷.

Dans cette démarche, les dirigeants peuvent se référer à toute source interne ou externe. Ils peuvent s'appuyer sur les documents comptables, sur les comptes-rendus des réunions, sur les fichiers des clients, sur les fichiers des fournisseurs ainsi que sur toutes les données publiées par la presse, par les institutions administratives, par les organismes professionnels et même par les concurrents.

37. Parmi ces différentes sources d'information, la veille sur les indices des difficultés des entreprises doit se focaliser notamment sur les informations comptables et financières qui doivent être établies et publiées par les acteurs de l'activité économique. La fiabilité et le caractère probant de ces informations est une source de satisfaction.

86 Cf. O. DE MAISON ROUGE, *op. cit.*

87 P. LE CANNU, *op. cit.*

38. Force est de constater cependant que ces informations n'ont pas la même portée ni la même importance. Cela pourrait être justifié par le régime juridique de l'entreprise elle-même, mais aussi par la nature de son activité. À titre d'exemple, dans le secteur boursier, les acteurs de l'activité financière doivent être informés de tout fait significatif ayant une incidence sur le cours des marchés⁸⁸.

Par ailleurs, en dépit de l'importance de l'information financière mise à la charge des sociétés cotées, sa portée est trop générale pour être incluse dans cette étude consacrée au rôle de l'information en droit des entreprises en difficulté. En effet, nous nous concentrerons sur le rôle préventif de l'élaboration (Section 1) et de la publication des informations comptables et financières au sens du droit commercial (Section 2).

88 **G. DOLIDON**, Les manipulations de marché, Revue Banque Édition 2003. L'admission des titres d'une société sur un marché réglementé lui procure certaine notoriété e lui facilite l'accès aux financements. De ce fait, elle doit porter à la connaissance de ses partenaires et du public du public toute information privilégiée (**S. LOYRETTE**, Les contentieux des abus de marché, JOLY, 2007, p. 164 et s.).

SECTION 1 : L'ÉLABORATION DES INFORMATIONS COMPTABLES ET FINANCIÈRES

39. Le renforcement des obligations comptables et financières. Pour favoriser la prévention et l'anticipation des difficultés, le législateur a renforcé les obligations comptables et financières des commerçants, mais aussi des acteurs de l'activité économique⁸⁹. Sans vouloir en faire une liste exhaustive, nous nous contenterons de souligner quelques exemples significatifs en matière d'information.

Il s'agit en premier lieu de l'obligation d'annexer au bilan et au compte de résultat toutes les informations nécessaires pour la compréhension de ceux-ci⁹⁰. En effet, les personnes physiques et morales soumises à l'obligation d'établissement des comptes annuels doivent annexer à leurs comptes toutes les informations relatives à la méthode appliquée quant à l'évaluation des postes du bilan et du compte de résultat ainsi qu'au calcul des amortissements, aux rémunérations allouées aux membres des organes d'administration, aux dettes de la société et à ses engagements financiers⁹¹.

Il s'agit également de l'obligation d'établir des comptes consolidés à laquelle sont soumises toutes les sociétés commerciales qui contrôlent de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises ou qu'elles exercent une influence notable sur celles-ci⁹². Créée par la loi du 3 janvier 1985 et réformée par celle du 31 décembre 1989, cette obligation est justifiée notamment par l'importance des flux financiers et des

89 P. LE CANNU, « *L'amélioration de l'information au sein de l'entreprise* », Rev. Jur. Com., 1986, numéro spécial, p. 8.

90 C. com., art. R. 123-195-R à R. 123-198.

91 Cf. Droits des affaires, sociétés commerciales, Francis LEFEBVRE, 2009, n° 25035.

92 C. com., art. L. 233-16, issu des lois du 3 janvier 1985 et du 31 décembre 1989.

transactions au sein du groupe ainsi que par l'échange des cadres, des dirigeants et des informations techniques et commerciales⁹³.

Il en est de même quant à l'obligation d'établissement des informations prévisionnelles qui garantit la fiabilité de l'analyse des indices des difficultés. En effet, depuis la loi du 1^{er} mars 1984, les grandes entreprises qui emploient au moins 300 salariés, ou dont le chiffre d'affaires est égal ou supérieur à 18 millions d'euros doivent établir des comptes prévisionnels. L'objectif de cette obligation est de permettre aux dirigeants d'anticiper et de prévenir leurs difficultés tout en préservant la confidentialité de leur secret⁹⁴.

Pour démontrer le rôle préventif de l'établissement de ces informations nous suivrons leur répartition traditionnelle en fonction du passé et du présent de l'entreprise (Paragraphe 1) et de son avenir prévisible (Paragraphe 2).

§1) LES INFORMATIONS RÉTROSPECTIVES

Basées sur le passé et le présent de l'entreprise, les informations comptables et financières rétrospectives doivent être établies par les commerçants et certains acteurs de l'activité économique. Nous essayerons d'analyser les fondements juridiques de cette obligation (A) pour bien déterminer le périmètre des informations comptables et financière rétrospectives (B).

A) L'OBLIGATION D'ÉTABLIR DES INFORMATION COMPTABLES ET FINANCIÈRES RÉTROSPECTIVES

En application des articles L. 123-12, L. 232-1, L. 233-16 et L.612-1 et suivants du Code de commerce, les entreprises commerciales ainsi que certains acteurs de l'activité économique doivent procéder à l'enregistrement comptable et établir des comptes annuels à la clôture de chaque exercice. Il convient d'identifier les personnes soumises à cette obligation (1) et déterminer la périodicité de son établissement (2).

93 G. RIPERT et al. *op. cit.* T1, V2, n° 1867.

94 Y. GUYON, « *l'information prévisionnelle* », JCP E 1985, I, 14608.

1) LES PERSONNES CONCERNÉES

L'obligation d'établissement des informations comptables et financières est justifiée en principe par la qualité de commerçant⁹⁵. De ce fait, elle était réservée aux commerçants. Mais, compte tenu de l'importance de son rôle et de la diversité des activités économiques, les personnes morales de droit privé non commerçantes peuvent, sous certaines conditions, être tenues de cette obligation.

a) Les commerçants personnes physiques ou morales

40. Critère de la commercialité. S'agissant des commerçants, l'article L. 123-12 du Code de commerce dispose que « *toute personne physique ou morale ayant la qualité de commerçant doit procéder à l'enregistrement comptable des mouvements affectant le patrimoine de son entreprise* ». Il ajoute, dans son 3^{ème} alinéa, que le commerçant personne physique ou morale doit également « *établir des comptes annuels à la clôture de l'exercice au vue des enregistrements comptables et de l'inventaire. Ces comptes annuels comprennent le bilan, le compte de résultat et une annexe, qui forment un tout indissociable* ». En effet, en raison de leur qualité, les commerçants sont soumis à l'obligation de la tenue des livres comptables et à l'établissement des comptes annuels⁹⁶.

41. L'obligation de la tenue des livres comptables. Tout d'abord, les commerçants personnes physiques ou morales, à l'exception des petites entreprises au sens des articles L. 123-25 et suivants du Code de commerce, doivent tenir un livre-journal, un grand-livre et un livre d'inventaire⁹⁷. Ils doivent enregistrer chronologiquement toutes les opérations réalisées et contrôler, au moins une fois tous les douze mois, l'existence et la valeur des éléments actifs et passifs du patrimoine de leurs entreprises⁹⁸.

95 Voir **J.-L. NAVARRO**, « *Obligations comptables des commerçants* », J.-Cl. Commercial, Fasc. 127.

96 Pour les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple voir notamment **H. HUGUET**, « *Sociétés en nom collectif et en commandite simple, approbation des comptes annuels* », J.-Cl. Sociétés Formulaire, Fasc. G-60.

97 **G. RIPERT** et al. *op. cit.* T1, V1, n° 310.

98 Cass. com., 14 déc. 1960, D. 1961, 402, note **A. DALSACE**.

42. Toutefois, l'exigence de l'enregistrement quotidien des opérations jour par jour présentait une charge lourde pour les petites entreprises. En effet, la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989, dite loi *Doubin*, est venue alléger partiellement ce système. Désormais, les personnes physiques, placées sur option ou de plein droit sous le régime réel simplifié d'imposition, bénéficient des dérogations importantes. Cela peut concerner l'enregistrement des créances et dettes⁹⁹, l'inscription des charges au compte de résultat¹⁰⁰, l'évaluation des stocks et des productions en cours¹⁰¹ et l'établissement des comptes annuels¹⁰². Mais, certains auteurs ont souligné justement que « *aligner ainsi les obligations comptables sur les obligations fiscales ne va pas sans inconvénient* »¹⁰³.

43. L'obligation d'établissement des comptes annuels. S'agissant cependant de l'obligation d'établir des comptes annuels, il convient de préciser qu'elle est accomplie sous la diligence du conseil d'administration, du directoire ou des gérants. Ces organes doivent établir des comptes annuels et des rapports de gestion à la clôture de chaque exercice. Ils doivent également annexer au bilan un état de cautionnement, avals et garanties donnés par la société et un état des sûretés consenties par elle¹⁰⁴. Enfin, lorsque l'entreprise est à la tête d'un groupe au sens de l'article L. 233-16 du Code de commerce, ils doivent établir des comptes consolidés et un rapport sur la gestion de l'ensemble du groupe.

b) Les personnes morales de droit privé ayant une activité économique

44. Critère de l'importance de l'activité économique. La seconde catégorie des personnes soumises à l'obligation d'établissement des informations comptables et financières est celle des personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une

99 C. com., art. 123-25.

100 C. com., art. 123-26.

101 C. com., art. L. 123-27.

102 C. com., art. L. 123-28.

103 **G. RIPERT** et al. *op. cit.* T1, V1, n° 310.

104 C. com., art. L. 232-1.

activité économique. En principe, les obligations qui trouvent leur fondement dans le principe de commercialité ne sont pas applicables à celles-ci. Mais, l'importance du rôle des informations comptables et financières dans la gestion des entreprises et les exigences de la prévention et de la protection ont conduit à l'application des règles fondamentales de la comptabilité à ces groupements sous certaines conditions¹⁰⁵. En effet, l'article L. 612-1 et suivants et R. 612-1 et suivants du Code de commerce renvoient aux règles applicables aux entreprises commerciales¹⁰⁶, sous réserve des adaptations que rend nécessaires la forme juridique ou la nature de l'activité des personnes morales. Il convient en effet d'identifier la notion d'activité économique avant de déterminer les seuils à partir desquels les personnes morales de droit privé deviennent soumises à l'obligation de tenir des documents comptables et d'établir des comptes annuels.

45. La notion d'activité économique. Traditionnellement, la notion d'activité économique est opposée à celle d'activité commerciale. Elle pourrait être définie comme toute activité de fabrication, de vente ou de distribution de produits ou services¹⁰⁷. Dans une réponse ministérielle du 17 mars 1986, le garde des sceaux a soutenu cette interprétation¹⁰⁸. Il dispose que l'activité économique peut être définie comme « *toute activité de production, de transformation ou de distribution de biens meubles ou immeubles et toutes les prestations de services en matière industrielle, commerciale, artisanale, agricole* »¹⁰⁹. C'est également l'avis du Conseil National des Commissaires aux comptes qui a défini l'activité économique comme « *toute activité tendant à la création ou à la distribution de richesse* »¹¹⁰.

105 Il convient de rappeler qu'à propos des obligations comptables d'une société civile immobilière la Cour d'appel de Paris avait précisé que « *les obligations d'ordre général rendent cette comptabilité obligatoire* » CA Paris, 3^{ème} ch., sect. A, 23 mars 2004, Follezeou c/ Carrasset-Marillier : JurisData n° 2004-241986.

106 Il s'agit des dispositions des articles L. 123-12 à L. 123-23, complétés par les articles R. 123-172 à R. 123-202.

107 **E. BERNARD**, « *L'activité économique, un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation* » : RID éco. 2009/3, t. XXIII, 3.

108 Rép. min. n° 75992 à **M. SERGHERAERT**, JOAN Q 17 mars 1986, p. 11105

109 *Ibid.*

110 Cité par **M. PETOT-FONTAINE**, Obligations comptables des sociétés civiles et des associations, Fasc. 46-30, J.-Cl. Sociétés Traitée., n° 6.

46. Du point de vue de la jurisprudence, la notion d'activité économique est plus large que celle d'activité commerciale¹¹¹. Elle englobe des activités civiles par nature, tels que l'immobilier, l'agriculture, les activités extractives et les activités libérales. À titre d'exemple, le caractère économique a été attribué à la gestion d'une maison de retraite¹¹², à l'édition et la vente de livres¹¹³, à l'organisation de voyages et de séjour¹¹⁴, à la formation professionnelle¹¹⁵ et à l'enseignement dans les domaines du commerce et du tourisme¹¹⁶.

47. Les seuils. Trois critères sont définis par l'article R. 612-1 du Code de commerce pour que les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique soient soumises à la tenue des documents comptables et à l'obligation d'établissement des comptes annuels. Il s'agit du dépassement, à la fin de l'année civile ou à la clôture de l'exercice, du nombre de 50 salariés à durée indéterminée, du montant 3 100 000 € hors taxe pour le chiffre d'affaires ou du montant de 1 550 000 € pour le total du bilan¹¹⁷.

En somme, les commerçants personnes physiques ou morales et les personnes morales de droit privé, à l'exception des petites entreprises, doivent tenir une comptabilité régulière et établir des comptes annuels à l'expiration de chaque exercice.

2) LA PÉRIODICITÉ

48. La durée de l'exercice social. Les informations rétrospectives contenues dans les comptes annuels et les rapports de gestion sont établies chaque année à la clôture de chaque exercice social. Il s'agit d'une durée de douze mois¹¹⁸. Cependant, en cas de

111 Cass., 12 mars 2002, 1ère ch. civ, JCP G n° 37, p. 1562, note **Ph. SIMLER** et **Ph. DELEBECQUE**.

112 Cass. com., 18 juin 1985, Bull. civ. 1985, IV, n° 192.

113 Cass. com., 14 mars 2000, Droit des sociétés n° 6, Juin 2000, comm. 88, note **Y. CHAPUT**.

114 Cass. com., 6 juill. 1993, JCP G 1993, IV, p. 280, n° 2322 ; RJDA 12/1993, n° 1079

115 Cass. soc., 4 févr. 1992, Bull. civ. 1992, V, n° 152 ; JCP E 1992, pan. p. 201.

116 CA Paris, 3e ch. B, 5 avr. 1996, RJDA 8 sept. 1996, n° 1123.

117 Cf. **M. PETOT-FONTAINE**, *op. cit.*

118 **J.-L. NAVARRO**, *op. cit.* n° 16.

constitution en cours de l'année civile, le premier exercice peut être clôturé le 31 décembre de la même année ou encore prolongé jusqu'au 31 décembre de l'année suivante. Sa durée est forcément inférieure ou supérieure à douze mois. Il en est de même en cas de dissolution et de liquidation de la société en cours d'année. La dissolution ou la liquidation entraîne nécessairement la clôture de l'exercice comptable à la même date. À part ces deux hypothèses, l'entreprise n'est en droit d'adopter une périodicité inférieure ou supérieure à douze mois qu'en cas de nécessité avérée¹¹⁹.

49. La soumission de la période de référence à la liberté statutaire. S'agissant cependant de la période de référence, elle est soumise à la liberté statutaire et pourrait correspondre ou non à l'année civile. Toutefois, la modification des dates d'ouverture et de clôture doit faire l'objet d'une intervention de l'assemblée générale extraordinaire ou d'une décision collective extraordinaire pour les SARL¹²⁰. Pour ce faire, les délibérations doivent intervenir avant la date de l'exercice en cours, à défaut de quoi, la date prévue dans le statut doit être retenue. En outre, la modification doit être publiée pour être opposable aux tiers¹²¹.

En tout état de cause, la date de référence retenue par le statut doit être précise. En effet, l'assemblée générale extraordinaire ne peut pas retenir des dates variables pour l'ouverture et la clôture de l'exercice social¹²².

50. La durée de la gérance. Par ailleurs, une question a été posée à propos des obligations comptables des dirigeants dont la mission n'a duré que quelques mois avant la clôture de l'exercice sociale. Sont-ils responsables de l'établissement et de la présentation des comptes sociaux à titre de cet exercice ?

119 Selon la Cour d'appelle de Paris la dérogation à cette règle doit être à titre exceptionnelle, Cour d'appel de Paris, 21 mars 2000, RJDA, 2000, n° 876.

120 **A. BURLAUD** et al. Comptabilité et droit comptable, l'intelligence des comptes et leur cadre légal, Gualino Éditeur, éd. 1998, p. 272 et s

121 Voir **J.-L. NAVARRO**, *op. cit.*

122 **J.-M. BAHANS**, « *La date de clôture d'un exercice social doit-elle être fixe ou peut-elle être variable ? Note sur l'arrêt de la Cour d'appel de Paris 3e ch. sect. C, 21 mars 2000, n° 1999/24687* », Bull. Joly Sociétés, 01 octobre 2000 n° 10, p. 966.

Sur la base de la notion d'exercice sociale et conformément aux dispositions des articles L. 123-12, L. 625-4 et L. 624-5 -5° et 7° du Code de commerce dans leur ancienne rédaction, la Cour de cassation avait répondu négativement à cette question¹²³. En l'espèce, une société à responsabilité limitée, mise en liquidation judiciaire, a assigné en faillite personnelle son ancien gérant dont la durée de la gérance n'a duré que sept mois. Un arrêt de la Cour d'appel de Rennes du 29 novembre 2005 a retenu la responsabilité du gérant en soulignant notamment qu'il ressort du rapport du liquidateur qu'il n'existait aucune comptabilité, ni aucun arrêté comptable depuis la création de la société. Il ajoute en outre que le rapport de l'expert-comptable ne contredit pas ces affirmations puisqu'il ne fait pas état d'une comptabilité complète et régulière¹²⁴. Mais, la Cour de cassation n'est pas convaincue de cette analyse. Elle considère que « *en se déterminant ainsi, sans rechercher si l'ancien gérant, qui produisait aux débats les factures, les relevés bancaires et un livre journal informatique, avait ou non l'obligation de présenter les comptes annuels avant la fin du premier exercice comptable de la société, à la fin de sa gérance qui n'avait duré que sept mois* », la Cour d'appel n'a pas donné une base légale à sa décision¹²⁵.

51. Une partie de la doctrine critique sévèrement cette jurisprudence dans la mesure où ce gérant, qui n'a pas tenu une comptabilité régulière dans le temps ni aucun arrêté, échappera à la faillite personnelle¹²⁶. Du point de vue de cette analyse, ce gérant ne peut pas se prévaloir de sa bonne foi en s'appuyant sur la confirmation de l'expert que les règles comptables ont été correctement appliquées. Car, en matière de faillite personnel la mauvaise foi n'est pas exigée¹²⁷.

En outre, en absence d'une comptabilité déjà établie par l'ancien gérant, l'analyse, le contrôle, la vérification et la certification des comptes sociaux ne sont pas envisageables. D'ailleurs, c'est sur le contrôle, la vérification et la certification des comptes que la

123 Cass., com., 14 mai 2008, 07-10092, non publié.

124 Voir **A. LECOURT**, « *La présentation des comptes sociaux par l'ancien gérant* », Bull. Joly Sociétés, 01 octobre 2008 n° 10, p. 786.

125 Cass. com., 14 mai 2008, n° 07-10092.

126 **A. LECOURT**, *op. cit.*

127 Cass. com., 27 oct. 1998, D., 1998, p. 2020 ; CA Bourges, 12 juin 2001, Act. proc. coll., 2001, n° 255.

prévention et l'anticipation des difficultés de l'entreprise peuvent être assurées et que l'évaluation de son patrimoine, en cas d'ouverture d'une procédure collective, pourrait être envisagée.

52. La périodicité des comptes consolidés. S'agissant de la périodicité des comptes consolidés, les règles générales sont applicables, à part une petite particularité. En effet, les comptes consolidés sont établis et publiés avec les comptes annuels et le rapport de gestion de la société consolidante dans les quatre mois qui suivent la clôture de l'exercice¹²⁸. Mais, il arrive parfois que la clôture des exercices de la majorité des entreprises consolidées ne coïncide pas avec la date adoptée par la société consolidante¹²⁹. Dans ce cas de figure, le Règlement n° 99-2 du Comité de la réglementation comptable¹³⁰ avance dans son Paragraphe 202 deux possibilités¹³¹. Le groupe pourra choisir entre la date de clôture retenue par la plupart des entreprises consolidées et la date de clôture retenue par l'entreprise consolidante pour ses comptes individuels. Cependant, lorsque la date de clôture des entreprises consolidées est antérieure à celle de clôture de l'exercice de la consolidation de plus de trois mois, des comptes intermédiaires doivent être établis.

53. Ce sont les modalités d'établissement des informations rétrospectives dont l'organisation et la réglementation sont justifiées par l'importance et la particularité du périmètre des informations comptables et financières.

B) LE PÉRIMÈTRE DES INFORMATIONS COMPTABLES ET FINANCIÈRES RÉTROSPECTIVES

54. Les informations comptables et financières rétrospectives sont contenues traditionnellement dans les livres comptables qui tracent tous les mouvements affectant le

128 **J.-L. NAVARRO**, *op. cit.* n° 24.

129 Cf. **M. COZIAN** et al. Droit des sociétés, Litec, 26^{ème} éd. 2013, p. 765.

130 Le Règlement n° 99-2 du Comité de la réglementation comptable, relatif aux comptes consolidés des sociétés commerciales et entreprises publiques.

131 Le comité de la réglementation comptable, créé par la loi du 6 avril 1998 sur la réforme de la réglementation comptable, a été fusionné avec le Conseil National de la Comptabilité en 2009 pour donner naissance à l'Autorité des Normes Comptables <http://www.anc.gouv.fr/>.

patrimoine de l'entreprise (1) et les comptes annuels (2). Mais, depuis l'émergence des grands groupes de sociétés, le législateur s'est rendu compte de la nécessité de la prise en compte de leurs flux financiers. Désormais, la loi du 13 juin 1983 a prévu également l'obligation d'établissement des comptes consolidés (3). S'ajoutent à ces trois grandes sources d'information les rapports de gestion qui doivent synthétiser toutes les informations significatives sur la situation de l'entreprise et son évolution prévisible (4).

1) LES LIVRES COMPTABLES

Il s'agit du livre-journal (a), du grand livre (b) et du livre d'inventaires (c).

a) Le livre-journal

55. L'enregistrement chronologique. S'agissant du livre-journal, il pourrait être défini comme l'instrument de l'enregistrement chronologique de toutes les opérations réalisées¹³². Son rôle essentiel est de récapituler tous les mouvements affectant le patrimoine de l'entreprise. Il est effectué au jour le jour et opération par opération¹³³. L'enregistrement au jour le jour a pour objectif d'éviter de reprendre plusieurs journées différentes dans une seule écriture. De ce fait, le livre-journal doit préciser, expressément, l'origine, le contenu et l'imputation de chaque opération et la référence de la pièce justificative qui l'appuie¹³⁴. La date à retenir est celle de la pièce justificative : date de la fourniture, date d'achat ou de vente. L'exigence d'enregistrement des opérations, opération par opération, a pour objectif d'éviter la globalisation des mouvements jour par jour sans qu'on puisse distinguer les unes des autres¹³⁵.

56. Mesures de simplification. Néanmoins, des mesures de simplification peuvent être adoptées. En effet, les opérations de même nature réalisées en un même lieu et au cours d'une même journée, peuvent être enregistrées sur une seule pièce justificative. L'enregistrement est ainsi effectué dans l'ordre du déroulement des opérations ou par

132 D. VIDAL, droit des sociétés, *op. cit.* 6ème éd., p. 261.

133 C. com., art. 123-174.

134 G. RIPERT et R. ROBLOT, Traité du droit commercial, LGDJ 18^{ème} éd. 2002, p. 274.

135 Cf. J.-L. NAVARRO, *op. cit.*

catégorie d'opération ou dans l'ordre du numéro de comptes¹³⁶. En outre, compte tenu de l'importance ou des besoins de l'entreprise, plusieurs journaux auxiliaires peuvent être utilisés. Dans ce cas, le livre-journal se limitera à la centralisation mensuelle des écritures portées sur ces journaux auxiliaires, à condition de conserver tous les documents de nature à permettre la vérification des opérations jour par jour.

b) Le grand livre

57. L'ouverture et le fonctionnement des comptes de l'entreprise. Quant au grand livre, il peut être défini comme un instrument d'enregistrement d'ouverture et du fonctionnement des comptes de l'entreprise en liaison avec les écritures du livre journal¹³⁷. Il décrit, à la base des saisies comptables effectuées par le livre journal, l'évolution des différents comptes. Il est utilisé pour l'ouverture et le suivi des comptes de l'entreprise avec les totaux du livre-journal et constitué par le relevé des comptes servant de base à la balance¹³⁸.

Il n'est soumis à aucune forme particulière. En effet, les registres à feuilles mobiles, les registres conçus ou collés et les documents informatiques édités sur support papiers sont tous acceptés.

c) Le livre d'inventaire

58. La valeur des éléments actifs et passifs du patrimoine. Le dernier élément des documents comptables est le livre d'inventaire. Celui-ci pourrait être défini comme l'instrument du contrôle de l'existence et de la valeur des éléments actifs et passifs du patrimoine de l'entreprise¹³⁹. Il s'agit d'un tableau descriptif et estimatif de divers éléments de l'actif et du passif de l'entreprise¹⁴⁰. Il rassemble toutes les données des immobilisations corporelles, incorporelles, financières, stocks et en cours ainsi que tous les documents de

136 Cf. LAMY sociétés commerciales, 2011 n° 2227 et s.

137 G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.* 18^{ème} éd. 274.

138 Lamy, sociétés commerciales, n° 2227.

139 A. BURLAUD et al, *op. cit.* p. 268.

140 Cass. com., 14 déc. 1960, D. 1961, 402, note A. DALSACE.

synthèse, sauf lorsque ceux-ci sont à publier en annexe au Registre du commerce et de sociétés.

59. L'authentification et la conservation des livres comptables. En somme, dans l'objectif de la sincérité de l'information, les livres comptables et plus généralement les documents commerciaux sont soumis à certaines règles d'authentification et de conservation¹⁴¹. L'authentification permettra d'éviter que des pages ne soient ajoutées, remplacées ou supprimées¹⁴². Pour ce faire, elle doit être faite avant qu'aucune écriture ne soit portée sur les livres comptables. À défaut de quoi, ceux-ci perdent leur force probante. Quant à la conservation, elle est exigée par l'article L.123-22 du Code de commerce. En vertu de ce texte « *les documents comptables et les pièces justificatives sont conservés pendant dix ans* ». Au-delà de cette durée, la conservation est utile mais n'est pas obligatoire¹⁴³. En cas de litige, ces documents pourront ainsi servir comme preuve¹⁴⁴.

2) LES COMPTES ANNUELS

Les comptes annuels sont composés du bilan (a), du compte de résultat (b) et de l'annexe (c).

a) Le bilan

60. La situation patrimoniale de l'entreprise. Le bilan décrit séparément l'actif et le passif et fait apparaître de façon distincte le capital propre de l'entreprise. Il traduit la situation patrimoniale de l'entreprise à la clôture de son exercice par le biais d'une balance

141 C. com., art. 123-173.

142 Cf. **J. MESTRE**, Droit commercial p142.

143 Cass. com., 29 oct. 2003 n° 00-21.947, bull civ. IV n° 155 BRDA 2003 n° 21 p, 12 ; Bull. Joly Sociétés 2004, p, 92 note **B. SAINTOURNES** ; JCP E 2004, II 335 note **J.-F. BARBIÈRI**.

144 C'est ainsi qu'il a été jugé « *que la banque, qui ne contestait pas avoir été dépositaire des fonds, devait justifier de restitution, même au-delà de conservation des archives commerciales* ». En l'espèce une banque n'a pu s'opposer à la réclamation d'un salarié relative à ses droits dans la réserve de participations des salariés aux fruits de l'expansion exercée peu avant l'expiration de délai de prescription de trente ans prévue par l'ancien article R. 442-16 du Code du travail, aux motifs qu'elle s'était acquitté de son obligation de versement sans pouvoir le prouver par écrit, car elle n'avait pas l'obligation de conserver les documents comptables en question au-delà du délai de dix ans et qu'admettre le contraire serait en contradiction avec le principe d'égalité des armes énoncé par l'article 6 du Paragraphe premier de la convention européenne des droits de l'Homme. La Cour de cassation a rejeté ces prétentions. Voir **LAMY Sociétés commerciales**, op cit.

entre son actif qui présente ses biens et son passif qui représente les sources de son financement¹⁴⁵. Cette opération fait apparaître le capital propre qui correspond à la somme algébrique des apports, des écarts de réévaluation, des bénéfices qui ne sont pas distribués, des pertes, des subventions d'investissement et des provisions réglementées¹⁴⁶.

61. L'actif et le passif. Les éléments du patrimoine de l'entreprise sont classés au sein du bilan à l'actif et au passif suivant leur destination et leur provenance. L'actif du bilan comprend l'actif immobilisé, l'actif circulant et les comptes de régularisation. Dans l'actif immobilisé se trouvent les immobilisations incorporelles, les immobilisations corporelles et les immobilisations financières. Tandis que dans l'actif circulant se trouvent les stocks et en cours, les avances et acomptes versés sur commande, les créances, les valeurs mobilières de placements et les disponibilités¹⁴⁷.

Quant au passif du bilan, il doit faire apparaître les capitaux propres, les autres fonds propres, les provisions pour risques et charges, les dettes, les comptes de régularisations et les écarts de conversion. Il se distingue de l'actif net et de la situation nette, qui sont plus juridiques que comptables. Il correspond « *à la somme des apports, des écarts de réévaluation, des bénéfices autres que ceux pour lesquels une décision de distribution est intervenue, des subventions d'investissement et de provision réglementées* »¹⁴⁸.

b) Le compte de résultat

62. La récapitulation des produits et des charges de l'exercice. Le deuxième élément des comptes annuels est le compte de résultat. Celui-ci récapitule les produits et les charges de l'exercice, sans tenir compte de leurs dates d'encaissement ou de paiement, et fait apparaître par différence le bénéfice ou la perte, après la déduction des

145 PCG 130-2.

146 J.-L. NAVARRO, *op. cit.* n° 12.

147 Voir J.-L. NAVARRO, *op. cit.*

148 Lamy Sociétés commerciales, *op. cit.* n°2236 et l'article R. 123-191 du Code de commerces.

amortissements et provisions¹⁴⁹. Il convient de signaler à ce propos qu'aucune compensation ne peut être opérée entre les postes de charges et de produits¹⁵⁰.

c) L'annexe

63. L'identification de l'annexe. Enfin, en application de l'article R. 123-95 du Code de commerce, doivent être annexées au bilan et au compte de résultat toutes les informations significatives relatives à la situation financière et les résultats de l'entreprise¹⁵¹. Il s'agit des informations relatives à la méthode appliquée quant à l'évaluation des postes du bilan et du compte de résultat ainsi qu'au calcul des amortissements, aux rémunérations allouées aux membres des organes d'administration, aux dettes de la société et à ses engagements financiers¹⁵².

64. Le rôle de l'annexe. L'annexe constitue une source d'information essentielle pour donner une image fidèle de l'entreprise. Cette vision a été confirmée par le Conseil National de la Comptabilité, devenu l'Autorité des Normes Comptables après sa fusion avec le Comité de la réglementation comptable¹⁵³. Il précisait clairement que les engagements financiers d'une somme significative, existant à la clôture de l'exercice et qui ne sont pas inscrits au bilan, doivent être mentionnés dans l'annexe¹⁵⁴. Dans cette affaire, la question était surtout celle du portage qui est, par essence, un engagement financier confidentiel. Mais, le Conseil National de la Comptabilité a précisé que cette confidentialité ne doit, en aucun cas, conduire à l'omission de ces informations.

149 C. com., art. R. 123-191 et s.

150 A. BURLAUD et al, *op. cit.* p. 268.

151 A. MIKOL, *op. cit.*

152 C. com., art. R. 123-195-R à R. 123-198. Pour plus d'amples, Cf. Droits des affaires, sociétés commerciales, Francis LEFEBVRE, 2009, n° 25035.

153 L'ordonnance n° 2009-79, 22 janv. 2009 a créé une nouvelle autorité chargée de définir les normes de la comptabilité privée, l'Autorité des normes comptables (ANC), résultant de la fusion du Conseil national de la comptabilité et du Comité de la réglementation comptable.

154 Affaires Ciments français et Pierre Conso, Bull. comptable et financier Francis LEFEBVRE n° 63, juin 1994, p. 33-37.

65. Pour terminer sur ce point nous rappelons que le plan comptable suggère trois modèles de bilan : un modèle de base, un modèle abrégé et un modèle développé. Sa représentation peut être faite sous la forme de tableaux ou de listes.

3) LES COMPTES CONSOLIDÉS

Pour respecter les dispositions de la directive des communautés européennes du 13 juin 1983¹⁵⁵, la loi du 3 janvier 1985 a mis à la charge des sociétés cotées qui sont à la tête d'un groupe l'obligation de publication des comptes consolidés. Nous verrons successivement la notion (1) et le périmètre de la consolidation (2).

a) La notion de consolidation

66. Définition. La consolidation des comptes pourrait être définie comme la présentation de la situation d'un groupe des sociétés dans des comptes uniques¹⁵⁶. Il s'agit en effet, de la « *représentation homogène de l'ensemble formé par les entreprises incluses dans le périmètre de consolidation en tenant compte des caractéristiques propres à la consolidation et des objectifs d'information financière propres aux comptes consolidés* »¹⁵⁷. Grâce à cette information consolidée, les salariés, les actionnaires et les tiers sont informés sur la situation économique et financière de l'ensemble du groupe¹⁵⁸. Pour reprendre les propos d'un auteur, la situation du groupe est présentée « *comme si les sociétés membres ne formaient qu'une entité comptable* »¹⁵⁹.

67. En effet, cette réponse juridique à la situation des groupes de sociétés trouve sa justification dans l'influence et le poids de la société mère dans la prise de décisions dans les sociétés membres groupe. Les règles de la représentation à l'organe de la direction, les flux financières et l'importance des transactions au sein du groupe, l'échange des cadres,

155 La directive n° 83/349/CEE du Conseil des Communautés européennes du 13 juin 1983.

156 **G. RIPERT** et al. *op. cit.* T1, V2, n° 1867.

157 Paragraphe 300 du Règlement n° 99-2 du Comité de la réglementation comptable, relatif aux comptes consolidés des sociétés commerciales et entreprises publiques.

158 **Y. GUYON**, Droit des affaires, *op. cit.* 12^{ème} éd., p. 444.

159 **G. RIPERT** et al. *op. cit.* T1, V2, n° 1867.

des dirigeants et des informations techniques et commerciales sont tous des éléments essentiels dans la détermination du périmètre de la consolidation.

b) Le périmètre de la consolidation

68. Les critères de la consolidation. À l'origine, seules les sociétés cotées qui sont à la tête d'un groupe étaient soumises à l'obligation d'établissement des comptes consolidés. Mais, depuis le 31 décembre 1989, l'article L. 233-16 du Code de commerce étend cette obligation à toutes les sociétés commerciales qui « *contrôlent de manière exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises ou qu'elles exercent une influence notable sur celles-ci* ». Il convient en effet, d'identifier le contrôle exclusif, le contrôle conjoint et l'influence notable.

69. Le contrôle exclusif. Quant au contrôle exclusif, il résulte de trois situations. La première est celle dans laquelle les droits de vote d'une entreprise sont détenus directement ou indirectement par une autre entreprise¹⁶⁰. La seconde situation est celle dans laquelle la majorité des membres des organes de direction, d'administration ou de surveillance d'une entreprise, est désignée, pendant deux exercices successifs, par une autre entreprise¹⁶¹. Enfin, la dernière situation est celle dans laquelle une entreprise aura le droit, en vertu d'une stipulation contractuelle ou statutaire, d'exercer une influence dominante sur une autre entreprise¹⁶².

Pour le contrôle exclusif, la consolidation est réalisée par l'intégration globale. D'après cette méthode, le bilan consolidé doit reprendre tous les éléments du patrimoine de la société consolidante. Une exception est faite cependant au profit « *des titres des sociétés consolidées à la valeur comptable desquels est substitué l'ensemble des éléments actifs et passifs constitutifs des capitaux propres de ces sociétés déterminés d'après les règles de consolidation* »¹⁶³.

160 J. MESTRE et al. Droit commercial, *op. cit.* p. 569 et s.

161 Voir PH. MERLE, Droit commercial, Sociétés commerciales, Dalloz, éd. 2013, p. 885.

162 Lamy Sociétés commerciales, *op. cit.* 2148.

163 C. com., art. R. 233-3 al. 2.

70. Le contrôle conjoint. Par ailleurs, pour caractériser le contrôle conjoint, il suffit que le contrôle d'une entreprise exploitée en commun soit partagé par un nombre limité d'actionnaires de sorte que les décisions prises soient les résultats de leur accord¹⁶⁴. Cette modalité de gestion concerne, habituellement, les filiales communes, certaines sociétés en participation et les sociétés de services communs. Compte tenu de sa nature, elle ne justifie qu'une consolidation proportionnelle¹⁶⁵.

71. L'influence notable. S'agissant enfin de la notion d'influence notable, elle désigne une sorte d'autorité sur la gestion et la politique financière d'une entreprise. Cette situation est présumée en pratique lorsque l'entreprise dispose directement ou indirectement d'une fraction au moins égale à 20% des droits de vote de l'autre¹⁶⁶. La consolidation est ainsi réalisée par la mise en équivalence. Il s'agit de la substitution à la valeur comptable de ces titres la part des capitaux propres de ces sociétés déterminés d'après les règles de consolidation¹⁶⁷.

72. En somme, l'obligation d'établir des comptes consolidés concerne toutes les sociétés commerciales qui se trouvent à la tête d'un groupe de sociétés ainsi que les établissements publics ayant une activité industrielle ou commerciales¹⁶⁸. Deux exceptions essentielles sont cependant énoncées par l'article L. 233-17 du Code de commerce. La première est au profit des sociétés qui sont, elles-mêmes, sous le contrôle d'une autre société qui les inclut dans ses comptes consolidés. La seconde est celle réservée au groupe des sociétés dont l'ensemble constitué par tous les membres ne dépasse pas les seuils suivants : un total du bilan de 15 millions d'euros, un montant du chiffre d'affaire de 30 millions d'euros et un nombre moyen des salariés permanent de 500¹⁶⁹.

164 **J. MESTRE** et al. Droit commercial, *op. cit.* p. 569.

165 Lamy Sociétés commerciales, *op. cit.* 2148.

166 Voir **PH. MERLE**, Droit commercial, *op. cit.* p. 886. Il convient de signaler à ces propos que le contrôle est apprécié par rapport du droit de vote. En cas de ni-propriété c'est le détenant du droit de vote aux assemblées générales ordinaires qui peut exercer un contrôle exclusif, conjoint ou une influence notable.

167 **J. MESTRE** et al. *op. cit.* p. 569 et s.

168 **J.-L. NAVARRO**, *op. cit.* n° 26.

169 Voir **PH. MERLE**, *op. cit.*

Rappelons enfin, que les comptes consolidés doivent être certifiés par le commissaire aux comptes et présentés à l'assemblée générale avec le rapport de gestion.

4) LE RAPPORT DE GESTION

73. Un outil d'information de l'assemblée générale. En application des articles L. 232-1 et suivants du Code de commerce, les dirigeants doivent rendre compte de leur gestion¹⁷⁰. Ils doivent établir, à la clôture de chaque exercice, un rapport de gestion.

Établi par le gérant, le conseil d'administration ou le directoire, le rapport de gestion est une source considérable d'information des associés et des actionnaires. Il synthétise toutes les informations significatives sur la situation de l'entreprise et ses perspectives d'évolution. Il s'agit notamment de la situation de l'entreprise, de son évolution prévisible, des événements importants survenus entre la date de la clôture de l'exercice et celle à laquelle il est établi et de toutes les activités de l'entreprise en matière de recherche et de développement¹⁷¹.

74. Particularité des rapports de gestion des SA. S'ajoutent à ces informations communes à toutes les entreprises d'autres informations propres aux sociétés par actions. En effet compte tenu des dispositions de l'article L. 225-102-1 du Code de commerce, le conseil d'administration ou le directoire de la société anonyme doit mentionner dans le rapport de gestion la liste de l'ensemble des mandats et fonctions exercés dans la société durant son exercice écoulé. Une autre information est prévue lorsque la modalité d'exercice de la direction générale de la société a été modifiée au cours de l'exercice. Dans ce cas de figure, le rapport de gestion doit faire mention de cette modification et indiquer le choix qui a été pris.

75. Dans les sociétés dont les titres sont admis ou négociés sur un marchés réglementé, les dirigeants doivent, en outre, joindre au rapport de gestion un rapport spécial dont le contenu est dicté par les articles L. 225-37 et L. 225-68. Il s'agit notamment

170 Voir notamment **H. BOISSEL DOMBREVAL**, Le droit d'information des actionnaires des sociétés non cotées après les réformes récentes, *Gaz. Pal.* 27 mai 2004 n° 148, p. 34.

171 **J. MESTRE** et al. *op. cit.* p. 484.

« de la composition du conseil et de l'application du principe de représentation équilibrée des femmes et des hommes en son sein, des conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil, ainsi que des procédures de contrôle interne et de gestion des risques mises en place par la société »¹⁷².

Cette nouvelle obligation est introduite par la loi sur les Nouvelles Régulations Économiques du 15 mai 2001. Mais certains praticiens du droit s'interrogent sur son utilité et ses modalités de mise en œuvre¹⁷³. De ce point de vue, l'information sur les conditions de préparation et d'organisation des travaux du conseil était prévue par l'article L. 225-51 qui précise que c'est le président du conseil d'administration qui représente le conseil d'administration et dirige ses travaux dont il doit rendre compte à l'assemblée générale. Ce constat est également partagé par une partie de la doctrine¹⁷⁴.

76. Propos conclusifs. Il convient de préciser, pour conclure, que l'analyse de ces informations est de nature à donner une image fidèle du passé et du présent de l'entreprise. Mais, les indices des difficultés doivent être également recherchés dans les documents prévisionnels qui s'intéressent à l'avenir prévisible de l'entreprise.

§2) LES INFORMATIONS PRÉVISIONNELLES

77. Un outil de prévention des difficultés. La seconde grande catégorie d'information qui doit faire l'objet d'une analyse approfondie afin de détecter tout indice de difficultés est l'information prévisionnelle qui s'intéresse à l'avenir prévisible de l'entreprise. L'établissement et l'analyse de cette information permettraient aux dirigeants des grandes entreprises d'anticiper et de prévenir leurs difficultés¹⁷⁵. Nous verrons successivement le domaine (A) et le contenu de cette information (B).

172 C. com., art. L. 225-37 et L. 225-68.

173 Avis du comité juridique de l'Association Nationale des Sociétés par Actions du 5 nov. 2003, comm. n° 3267 : <http://www.ansa.fr>.

174 H. BOISSEL DOMBREVAL, *op. cit.*

175 Y. GUYON, « l'information prévisionnelle », *op. cit.*

A) LE DOMAINE DE L'INFORMATION PRÉVISIONNELLE

En application des articles L. 232-2 et L. 612-2 du Code de commerce, l'information prévisionnelle est une particularité des grandes entreprises (1) au sens des articles R. 232-2 et R. 612-3 (2).

1) LES ENTREPRISES CONCERNÉES

78. Toutes les grandes entreprises qu'elles soient commerciales, des entreprises publiques ou des personnes morales de droit privé non-commerçantes ayant une activité économique sont soumises à l'obligation d'établir des informations prévisionnelles¹⁷⁶.

79. Les sociétés commerciales. Il s'agit tout d'abord des sociétés commerciales telles que les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés anonymes, les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple¹⁷⁷. Sous réserve de certaines conditions dimensionnelles prévues à l'article R. 232-2 du Code de commerce, ces entreprises doivent établir « *une situation de l'actif réalisable et disponible, valeurs d'exploitation exclues, et du passif exigible, un compte de résultat prévisionnel, un tableau de financement en même temps que le bilan annuel et un plan de financement prévisionnel* »¹⁷⁸.

80. Néanmoins, sont déchargées de cette obligation les entreprises individuelles et les sociétés dépourvues de la personnalité morale, telles que les succursales et les agences françaises des sociétés étrangères. Mais, cette exonération n'a pas convaincu une partie de

176 Précisons quand même qu'aucune sanction pénale n'est prévue en cas de défaut d'établissement des comptes prévisionnels. Cependant, la Cour de cassation avait qualifié des faits constitutifs du délit d'entrave le défaut de communication et la communication tardive des documents prévisionnels et des rapports d'analyse au comité d'entreprise 5 Cass. crim., 18 nov. 1997, n° 96-80002). Certains auteurs critiquent cette position. Ils se demandent « *pour quelle raison la Cour de cassation traiterait d'une manière plus favorable les dirigeants qui s'abstiendraient d'établir ces documents que ceux qui, les ayant établi, ne les ont pas communiqués en temps utile* » (MM. MILLEVILLE, RJDA, 02/1998, n° 180).

177 **J. MESTRE** et al. Droit commercial, *op. cit.* p. 1001 et s. S'agissant des sociétés en nom collectif et des sociétés en commandite simple voir notamment **H. HUGUET**, Sociétés en nom collectif et en commandite simple, approbation des comptes annuels, J.-Cl. Sociétés Formulaire, Fasc. G-60.

178C. com., art. L. 232-2.

la doctrine¹⁷⁹. De ce point de vue, « *l'absence de la personnalité morale n'implique pas une moindre vigilance et le besoin de prévention n'est absolument pas liée à la forme juridique de l'entreprise* »¹⁸⁰. En tant qu'outil de gestion et de prévention des difficultés, l'information prévisionnelle est nécessaire pour toutes les grandes entreprises quel que soit leur forme juridique.

81. Les personnes morales de droit privé ayant une activité économique. La seconde catégorie des personnes soumises à cette obligation est celle des personnes morales de droit privé ayant une activité économique. En effet, pour améliorer la prévention des difficultés, la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 a soumis ces groupements à l'obligation d'établir des comptes prévisionnels. Qu'elles soient des associations, des sociétés civiles ou des groupements d'intérêt économique, ces entreprises doivent établir une comptabilité prévisionnelle. Il s'agit en application de l'article L. 612-2 du Code de commerce de la situation de l'actif réalisable et disponible, valeurs d'exploitation exclues, et du passif exigible, d'un compte de résultat prévisionnel, d'un tableau de financement et d'un plan de financement.

Précisons enfin que cette obligation est réservée aux grandes entreprises qui répondent à l'un des critères dimensionnels prévus aux articles R. 232-2 et R. 612-3 du Code de commerce¹⁸¹.

2) LES SEUILS DE L'OBLIGATION

82. Une particularité des grandes entreprises. L'obligation d'établissement des comptes prévisionnels est une particularité des grandes entreprises qui comptent à la clôture de leur exercice social trois cents salariés ou plus ou un montant net du chiffre d'affaires égal ou supérieur à 18 millions d'euros¹⁸².

179 P. LE CANNU, L'amélioration de l'information au sein de l'entreprise, *op. cit.* n° 26.

180 C. SAINT-ALARY-HOUIN, Droit des entreprises en difficulté, *op. cit.* 8^{ème} éd. p. 80.

181 Y. GUYON, « *l'information prévisionnelle* », *op. cit.*

182 C. com., art. R. 232-2 et R. 612-3.

83. Quant au calcul du nombre des salariés, quelques précisions doivent être avancées. En effet, l'article R. 232-2 al. 3 du Code de commerce dispose que le nombre de salariés est égal à la moyenne arithmétique des effectifs à la fin de chaque trimestre de l'année civile, ou de l'exercice comptable lorsque celui-ci ne coïncide pas avec l'année civile, liés à la société par un contrat de travail à durée indéterminée¹⁸³. Il précise également que les salariés de l'entreprise, dont plus de la moitié du capital social est détenue directement ou indirectement par une autre entreprise, sont pris en compte pour celle-ci¹⁸⁴. Pour la société holding, le critère du nombre de salariés est apprécié en tenant compte des sociétés détenues directement ou indirectement à plus de 50 %¹⁸⁵.

En effet, pour être pris en compte, le salarié doit être lié par un contrat de travail à durée indéterminée à l'entreprise elle-même ou aux entreprises dont celle-ci détient directement ou indirectement plus de la moitié du capital. De ce fait, sont exclus les mandataires sociaux qui ne sont pas liés à la société par un contrat de travail, les travailleurs temporaires et les titulaires de contrats à durée déterminée¹⁸⁶.

84. S'agissant cependant du montant du chiffre d'affaire, il est égal ou supérieur à 18 millions d'euros. L'article R. 232-2 dispose dans son 4^{ème} alinéa que le montant pris en compte est celui « *des ventes de produits et services liés à l'activité courante diminué des réductions sur ventes, de la taxe sur la valeur ajoutée et des taxes assimilées* ». Contrairement au critère du nombre de salariés, le chiffre d'affaire est apprécié au niveau de l'entreprise elle-même sans aucune autre considération.

B) LE CONTENU DE L'INFORMATION PRÉVISIONNELLE

L'information prévisionnelle comprend la situation de l'actif disponible et du passif exigible, le tableau de financement, le plan de financement et le compte de résultat prévisionnel. Ces documents sont établis semestriellement (1) dans les quatre mois qui

183 H. HUGUET, *op. cit.*

184 A. BURLAUD et al, *op. cit.* p. 292 et s

185 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.* p. 81.

186 Cf. Lamy sociétés commerciales, *op. cit.* n° 2256 et s.

suivent la clôture de chaque semestre de l'exercice ou annuellement (2) dans les quatre mois qui suivent la clôture de l'exercice lui-même¹⁸⁷.

1) LES INFORMATIONS SEMESTRIELLES

85. La situation de l'actif réalisable et disponible et du passif exigible. Dans les quatre mois qui suivent la clôture de chaque semestre de l'exercice, l'entreprise commerciale publique ou la personne morale du droit privé non-commerçante ayant une activité économique, doit établir une situation de l'actif réalisable et disponible, valeurs d'exploitation exclues, et du passif exigible¹⁸⁸.

86. L'actif réalisable est l'actif qui peut être converti en argent à court terme. Il s'agit de l'actif facilement cessible à la différence de l'actif immobilisé¹⁸⁹. Il est considéré disponible lorsque sa transformation en argent est possible immédiatement¹⁹⁰. Il représente ainsi les liquidités de l'entreprise¹⁹¹. Quant au passif exigible, il peut être défini, au sens juridique, comme l'ensemble des dettes qui sont arrivées à leurs échéances et dont les créanciers peuvent exiger le paiement immédiatement. Ce qui suppose qu'il soit assorti d'une dette liquide et certaine dans son principe et son montant¹⁹².

2) LES INFORMATIONS ANNUELLES

87. Le tableau de financement, le plan de financement prévisionnel et le compte de résultat prévisionnel. Au titre de chaque exercice social, l'entreprise doit établir annuellement un tableau de financement, un plan de financement prévisionnel et un compte de résultat prévisionnel. Le tableau de financement pour l'exercice écoulé doit être

187 C. com., art. R. 232-3.

188 Lamy, sociétés commerciales, *op. cit.* n° 2265.

189 Pour plus de développement sur l'actif réalisable et l'actif disponible, voir **F. PÉROCHON**, Entreprises en difficulté, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 187.

190 Cf. **P.-M. LE CORRE**, Droit et pratique des procédures collectives, D. 7^{ème} éd. 2013/2014, n° 121.11.

191 Cf. **J.-B. MATTRET**, *op. cit.*

192 **F. PÉROCHON**, *op. cit.* p.186.

établi avec les comptes annuels dans les quatre mois qui suivent la clôture de l'exercice. Par ailleurs, pour les sociétés anonymes à directoire, ce document prévisionnel est établi dans les trois mois qui suivent la clôture de l'exercice.

En revanche, le plan de financement et le compte de résultat prévisionnel de l'exercice en cours sont établis à l'expiration du quatrième mois qui suit l'ouverture de l'exercice concerné. Dans les quatre mois qui suivent l'ouverture du second semestre de l'exercice une révision du compte de résultat prévisionnel doit être faite¹⁹³.

88. Les rapports d'analyse. Les documents prévisionnels sont accompagnés des rapports d'analyse décrivant et commentant les informations prévisionnelles et justifiant, le cas échéant, la modification de leur méthode de présentation. Ces rapports sont établis par le conseil d'administration ou le directoire, par le président ou le dirigeant désigné pour cette mission par le statut, par le gérant ou les administrateurs du groupement d'intérêt économique. Ils forment une partie indissociable de l'ensemble des documents prévisionnels qui ne sont pas soumis à la publicité légale¹⁹⁴.

89. Le caractère confidentiel des informations préventives. Il convient de préciser enfin que les informations prévisionnelles n'ont pas vocation à être diffusées à l'extérieur de l'entreprise. À la différence des informations rétrospectives, celles-ci sont confidentielles. Car, leur « *divulgaration pourrait nuire au crédit de l'entreprise* »¹⁹⁵.

Cependant, dans l'objectif de la prise de conscience des indices des difficultés, l'article R. 232-6 du Code de commerce prévoit la communication de ces informations, dans les huit jours de leur établissement, au commissaire aux comptes, au comité d'entreprise et au conseil de surveillance. En outre, par le biais du rapport du commissaire aux comptes, l'assemblée générale est informée de l'insuffisance et du défaut d'établissement de l'information prévisionnelle. Le commissaire aux comptes doit en effet, s'assurer du bon

193 Cf. Revue fiduciaire comptable, 1990, n° 755, p. 254.

194 A. BURLAUD et al, *op. cit.* p 296.

195 D. GIBIRILA, droit des entreprises en difficulté, Lextenso, éd. 2009, p. 43.

établissement et de la parfaite communication des documents prévisionnels¹⁹⁶. En effet, les informations prévisionnelles sont communiquées à un nombre des personnes limité, à la différence des informations rétrospectives qui doivent être publiées au greffe du tribunal.

90. Propos conclusifs. En somme, l'analyse approfondie de l'information comptable et financière est un moyen de gestion fiable et stratégique. Soucieux de la performance de leurs affaires, les dirigeants doivent utiliser ces informations pour s'assurer de l'hypothèse de la continuité d'exploitation et surveiller les indices des difficultés. Ils doivent établir leurs comptes annuels et le cas échéant leurs comptes consolidés et prévisionnels.

Mais, ce rôle préventif peut également découler de l'obligation de publication des comptes annuels au greffe du tribunal qui permet notamment aux associés et au tribunal de porter un regard analytique sur les comptes de l'entreprise.

196 Dans son rapport le commissaire aux comptes détermine, compte tenu des éléments connus de lui, à l'occasion de l'exercice de sa mission au sein de l'entreprise, « *la nature et l'étendue des travaux à mettre en œuvre pour vérifier la pertinence et la cohérence des informations contenues dans les documents et rapports d'analyse au vue de leur objectif de prévention des difficultés de l'entreprise* » (Lamy, sociétés commerciales, *op. cit.* n° 2265 citant la Norme n° 5-101)

SECTION 2 : LA PUBLICATION DES INFORMATIONS

Pour favoriser la prévention des difficultés des entreprises et renforcer la sécurité juridique des acteurs de l'activité économique, le législateur a exigé un certain niveau de transparence en matière d'informations comptables et financières¹⁹⁷. En effet, les informations rétrospectives doivent être publiées au greffe du tribunal (§2) dans le mois qui suit leur approbation par l'assemblée générale¹⁹⁸ (§1).

§1) L'APPROBATION DES COMPTES

Les comptes annuels, le rapport de gestion et les propositions d'affectation du résultat doivent être présentés à l'assemblée générale des associés ou des actionnaires par les dirigeants en vue de leur approbation. Nous verrons successivement les modalités de cette présentation (A) et la décision qui pourrait être prise par l'assemblée générale (B).

A) LA PRÉSENTATION DES COMPTES À L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

91. Le délai de la présentation des comptes. À la différence des informations prévisionnelles, les informations rétrospectives doivent être présentées dans les quatre mois qui suivent la clôture de l'exercice à l'assemblée générale ordinaire des associés ou

197 Ch. DELATTRE, « *Le dépôt des comptes sociaux : outil de prévention* », Rev. proc. coll. n° 3, Juillet 2008, comm. 98.

198 C. com., art. L. 232-21, L. 232-22 et L. 232-23.

des actionnaires. Ceux-ci sont ainsi informés par les dirigeants sur la gestion de l'entreprise et ses perspectives d'évolution¹⁹⁹.

92. La convocation de l'assemblée générale. En raison du contrôle exercé par les associés et les actionnaires, cette information doit être rapide pour conserver son utilité²⁰⁰. En effet, les comptes annuels sont soumis à l'approbation de l'assemblée générale des associés ou des actionnaires dans les six mois de la clôture de l'exercice. Pour ce faire, l'assemblée générale est convoquée par les gérants ou le conseil d'administration quinze jours au moins avant la date prévue de l'assemblée²⁰¹.

93. S'agissant de la modalité de cette convocation, l'article R. 223-20 du Code de commerce dispose que les associés des sociétés à responsabilité limitée sont convoqués par lettre recommandée avec accusé de réception. Il ajoute également que les questions inscrites à l'ordre du jour doivent être claires et lisibles pour ceux-ci. En revanche, quant aux actionnaires des sociétés anonymes et des sociétés en commandite par action, la convocation ne peut pas être individualisée. Elle doit être effectuée par le biais d'une publicité légale pour assurer l'information de tous les actionnaires, titulaire d'une action avec un droit de vote²⁰².

Par ailleurs, lorsque les actions de la société sont nominatives, les actionnaires peuvent être convoqués par lettre simple ou recommandée adressée à chaque actionnaire aux frais de la société. Cette dernière modalité pourrait également être remplacée par un envoi électronique. Mais, en application de l'article R. 225-63, la société doit soumettre une proposition en ce sens aux actionnaires inscrits au nominatif.

94. Toutefois, les dirigeants qui ne sont pas en mesure de présenter à l'assemblée générale des comptes annuels réguliers et sincères dans le délai de six mois peuvent

199 Cf. **PH. MERLE**, Droit commercial, *op. cit.* p. 679 et s.

200 Voir *infra* n° 568.

201 **G. RIPERT** et al. *op. cit.* T1, V2, n° 1325.

202 Compte tenu des dispositions de l'article R. 225-67 un avis de convocation doit être inséré dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans le département du siège social. Cet avis de convocation doit également être inséré au Bulletin des annonces légales lorsqu'il s'agit des sociétés dont les actions sont admises sur un marché réglementé.

demander la prorogation de ce délai par requête au président du tribunal²⁰³. Cette demande doit être faite avant l'expiration du délai légal²⁰⁴. Elle pourrait être justifiée par des multiples raisons et ne présage pas forcément les difficultés de l'entreprise. Mais, en réalité le retard dans l'établissement des comptes annuels met en général le soupçon sur la situation financière de l'entreprise²⁰⁵.

B) LA DÉCISION DE L'ASSEMBLÉE GÉNÉRALE

95. La formalité de l'approbation des comptes. Après avoir entendu le rapport des organes de la direction et celui des commissaires aux comptes et, le cas échéant, les observations du comité d'entreprise et les remarques du président sur l'exercice en cours, l'assemblée générale ordinaire vote sur l'approbation des comptes²⁰⁶. Elle peut rejeter les projets des comptes. Dans ce cas de figure, la décision du rejet des projets des comptes est souvent suivie par la révocation et l'action en responsabilité contre les dirigeants. Elle peut également les approuver en y apportant quelques modifications. Mais, la décision la plus fréquente est celle d'approbation des comptes sans aucune modification²⁰⁷.

96. L'assouplissement de la formalité d'approbation des comptes. Par ailleurs, certaines mesures ont été prévues justement pour assouplir la formalité de cette obligation. En effet, l'article L. 223-31 du Code de commerce prévoit quelques dispositions relatives à l'associé unique, gérant de la société. Il dispose que « *le dépôt au registre du commerce et des sociétés, dans le même délai, de l'inventaire et des comptes annuels, dûment signés, vaut approbation des comptes sans que l'associé unique ait à porter au registre prévu à l'alinéa suivant le récépissé délivré par le greffe du tribunal de commerce* ». Il en est de même quant aux comptes annuels de l'associé unique, personne physique, qui assume

203 C. com., art. L. 225-100 pour les SARL et R. 225-64 pour les SA.

204 Peu importe après, selon la Cour de cassation, qu'elle soit effectuée avant ou après la convocation de l'assemblée générale : Cass. crim., 4 juill. 1995, n° 93-83359, RJDA 11/1995, n° 1247.

205 **J.-F. BARBIÈRI**, la présentation des comptes infidèles, Bull. Joly Sociétés, 01 octobre 2004 n° 10, p. 1250.

206 Cf. **J. ROUSSEAU**, Traité des SARL, Librairies techniques 1952, n° 296.

207 **J. ESCARRA** et **J. RAULT**, Traité théorique et pratique de droit commercial, Sirey, 1950, T. I, n° 463.

personnellement la présidence de la société par action simplifiée unipersonnelle. L'article L. 227-9 dispose que le dépôt « *de l'inventaire et des comptes annuels dûment signés vaut approbation des comptes* ».

§2) LE DÉPÔT DES COMPTES

Une fois approuvés, les comptes annuels doivent être ensuite déposés au greffe du tribunal. Le dépôt des comptes doit être effectué dans le délai d'un mois à compter de leur approbation. Nous verrons successivement les fondements juridiques de cette obligation (A) et les conséquences de son inexécution (B).

A) L'OBLIGATION DE DÉPÔT DES COMPTES

En principe sont concernées par cette obligation toutes les personnes physiques ou morales ayant la qualité de commerçant ainsi que certaines personnes morales de droit privé (1). Mais, on constate de plus en plus une forte tendance d'assouplissement des obligations comptables et financières des petites et moyennes entreprises dont la dernière illustration est la loi de WARSMANN du 18 mai 2011 et celle de la simplification du droit du 22 mars 2012 (2).

1) LES PERSONNES SOUMISES À L'OBLIGATION DE DÉPÔT DE COMPTES

97. Les sociétés commerciales. Compte tenu des dispositions de l'article R. 123-111 du Code de commerce « *les sociétés commerciales sont tenues de déposer en double exemplaire, dans le délai d'un mois à compter de leur approbation par l'assemblée ordinaire, les documents comptables prévus aux articles L. 232-21 à L. 232-23* ». Il s'agit des sociétés par action, des sociétés à responsabilité limitée et des sociétés en nom collectif dont tous les associés indéfiniment responsables sont des sociétés à responsabilité limitée ou des sociétés par actions. Il en est de même quant aux sociétés de droit étranger qui sont

assimilées, selon leurs formes juridiques, aux sociétés à responsabilité limitée ou aux sociétés par actions²⁰⁸.

98. Certaines personnes morales de droit privé. La seconde catégorie des personnes soumises à l'obligation de dépôt des comptes est celle des personnes morales de droit privé ayant reçu une subvention au sens de l'article L. 612-4 du Code de commerce²⁰⁹. Il s'agit concrètement de toute association ayant reçu annuellement des autorités administratives ou des établissements publics à caractère industriel et commercial une ou plusieurs subventions dont le montant global est supérieur à 153.000€²¹⁰.

2) L'ASSOUPLISSEMENT DE L'OBLIGATION DE DÉPÔT DES COMPTES

99. La présentation simplifiée des comptes. Tout d'abord, compte tenu des dispositions de l'article L. 123-16 du Code de commerce, les commerçants personnes physiques ou morales qui ne dépassent pas deux de trois seuils de l'article R. 123-200 du Code de commerce peuvent bénéficier d'un régime simplifié. Il s'agit d'un total de bilan de 267000 €, d'un montant net du chiffre d'affaire de 534 000 € et d'un nombre de 10 salariés au cours de l'exercice.

Par ailleurs, ce régime favorable peut aller jusqu'à la dispense totale de l'établissement des comptes annuels aux profits des commerçants, personnes physiques²¹¹. Il s'agit de l'hypothèse des entreprises individuelles bénéficiant du régime de micro-entreprise au sens de l'article 50-0 du Code général des impôts²¹². Toutefois, ces entreprises doivent mentionner chronologiquement le montant et l'origine des recettes perçues au titre de leurs

208 C. com., art. R. 123-112 et s.

209 Cela permettrait à l'administration de contrôler les comptes de ces personnes et d'exiger une certaine transparence sur l'utilisation des subventions publiques.

210 C. com., art. R. 612-5.

211 Cf. **J. MESTRE** et al. Droit commercial, *op. cit.* p. 245.

212 **J.-L. NAVARRO**, *op. cit.* n° 10.

activités professionnelles sur un livre-recette et tenir un registre présentant le détail des achats²¹³.

100. La dispense de dépôt de rapport de gestion. En outre, une deuxième mesure d'assouplissement est prévue par la loi du 17 septembre 2009 relative à l'accès au crédit de PME. Dans leur nouvelle rédaction, les articles L. 232-21, L. 232-22 et L. 232-23 du Code de commerce dispensaient de l'obligation de dépôt de rapport de gestion l'associé unique, personne physique, qui assumait personnellement la gérance de l'entreprise ou la présidence de la société. Depuis la loi du 22 mars 2012, la dispense de l'obligation de dépôt de rapport de gestion est étendue également à toutes les sociétés, à l'exception des sociétés par actions dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé²¹⁴.

L'objectif de cette réforme est de protéger les informations sensibles de la concurrence. Mais, sa portée pourrait être minimisée dans la mesure où ces entreprises doivent établir le rapport de gestion et le mettre à la disposition de toute personne intéressée²¹⁵.

101. La dispense de dépôt des comptes consolidés. Enfin, la loi du 22 mars 2012 a introduit un nouvel article sur la dispense de l'obligation d'établissement et de publication des comptes consolidés. Désormais, l'article L. 233-17-1 du Code de commerce dispose que « *sous réserve d'en justifier dans l'annexe prévue à l'article L. 123-12, les sociétés mentionnées au I de l'article L. 233-16 sont exemptées de l'obligation d'établir et de publier des comptes consolidés et un rapport sur la gestion du groupe lorsque toutes les entreprises contrôlées de manière exclusive ou conjointe ou dans lesquelles elles exercent une influence notable, au sens du même article L. 233-16, présentent, tant individuellement que collectivement, un intérêt négligeable par rapport à l'objectif défini à l'article L. 233-*

213 C. com., art. L. 123-28.

214 C. com., la nouvelle rédaction des articles L. 232-21, L. 232-22 et L. 232-23.

215 J. MESTRE et al. Droit commercial, *op. cit.* p. 680.

21 »²¹⁶. En vertu de ce dernier texte, l'objectif des comptes consolidés est de donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière ainsi que du résultat de l'ensemble constitué par les entreprises comprises dans la consolidation.

102. Ces différentes dispositions d'assouplissement sont de nature à satisfaire une grande partie de la doctrine, hostile à la multiplicité des obligations comptables et financières dont le système répressif est marqué par l'inefficacité et la lourdeur²¹⁷.

B) LA RÉPRESSION DES INFRACTIONS RELATIVES À L'OBLIGATION DE DÉPÔT DES COMPTES

On distingue traditionnellement la présentation ou la publication des comptes irréguliers (1) du non dépôt des comptes (2).

1) L'IRRÉGULARITÉ DES COMPTES

103. Les éléments constitutifs. En application de l'article L. 242-6-2° du Code de commerce, sont punis d'un emprisonnement de cinq ans et/ou d'une amende de 375 000 €, les administrateurs et les directeurs généraux qui publient ou présentent « *aux actionnaires, même en l'absence de toute distribution de dividendes, des comptes annuels ne donnant pas, pour chaque exercice, une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice, de la situation financière et du patrimoine, à l'expiration de cette période, en vue de dissimuler la véritable situation de la société* ». En effet, trois éléments constitutifs doivent être réunis.

104. Tout d'abord les comptes annuels doivent être présentés ou publiés. La présentation signifie la remise des comptes aux actionnaires en vue de leur approbation,

216 Cette dispense était prévue initialement dans la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles. Mais le Conseil constitutionnel dans un arrêt du principe du 8 décembre 2011 a considéré qu'il s'agit d'un cavalier législatif. Il a censuré cette disposition qui a été ensuite intégré dans la loi de la simplification du droit du 22 mars 2012 (Conseil constitutionnel, 8 décembre 2011, n° 2011-641 DC, LPA 29 février 2012 n° 43, note **J-P. CAMBY**).

217 Cf. **J.-B. MATTRET**, *op. cit.* ; **J.-F. BARBIÈRI**, *op. cit.* ; **C. MASCALA**, *op. cit.* ; **S. LITOU**, « *Le contrôle des comptes en France et aux États-Unis* », LPA 25 juillet 1997 n° 89, p. 11 ; **J.-L. ROSSIGNOL**, L'État et la comptabilité de l'entreprise, LPA 30 septembre 2005 n° 195, p. 4.

alors que la publication désigne tout procédé ayant pour but et pour effet de faire connaître les comptes annuels aux tiers²¹⁸. La doctrine donne traditionnellement, comme exemple à la publication des comptes, la reproduction du bilan au verso d'un bon de caisse ou dans un prospectus²¹⁹. Mais, la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler que la communication des comptes d'un bilan à l'acquéreur de la majorité du capital sans diffusion à d'autres personnes ne constitue pas une publication au sens de ce texte²²⁰.

105. En outre, les comptes présentés ou publiés doivent être infidèles²²¹. Il s'agit concrètement des comptes qui ne sont pas conformes aux règles et procédures en vigueur²²². Rappelons à ce propos que le dirigeant qui n'est pas en mesure de présenter des comptes annuels donnant une image fidèle de son entreprise, dans le délai légal, peut demander en justice le report de l'assemblée générale ordinaire annuelle²²³.

106. Enfin, le troisième élément d'incrimination suppose que la présentation ou la publication des comptes infidèles soit en vue de dissimuler sciemment la véritable situation de l'entreprise. Ce qui veut dire que cette infraction a une double intention : la connaissance des irrégularités par le dirigeant et l'intention de celui-ci de dissimuler la véritable situation de son entreprise. Cette intention de dissimulation est parfois induite de la gravité de l'infraction²²⁴.

107. Sanctions. S'agissant des conséquences de l'irrégularité des comptes, des sanctions civiles et pénales peuvent être appliquées²²⁵. En matière civile, la société dont les comptes sont irréguliers ne peut pas profiter de la possibilité offerte aux commerçants de

218 **J.-F. BARBIÈRI**, *op. cit.*

219 *Ibid.*

220 Cass. crim., 5 oct. 1990, RJDA 15 déc. 1990 p.9; v. aussi dans le même sens Cass. crim 15/10/1990 RJDA 1990/23 P. 9

221 Pour plus d'amples sur la fidélité de l'information Voir *infra* n° 561.

222 Cf. Sociétés commerciales, FRANCIS LEFEBVRE 2008 P.1219.

223 CA Paris 2-8-2001, RJDA 6/2002 n° 647.

224 Cass. crim., 29 nov. 2000, n° 99-80324, RJDA 10/2001 n° 981

225 Voit **A. BURLAUD** et al, *op. cit.* p. 591 et s.

présenter leur comptabilité comme une preuve en leur faveur²²⁶. De plus, le tiers, trompé ou dont l'acquisition des parts sociales ou d'un fonds de commerce a été en raison de l'optimisme de ces comptes, peut demander la réparation du préjudice direct et certain, causé par cette infraction²²⁷. L'action est ainsi recevable dès lors que son demandeur justifie « *que la dissimulation de la situation de la société ou la présentation de comptes inexacts ont été la cause de son (adhésion) à la société* »²²⁸. Toutefois, la notion d'adhésion doit être comprise à la lumière de la jurisprudence. De point de vue de la Cour de cassation « *le repreneur d'une société, devenu actionnaire majoritaire après la commission du délit de présentation de bilan inexact, peut se constituer partie civile dès lors que l'évaluation des actions achetées a été faite à partir dudit bilan* »²²⁹.

108. Par opposition à cette situation, l'actionnaire qui était en place au moment de la présentation des comptes infidèles ne peut pas se prévaloir de cette action en prétendant que cette image infidèle a déterminé son maintien dans l'entreprise ou a lui fait perdre l'opportunité d'en sortir. Il faut que la fausse information soit la raison de l'adhésion. Dans son commentaire de l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation²³⁰, Monsieur le Professeur **BARBIERI** propose une lecture très large de la notion d'adhésion. Il suggère notamment qu'il soit entendu par cette notion « *le fait d'avoir apporté un concours ou d'avoir investi, voire - plus généralement - d'avoir contracté avec une société au vu de comptes inexacts* »²³¹.

109. Il convient en outre de préciser que les comptes irréguliers ne peuvent pas être pris en considération par l'administration fiscale pour le calcul de l'impôt et peuvent

226 Compte tenu des dispositions de l'article L. 123-23 du Code de commerce, « *la comptabilité régulièrement tenue peut être admise en justice pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce* ».

227 Cf. **B. BOULOC**, note sous Cass. crim., 5 nov. 1991, n° 90-82605, Rev. sociétés 1992 p.91.

228 Cass. com., 4 nov. 1991, n° 90-82605, RJDA 1992, n° 252.

229 Cass. crim., 5 nov. 1991, RJDA 2/92 n° 154. Pour l'actionnaire minoritaire voir notamment Cass. crim., 30 janv. 2002, n° 01-84256, RJDA 6/02 n° 646.

230 Cass. crim., 5 mai 2004, n° 03-82801.

231 **J.-F. BARBIÈRI**, *op. cit.*

justifier la demande de la nullité pour dol²³². Ils peuvent également être sanctionnés sévèrement sur le plan pénal.

110. La présentation des comptes irréguliers est également sanctionnée sur le plan pénal. En effet, la Cour de cassation avait décidé qu'elle pourrait constituer un délit de faux, puni d'un emprisonnement de trois ans et d'une amende de 45000 € en application de l'article 441 du Code pénal²³³.

111. Par ailleurs, lorsque les comptes irréguliers sont ceux d'une société cotée, d'autres sanctions pécuniaires peuvent être prononcées à l'encontre des dirigeants. Ces sanctions peuvent être prononcées même si les dirigeants ont agi, non pour leurs propres comptes, mais pour celui de la société. Selon la jurisprudence de la Cour d'appel de Paris²³⁴, les dirigeants ne peuvent pas prétendre de la théorie du profit personnel ni celle de la faute séparable qui n'est pas applicable en la matière²³⁵.

2) LE NON DÉPÔT DES COMPTES

112. La divulgation de la stratégie de l'entreprise. Le non dépôt des comptes pourrait être motivé par des multiples raisons²³⁶. Dans les secteurs d'activité qui ne comptent pas beaucoup d'entreprises, le dépôt des comptes annuels pourrait être une source de divulgation de la stratégie de l'entreprise devant les yeux de ses concurrents²³⁷. Certains praticiens ont souhaité l'exonération de cette obligation, mais le Ministère de la justice n'était pas favorable à ce souhait²³⁸. Il insiste sur le droit de tout intéressé de consulter les comptes, dès leur dépôt au Registre du commerce et des sociétés.

232 Cass. com., 3 avril 1979, n° 78-10008, Rev. sociétés 1980, p. 723 note du **E. DU PONTAVICE** ; Cass. com., 12 octobre 1993, n° 91-19838, RJDA 1993 n° 1042.

233 Cass. crim., 24 avril 1984, n° 83-90752, D. 1986, 125, note **J. COSSON**.

234 CA PARIS 06/04/1994.

235 Cf. **Th. GRANIER**, « *Délimitation de la responsabilité des personnes chargées de l'information financière* », Bull. Joly Bourse, 01 nov. 2007 n° 6, p. 742.

236 **M. COZIAN** et al. *op. cit.* p. 174.

237 **A. BURLAUD** et al, *op. cit.* p. 280 et s.

238 Rép. mini., JOAN 28 mars 1994, p. 1558. Bull. CNCC n° 94, juin 1994, p. 280.

113. La rupture d'égalité. En outre, les petites entreprises y trouvent une rupture d'égalité. Elles avancent comme argument le fait que leurs concurrents au plan local qui ne sont pas soumis à cette obligation, pour défaut du statut juridique propre, sont souvent rattachés à des grands groupes nationaux. Mais la réponse du Ministère des entreprises et du développement économique a jugé que « *la publication des comptes des établissements n'apporterait aucune signification car la ventilation des charges et des produits peut être modifiée par le siège de l'entreprise au vu des résultats de chacun des établissements, sans que ces derniers ne constituent un résultat comptable autonome* »²³⁹.

114. La dissimulation des difficultés. Une autre dimension est issue de la pratique et de la réalité complexe des entreprises en difficultés. En effet, même si l'anticipation des difficultés est l'idée directrice en droit des entreprises en difficulté, on s'aperçoit quand-même que les dirigeants ont une tendance humaine incontestable à passer les difficultés sous silence²⁴⁰. Ils ne veulent pas que leurs partenaires soient au courant des petits problèmes de gestion qu'ils rencontrent, si ce n'est pas nécessaire pour le sauvetage de l'entreprise²⁴¹.

115. Le cas de nécessité. Dans cette recherche des excuses du non dépôt des comptes, les auteurs de l'infraction peuvent aller trop loin. À titre d'exemple, une gérante d'une SARL qui avait subi de nombreux vols et agressions a invoqué le cas de nécessité prévue par l'article 122-7 du Code pénal pour échapper à sa responsabilité pénale pour défaut de dépôt des comptes. La Cour d'appel de Pau a accepté cette argumentation²⁴². Dans son arrêt cette juridiction considérait « *qu'en s'abstenant de déposer au greffe ces documents, où des tiers peuvent les consulter, la prévenue a accompli un acte nécessaire à la sauvegarde de sa personne, en tout cas de ses biens, sans qu'il y ait disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace* »²⁴³.

239 Rép. mini., JOAN 23 mai 1994, p. 2621. Bull. CNCC n° 94, juin 1994, p. 282-283.

240 Ch. DELATTRE, *op. cit.*

241 Y. GUYON, « *La transparence dans les procédures collectives* », *op. cit.*

242 La Cour d'appel de Pau du 16 décembre 2004.

243 *Ibid.*

Cette argumentation n'a pas convaincu la Cour de cassation. Dans un arrêt de la chambre criminelle du 1^{er} juin 2005, la Haute juridiction a cassé la décision de la Cour d'appel pour violation de l'article 122-7 du Code pénal²⁴⁴. En vertu de ce texte « *seul un danger actuel et imminent est de nature à justifier la commission de l'infraction* ». Dans le cas d'espèce, le risque est un danger simplement éventuel et ne peut pas justifier la consommation de l'infraction²⁴⁵.

116. Notons par ailleurs que sur le plan communautaire le défaut de coordination et l'absence de l'harmonisation des droits internes de certains pays avec les dispositions de la quatrième directive a évoqué la question de l'applicabilité de la sanction pénale sur le plan communautaire. La Cour de justice a confirmé que les dispositions de la directive « *doivent être mises en vigueur et appliquées, même si d'autres États membres n'ont pas encore adapté les mesures d'exécution de cette directive* »²⁴⁶.

Cette jurisprudence a été critiquée par une partie de la doctrine en raison notamment de la rupture d'égalité entre les acteurs économiques sur le plan communautaire. L'industrie des chaussures de cuir française était l'illustration de cette situation par rapport à l'industrie italienne à l'époque où la directive n'était pas applicable en Italie²⁴⁷.

117. L'inefficacité du système répressif. S'ajoute à ces prétendues excuses l'inefficacité du système répressif compte tenu de l'absence du caractère dissuasif de la sanction. L'infraction est considérée comme une contravention de 5^e classe et ce n'est que dans le cas exceptionnel que le parquet décide de poursuivre ses auteurs. En effet, une réflexion sur la réforme du système répressif était nécessaire.

118. La désignation d'un mandataire pour accomplir la formalité du dépôt des comptes. Dans une évolution significative la jurisprudence a admis la recevabilité de l'action civile qui tend à désigner un mandataire pour accomplir la formalité du dépôt des

244 Cassa. crim., 01 juin 2005, RTD Com. 01/10/2005, n° 4, p. 751, note **C. CHAMPAUD**.

245 Cf. **A. LIENHARD**, Non-publicité des comptes et état de nécessité, commentaire sur l'arrêt de la Cour de cassation, crim. n° 05-80.351.

246 CJCE 11 janvier 1990, Bull. CNCC n°78, juin 1990, p. 232, note **E. DU PONTAVICE**.

247 Cf. **A. BURLAUD** et al. *op. cit.* p. 282 et s.

comptes²⁴⁸. En effet, la Cour de cassation a sanctionné le jugement de la Cour d'appel de Lyon qui considère que le demandeur de cette action doit démontrer que la publication des comptes est nécessaire à la défense de ses intérêts²⁴⁹. En l'espèce, la société *Fleury Michon* a passé avec la société anonyme *Aoste Holding* le 27 juillet 1993 une convention de cession qui a placé sous le contrôle d'*Aoste Holding* la société anonyme *Calixte Producteurs*, la société cédée, devenue *H. Sec*. Suite à un grand conflit sur le prix et la situation financière de la *H. Sec*, la société *Fleury Michon*, après avoir découvert que les comptes sociaux des sociétés *Aoste Holding* et *H. Sec* pour les années 1992, 1993 et 1994 n'ont pas été déposés au greffe du tribunal de commerce de Lyon, a mis en demeure ces sociétés de procéder à la formalité de dépôt des comptes. Elle a ensuite demandé la désignation d'un mandataire chargé d'accomplir cette formalité sur le fondement de l'article 283. Mais, sa demande a été rejetée²⁵⁰.

Les arguments avancés par les juges du fond n'ont pas convaincu la chambre commerciale de la Cour de cassation. Dans son arrêt, la Haute juridiction affirme que la Cour d'appel de Lyon a violé les dispositions des articles 283 et 293 « *en soumettant cette production à des conditions alors que (...) tout intéressé peut demander au président du tribunal de commerce statuant en référé de désigner un mandataire chargé d'accomplir la formalité* »²⁵¹.

119. L'injonction de faire sous astreinte. À l'instar des efforts jurisprudentiels, la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux Nouvelles Régulations Économiques a créé une nouvelle sanction civile plus appropriée à l'inexécution de l'obligation de dépôt des comptes. Il s'agit de l'injonction de faire sous astreinte, prévue à l'article L 611-2 du Code de commerce. Compte tenu des dispositions de ce texte, le président du tribunal peut adresser une injonction de faire à bref délai sous astreinte aux dirigeants qui n'ont pas procédé au dépôt des comptes annuels dans le délai légal. Si cette injonction n'est pas

248 V. ALAIN et al. Droit des sociétés, JCP G 09/02/2000, n°6, p. 244 et s.

249 Cass. com., 15 juin 1999, n° 97-13556.

250 Cf. J.-M. BAHANS dans son commentaire de l'arrêt de la Cour de cassation du 15 juin 1999, n° 97-13556., Bull. Joly Sociétés, 01 octobre 1999 n° 10, p. 1013.

251 Cass. com., *op. cit.*

suivie d'effet dans un délai d'un mois à compter de la notification ou de la signification de l'ordonnance du président du tribunal, les dirigeants peuvent être convoqués pour que les mesures nécessaires pour le redressement de la situation de l'entreprise soient envisagées²⁵². Mais quelle incidence peut avoir cette nouvelle sanction civile sur la dépénalisation du non dépôt des comptes ?

120. L'incidence de l'injonction de faire sur la dépénalisation du non dépôt des comptes. Rappelons tout d'abord que la question de la dépénalisation du non dépôt des comptes a été posée lors de la codification du Code de commerce. On se demandait notamment si le nouveau classement de la codification issue de l'ordonnance du 18 septembre 2000 ne dépénalisait pas cette sanction. En effet, l'article 53 disposait que « *toute infraction aux dispositions des articles 37, 40, 42, 42-1, 42-2, et 44-1 ci-dessus sera punie de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe* ». La validité de cette référence a été contestée par une partie de la doctrine dans la mesure où les dispositions de l'article 44-1 ont été abrogées et reprises par l'article L. 232-22 du Code de commerce²⁵³. En effet, l'application de cette sanction serait même contraire au principe de l'interprétation stricte de la loi pénale et celui de la légalité des délits et des peines²⁵⁴. De ce point de vue, la sanction pénale serait ainsi incompatible avec la procédure d'injonction de faire qui présage la volonté implicite du législateur de substituer cette sanction civile et pratique à la sanction pénale sévère et lourde²⁵⁵.

121. Ce sont les arguments sur lesquels se basait la jurisprudence de la Cour d'appel de Douai du 3 décembre 2004. Dans cet arrêt, les juges du fond décident que « *l'article 53 (du décret du 23 mars 1967) en visant encore la répression des manquements aux dispositions de l'article 44-1 abrogé ne peut permettre de sanctionner le manquement au texte de*

252 C. com., art. L 611-2 et R. 611-13.

253 V. MALABAT, Bull. Joly Sociétés, 01 décembre 2005 n° 12, p. 1367.

254 Cf. A. LIENHARD, commentaire sur l'arrêt de la Cour de cassation, crim. n° 05-80.351.

255 Cf. V. MALABAT, *op. cit.* Il convient de préciser cependant que la Cour de cassation exige que l'abrogation des lois et règlements soit expresse si elle ne résulte pas implicitement et nécessairement de l'application des nouvelles dispositions incompatibles avec les anciennes dispositions (Cass. crim., 21 janv. 1944, Bull. crim., n° 27).

l'article L. 232-22 du Code de commerce »²⁵⁶. Cette analyse n'a pas convaincu une grande partie de la doctrine. Madame le Professeur **MASCALA** dans son commentaire sur cet arrêt a avancé quelques exemples similaires dans lesquels la Haute juridiction avait déjà donné son avis défavorable à la dépenalisation²⁵⁷. À propos de la codification à droit constant du Code de la consommation, la Cour de cassation a confirmé que « *l'abrogation d'une loi à la suite de sa codification à droit constant ne modifie ni la teneur des dispositions transférées, ni leur portée* »²⁵⁸. Elle ajoute que « *les arrêtés ou règlements légalement pris par l'autorité compétente revêtent un caractère de permanence qui les fait survivre aux lois dont ils procèdent, tant qu'ils n'ont pas été rapportés ou qu'ils ne sont pas devenus inconciliables avec les règles fixées par une législation postérieure* ». Ce qui compte en effet c'est « *la légalité matérielle et non la légalité formelle* » à partir du moment où le contenu du texte reste identique²⁵⁹. Selon cette analyse, la Cour d'appel de Douai a privé son arrêt de tout fondement légal en évoquant l'incompatibilité de la sanction pénale avec la procédure d'injonction de faire. Ces deux sanctions sont distinctes l'une de l'autre. La sanction pénale a pour but de sanctionner la transgression de l'obligation de dépôt des comptes sociaux, alors que l'injonction de déposer les comptes « *a pour seul objet de faire réaliser sous astreinte les publicités obligatoires que la loi prévoit dans le cadre du fonctionnement sociétaire, dans un but d'information des tiers* »²⁶⁰.

122. En effet, le législateur a pris en compte ces arguments et abrogé l'article 53 du décret n° 67-236 du 23 mars 1967 par le décret n° 2006-1566 du 11 décembre 2006. Désormais, le nouvel article R. 247-3 du Code de commerce dispose que « *le fait de ne pas satisfaire aux obligations de dépôt prévues aux articles L. 232-21 à L. 232-23 est puni de l'amende prévue par le 5e de l'article 131-13 du Code pénal pour les contraventions de la*

256 CA de Douai, 3 décembre 2004 RJDA 8-9/2005, n° 993 ; Juris-Data n° 2004-274296

257 **C. MASCALA**, « *Le défaut de dépôt des comptes annuels constitue toujours une infraction pénale* », Bull. Joly Sociétés, 01 avril 2005 n° 4, p. 486.

258 Cass. crim., 4 mai 1995, n° 94-83077, Bull. crim., n° 163 ; Cass. crim., 16 oct. 1996, n° 95-84755, Bull. crim., n° 367.

259 **V. MALABAT**, *op. cit.*

260 **C. MASCALA**, *op. cit.*

cinquième classe. En cas de récidive, la peine applicable est celle prévue par le 5e de l'article 131-13 du code pénal pour les contraventions de la cinquième classe commises en récidive ».

123. L'injonction de faire et la liberté d'entreprendre. Nous précisons enfin que l'injonction de faire sous astreinte a fait récemment l'objet d'une demande de transmission au Conseil constitutionnel pour examiner sa conformité à la liberté d'entreprendre et aux principes d'égalité devant la loi et de séparation des pouvoirs²⁶¹. Mais, la Cour de cassation n'a pas approuvé le caractère sérieux de cette demande²⁶². Elle considère que les restrictions qui peuvent résulter de l'article L. 611-2, II, du Code de commerce « *répondent à un motif d'intérêt général de transparence économique poursuivi par le législateur et ne portent pas une atteinte disproportionnée à ces principes qui aurait pour effet d'en dénaturer la portée* »²⁶³.

124. Basée sur la nécessité de la transparence économique et de la prévention des difficultés, cette solution est largement soutenue par la doctrine²⁶⁴. Elle correspond également à l'esprit du renforcement de la prévention des difficultés dont la dernière illustration est l'obligation des greffiers d'informer les présidents du tribunal de l'inexécution du dépôt des comptes²⁶⁵. Car, l'obligation de publication des comptes est l'un des principaux clignotants permettant la détection et la prévention des difficultés des entreprises²⁶⁶.

261 **I. PARACHKÉVOVA**, « *L'injonction de déposer les comptes annuels dans le cadre de la prévention-détection est conforme à la Constitution (pour l'instant...)* », Bull. Joly Sociétés, 01 avril 2013 n° 4, p. 270.

262 Cass. com., 15 janv. 2013, n° 12-40086 QPC, Rev. proc. coll. 01/03/2013, n° 2, p. 22, note **Ch. DELATTRE**.

263 *Ibid.*

264 Cf. **N. BORGA**, « *Injonction de publication des comptes : non-renvoi d'une QPC* », Bull. Joly Entreprises en Difficulté, 01 mars 2013 n° 2, p. 72 ; **P. RUBELLIN**, *op. cit.* ; **I. PARACHKÉVOVA**, *op. cit.*

265 C. com., art. L. 232-24 du Code de commerce, créé par la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives.

266 **P. RUBELLIN**, *op. cit.*

125. Propos conclusifs. Pour conclure, nous précisons que l'élaboration des informations comptables et financières joue un rôle important dans la prévention des difficultés des entreprises. Mais, ce rôle préventif peut également découler de l'obligation de publication des comptes annuels et des comptes consolidés. En effet, cette publicité attire l'attention des dirigeants sur la nécessité de la régularité et de la sincérité de ces informations. Car, des sanctions sévères peuvent être prononcées à leur égard en cas de défaut de publicité ou de publicité des comptes irréguliers. En outre, grâce à cette publicité, d'autres personnes peuvent également porter un regard analytique sur les comptes de l'entreprise. Il s'agit notamment des associés ou des actionnaires, des salariés et du président du tribunal.

Par ailleurs, à la différence des comptes annuels et des comptes consolidés qui doivent être publiés au greffe du tribunal, l'information prévisionnelle est prévue notamment dans l'objectif de la prévention des difficultés. Grâce à cette information, les dirigeants peuvent anticiper et prévenir leurs difficultés, tout en préservant la confidentialité de leur secret²⁶⁷. Mais, le défaut de réaction précoce de ceux-ci peut justifier l'intervention des autres acteurs. Il s'agit notamment du commissaire aux comptes, du comité d'entreprise, des associés ou des actionnaires qui peuvent utiliser les informations comptables et financières pour alerter les dirigeants.

267 Y. GUYON, « l'information prévisionnelle », JCP E 1985, I, 14608.

CHAPITRE 2 : L'INFORMATION DES DIRIGEANTS PAR LES MÉCANISMES D'ALERTE

126. Les suggestions du rapport *Sudreau*. Pour améliorer le système de détection et de prévention des difficultés, le rapport *Sudreau* avait préconisé la mise en place de clignotants destinés à alerter les dirigeants en cas de difficultés²⁶⁸. Il avait suggéré la reconnaissance « *aux diverses parties constitutives de l'entreprise le droit de mettre en œuvre une procédure spéciale lorsqu'elles ont des éléments d'information concordants et sérieux laissant présager l'existence de difficultés qui peuvent être lourdes de conséquences* »²⁶⁹.

127. Le législateur a pris en compte les idées principales des suggestions du rapport *Sudreau* dans la loi n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises. Il a organisé les modalités d'utilisation de l'information pour alerter les dirigeants sur les indices des difficultés. Désormais, le commissaire aux comptes, les associés, le comité d'entreprise, les groupements de prévention agréés et le président du tribunal jouent un rôle primordial dans la prévention des difficultés. Leur intervention est justifiée par la nécessité du redressement de l'inaction ou de l'insuffisance des mesures prises par les dirigeants.

268 Il s'agit d'un travail collectif élaboré par un comité d'étude pour la réforme de l'entreprise sous la direction de **Pierre SUDREAU** en 1975.

269 Rapport *Sudreau*, la réforme de l'entreprise, éd. 1975, p. 177.

128. En effet, l'objectif principal des procédures d'alerte est d'assister les dirigeants dans l'identification des difficultés et la détermination de leur ampleur. Mais, quelques moyens de pression peuvent également être exercés sur ceux-ci pour prendre les décisions nécessaires à la continuité de l'exploitation. Il s'agit de la diffusion de l'information en raison de l'aggravation des difficultés. On mesure par-là l'importance de l'analyse des circonstances dans lesquelles tel ou tel acteur pourrait-il ou devrait-il alerter les dirigeants sur les difficultés de leurs entreprises.

Traditionnellement, les procédures d'alerte sont réparties au regard de la position de l'auteur de la procédure par rapport à l'entreprise. Mais, dans notre objectif de démontrer la complémentarité dans l'élaboration de l'information préventive, ce critère n'a pas une grande importance. Il ne présage pas l'existence d'un facteur de déclenchement propre à une catégorie de procédures, ni une modalité de déroulement unique selon la position de l'auteur de la procédure. Au contraire, les modalités du déclenchement (Section 1) et du déroulement des procédures d'alerte (Section 2) sont organisées en fonction de la nature des difficultés et de la qualité de l'auteur de la procédure.

SECTION 1 : LE DÉCLENCHEMENT DES PROCÉDURES D'ALERTE

Les procédures d'alerte sont déclenchées en raison de la situation économique, financière et sociale de l'entreprise. Cette situation pourrait s'exprimer par des signes prévisibles des difficultés mettant en évidence la fragilité de l'entreprise et suscitant ainsi les réactions adéquates des dirigeants. Il s'agit, à titre d'exemple, des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, de l'affectation de la situation économique de l'entreprise et de tout indice des difficultés. Avant d'identifier et d'examiner la portée de chaque facteur (§2), il convient de déterminer la qualité des acteurs qui peuvent s'en servir pour alerter les dirigeants (§1).

§1) LA QUALITÉ DES AUTEURS DE LA PROCÉDURE D'ALERTE

L'auteur principal de l'alerte est le commissaire aux comptes. Mais, compte tenu de la gravité de la situation de l'entreprise et de l'importance de l'anticipation et de la prévention des difficultés, d'autres personnes peuvent être autorisées à intervenir. Il s'agit du comité d'entreprise, des associés, du groupement de prévention agréé et du président du tribunal. Le fondement juridique de l'intervention de ces acteurs n'est pas le même. Il s'agit pour certains d'une obligation d'intervention (A) et pour d'autres d'un simple droit ou d'une simple prérogative (B).

A) L'OBLIGATION D'INTERVENIR EN CAS DE DIFFICULTÉS

Au cours de l'exercice de sa mission de contrôle et de surveillance des informations comptables et financières, le commissaire aux comptes doit alerter les dirigeants sur tout

fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation²⁷⁰. Il est ainsi le débiteur principal du devoir d'alerte (1).

Par ailleurs, s'agissant des organismes sociaux et du Trésor public, la question pourrait être discutée. En effet, ceux-ci sont soumis à l'obligation de publier leurs créances impayées. Mais, l'enjeu de cette publicité dépasse le seul objectif d'alerter les dirigeants sur la gravité de la situation de l'entreprise (2).

1) LES DILIGENCES DU COMMISSAIRE AUX COMPTES

129. La mission du commissaire aux comptes. Depuis la loi du 1^{er} mars 1984, la mission de surveillance et de contrôle des informations comptables et financières des entreprises est confiée au commissaire aux comptes²⁷¹. En vertu des articles L. 234-1, L. 234-2 et L. 612-3 du Code de commerce, celui-ci doit avertir les dirigeants de tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Sa mission s'articule ainsi autour de la vérification et du contrôle de la comptabilité et plus généralement de la régularité du fonctionnement et de la vie sociale de l'entreprise. Il est le gardien de la légalité du fonctionnement de l'entreprise, selon les propos d'un auteur²⁷².

130. Pour ce faire, le commissaire aux comptes peut s'appuyer sur toute sorte d'information révélée à l'occasion de l'exercice de sa mission. Il peut s'agir des informations contenues dans les comptes annuels, dans le rapport de gestion, dans les comptes prévisionnels et les rapports d'analyse, dans le rapport de l'expert de gestion ainsi que celui du comité d'entreprise à l'occasion de l'exercice de son droit d'alerte²⁷³.

Par ailleurs, le contrôle des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation a un caractère permanent. Le commissaire aux comptes n'a pas « *des diligences particulières à accomplir pour rechercher de tels faits, puisqu'il les constate au*

270 C. com. art. L. 234-1, L. 234-2 et L. 612-3.

271 V. **P.-M. LE CORRE**, Droit et pratique des procédures collectives, *op. cit.* 7^{ème} éd. n° 122.11 et s.

272 **R. SALOMON**, « *L'originalité de la responsabilité disciplinaire des commissaires aux comptes* », première partie, Dr. société, avril 2002, chronique 5, n° 2.

273 *Ibid.*

cours de sa mission »²⁷⁴. En effet, il ne lui appartient pas d'effectuer une sorte d'audit général²⁷⁵ ni de s'immiscer dans la gestion de l'entreprise²⁷⁶. Toutefois, au cours de l'exercice de sa mission du contrôle et de surveillance, le commissaire aux comptes doit dénoncer toutes les infractions dont il a connaissance²⁷⁷. Autrement dit, il est responsable « *des conditions dans lesquelles il exécute ses missions légales de contrôle, d'alerte, ou encore de révélation de faits délictueux* »²⁷⁸. Sa responsabilité civile, administrative, pénale ou disciplinaire peut être mise en cause pour un manque de diligence dans l'exercice de sa mission²⁷⁹.

131. L'impartialité du commissaire aux comptes. La question de la responsabilité du commissaire aux comptes évoque celle de son impartialité. En effet, le législateur a pris soin de prévoir toutes les mesures nécessaires pour assurer cette qualité sur laquelle repose la confiance des partenaires de l'entreprise²⁸⁰. Ainsi, certaines incompatibilités ont été édictées par les textes législatifs et réglementaires applicables en la matière. Il s'agit, à titre d'exemple, de l'interdiction de prendre, de recevoir ou de conserver directement ou indirectement un intérêt auprès de la personne dont il est chargé de certifier les comptes ou auprès d'une personne qui a le contrôle ou qui est contrôlée par elle au sens de l'article L. 233-3 I et II du Code de commerce²⁸¹.

132. Les liens personnels. S'ajoutent à cela des incompatibilités réglementaires issues notamment du Code de déontologie de la profession du commissaire aux comptes. Il s'agit tout d'abord des liens personnels définis par l'article 27 de ce Code comme tous les liens

274 P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.* 7^{ème} éd. n° 122.33.

275 D. PORACCHIA, *op. cit.*

276 A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, 8^{ème} éd. 2013, p.35.

277 Voir Lamy sociétés *op. cit.* n°1222

278 D. PORACCHIA, *op. cit.* n° 17.

279 Cass. com., 19 octobre 1999, RTD Com. 2000, p. 119, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET, Bull. Joly 2000, § 6, note F. PASQUALINI; Cass. com., 24 octobre 2000, Rev. sociétés 2001, p. 90, note T. GRANIER, Bull. Joly 2001, § 3, note J.-F. BARBIÈRI; Cass. com., 15 janvier 2002, Dr. sociétés 2002, com. 94, obs. D. VIDAL.

280 D. PORACCHIA, *op. cit.* n° 6.

281 Lamy sociétés commerciales, *op. cit.* n° 1251.

familiaux entre le commissaire aux comptes et toute personne occupant une place sensible au sein de l'entreprise dont les comptes sont certifiés par lui. En application de ce texte, il existe un lien familial entre deux personnes « *lorsque l'une est l'ascendant de l'autre, y compris par filiation adoptive, ou lorsque l'une et l'autre ont un ascendant commun au premier ou au deuxième degré, y compris par filiation adoptive* ». Il en est de même lorsque l'une est le conjoint, le pacsé, le concubin ou l'ascendant ou le descendant du conjoint, du pacsé ou du concubin de l'autre²⁸². Sont assimilés également aux liens familiaux des commissaires aux comptes ceux de l'un des membres de l'équipe du contrôle légal, de l'un des membres de la direction de la société du commissaire aux comptes ainsi que ceux de l'un des associés du bureau auquel appartient le signataire des comptes²⁸³.

Par ailleurs, pour apprécier la notion de fonction sensible, il convient de se référer à l'influence qui pourrait être exercée dans le processus d'établissement de l'information par la personne concernée. Sont ainsi considérés comme exerçant une fonction sensible, les mandataires légaux, les préposés de la société chargés de tenir les comptes ou d'établir les états financiers ainsi que tous les cadres qui peuvent exercer une influence sur l'établissement de ceux-ci²⁸⁴.

133. Les liens financiers. La seconde catégorie d'incompatibilité découle des liens financiers. L'article 28 du Code de déontologie énumère cinq situations différentes. La première est la détention, directe ou indirecte, de tous titres donnant ou pouvant donner accès, directement ou indirectement, au capital ou aux droits de vote de la personne ou l'entité. Une exception est cependant accordée aux titres acquis par l'intermédiaire d'un organisme de placement collectif en valeurs mobilières faisant appel public à l'épargne. La deuxième situation des liens financiers découle de la détention, directe ou indirecte, de tous instruments financiers émis par la personne ou l'entité. Il en est de même dans l'hypothèse du dépôt de fonds, sous quelque forme que ce soit, auprès de la personne ou de l'obtention d'un prêt ou d'une avance, sous quelque forme que ce soit, de la part de la personne ou de

282 Article 27 du Code de déontologie annexé à la partie réglementaire du Code de commerce.

283 Voir Lamy sociétés commerciales, *op. cit.* n° 1251 et s.

284 L'article 26 du Code de déontologie de la profession du commissaire aux comptes.

l'entité. Enfin, la dernière situation est celle de la souscription d'un contrat d'assurance auprès de la personne²⁸⁵.

134. Les liens professionnels. S'agissant des liens professionnels, ils sont appréciés par rapport aux opérations courantes conclues aux conditions habituelles du marché. De ce fait, peut être analysée comme un lien professionnel toute situation qui établit entre le commissaire aux comptes et la société dont il certifie les comptes un intérêt commercial ou financier commun en dehors des opérations courantes conclues aux conditions habituelles de marché²⁸⁶.

135. Il convient de se rappeler à ces propos les dispositions de l'article L. 822-11 du Code de commerce. En vertu de ce texte, il est interdit au commissaire aux comptes « *de fournir à la personne qu'il a chargé de certifier ses comptes ou aux personnes qui la contrôlent ou qui sont contrôlées par elle aux sens du I et II de l'article L. 233-3 du Code de commerce tout conseil ou toute autre prestation de services n'entrant pas dans les diligences directement liées à sa mission* ».

Dans un avis daté de 2007, le Haut conseil des commissaires aux comptes a cependant, élaboré une exception à cette disposition²⁸⁷. Il précise que cette interdiction ne concerne pas les filiales d'une personne ou entité contrôlant la société dont les comptes sont certifiés par le commissaire aux comptes. Cependant, avant de donner ses conseils aux sociétés sœurs le commissaire aux comptes doit procéder à une analyse des risques conformément aux dispositions de l'article 11 du Code de déontologie et prendre des mesures de sauvegarde en cas de risques identifiés.

285 Il faut signaler toutefois que le dépôt de fonds, l'obtention d'un prêt ou d'une avance et la souscription d'un contrat d'assurance auprès de la personne dont les comptes sont certifiés sont tous admis dans la mesure où ils correspondent à des conditions habituelles de marché et portent sur des opérations courantes.

286 Article 29 du Code déontologie commissaire aux comptes annexé à la partie réglementaire du Code de commerce n° 8-1.

287 Avis H3G 11/01/2007 BRDA 2007, n° 5, p2.

Il est précisé également dans un autre avis plus récent²⁸⁸ que les consultations réalisées par le commissaire aux comptes antérieurement à l'acceptation de son mandat ne constituent pas des diligences directement liées à la mission du commissaire aux comptes au sens de l'article L. 822-11, II alinéa premier du Code de commerce²⁸⁹.

136. Ces incompatibilités ont pour objectif la préservation de la confiance des investisseurs qui « *réside dans leur croyance en l'indépendance du commissaire aux comptes à l'égard de l'entité contrôlée et dans le fait qu'il n'existe entre eux aucun conflit d'intérêts* »²⁹⁰. Mais en tout état de cause, la responsabilité du commissaire aux comptes ne peut pas être engagée pour seul motif qu'il n'est pas indépendant de la société dont il certifie les comptes. Selon la Cour d'appel de Dijon, la faute du commissaire aux comptes dans l'accomplissement de sa mission ne peut pas être caractérisée par l'absence d'indépendance²⁹¹.

En somme, l'intervention du commissaire aux comptes est censée plus précoce que l'intervention des autres acteurs. Il a le devoir d'alerter les dirigeants sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation²⁹². Ce devoir d'alerte est également renforcé par l'obligation des organismes sociaux de publier leurs créances impayées.

2) L'OBLIGATION DES ORGANISMES SOCIAUX ET DU TRÉSOR PUBLIC DE PUBLIER LEURS CRÉANCES IMPAYÉES

137. La portée de l'obligation de publicité. Le trésor public et les organismes de la sécurité sociale doivent publier leurs créances impayées. À défaut de quoi ils perdent leur

288 Avis H3G 21 février 2008. V. aussi dans ce sens l'Avis H3G 7 avril 2007 selon lequel un professionnel n'exerçant pas en qualité de commissaire aux comptes qui a, au cours d'un exercice, effectué une mise en place d'une comptabilité commerciale et validation des pratiques et des procédures comptables liées à ce passage, ne peut pas accepter pour l'exercice suivant une mission du commissaire aux comptes qui le placerait dans une situation d'auto-révision. V. également un autre avis du 2008, selon lequel le fait pour un commissaire aux comptes d'une association d'être membre de celle-ci porte atteinte à son impartialité et son indépendance.

289 Lamy sociétés commerciales, *op. cit.* n° 1251 et s.

290 D. PORACCHIA, *op. cit.* n° 6.

291 Dijon, 12 octobre 1999, JCP E 2000, p. 347.

292 C. com., art. L. 611-3 et L. 234-1.

privilège en cas d'ouverture d'une procédure collective²⁹³. L'objectif de cette obligation est de prévenir les partenaires de l'entreprise de son défaut de paiement et d'informer le président du tribunal de la gravité de sa situation²⁹⁴. Mais, peut-on vraiment analyser la publicité des créances comme une procédure d'alerte ?

138. Il convient tout d'abord de préciser que la publicité de la créance du Trésor public et des organismes de la sécurité sociale se distingue largement des procédures d'alerte. D'une part, à la différence de toutes les procédures d'alerte, l'information n'est pas destinée aux dirigeants. Les créances impayées sont publiées au greffe du tribunal où toute personne peut en prendre connaissance²⁹⁵. D'autre part, le facteur de la publicité des créances est le défaut de paiement. Il s'agit d'une situation extrême par rapport aux autres facteurs des procédures d'alerte qui anticipent justement cette situation. Cependant, le défaut de paiement ne doit pas être confondu avec la cessation des paiements définie comme l'impossibilité de l'entreprise de faire face à son passif exigible avec son actif disponible²⁹⁶. Car, le défaut de paiement pourrait avoir une autre raison que le défaut de la liquidité.

139. Par ailleurs, l'obligation de la publicité des créances ne peut pas être analysée, du point de vue technique, comme une simple publicité. À la différence de la publicité des sûretés réelles prévue en droit commun, la publicité des créances ne commande pas le rang du privilège et ne peut être sanctionnée qu'en cas d'ouverture d'une procédure collective²⁹⁷.

Il s'agit en effet, d'une technique de publicité particulière assimilable dans certaines mesures à une procédure d'alerte. Son objectif est de mettre en garde les partenaires de l'entreprise contre son défaut de paiement. Son importance s'exprime ainsi par son rôle préventif. Car, ces organismes sont les premiers concernés par le défaut de paiement. La

293 Voir les articles 1929 quater du Code général des impôts, L. 243-5 et R. 243-46 à R. 243-58 du Code de la sécurité sociale.

294 Lamy droit commercial, éd. 2011, n° 3660.

295 D. VIDAL, Droit des procédures collectives, GUALINO, 2^{ème} éd. p. 64.

296 C. com., art. L. 631-1.

297 Cf. P. ANCEL, « Privilège de Trésor », *J.-Cl. proc. fisc.* Fasc. 582, n°2.

publicité de ce défaut de paiement alerte, normalement, le commissaire aux comptes, mais aussi les associés et les salariés qui ont le droit d'intervenir dans la prévention des difficultés²⁹⁸.

B) LE DROIT D'INTERVENIR

Outre le devoir du commissaire aux comptes et l'obligation du Trésor public et des organismes sociaux, la prévention des difficultés par l'information peut résulter de l'exercice d'un droit ou d'une prérogative. Il s'agit du droit du comité d'entreprise et des associés ou des actionnaires de demander l'explication du chef d'entreprise à propos des faits préoccupants ou de nature à compromettre la continuité de l'exploitation (1). S'ajoutent à ce droit d'intervention les prérogatives données aux groupements de prévention agréés et au président du tribunal d'alerter les dirigeants sur les difficultés de l'entreprise (2).

1) LE DROIT DE DEMANDER D'EXPLICATIONS

Compte tenu de leur position au sein de l'entreprise, les salariées et les associés peuvent alerter les dirigeants sur les difficultés de l'entreprise par le biais notamment de la demande d'explication sur la situation de celle-ci.

a) Le droit d'alerte du comité d'entreprise

140. Le fondement juridique. Le droit des salariés d'initier une procédure d'alerte est régi par l'article L. 2323-78 du Code du travail. En vertu de ce texte, le comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel ont le droit de provoquer les explications du chef d'entreprise lorsqu'ils ont connaissance des faits de nature à affecter, d'une manière

298 Lamy droit commercial, éd. 2011, n° 3660.

préoccupante, la situation économique de l'entreprise²⁹⁹. Ce droit est réservé au comité central dans les entreprises qui comptent plus de 1000 salariés³⁰⁰.

141. Par ailleurs, le comité d'entreprise ou le comité central engage sa responsabilité en cas d'abus de droit dans l'exercice de son droit d'alerte. C'est ainsi le cas lorsque sa procédure d'alerte est infondée ou détournée de sa finalité³⁰¹. En effet, le comité d'entreprise doit pouvoir justifier sa démarche. D'une part, les faits contestés doivent être de nature à affecter, d'une manière préoccupante, la situation économique de l'entreprise, et d'autre part, leur existence doit être avérée³⁰². Le comité d'entreprise doit être en mesure de fournir aux juges du fond des éléments objectifs pouvant appuyer sa démarche³⁰³. Les simples indices des faits préoccupants ne doivent pas être pris en compte. Mais, cela pose le problème de qualification de la situation préoccupante de l'entreprise.

142. La qualification de la situation préoccupante. La doctrine est partagée sur cette question. Du point de vue de la théorie du contrôle judiciaire, les juges du fond exercent leur contrôle sur la qualification des faits de nature à affecter, d'une manière préoccupante, la situation économique de l'entreprise³⁰⁴. Ils vérifient le caractère préoccupant des faits invoqués par le comité d'entreprise³⁰⁵. Celui-ci doit démontrer ce caractère et prouver que

299 **M. JEANTIN**, La loi du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés de l'entreprise, D. 1984, p. 599.

300 D'après la Cour de cassation, le comité d'établissement n'est pas investi de cette prérogative dans les groupes de sociétés (Cass. soc., 1er mars 2005, n° 03-20.429, Bull. civ. 2005, V, n° 77 ; TPS 2005, comm. 143; Cass. soc., 6 avril. 2005, n° 02-31.130, Bull. civ. 2005, V, n° 126; TPS 2005, comm. 177; Cass. soc., 12 oct. 2005, n° 04-15, n° 2005-030204; Bull. civ. V, n° 287; JCP S 2005, 1377, note **C. NEAU-LEDUC**).

301 **L. FIN-LANGER**, *op. cit.*

302 Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 10-30.126, note **A. BAREGE**, JCP S n° 18, 3 Mai 2011, 1218; **F. MACORIG-VENIER**, RTD Com, 2011, n° 11, p. 411.

303 CA Paris, 28 juin 2000, n° 1999/12130, JurisData n° 2000-121720; Cass. soc., 30 juin 1993, n° 90-20.158, Bull. civ. 1993, V, n° 190.

304 **N. PIERRE**, « *Appréciation et pouvoirs du comité d'entreprise lors du déclenchement et de la poursuite de la procédure d'alerte* », RTD com. 2007, p. 733.

305 **A. BAREGE**, Les « *Conditions d'engagement de la procédure d'alerte du comité d'entreprise* », JCP S n° 18, 3 Mai 2011, 1218.

les faits sont susceptibles d'affecter la situation économique de l'entreprise³⁰⁶. La Cour de cassation a soutenu cette analyse. Elle considère dans un arrêt de la chambre sociale que « *l'appréciation du caractère préoccupant de la situation dont se saisit le comité d'entreprise relève du pouvoir souverain des juges du fond et échappe au contrôle de la Cour de cassation* »³⁰⁷. Elle prive la Cour de cassation du contrôle de ce caractère, en confirmant cependant qu'il relève du pouvoir souverain des juges du fond.

En revanche, du point de vue de la théorie du monopole de comité d'entreprise, les juges du fond n'ont aucun pouvoir de contrôle. Une fois les faits qualifiés par le comité d'entreprise comme affectant d'une manière préoccupante la situation économique de l'entreprise, les juges du fond ne font plus que vérifier leur existence³⁰⁸. Ils sont privés de tout contrôle sur l'appréciation du caractère préoccupant de la situation dès lors que cet organe a donné sa qualification. Certains se demandent même « *comment et pourquoi le juge pourrait substituer son appréciation optimiste à l'inquiétude des salariés menacés dans leur emploi* »³⁰⁹.

L'arrêt du 18 janvier 2011 de la chambre sociale de la Cour de cassation laisse penser cette attitude. Il valide le raisonnement des juges du fond « *qui ont refusé d'exercer quelque contrôle que ce soit sur le caractère préoccupant* »³¹⁰. Ainsi, les juges du fond peuvent « *parfaitement se refuser d'exercer le moindre contrôle sur le caractère préoccupant des faits susceptibles d'affecter la situation de l'entreprise* »³¹¹. Mais, en tout état de cause, le comité d'entreprise engage sa responsabilité en cas d'abus de droit dans l'exercice de son droit d'alerte. Cet abus pourrait être caractérisé par l'intention de nuire ou le détournement de la procédure de sa finalité.

306 **L. FIN-LANGER**, « *Le droit d'alerte du comité d'entreprise peut-il être exercé d'une manière abusive ?* » J.-Cl. proc. coll., Fasc. 2025. J.-Cl. Commercial, Fasc. 2025.

307 Cass. soc., 11 mars 2003, n° 01-13.434, Bull. civ. 2003, V, n° 92.

308 **N. PIERRE**, *op. cit.*

309 **G. LUPI**, avocat général à la Cour d'appel de Paris, cité par **A. BAREGE**, « *Conditions d'engagement de la procédure d'alerte* », *op. cit.*

310 Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 10-30.126, RTD Com, 2011, n° 11, p. 411, note **F. MACORIG-VENIER**.

311 **A. BAREGE**, *op. cit.*

143. La motivation du comité d'entreprise. En effet, dans l'exercice de leur droit d'alerte, la motivation des salariés est souvent contestée par les employeurs. Ceux-ci reprochent parfois à la démarche du comité d'entreprise d'avoir d'autres motivations que la prévention des difficultés et la transparence des décisions de l'employeur quant à la stratégie de l'entreprise. Dans l'affaire de la société *Air Liquide*³¹², l'employeur prétendait que l'alerte du comité d'entreprise était dans l'objectif d'éviter une restructuration d'un site particulier qui ne représentait pas une affectation préoccupante de l'ensemble de l'entreprise. Mais, la Cour de cassation a rejeté ce pourvoi en confirmant que les faits ayant motivé la démarche du comité d'entreprise étaient, bel et bien, des faits de nature à affecter, d'une manière préoccupante la situation économique de l'entreprise³¹³. Comme l'a souligné un auteur, dire que la restructuration d'un site particulier n'a pas de conséquences sur l'ensemble de l'entreprise, c'est nier les répercussions réelles et visibles, notamment en matière de licenciements³¹⁴.

144. En effet, la seule limite du droit d'alerte du comité d'entreprise est le contrôle judiciaire de l'abus de droit. Le comité d'entreprise engage, en effet, sa responsabilité pour le préjudice subi par l'entreprise notamment en raison d'une procédure infondée³¹⁵. C'est également le cas lorsque la procédure utilisée n'était pas la bonne, à titre d'exemple, le déclenchement d'un « *droit d'alerte, alors que la consultation devrait relever d'une autre disposition* »³¹⁶.

b) Le droit d'alerte des associés et des actionnaires

145. Le fondement juridique. À l'instar du comité d'entreprise, la loi du 1^{er} mars 1984 a renforcé le droit à l'information des associés et des actionnaires. En application des

312 Voir **F. MACORIG-VENIER**, note sous l'arrêt Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 10-30.126, RTD Com, 2011, n° 11, p. 411.

313 Cass. soc., 18 janv. 2011, *op. cit.*

314 **L. FIN-LANGER**, *op. cit.*

315 *Ibid.*

316 CA Paris, 28 juin 2000, n° 1999/12130, JurisData n° 2000-121720. - Cass. soc., 30 juin 1993, n° 90-20.158, Bull. civ. 1993, V, n° 190.

articles L. 223-26 et L. 225-232 du Code de commerce, ceux-ci peuvent poser des questions écrites, deux fois par exercice, sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation³¹⁷.

146. La portée de l'alerte des associés. Ce droit d'alerte se distingue des autres procédures d'alerte, notamment celles du commissaire aux comptes et du comité d'entreprise. D'une part, les titulaires de ce droit d'alerte ne sont pas soumis à l'obligation de confidentialité. D'autre part, leur intervention n'est pas cantonnée aux comptes sociaux de l'entreprise³¹⁸.

Par ailleurs, la portée de la procédure d'alerte des associés et des actionnaires est soumise à une double limite. La première limite est relative à la qualité des associés ou des actionnaires eux-mêmes. Il s'agit en effet des associés des sociétés à responsabilité limitée non gérant, des actionnaires des sociétés anonymes représentant au moins 5% du capital social, des actionnaires des sociétés en commandite par action et des actionnaires des sociétés par actions simplifiées³¹⁹. La seconde limite consiste dans le nombre d'exercice de ce droit dans le temps. Les associés ou les actionnaires ne peuvent poser des questions que deux fois par exercice. Cette limitation peut être justifiée par le souci d'éviter les abus des associés qui peuvent être de nature à paralyser le fonctionnement de la société. Mais, le nombre de deux fois par exercice se calcule par associé ou groupe d'associés et non de façon globale pour tous les associés³²⁰.

2) LES PRÉROGATIVES DU PRÉSIDENT DU TRIBUNAL ET DES GROUPEMENTS DE PRÉVENTION AGRÉÉS

Le rôle du dirigeant dans la prévention des difficultés pourrait également être renforcé par les prérogatives des groupements de prévention agréés (a) et du président du tribunal (b).

317 F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 52.

318 D. GIBIRILA, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.* éd. 2009, p. 76.

319 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.* 8^{ème} éd. p. 119.

320 *Ibid.* p. 107.

a) Les groupements de prévention agréés

147. Le statut juridique des groupements de prévention agréés. Les groupements de prévention agréés sont des centres de diagnostic des difficultés externes à l'entreprise. Créés par la loi du 1^{er} mars 1984, ils peuvent être constitués sous toute forme juridique qui leur confère une personnalité morale de droit privé³²¹. Il peut s'agir à titre d'exemple d'une société, d'une association, d'une chambre de commerce, d'une chambre syndicale, d'un groupe d'expert-comptables ou d'experts en diagnostic³²². Ils sont soumis à l'agrément du préfet de la région du siège social³²³.

En effet, dans l'exercice de leur mission, les groupements de prévention agréés doivent respecter quelques engagements particuliers. Ils doivent faire figurer sur leur correspondance leur qualité et les références de la décision d'agrément, informer le préfet des modifications apportées à leur statut, souscrire un contrat d'assurance contre les conséquences pécuniaires de leur responsabilité civile professionnelle et exiger de toute personne collaborant à leurs travaux le respect du secret professionnel³²⁴. Ces exigences sont justifiées par l'importance de la mission des groupements de prévention agréés.

148. La mission des groupements de prévention agréés. En application de l'article L. 611-1 Code de commerce, la mission des groupements de prévention agréés s'articule autour du renforcement du système de détection et de prévention des difficultés. Ils mettent au service de leurs adhérents une analyse approfondie des informations économiques, comptables et financières pour les alerter contre tout indice de difficultés³²⁵. Ils peuvent également proposer l'intervention d'un expert pour bien déterminer l'origine et l'impact des difficultés.

321 C. com., art. D. 611-2.

322 Cf. **Y. CHAPUT**, « *Les groupements de prévention agréés* », LPA 29 nov. 1985, p. 9. - Circ. 27 août 1985, Journal Officiel 30 Août 1985.

323 Cf. **F.-X. LUCAS** et **H. LÉCUYER**, « *La loi de sauvegarde, article par article* », LPA 08 février 2006 n° 28, p. 4 et s.

324 C. com., art. D. 611-5

325 C. com., art. L. 611-1 al. 2.

149. Dans l'exercice de cette mission, les groupements de prévention agréés se démarquent des autres acteurs de la prévention des difficultés. Compte tenu de leur qualité d'expert-comptables, des chambres de commerces, des organisations professionnelles, des centres de gestion et des sociétés de développement régional, ils bénéficient du concours des administrations compétentes. Ils bénéficient de l'accès au service de la Banque de France, du soutien des collectivités territoriales et peuvent conclure des conventions avec les établissements de crédit et les entreprises d'assurances dans l'intérêt de leurs adhérents. En outre, les groupements de prévention agréés ne sont pas contraints à l'obligation d'information des salariés ni des associés. Au contraire, ils sont soumis au secret professionnel et engagent leur responsabilité en cas de diffusion des informations confidentielles à l'extérieur de l'entreprise³²⁶.

150. Par ailleurs, les groupements de prévention agréés ne peuvent pas exiger aux dirigeants une mesure quelconque³²⁷. Leur intervention est limitée à l'information et l'éventuelle assistance juridique notamment en cas de convocation du dirigeant par le président du tribunal.

b) Le président du tribunal

151. La portée de l'entretien du président du tribunal. Le président du tribunal peut convoquer le dirigeant en raison notamment de tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Ainsi, le dirigeant est invité pour que soient envisagées les mesures propres à redresser la situation de l'entreprise. Il n'est pas obligé de se rendre à cet entretien. Mais théoriquement sa coopération est très concevable. D'une part, la portée de cet entretien est limitée à l'encouragement du dirigeant de prendre conscience des difficultés de l'entreprise. Le président du tribunal ne doit pas donner au dirigeant des conseils particuliers. Sa mission se limite à susciter « *une prise de conscience* » et une réaction rationnelle de la part du dirigeant³²⁸. D'autre part, le défaut de coopération du

326 C. com., art. D. 611-5.

327 **D. GIBIRILA**, Droit des entreprises en difficulté, *op. cit.* éd. 2009, p. 82.

328 **F. PÉROCHON**, Entreprises en difficulté, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 65.

dirigeant peut être sanctionné en cas d'insuffisance d'actif à cause de sa faute de gestion³²⁹. Enfin, le président du tribunal peut enrichir facilement son information sur la situation de l'entreprise en difficulté malgré le défaut de coopération du dirigeant. En application de l'article L. 611-2 du Code, le président du tribunal « *peut, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, obtenir communication, par les commissaires aux comptes, les membres et représentants du personnel, les administrations publiques, les organismes de sécurité et de prévoyance sociales ainsi que les services chargés de la centralisation des risques bancaires et des incidents de paiement, des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur* »³³⁰. Le défaut de la coopération du dirigeant ne serait pas pratiquement un obstacle à l'information du président du tribunal sur les difficultés de l'entreprise. Au contraire, il fait porter les soupçons sur la gestion de l'entreprise et l'honnêteté du dirigeant.

152. La suite de l'entretien du président du tribunal. Suite à cet entretien, le dirigeant peut décider de demander un sacrifice de la part de ses créanciers. S'il prouve que les difficultés ne sont pas encore aggravées et que la cessation des paiements n'est pas encore caractérisée, il peut demander la désignation judiciaire d'un mandataire ad hoc pour l'aider à l'élaboration d'un plan de redressement amiable avec ses principaux partenaires, créanciers et fournisseurs³³¹. En outre, il peut demander l'ouverture d'une procédure de conciliation s'il éprouve une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible à condition qu'il ne soit pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours³³². Enfin, la loi de sauvegarde lui permet de bénéficier, si l'état de cessation des paiements n'est pas encore caractérisé, d'un dépôt de bilan préventif s'il justifie qu'il est

329 L'article 180 de la loi du 25 janvier 1985, devenu l'article L. 651-2 du Code de commerce.

330 Précisons à ces propos que l'article R. 611-12 du Code de commerce exige que la demande de renseignements soit adressée à ces organismes « *dans le délai d'un mois à compter de la date de l'entretien ou du procès-verbal de carence. Elle est accompagnée de la copie du procès-verbal d'entretien ou de carence établi en application de l'article R. 611-11* ». Le respect de cette formalité est obligatoire. À défaut de quoi, les personnes et organismes interrogés ne sont pas tenus de répondre à la demande du président du tribunal.

331 C. com., art. L. 611-3 ; pour plus d'amples voir **A. JACQUEMONT**, *op. cit.* p. 47 et s.

332 C. com., art. L. 611-4.

confronté à des difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter³³³. Dans cette dernière hypothèse, il aura un rôle décisif dans la procédure, notamment dans la préparation du projet du plan économique, social et environnemental.

153. L'inconstitutionnalité de l'article L. 631-5 du Code de commerce. Par ailleurs, en application de l'article L. 631-5 du Code de commerce, l'entretien du président du tribunal pouvait déboucher sur la saisine d'office. Mais, cet article est considéré inconstitutionnel en raison notamment de sa contradiction avec le principe d'impartialité du juge, déduit de l'article 16 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789³³⁴. Pour le conseil de sages, cette mesure ne présente pas des garanties suffisantes³³⁵. Aucune disposition légale ou réglementaire n'est prévue pour assurer que le tribunal ne préjuge pas de sa position³³⁶. Une partie de la doctrine estime que cette jurisprudence doit également être applicable sur l'article L. 640-5 du Code de commerce³³⁷. En vertu de ce texte, « *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 de liquidation judiciaire* ».

Quoique critiquée³³⁸, la décision du Conseil constitutionnel doit encourager les dirigeants à prendre contact avec le président du tribunal et cesser de trouver dans la juridiction un lieu de sanction³³⁹. Au contraire, en droit des entreprises en difficulté, le tribunal doit être considéré plutôt comme un lieu de prévention et de protection.

333 C. com., art. L. 620-1.

334 Conseil constitutionnel, 7 décembre 2012, n° 2012-286.

335 **F.-X. LUCAS**, « *Retour sur la navrante condamnation de la saisine d'office* », Bull. Joly Entreprises en Difficulté, 01 janvier 2013 n° 1, P.

336 **L.-C. HENRY**, La fin de la saisine d'office en ouverture d'un redressement judiciaire, Rev. sociétés, mars 2013, p. 177.

337 **A. LIENHARD**, note sur la décision du CC, 7 décembre 2012, n° 2012-286, Recueil Dalloz 2012 p. 2446 ; **G. TEBOUL**, Vers une nouvelle réforme de la prévention des difficultés des entreprises ?, Bull. Joly Entreprises en Difficulté, 01 mars 2013 n° 2, p. 117.

338 **F.-X. LUCAS**, *op. cit.*

339 **G. TEBOUL**, « *Vers une nouvelle réforme de la prévention des difficultés des entreprises ?* », Bull. Joly Entreprises en Difficulté, 01 mars 2013 n° 2, p. 117.

154. Enfin, il convient de préciser que la diversité des mécanismes d’alerte est justifiée par la pluralité des auteurs qui peuvent agir en raison d’un devoir d’intervention ou d’un droit à l’information. La qualité de ces acteurs justifie également la diversité des facteurs de déclenchement des procédures d’alerte.

§2) LES FACTEURS DE DÉCLENCHEMENT DES PROCÉDURES D’ALERTE

Les facteurs de déclenchement des procédures d’alerte sont les critères qui justifient la prise d’initiative par l’une de personnes qui ont la qualité d’alerter les dirigeants sur les difficultés de leurs entreprises. En principe, ces facteurs sont appréciés par rapport à la situation de l’entreprise. Mais, la qualité de l’auteur de la procédure et son intérêt dans la prévention des difficultés doivent être pris en compte dans la détermination de la raison de son intervention. Nous proposons d’analyser ces facteurs en fonction de la position de l’auteur de la procédure d’alerte qui pourrait être à l’intérieur (A) ou à l’extérieur de l’entreprise (B).

A) LES FACTEURS DE DÉCLENCHEMENT DES PROCÉDURES D’ALERTE INTERNE

Les procédures d’alerte interne à l’entreprise sont celles initiées de l’intérieur de l’entreprise. Il s’agit de l’alerte du commissaire aux comptes et des associés, justifiée par la continuité de l’exploitation (1) et de l’alerte du comité d’entreprise qui peut être déclenchée en raison de tout fait de nature à affecter d’une manière préoccupante la situation économique de l’entreprise (2).

1) LE FAIT DE NATURE À COMPROMETTRE LA CONTINUITÉ DE L’EXPLOITATION

155. La notion du fait de nature à compromettre la continuité de l’exploitation. Le premier critère du déclenchement des procédures d’alerte est celui basé sur la continuité de

l'exploitation. Mais, le législateur n'a pas précisé ce qu'il faut entendre par cette notion. Du point de vue de la doctrine, cette notion est « *une expression de la santé financière de l'entreprise, laquelle se conçoit aisément comme le degré de probabilité de la voir cesser ses activités, notamment pour cause de faillite* »³⁴⁰. Il en résulte que l'entreprise doit continuer son exploitation et être capable de renouveler cette hypothèse, ce qui exige la vérification de sa situation économique, financière, sociale et juridique³⁴¹.

156. Indices d'ordre financier. Tout d'abord, l'entreprise doit justifier l'absence de toute anomalie dans l'équilibre des engagements financiers. Le cumul de pertes importantes et le besoin en fonds de roulement en raison, notamment, d'excès de performances peuvent être les premiers signes de cette dégradation³⁴².

Dans une analyse brillante, Monsieur le Professeur **VIDAL** montre la dangerosité de l'excès de performances pour une entreprise qui connaît un franc succès technique et commercial et affiche en conséquence un taux de croissance important³⁴³. À cause de sa croissance, elle se trouve avec un besoin en fonds de roulement important en raison du financement du processus de production, de commercialisation et de distribution au moment où les bénéfices qui seront réalisés ne sont pas encore venus accroître les fonds propres. En effet, « *ce décalage dans le temps entre le besoin de financement du fonds de roulement et le retour sur fonds propres entraîne un fort besoin de financement externe, auquel le banquier pourra pourvoir, jusqu'à ce qu'il estime éventuellement à un moment donné qu'il ne peut plus suivre, à moins qu'il n'entre dans le capital de la société (en libérant sa souscription à une augmentation de capital par compensation avec certaines de ses créances), par lui-même ou l'une des filiales industrielles du groupe auquel il appartient* »³⁴⁴.

340 Voir **D. VIDAL**, « *Prévention des difficultés des entreprises* », *op. cit.* n° 4 et s.

341 **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.* 8^{ème} éd. p. 93.

342 Voir **P.-M. LE CORRE**, *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.* 7^{ème} éd. n° 122.32 et s.

343 **D. VIDAL**, *op. cit.*

344 *Ibid.* n° 10.

157. En effet, la confiance accordée à une entreprise *in bonis* a pour condition sa capacité à assumer ses engagements financiers. En tant qu'acteur du commerce juridique, l'entreprise est censée être capable de remplir ses engagements financiers³⁴⁵. À défaut, sa présence nuirait gravement aux engagements de ses partenaires. Son activité ne peut être maintenue que d'une manière artificielle et au prix des traitements particuliers³⁴⁶.

158. Indices d'ordre non-financier. Par ailleurs, en dépit de son importance, la situation financière n'est pas suffisante en elle-même pour caractériser la continuité de l'exploitation³⁴⁷. D'autres éléments d'ordre non-financier, tenant à la gestion, à l'organisation et à la vie de l'entreprise, ont parfois des incidences considérables sur l'hypothèse de la continuité de l'exploitation³⁴⁸. Il s'agit, à titre d'exemple, d'une perte de marché, d'un mouvement social important ou plus généralement de tout événement préjudiciable et brutal, subi par l'entreprise³⁴⁹.

En effet, la doctrine propose l'analyse de tous les éléments « *objectifs permettant de craindre une rupture dans la poursuite de l'exploitation* »³⁵⁰. Cependant, en tant que telle, l'entreprise pourrait être menacée sans que la continuité de l'exploitation soit compromise, ce qui justifie l'intervention du comité d'entreprise.

2) L'AFFECTATION DE LA SITUATION ÉCONOMIQUE DE L'ENTREPRISE

159. L'aspect social de l'affectation de la situation économique de l'entreprise. Le deuxième facteur de déclenchement de procédures d'alerte est celui de l'affectation, d'une

345 Y. GUYON, « *Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives* », Mélanges J. GUESTIN, LGDJ 2001, p. 405.

346 Une entreprise en cessation des paiements peut maintenir son exploitation temporairement par les techniques du droit des entreprises en difficulté. Elle peut ainsi bénéficier d'un gel des droits des créanciers : d'un arrêt de des poursuites, d'une maîtrise des revendications, d'une gestion unilatérale des contrats en cours, mais ceux sont des solutions temporaires en attendant un plan de cession ou de continuation.

347 F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 50.

348 Voir P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.* 7^{ème} éd. n° 122.32 et s.

349 D. VIDAL, « *Prévention des difficultés des entreprises* », *op. cit.* n° 9.

350 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.* 8^{ème} éd. p. 99.

manière préoccupante, de la situation économique de l'entreprise. Pour caractériser cette situation, l'aspect social de l'entreprise doit être pris en compte. En effet, une entreprise est une communauté de travail qui pourrait être menacée en tant que telle, sans que la continuité de l'exploitation soit compromise³⁵¹. De ce point de vue, la notion d'affectation, d'une manière préoccupante, de la situation économique de l'entreprise est une notion protectrice des salariés³⁵². À la différence du facteur de déclenchement des procédures d'alerte des associés, du commissaire aux comptes et du président du tribunal, celui-ci est prévu dans l'intérêt des salariés³⁵³. À titre d'exemple, une réorganisation ou un événement particulier pourrait menacer les perspectives sociales de l'entreprise sans que les associés ou les actionnaires soient nécessairement concernés.

160. Les conséquences de la situation de l'entreprise. Par ailleurs, la distinction entre ces deux facteurs des procédures d'alerte pourrait également être faite en fonction des conséquences de la situation de l'entreprise. Il peut s'agir en effet des répercussions prévisibles dans les jours ou les mois à venir ou des simples menaces à long terme³⁵⁴. De ce point de vue, l'alerte du comité d'entreprise peut être déclenchée contre des décisions mettant en cause l'avenir de l'entreprise sans que la continuité de l'exploitation soit menacée dans le prochain exercice³⁵⁵. La procédure peut ainsi être déclenchée en raison d'une baisse importante et durable des commandes, d'un fléchissement substantiel des investisseurs, d'un gonflement important et durable des stocks pouvant s'accompagner de plans de restructuration et de licenciement³⁵⁶.

Quoi qu'il en soit, nier la différence entre ces deux facteurs ne correspond pas à la réalité et à la définition de l'entreprise elle-même. Les faits de nature à affecter, d'une

351 A. BRUNET et M. GERMAIN, *op. cit.*

352 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.* 8^{ème} éd. p. 110.

353 M. JEANTIN, *op. cit.*

354 Cf. A. BRUNET et M. GERMAIN, *op. cit.*

355 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.* p. 111.

356 A. JACQUEMONT, *op. cit.* p. 42.

manière préoccupante, la situation économique de l'entreprise ne sont pas forcément de nature à compromettre la continuité de l'exploitation³⁵⁷.

161. La souplesse du critère de l'affectation de la situation économique de l'entreprise. Il convient de préciser enfin que l'affectation de la situation économique de l'entreprise est une notion imprécise. De ce fait, elle a l'avantage de permettre plus de souplesse et plus de protection³⁵⁸. Peut-on en déduire que le législateur a voulu entendre cette notion à toute sorte d'indice d'une gravité suffisante pour constituer un sujet d'inquiétude ?

La réponse à cette question est incertaine³⁵⁹, mais l'analyse de la jurisprudence pourrait l'affirmer³⁶⁰. En effet, la Cour de cassation a qualifié un projet d'acquisition de fait de nature à affecter, d'une manière préoccupante, la situation économique de l'entreprise³⁶¹. Pour la Haute juridiction, un comité central d'entreprise, inquiet des conséquences de la réorganisation de l'entreprise, n'abuse pas de son droit d'alerte. Car, les réponses avancées par la direction étaient insuffisantes, incorrectes ou incohérentes³⁶².

En l'espèce, la société *Air Liquide*, une société française de dimension mondiale, a acquis la société d'*Ingénierie allemande Lurgi*, dans le cadre d'une stratégie de croissance externe. Le comité central d'entreprise a trouvé que cette acquisition représentait un danger pour l'entreprise notamment sur le plan social et il a demandé les explications de la direction. Après avoir eu des réponses insatisfaisantes de celle-ci, le comité d'entreprise a décidé d'exercer son droit d'alerte prévu par l'article L. 2323-78 du Code du travail et de désigner un expert. C'est ainsi que la société *Air Liquide* a saisi le tribunal de grande instance en août 2008 d'une demande d'annulation de cette procédure en s'appuyant sur le fait que le comité d'entreprise ne doit pas se fonder sur des éléments relatifs à un seul établissement pour caractériser l'affectation préoccupante de la situation économique de

357 D. VIDAL, « Prévention des difficultés des entreprises », *op. cit.* n° 9.

358 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.* p. 111.

359 Lamy sociétés, *op. cit.* n° 2443.

360 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.* p. 112.

361 Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 10-30.126, JCP S n° 18, 3 Mai 2011, 1218, note A. BAREGE.

362 Voir L. FIN-LANGER, *op. cit.*

l'entreprise dans son ensemble. Dans son arrêt, la Cour de cassation a constaté que la réorganisation de l'entreprise était effectivement de nature à affecter la situation économique de l'entreprise. Elle considère, en soulignant notamment le caractère contradictoire et insuffisant des réponses données par la direction, que le comité central d'entreprise a exercé sans abus son droit d'alerte³⁶³.

162. Par ailleurs, la souplesse de cette notion doit être relativisée. En effet, la Cour de cassation avait privé de cette qualification un projet de fusion³⁶⁴, un projet de restructuration de l'entreprise³⁶⁵ et la mise en place par la Caisse nationale d'assurance vieillesse de schéma directeur informatique de la branche retraite³⁶⁶. Pour la Haute juridiction, ces faits isolés ne justifient pas le déclenchement d'une procédure d'alerte. Mais, ils peuvent être accompagnés d'autres signes justifiant l'inquiétude du comité d'entreprise, mais aussi des acteurs des procédures d'alerte externe.

B. LES FACTEURS DE DÉCLENCHEMENT DES PROCÉDURES D'ALERTE EXTERNE

Les procédures d'alerte externe sont celles déclenchées de l'extérieur de l'entreprise. Il s'agit de l'alerte du groupement de prévention agréé, de l'entretien du président du tribunal et de la publicité des créances du Trésor public et des organismes de la sécurité sociale. À l'exception de l'entretien du président du tribunal, dont le facteur de déclenchement est assimilé à celui du commissaire aux comptes et des associés, ces procédures d'alerte sont justifiées par tout indice de difficultés (1) ou plus radicalement par le défaut de paiements (2).

363 Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 10-30.126, RTD Com, 2011, n° 11, p. 411, note **F. MACORIG-VENIER** ; JCP S n° 18, 3 Mai 2011, 1218, note **A. BAREGE**.

364 Cass. soc., 30 juin 1993 n° 90-20.158 JCP E 1993, n° 1118.

365 Cass. soc., 30 juin 1993, n° 90-20.158 Bull. civ. 1993, V, n° 190.

366 Cass. soc., 21 nov. 2006, n° 05-45.303.

1) TOUT INDICE DE DIFFICULTÉS

163. La notion d'indice de difficultés. L'indice de difficultés pourrait être défini comme tout signe apparent ou probable des difficultés³⁶⁷. Il s'agit d'un facteur plus large et plus précoce que tous les autres facteurs du déclenchement des procédures d'alerte. C'est le « *degré zéro de l'alerte* », selon les termes d'un auteur³⁶⁸. Il ne constitue pas en lui seul un sujet d'inquiétude, car sa neutralisation pourrait être faite par d'autres signes positifs. Son appréciation doit être faite compte tenu de la situation globale de l'entreprise³⁶⁹.

164. Les sources des difficultés. En pratique, les difficultés des entreprises peuvent être d'ordre humain, économique et financier. Ainsi, l'indice de difficultés pourrait résulter du grand mouvement social, du conflit au sein de la direction, de la démission des dirigeants ou de la mauvaise organisation d'effectif³⁷⁰. Il pourrait également résulter de la modification de la demande sur le marché, de l'expiration d'un brevet qui conduit à la perte d'une position du monopole, de la perte d'un client important, des problèmes d'approvisionnement ou des contentieux judiciaires qui peuvent entraîner une charge importante pour l'entreprise³⁷¹. Enfin, la dernière catégorie est d'ordre financier. Il peut s'agir de l'insuffisance de fonds du roulement, des besoins à court terme pour financer des projets à long terme, des difficultés d'obtention de crédits ou de l'exigence de nouvelles garanties réelles sur les biens de l'entreprise pour les concours anciens ou l'obtention de crédits avec des conditions plus lourdes et de la vente des actifs nécessaires pour obtenir des liquidités³⁷².

367 F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 57.

368 D. VIDAL, « *Prévention des difficultés des entreprises* », *op. cit.* n° 36.

369 F. PÉROCHON, *op. cit.* p. 57.

370 L'anticipation des difficultés de l'entreprise, *Modernité du droit français et approche comparatiste*, in *Qu'en est-il du Code de commerce 200 ans après*, Travaux IFR, n° 8, Presses Univ. Sciences Sociales Toulouse, 2009, p. 339.

371 M. JEANTIN, La loi du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés de l'entreprise, *op. cit.* p. 599.

372 Cf. D. VIDAL, *op. cit.*

165. Toutefois, l'indice de difficultés ne doit pas être confondu avec les conclusions fermes résultant de la situation grave de l'entreprise telle que la perte d'un tiers du capital social, le licenciement d'un nombre important du personnel, le refus de certification des comptes par le commissaire aux comptes ou le défaut ou les retards de paiement des cotisations fiscales et sociales³⁷³.

2) LE DÉFAUT DE PAIEMENTS

166. Le défaut de paiements comme un facteur d'alerte. Le dernier facteur que nous voudrions mettre en avant est le défaut de paiements. Cela mérite un peu d'éclaircissement. Car, dans la prévention des difficultés, l'entreprise est encore en mesure de satisfaire ses obligations financières. Son défaut de paiements n'est pas forcément en raison du défaut de la liquidité. De ce fait, le défaut de paiement ne doit pas être confondu avec la cessation des paiements, motif principal de l'ouverture des procédures collectives³⁷⁴.

Il est évident, cependant, que le défaut de paiement présage les difficultés de l'entreprise. Car, en pratique le Trésor public et les organismes de la sécurité sociale sont les premiers créanciers à souffrir des difficultés du débiteur. Les dirigeants préfèrent assurer le fonctionnement de leurs affaires aux yeux de leurs partenaires que payer des charges et des cotisations sociales. En effet, le Trésor public et les organismes de la sécurité sociale doivent publier leurs créances impayées. Cela mettra en garde les partenaires de l'entreprise et alertera le président du tribunal sur les difficultés de l'entreprise. Mais, quelle créance impayée faut-il publier ?

167. La créance impayée. La créance impayée qui doit être publiée est celle du Trésor public et des organismes de la sécurité sociale. S'agissant de la créance du Trésor public, l'obligation de publication concerne toutes les créances dues à titre de l'impôt sur le revenu, de l'impôt sur les bénéfices des sociétés, de la taxe sur les salaires, de la taxe

373 *Ibid.*

374 Compte tenu des dispositions de l'article L. 631-1 du Code de commerce, la cessation des paiements est l'impossibilité de l'entreprise de faire face à son passif exigible avec son actif disponible. Elle doit être déclarée au plus tard dans les quarante-cinq jours. À défaut, les dirigeants pourraient engager leur responsabilité civile et pénale. Enfin, le défaut de paiement pourrait avoir une autre raison que le défaut de la liquidité.

professionnelle, des taxes sur le chiffre d'affaires, des contributions indirectes, des droits de douane, qui ne sont pas payés à leur date d'exigibilité³⁷⁵.

168. Le seuil à partir duquel cette publicité est obligatoire était de 12200 € par poste comptable. En jugeant que la somme retenue était trop faible pour les grandes sociétés et trop élevée pour les petites entreprises, la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 avait supprimé ce seuil³⁷⁶. Mais, cette réforme avait des effets inattendus. Car, certaines entreprises étaient pénalisées par cette publication, alors que le montant de leur créance impayée était dérisoire.

Le législateur a pris en compte cette situation et fixé de nouveau le montant de la créance à déclarer à 6000 € pour un chiffre d'affaire inférieur à 763 000 hors taxe et 10 000 € pour un chiffre d'affaire supérieur à 763 000³⁷⁷. Mais, le décret n° 2009-197 du 18 février 2009 a porté ce dernier seuil à 15 000 €³⁷⁸.

169. S'agissant cependant de la créance des organismes de la sécurité sociale, l'obligation de publication est régie par les articles L. 243-5 et R. 243-46 et suivants du Code de la sécurité sociale. À l'origine, cette obligation ne concernait que les sommes dont le montant dépassait le seuil de 12 000 €. Ces dettes ne pouvaient rester occultes que trois mois, délai à partir duquel, le défaut d'inscription emporte la perte du privilège. Ce délai est porté ensuite à six mois de la date limite de paiement, lorsque le montant des sommes dues est supérieur à 12 000 €³⁷⁹.

À l'instar des créances du Trésor public, ces seuils ont été supprimés par la loi de sauvegarde. Désormais, la publicité est obligatoire dans les six mois de la date limite de paiement ou au cas échéant de la date de la notification de l'avertissement ou de la mise en demeure de l'article L. 244-2 du Code de la sécurité sociale, si la constatation de la créance

375 CGI art. 1929 quater.

376 Lamy droit commercial op, cit. n° 3664.

377 La loi de finance rectificative pour 2005 n° 2005-1720 du 30 décembre 2005 et le décret n° 2007-1356 du 13 septembre 2007.

378 L'article 416 bis issu du décret n° 2009-197 du 18 février 2009.

379 C. sec. soc. art. L. 243-5, modifié par la loi n°2003-1199 du 18 décembre 2003.

résultait d'un contrôle organisé en application de l'article L. 243-7 du même code³⁸⁰. Mais, compte tenu des effets indésirables de cette réforme, la loi du financement de la sécurité sociale pour l'année 2007, n° 2006-1640, dans son article 39 est venue fixer à nouveau des seuils à partir desquels la publication devient obligatoire³⁸¹. Il s'agit désormais de 20% du plafond annuel de la sécurité sociale pour les créances dues par les travailleurs indépendants, de 33% pour les créances dues pour les employeurs occupants moins de cinquante salariés et de 50% pour les autres créances³⁸². Ces seuils sont ensuite modifiés par le décret n° 2008-1544 du 30 décembre 2008. Ils sont fixés actuellement à 10000 € pour les créances dues à titre personnels par les travailleurs indépendants, à 15000 € pour les créances dues par les employeurs dont les salariés sont moins de cinquante et à 20000 € pour le reste des créances³⁸³.

170. Propos conclusifs. En somme, la pluralité des personnes qui peuvent alerter les dirigeants est une source de garantie de prévention des difficultés des entreprises. En effet, en raison de son devoir, les commissaires aux comptes doivent surveiller la continuité de l'exploitation, alors que les autres acteurs des procédures d'alerte bénéficient d'un droit à l'intervention. Mais, la différence de qualité de ces acteurs justifie la différence de leurs raisons d'intervention et la formalité du déroulement de leurs procédures.

380 P. ANCEL, *op. cit.*

381 Voir Lamy droit commercial op, ct n° 3664 et s.

382 Le décret n° 2007-459 du 25 mars 2007

383 C. sec. soc. art. D. 243-2.

SECTION 2 : LE DÉROULEMENT DES PROCÉDURES D'ALERTE

171. Traditionnellement, les procédures d'alerte sont classées en fonction de la position de leurs auteurs. On distingue ainsi les procédures d'alerte interne, initiées par le commissaire aux comptes, le comité d'entreprise et les associés, des procédures d'alerte externe qui peuvent être déclenchées par le président du tribunal et les groupements de prévention agréés.

172. Par ailleurs, dans notre objectif de démontrer la complémentarité dans l'élaboration des informations préventives, nous nous concentrerons sur le déroulement des procédures internes. Car, le déroulement de la procédure d'alerte des groupements de prévention agréés ne pose pas une grande difficulté. Malgré son importance, cette alerte est limitée à l'information et à l'assistance des dirigeants afin d'identifier l'origine de difficultés et de déterminer leur ampleur. Mais, au-delà de cette information et de cette assistance, les groupements de prévention agréés n'ont pas des moyens de pression efficaces sur les dirigeants³⁸⁴. Il en est de même quant à l'alerte du président du tribunal, destinée principalement à l'encouragement des dirigeants de prendre conscience des difficultés de l'entreprise. La portée de cette procédure est très limitée notamment depuis la décision du Conseil constitutionnel du 7 décembre 2012 qui a déclaré l'inconstitutionnalité de la saisine d'office³⁸⁵.

En effet, nous nous concentrerons sur le déroulement de la procédure d'alerte du commissaire aux comptes (§1) et des interrogations des salariés et des associés (§2).

384 Ils sont soumis à l'obligation de la confidentialité et leur mission se limite à l'assistance.

385 CC, 7 décembre 2012, n° 2012-286, Recueil Dalloz 2012 p. 2446, note **A. LIENHARD**.

§1) LE DÉROULEMENT DE L'ALERTE DU COMMISSAIRE AUX COMPTES

Le commissaire aux comptes doit alerter le chef d'entreprise de tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, révélé par lui à l'occasion de l'exercice de ses fonctions au sein de l'entreprise³⁸⁶. Le déroulement de cette procédure varie en fonction de la nature des difficultés et du statut juridique de l'entreprise. Une formalité propre aux sociétés anonymes (A) pourrait ainsi être distinguée d'une autre formalité commune à toutes les autres sociétés et groupements (B).

A) LA FORMALITÉ PROPRE AUX SOCIÉTÉS ANONYMES

173. L'information des dirigeants. L'alerte du commissaire aux comptes dans les sociétés anonymes commence par l'information du président du conseil d'administration ou du directoire, de tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. Dans le délai de quinze jours à compter de la réception de la dite information, le dirigeant doit donner ses réponses en analysant la situation de l'entreprise et en indiquant les mesures nécessaires à entreprendre³⁸⁷. Dans cette première étape, les informations sont confidentielles et les réponses du dirigeant ne doivent pas être communiquées ni aux actionnaires ni au comité d'entreprise³⁸⁸.

174. La délibération du conseil d'administration ou du conseil de surveillance. À défaut de réponse dans le délai de quinze jours ou en cas de réponse insatisfaisante, le commissaire aux comptes invite le président du conseil d'administration ou le directoire à faire délibérer le conseil d'administration ou le conseil de surveillance. Cette invitation doit être effectuée par écrit dans les huit jours qui suivent le défaut de la réponse du dirigeant ou de sa réponse insatisfaisante.

386 C. com., art. L. 611-3 et L. 234-1.

387 **F. PÉROCHON**, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 59 et s.

388 **D. GIBIRILA**, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.* éd. 2009, p.59.

Notons cependant, que depuis la loi de sauvegarde, le président du tribunal doit être informé de l'invitation du président du conseil d'administration ou de surveillance à faire délibérer le conseil d'administration ou le conseil de surveillance. Cette information est également communiquée au comité d'entreprise ou à défaut aux délégués du personnel³⁸⁹.

La délibération du conseil d'administration ou du conseil de surveillance doit intervenir dans les quarante jours du déclenchement de la procédure.

175. La convocation de l'assemblée générale. La troisième étape est la convocation de l'assemblée générale. Cela pourrait se traduire par deux hypothèses. La première est celle d'inobservation de la nécessité de la délibération du conseil d'administration ou du conseil de surveillance. La seconde est celle de l'insuffisance des décisions prises par ces organes. Dans ces deux cas de figure, l'assemblée générale doit être convoquée par le président du conseil d'administration ou du directoire dans les huit jours de la demande du commissaire aux comptes. En cas de carence, le commissaire aux comptes peut lui-même procéder à cette convocation et fixer l'ordre du jour de l'assemblée générale dans laquelle il présentera son rapport spécial³⁹⁰.

Les difficultés de l'entreprise sont ainsi portées à la connaissance des actionnaires et des salariés et la confidentialité est, en partie, compromise³⁹¹.

176. L'information du président du tribunal. À l'issue de cette assemblée et lorsque la continuité de l'exploitation demeure compromise, le commissaire aux comptes peut décider l'information du président du tribunal. Il communique à celui-ci tous les documents utiles à la justification des démarches entreprises³⁹².

389 V. **P.-M. LE CORRE**, Droit et pratique des procédures collectives, *op. cit.* 7^{ème} éd. n° 122.36.

390 C. com., art. R. 234-3.

391 **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, *op. cit.* p. 102.

392 Une fois informé, le président du tribunal peut convoquer le dirigeant pour un entretien sur ses difficultés. Il avait en outre la possibilité de proposer au tribunal la saisine d'office en vue d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire lorsque la situation de la cessation des paiements est caractérisée. Mais, le Conseil constitutionnel a récemment jugé inconstitutionnelle cette saisine d'office (CC, 7 décembre 2012, n° 2012-286, Recueil Dalloz 2012 p. 2446, note **A. LIENHARD**).

Une fois informé, le président du tribunal peut convoquer le dirigeant pour que soient envisagées les mesures propres à redresser la situation de l'entreprise. Pour ce faire, le président du tribunal est investi d'un large pouvoir d'investigation dont l'objectif est d'améliorer son information sur la situation de l'entreprise³⁹³. Il avait en outre la possibilité de proposer au tribunal la saisine d'office en vue d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire lorsque la situation de la cessation des paiements est caractérisée. Mais, le Conseil constitutionnel a récemment jugé inconstitutionnelle cette saisine d'office³⁹⁴.

177. La reprise de la procédure. Enfin, il convient de préciser que depuis la loi de 17 mai 2011, le commissaire aux comptes qui a interrompu la procédure d'alerte avant sa dernière phase, peut décider d'en reprendre le cours au point où il l'avait arrêté. Mais, la nouvelle rédaction de l'article L. 234-1 du Code de commerce pose deux conditions essentielles. D'une part, la reprise doit être faite dans le délai de six mois de l'acte initial. Et d'autre part, elle doit être justifiée par l'urgence de la situation de l'entreprise qui commande la nécessité de la prise des décisions immédiates³⁹⁵.

178. La particularité des SAS. S'agissant cependant des sociétés par actions simplifiées, la formalité commune à toutes les sociétés anonymes est applicable en principe. Mais, le statut particulier des sociétés par actions simplifiées exige quelques particularités. En effet, depuis la loi de la modernisation de l'économie du 4 août 2008, la désignation du commissaire aux comptes n'est plus obligatoire que pour les sociétés qui dépassent les seuils de l'article R. 227-1 du Code de commerce³⁹⁶. Il s'agit d'un million du total de bilan, de deux millions du chiffre d'affaire et d'un nombre moyen de vingt salariés. Lorsqu'il est désigné, le commissaire aux comptes exerce des fonctions semblables à celles qu'il exerce dans les sociétés anonymes³⁹⁷. Mais, le défaut d'organisation légale du

393 Voir *infra* n° 494 et s.

394 CC, 7 décembre 2012, n° 2012-286, Recueil Dalloz 2012 p. 2446, note **A. LIENHARD**..

395 Cf. **F. PÉROCHON**, Entreprises en difficulté, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 61.

396 C. com., art. L.227-9-1, issu de la loi de la modernisation de l'économie du 4 août 2008.

397 Il convient de préciser que l'article L. 820-1 du Code de commerce prévoit que les textes relatifs aux commissaires aux comptes sont applicables dans toutes les personnes et entités dotées d'un commissaire

pouvoir exige quelques explications³⁹⁸. En effet, lorsque la société par actions simplifiées est dotée d'un organe collégial chargé de l'administration distinct de l'organe chargé de la direction, la formalité doit être celle de la société anonyme. À défaut de cet organe, c'est la formalité applicable à toutes les autres sociétés qui doit être appliquée³⁹⁹.

B) LA FORMALITÉ DES AUTRES SOCIÉTÉS ET GROUPEMENTS

179. Sociétés commerciales autres que les SA. À l'origine, la procédure d'alerte était réservée aux sociétés anonymes. Mais, elle est devenue applicable aux autres sociétés et groupements depuis la loi du 10 juin 1994. Cependant, certaines particularités doivent être avancées. En effet, dans la procédure des sociétés commerciales autres que les sociétés anonymes, la réponse du dirigeant au commissaire aux comptes doit être communiquée au comité d'entreprise ou à défaut aux délégués du personnel ainsi qu'au conseil de surveillance s'il en existe un⁴⁰⁰. Ensuite, depuis la loi de sauvegarde, le président du tribunal est informé dès la première étape⁴⁰¹. Enfin, compte tenu de l'absence de la dualité des organes de la direction, la deuxième étape qui consiste dans la délibération du conseil d'administration ou de surveillance n'existe pas dans cette procédure⁴⁰².

180. Personnes morales de droit privé. Par ailleurs, en ce qui concerne les autres personnes morales de droit privé ayant une activité économique notamment les associations ayant reçu des subventions importantes, deux cas de figure doivent être distingués. En effet, lorsque ces groupements ont un organe collégial chargé de l'administration, distinct de l'organe chargé de la direction, la procédure applicable est celle réservée aux sociétés anonymes. À défaut de cet organe, il convient d'appliquer la

au comptes (**Th. GRANIER**, « *Le commissaire aux comptes dans la société par actions simplifiée* », Bull. Joly Sociétés, 01 mars 2008 n° 3, p. 252).

398 **J. PAILLUSSEAU**, « *L'alerte du commissaire aux comptes dans la SAS, La notion de compatibilité dans le droit de la SAS* », JCP E n° 43, 26 Octobre 2000, p. 1697.

399 **A. BAREGE**, *op. cit.*

400 **F. PÉROCHON**, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 62.

401 **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, *op. cit.* p. 105.

402 **D. VIDAL**, « *Prévention des difficultés des entreprises* », *op. cit.* n° 70.

formalité réservée aux sociétés commerciales autres que les sociétés anonymes⁴⁰³. Dans l'un ou l'autre cas, nous attirons l'attention sur l'importance de la communication de l'information aux salariés et aux actionnaires. Ceux-ci sont les destinataires légitimes de l'information sur le déroulement de la procédure d'alerte et peuvent également en être les auteurs principaux.

181. Propos conclusifs. En somme, le déroulement de la procédure d'alerte du commissaire aux comptes dépend de la gravité de la situation de l'entreprise et de l'efficacité de la réaction du dirigeant. Ainsi, la coopération du dirigeant est nécessaire pour éviter la fuite de l'information sur les difficultés de l'entreprise. Car, la confidentialité « *s'estompe et disparaît au fur et à mesure que la procédure d'alerte suit son cours* »⁴⁰⁴.

§2) LES INTERROGATIONS DES SALARIÉS ET DES ASSOCIÉS

La seconde catégorie des procédures d'alerte interne, dont le déroulement pourrait démontrer la complémentarité des efforts dans la prévention des difficultés, est relative aux demandes d'explication du comité d'entreprise (A) et des associés ou des actionnaires (B).

A) LE DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE D'ALERTE DU COMITÉ D'ENTREPRISE

182. La formalité de la procédure. Le comité d'entreprise a le droit de demander l'explication du dirigeant à propos de tout fait de nature à affecter d'une manière préoccupante la situation économique de l'entreprise⁴⁰⁵. Cette demande d'explication est inscrite de droit à l'ordre du jour de la prochaine séance du comité d'entreprise et communiquée au commissaire aux comptes. Au cours de cette séance, l'employeur doit

403 P.-M. LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, *op. cit.* 7^{ème} n°122.38.

404 Y. GUYON, « *La transparence dans les procédures collectives* », *op. cit.*

405 A. BRUNET et M. GERMAIN, *op. cit.*

fournir ses explications. À défaut de quoi, il commet le délit d'entrave au fonctionnement du comité d'entreprise⁴⁰⁶.

183. Le rapport du comité d'entreprise. Si les réponses de l'employeur sont satisfaisantes, la procédure prend fin à cette étape. Mais, lorsque le comité d'entreprise estime que les réponses données sont insatisfaisantes ou en cas de défaut de réponses, une autre étape est ouverte. Le comité d'entreprise peut ainsi établir un rapport circonstancié sur la situation économique de l'entreprise. Pour ce faire, il peut demander, en application de l'article L. 2323-79 du Code du travail, l'assistance d'un expert-comptable pris en charge par l'entreprise une fois par exercice. La mission de cet organe est fixée par le comité d'entreprise et peut être étendue aux « *faits de nature à confirmer la situation économique préoccupante de l'entreprise qui sont la suite nécessaire de ceux à l'origine du droit d'alerte* »⁴⁰⁷. Pour renforcer son information, le comité d'entreprise peut également solliciter l'aide du commissaire aux comptes et de deux salariés choisis pour leur compétence et en dehors du comité d'entreprise⁴⁰⁸.

184. L'information de l'organe collégial chargé de l'administration de l'entreprise. En fonction des conclusions de ce rapport, le comité d'entreprise pourrait décider de poursuivre son alerte. La démarche à suivre dépendra en effet de la forme sociétaire de l'entreprise. Dans les sociétés dotées d'un organe collégial, chargé de l'administration ou de la surveillance, la saisine résulte de l'inscription à l'ordre du jour de la prochaine séance de cet organe. En effet, cet organe doit délibérer dans le mois de la saisine. En application de l'article R. 2323-18, « *l'extrait du procès-verbal des délibérations où figure la réponse motivée à la demande d'explication faite en application de l'article L. 2323-81 est adressé au comité d'entreprise dans le mois qui suit la réunion de cet organe* ». L'organe chargé de l'administration ou de la surveillance doit ainsi répondre aux interrogations du comité d'entreprise et lui permettre de prendre conscience

406 Cass. crim., 30 janvier 1996, n° 94-83.507, Rev. proc. coll. 1996, p. 239, n° 3, Obs. **B. SOINNE**.

407 Cass. soc., 28 nov. 1996, Bull. Joly Sociétés, 01 février 1997 n° 2, p. 170, note **B. SAINTOURENS**.

408 C. trav. L. 2323-7.

des difficultés de l'entreprise⁴⁰⁹. Il doit rendre une décision motivée, dont un extrait concernant l'alerte est communiqué au comité d'entreprise dans le mois qui suit sa réunion⁴¹⁰.

185. En revanche, lorsqu'il s'agit des sociétés dépourvues d'un organe collégial, tels que les groupements d'intérêt économiques, c'est le gérant ou l'administrateur du groupement qui doit transmettre le rapport aux associés ou membres du groupement⁴¹¹. Cette transmission doit être effectuée dans le délai de huit jours de la délibération du comité d'entreprise. Les associés et les membres du groupement ont en effet toute la liberté quant à la conduite à tenir⁴¹².

B) LE DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE D'ALERTE DES ASSOCIÉS ET DES ACTIONNAIRES

186. Les demandes d'explication. Outre l'administration provisoire et l'expertise judiciaire, la loi du 1^{er} mars 1984 a conféré aux associés et aux actionnaires le droit de poser, deux fois par exercice, des questions écrites sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation⁴¹³. Dans sa demande, l'associé ou l'actionnaire doit indiquer sa qualité, le nombre d'actions ou de parts qu'il détient, ainsi que les faits qu'il considère étant de nature à compromettre la continuité de l'exploitation⁴¹⁴.

187. Les réponses des dirigeants. Les dirigeants doivent répondre aux questions des associés ou des actionnaires par écrit dans le délai d'un mois⁴¹⁵. Si la réponse confirme l'existence des faits par lesquels la continuité de l'exploitation est menacée, les dirigeants doivent énoncer les mesures envisagées pour faire face à ce danger. Cependant, il est

409 Cf. C. trav. art. L. 2323-81 et R. 2323-18.

410 D. GIBIRILA, Droit des entreprises en difficulté, *op. cit.* éd. 2009, p. 74.

411 C. trav. L. 2323-81 et R. 2323-19.

412 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.* p. 115.

413 C. com., art. L. 223-36 et L. 225-232.

414 A. BRUNET et M. GERMAIN, *op. cit.*

415 C. com., art. R. 223-29 et R. 225-164.

souvent reproché aux dirigeants de ne pas avoir donné des explications claires ou de ne pas avoir pris les décisions nécessaires.

Pourtant, la crainte de la fuite de l'information, qui serait derrière cette réticence, devrait au contraire motiver les dirigeants à répondre clairement et à prendre toutes les mesures nécessaires. Car, un associé ou un actionnaire mal informé ou douteux de l'efficacité des décisions prises, pourra légitimement faire état des réponses qui lui ont été données devant l'assemblée générale. Il n'est pas soumis à l'obligation de confidentialité et les dirigeants ne peuvent pas lui opposer la théorie du secret des affaires⁴¹⁶.

188. Propos conclusifs. En somme, la diversité des mécanismes d'alerte des dirigeants doit être comprise comme une richesse des sources d'information préventive des difficultés des entreprises. En effet, l'absence ou l'insuffisance de l'intervention précoce des dirigeants est comblée par l'intervention du commissaire aux comptes, des salariés, des associés et du président du tribunal. L'exploitation de l'information comptable et financière pour alerter les dirigeants sur la situation de l'entreprise en difficulté est ainsi une garantie de complémentarité des efforts dans la prévention des difficultés et une mesure protectrice des intérêts des salariés et des associés.

416 Cf. **B. DAILLE-DUCLOS**, « *L'application extensive du principe du contradictoire en droit des affaires : Le développement du devoir d'information, du devoir de loyauté et du respect des droits de la défense* », JCP E n° 50, 14 Décembre 2000, p. 1990.

CONCLUSION DU TITRE 1

189. Les informations préventives sont établies principalement par les dirigeants avec l'assistance du commissaire aux comptes et des groupements de prévention agréés. Grâce à l'analyse de ces informations, toutes les difficultés prévisibles de l'entreprise peuvent être anticipées, sans que son secret soit accessible. Toutefois, l'absence ou l'insuffisance de l'intervention précoce des dirigeants, en cas de difficultés, peut justifier l'intervention des autres acteurs. Il s'agit du commissaire aux comptes, des groupements de prévention agréés, du comité d'entreprise, des associés et du président du tribunal.

L'intervention de ces acteurs est destinée notamment à la mise en garde des dirigeants. Elle affaiblit le monopole de ceux-ci sur l'élaboration des informations préventives, mais ne réduit pas leur rôle central dans la gestion de celles-ci. C'est à la lumière de ces interventions que les dirigeants peuvent prendre les mesures adéquates à la situation de l'entreprise⁴¹⁷. Il s'agit en effet d'une complémentarité des efforts exigée par la nécessité de la prévention des difficultés et l'exigence de la protection des intérêts de l'entreprise et de ses partenaires.

417 L'anticipation des difficultés de l'entreprise, Modernité du droit français et approche comparatiste, in Qu'en est-il du Code de commerce 200 ans après, Travaux IFR, n° 8, Presses Univ. Sciences Sociales Toulouse, 2009, p. 339.

**TITRE 2 : LA COOPÉRATION DANS
L'ÉLABORATION DE L'INFORMATION
PROTECTRICE**

*Pour coopérer, il faut savoir*⁴¹⁸.

190. La nécessité de la coopération. Le devoir de coopération trouve son origine en droit commun dans l'obligation de bonne foi exigée par l'article 1134 al. 3 du Code civil⁴¹⁹. En vertu de ce texte, les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Ainsi, en raison de sa qualité, de la nature du contrat ou de la prestation, le créancier doit coopérer avec son cocontractant, non seulement lors de la négociation, mais aussi en cours d'exécution du contrat. Il doit, selon les propos d'un auteur, être utile à son débiteur, sans cependant sacrifier ses propres intérêts⁴²⁰.

191. En matière de procédures collectives, l'importance de la coopération est bien particulière⁴²¹. Sur le plan communautaire, la coopération est justifiée par la portée générale de la faillite et son approche universelle⁴²². Ainsi, en matière d'insolvabilité, les procédures principales et les procédures secondaires ne peuvent « *contribuer à une réalisation efficace de la masse que si toutes les procédures parallèles en cours sont coordonnées. La condition principale ici est une coopération étroite entre les différents syndics qui doit notamment comprendre un échange d'informations suffisant* »⁴²³.

Il en est de même en matière de procédures collectives en droit interne qui exigent l'efficacité de la solution retenue par le tribunal et la protection de toutes les parties. En effet, les intérêts des dirigeants, des salariés, des créanciers et des partenaires de l'entreprise en difficulté sont menacés par l'ouverture de la procédure collective. Pour se

418 **L.-C. HENRY**, « *La coopération entre professionnels et entre juridictions* », Bull. Joly Entreprises en Difficulté, 01 janvier 2012, n° 1, p. 58.

419 **J. MESTRE**, « *D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration* », *op. cit.*

420 **Y. PICOD**, *op. cit.* n° 15.

421 Cf. **G. TEBOUL**, « *La bonne foi et les procédures collectives* », Gaz. Pal. 17 mars 2009 n° 76, p. 20.

422 **José J. IZQUIERDO PERIS**, La coopération judiciaire dans les procédures d'insolvabilité : la convention de Bruxelles de 1995 sur la « faillite », LPA 16 décembre 1998 n° 150, p. 49.

423 La considération n° 20 du règlement du Conseil n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité.

protéger, ces acteurs doivent être entendus et consultés⁴²⁴. L'idée de la protection exige leur implication dans le déroulement de la procédure collective.

192. S'agissant cependant de l'efficacité de la procédure collective, elle s'apprécie par rapport aux objectifs de celle-ci.

Sous l'empire de l'ancienne législation, l'ouverture d'une procédure collective était destinée au désintéressement des créanciers et à l'élimination des mauvais commerçants⁴²⁵. Mais, l'évolution de la notion de l'entreprise et la distinction du sort de celle-ci de celui du dirigeant ont bouleversé complètement la philosophie de cette matière. L'entreprise est désormais placée au cœur de l'organisation des procédures collectives. Celles-ci ne sont plus guidées par les intérêts des créanciers, mais plutôt, organisées autour de l'entreprise qui impose son rythme⁴²⁶. À ce titre, l'article 1^{er} de la loi du 25 janvier 1985 énonçait qu'il « *est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif* ». Depuis la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, l'article L. 620-1 du Code de commerce énonce que la procédure de sauvegarde a pour objectif la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif⁴²⁷. Une disposition analogue est prévue également dans l'article L. 631-1 du même code en ce qui concerne la procédure de redressement judiciaire.

424 Cf. **N. FRICERO**, « *Les procédures collectives à l'épreuve du procès équitable* », *op. cit.*

425 **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, Droit des entreprises en difficulté, *op. cit.* 8^{ème} éd. p. 21 ; voir également **F. PÉROCHON**, Entreprises en difficulté, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 22 et suivant ; **A. JACQUEMONT**, *op. cit.* p. 7 et suivants.

426 C'est la loi du 13 juillet 1967 qui a distingué les mesures patrimoniales qui concernent l'entreprise et les mesures extrapatrimoniales qui frappent les mauvais dirigeants.

427 En vertu de ce texte, « *il est institué une procédure de sauvegarde ouverte sur demande d'un débiteur mentionné à l'article L. 620-2 qui, sans être en cessation des paiements, justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Cette procédure est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif* ». S'agissant de l'article L. 631-1, il dispose que « *la procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif* ».

Ces objectifs ne peuvent être réalisés que grâce à la coopération dans l'élaboration des informations. Les obligations d'audition et de consultation, les règles de répartition des pouvoirs⁴²⁸, la désignation des représentants du personnel⁴²⁹ et des créanciers contrôleurs⁴³⁰, la préparation des plans de continuation ou de cession⁴³¹ sont des illustrations significatives de la prise en compte de l'exigence de la coopération⁴³². Pour analyser la portée et l'impact de ce devoir en matière d'information, nous nous concentrerons sur la détermination du patrimoine de l'entreprise (Chapitre 1) et la préparation de son sort (Chapitre 2).

428 **Ph. FROEHLICH**, La nouvelle répartition des rôles entre administrateurs et mandataires judiciaires dans la cession, LPA 14 juin 2007 n° 119, p. 79.

429 C. com., art. L. 631-1 et R.621-2.

430 En vertu de l'article L. 621-10 du Code de commerce « *le juge-commissaire désigne un à cinq contrôleurs parmi les créanciers qui lui en font la demande. Lorsqu'il désigne plusieurs contrôleurs, il veille à ce qu'au moins l'un d'entre eux soit choisi parmi les créanciers titulaires de sûretés et qu'un autre soit choisi parmi les créanciers chirographaires* ».

431 Voir *supra* n° 305 et s.

432 Cf. **N. FRICERO**, *op. cit.*

CHAPITRE 1 : L'ÉLABORATION DES INFORMATIONS RELATIVES AU PATRIMOINE DE L'ENTREPRISE

193. Le patrimoine de l'entreprise. La notion du patrimoine est l'une de plus célèbres constructions doctrinales françaises⁴³³. Elle a pu résister à l'effet du temps en dépit de l'agressivité des critiques et de la multiplicité de dérogations et des exceptions⁴³⁴. Cependant, malgré son importance, le patrimoine n'est pas défini par le législateur. C'est la doctrine qui a développé cette construction fondamentale qui inspire toutes les spécialités du droit⁴³⁵. Compte tenu de cette théorie, le patrimoine se déduit directement de l'idée de la personnalité⁴³⁶. Il s'agit d'une notion universelle, corollaire de la personnalité juridique⁴³⁷.

En vertu de cette théorie, toute personne a un patrimoine, mais seules les personnes physiques et morales peuvent avoir un patrimoine et ne peuvent en avoir qu'un seul⁴³⁸.

433 **C. WITZ**, Droit de gage général, J.-Cl., civil, n° 32 et s.

434 **D. HIEZ**, Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel, université de Paris VII 2000, LGDJ 2003.

435 **Ph. ROUSSEL GALLE**, La théorie du patrimoine et le droit des procédures collectives, Revue Lamy Droit Civil, 01/12/2010, n° 77, p. 84.

436 **Ch. AUBRY** et **Ch. RAU**, Cours de droit civil français t. VI, LGDJ 6^{ème} éd. 1951, p. 229.

437 **M. MEKKI**, « *Le patrimoine aujourd'hui* », JCP G n° 46, 14 nov. 2011, doct. 1258.

438 *Ibid.*

194. Le patrimoine et le gage commun des créanciers. Par ailleurs, la notion du patrimoine ne doit pas être confondue avec celle du gage commun des créanciers. Compte tenu des dispositions de l'article 2284 du Code civil, « *quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir* ». L'article 2285 du même code ajoute également que « *les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers* »⁴³⁹. En vertu de ce gage, tout débiteur doit répondre à ses dettes sur l'ensemble de ses biens et tout créancier a un droit de gage sur les biens de son débiteur⁴⁴⁰. Le droit de gage des créanciers porte sur le patrimoine. Il a comme assiette les composants actifs du patrimoine du débiteur. Mais, la notion du patrimoine est plus large que celle du gage des créanciers. Elle englobe les biens et les dettes, l'actif et le passif. Selon les propos du doyen Carbonnier, le patrimoine est « *un ensemble de biens et d'obligations d'une personne, envisagé comme formant une universalité de droit, c'est-à-dire un tout, une unité juridique* »⁴⁴¹.

195. L'atteinte au principe d'unité du patrimoine. Il convient cependant de préciser que l'évolution contemporaine du droit pose quelques difficultés notamment à propos du principe de l'unité du patrimoine.

En effet, pour protéger leur patrimoine personnel, les personnes physiques peuvent créer une personne morale dont le patrimoine répondra tout seul des dettes nées dans le cadre de l'activité professionnelle. La personne morale pourrait même être composée d'un associé unique, telle que l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée⁴⁴², l'exploitation agricole à responsabilité limitée⁴⁴³ et la société par action simplifiée unipersonnelle⁴⁴⁴. Mais, cette technique ne porte pas atteinte au principe d'unité du patrimoine dans la mesure où le doublement de la personnalité justifie l'existence de deux

439 C. civ. art. 2285.

440 C. WITZ, *op. cit.* n° 32 et suivant.

441 J. CARBONNIER, *op. cit.* n° 1.

442 C. com., art. L. 223-1, issu de la loi n° 85-697.

443 C. rur. art. L. 324-1.

444 C. com., art. L. 227-1.

patrimoines distincts⁴⁴⁵. La question se pose surtout à propos de la technique de l'affectation des biens, notamment depuis la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 sur la fiducie et la loi du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Ainsi, en dépit de l'indivisibilité du patrimoine, une seule personne peut avoir un patrimoine personnel et un patrimoine affecté. Compte tenu des dispositions de l'article L. 526-6 du Code de commerce, le patrimoine affecté « *est composé de l'ensemble des biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, nécessaires à l'exercice de son activité professionnelle. Il peut comprendre également les biens, droits, obligations ou sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire, utilisés pour l'exercice de son activité professionnelle et qu'il décide d'y affecter* ». Mais, en raison notamment de gage des créanciers, le même bien, droit, obligation ou sûreté ne peut être affecté à deux patrimoines distincts.

196. L'importance de la notion du patrimoine dans cette étude découle notamment de la nécessité de la détermination de l'actif et du passif de l'entreprise⁴⁴⁶. Pour pouvoir se prononcer sur le sort de l'entreprise en difficulté, les composants actifs et passifs du patrimoine doivent être identifiés, répertoriés et évalués. À la lumière de l'inventaire, de la prise des biens, de l'état des créances, des déclarations des créances et des revendications des biens, un projet de plan pourrait être élaboré en toute connaissance de cause. Mais, cela suppose en particulier l'entière coopération du débiteur, des organes de la procédure (Section première) et des partenaires de l'entreprise en difficulté (Section seconde).

445 M. MEKKI, *op. cit.* n° 18.

446 Ph. ROUSSEL GALLE, La théorie du patrimoine et le droit des procédures collectives, *Revue Lamy Droit Civil*, 01/12/2010, n° 77, p. 84.

SECTION 1 : LA COOPÉRATION DU DÉBITEUR ET DES ORGANES DE LA PROCÉDURE

197. Le devoir de coopération du débiteur. La coopération du débiteur et des organes de la procédure collective est une condition nécessaire pour la détermination du patrimoine de l'entreprise en difficulté⁴⁴⁷. En raison de son devoir de coopération, le débiteur doit mettre à la disposition des organes de la procédure toutes les informations nécessaires à l'exercice de leurs missions⁴⁴⁸. Il doit établir l'inventaire de ses biens, la liste des créanciers et des contrats et actions en cours⁴⁴⁹. Il doit également coopérer avec le juge-commissaire, avec le tribunal lui-même et avec l'ensemble de ses partenaires.⁴⁵⁰ Le défaut de coopération pourrait être analysé comme une atteinte au bon déroulement de la procédure collective, reprochable sur le fondement de l'article L. 653-5 du Code de commerce⁴⁵¹.

198. L'exigence du bon déroulement de la procédure collective. Quant aux organes de la procédure, la coopération est au cœur de leur mission. En effet, dès son entrée en fonction, l'administrateur judiciaire doit procéder à tous les actes nécessaires « à la

447 **J.-F. BARBIÈRI**, « *Dirigeants et associés d'une entreprise en difficulté : entre partenaires et débiteurs* », LPA 30 septembre 2008 n° 196, p. 6.

448 Pour plus de développement sur le devoir de coopération du débiteur voir **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.* 8^{ème} éd. p. 332.

449 C. com., art. L. 622-6.

450 **F. PÉROCHON**, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 254 et s.

451 La Cour d'appel d'Aix-en-Provence a eu l'occasion de soutenir cette analyse. Elle a confirmé dans un arrêt du 2 février 2012 un jugement ayant prononcé à l'encontre du chef d'entreprise une interdiction de diriger, de gérer, d'administrer ou de contrôler, directement ou indirectement, soit toute entreprise commerciale ou artisanale, soit une ou plusieurs de celles-ci, pour une durée de 6 ans.

conservation des droits de l'entreprise contre les débiteurs de celle-ci et à la préservation des capacités de production »⁴⁵². Son devoir de coopération découle notamment de sa mission de surveillance, d'assistance ou de représentation du débiteur⁴⁵³ en fonction de la nature de la procédure⁴⁵⁴. Il en est de même quant au mandataire judiciaire dont la mission s'articule autour de la représentation des créanciers et de la vérification des créances⁴⁵⁵. Il doit, à ce titre, avertir les créanciers connus de lui et leur communiquer toutes les informations nécessaires à l'exercice de leurs droits⁴⁵⁶. Il s'agit à titre d'exemple de toutes les informations relatives à la formalité de la déclaration des créances⁴⁵⁷, à la demande en relevé de forclusion⁴⁵⁸, aux actions en revendication et en restitution⁴⁵⁹ et à la modalité de désignation des contrôleurs⁴⁶⁰.

C'est à la lumière de ces différentes informations que l'actif (Paragraphe 1) et le passif (Paragraphe 2) qui composent le patrimoine de l'entreprise peuvent être déterminés.

§1) LA DÉTERMINATION DE L'ACTIF DE L'ENTREPRISE

L'actif de l'entreprise est déterminé par le biais de l'inventaire auquel sont répertoriés tous les biens de l'entreprise (A). Cet inventaire est également complété par la prise qui prend en charge l'évaluation de ces biens (B).

452 C. com., art. L. 622-4.

453 **I. PERRUCHOT**, Administrateur judiciaire : fonctions, Fasc. 2226, J.-Cl. Procédures collectives.

454 **F. PÉROCHON**, *op. cit.* p. 331 ; **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, Droit des entreprises en difficulté, *op. cit.* 8^{ème} éd. p. 305.

455 C. com., art. L. 812-1; Voir **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, *op. cit.* p. 302.

456 C. com., art. L. 622-24 et R. 622-21.

457 C. com., art. L. 622-24, L. 622-25 et R. 622-21 et s.

458 C. com., art. L. 622-26 et R. 624-2.

459 C. com., art. L. 624-9 et s.

460 C. com., art. L. 621-10.

A) L'INVENTAIRE

La réalisation de l'inventaire est prévue initialement par la loi du 13 juillet 1967. Elle est devenue une procédure conservatoire facultative depuis la loi du 25 janvier 1985. Mais, compte tenu de son importance et de la gravité des préjudices qui peuvent être subis par les créanciers et les propriétaires des biens du fait de son absence, la loi du 10 juin 1994 l'a rendu obligatoire⁴⁶¹. La loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 et l'ordonnance du 18 décembre 2008 ont amélioré la fiabilité de cette information par l'organisation de son contenu (1) et la redéfinition de la qualité des personnes qui peuvent procéder à son élaboration (2).

1) LE CONTENU DE L'INVENTAIRE

199. Un outil d'appréciation des chances de redressement de l'entreprise. L'inventaire pourrait être défini comme un document dans lequel sont répertoriés tous les biens de l'entreprise, décrits et évalués sommairement⁴⁶².

La réalisation de l'inventaire est ainsi une mesure conservatoire dont l'objectif est de connaître la consistance exacte du patrimoine de l'entreprise et d'éviter le détournement de ses biens⁴⁶³. En effet, tous les éléments actifs et passifs de l'entreprise sont énumérés, décrits et analysés par l'inventaire⁴⁶⁴. Il s'agit d'un outil d'appréciation des chances de redressement de l'entreprise et d'identification des biens sur lesquels celle-ci pourrait compter⁴⁶⁵.

200. Les biens du débiteur. Compte tenu des dispositions des articles L. 622-6 et R. 622-4 du Code de commerce, l'inventaire doit contenir tous les biens meubles corporels ou

461 Cf. **B. DUREUIL**, Observations, Rev. proc. coll., 1988, p. 373 ; Cas. com., 6 juill. 1999, JCP E 1999, pan. 1559 ; LPA 3 janv. 2000, p. 10, obs. **P.-M. LE CORRE**.

462 **P.-M. LE CORRE**, Droit et pratique des procédures collectives, *op. cit.* 7^{ème} éd. n° 462.31.

463 **F. PÉROCHON**, Entreprises en difficulté, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 327.

464 **F.-X. LUCAS** et **H. LÉCUYER**, *op. cit.*

465 **A. MARTIN-SERF**, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, mesures et actes conservatoires », Fasc. 2310, J.-Cl. Procédures collectives, n° 29.

incorporels du débiteur⁴⁶⁶. Il peut s'agir des marchandises, des matériels, des fonds de commerce, des droits de propriété intellectuelle ou industrielle, des droits au bail, des créances, des dettes et obligations de toute nature dont le débiteur est titulaire ou redevable ainsi que de toutes les indications sur les immeubles dont il est propriétaire⁴⁶⁷.

201. Les garanties qui grèvent le patrimoine du débiteur. En outre, la nouvelle rédaction de l'article L. 622-6, alinéa 1 du Code de commerce étend le périmètre de l'inventaire à toutes les garanties qui grèvent le patrimoine de l'entreprise. Comme le précisent certains auteurs, l'utilisation du terme de "*garanties*" englobe toutes les garanties y compris les droits de rétention⁴⁶⁸. Pour ce faire, le débiteur doit remettre à la disposition de l'auteur de l'inventaire la liste de tous les biens gagés, nantis ou placés sous sujétion douanière⁴⁶⁹.

202. Les biens inclus dans le patrimoine de l'entreprise. Enfin, l'inventaire doit être complété par la liste de tous les biens dont la propriété est réservée à titre de garantie ou dont la détention n'est qu'à titre provisoire⁴⁷⁰. Il s'agit de tous les biens qui se trouvent dans le patrimoine de l'entreprise à titre de dépôt, de location ou de crédit-bail ou sous réserve de propriété et qui sont susceptibles d'être revendiqués par le tiers⁴⁷¹.

203. La particularité de l'EIRL. Par ailleurs, il convient de préciser la particularité de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Ce statut a été créé par la loi du 15 juin 2010 dans l'objectif de promouvoir la création des entreprises et de rétablir l'échec relatif de l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée⁴⁷². En vertu de la nouvelle rédaction de l'article L. 526-6 du Code de commerce, « *tout entrepreneur individuel peut affecter à*

466 O. STAES et F. LEGRAND, « *La détermination du patrimoine du débiteur* », colloque Pratique, contentieux et réforme de la loi sauvegarde à Toulouse les 17 et 18 janvier 2008, Rev. proc. coll. 2008, N° 2, dossier, p. 106.

467 A. MARTIN-SERF, *op. cit.*

468 Cf. C. SAINT-ALARY-HOUIN, Droit des entreprises en difficulté, *op. cit.* 8^{ème} éd. p. 537.

469 C. com., art. R. 622-4.

470 O. STAES et F. LEGRAND, *op. cit.*

471 P.-M. LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, *op. cit.* 7^{ème} éd. n° 616.12 et s.

472 M. MEKKI, *op. cit.* n° 22.

son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale ». L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée doit établir l'inventaire des composants de son patrimoine affecté. Il s'agit de l'ensemble des biens, des droits, des obligations ou des sûretés dont l'entrepreneur individuel est titulaire et qui sont nécessaires ou utiles à l'exercice de son activité professionnelle⁴⁷³. L'article L. 622-6 du Code de commerce dispose notamment qu'il doit faire figurer dans l'inventaire « *les biens détenus dans le cadre de l'activité à raison de laquelle la procédure a été ouverte qui sont compris dans un autre de ses patrimoines et dont il est susceptible de demander la reprise dans les conditions prévues par l'article L. 624-19* ». Il s'agit des biens détenus dans le cadre de l'activité soumise à la procédure collective et qui sont compris dans un autre de ses patrimoines⁴⁷⁴.

204. L'information du mandataire judiciaire de l'insaisissabilité des biens.

Précisons enfin que le débiteur non immatriculé au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers doit informer le mandataire judiciaire de la déclaration d'insaisissabilité à laquelle il a procédé en application de l'article L. 526-1 du Code de commerce⁴⁷⁵. En vertu de ce dernier texte, « *une personne physique immatriculée à un registre de publicité légale à caractère professionnel ou exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante peut déclarer insaisissables ses droits sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale ainsi que sur tout bien foncier bâti ou non bâti qu'elle n'a pas affecté à son usage professionnel* ». Il s'agit en effet d'une dérogation fondamentale au principe du gage commun des créanciers régi par les articles 2284 et 2285 du Code civil.

Toutefois, pour être à l'abri des poursuites des créanciers, la personne non immatriculée dans un registre de publicité légale doit publier un extrait de la déclaration

473 C. com., art. L. 526-6 al. 2.

474 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit. 8^{ème} éd. p. 537.

475 C. com. art. R. 622-4.

d'insaisissabilité dans un journal d'annonces légales du département dans lequel elle exerce son activité professionnelle⁴⁷⁶.

205. Certains auteurs regrettent cependant le fait que l'information sur l'insaisissabilité des biens soit portée à la connaissance du seul mandataire judiciaire⁴⁷⁷. En effet, certains créanciers de la procédure collective peuvent être antérieurs à la déclaration d'insaisissabilité et bénéficient, à ce titre, d'un gage général sur ce bien déclaré insaisissable. D'ailleurs, une grande partie de la doctrine donne au liquidateur judiciaire le droit de vendre le logement d'habitation déclaré insaisissable, dès lors que l'un de créanciers est particulier ou dont la créance est antérieure à la publicité de la déclaration d'insaisissabilité⁴⁷⁸.

2) LA QUALITÉ DE L'AUTEUR DE L'INVENTAIRE

206. Le renforcement du rôle du dirigeant dans la procédure de sauvegarde. Sous l'empire de l'ancien régime, l'inventaire était réalisé par l'administrateur ou à défaut par le représentant des créanciers, selon les termes de l'article 51 alinéa premier du décret du 27 décembre 1985⁴⁷⁹. Selon la rédaction du même article, issue du décret n° 2004-518 du 10 juin 2004, l'inventaire peut être réalisé par un commissaire-priseur judiciaire, un notaire ou un huissier.

Depuis la loi de sauvegarde, quelques innovations, justifiées essentiellement par l'incitation des dirigeants à l'anticipation des difficultés, sont intervenues. Désormais, dans la procédure de sauvegarde, le débiteur doit préciser dans la demande d'ouverture de la

476 S'agissant des personnes immatriculées dans un registre de publicité légale à caractère professionnel, la déclaration d'insaisissabilité doit être publiée au bureau des hypothèques et mentionnée en outre à ce registre (C. com. art. 526-2).

477 **O. STAES** et **F. LEGRAND**, *op. cit.* n° 13.

478 **F.-X. LUCAS** et **H. LÉCUYER**, *op. cit.* ; **F. PÉROCHON**, « *Le créancier et la renonciation à l'insaisissabilité de la résidence* » in *mélanges. Roger SAINT-ALARY*, éd. législatives, 2006, p. 409 et s., cité par **O. STAES** et **F. LEGRAND**, *op. cit.* n° 37.

479 Nous précisons à ce propos que la désignation de l'administrateur n'est pas obligatoire que dans les procédures ouvertes à l'égard des personnes dont le nombre de salariés est au moins égal à 20 ou dont le chiffre d'affaire est au moins égal à 3000 000. Dans les autres cas sa désignation est facultative. Mais une fois nommé, il participe vivement à la gestion et à l'administration de l'entreprise.

procédure s'il va réaliser lui-même les opérations de l'inventaire ou s'il demande qu'une personne qualifiée soit désignée par le tribunal pour cette raison.

Il s'agit, comme disait un auteur, de l'indice « *de la confiance accordée au débiteur* » dans la procédure de sauvegarde⁴⁸⁰. Toutefois, lorsque l'inventaire est réalisé par le débiteur lui-même ou ses ayants droits connus, la certification du commissaire aux comptes ou l'attestation d'un expert-comptable est nécessaire⁴⁸¹. Certains auteurs critiquent cette disposition en soulignant que la seule certification d'un commissaire aux comptes ou d'un expert-comptable n'assure pas la fiabilité de l'information. De ce point de vue, l'importance des informations contenues dans l'inventaire aurait dû empêcher son établissement par une personne qui n'a pas *a priori* les compétences ni, parfois, l'intérêt qu'il soit établi correctement⁴⁸².

207. La demande de désignation d'un professionnel. Une partie de la doctrine préconise au débiteur de se décharger de cette obligation⁴⁸³. Pour éviter les soupçons de fraude et limiter les risques de remise en cause du statut en ce qui concerne l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, il est plus prudent de demander la désignation d'une personne qualifiée par le tribunal. Celui-ci choisira, un commissaire-priseur judiciaire, un huissier de justice, un notaire ou un courtier en marchandises assermenté pour réaliser l'inventaire de l'entreprise⁴⁸⁴.

Par ailleurs pour éviter tout risque de dissimulation ou de détournement d'actif, le débiteur doit être présent ou dûment appelé lors de l'établissement de l'inventaire : c'est une procédure contradictoire⁴⁸⁵. Le débiteur doit ainsi attester sur l'honneur qu'il ne possède que les biens qui sont décrits dans l'inventaire. Cependant, aucun texte légal n'a

480 **F. PÉROCHON**, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 327.

481 **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, *op. cit.* p. 503.

482 **F.-X. LUCAS**, Les innovations introduites par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 : morceaux choisis, LPA 22 avril 2010 n° 80, p. 47.

483 **F. PÉROCHON**, *op. cit.* p. 328.

484 Toutefois, il convient de signaler qu'il a été jugé que le liquidateur ne peut pas être responsable de la réalisation de l'inventaire (Cass. com., 22 juin 2010, n° 09-14.193 ; CA Toulouse, 2e ch., sect. 2, 8 janv. 2008, RG n° 06/05022).

485 C. com., art. R. 622-4.

précisé la sanction du défaut de convocation du débiteur. Mais, certains auteurs estiment qu'une « *action en responsabilité pour préjudice moral* » peut être engagée par le débiteur contre l'auteur de l'inventaire⁴⁸⁶.

208. La particularité des professionnels libéraux. Dans cet aspect purement protecteur, la particularité des professionnels libéraux doit être prise en compte. En effet, certaines dispositions particulières, de nature à assurer leur secret lors de l'établissement de leur inventaire, sont prévues par le législateur. D'une part, l'inventaire « *est dressé en présence d'un représentant de l'ordre professionnel ou de l'autorité compétente* »⁴⁸⁷. D'autre part, une fois établi, l'inventaire doit être certifié par un commissaire aux comptes ou attesté par un expert-comptable⁴⁸⁸. En outre, les noms des clients du débiteur professionnel ne doivent pas figurer sur l'inventaire⁴⁸⁹. Il suffit d'en mentionner le nombre. Car, en application de l'article L. 622-6 du Code de commerce, le secret professionnel auquel est soumise cette catégorie de débiteurs doit être rigoureusement respecté.

B) LA PRISÉE DES BIENS

209. L'évaluation du patrimoine du débiteur. La prisée des biens est une procédure d'évaluation des biens du débiteur par un tiers professionnel désigné par le tribunal. Cette procédure était obligatoire dans toutes les procédures collectives⁴⁹⁰. Mais l'ordonnance du 18 décembre 2008 l'a supprimé dans la procédure de sauvegarde. L'objectif de cette suppression est de favoriser la procédure de sauvegarde dans laquelle l'entreprise n'est pas destinée à la vente. Ainsi, l'évaluation de ses biens est inutile⁴⁹¹.

486 **A. MARTIN-SERF**, « *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, mesures et actes conservatoires* », *op. cit.* n° 33.

487 C. com., art. L. 622-6.

488 *Ibid.*

489 **S. RETIF**, « *L'extension des procédures collectives aux professions libérales* », *op. cit.*

490 **A. JACQUEMONT**, *op. cit.* p. 182.

491 **P.-M. LE CORRE**, Droit et pratique des procédures collectives, *op. cit.* 7^{ème} éd. n° 462.35 ; **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, « *Sauvegarde et redressement judiciaire, Plan de redressement* », Fasc. 2630, J.-Cl. Proc. coll..

210. En effet, la prise des biens n'est obligatoire que dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires. Son auteur est, en principe, la même personne ayant établi l'inventaire. Elle est déposée avec l'inventaire au greffe du tribunal et doit être communiquée au débiteur, à l'administrateur, lorsqu'il en a été désigné un, ainsi qu'au mandataire judiciaire⁴⁹².

Toutefois en cas de conversion de la procédure, la prise est établie sur la base de l'inventaire qui a déjà été effectué⁴⁹³. Car, aucun texte légal n'impose de réaliser un autre inventaire en cas de conversion de la procédure. L'inventaire et la prise des biens ne doivent être établis qu'une seule fois pour toute la durée de la procédure collective⁴⁹⁴.

211. En somme, l'objectif de ce dispositif informatif est de permettre aux organes de la procédure d'avoir une idée précise de la consistance de l'actif de l'entreprise. Mais, l'information acquise de la détermination de l'actif de l'entreprise demeure incomplète sans connaître la consistance exacte de son passif. C'est l'ensemble de l'actif et du passif qui constitue le patrimoine de l'entreprise. La valeur de l'un ou de l'autre n'a aucun sens sans la détermination globale de l'ensemble du patrimoine.

§2) LA DÉTERMINATION DU PASSIF DE L'ENTREPRISE

212. Passif antérieur ou postérieur. Le passif à prendre en compte en droit des entreprises en difficulté est, en principe, le passif antérieur à l'ouverture de la procédure collective⁴⁹⁵. Mais, compte tenu de la poursuite de l'activité, objectif principal des procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire, le passif postérieur peut être

492 C. com., art. R. 622-4, sur renvoi de l'art. R. 631-18, issu du D. n° 2009-160, 12 févr. 2009.

493 C. com., art. L. 622-11.

494 Cass. com., 19 févr. 2008, JurisData n° 2008-042875 ; Rev. proc. coll. 2008, n° 3, p. 43, note **Ch. LEBEL**; Gaz. Pal. 2008, n° 2, p. 18, note **S. GORRIAS**.

495 **Ph. ROUSSEL GALLE**, « *La théorie du patrimoine et le droit des procédures collectives* », *op. cit.*

également pris en compte à condition de sa régularité⁴⁹⁶. À défaut, il reste inopposable à la procédure collective⁴⁹⁷.

En principe, la régularité du passif postérieur signifie que les créances en question sont nées régulièrement et conformément aux dispositions relatives aux répartitions des pouvoirs entre les organes de la procédure⁴⁹⁸. Mais, il convient de souligner, au sein de ces créances régulières, les créances postérieures privilégiées qui doivent être payées à l'échéance ou à défaut par préférence. Les autres créances sont assimilées aux créances antérieures et soumises, à ce titre, à l'obligation de déclaration des créances⁴⁹⁹.

213. Par ailleurs, qu'il soit antérieur ou postérieur à l'ouverture de la procédure collective, le passif de l'entreprise en difficulté n'est déterminable que grâce à la coopération du débiteur et des organes de la procédure collective. Nous essayerons de démontrer cette coopération dans l'identification des créanciers (A) et la fixation de leurs droits (B).

A) L'IDENTIFICATION DES CRÉANCIERS

Les créanciers de l'entreprise sont identifiés grâce à la liste des créanciers qui doit être établie par le débiteur (1) et l'avertissement des créanciers connus qui doit être effectué par le mandataire judiciaire (2).

496 **G. JAZOTTES**, « *Les créanciers de l'article 40* », LPA 06 septembre 2000 n° 178, p. 36.

497 **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, « *À propos de l'« inopposabilité » des créances non déclarées* », Bull. Joly Entreprises en Difficulté, 01 juillet 2011 n° 3, p. 186.

498 **Ch. LÉGUEVAQUES**, « *Le sort des créanciers après la loi de sauvegarde des entreprises : entre renforcement des droits et allègements des devoirs ?* », LPA 17 février 2006 n° 35, p. 63.

499 Il convient de rappeler qu'avant la loi de sauvegarde, il suffisait que la créance postérieure ait une origine régulière pour bénéficier de traitement préférentiel. Mais depuis la loi de sauvegarde, ce régime de faveur est devenu réservé aux créances postérieures nées régulièrement 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. Ce régime est régi par les articles L. 622-17-I, L. 631-14-I, et l'article L. 641-13-I du Code de commerce. Le critère n'est plus seulement chronologique, mais un autre critère téléologique est retenu par le législateur.

1) LA LISTE DES CRÉANCIERS ET DES CONTRATS EN COURS

214. Les créanciers connus. En application de l'article L. 622-6 du Code de commerce, le débiteur doit remettre à l'administrateur et au mandataire judiciaire la liste de ses créanciers, du montant de ses dettes et des principaux contrats en cours. La liste des créanciers doit mentionner les noms, la dénomination, le siège ou le domicile de chaque créancier, les sommes dues à la date du jugement d'ouverture, les sommes à échoir et leur date d'échéance, la nature de la créance ainsi que les sûretés et les privilèges dont elle est éventuellement assortie⁵⁰⁰.

215. Les contrats en cours. Soucieux de la fiabilité de l'information des organes de la procédure collective sur la consistance du patrimoine de l'entreprise, la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 a étendu le champ d'application de l'article L. 622-6 sur les contrats et les actions en cours. Désormais, les contrats et les actions en cours doivent être portés à la connaissance de l'administrateur et du mandataire judiciaire. Mais, que faut-il entendre par "*contrat en cours*"?

La loi ne donne aucune définition pour cette notion⁵⁰¹. Mais, la jurisprudence⁵⁰² et la doctrine⁵⁰³ contemporaines y trouvent une notion plus large que celle qui se limitait au contrat à exécution successive. En effet, au sens du droit des entreprises en difficulté, le contrat en cours pourrait être défini comme tout contrat conclu avant l'ouverture de la procédure collective mais qui n'est pas encore totalement exécuté ou dont les effets juridiques essentiels ne sont pas encore produits à ce moment⁵⁰⁴. Il désigne « *non*

500 C. com., art. R. 622-5.

501 **A. BAC**, « *De la notion de contrat en cours dans le cadre des procédures collectives et de ses grandes conséquences, notamment pour les cautions* », JCP E n° 1, 6 Janvier 2000, p. 22 et s.

502 Cass. com., 9 avr. 1991, JCP E 1991, I, 102, 12, obs. **M. CABRILLAC** et Ph. PTEL; Cass. com., 2 mars 1993, n° 90-21.353, D. 1993, p. 572, note Ph. DEVESA ; Rev. proc. coll. 1993, p.2 89, obs. **J. MESTRE** et A. LAUDE.

503 **Y. GUYON**, Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives, *op. cit.*; **F. DERIDA**, « *La notion de contrat en cours à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire* », RJDA, 6/1993 p. 339; **Th. MONTERAN**, « *L'influence des procédures collectives sur la poursuite et la fin des contrats* », G.P. 2003 doct. p. 2.

504 Cf. **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, Droit des entreprises en difficulté, *op. cit.* 8^{ème} éd. p. 365 et s.; **A. BAC**, *op. cit.*

seulement les contrats à exécution successive, qui sont le domaine d'élection naturel de la notion, mais encore les contrats à exécution instantanée s'ils n'ont pas encore produit leur effet principal »⁵⁰⁵. Cet effet principal est analysé comme la prestation caractéristique du contrat qui reste à fournir⁵⁰⁶.

216. Les actions en cours. Outre la liste des créanciers et des principaux contrats en cours, le débiteur doit également mentionner à cette liste toutes les instances en cours auxquelles il fait partie. À la différence des contrats en cours dont seuls les plus importants sont portés à la liste, toutes les instances en cours doivent être mentionnées⁵⁰⁷.

217. L'importance de la coopération du débiteur. L'intérêt de ces différentes informations est de permettre aux organes de la procédure d'avoir une connaissance fiable sur le périmètre du patrimoine de l'entreprise en difficulté. On mesure par-là l'importance de la coopération du débiteur dans la détermination de son passif. En effet, dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire, l'objectif principal est de permettre à l'entreprise en difficulté de poursuivre son activité, de maintenir son emploi et d'apurer son passif. Ainsi, les dirigeants ne risquent pas, *a priori*, de limitations sensibles de leurs pouvoirs d'administration et de gestion notamment dans la procédure de sauvegarde.

218. En effet, le débiteur personne physique et les représentants de la personne morale doivent coopérer avec les organes de la procédure et faire la lumière sur le passif de l'entreprise en difficulté. À défaut, des sanctions sévères peuvent être prononcées à leur

505 A. BAC, *op. cit.*

506 La doctrine parle du contrat en cours d'existence et en cours d'exécution à l'ouverture de la procédure collective (F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 343 et s.). D'une part, pour que le contrat soit en cours d'existence il doit avoir été conclu et ne pas avoir disparu avant l'ouverture de la procédure. D'autre part, pour qu'il soit en cours d'exécution il ne doit pas avoir produit son effet principal. À titre d'exemple, le contrat de vente est un contrat en cours lorsque à la date d'ouverture le transfert de propriété n'a pas eu lieu et lorsque le prix demeure impayé (Cass. com., avr. 1991, B.-127). C'est ainsi le cas pour le contrat de prêt lorsque tous les fonds n'ont pas été débloqués avant l'ouverture de la procédure (Cass. Com 16 juin 2004, n-01-17030).

507 F.-X. LUCAS et H. LÉCUYER, *op. cit.*

égard⁵⁰⁸. D'une part, en application de l'article L. 653-8 du Code de commerce, le tribunal peut prononcer l'interdiction de gérer à l'encontre du débiteur qui, de mauvaise foi, n'aura pas procédé à la communication de la liste de ses créanciers. D'autre part, la nouvelle rédaction de l'article R. 624-2 dispose que « *les créanciers dont la créance n'a pas été portée définitivement sur la liste des créances, dans le délai prévu par l'article L. 624-1, peuvent demander à être relevés de la forclusion prévue par le troisième alinéa de l'article L. 622-24 selon les modalités prévues par l'article L. 622-26* ». La dissimulation constitue, en effet, un argument raisonnable pour obtenir un relevé de forclusion⁵⁰⁹. Mais, cela pose une difficulté sérieuse relative à la démonstration de la mauvaise foi ou, au moins, de l'omission volontaire du débiteur. Comme disait un auteur éminent, « *la recherche de la volonté d'une partie est toujours divinatoire* »⁵¹⁰.

219. Le comportement anormal du débiteur. Néanmoins, la question est plutôt une question de fait et relève de l'appréciation souveraine des juges du fond⁵¹¹. Ceux-ci peuvent qualifier d'omission frauduleuse tout comportement anormal du débiteur et toute omission « *dont il n'est pas concevable qu'elle ait pu exister si le débiteur avait établi la liste de ses créanciers avec le minimum de sérieux que l'on est en droit d'exiger de lui* »⁵¹². Ainsi, l'omission du fournisseur principal, du banquier unique et du bailleur peut justifier une présomption de la mauvaise foi⁵¹³.

220. La qualité du débiteur. La qualité du débiteur peut également être prise en compte pour démontrer sa mauvaise foi. En effet, dans un arrêt du principe, la Cour

508 L'omission du créancier peut être constitutive d'une fraude en cas de liquidation judiciaire, voire dans ce sens (Cass. com., 16 nov. 1993 n° 91-18.576, D. 1994, p. 157, note **A. AMALVY** et **F. DERRIDA**).

509 Cass. com., 12 janv. 2010, n° 09-12133 ; Cass. com., 16 mars 2010, n° 09-13511, Gaz. Pal. 3 juill. 2010, n° 184, p. 34, I2248, note **LE CORRE-BROLY** E ; **D. GIBIRILA**, « *Le relevé de forclusion du créancier en cas d'omission volontaire du débiteur* », Defrénois, 15 juillet 201 n° 13, p. 1480 ; **E. LE CORRE-BROLY** et al., Entreprises en difficulté, Gaz. Pal. 08-octobre-2011 n° 281, P.-20.

510 **P.-M. LE CORRE**, « *Les nouvelles règles de fixation du passif du débiteur* », *op. cit.* n° 10.

511 Cass. com., 16 mars 2010, n° 09-13511, Gaz. Pal. 3 juill. 2010, n° 184, p. 34, I2248, note **E. LE CORRE-BROLY**.

512 **E. LE CORRE-BROLY** et al., *op. cit.*

513 *Ibid.*

d'appel de Paris a précisé que les connaissances juridiques d'un avocat doivent lui empêcher d'ignorer son obligation de transmettre dans les huit jours du jugement d'ouverture de la procédure collective la liste des créanciers à l'administrateur et au mandataire judiciaire⁵¹⁴.

En l'espèce, une avocate mise en liquidation judiciaire avait omis d'établir la liste de ses créanciers dont la Caisse nationale des barreaux français. Pour déclarer sa créance hors délai légal, la Caisse nationale des barreaux français avait saisi la Cour d'appel de Paris qui lui a accordé un relevé de forclusion au motif d'une omission volontaire de la part de la débitrice. Celle-ci a déposé, ensuite, son pourvoi en cassation en prétendant que son omission ne pourrait justifier le relevé de forclusion du créancier que si le défaut de déclaration, dans le délai légal, était directement imputable à cette omission. Elle reproche à l'arrêt de la Cour d'appel d'avoir été fondé sur des conclusions abandonnées. Elle considère en effet que les moyens des conclusions du 31 mars 2008, dans lesquelles elle admettait son omission volontaire n'ont pas été repris dans ses dernières conclusions datées du 30 juin 2008. Selon elle, ils sont réputés avoir été abandonnés.

Ce pourvoi a été rejeté par la Cour de cassation⁵¹⁵. Pour la Haute juridiction, la preuve de l'omission volontaire est déduite, en l'espèce, de l'aveu judiciaire des conclusions initiales de la débitrice qui ne peut pas être rétracté du seul et simple fait qu'il n'a pas été repris dans les dernières conclusions⁵¹⁶.

221. La connaissance de la défaillance du débiteur par le créancier. La Cour de cassation est allée encore plus loin dans son analyse de l'omission volontaire des créanciers⁵¹⁷. Elle considère que le fait pour le créancier d'être doté d'un service contentieux lui permettant d'avoir tous les renseignements nécessaires sur la défaillance de son débiteur ne lui prive pas de bénéficier d'un relevé de forclusion en raison d'une

514 Cour d'appel de Paris 23 septembre 2008, cit au BICC, 1er février 2010, p. 69.

515 Cass. com., 12 janv. 2010, n° 09-12133.

516 Cf. **D. GIBIRILA**, « *Le relevé de forclusion du créancier en cas d'omission volontaire du débiteur* », *op. cit.*

517 **E. LE CORRE-BROLY** et al., *op. cit.*

omission volontaire⁵¹⁸. Dans un autre arrêt plus récent, la Haute juridiction avait considéré que l'omission volontaire du créancier « *dispense ce dernier d'avoir à établir que sa défaillance n'est pas due à son fait* »⁵¹⁹. Elle casse en l'occurrence un arrêt de la Cour d'appel qui avait refusé d'accorder au créancier le relevé de forclusion au motif qu'il était au courant de la défaillance de son débiteur⁵²⁰. Pour la Haute juridiction, le fait que le créancier « *avait eu connaissance de la procédure de sauvegarde alors qu'il était dans les délais pour produire sa déclaration de créance* » ne le prive pas de bénéficier d'un relevé de forclusion en raison d'une omission volontaire du débiteur⁵²¹.

Notons cependant que le créancier averti par le mandataire judiciaire dans les conditions des articles L. 622-24 et R. 622-21 ne peut plus prétendre à une omission volontaire pour demander le relevé de forclusion. On mesure par-là l'importance de l'avertissement personnel des créanciers⁵²².

2) L'AVERTISSEMENT DES CRÉANCIERS

222. Les destinataires de l'avertissement personnel. L'identification des créanciers est également assurée par l'obligation d'avertissement personnel mise à la charge du mandataire judiciaire. À l'origine, cette obligation ne bénéficiait qu'aux créanciers titulaires d'une sûreté ayant fait l'objet d'une publication ou d'un contrat de crédit-bail⁵²³. Mais, la nouvelle rédaction de l'article L. 622-24 issue de la loi de sauvegarde dispose que tous les créanciers titulaires d'une sûreté publiée ou liés au débiteur par un contrat publié sont avertis personnellement ou, s'il y a lieu, à domicile élu. L'article R. 622-21 du Code

518 Cass. com., 16 mars 2010, n° 09-13511, Gaz. Pal. 3 juill. 2010, n° 184, p. 34, I2248, note **E. LE CORRE-BROLY**.

519 Cass.-dom, 12 juill. 2011, n° 10-20402.

520 Cour d'appel de Poitiers 20 avril 2010.

521 Cass.-dom, 12 juill. 2011, n° 10-20402, L'ESSENTIEL Droit des entreprises en difficulté, 10 octobre 2011 n° 9, p. 3, note **P. RUBELLIN** ; voir également **F. PÉROCHON**, « *Et pourtant, le créancier n'est pas l'ennemi* », Bull. Joly Entreprises en Difficulté, 01/09/2011 n° 4, p. 233.

522 V. **D. GIBIRILA**, *op. cit.*

523 L'ancienne rédaction de l'article L. 621-43 du Code de commerce.

de commerce étend, en outre, le champ d'application de l'avertissement personnel à tous les créanciers connus de l'administrateur judiciaire.

223. Les créanciers titulaires d'une garantie ou d'un contrat soumis à publication.

Compte tenu des dispositions de l'article L. 622-24 du Code de commerce, « *les créanciers titulaires d'une sûreté publiée ou liés au débiteur par un contrat publié sont avertis personnellement ou, s'il y a lieu, à domicile élu* ». Il s'agit en effet d'une mesure protectrice des créanciers titulaires des garanties ou des contrats publiés. Mais, la question qui se pose est alors de savoir si la formalité de cette publicité doit être régulièrement effectuée avant l'ouverture de la procédure collective ou s'il suffit simplement que le créancier soit soumis à une obligation de publication ?

224. L'analyse des règles générales du droit des entreprises en difficulté impose que les sûretés ou les contrats soient effectivement publiés avant le jugement d'ouverture de la procédure collective. En effet, en vertu de l'article L. 622-24 du Code de commerce, les bénéficiaires de l'avertissement personnel sont « *les créanciers titulaires d'une sûreté publiée ou liés au débiteur par un contrat publié* ». Il s'agit, à notre sens, des sûretés et des contrats qui ont été publiés et non pas ceux qui sont soumis à une formalité de publication.

Ce constat pourrait être renforcé par la règle de l'arrêt des inscriptions à partir de la date du jugement d'ouverture de la procédure collective⁵²⁴. En effet, à part l'exception faite expressément par l'article L. 622-30 du Code de commerce au profit du vendeur du fonds de commerce⁵²⁵, l'inscription postérieure au jugement d'ouverture est inopposable à la procédure collective⁵²⁶. Dans un arrêt de la chambre commerciale, la Cour de cassation a jugé que l'inscription « *du privilège du prêteur de deniers ayant servi à l'acquisition d'un immeuble, prise postérieurement à l'ouverture de la liquidation judiciaire, est inopposable à la procédure collective, peu important le fait que ladite inscription ait été faite dans le*

524 C. com., art. L. 622-30.

525 Cf. **C. SAINT-ALARY-HOUIN** et **F. MACORIG-VENIER**, Redressement et liquidation judiciaires . – Situation des créanciers . – Interdiction des inscriptions, Fasc. 2365, J.-Cl. Procédures collectives.

526 Cass. com., 7 nov. 2006, n° 05-11.551, Lexbase n° 241, 20 décembre 2006, n° N 4237A95, note **P.-M. LE CORRE**.

délai de deux mois à compter de l'acte de vente »⁵²⁷. Mais, qu'en est-il lorsque la question est plutôt relative à la régularité de la formalité de publicité effectuée avant l'ouverture de la procédure collective ?

225. Le fait que la formalité de publicité des sûretés ou des contrats soit effectivement respectée ou non ne doit pas avoir une incidence sur l'exigence de l'avertissement personnel du créancier. Celui-ci doit être averti personnellement par le mandataire judiciaire. La régularité de la publicité peut ensuite être contestée par celui-ci devant le juge-commissaire lors de la vérification de la créance déclarée⁵²⁸.

226. L'exigence de l'information effective du créancier. Il en résulte que l'information du créancier de l'ouverture de la procédure collective doit être effective. Pour garantir la fiabilité de cette information, l'article R. 622-21 du Code de commerce exige l'avertissement personnel du créancier ou, s'il y a lieu, à domicile élu par lettre recommandée avec accusé de réception. À défaut d'un avertissement dans les formes requises, le créancier titulaire d'une garantie ou d'un contrat publié serait toujours en droit de déclarer sa créance. Le délai de deux mois fixé par l'article R. 622-24 du Code de commerce ne commence à courir, à son égard, qu'à partir de la date de la notification de l'avertissement personnel⁵²⁹.

227. Par ailleurs, il arrive parfois que la date de la notification de l'avertissement personnel soit antérieure à la date de la publication du jugement au BODACC réservée aux créanciers ordinaires. Peut-on considérer dans ce cas de figure que le créancier a le droit de déclarer sa créance dans le délai de deux mois à compter de la publication du jugement ? Un créancier averti avant la publication du jugement d'ouverture de la procédure collective

527 Cass. com., 24 mars 2009, n° 08-11.055, Rev. proc. coll. n° 5, Septembre 2009, comm. 114, note F. MACORIG-VENIEZ ; Gazette du Palais, 28 juillet 2009 n° 209, p. 29, **Ph. ROUSSEL GALLE**.

528 **Ph. ROUSSEL GALLE**, « La déclaration de créances et les sûretés réelles », LPA 11 février 2011 n° 30, p. 37.

529 **P.-M. LE CORRE**, « Principaux délais intéressant les créanciers », Fasc. 2190, J.-Cl., Commercial.

au BODACC, aurait-il un délai pour déclarer sa créance plus long que le délai accordé à tous les créanciers antérieurs à la procédure collective ?

Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation a répondu positivement à cette question⁵³⁰. Il considère que la forclusion ne peut pas être opposable au créancier titulaire d'une garantie ou d'un contrat publié qui a déclaré sa créance dans le délai deux mois de la publication du jugement au BODACC, même s'il a été averti avant la date de cette publication. Du point de vue de certains auteurs, ce décalage pourrait être justifié par la variation des délais aléatoires de publication au BODACC et la diligence des mandataires judiciaires à exécuter leur obligation légale d'avertir les créanciers privilégiés le plus tôt possible⁵³¹.

Mais qu'en est-il lorsque, au contraire, le créancier a pris l'initiative de déclarer sa créance dans le délai légal sans avoir été averti par le mandataire judiciaire ? Peut-il ensuite invoquer l'absence d'avertissement personnel pour rectifier sa déclaration ?

Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, ce créancier ne peut plus compléter ou rectifier sa déclaration hors le délai légal de deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture⁵³². Pour une partie de la doctrine, cette solution est un peu extrême. Elle « *pourrait conduire à déclarer forclos le créancier ayant déclaré spontanément sa créance avant avertissement mais au-delà du délai légal* »⁵³³. En effet, les créanciers titulaires d'une garantie ou d'un contrat soumis à publication doivent être prudents. Ils ne doivent pas déclarer leurs créances tant qu'ils n'ont pas été avertis personnellement par le mandataire judiciaire.

530 Cass. com., 30 oct. 2012, n° 11-22.836; Bull. Joly Entreprises en Difficulté, n° 1, 2013, p. 22, note **F. MACORIG-VENIER** ; Rev. proc. coll. n° 3, Mai 2013, comm. 70, **F. LEGRAND** et **M.-N. LEGRAND**.

531 **A. LIENHARD**, Déclaration des créances : avertissement personnel avant publication au BODACC, D. 2012, p. 2593, 15 nov. 2012.

532 Cass. com., 13 mai 2003, n° 00.12354, Bull. 73 ; D. 2003, p. 1563 obs. **A. LIENHARD** ; RTD com, 2003, p. 818, obs. **A. MARTIN-SERF** ; Cass. com., 25 février 2004, n° 02.14615.

533 **F. PÉROCHON**, Entreprises en difficulté, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 737.

228. Le créancier mis sous tutelle. Par ailleurs, lorsque le créancier est soumis à une mesure de représentation, l'avertissement doit être destiné au représentant. Mais la question qui se pose est celle de savoir si l'avertissement adressé dans le délai légal au domicile élu du créancier mis sous tutelle pourrait justifier la forclusion à l'encontre de son représentant légal ?

La réponse à cette question est incertaine dans la mesure où « *l'élection de domicile prévue dans le contrat emporte pouvoir de recevoir toute notification* »⁵³⁴. Conformément à cette analyse, la forclusion devrait être opposable au représentant du créancier dès lors que l'avertissement est adressé au domicile élu par le créancier avant qu'il soit soumis à une mesure de représentation. Mais, la Cour de cassation a retenu une exception à cette règle générale. Elle considère que lorsque le créancier est mis sous tutelle, l'avertissement doit être adressé à son tuteur⁵³⁵.

En l'espèce, une venderesse d'un immeuble avait été soumise sous tutelle après la conclusion du contrat de vente et avant l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de l'acquéreur de l'immeuble. En raison d'une clause d'élection de domicile, le liquidateur de l'acquéreur de l'immeuble avait adressé l'avertissement au domicile élu par la venderesse dans l'acte de vente. Mais, le tuteur de celle-ci avait procédé à la déclaration de créance à titre privilégié cinq mois après la date d'envoi de l'avertissement par le liquidateur au domicile élu. En effet, « *débouté devant les juges du fond, le liquidateur reprochait à l'arrêt de la cour d'appel de ne pas avoir pris en compte la clause d'élection de domicile chez le notaire et d'avoir déclaré l'avertissement irrégulier au motif qu'il n'avait pas été adressé directement au tuteur de la créancière* »⁵³⁶.

La Haute juridiction a validé l'analyse des juges du fond. Elle considère que l'avertissement notifié par le liquidateur exclusivement au domicile élu par le créancier ne

534 Cass com, 5 mars 2002, n°98-17491, Bull. n° 46 ; JCP E 26/09/2002, n° 39, p. 1523, note **Ph. PÉTEL** et **M. CABRILLAC**.

535 Cass. com., 6 décembre 2011, n° 10-19959, Bull. Joly Entreprises en Difficulté, 01 mai 2012 n° 3, p. 162, note **C. HOUIN-BRESSAND**.

536 **C. HOUIN-BRESSAND**, Avertissement d'avoir à déclarer : privilégier le destinataire sur la destination, Bull. Joly Entreprises en Difficulté, 01 mai 2012 n° 3, p. 162.

fait pas courir le délai de déclaration de la créance. Car, lorsque le créancier est mis sous tutelle, l'avertissement doit être adressé à son tuteur.

229. Les créanciers connus de l'administrateur judiciaire. La seconde catégorie des destinataires de l'avertissement des créanciers est énoncée par l'article R. 622-21 du Code de commerce. Compte tenu de ce texte, « *le mandataire judiciaire, dans le délai de quinze jours à compter du jugement d'ouverture, avertit les créanciers connus d'avoir à lui déclarer leurs créances dans le délai mentionné à l'article R. 622-24* ». Il s'agit en effet de tout créancier dont le mandataire judiciaire a pu avoir connaissance à travers des documents comptables, de la liste des créanciers établie par le débiteur ou de toute autre source d'information⁵³⁷.

230. La formalité de l'avertissement. À la différence de l'avertissement des créanciers titulaires des garanties ou des contrats publiés, l'avertissement des créanciers connus pourrait être envoyé par une lettre simple, sans aucune formalité particulière⁵³⁸. Cette différenciation est justifiée par l'importance de la publication des garanties ou du contrat qui met le créancier titulaire dans une position favorable par rapport au créancier ordinaire. La formalité de la lettre recommandée avec accusé de réception est ainsi la conséquence directe de l'exigence de l'information effective du créancier titulaire des garanties ou des contrats publiés.

231. Enfin, qu'il soit destiné aux créanciers titulaires d'une sûreté ou d'un contrat publié ou aux simples créanciers connus, l'avertissement doit reproduire quelques mentions obligatoires⁵³⁹. Il s'agit notamment des dispositions légales et réglementaires relatives aux délais et formalités à observer pour la déclaration des créances⁵⁴⁰, pour la

537F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit. 9^{ème} éd. p. 736.

538 *Ibid.*

539 C. com., art. R. 622-21.

540 C. com., art. L. 622-24, L. 622-25 et R. 622-21 et s.

demande en relevé de forclusion⁵⁴¹, pour les actions en revendication et en restitution⁵⁴² et celles relatives à la désignation des contrôleurs et aux obligations d'information et de consultation des créanciers⁵⁴³.

On mesure par-là la nécessité de l'information des créanciers sur les démarches à suivre dans l'objectif de la reconnaissance de leurs créances dans la procédure collective.

B) LA FIXATION DES CRÉANCES

Compte tenu des dispositions des articles L. 624-1 à L. 624-3-1 et R. 624-8 à R. 624-11 du Code de commerce, le passif de l'entreprise est fixé par l'ensemble des décisions d'admission ou de rejet prononcées par le juge-commissaire. Les créances sont ensuite portées sur l'état des créances (1) qui synthétise, avec les relevés des créances salariales (2), le passif de l'entreprise.

1) L'ÉTAT DES CRÉANCES

232. La nature juridique de l'état des créances. En application de l'article L. 624-1 du Code de commerce, le mandataire judiciaire, en collaboration avec le débiteur, doit établir la liste des créances déclarées avec ses propositions d'admission, de rejet ou de renvoi devant la juridiction compétente. Les décisions définitives d'admission ou de rejet des créances ou d'incompétences prononcées par le juge-commissaire sont portées par le greffier sur l'état des créances⁵⁴⁴.

L'état des créances peut ainsi être défini comme « *un document composé d'un ensemble de lignes et de colonnes, faisant apparaître les décisions du juge-commissaire* »

541 C. com., art. L. 622-26 et R. 624-2.

542 C. com., art. L. 624-9 et s.

543 C. com., art. L. 621-10, R. 621-19 et R. 621-24.

544 C. com., art. R. 624-8.

pour chacune des créances déclarées »⁵⁴⁵. Il ne constitue pas en lui-même une décision de justice ni un acte exécutoire. Il s'agit, tout simplement, d'un document regroupant l'ensemble des décisions relatives à la fixation du passif de l'entreprise. Il ne permet pas, à titre d'exemple, d'obtenir la saisie des rémunérations du dirigeant salarié de la société débitrice et ne peut pas être le fondement du droit de poursuite du commissaire à l'exécution du plan pour recouvrer les dividendes du plan⁵⁴⁶. Toutefois, le fait pour un créancier admis d'être sur l'état de créances lui permet d'être autorisé à reprendre ses poursuites contre le débiteur après la clôture de la procédure pour insuffisance d'actif⁵⁴⁷.

233. Par ailleurs, l'état des créances n'est pas revêtu de l'autorité de la chose jugée⁵⁴⁸. Cette qualité qui « *atteint le droit d'action auprès des premiers juges* » bénéficie aux décisions du juge-commissaire et non pas à l'état des créances⁵⁴⁹. Il en résulte que les recours éventuels des créanciers doivent être dirigés contre les ordonnances qui composent l'état des créances et non pas contre cet état lui-même⁵⁵⁰. Cependant, une réserve est faite lorsque la signature du juge-commissaire figure au pied de l'état des créances. La chambre civile de la Cour de cassation a conféré à cet acte le caractère d'une décision de justice dans ce cas de figure⁵⁵¹.

234. La publicité de l'état des créances. Pour assurer l'information des créanciers, l'état des créances doit être déposé au greffe du tribunal où toute personne peut en prendre connaissance. Le greffier doit en outre mentionner ce dépôt au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales. C'est ainsi que toute personne intéressée peut présenter

545 **P.-M. LE CORRE**, Droit et pratique des procédures collectives, *op. cit.* 7^{ème} éd. n° 681.12.

546 Cass. com., 2 mai 2001, n° 97-19.536, Bull. civ. 2001, IV, n° 82; Act. proc. coll. 2001/11, n° 143, obs. **O. SALVA**; RTD com. 2001, p. 773, obs. **J.-L. VALLENS**.

547 Cass. com., 10 mars 2005, n° 04-11.582.

548 **P.-M. LE CORRE**, Droit et pratique des procédures collectives, *op. cit.* 7^{ème} éd. n° 681.12.

549 **M.-A. FRISON-ROCHE**, « *Autorité de chose jugée et voies de recours dans les procédures collectives* », LPA 28 octobre 1998 n° 129, p. 16.

550 CA Paris, 3^{ème} ch. B, 28 janvier 2005, RG n° 2003/22397.

551 Cass. com., 15 mars 2005, n° 03-19.786 cité par **P.-M. LE CORRE**, *op. cit.*

sa réclamation devant le juge-commissaire dans le délai d'un mois à compter de la publication de l'état des créances⁵⁵².

Il convient cependant de souligner la particularité de l'état des créances des professionnels libéraux dont la publicité mettrait en avant leur secret professionnel. En effet, les noms de leurs clients qui seraient créanciers sont ainsi dévoilés⁵⁵³. Mais la portée de cette question a été minimisée par certains auteurs en soulignant notamment que « *le professionnel libéral, à l'égard de ses clients, est davantage créancier que débiteur* »⁵⁵⁴.

235. La mise à jour de l'état des créances. Pour assurer la qualité de l'information des partenaires de l'entreprise en difficulté, la publication de l'état des créances doit également être mise à jour après chaque modification. C'est ainsi le cas à l'occasion de l'ajout des décisions rendues en matière de compétences des autres juridictions, des décisions d'une autre juridiction passées en force de chose jugée et des décisions rendues par la Cour d'appel statuant sur les recours formés contre les décisions du juge-commissaire⁵⁵⁵. Il en est de même quant aux ordonnances du juge-commissaire relatives au relevé de forclusion et à l'inopposabilité de forclusion⁵⁵⁶.

236. Précisons enfin que les organes de la procédure doivent également être informés de la modification de l'état des créances. En effet, l'article R. 624-11 du Code de commerce dispose que le greffier doit aviser « *le mandataire judiciaire ainsi que l'administrateur et le commissaire à l'exécution du plan, s'il y a lieu, de toute modification ainsi apportée à l'état des créances* ».

2) LES RELEVÉS DES CRÉANCES SALARIALES

552 C. com., art. L. 624-3-1 et R. 624-8.

553 S. RETIF, « *L'extension des procédures collectives aux professions libérales* », Rev. proc. coll. 2006/2, p. 152 et s.

554 P.-M. LE CORRE, *op. cit.* n° 681.12.

555 C. com., art. R. 624-9.

556 Il convient de préciser à ce propos qu'un nouveau délai de recours commence ainsi à courir pour la décision en question.

237. L'obligation d'établissement des relevés des créances salariales. Le mandataire judiciaire doit établir les relevés des créances salariales à partir des informations fournies par les salariés, par le débiteur, par l'administrateur ainsi que par le représentant des salariés⁵⁵⁷. Il s'agit de l'état des créances résultant du contrat de travail. Ces relevés doivent mentionner « *l'identité de chaque salarié, la nature de son contrat de travail, la date de son entrée dans l'entreprise, l'emploi occupé et sa qualification, l'exercice ou non d'un mandat social, la date de rupture du contrat de travail, les sommes déjà versées et celles qui restent à payer. Le montant de ces sommes est calculé déduction faite des prélèvements légaux et conventionnels, y compris lorsque ces sommes correspondent à des créances définitivement établies par décision de justice* »⁵⁵⁸.

238. Les délais d'établissement des relevés des créances salariales. L'établissement des relevés des créances salariales dépend de la nature et de la date d'exigibilité de la créance salariale en question⁵⁵⁹. En effet, dans les créances exigibles à la date du jugement d'ouverture de la procédure, on distingue entre les créances super-privilégiées et les autres créances. Les relevés des créances super-privilégiées doivent être établis dans les dix jours qui suivent le prononcé du jugement d'ouverture de la procédure, alors que les relevés des autres créances sont établis dans les trois mois qui suivent la même date.

Par ailleurs, en ce qui concerne les créances nées après le jugement d'ouverture, le législateur a également prévu deux délais différents pour l'établissement des relevés des créances. Ainsi, les relevés sont établis dans les dix jours qui suivent l'expiration des périodes de garantie de l'AGS lorsqu'il s'agit des salaires et des indemnités de congés payés couverts en application du 5° de l'article L. 3253-8 du Code du travail et des salaires couverts en application du dernier alinéa de ce même article. Il s'agit des créances de salaires et du congé payé résultant de la période d'observation, du mois qui suit le jugement arrêtant le plan, des quinze jours suivant la liquidation judiciaire ainsi que des

557 C. com., art. L. 625-1 et R. 625-1.

558 C. com., art. R. 625-2.

559 C. com., art. L. 625-1 et C. trav. art. L. 143-11-7.

créances de salaires et du congé payé résultant de la période de poursuite provisoire de l'activité autorisée en liquidation judiciaire. En revanche, pour les autres créances salariales nées après le jugement d'ouverture, les relevés sont établis dans les trois mois qui suivent l'expiration de la garantie due par l'AGS⁵⁶⁰.

239. La publicité des relevés des créances salariales. Une fois établis, les relevés des créances salariales doivent être communiqués par le mandataire judiciaire au représentant des salariés avec tout document et information utiles⁵⁶¹. Ils doivent également être visés par le juge-commissaire, déposés au greffe du tribunal et faire l'objet d'une insertion dans un journal d'annonces légales du département dans le ressort duquel l'entreprise a son siège ou son adresse et, le cas échéant, dans le département de chacun de ses établissements secondaires⁵⁶². L'article R. 625-3 dispose que cette publicité doit être effectuée « *au plus tard trois mois après l'expiration de la dernière période de garantie prévue par l'article L. 143-11-1 du code du travail* »⁵⁶³.

Dans le délai de deux mois à partir de cette publication, le salarié « *dont la créance ne figure pas en tout ou en partie sur un relevé peut saisir à peine de forclusion le conseil de prud'hommes* »⁵⁶⁴.

240. Notons enfin que les relevés des créances salariales sont établis à partir des informations fournies par les salariés, mais aussi par le débiteur, l'administrateur judiciaire et le représentant des salariés. On mesure par-là l'importance de la coopération de toutes les parties, notamment des partenaires de l'entreprise en difficulté.

560 Cf. **P.-M. LE CORRE**, Droit et pratique des procédures collectives, *op. cit.* 7^{ème} éd. n° 696.12.

561 Les ressources d'information du mandataire judiciaire, notamment les éléments à partir desquels il a établi les relevés des créances doivent être tenues à la disposition du représentant des salariés pour qu'il puisse apposer sa signature et formuler en cas de besoin ses réserves et ses observations (L'article R. 625-1 du Code de commerce).

562 Cf. **H. CROZE**, « *Créances résultant du contrat de travail* », Fasc. 45, J.-Cl., Procédures Formulaire.

563 Devenu l'article L. 3253-8 après la nouvelle numérotation du Code du travail.

564 C. com., art. L. 625-1.

SECTION 2 : LA COOPÉRATION DES PARTENAIRES DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ

241. Le devoir de coopération, exigé par la théorie générale de loyauté, trouve sa pleine application en droit des procédures collectives notamment dans le processus de la détermination du patrimoine de l'entreprise en difficulté⁵⁶⁵. Dans cette matière, la coopération est justifiée, non seulement par son utilité au débiteur, mais aussi par les exigences de la procédure collective⁵⁶⁶. En effet, dès l'ouverture de la procédure, les intérêts des partenaires de l'entreprise en difficulté deviennent menacés par la discipline collective. En raison de cette menace, ces acteurs doivent être en mesure de faire reconnaître leurs droits et faire entendre leurs voix⁵⁶⁷. Ils doivent établir un nombre important d'information dont l'objectif est d'éclairer les organes de la procédure sur le périmètre du patrimoine de l'entreprise en difficulté. Il s'agit notamment de la déclaration des créances qui doit être faite par les créanciers (Paragraphe 1) et des revendications des biens qui doivent être faites par les propriétaires des biens inclus dans le patrimoine de l'entreprise (Paragraphe 2).

565 C. civ. art. 1134.

566 **P.-M. LE CORRE**, « Principaux délais intéressant les créanciers », *op. cit.*

567 Cf. **N. FRICERO**, « Les procédures collectives à l'épreuve du procès équitable », in *mélange*, éd. Frison-Roche.

§1) L'APPORT INFORMATIF DES CRÉANCIERS

La portée de l'apport informatif des créanciers dépend essentiellement de la nature de la créance elle-même. En effet, les créances antérieures à la procédure collective ainsi que les créances postérieures non privilégiées doivent être déclarées (A), alors que les créances postérieures doivent tout simplement être portées à la connaissance du mandataire judiciaire (B).

A) L'OBLIGATION DES CRÉANCIERS ANTÉRIEURS DE DÉCLARER LEURS CRÉANCES

Pour faire reconnaître leurs droits à la procédure collective, les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture doivent déclarer leurs créances dans le délai de deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture de la procédure collective⁵⁶⁸. La portée de cet acte procédural ne peut pas être réduite à une simple information⁵⁶⁹. Mais, ses éléments informatifs jouent un rôle considérable dans la connaissance du périmètre du passif de l'entreprise en difficulté. Car, du point de vue du débiteur et des organes de la procédure, une nouvelle déclaration est une nouvelle information sur l'existence, la nature et le montant de la créance, objet de la déclaration. Pour appréhender cet aspect informatif de la déclaration des créances, nous verrons successivement sa nature juridique (1) et la qualité de son auteur (2).

1) LA NATURE JURIDIQUE DE LA DÉCLARATION DES CRÉANCES

242. Acte de justice. La déclaration des créances peut être définie comme « *un acte procédural par lequel le créancier antérieur, et depuis la loi de sauvegarde, le créancier postérieur non éligible au traitement préférentiel, manifestent leur intention d'obtenir,*

⁵⁶⁸ C. com., art. L. 622-24 et R. 622-24.

⁵⁶⁹ M. JEANTIN notes sous Cass. com., 14 décembre 1993, Bull. Joly Sociétés 1994, p. 196, § 48.

dans le cadre de la procédure collective, paiement de ce qui leur est dû par le débiteur
»⁵⁷⁰.

243. Cette définition analytique est en partie reprise de la jurisprudence de la Cour de cassation qui qualifiait la déclaration des créances d'acte de justice⁵⁷¹. Le créancier manifeste ainsi sa volonté de soumettre sa créance à la procédure collective. Il s'agit pour lui d'une mise en demeure, d'une demande ou d'un acte de justice qui lui permettra d'être payé selon les dispositions de la procédure.

Cependant, l'assimilation de la déclaration des créances à la demande en justice n'a pas convaincu une partie de la doctrine. Certains auteurs mettent en évidence l'originalité de la déclaration des créances par rapport à l'acte de justice⁵⁷². Ils soulignent notamment le fait que la déclaration des créances éventuelles est obligatoire alors que l'acte de justice nécessite un intérêt né et actuel⁵⁷³. Ils rappellent, également, la jurisprudence de la Cour de cassation pour laquelle, le créancier, à la différence du demandeur en droit commun de procédure civile, peut à tout moment se désister de sa déclaration de créance, même après sa vérification⁵⁷⁴. Enfin cette analyse s'appuie sur la qualité du destinataire de la déclaration des créances pour la différencier de la demande en justice⁵⁷⁵. Celle-ci entraîne la saisine du juge⁵⁷⁶, alors que la déclaration des créances est adressée au mandataire judiciaire qui est investi d'un travail préparatoire, à savoir la vérification des créances⁵⁷⁷.

570 **P.-M. LE CORRE**, « *Déclaration, vérification, admission des créances et procédure civile* », LPA 28 nov. 2008 n° 239, p. 72.

571 Cass. com., 14 décembre 1993, n° 93-12543, Bull. civ. IV, n° 471 ; JCP G 1994. II. 22200, rapp. J-P. REMERY ; JCP E 1994. II. 573, note **M.-J. CAMPANA** et **J.-M. CALENDINI** ; Bull. Joly Sociétés 1994, p. 196, § 48, note **M. JEANTIN** ; Rev. sociétés 1994, p. 100, note **Y. CHARTIER** ; RJDA 1994/1, p. 12, concl. **M.-C. PINIOT** ; Gaz. Pal. 1994. 1, p. 137, note B. VATIER, et 2, p. 645, note **M.-J. COFFY DE BOISDEFFRE** ; RTD com. 1994, p. 364, obs. **A. MARTIN-SERF**.

572 **P.-M. LE CORRE**, *op. cit.*

573 CPC art. 31.

574 Cass. com., 21 janvier 2003, n° 00-11.771, inédit titré, Act. proc. coll. 2003/6, n° 66.

575 **P.-M. LE CORRE**, *op. cit.*

576 *Ibid.*

577 C. com., art. L. 624-1 et s.

D'autres arguments peuvent également être tirés de la jurisprudence de la Cour de cassation qui avait analysé la déclaration des créances comme acte conservatoire⁵⁷⁸. Dans cette analyse, la Haute juridiction reconnaît au syndic de copropriété la qualité pour déclarer la créance du syndicat. Pourtant, celui-ci ne rentre pas dans les exceptions de l'article 55 du décret n° 67-223 du 17 mars 1967 pris pour l'application de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis⁵⁷⁹.

244. Le caractère informatif de la déclaration des créances. À notre sens, la déclaration des créances est un acte de justice, mais aussi un mécanisme d'information indispensable au bon déroulement de la procédure collective. Elle constitue un élément de connaissance fondamental dans l'objectif de la détermination du passif de l'entreprise et une condition nécessaire à la reconnaissance des droits des créanciers dans la procédure collective⁵⁸⁰.

245. Grâce à la déclaration des créances, le débiteur sera informé de l'existence, de la nature et du montant de sa dette. En application de l'article L. 622-25 du Code de commerce, la déclaration doit porter sur « *le montant de la créance due au jour du jugement d'ouverture avec indication des sommes à échoir et de la date de leurs échéances* » et préciser « *la nature du privilège ou de la sûreté dont la créance est éventuellement assortie* ». En outre, l'article R. 622-23 ajoute à ces informations précieuses d'autres indications complémentaires. Il s'agit notamment des éléments de nature à prouver l'existence et le montant de la créance si elle ne résulte pas d'un titre, des modalités de calcul des intérêts dont le cours n'est pas arrêté et de l'indication de la juridiction saisie si la créance fait l'objet d'un litige. Mais, quelle importance peut-on donner à l'information du débiteur de sa dette, alors qu'il est censé savoir ce qu'il doit ?

578 Cass. 3ème chambre civile, 2 janvier 2003, n° 00-21.945, Bull., civ. III n° 21, obs. **J. VALLENSAN**.

579 Cf. **A. DJIGO**, Déclaration de créance par le syndic de copropriété. Évolution ou révolution ?, JCP E n° 27, 3 Juillet 2003, 1030 ; **D. CHRISTOPHE**, « *La déclaration de créance effectuée par le syndic de copropriété, Annales des loyers* », 1/6/2003, 6, p.805.

580 **M. JEANTIN**, « *Nature juridique de la déclaration des créances et conditions dans lesquelles une telle déclaration peut être effectuée par une autre personne que le créancier* », Bull. Joly Sociétés, 01 février 1994, n° 2, p. 196

246. Il convient de souligner que la déclaration des créances est la condition nécessaire de la reconnaissance des droits des créanciers à la procédure collective. Les créances non déclarées sont inopposables à la procédure, c'est-à-dire dépourvus d'effets juridiques à l'égard de la procédure⁵⁸¹. Elles profiteront, par conséquent, à l'entreprise débitrice en diminuant son passif, ce qui est de nature à favoriser son redressement⁵⁸². Sans connaître le montant exact des créances opposables à la procédure collective, le passif de l'entreprise reste imprécis, d'où l'importance de la déclaration, de la vérification et de l'admission des créances par le juge-commissaire⁵⁸³.

En somme, la déclaration des créances est un acte de justice, mais aussi un outil d'information des organes de la procédure sur le passif de l'entreprise. Compte tenu de son importance, la qualité de son auteur doit être vérifiée par le mandataire judiciaire.

2) L'AUTEUR DE LA DÉCLARATION DES CRÉANCES

247. La qualité de l'auteur de la déclaration des créances. En principe, l'auteur de la déclaration des créances est le créancier lui-même⁵⁸⁴. Mais, l'article L. 622-24 du Code de commerce précise que celui-ci peut déléguer son pouvoir à tout préposé ou mandataire de son choix. En effet, le régime spécial du droit des entreprises en difficulté vient confronter les dispositions du droit commun des sociétés relatives à la représentation de la personne morale⁵⁸⁵.

581 **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, « À propos de l' « inopposabilité » des créances non déclarées », *op. cit.*

582 **L.-C. HENRY**, « Les modifications apportées par l'ordonnance du 18 décembre 2008 à la fixation du passif non salarial dans les procédures collectives », *op. cit.*

583 **Ph. ROUSSEL GALLE**, « La déclaration de créances et les sûretés réelles », *op. cit.*

584 Cass. com., 14 févr. 1995, RJDA 1995/6, n° 765 ; **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, À propos de l' « inopposabilité » des créances non déclarées, *op. cit.*

585 **M. JEANTIN**, « Nature juridique de la déclaration des créances et conditions dans lesquelles une telle déclaration peut être effectuée par une autre personne que le créancier », *op. cit.* ; **J.-F. CARRÉ**, « Le pouvoir du conseil d'administration d'engager la société à l'égard des tiers », RJDA 2007/12, p. 1171 ; **J.-F. BARBIÈRI**, « La déclaration de créance déroge à la représentation en justice des personnes morales », LPA 01 août 2008 n° 154, p. 18 ; **B. SAINTOURENS**, *op. cit.*

248. L'exigence de la qualité du représentant légal ou du mandat spécial. Assimilée à une demande en justice, la déclaration des créances doit être faite par le titulaire de la qualité du représentant légal de la personne morale au sens de l'article 31 du nouveau Code de procédure civile⁵⁸⁶. Elle peut également être effectuée par le préposé ou le mandataire du créancier. Mais, quel mandat faut-il pour pouvoir déclarer la créance de la personne morale dans une procédure collective ?

249. En principe, les conditions de désignation des représentants légaux des personnes morales peuvent être édictées par la loi ou par les statuts. Mais, une fois fixées, elles doivent être respectées, de sorte qu'aucune autre modalité de désignation ne serait régulière⁵⁸⁷. La Cour de cassation a eu l'occasion de confirmer cette analyse. Elle a jugé, à titre d'exemple, que le conseil d'administration n'a pas qualité de représenter la société dès lors que le président général est seul investi par la loi ou par les statuts de cette qualité⁵⁸⁸.

250. En droit des entreprises en difficulté, l'article L. 622-24 du Code de commerce énonce que « *la déclaration des créances peut être faite par le créancier ou par tout préposé ou mandataire de son choix* ». En effet, la rigueur du régime du mandat de droit commun n'est pas applicable à la déclaration des créances de la personne morale⁵⁸⁹. Celle-ci pourrait être « *effectuée par tout préposé titulaire d'une délégation de pouvoirs lui permettant d'accomplir un tel acte, sans que ce pouvoir soit soumis aux règles applicables au mandat de représentation en justice dont un tiers peut être investi* »⁵⁹⁰. Dans d'autres arrêts, la Haute juridiction avait approuvé les pouvoirs du conseil d'administration⁵⁹¹ et du

586 En vertu de ce texte, « *l'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé* ».

587 **J.-F. BARBIÈRI**, *op. cit.*

588 Cass. com., 3 octobre 2006, D. 2006, p. 2670, obs. **A. LIENHARD** ; Bull. CNCC, n° 143, 2006, p. 504, note **Ph. MERLE** ; Bull. Joly Sociétés 2007, p. 33, § 2, **J.-F. BARBIÈRI** ; JCP G 2007. I. 107, n° 7, obs. **J.-J. CAUSSAIN** et al.

589 Cass. com., 14 décembre 1993, n° 93-12543, Bull. civ. IV, n° 471 ; JCP E 1994. II. 573, note **M.-J. CAMPANA** et **J.-M. CALENDINI** ; Bull. Joly Sociétés 1994, p. 196, § 48, note **M. JEANTIN**.

590 *Ibid.*

591 Cass. com., 28 sept. 2004, Bull. Joly Sociétés, 2005, p. 37, § 4, note **P. LE CANNU** ; D., 2004, p. 2653, obs. **A. LIENHARD** ; Act., proc., coll., 2004/17, n° 207, obs. **J. VALLANSAN**.

directoire⁵⁹² « de nommer un préposé de la société pour déclarer les créances avec ou sans faculté de délégation »⁵⁹³.

251. Ces solutions sont fondées sur le pouvoir général du conseil d'administration d'engager la société à l'égard des tiers consacré par l'article L. 225-35 du Code de commerce. En vertu de ce texte, « dans les rapports avec les tiers, la société est engagée même par les actes du conseil d'administration qui ne relèvent pas de l'objet social, à moins qu'elle ne prouve que le tiers savait que l'acte dépassait cet objet ou qu'il ne pouvait l'ignorer compte tenu des circonstances, étant exclu que la seule publication des statuts suffise à constituer cette preuve ».

252. Force est de constater cependant que ce texte définit les conditions d'engagement des personnes morales par les actes du conseil d'administration. Mais, il est imprécis en ce qui concerne la représentation légale des personnes morales, réservée en principe au gérant, au directeur général, au président du directoire, ou au président du conseil d'administration, s'il est également directeur général⁵⁹⁴. Ainsi, les solutions retenues par la Cour de cassation ne se conjuguent pas pleinement avec les dispositions du droit des sociétés. Elles peuvent cependant être justifiées par la nécessité d'allègement du formalisme et de préservation des droits des créanciers, personnes morales⁵⁹⁵.

253. Dans une affaire plus récente, la Cour de cassation est allée encore plus loin. Elle juge valable la déclaration de créance effectuée par une personne en vertu d'une sous-délégation qu'elle tenait d'un préposé de la société ayant reçu lui-même une délégation de

592 Cass. com., 22 janv. 2008, 06-20379, Bull. Joly Sociétés, 2008, p. 419, § 90, note **L. NURIT-PONTIER** ; D., 2008, p. 473, obs. **A. LIENHARD** ; RTD Com, 01/01/2009, n° 1, p. 204, note **A. MARTIN-SERF**.

593 B. SAINTOURENS, Déclaration de créance : pouvoirs du conseil d'administration, délégation et subdélégation, Bull. Joly Sociétés, 01 août 2008 n° 8, p. 704.

594 **P. LE CANNU** « Délégations de pouvoir émanant du conseil d'administration », Bull. Joly Sociétés, 01 décembre 2008 n° 12, p. 991 ; **J.-J. DAIGRE**, note sous Cass. com., 14 févr. 1995, n° 359, Bull. Joly Sociétés, 01 mai 1995 n° 5, p. 442 ; **M.-H. MONSÈRIE-BON**, « Représentation sur représentation ne vaut : le tuteur n'est pas le gérant », Bull. Joly Sociétés, 01 nov. 2012 n° 11, p. 770.

595 **J.-F. BARBIÈRI**, *op. cit.* ; **J.-F. CARRÉ**, « Le pouvoir du conseil d'administration d'engager la société à l'égard des tiers », RJDA 2007/12, p. 1171 ; **P. LE CANNU**, *op. cit.*

pouvoir donnée par le conseil d'administration⁵⁹⁶. Dans cet arrêt, la référence n'est plus le pouvoir général du conseil d'administration d'engager la société à l'égard des tiers, mais plutôt une clause stipulée dans le statut d'une Caisse régionale de crédit agricole. En vertu de cette clause « *le conseil d'administration pouvait faire encaisser toutes sommes, valeurs, ou créances dues à la caisse et faire procéder, s'il y a lieu, au recouvrement amiable et judiciaire desdites sommes, valeurs ou créances, qu'il possédait à cet effet les pouvoirs les plus étendus et qu'il pouvait, dans l'exercice de ces pouvoirs, donner toutes délégations générales ou spéciales avec faculté pour le délégué de consentir toutes substitutions* ».

Mais, ce passage d'un fondement légal à un fondement statutaire pourrait être justifié par le régime juridique spécifique des Caisses régionales⁵⁹⁷. Car, ces caisses régionales sont des sociétés coopératives⁵⁹⁸. Leur mode d'administration est ainsi déterminée par le statut⁵⁹⁹. Par conséquent, elles ne sont pas soumises aux dispositions du Code de commerce relatives aux pouvoirs et à l'organisation du conseil d'administration⁶⁰⁰.

254. La preuve du mandat spécial. Il résulte de ce qui précède que l'auteur de la déclaration des créances peut être le créancier lui-même, un préposé ou un tiers. Mais, lorsque la déclaration des créances est effectuée par un tiers, celui-ci doit pouvoir prouver la preuve d'un mandant spécial⁶⁰¹. Il doit établir un pouvoir propre à la créance, au débiteur et à la procédure collective au passif de laquelle la créance va être déclarée⁶⁰².

596 Cass. com., 15 avr. 2008, n° 07-10536, Bull. Joly Sociétés, 01 décembre 2008 n° 12, p. 991, note **P. LE CANNU** ; LPA, 01 août 2008 n° 154, p. 18, note **J.-F. BARBIÈRI**.

597 **B. SAINTOURENS**, *op. cit.*

598 C. mon. fina. art. L. 512-20.

599 C. mon. fina. art. L. 512-31.

600 *Ibid.*

601 **J.-F. BARBIÈRI**, « Déclaration de créance par mandataire et délai pour justifier d'un mandat ad litem », Bull. Joly Sociétés, 01 juin 1997 n° 6, p. 583.

602 **P.-M. LE CORRE**, « Déclaration, vérification, admission des créances, auteur de la déclaration des créances », Gaz. Pal. 11 février 2006 n° 42, p. 32.

255. S'agissant cependant du délai légal pour établir cette preuve, un revirement important de la jurisprudence de la Cour de cassation pourrait être retracé⁶⁰³. En effet, il a été jugé à plusieurs reprises que le pouvoir spécial du tiers, auteur de la déclaration des créances, doit être justifié lors de la déclaration ou au plus tard dans le délai légal de celle-ci⁶⁰⁴. Cette position est soutenue par la doctrine qui souligne notamment sa conformité aux règles de procédure civile⁶⁰⁵. Mais, un arrêt récent rendu en assemblée plénière par la Cour de cassation est venu mettre terme à cette solution. Il considère que la preuve du pouvoir spécial de la personne qui déclare la créance pour un tiers peut être rapportée jusqu'au jour où le juge statue⁶⁰⁶. Certains auteurs ont conclu que ce délai peut s'entendre non seulement au jour où le juge-commissaire statue, mais également le jour où la Cour d'appel statuant sur le recours formé à l'encontre de l'ordonnance du juge-commissaire, statue⁶⁰⁷.

256. En somme, l'analyse de la nature et de la qualité d'auteur de la déclaration des créances nous conduit à constater que la déclaration des créances se distingue considérablement de la simple information mise à la charge des créanciers postérieurs.

B) L'OBLIGATION DES CRÉANCIERS POSTÉRIEURS D'INFORMER LE MANDATAIRE JUDICIAIRE

257. L'obligation d'information. Compte tenu des dispositions de l'article L. 622-17 IV, applicable tant en sauvegarde qu'en redressement judiciaire, les créances postérieures

603 **J.-F. BARBIÈRI**, « Déclaration de créance par mandataire et délai pour justifier d'un mandat ad litem », op, cit.

604 Cf. Cass. com., 29 nov. 2005, n° 04-16.362 ; Cass. com., 17 févr. 2009, n° 08-13728, D. 2009, chron. p. 1240, spéc. n° 1, note **M.-L. BELAVAL** ; Gaz. proc. coll. 2009/2, p. 31, n° 1, note **E. LE CORRE-BROLY** ; JCP E 2009, 1347, spéc. n° 7, obs. **PH. PETEL** ; RTD com. 2009, p. 450, spéc. n° 1, obs. **A. MARTIN-SERF**. Voir aussi **J.-F. BARBIÈRI**, op. cit.

605 **P.-M. LE CORRE**, « Revirement jurisprudentiel sur la preuve du mandat spécial du tiers déclarant la créance », Bull. Joly Entreprises en Difficulté, 01 mars 2011 n° 2, p. 130 ; **E. LE CORRE-BROLY**, note sous l'arrêt rendu en assemblée plénière par la Cour de cassation du 4 févr. 2011, n° 09-14619, Gaz. Pal. 02 avril 2011 n° 92, p. 14.

606 Cass., ass. plén., 4 févr. 2011, n° 09-14.619, D. 2011. 439, obs. **A. LIENHARD** ; Rev. sociétés 2011. 387, obs. **PH. ROUSSEL GALLE** ; JCP E 2011. 1263, n° 7, obs. **Ph. PETEL**.

607 **J.-F. BARBIÈRI**, op, cit.

impayées « perdent le privilège que leur confère le II du présent article si elles n'ont pas été portées à la connaissance de l'administrateur et, à défaut, du mandataire judiciaire ou, lorsque ces organes ont cessé leurs fonctions, du commissaire à l'exécution du plan ou du liquidateur, dans le délai d'un an à compter de la fin de la période d'observation ». Une disposition analogue à celle-ci est également prévue à l'article L. 641-13 pour la procédure de liquidation judiciaire. Il s'agit d'une obligation de manifestation et d'un acte conservatoire permettant au créancier de conserver son privilège⁶⁰⁸.

258. La suppression de la double information. Sous l'empire de l'ancienne législation, l'information sur la créance postérieure était destinée, à la fois, à l'administrateur judiciaire et au mandataire judiciaire⁶⁰⁹. La connaissance exclusive de l'un ou de l'autre de l'existence de la créance postérieure impayée n'exonérait pas le créancier postérieur de son obligation d'information⁶¹⁰. Car, le créancier devait manifester sa volonté de préserver son droit de priorité⁶¹¹.

259. Cette double information était largement critiquée par la doctrine⁶¹². Elle présentait une charge lourde pour les créanciers, alors que dans la plupart du temps les organes de la procédure ont connaissance de la créance dès sa naissance⁶¹³. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a pris en compte ces considérations. Elle a supprimé l'obligation de la double information de l'administrateur et du mandataire judiciaire. La nouvelle rédaction de l'article L. 622-17 du Code de commerce dispose, désormais que la créance

608 **F. PÉROCHON**, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 399 ; **P.-M. LE CORRE**, *Atelier* n° 1 : Nature et régime des créances postérieures, LPA 09 avril 2009 n° 71, p. 4.

609 **F. PÉROCHON**, « *Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005* », *Gaz. Pal.* 08 septembre 2005 n° 251, p. 57.

610 **G. JAZOTTES**, *Le privilège des créanciers postérieurs. Quel périmètre? Rapport lors du colloque "La loi du 25 janvier 1985 a vingt ans ! Entre bilan et réforme"*, *Revue Lamy Droit des affaires* Mars 2005.

611 Rappelons à ce propos que le titulaire d'une créance postérieure régulière était considéré par la jurisprudence comme bénéficiaire d'un simple droit priorité (Cass. com., 5 févr. 2002, n° 98-18018, *Bull. civ.* 2002, IV, n° 27). C'est la loi de sauvegarde qui a précisé la nature juridique de ce droit, *Cf. C. SAINT-ALARY-HOUIN*, *Les privilèges de la procédure*, LPA 14 juin 2007 n° 119, p. 70.

612 **D. BOUSTANI**, « *La conservation du privilège des créanciers postérieurs* », LPA 11 février 2011 n° 30, p. 15.

613 **F. REILLE**, « *Les retouches apportées au sort des créanciers postérieurs élus* », *Gaz. Pal.* 07 mars 2009 n° 66, p. 38.

doit être portée à la connaissance de l'administrateur et à défaut, du mandataire judiciaire ou lorsque ces organes ont cessé leurs fonctions du commissaire à l'exécution du plan ou du liquidateur⁶¹⁴.

260. Par ailleurs, quant à la modalité de l'obligation d'information, la loi ne précise aucune formalité particulière⁶¹⁵. La créance postérieure non payée doit simplement être portée « à la connaissance de l'administrateur judiciaire et, à défaut, du mandataire judiciaire ou, lorsque ces organes ont cessé leurs fonctions, du commissaire à l'exécution du plan ou du liquidateur », sans aucune autre formalité⁶¹⁶. Mais, comme soulignait un auteur éminent, une trace pourrait être nécessaire pour prouver l'accomplissement de cette obligation dans le délai légal⁶¹⁷.

261. La finalité de l'obligation d'information des créanciers postérieurs. Il en résulte que l'obligation d'information des créanciers postérieurs se distingue largement de la déclaration des créances mise à la charge des créanciers antérieurs. Sa raison principale est d'assurer la transparence du mécanisme de préférence des créances postérieures⁶¹⁸. Car, le caractère occulte de ce mécanisme est préjudiciable aux créanciers antérieurs écartés, mais aussi aux créanciers postérieurs qui doivent en partager le bénéfice⁶¹⁹. Par conséquent, pour préserver son privilège, le créancier postérieur doit en informer les organes de la procédure, à défaut de quoi il perd son privilège. En revanche, quant à la déclaration des créances, sa finalité est de faire reconnaître la créance antérieure à la procédure collective. En effet, le défaut d'exécution de ces deux modalités d'information n'aboutit pas à la même conséquence. La créance non déclarée est inopposable à la

614 Pour l'ancien régime voir **G. JAZOTTES**, « *Les créanciers de l'article 40* », LPA 06 septembre 2000 n° 178, p. 36.

615 **F. PÉROCHON**, « *Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005* », *op. cit.*

616 C. com., art. L. 622-17.

617 Cf. **P.-M. LE CORRE**, « *Atelier n° 1 : Nature et régime des créances postérieures* », LPA 09 avril 2009 n° 71, p. 4.

618 **Ph. PETEL** et **J.-L. BRENAC**, « « *Les créances de procédure* » », Rev. proc. coll.avr.-mai-juin 2008, n° 2, p. 104 ; **F. PÉROCHON**, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 396 et s. ; Le Corre, P.-M. *op. cit.* p. 816 et 456.17, p. 818.

619 V. **D. VIDAL**, *Droit des procédures collectives*, *op. cit.* 2^{ème} éd. p. 146.

procédure collective, alors que la créance postérieure dont le mandataire judiciaire n'est pas informé perd le privilège de l'alinéa 2 de l'article L. 622-17 du Code de commerce⁶²⁰.

Le caractère commun de ces deux mécanismes d'information réside dans l'esprit de coopération qui doit animer tous les partenaires du débiteur y compris les propriétaires des biens inclus dans le patrimoine de l'entreprise en difficulté.

§2) L'APPORT INFORMATIF DES PROPRIÉTAIRES DES BIENS

262. La revendication des biens. Il arrive très souvent que l'actif de l'entreprise comprenne des biens mobiliers dont la propriété est réservée à titre de garantie ou dont la dépossession n'est qu'à titre provisoire⁶²¹. Les propriétaires de ces biens mobiliers disposent d'une force supérieure à celle d'un simple droit de créance⁶²². Car, le droit de propriété est opposable à toutes les procédures collectives et ne peut pas être affecté par la suspension des poursuites individuelles qui frappent les créanciers⁶²³.

263. En effet, la discipline collective a de grands impacts sur les droits personnels des créanciers notamment après la loi du 25 janvier 1985. Les meilleures sûretés qui existaient n'étaient pas vraiment, aux yeux des créanciers, à la hauteur de la sécurité juridique recherchée par eux contre la défaillance de leurs cocontractants. C'est ainsi que les

620 La portée de cette sanction doit cependant être minimisée dans la mesure où la créance en question doit être payée à l'échéance même si elle n'était pas portée à la connaissance des organes de la procédure (C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit. 8^{ème} éd. p. 421).

621 F. PÉROCHON, « *Les propriétaires* », Gaz. Pal. 05 nov. 2005 n° 309, p. 55.

622 P.-M. LE CORRE, « *Droit réel, droit personnel et procédures collectives* », LPA 19/05/1999 n° 99, p. 4.

623 Pour plus de développement sur l'effet réel de la procédure collective qui a été longtemps discuté par la doctrine et récemment consacré par la Cour de cassation voir notamment Cass. com., 16 mars 2010, n° 08-13147 voir ; M. SENECHAL, *L'effet réel de la procédure collective : essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers*, Litec, 2002 ; L. ANTONINI-COCHIN, « *L'effet réel de la procédure collective consacré par la Cour de cassation* », Gaz. Pal. 03 juillet 2010 n° 184, p. 13 ; P.-M. LE CORRE, « *Droit réel, droit personnel et procédures collectives* », op. cit. ; F.-X. LUCAS, « *Conséquences de l'effet réel de la procédure collective en cas de liquidations judiciaires successives* », L'ESSENTIEL Droit des entreprises en difficulté, 01 mai 2010 n° 5, p. 1.

vendeurs, pour s'assurer d'être payés, ont inventé un mécanisme de réserve de propriété⁶²⁴. Ils font de la propriété une garantie, mais pas comme les autres : une garantie opposable à la discipline collective⁶²⁵. Cependant, pour restituer son bien qui fait partie de la solvabilité apparente de l'entreprise⁶²⁶, le propriétaire des biens inclus dans le patrimoine de l'entreprise en difficulté doit procéder à une action en revendication si le contrat portant sur le bien n'a pas été publié⁶²⁷. C'est la publicité du contrat qui fait la distinction entre le droit du propriétaire de restituer son bien à tout moment (B) et son obligation de passer tout d'abord par une procédure de revendication (A).

A) L'OBLIGATION DE REVENDICATION DES BIENS

264. Les propriétaires des biens inclus dans le patrimoine de l'entreprise en difficulté dont les contrats n'ont pas été publiés doivent recourir à une procédure de revendication régie par les articles L. 624-9 à L. 624-18 et R. 624-13 à R. 624-16 du Code de commerce pour restituer leurs biens. L'action en revendication des biens peut être définie comme une « *action en reconnaissance du droit de propriété, aux fins d'opposabilité à la procédure collective, c'est-à-dire à leur créancier et à leur représentant* »⁶²⁸. L'objectif de cette action est de mettre en œuvre le droit réel de propriété⁶²⁹.

Les actions en revendication des biens représentent, pour les organes de la procédure collective, une information précieuse dans la perspective de la détermination du patrimoine

624 **F. PÉROCHON**, « *La procédure des revendications et des restitutions dans les procédures collectives* », LPA 28 nov. 2008 n° 239, p. 56.

625 S'agissant la nature juridique voire **P.-M. LE CORRE**, « *Droit réel, droit personnel et procédures collectives* », *op. cit.* ; **A. MAIROT**, « *La réserve de propriété analysée en une obligation réelle* », Defrénois, 30 mars 2007 n° 6, p. 399.

626 **E. LE CORRE-BROLY**, *Crédit-bail mobilier et procédure collective*, Université de Lille II, 1997, p. 360 et s.

627 **F. PÉROCHON**, « *Les propriétaires* », *op. cit.*

628 **B. FAVAREL-VEIDIG**, « *La procédure de revendication après l'adoption de la loi de sauvegarde des entreprises* », LPA 17 février 2006 n° 35, p. 53.

629 **P.-M. LE CORRE**, « *Droit réel, droit personnel et procédures collectives* », *op. cit.*

de l'entreprise en difficulté⁶³⁰. Nous verrons successivement son domaine (1) et ses modalités d'exercice (2).

1) LE DOMAINE DE L'ACTION EN REVENDICATION

265. Les biens meubles compris dans le patrimoine de l'entreprise. Le domaine de l'action en revendication couvre tous les biens meubles compris dans le patrimoine de l'entreprise à la date du jugement d'ouverture de la procédure collective. En effet, tous les propriétaires de ces biens meubles compris dans le patrimoine de l'entreprise peuvent être, en principe, concernés par ce mécanisme, mais en pratique, c'est le crédit-bailleur et le vendeur qui en bénéficient⁶³¹.

266. Le contrat de crédit-bail. Par le contrat de crédit-bail, le preneur prend les biens en location avec la possibilité d'en devenir le propriétaire ultérieurement⁶³². Cette technique lui permet d'obtenir immédiatement la jouissance d'une chose sans en avoir payé aussitôt le prix⁶³³. Les biens se trouvent ainsi dans son patrimoine et le crédit-bailleur en réserve la propriété tant que l'option d'acquisition n'a pas été levée par le preneur⁶³⁴.

267. La clause de réserve de propriété à titre de garantie. À l'instar des crédit-bailleurs, les vendeurs ont recours à la stipulation d'une clause de réserve de propriété dans leurs contrats de vente. En vertu de cette clause, l'effet du contrat est suspendu jusqu'au

630 Cf. **M. LAROCHE**, « *Revendication et propriété : du droit des procédures collectives au droit des biens* », Defrénois, Paris 2007.

631 **F. PÉROCHON**, « *La procédure des revendications et des restitutions dans les procédures collectives* », *op. cit.*

632 **E. LE CORRE-BROLY**, *Crédit-bail mobilier et procédure collective*, *op. cit.* p. 360 et s.

633 **D. CARBONNIER**, « *Le crédit-bail : du bail au crédit* », Defrénois, 15 octobre 1991 n° 19, p. 1025.

634 **Ch. GAVALDA**, « *Crédit-bail mobilier- régime juridique et financier- fin du contrat* », Fasc. 642, J.-Cl., Banque - Crédit - Bourse.

paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie⁶³⁵. Le vendeur demeure ainsi le propriétaire du bien vendu tant que le prix n'est pas totalement payé⁶³⁶.

Au départ, cette clause n'était pas opposable à la procédure collective. C'est la loi du 12 mai 1980 qui a admis son opposabilité dans la procédure de faillite de l'acheteur⁶³⁷. Depuis la loi du 25 janvier 1985 et la restriction des droits des créanciers, même privilégiés, les vendeurs ont multiplié le recours à cette clause qui représente un mécanisme de garantie efficace⁶³⁸. Les créanciers ont ainsi fait de la propriété une garantie, opposable à la discipline collective⁶³⁹. Les lois du 10 juin 1994 et du 26 juillet 2005 ainsi que l'ordonnance du 18 décembre 2008 ont facilité et clarifié le mécanisme de cette garantie.

268. L'obligation de revendication. En effet, en raison de son droit de propriété, le propriétaire doit pouvoir restituer son bien à condition, cependant, que celui-ci se trouve en nature dans le patrimoine du débiteur à la date du jugement d'ouverture de la procédure collective⁶⁴⁰. La détention du bien par une autre personne pour le compte du débiteur n'exclut pas l'application de la procédure de revendication⁶⁴¹. Il en est de même en cas de revente du bien après l'ouverture de la procédure collective⁶⁴². Car, le propriétaire devient, par subrogation réelle, propriétaire de la créance du prix de revente⁶⁴³. Il peut ainsi revendiquer la créance du prix de revente entre les mains du revendeur sous procédure

635 Pour l'efficacité de cette clause voir **D. VOINOT**, Effectivité et efficacité de la réserve de propriété après la réforme du droit des sûretés, LPA 27 mars 2008 n° 63, p. 43890.

636 C. civ. art. 2367.

637 **D. VOINOT**, *op. cit.*

638 **J. VALLANSAN**, redressement et liquidation judiciaires, situation du vendeur de meubles, Fasc. 2550, J.-Cl., Procédures collectives.

639 Voir **A. MAIROT**, *op. cit.*

640 C. com., art. L. 624-9 et L. 624-12.

641 Dans l'hypothèse de la procédure collective du détenteur actuel des biens certains auteurs soutiennent l'obligation de revendication de ces biens. Car c'est le seul moyen d'en assurer l'opposabilité à cette procédure. En pratique, les propriétaires ont tendance à imposer leurs partenaires de revendiquer en leurs noms et pour leurs comptes, ou au moins de les informer en cas de procédure collective du détenteur actuel des biens (**F. PÉROCHON**, « *La procédure des revendications et des restitutions dans les procédures collectives* », *op. cit.*).

642 **F. PÉROCHON**, *op. cit.*

643 C. civ. art. 2372 et C. com., art. L. 634-18.

collective si le sous-acquéreur ne l'a pas payé avant l'ouverture de la procédure⁶⁴⁴. Les conditions de la revendication de la créance subrogée sont les mêmes que celles de la revendication du bien lui-même⁶⁴⁵.

269. Par ailleurs, un problème peut être soulevé en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du détenteur actuel des biens. Ainsi, la revendication de ces biens par leurs propriétaires est le seul moyen d'en assurer l'opposabilité à la procédure collective de leur détenteur actuel. Mais, en pratique, les propriétaires ont tendance à imposer à leurs partenaires de revendiquer, en leurs noms et pour leurs comptes, ou au moins de les informer, en cas de procédure collective du détenteur actuel des biens⁶⁴⁶.

En tout état de cause, la revendication du bien ou de la créance subrogée est la condition nécessaire de sa restitution⁶⁴⁷. Les propriétaires doivent procéder à cette formalité dans le délai de trois mois à compter du jugement d'ouverture de la procédure collective⁶⁴⁸.

2) LES MODALITÉS DE LA REVENDICATION

270. Les conditions de l'action. La revendication des biens inclus dans le patrimoine de l'entreprise en difficulté doit être faite par le propriétaire lui-même ou toute autre personne titulaire d'un pouvoir spécial donné par écrit⁶⁴⁹. Dans ce dernier cas de figure, la

644 Voir dans ce **P. RUBELLIN**, action en revendication du prix de revente d'un bien et cession de créance, L'ESSENTIEL Droit des entreprises en difficulté, 01 février 2011 n° 2, p. 3.

645 Cass. com., 24 nov. 1998, n° 96-13.841, Bull. civ. IV, n° 279, D. Aff. 1999, p. 522, obs. **A. LIENHQRD** ; JCP E 1999, p. 811, n° 7, obs. **M. CABRILLAC**, D. 2000, somm., p. 76, obs. ; RTD com. 1999. 754, obs. **A. MARTIN-SERF**.

646 **F. PÉROCHON**, « *La procédure des revendications et des restitutions dans les procédures collectives* », *op. cit.*

647 Cf. **P.-M. LE CORRE**, « *Principaux délais intéressant les créanciers* », *op. cit.* Notons cependant qu'une partie de la doctrine recommande également que la revendication des biens soit accompagnée d'une déclaration facultative. L'objectif ainsi est de donner au propriétaire la possibilité d'être satisfait lorsque la valeur des biens n'est pas suffisante pour le désintéresser (**C. SAINT-ALARY-HOUIN**, Droit des entreprises en difficulté, *op. cit.* 8^{ème} éd. p. 565 et s.).

648 C. com., art. L. 624-9.

649 Cass. com., 13 juin 1995, n° 93-18.375, Bull. civ. IV, n° 177, JCP E 1995. I. 513, n° 11, obs. **M. CABRILLAC**, D. 1996, somm.211, obs. **F. PÉROCHON**.

personne mandatée par le propriétaire doit établir la preuve de son mandant lors de la saisine du juge-commissaire sur la requête en revendication ou, au plus tard, dans le délai légal de celle-ci⁶⁵⁰. Il doit justifier d'un pouvoir spécial lui permettant de revendiquer au nom et pour le compte du propriétaire.

271. En outre, en tant que demandeur à l'action, le propriétaire ou son mandataire doit également apporter la preuve que les biens se trouvent dans le patrimoine de l'entreprise en difficulté au jour de l'ouverture de la procédure collective⁶⁵¹. Pour ce faire, les propriétaires des biens ou leurs mandataires peuvent s'appuyer sur l'inventaire⁶⁵². En effet, l'article R. 622-4 du Code de commerce dispose que le débiteur doit remettre à la personne désignée pour dresser l'inventaire la liste « *des biens qu'il détient en dépôt, location ou crédit-bail, ou sous réserve de propriété ou, plus généralement, qui sont susceptibles d'être revendiqués par des tiers. Cette liste est annexée à l'inventaire* ». L'article L. 622-6 ajoute également que « *l'absence d'inventaire ne fait pas obstacle à l'exercice des actions en revendication ou en restitution* ». Mais, dans ce cas de figure, la charge de la preuve est supportée par l'administrateur judiciaire ou le liquidateur⁶⁵³. En vertu de la jurisprudence de la Cour de cassation, ceux-ci doivent, en cas d'absence d'inventaire, apporter la preuve que les biens revendiqués ne se trouvaient pas au jour du jugement d'ouverture dans le patrimoine de l'entreprise en difficulté⁶⁵⁴. Certains auteurs essaient, cependant, de réserver cette solution à l'hypothèse d'absence totale d'inventaire dont l'organe de la procédure est responsable⁶⁵⁵.

650 Cass. com., 5 nov. 2003, n° 01-01.076, Rev. proc. coll. 2004. 379, obs. **M.-H. MONSÈRIE-BON**.

651 **J. VALLANSAN**, *op. cit.*

652 **F. PÉROCHON**, « *La procédure des revendications et des restitutions dans les procédures collectives* », *op. cit.*

653 **W. DROSS**, « *La revendication dans les procédures collectives : une imposture ?* », Droit et Patrimoine, n° 200, p. 30-40.

654 Cass. com., 1er déc. 2009, n° 08-13.187, JCP G 2010, 401, n° 12, obs. **M. CABRILLAC**; D. 2010, act. jurispr. p. 12, obs. **A. LIENHARD**; RTD com. 2010, p. 361, obs. **P. CROCQ**; RTD com. 2010, p. 424, obs. **A. MARTIN-SERF**; Gaz. Pal. 16-17 avr. 2010, p. 42, obs. **F. PÉROCHON**.

655 **P. RUBELLIN**, note sous Cass. com., 1er déc. 2009, L'ESSENTIEL Droit des entreprises en difficulté, 01 janvier 2010 n° 1, p. 2.

272. La formalité de la revendication. S'agissant de la formalité de la revendication, elle a été simplifiée par la loi du 10 juin 1994. Désormais, il suffit d'adresser une lettre recommandée avec demande d'avis de réception à l'administrateur et à défaut au débiteur, dans le délai de trois mois à compter de la publication du jugement d'ouverture de la procédure collective⁶⁵⁶. Dans sa demande, le propriétaire ou la personne ayant un pouvoir spécial demande l'acquiescement des organes de la procédure⁶⁵⁷. Ceux-ci doivent répondre à la demande d'acquiescement dans le délai d'un mois à compter de la réception. Si la demande est acquiescée conformément aux dispositions de l'article L. 624-17 du Code de commerce, cette première étape de la procédure s'arrête là. Le demandeur pourra ensuite restituer son bien⁶⁵⁸. À défaut d'acquiescement, ou en cas d'absence de réponse, une requête doit être présentée au juge-commissaire dans le délai d'un mois sous peine de forclusion⁶⁵⁹.

273. À la différence de la lettre recommandée avec accusé de réception destinée aux organes de la procédure, la requête devant le juge-commissaire est une demande en justice⁶⁶⁰. En effet, avant de statuer « *le juge-commissaire recueille les observations des parties intéressées* »⁶⁶¹. Son ordonnance est déposée sans délai au greffe du tribunal et doit être communiquée aux mandataires de justice et notifiée aux parties et aux personnes dont les droits et obligations sont affectés⁶⁶². Elle peut faire l'objet d'un recours devant le tribunal dans les dix jours de sa communication ou de sa notification⁶⁶³.

656 C. com., art. R. 624-13 al. 1er et R. 624-14.

657 Il convient de préciser cependant que la lettre recommandée n'a pas la nature d'une demande en justice : Cass. com., 6 mars 2001, n° 98-15.099, Bull. civ. IV, n° 50, D. 2001.1099, obs. **A. LIENHARD**; Act. proc. coll. 2001-6, n° 91, obs. **J. VALLANSAN**; JCP E 2001. 1472, n° 12, obs. M. CARBILLAC et **PH. PETEL**; RTD com. 2001. 524, obs. **J.-L. VALLENS**.

658 Cf. **B. FAVAREL-VEIDIG**, *op. cit.*

659 C. com., art. L. 624-17 et R. 624-13.

660 Cf. *supra* n° 247 et s.

661 C. com., art. R. 624-13.

662 **F. PÉROCHON**, « *La procédure des revendications et des restitutions dans les procédures collectives* », *op. cit.*

663 C. com., art. R. 621-21.

274. L'inopposabilité du droit de propriété. En effet, en dépit de la connaissance des organes de la procédure collective, les propriétaires dont la propriété n'avait pas été portée à la connaissance du public, doivent revendiquer leurs droits dans le délai légal. À défaut, ces droits deviennent inopposables à la procédure collective. Ainsi, les biens non revendiqués deviennent un élément de l'actif de l'entreprise débitrice sur lequel le droit de gage commun des créanciers a vocation de s'appliquer⁶⁶⁴.

275. Par ailleurs, l'inopposabilité du droit de propriété non revendiqué ne doit pas être confondue avec l'extinction du droit⁶⁶⁵. Selon les termes de la Cour de cassation l'inopposabilité ne peut en aucun cas entraîner « *le transfert de la propriété au débiteur, la forclusion ne constituant pas un mode d'acquisition de ce droit* »⁶⁶⁶. Mais, quel est l'effet de cette distinction du point de vue du propriétaire des biens dont le droit de propriété est devenu inopposable à la procédure collective?

L'avantage de la distinction entre l'inopposabilité et l'extinction du droit découle de la possibilité du propriétaire des biens inopposables à la procédure collective d'agir normalement en cas de retour en solvabilité du débiteur⁶⁶⁷. Dans ce cas de figure, le propriétaire forclos peut réclamer la restitution de ses biens. Il en est de même en cas de soumission ultérieure du débiteur à une nouvelle procédure collective. C'est ainsi le cas de la liquidation judiciaire consécutive à la résolution d'un plan de continuation⁶⁶⁸. Mais, la Haute juridiction a mis récemment une limite à cette possibilité en exigeant que le bien

664 **J. VALLANSAN**, *op. cit.*

665 Cf. **É. SAVAUX**, « *Les conditions de l'opposabilité de l'engagement aux tiers* », RDC, 01 avril 2012 n° 2, p. 663.

666 Cass. com., 4 janv. 2000, n° 96-19.511, D. 2000, p. 533, note **E. LE CORRE-BROLY**, RTD com. 2002, p. 160, obs. **A. MARTIN-SERF**; Cass. com., 26 nov. 2002, n° 01-03.980, Bull. civ. IV, n° 176, RTD civ. 2003, p. 316, obs. **Th. REVET**.

667 Cf. **M.-A. RAKOTOVAHINY**, « *L'inopposabilité dans les procédures collectives* », LPA 05 juillet 2011 n° 132, p. 6 ; **M. FALAISE**, La sanction de l'acte irrégulier, distinction entre nullité et inopposabilité, LPA 27 août 1997, p. 5 ; **D. BASTIAN** Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité, Université de Paris, Librairie du Recueil Sirey, éd. 1928.

668 **F. PÉROCHON**, « *La procédure des revendications et des restitutions dans les procédures collectives* », *op. cit.* n° 17.

n'ait pas été inclus dans le plan⁶⁶⁹. La loi de sauvegarde exige, de sa part, l'achèvement de l'exécution du plan ou sa résolution pour que le propriétaire forclos puisse agir en revendication⁶⁷⁰.

Précisons enfin que les propriétaires des biens peuvent être dispensés de cette procédure lorsque les contrats portant sur les biens inclus dans le patrimoine de l'entreprise en difficulté ont été publiés.

B) LA DISPENSE DE LA REVENDICATION

276. L'importance de la publicité du contrat. Les propriétaires dont les contrats portant sur les biens ont été publiés sont dispensés de l'obligation de revendication. Ils peuvent directement demander la restitution de leurs biens⁶⁷¹. La raison de la dispense de revendication est ainsi la publicité du contrat qui constate le droit du propriétaire sur le bien. Grâce à cette publicité, le droit de propriété ne peut plus être contesté par le débiteur⁶⁷².

277. En effet, ce régime de faveur profite en premier lieu aux établissements de crédit-bail dont les contrats sont en principe publiés. Il profite également à tout contrat publié avant l'ouverture de la procédure collective et « *en vertu desquels un bien mobilier peut être remis à titre précaire au débiteur* »⁶⁷³. Il peut s'agir, entre autre, d'un contrat de bail de fonds de commerce, d'un contrat de louage de brevet et de marque ou d'un contrat de dépôt⁶⁷⁴.

669 Cass. com., 30 octobre 2007, n° 06-18.328, F-D, Gaz. proc. coll. 2008-1, 24 janvier 2008, p. 67, obs. **F. PÉROCHON**.

670 Cf. **F. PÉROCHON**, « *La procédure des revendications et des restitutions dans les procédures collectives* », *op. cit.*

671 C. com., art. L. 624-10.

672 **J. VALLANSAN**, *op. cit.*

673 **F. PÉROCHON**, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 790.

674 **B. FAVAREL-VEIDIG**, « *La procédure de revendication après l'adoption de la loi de sauvegarde des entreprises* », LPA 17 février 2006 n° 35, p. 53.

278. La distinction entre le contrat publié et le contrat non publié n'a pas convaincu une partie de la doctrine. Elle donne à la publicité, selon les propos d'un auteur, « *une portée qu'elle n'a pas en droit commun* »⁶⁷⁵. De plus, l'idée directrice de cette distinction est que la publicité constate le droit de propriété, ce qui fait que le propriétaire n'est plus invité à prouver son droit. Or, il a été confirmé par la Cour de cassation que la seule connaissance de la réalité du droit de propriété par les organes de la procédure n'est pas suffisante pour dispenser les propriétaires de revendiquer la propriété des biens⁶⁷⁶. D'ailleurs, c'est sur cette logique que l'assimilation de l'enregistrement à la publicité n'a pas été finalement retenue lors du vote du projet de réforme⁶⁷⁷. De ce fait, une publicité régulière, même coûteuse, doit être effectuée par le propriétaire pour bénéficier de cette dispense.

279. Cependant, nous ne pouvons que rejoindre la grande majorité de la doctrine qui soutient cette distinction qui garantit la rapidité et l'efficacité de la procédure⁶⁷⁸.

280. La restitution des biens. Néanmoins, la dispense de la revendication désigne tout simplement que le propriétaire, titulaire d'un contrat publié peut restituer directement ses biens sans passer par la procédure revendication⁶⁷⁹. Il est dispensé de l'obligation de revendication, mais reste soumis à la procédure de restitution. Pour ce faire, il doit adresser une demande de restitution à l'administrateur ou au débiteur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. En cas de contestation ou de refus de la demande, le propriétaire peut saisir le juge-commissaire afin qu'il soit statué sur son droit⁶⁸⁰. La procédure à suivre devant le juge-commissaire est la même que celle de la revendication⁶⁸¹.

675 **W. DROSS**, « *La revendication dans les procédures collectives : une imposture ?* », Droit et Patrimoine, n° 200, p. 30-40.

676 Cass. com., 15 février 2005, Bull. civ. IV n°8.

677 Cf. **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, Droit des entreprises en difficulté, *op. cit.* 8^{ème} éd. p. 563.

678 **F. PÉROCHON**, « *La procédure des revendications et des restitutions dans les procédures collectives* », *op. cit.*

679 C. com., art. L. 624-10.

680 C. com., art. L. 624-10 et R. 624-14.

681 Voir *supra* n° 272.

Il convient cependant de souligner une différence fondamentale entre ces deux procédures. En effet, la procédure de restitution n'est enfermée dans le délai de trois mois fixé par l'article L. 624-9 du Code de commerce. Il est en quelque sorte « à l'abri de la forclusion »⁶⁸².

281. Propos conclusifs. En somme, la raison de la dispense de l'obligation de revendication est la publicité du contrat qui constate le droit du propriétaire sur le bien⁶⁸³. Si le contrat est publié, le propriétaire peut procéder directement à la demande de restitution de ses biens. En revanche, en cas de défaut de publicité, le propriétaire doit tout d'abord revendiquer ses biens pour pouvoir ensuite demander leur restitution. Ainsi, il doit coopérer, dans l'un ou l'autre cas, avec les organes de la procédure qui ont besoin de se faire rapidement une idée exacte sur les contours du périmètre du patrimoine de l'entreprise, mais aussi sur le passif inopposable au débiteur et aux créanciers de la procédure collective. Une information aussi complète est une condition nécessaire pour la détermination du sort de l'entreprise en difficulté.

682 F. PÉROCHON, *op. cit.* n° 65.

683 J. VALLANSAN, *op. cit.*

CHAPITRE 2 : L'ÉLABORATION DES INFORMATIONS RELATIVES AU SORT DE L'ENTREPRISE

282. L'analyse de la situation de l'entreprise en difficulté. En principe, une procédure collective est ouverte pour décider du sort d'une entreprise en difficulté. Son objectif est de trouver la solution la plus adaptée à la situation de celle-ci en préservant, cependant, les intérêts de ses partenaires. Pour ce faire, une analyse approfondie de la capacité de financement de l'entreprise doit être faite, notamment en cas de cessation des paiements⁶⁸⁴.

Suite à cette analyse, une période de réflexion sur le sort de l'entreprise est ouverte par le tribunal. L'objectif est ainsi de trouver la solution judiciaire qui correspond au mieux à la situation de l'entreprise, ce qui exige la coopération de toutes les personnes concernées par la procédure collective. Car, cette solution ne serait bénéfique que grâce à la coopération des dirigeants, mais aussi des organes de la procédure et des créanciers.

Pour démontrer cette coopération, nous nous concentrerons sur la négociabilité des mesures préparatoires du sort de l'entreprise (Section première) et l'information de toutes les parties concernées (Section seconde).

⁶⁸⁴ En effet, l'élaboration du plan de redressement doit être précédée par une analyse de la capacité de financement de l'entreprise. Au vu du rapport de l'administrateur ou à défaut du débiteur, le tribunal doit ordonner, dans le délai de deux mois à compter du jugement d'ouverture, la poursuite de la période d'observation (L. 631-15 du Code de commerce).

SECTION 1 : LA NÉGOCIABILITÉ DU SORT DE L'ENTREPRISE

283. La négociation du sort de l'entreprise en difficulté. Une décision rationnelle est une décision discutée et négociée avec toutes les personnes concernées. Cela concerne en premier lieu le chef d'entreprise, inquiet pour son avenir et l'avenir de son affaire. Il concerne également l'actionnaire majoritaire, soucieux de se voir privé de son contrôle, le créancier dont le désintéressement dépend du sort de l'entreprise, le salarié qui pourrait être menacé par la restructuration de l'entreprise et le simple investisseur, intéressé par les affaires de l'entreprise. Ceux-ci doivent être en mesure d'informer et d'être informés sur toutes les étapes préparatoires du sort de l'entreprise en difficulté⁶⁸⁵.

En effet, en collaboration avec le chef d'entreprise, l'administrateur judiciaire doit réaliser une synthèse sur la situation économique, social et environnemental de l'entreprise (Paragraphe premier). Grâce à cette étude approfondie, des propositions de continuation ou de cession peuvent être présentées aux créanciers. En vertu de leur devoir de coopération, ceux-ci sont invités à se prononcer sur le projet de plan (Paragraphe second).

§1) LA COOPÉRATION DANS L'ÉLABORATION DU BILAN ÉCONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL

Le bilan économique, social et environnemental de l'entreprise pourrait être défini comme une étude précise, menée par l'administrateur judiciaire avec le concours du débiteur et l'assistance éventuelle d'un ou plusieurs experts, sur la situation de

685 Cf. **J.-L. VALLENS**, « *L'information des créanciers* », LPA 14 juin 1995 n° 71, p. 16.

l'entreprise⁶⁸⁶. Il représente un mécanisme d'information précieux, notamment aux yeux des organes de la procédure⁶⁸⁷. Pour examiner le rôle de cette étude dans l'évaluation de la situation de l'entreprise nous verrons successivement sa modalité d'élaboration (A) et son contenu (B).

A) LA MODALITÉ D'ÉLABORATION DU BILAN

Les dispositions relatives à la modalité d'élaboration du bilan économique, social et environnemental s'intéressent essentiellement à la qualité de l'auteur du bilan (1) et à ses ressources d'information (2).

1) LA QUALITÉ DE L'AUTEUR DU BILAN

284. À propos de la qualité de l'auteur du bilan, une distinction doit être faite entre le bilan économique et social d'une part et le bilan environnemental d'autre part. Le premier est établi par l'administrateur judiciaire, avec le concours du débiteur et l'assistance éventuelle d'un ou plusieurs experts⁶⁸⁸. À défaut de désignation d'un administrateur, il est établi par le débiteur lui-même. En revanche, le bilan environnemental est établi par un technicien désigné par le juge-commissaire. À défaut de désignation, le bilan est établi par le débiteur lui-même⁶⁸⁹.

2) LES SOURCES D'INFORMATION DE L'AUTEUR DU BILAN

285. Les investigations de l'administrateur judiciaire. Pour accomplir sa mission, l'auteur du bilan économique, social et environnemental possède plusieurs sources d'information. Il peut procéder à un certain nombre d'investigations dont l'objectif est d'enrichir sa connaissance sur la situation de l'entreprise en difficulté. Il peut tirer profit de

686 C. SAINT-ALARY-HOUIN, Droit des entreprises en difficulté, *op. cit.* 8^{ème} éd. p. 596.

687 P.-M. LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, *op. cit.* 7^{ème} éd. n° 491.11 et s.

688 C. com., art. L. 623-1.

689 C. com., art. R. 623-2.

tous renseignements et documents utiles, pour l'élaboration du bilan, notamment, la comptabilité de l'entreprise, les rapports des experts, l'inventaire des biens, les déclarations des créances et les revendications des biens. En effet, en application de l'article L. 622-6 du Code de commerce, « *l'administrateur ou, s'il n'en a pas été nommé, le mandataire judiciaire peut, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, obtenir communication par les administrations et organismes publics, les organismes de prévoyance et de sécurité sociale, les établissements de crédit, les établissements de monnaie électronique, les établissements de paiement ainsi que les services chargés de centraliser les risques bancaires et les incidents de paiement, des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation patrimoniale du débiteur* »⁶⁹⁰.

286. L'information détenue par le juge-commissaire. Dans la récolte des informations, l'auteur du bilan peut, également, se renseigner auprès du juge-commissaire qui a le droit d'obtenir la communication de tout renseignement nécessaire à l'établissement du bilan. Ce droit pourrait être exercé auprès des commissaires aux comptes, des experts comptables, des membres et représentants du personnel de l'entreprise ou des organismes publics, de la Banque de France, des organismes de prévoyance et de sécurité sociale ainsi que des établissements de crédit⁶⁹¹. L'importance de cette source d'information réside dans l'inopposabilité du secret professionnel au juge-commissaire⁶⁹².

287. La consultation de toutes les parties concernées. En outre, l'auteur du bilan économique, social et environnemental doit procéder à un certain nombre de consultations de nature à lui faciliter la tâche. D'une part, il doit informer et consulter le débiteur, le mandataire judiciaire et le comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel sur l'avancement de la réalisation du bilan et les perspectives du redressement de l'entreprise. D'autre part, lorsque le débiteur est un professionnel libéral soumis à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, l'ordre professionnel ou l'autorité compétente

690 Cf. O. STAES et F. LEGRAND, *op. cit.* n° 17 et s.

691 C. com., art. L. 623-2.

692 Bordeaux 9 oct.1992, D.1994, somm.327; Reims 27 janv.1999, JCP E 1999, p. n° 1992.

doit être consulté. La consultation de ces différentes personnes peut révéler quelques renseignements importants à propos de la situation de l'entreprise en difficulté.

En somme, une entière coopération entre les différents acteurs de la procédure collective est indispensable dans le processus d'élaboration du bilan économique, social et environnemental. L'exigence de cette coopération est justifiée par la nécessité de fiabilité du contenu de cette étude analytique.

B) LE CONTENU DU BILAN

Comme l'indique son nom, le bilan économique, social et environnemental doit définir les aspects économique, social et environnemental de l'entreprise en difficulté.

1) LA SITUATION ÉCONOMIQUE ET SOCIALE DE L'ENTREPRISE

288. Compte tenu des dispositions de l'article L. 623-1 al. 2 du Code de commerce, « *le bilan économique et social précise l'origine, l'importance et la nature des difficultés de l'entreprise* ».

289. La nature des difficultés de l'entreprise. Les difficultés de l'entreprise peuvent être d'ordre humain, économique, financier ou juridique⁶⁹³. En effet, le bilan économique et social doit analyser la situation de l'entreprise compte tenu de tous ces aspects. Comme disait un auteur éminent, le bilan doit embrasser « *tous les aspects de l'entreprise pour identifier sa situation financière mais aussi humaine* »⁶⁹⁴. Il doit déterminer notamment la capacité de financement de l'entreprise, le coût de la production et la rentabilité des postes.

290. L'identification de l'origine des difficultés de l'entreprise. S'agissant cependant de l'origine des difficultés, elle pourrait être à l'intérieur ou à l'extérieur de l'entreprise. Au sein de l'entreprise, les difficultés peuvent résulter de l'insuffisance de fonds de roulement, de la mauvaise organisation d'effectif, du conflit au sein de la

693 F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit. 9^{ème} éd. p. 76 et s.

694 C. SAINT-ALARY-HOUIN, op. cit. p. 560.

direction, du grand mouvement social ou de la faute de gestion des dirigeants⁶⁹⁵. En revanche, quant aux facteurs externes des difficultés, ils peuvent être liés à la modification de la demande sur le marché, à l'expiration d'un brevet, à la perte d'une position de monopole ou des clients importants ainsi qu'à la difficulté d'obtention de crédits⁶⁹⁶.

Parmi ces différentes causes des difficultés, nous nous concentreront sur la faute de gestion du dirigeant et les difficultés d'obtention de crédit qui sont les causes essentielles de la défaillance des entreprises.

291. La faute de gestion. La responsabilité des dirigeants est souvent recherchée notamment en cas de faute de gestion. Elle pourrait être fondée sur les textes relatifs à la responsabilité de droit commun⁶⁹⁷, sur les dispositions propres aux sociétés civiles⁶⁹⁸ et commerciales⁶⁹⁹, ainsi que sur les dispositions particulières aux procédures collectives⁷⁰⁰. Cependant, malgré son importance, notamment en droit des entreprises en difficulté, la notion de faute de gestion n'est pas précisée par la loi⁷⁰¹. Mais, l'analyse des décisions rendues en la matière a permis à certains auteurs de la définir comme « *la violation d'une règle de gestion prédéfinie* »⁷⁰².

292. La faute de gestion au sens de l'article L. 651-2. En matière de procédures collectives, le tribunal peut décider que les dettes de la personne morale soient supportées, en tout ou partie, avec ou sans solidarité, par les dirigeants dont la faute de gestion a contribué à l'insuffisance d'actif de l'entreprise⁷⁰³. Cette sanction prévue initialement par l'article 180 de la loi du 25 janvier 1985 était applicable dans les procédures de

695 D. VIDAL, « *Prévention des difficultés des entreprises* », *op. cit.* n° 36.

696 D. VIDAL, *op. cit.*

697 C. civ. art. 1382 et 1383.

698 C. civ. art. 1850.

699 C. com., art. L.223-22 et L. 225-251.

700 L'article 180 de la loi du 25 janvier 1985, devenu l'article L. 651-2 du Code de commerce.

701 Th. FAVARIO, « *La faute de gestion au sens de l'article L. 651-2 du Code de commerce* », *Rev. proc. coll.* n° 3, Mai 2011, étude 15.

702 *Ibid.* n° 16.

703 C. com., art. L. 651-2.

redressement et liquidation judiciaires. Mais, pour inciter les dirigeants à prévenir leurs difficultés, la loi de sauvegarde l'a réservé à la procédure de liquidation judiciaire. Désormais, les dirigeants ne sont plus systématiquement responsables de la défaillance de l'entreprise. La nouvelle rédaction de l'article L. 651-2 du Code de commerce dispose que « *lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion* »⁷⁰⁴.

293. La qualification des comportements fautifs des dirigeants. Il convient cependant de préciser que la qualification des comportements des dirigeants est laissée au pouvoir d'appréciation des juges qui peuvent retenir tout type de faute, quelle que soit sa manifestation ou sa gravité⁷⁰⁵. La seule condition est la contribution à l'insuffisance d'actif⁷⁰⁶. Ainsi, ont été qualifiées des fautes de gestion, au sens de l'article L. 651-2, les erreurs manifestes telles que l'insuffisance récurrente de la société en fonds propres⁷⁰⁷, l'insuffisance du besoin en financement de cycle de l'entreprise⁷⁰⁸, le défaut d'enregistrement des provisions relatives aux créances litigieuses⁷⁰⁹ et l'augmentation des charges du personnel⁷¹⁰.

704 Certains auteurs font une analogie entre cette faute et la faute civile au sens de l'article 1382 du Code civil (V. **Ph. PETEL**, obs. sous Cass. com., 27 avr. 1993, JCP G 1993, I, 3704, n° 20; **Ph. LE TOURNEAU**, note sous Cass. com., 19 déc. 1995, Rev. sociétés 1996, p. 347. De ce point de vue, la responsabilité pour insuffisance d'actif serait « *une déclinaison de la responsabilité civile délictuelle au cas particulier d'une entreprise en difficulté* » (**Th. FAVARIO**, *op. cit.* n° 15).

705 **C. SOUWEINE**, Action civile et procédures collectives après la loi du 26 juillet 2005, D. 2006, p. 501 ; **A. LIENHARD**. Note sur Cass. com., 27 nov. 2001, n° 98-19.871, D. 2000, p. 158; **M. BOURRIÉ-QUENILLET**, « *La faute de gestion du dirigeant de société en cas d'insuffisance d'actif* », Pratique judiciaire, JCP G n° 8, 18 Février 1998, I 112.

706 **D. DEMEYERE**, « *Les fautes de gestion dans la responsabilité pour insuffisance d'actif des dirigeants sociaux* », Gaz. Pal. 06 avril 2013 n° 96, p. 13.

707 Cass. com., 27 mai 2003, n° 00-14981.

708 Cass. com., 19 mars 1996, n° 94-12004, Bull. civ. IV, n° 91.

709 Cass. com., 5 avr. 2011, n° 10-16713 ; Cass. com., 17 nov. 1969, D. 1970, somm. p. 115.

710 Cass. com., 4 janv. 2000, n° 96-22091.

294. S'ajoutent à ces erreurs manifestes, les manquements des dirigeants à leurs obligations légales en matière de gestion. Il s'agit à titre d'exemple de l'absence de la tenue d'une comptabilité régulière ou du défaut de la publicité des comptes⁷¹¹, du détournement d'actif ou de l'augmentation du passif⁷¹² et de la disposition des biens de la personne morale comme des biens personnels⁷¹³. Ces manquements sont accompagnés généralement par la négligence fautive des dirigeants face à la dégradation de la situation de l'entreprise⁷¹⁴. C'est ainsi le cas du dirigeant qui ne paye pas les charges sociales et fiscales de l'entreprise⁷¹⁵ ou qui ne dépose pas son bilan dans les quarante-cinq jours qui suivent la cessation des paiements⁷¹⁶.

295. Les difficultés d'obtention du crédit. La seconde catégorie des sources des difficultés que nous voudrions mettre en évidence est relative à l'accès des petites et moyennes entreprises au crédit.

296. En effet, pour rassurer les établissements de crédit, certaines mesures particulières ont été prises par le législateur. Il s'agit tout d'abord de la dépénalisation du délit d'usure par la loi du 1^{er} août 2003 sur l'initiative économique, complétée par la loi sur les PME du 2 août 2005 dite loi *Dutreil*⁷¹⁷. L'objectif de cette mesure est de permettre aux établissements de crédit de prêter sans être menacés d'une sanction pénale⁷¹⁸.

711 Cass. com., 13 nov. 2007, n° 06-13212 ; Cass. com., 3 nov. 2009, n° 08-16361.

712 C. com., art. L. 654-2.

713 65. CA Paris, 18 oct. 2011, n° 10/25084.

714 Cass. com., 4 oct. 2005, n° 04-16365; Cass. com., 3 juill. 2012, n° 10-17624.

715 Cass. com., 13 nov. 2007, n° 06-13212.

716 Cass. com., 8 déc. 1998, n° 96-16339; Cass. com., 8 juill. 2003, n° 00-15919 ; Cass. com., 24 mars 2004, n° 02-17817 ; Cass. com., 4 oct. 2005, n° 04-16365; CA Toulouse, 2^{ème} ch., sect. 1, 29 avr. 2009, n° 08/02103, Rev. proc. coll. 2009, comm. n° 144, note **C. DELATTRE**; CA Douai 2^{ème} ch. sect. 2, 29 nov. 2012, n° 12/00803, Bull. Joly Entreprises en Difficulté, 01 mars 2013 n° 2, p. 74, note **P. RUBELLIN**.

717 La nouvelle rédaction de l'article l 313-3 du Code de la consommation.

718 **V. PERRUCHOT-TRIBOULET**, Le financement des entreprises dans un nouveau Code des activités économiques, LPA 07 septembre 2007 n° 180, p. 3.

297. Il en est de même quant à l'irresponsabilité du principe des créanciers, prévue par la nouvelle rédaction de l'article L. 650-1, issue de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005⁷¹⁹. En application de ce texte, en cas d'ouverture d'une procédure collective, « *les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci* ».

298. Toutefois, malgré l'importance de ces mesures, l'accès au crédit est resté restreint notamment depuis la crise de 2008 qui a frappé l'économie mondiale. Les effets néfastes de cette crise ont conduit à la création de la Médiation du crédit aux entreprises et de la Banque Publique d'investissements. L'objectif de la Médiation du crédit est d'examiner « *la situation de chaque entreprise éligible de manière concrète, pour rapprocher ses positions avec celles de ses partenaires financiers* »⁷²⁰. Tandis que la Banque d'investissement, créée par la loi n° 12-1559 du 31 décembre 2012, a pour finalité de soutenir les stratégies de la croissance durable, de l'emploi et de la compétitivité de l'économie par le financement des petites et moyennes entreprises en prêts et en fonds propres⁷²¹.

299. Pour renforcer ces mesures d'encouragement de financement des entreprises, une mission de réflexion a été ordonnée par le Ministère de l'économie et des finances sur le crédit interentreprises et la couverture du poste clients. Dans son rapport, Monsieur **Jean-Michel CHARPIN** a constaté que les difficultés des entreprises résultent principalement de l'accès restreint aux outils de mobilisation de créances, de l'accès restreint au crédit court terme et de l'accès au découvert bancaire⁷²².

719 Cf. **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, Droit des entreprises en difficulté, *op. cit.* 8^{ème} éd. p. 195.

720 **N. JACQUET**, « Médiation du crédit aux entreprises : quel bilan ? », Gaz. Pal. 06 mars 2010 n° 65, p. 11.

721 **G. TEBOUL**, De quelques chiffres et décisions en matière d'entreprises en difficulté, LPA 23 avril 2013 n° 81, p. 4.

722 Rapp. IGF n° 2012-M-070-04, Min. Éco., communiqué, 6 févr. 2013; <http://www.economie.gouv.fr/plan-pour-la-tresorerie-des-entreprises>.

En somme, la diversité des facteurs internes et externes des difficultés des entreprises exerce un effet important sur la nature et l'importance de leur manifestation⁷²³.

2) LA SITUATION ENVIRONNEMENTALE DE L'ENTREPRISE

300. Le domaine de l'obligation d'établissement du bilan environnemental.

L'exigence du respect des obligations attachées au respect de l'environnement a mis en évidence la nécessité de l'analyse de la situation environnementale de l'entreprise en difficulté qui pourrait faire l'objet de notification des arrêtés de remise en état⁷²⁴. En effet, depuis la loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003, relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages, la prise en compte du risque environnemental est devenue obligatoire. L'article L. 623-1 du Code de commerce dispose désormais que le bilan économique et social doit être complété par un bilan environnemental lorsque l'entreprise exploite une ou des exploitations classées au sens du titre V du Code de l'environnement⁷²⁵.

301. En principe, l'élaboration de ce bilan est obligatoire dans les procédures collectives qui nécessitent la désignation d'un administrateur judiciaire⁷²⁶. Mais, la désignation de cet organe n'est obligatoire que dans les entreprises qui franchissent les seuils de l'article R. 621-11 du Code de commerce. Il s'agit de trois millions d'euros de chiffre d'affaires hors taxes à la date de clôture du dernier exercice comptable ou de vingt salariés employés à la date de la demande d'ouverture de la procédure⁷²⁷. En effet, les petites entreprises ne sont pas soumises à cette obligation⁷²⁸. Pourtant, c'est au sein de ces petites structures que les prescriptions environnementales sont les moins respectées et les

723 **D. GIBIRILA**, Droit des entreprises en difficulté, *op. cit.* éd. 2009, p. 414.

724 **Th. SOLEILHAC** et **G. LEGRAND**, Entreprises en difficulté et droit de l'environnement : une délicate articulation, *Rev. Lamy dr. aff.*, n° 36 MARS 2009.

725 *Cf.* **C. SAINT-ALARY-HOUIN** *op. cit.* p. 561.

726 **P.-M. LE CORRE**, Droit et pratique des procédures collectives, *op. cit.* 7^{ème} éd. n° 491.41.

727 Pour plus de développement voir **F. PÉROCHON**, Entreprises en difficulté, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 253 et s..

728 Pour les entreprises qui ne remplissent pas les critères de l'article R. 621-11 du Code de commerce, la désignation de l'administrateur judiciaire est facultative. Mais une fois nommé, il participe activement à la gestion et à l'administration de l'entreprise.

risques y afférents sont les moins assurés⁷²⁹. Pour faire face à ces risques, une partie de la doctrine recommande l'élaboration du bilan environnemental même si l'entreprise ne relève pas de son domaine⁷³⁰.

302. Le contenu du bilan environnemental. S'agissant du contenu du bilan environnemental, il est énoncé par L'article R. 623-2 du Code de commerce. Compte tenu de ce texte, le bilan environnemental doit porter sur l'identification et la description du site où sont exploitées les installations classées et de leur environnement. Pour ce faire, il doit répertorier les produits dangereux ou susceptibles de l'être et indiquer les conditions d'occupation, de surveillance et d'accès au site. Il doit également préciser l'existence de pollutions potentielles en fonction du milieu pollué et préciser toutes les mesures de mise en sécurité déjà prises, prévues ou à prendre⁷³¹.

Il convient enfin de préciser que les organes de la procédure collective doivent respecter toutes les prescriptions techniques destinées à la prévention des pollutions et des risques et de les prendre en compte lors de l'élaboration des plans de continuation ou de cession.

§2) LA COOPÉRATION DANS L'ÉLABORATION DES PLANS

303. Perspectives de continuation ou de cession. Compte tenu de la nature de l'activité, de l'état du marché et des moyens de financement de l'entreprise, celle-ci peut se trouver contrainte à une réorganisation particulière. Dans la procédure de sauvegarde, le redressement des difficultés doit être assuré dans une perspective de continuation. La réorganisation de l'entreprise ne peut être assortie que d'une cession partielle, car l'entreprise n'est pas destinée à la vente⁷³². Dans cette procédure collective attractive, le

729 Th. SOLEILHAC et G. LEGRAND, *op. cit.*

730 P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.* 7^{ème} éd. n° 491.41.

731 Pour plus de développement voir Th. SOLEILHAC et G. LEGRAND, *op. cit.*

732 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.* 8^{ème} éd. p. 650.

débiteur doit rester à la tête de ses affaires⁷³³, sauf s'il estime que la poursuite de l'activité conduira inévitablement à la cessation des paiements. Il pourra dans ce cas de figure, demander la conversion de la procédure de sauvegarde en redressement et la préparation d'un plan de cession totale⁷³⁴.

304. Par ailleurs, dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaire, l'entreprise est destinée à la vente⁷³⁵. Cependant, les préjugés négatifs attachés au jugement d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire affaiblissent considérablement la chance d'un plan de cession⁷³⁶. En effet, à la différence de la procédure de redressement judiciaire, considérée comme la référence du plan de cession, il est trop difficile de trouver des offres sérieuses pour une entreprise en liquidation judiciaire⁷³⁷.

En tout état de cause, la décision de continuation ou de cession doit être prise en coopération avec tous les partenaires de l'entreprise en difficulté. Cette exigence pourrait être démontrée par les dispositions relatives à l'élaboration du projet de plan (A) mais aussi par l'obligation de consultation des créanciers sur les propositions du débiteur et de l'administrateur judiciaire (B).

A) LA PRÉPARATION DU PROJET DE PLAN

Le projet de plan pourrait être défini comme la stratégie de l'entreprise quant à la poursuite de l'activité, la réorganisation de l'entreprise et les modalités de l'apurement du passif⁷³⁸. Son objectif est de présenter aux partenaires de l'entreprise les mesures capables

733 **A. MARTIN-SERF**, « *Tout en restant chef dans son entreprise* », LPA 14 juin 2007 n° 119, p. 21.

734 Nous rappelons, toutefois, que la cession partielle peut accompagner le plan de continuation dans la procédure de sauvegarde ainsi que dans la procédure de redressement (Cf. **L.-C. HENRY**, « *Le plan de cession et la loi de sauvegarde des entreprises* », Gaz. Pal. 08 septembre 2005, n° 251, p. 39).

735 En ce qui concerne la procédure de redressement judiciaire, l'article L. 631-13 du Code de commerce dispose que « *dès l'ouverture de la procédure, les tiers sont admis à soumettre à l'administrateur des offres tendant au maintien de l'activité de l'entreprise, par une cession totale ou partielle de celle-ci selon les dispositions de la section 1 du Chapitre II du titre IV* ».

736 **G. COUTURIER**, « *Le plan de cession, instrument de restructuration des entreprises défailtantes* », Bull. Joly Sociétés, 01 février 2008 n° 2, p. 142.

737 *Ibid.*

738 Cf. **V. MANIE**, *Le sort des créanciers dans les plans de sauvegarde, de redressement et de cession de l'entreprise*, Université Toulouse I - Sciences sociales, 2006.

de réduire les charges de celle-ci et de rentabiliser son exploitation pour apurer son passif. De ce fait, il contient les propositions du débiteur et de l'administrateur judiciaire qui seront mises à la consultation des créanciers et arrêtées dans un plan de continuation ou de cession par le tribunal⁷³⁹. Nous verrons successivement la modalité d'élaboration du projet de plan (1) et les principales propositions qui peuvent être avancées pour redresser la situation de l'entreprise (2).

1) LA MODALITÉ D'ÉLABORATION DU PROJET DE PLAN

305. La coopération du débiteur et d'administrateur judiciaire. Le projet de plan pourrait être établi par le débiteur ou l'administrateur judiciaire, en fonction de la nature de la procédure. Établi par l'un ou l'autre, il nécessite une grande coopération. En effet, dans la procédure de sauvegarde, le projet de plan est établi par le débiteur avec l'assistance de l'administrateur judiciaire⁷⁴⁰. Cela est justifié notamment par le caractère incitatif de la procédure de sauvegarde qui renforce les pouvoirs des dirigeants face aux organes de la procédure.

306. En revanche, dans la procédure de redressement judiciaire, le projet de plan est établi par l'administrateur judiciaire avec le concours primordial du débiteur⁷⁴¹. Par ailleurs, la situation est un peu délicate en cas d'absence d'administrateur dans une procédure de redressement. Sur la base du renvoi aux règles applicables à la procédure de sauvegarde, établi par l'article L. 631-21 du Code de commerce, une partie de la doctrine soutient que le projet de plan soit établi par le débiteur avec l'assistance éventuelle d'un expert nommé par le tribunal⁷⁴².

307. Le rôle des créanciers. Enfin, depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, les créanciers peuvent également jouer un rôle important dans l'élaboration du projet de plan. Compte tenu de la nouvelle rédaction de l'article L. 626-30-2 du Code de commerce, « *tout*

739 L.-C. HENRY, *op. cit.*

740 C. com., art. L. 626-2.

741 C. com., art. L. 631-19.

742 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Sauvegarde et redressement judiciaire, op. cit.*

créancier membre d'un comité peut également soumettre de telles propositions au débiteur et à l'administrateur ». Il s'agit en effet, d'une mesure importante pour renforcer la coopération des parties concernées par la procédure collective. Mais, les pouvoirs du débiteur sur la maîtrise du futur plan sont garantis par l'article R. 626-57-2 du Code de commerce⁷⁴³. En vertu de ce texte, « *le créancier membre d'un comité qui entend soumettre des propositions en application de l'article L. 626-30-2 transmet celles-ci, par tout moyen, au débiteur et à l'administrateur. Le débiteur, avec le concours de l'administrateur, apprécie s'il y a lieu de les soumettre au comité de créanciers* ».

2) LES PROPOSITIONS DU PROJET DE PLAN

308. Réorganisation de l'entreprise. Compte tenu de la situation de l'entreprise en difficulté et de sa capacité de financement, plusieurs modalités de réorganisation peuvent être proposées par le projet de plan. Il peut s'agir, à titre d'exemple, de l'arrêt, de l'adjonction ou de la cession d'une ou de plusieurs branches d'activité. Mais, le caractère incitatif de la procédure de sauvegarde exclut la possibilité de la cession totale de l'entreprise dans une procédure de sauvegarde. Car, cette procédure ne doit pas conduire à l'exclusion des dirigeants⁷⁴⁴. Cependant, la nouvelle rédaction de l'article L. 622-1 du Code de commerce donne au débiteur, qui constate la nécessité de la cession totale de l'entreprise, la possibilité de demander la conversion de la sauvegarde en redressement judiciaire. Le tribunal peut ensuite procéder à la cession totale. Une partie de la doctrine critique la complexité de cette procédure en soutenant la proposition du projet d'ordonnance qui autorisait la cession totale dans la procédure de sauvegarde sous réserve de l'accord du débiteur⁷⁴⁵.

309. Reconstitution des fonds propres de l'entreprise en difficulté. Le projet de plan peut également proposer la reconstitution des fonds propres de l'entreprise par le biais notamment de la transformation de la société ou de l'augmentation de son capital⁷⁴⁶. Ces

743 N. PICOD, La remise de dette en droit privé, université de Toulouse 1 Capitole, 2011.

744 A. MARTIN-SERF, « *Tout en restant chef dans son entreprise* », *op. cit.*

745 C. SAINT-ALARY-HOUIN, Droit des entreprises en difficulté, *op. cit.* 8^{ème} éd. p. 601.

746 Le tribunal peut aussi subordonner l'adoption du plan à la prise de ces mesures.

mécanismes sont régis par le droit commun et ne présentent pas une grande particularité en droit des entreprises en difficulté. Il convient cependant de souligner que dans cette matière, l'augmentation du capital ne peut être effectuée que par apports en numéraire ou par compensation des créances⁷⁴⁷.

310. Règlement du passif de l'entreprise. S'agissant du règlement du passif, il était, sous l'empire de l'ancienne législation, la seule finalité du droit de faillite. La procédure collective était ouverte par les créanciers et pour les créanciers⁷⁴⁸. Mais, la loi du 25 janvier 1985 a considérablement limité les droits de ceux-ci⁷⁴⁹. Elle a supprimé le concordat et réformé la procédure de déclaration des créances. Son idée directrice était surtout d'alourdir les conditions de la déclaration des créances pour profiter à l'entreprise débitrice les créances éteintes et favoriser ainsi son redressement⁷⁵⁰. Mais cet alourdissement a été très tôt simplifié par la loi du 10 juin 1994 pour les créanciers alimentaires. La loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 et l'ordonnance du 18 décembre 2008 ont élargi le champ de la simplification. Ainsi, le statut des créanciers postérieurs⁷⁵¹, le délai de la déclaration des créances⁷⁵², le relevé de forclusion⁷⁵³ et le sort des créances non déclarées⁷⁵⁴ sont des très belles illustrations.

Toutefois, l'apurement du passif n'est plus la seule finalité de la procédure collective, mais l'un des objectifs principaux de l'ouverture de la procédure collective⁷⁵⁵. En effet, la nouvelle rédaction de l'article L. 626-5 dispose que « *les propositions pour le règlement*

747 Cf. S. SYLVESTRE-TOUVIN, Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital, Université de Paris 1, 2002, Presses Universitaires d'Aix-Marseille 2003.

748 P.-M. LE CORRE, « 1807-2007, 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise », *op. cit.*

749 G. JAZOTTES, « Les créanciers de l'article 40 », LPA 06 septembre 2000 n° 178, p. 36.

750 L.-C. HENRY, « Les modifications apportées par l'ordonnance du 18 décembre 2008 à la fixation du passif non salarial dans les procédures collectives », Gaz. Pal. 10 mars 2009, n° 69, p. 32.

751 C. com., art. L. 622-17 et L. 641-13.

752 C. com., art. L. 622-24 et R. 622-24.

753 C. com., art. L. 622-26.

754 C. com., art. R. 624-2.

755 En application des articles L. 620-1 et L. 631-1 du Code de commerce, les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire ont comme objectif la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Quant à la procédure de liquidation judiciaire, elle est destinée, selon l'article L. 640-1 à la cessation de l'activité et à la réalisation du patrimoine de l'entreprise.

des dettes peuvent porter sur des délais, remises et conversions en titres donnant ou pouvant donner accès au capital ».

311. Délais des paiements et remises des dettes. En effet, dans un projet de plan, le débiteur peut proposer à ses créanciers de lui accorder des délais de paiement ou des remises des dettes⁷⁵⁶. Les créanciers sont ainsi invités à se prononcer sur les propositions du projet de plan. Ils peuvent les accepter ou les refuser. Dans ce dernier cas de figure, le tribunal peut imposer aux créanciers récalcitrants des délais uniformes de paiement⁷⁵⁷. En tout état de cause, rien n'interdit aux créanciers d'accorder des délais de paiement et des remises de dettes plus favorables que ceux prévus par le projet de plan. Ils peuvent également convertir leurs créances en titres donnant ou pouvant donner accès au capital de l'entreprise débitrice⁷⁵⁸.

312. Conversion des créances en titres donnant ou pouvant donner accès au capital. Cette modalité de règlement du passif est introduite au nouvel article L. 626-30-2 du Code de commerce par l'ordonnance du 18 décembre 2008. En vertu de ce texte, le projet de plan peut *« prévoir des délais de paiement, des remises et, lorsque le débiteur est une société par actions dont tous les actionnaires ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports, des conversions de créances en titres donnant ou pouvant donner accès au capital »*. Mais, la nouvelle rédaction de l'article L. 626-5, issue de la loi n° 2010-1249 de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010, a élargi le champ d'application de ce mécanisme à toutes les formes de sociétés y compris les SARL et les sociétés de personnes⁷⁵⁹. Désormais, en dépit du risque que représente ce mécanisme pour les sociétés de personnes, la forme juridique de la société est devenue indifférente.

313. La conversion des créances et la liberté contractuelle. En effet, la conversion des créances en titres donnant ou pouvant donner accès au capital de l'entreprise est à la fois une modalité de règlement du passif et un mécanisme d'augmentation du capital de

756 C. com., art. L. 626-5.

757 C. com., art. L. 626-18 al. 4.

758 Cf. N. PICOD, *op. cit.* p. 233.

759 C. LEBEL, Innovations apportées aux plans de sauvegarde et de redressement par la loi de la régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010, Gaz. Pal. 08 janvier 2011 n° 8, p. 9.

l'entreprise en difficulté. En raison de ce mécanisme, les créanciers deviennent titulaires des droits sociaux ou des actions, ce qui est de nature à augmenter le capital de l'entreprise à concurrence des créances converties. Mais, une partie de la doctrine mettait l'accent sur l'incompatibilité de ce mécanisme avec la théorie de la liberté contractuelle et le principe d'égalité des créanciers⁷⁶⁰. En effet, malgré leur consentement, certains créanciers peuvent se voir imposés de convertir leurs créances en droits sociaux. Car, une fois votée par les comités des créanciers, la conversion est imposée à tous les membres de chaque comité⁷⁶¹. En revanche, quant aux créanciers non membres ou en cas de défaut des comités des créanciers, l'accord exprès est requis. Le défaut de réponse dans le délai de trente jours ne vaut pas acceptation⁷⁶².

B) LA CONSULTATION DES CRÉANCIERS

Les créanciers doivent être consultés collectivement en présence des comités des créanciers (1) ou individuellement (2) sur les propositions du projet de plan notamment celles relatives aux remises de dettes et aux délais de paiement.

1) LE VOTE DU PLAN PAR LES COMITÉS DES CRÉANCIERS

314. Constitution des comités des créanciers. Trois critères sont essentiels pour la constitution des comités des créanciers. Il s'agit en application des articles L. 626-29 et R. 226-52 du Code de commerce, de la certification des comptes du débiteur par le commissaire aux comptes ou leur établissement par un expert-comptable, d'un nombre des salariés supérieur à 150 et d'un chiffre d'affaires de 20 millions d'euros au moins. À défaut de ces critères, les comités des créanciers ne peuvent être constitués qu'à titre facultatif à la demande du débiteur ou de l'administrateur judiciaire⁷⁶³.

760 Cf. C. SAINT-ALARY-HOUIN, Droit des entreprises en difficulté, *op. cit.* 8^{ème} éd. p. 651.

761 F.-X. LUCAS, Les innovations introduites par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre, *op. cit.*

762 C. com., art. L. 626-5.

763 C. com., art. R. 226-53 et R. 626-54.

En cas de constitution des comités, les créanciers sont repartis en deux catégories : les établissements de crédit, membres du comité des établissements de crédit et les principaux fournisseurs de biens ou de services qui siègent au comité des fournisseurs. S'ajoute à ces deux comités, l'assemblée générale des obligataires qui doit se prononcer sur les délais de paiement et les remises des dettes des créances obligataires.

315. S'agissant des modalités de composition de ces comités, le choix du législateur s'est arrêté sur les créanciers indispensables à la poursuite de l'activité de l'entreprise⁷⁶⁴. Il s'agit des établissements de crédit et assimilés qui sont membres de droit au comité des établissements de crédit⁷⁶⁵. En application des articles R. 626-55 du Code de commerce et L. 511-1 du Code monétaire et financier, sont assimilés aux établissements de crédit les institutions qui font des opérations de banque et les établissements intervenants en libre établissement ou en libre prestation de services sur le territoire des États parties à l'accord sur l'espace économique européen⁷⁶⁶. Il s'agit également des principaux fournisseurs dont la créance doit représenter au moins 3% du total des créances des fournisseurs⁷⁶⁷. Les autres créanciers fournisseurs peuvent y participer à la demande de l'administrateur judiciaire⁷⁶⁸.

316. Mécanisme du vote et coopération des parties. Les comités des créanciers sont consultés sur toutes les propositions du projet de plan. Cela concerne évidemment les propositions relatives aux délais de paiement et les remises de dettes⁷⁶⁹, mais aussi toutes les autres propositions relatives à la réorganisation de l'entreprise et aux garanties de la bonne exécution du plan⁷⁷⁰. Ainsi, le sort de l'entreprise est voté par chaque comité à la majorité des deux tiers du montant des créances détenues par les membres ayant exprimé

764 **F.-X. LUCAS** et **H. LÉCUYER**, *op. cit.*

765 C. com., art. L. 626-30.

766 **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.* 8^{ème} éd. p. 615.

767 C. com., art. L. 626-30.

768 **Ch. LÉGUEVAQUES**, *op. cit.*

769 **P.-M. LE CORRE**, *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.* p. 7^{ème} éd. n° 512-2 et s.

770 **F. PÉROCHON**, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 435.

un vote⁷⁷¹. Les créanciers minoritaires sont ainsi soumis à la décision de la majorité, ce qui pourrait représenter un risque éventuel d'abus de majorité. Mais, pour neutraliser ce risque, le tribunal doit vérifier les propositions accordées avant de les rendre applicables à tous les membres de chaque comité. Il doit s'assurer de la protection des intérêts de tous les créanciers, notamment les créanciers minoritaires⁷⁷².

317. Ainsi, le droit de vote accordé aux comités des créanciers est une source de coopération dans l'intérêt de ceux-ci, mais aussi dans l'intérêt de l'entreprise en difficulté. Du point de vue des créanciers, le mécanisme de vote implique une participation active dans la préparation du sort de l'entreprise et garantit, par conséquent, la protection de toutes les parties⁷⁷³. En effet, depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, les créanciers peuvent être à l'initiative des propositions du projet de plan⁷⁷⁴. Compte tenu de la nouvelle rédaction de l'article L. 626-30-2 du Code de commerce tout créancier membre d'un comité peut soumettre ses propositions au débiteur et à l'administrateur.

318. Cette innovation est importante dans la mesure où elle permet le renforcement de la coopération des créanciers. Elle ne présente « *aucun risque de menace au regard de la maîtrise du futur plan par le débiteur* »⁷⁷⁵. Car, en application de l'article R. 626-57-2, le débiteur, assisté par l'administrateur judiciaire, pourrait filtrer les propositions émanant des créanciers. En vertu de ce texte, « *le créancier membre d'un comité qui entend soumettre des propositions en application de l'article L. 626-30-2 transmet celles-ci, par tout moyen, au débiteur et à l'administrateur. Le débiteur, avec le concours de l'administrateur, apprécie s'il y a lieu de les soumettre au comité de créanciers* ».

771 C. com., art. L. 626-30-2.

772 Ch. LÉGUEVAQUES, *op. cit.*

773 J.-L. VALLENS, *op. cit.*

774 F. PÉROCHON, *op. cit.* p. 435.

775 N. PICOD, *op. cit.* p. 233.

319. En tout état de cause, les propositions du projet de plan doivent être négociées par les créanciers⁷⁷⁶. La loi suscite en effet « *une véritable négociation entre le débiteur, l'administrateur et chacun de deux comités, qui peut conduire à l'amendement par le débiteur de ses propositions* »⁷⁷⁷. Ces propositions sont ensuite votées par les créanciers à la majorité des deux tiers du montant des créances détenues par les membres ayant exprimé un vote⁷⁷⁸. Les créanciers minoritaires sont ainsi soumis à la décision de la majorité⁷⁷⁹. Cette soumission a conduit cependant certains auteurs à poser la question sur la préservation de la volonté des créanciers minoritaires en cas de remise de dette⁷⁸⁰. Car, à la différence de l'octroi de délai de paiement, la remise de dette ne peut être imposée aux créanciers⁷⁸¹.

320. Pour neutraliser cette atteinte, la loi a prévue quelques mesures protectrices. D'une part, pour être adoptées, les propositions de plan doivent être votées par la majorité des deux tiers du montant des créances détenues par les membres ayant exprimé un vote⁷⁸². D'autre part, le tribunal doit vérifier toutes les propositions accordées avant de les rendre applicables à tous les membres de chaque comité⁷⁸³. Ainsi, l'atteinte à la liberté des créanciers minoritaires est « *contrebalancée par la vérification qui est faite par le juge que les intérêts des tiers sont suffisamment protégés. Par tiers, il convient d'entendre tant les créanciers minoritaires que les créanciers non membres des comités, dont le vote des comités affecte indirectement les intérêts* »⁷⁸⁴.

776 **P.-M. LE CORRE**, Droit et pratique des procédures collectives, *op. cit.* 7^{ème} éd. 512-2 et s. ; **F. PÉROCHON**, Entreprises en difficulté, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 435.

777 **F. PÉROCHON**, *op. cit.* p. 439.

778 C. com., art. L. 626-30-2.

779 C. com., art. L. 626-30-2.

780 **N. PICOD**, *op. cit.* p. 234.

781 C. com., art. L. 626-18.

782 C. com., art. L. 626-30-2.

783 C. com., art. L. 626-3; Cf. **Ch. LÉGUEVAQUES**, *op. cit.*

784 **N. PICOD**, *op. cit.* p. 234.

321. Par ailleurs, du point de vue de l'entreprise en difficulté, les sacrifices votés par les comités des créanciers n'ont aucune limite. Ils ne sont pas soumis à la durée maximale ni à la règle du versement d'un dividende minimal de 5% à l'expiration de la première année⁷⁸⁵.

322. En tout état de cause, le tribunal doit respecter les engagements des parties et arrêter le plan comme était voté par les créanciers⁷⁸⁶. Sa décision ne doit pas mettre en cause la force obligatoire de l'accord négocié et voté par les créanciers⁷⁸⁷. Il ne doit pas imposer aux créanciers des charges supplémentaires, autres que les engagements votés et inscrits dans le plan⁷⁸⁸. En revanche, quant aux créanciers non membres aux comités des créanciers, ils doivent être consultés individuellement suivant les modalités de droit commun⁷⁸⁹.

2) LA CONSULTATION INDIVIDUELLE DE DROIT COMMUN

323. Modalités de consultation. En absence des comités des créanciers, la consultation doit être effectuée à titre individuel.

En application de l'article L. 626-5 du Code de commerce, l'administrateur judiciaire ou à défaut le débiteur doit communiquer aux contrôleurs, au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel les propositions du projet de plan. Celles-ci sont ensuite transmises par le mandataire judiciaire à chaque créancier ayant déclaré sa créance⁷⁹⁰. Elles doivent être accompagnées de l'état de la situation active et passive avec ventilation du passif privilégié et du passif chirographaire, de l'ensemble des propositions relatives au

785 C. com., art. L. 626-18.

786 **B. THULLIER**, « *Cession judiciaire des contrats et loi de sauvegarde des entreprises: moins d pouvoirs pour le juge* », D., 2006, p. 130.

787 C. civ. art. 1134.

788 C. com., art. L. 626-10.

789 **P.-M. LE CORRE**, Droit et pratique des procédures collectives, *op. cit.* 7^{ème} éd. n° 552-31.

790 **F. PÉROCHON**, Entreprises en difficulté, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 421.

règlement des dettes et l'indication des garanties offertes et de l'avis du mandataire judiciaire et des contrôleurs⁷⁹¹.

324. La transmission des propositions du projet de plan, notamment celles relatives au règlement du passif, pourrait être effectuée par écrit ou au cours d'une réunion à titre collectif. Ainsi, les créanciers sont convoqués par le mandataire judiciaire pour lui faire connaître leur position sur les propositions du projet de plan. Chaque créancier doit donner sa position à titre individuel. Il en résulte que « *la volonté exprimée par les créanciers au cours de telle réunion n'a rien de collectif* »⁷⁹².

325. Les créanciers concernés par la consultation individuelle. Sont concernés par cette modalité de consultation, tous les créanciers ayant déclaré leurs créances. Il s'agit des créanciers antérieurs, des créanciers postérieurs dont les créances ne sont pas nées dans les besoins de la procédure au sens de l'article L. 622-17 I du Code de commerce, de l'organisme de garantie des salaires et des créanciers publics. Ce régime est également applicable aux créanciers non membres aux comités des créanciers qui doivent être consultés individuellement sur les propositions du projet de plan. Il en est de même en cas de refus des propositions par les comités des créanciers ou lorsque ceux-ci n'arrivent pas à se mettre d'accord⁷⁹³. Trois précisions particulières doivent cependant être avancées à propos de la consultation individuelle des créanciers.

326. Dispense de consultation en cas de paiement intégral. La première est relative à la dispense de consultation individuelle en cas paiement intégral. Cela concerne en particulier les petits créanciers dont le plan prévoit un paiement intégral. En effet, dans son 4^{ème} alinéa l'article L. 626-5 dispose que « *le mandataire judiciaire n'est pas tenu de consulter les créanciers pour lesquels le projet de plan ne modifie pas les modalités de paiement ou prévoit un paiement intégral en numéraire dès l'arrêté du plan ou dès l'admission de leurs créances* ». Il s'agit d'une solution « *de bon sens* », pour utiliser les

791 C. com., art. R. 626-7.

792 F. PÉROCHON, Entreprises en difficulté, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 422.

793 P.-M. LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, *op. cit.* 7^{ème} éd. n° 552-31.

termes d'un auteur⁷⁹⁴. Le législateur a ainsi « *rationnalisé le domaine de la consultation obligatoire* » et allégé les opérations en excluant la consultation des petits créanciers qui peuvent être trop nombreux⁷⁹⁵.

327. Particularité de la consultation écrite des créanciers publics. La deuxième précision que nous voudrions mettre en évidence découle de la particularité des créanciers publics. En effet, l'article L. 626-6 permet à ceux-ci « *de remettre tout ou partie de ses dettes au débiteur dans des conditions similaires à celles que lui octroierait, dans des conditions normales de marché, un opérateur économique privé placé dans la même situation* ». Cela peut concerner les impôts directs, mais aussi les intérêts de retard, majorations, pénalités ou amendes résultant des impôts indirects⁷⁹⁶. Toutefois, lorsque ces créanciers sont consultés par écrit, la proposition qui leur est soumise doit porter exclusivement sur des délais de paiement⁷⁹⁷. Ils ne peuvent pas être consultés par écrit sur la remise de dette⁷⁹⁸.

La raison de cette restriction est de « *leur éviter le péril de la remise de dette (acceptée de force) qui guette les autres créanciers en cas de non-réponse* »⁷⁹⁹. En effet, pour favoriser le sauvetage des entreprises en difficulté, le législateur a prévu que le défaut d'une réponse dans le délai d'un mois à compter de la réception de la lettre du mandataire judiciaire vaut acceptation⁸⁰⁰. Mais, ce piège doit être signalé aux créanciers. Ceux-ci doivent être informés de la nécessité de leur réponse dans le délai de trente jours pour éviter que leur silence soit qualifié d'acceptation⁸⁰¹.

328. Exigence de l'accord exprès du créancier sur la conversion des créances en titres donnant ou pouvant donner accès au capital. Enfin, en cas de conversion des

794 P.-M. LE CORRE, RPC, 2011-04, art 3, p. 36, n° 22 et 24, cité par F. PÉROCHON.

795 F. PÉROCHON, *op. cit.* p. 422.

796 C. com., art. L. 626-6.

797 C. com., art. L. 626-5.

798 Cass. com. 26 mars 2013, Rev. sociétés, juin 2013, p. 382, note L.-C. HENRY.

799 F. PÉROCHON, *op. cit.* p. 421.

800 C. com., art. L. 626-5.

801 C. com., art. R. 626-7.

créances en titres donnant ou pouvant donner accès au capital de l'entreprise en difficulté, l'accord du créancier ne peut être présumé. Celui-ci doit donner son accord exprès à cette modalité particulière de règlement du passif. En vertu de l'article L. 626-5 alinéa 2, le mandataire judiciaire doit recueillir « *individuellement et par écrit, l'accord de chaque créancier qui a déclaré sa créance conformément à l'article L. 622-24* ». Il ajoute qu'à la différence du régime ordinaire de consultation des créanciers, le défaut de réponse du créancier « *dans le délai de trente jours à compter de la réception de la lettre du mandataire judiciaire, vaut refus* ». Ainsi, *l'affectio societatis* est pris en compte par le législateur. Car, il ne pourrait pas être imposé au créancier d'être associé ou actionnaire en dépit de sa volonté. Il devrait pouvoir accepter ou refuser la proposition de conversion de ses créances en titres donnant ou pouvant donner accès au capital de l'entreprise en difficulté⁸⁰².

329. Le refus des propositions du projet de plan. S'agissant cependant des créanciers récalcitrants, c'est-à-dire ceux qui ont refusé les propositions du projet de plan relatives au règlement du passif, le tribunal peut imposer des délais uniformes de paiement⁸⁰³. Mais, « *le premier paiement ne peut intervenir au-delà d'un délai d'un an. Le montant de chacune des annuités prévues par le plan, à compter de la troisième, ne peut être inférieur à 5 % de chacune des créances admises, sauf dans le cas d'une exploitation agricole* »⁸⁰⁴. En effet, en cas de refus des propositions du projet de plan, des délais uniformes de paiement peuvent être imposés aux créanciers. En revanche, quant à la remise de dette, elle doit obligatoirement être accordée par chaque créancier.

Le législateur a ainsi élaboré une distinction entre l'octroi de délais de paiement et la remise dette un peu convaincante. Certains auteurs estiment justement que sur le plan

802 Ph. ROUSSEL GALLE, « *Premières vues sur la Sauvegarde Financière Accélérée et sur les modifications apportées au droit des entreprises en difficulté par la loi du 22 octobre 2010* », JCP E n° 44, 4 nov. 2010, act. 591.

803 C. com., art. L. 626-18 al. 4.

804 *Ibid.*

économique la remise de dette et le délai de paiement « *sont strictement équivalents et impliquent une réduction de la créance* »⁸⁰⁵.

330. Les régimes particuliers. Certaines créances particulières dérogent cependant au régime général des délais uniformes. Il s'agit en particulier des créances dont le délai stipulé par les parties avant l'ouverture de la procédure collective est supérieur au délai prévu par le plan. En application du 3^{ème} alinéa de l'article L. 626-18 du Code de commerce, le tribunal doit ordonner le maintien du délai conventionnel. Il en est de même quant aux emprunts *in fine* ou assortis d'un différé de remboursement⁸⁰⁶. Le remboursement de ces créances « *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. À 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 délais uniformes de paiement 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* »⁸⁰⁷.

331. En somme, le sort de l'entreprise est élaboré grâce à la coopération du débiteur, mais aussi des organes de la procédure et des partenaires de l'entreprise en difficulté. Ceux-ci jouent un rôle important dans la préparation du sort de l'entreprise et doivent être informés aux cours de l'exécution du plan de continuation ou de cession.

805 F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit. 9^{ème} éd. p. 472.

806 F. PÉROCHON, op. cit. p. 470.

807 C. com., art. L. 626-18 al. 5.

SECTION 2 : L'INFORMATION SUR LE SORT DE L'ENTREPRISE

L'analyse de l'information préparatoire du sort de l'entreprise en difficulté permettra au tribunal d'avoir une idée exacte sur la situation financière économique et sociale de l'entreprise et de se prononcer, en effet, sur son sort. Un plan de continuation ou de cession peut ainsi être adopté en toute connaissance de cause et avec l'entière efficacité recherchée⁸⁰⁸. Mais, l'information de toutes les personnes concernées, dans l'un ou l'autre cas, doit être assurée. Elles doivent être informées de l'exécution du plan en cas de continuation (Paragraphe 1) mais aussi des offres de reprise de l'entreprise en cas de cession (Paragraphe 2).

§1) À L'OCCASION DU PLAN DE CONTINUATION

En application de l'article L. 626-25 du Code de commerce, un commissaire à l'exécution du plan doit être désigné par le tribunal qui arrête le plan de continuation. La mission de cet organe est de surveiller la bonne exécution des engagements pris dans le plan. Il doit rendre compte de sa mission et informer le tribunal et toutes les parties concernées (A). Cette information joue un rôle crucial dans la surveillance des engagements du débiteur. Mais, il arrive parfois que des retouches particulières deviennent nécessaires pour la bonne exécution du plan de continuation, ce qui exige l'accord du tribunal et l'information de toutes les parties (B).

808 Cf. G. COUTURIER, *op. cit.*

A) L'INFORMATION SUR L'EXÉCUTION DU PLAN

332. La nomination du commissaire à l'exécution du plan. Le tribunal doit nommer, parmi les anciens administrateurs ou mandataires judiciaires, un commissaire à l'exécution du plan dont la mission est de surveiller la bonne exécution des engagements pris dans le plan. En application de l'article L. 626-25 du Code de commerce, cet organe a qualité notamment pour suivre les actions introduites par l'administrateur judiciaire ou le mandataire judiciaire et d'engager des actions dans l'intérêt collectif des créanciers⁸⁰⁹.

333. Les rapports du commissaire à l'exécution du plan. Au cours de l'exercice de sa mission, le commissaire à l'exécution du plan doit faire la lumière sur les conditions de l'exécution du plan de continuation. Il doit notamment établir des rapports annuels « *sur l'exécution des engagements du débiteur et sur les paiements et répartitions auxquels il a procédé* »⁸¹⁰. L'article R. 626-43 du Code de commerce énonce que ces rapports doivent être déposés au greffe du tribunal, communiqués au ministère public et tenus à la disposition de tout créancier.

Il doit également établir un rapport spécial destiné au président du tribunal et au ministère public en cas d'inexécution des engagements du débiteur ou de toute autre personne engagée dans le plan de continuation. Cette information doit aussi être communiquée au comité d'entreprise ou, à défaut, aux délégués du personnel.

Enfin, au terme de sa mission, le commissaire à l'exécution du plan doit établir un compte rendu de fin de mission conformément aux dispositions des articles R. 626-39 et R.

809 Ce pouvoir a été reconnu par la jurisprudence de la Cour de cassation. Dans un arrêt du 12 juillet 1994, il a été jugé que le commissaire à l'exécution du plan trouvait « *dans les pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 67, alinéa 2, en vue de poursuivre les actions exercées avant le jugement arrêtant le plan, par le représentant des créanciers, pour la défense de leur intérêt collectif, qualité pour engager également en leur nom une action tendant aux mêmes fins* » (Cass. com., 12 juill. 1994, Bull. civ. IV, n° 265, D. 1995, somm. p. 1, obs. **F. DERRIDA** ; LPA 16 juin 1995, p. 22 ; JCP G 1995, I, 3815, n° 17, obs. **M. CABRILLAC**).

810 C. com., art. R. 626-43.

626-40. Ce compte rendu doit être déposé au greffe du tribunal dans les deux mois qui suivent l'achèvement de la mission.

334. Les sources d'information du commissaire à l'exécution du plan. Dans, l'exercice de sa mission, le commissaire à l'exécution du plan bénéficie d'un droit d'accès à l'information. Il peut se faire communiquer toutes les informations nécessaires à l'exercice de sa mission, à l'exception cependant de celles protégées par le secret professionnel⁸¹¹. Cette réserve a été confirmée à propos du secret bancaire. En effet, la Cour de cassation a jugé que « *l'établissement de crédit est tenu d'opposer le secret bancaire au commissaire à l'exécution du plan agissant dans l'intérêt collectif des créanciers* »⁸¹².

Toutefois, la portée de cette limite à l'accès direct du commissaire à l'exécution du plan aux informations soumises au secret professionnel est minime. Car, la communication de celles-ci n'est pas impossible dans la mesure où cet organe peut s'informer auprès du juge-commissaire auquel le secret professionnel n'est pas opposable⁸¹³.

B) L'INFORMATION SUR LA MODIFICATION DU PLAN

335. Modification mineure ou substantielle. En principe, le plan de continuation doit être exécuté tel que voté par les créanciers et arrêté par le tribunal. Mais, il arrive parfois que des retouches particulières deviennent nécessaires. En application de l'article L. 626-26 du Code de commerce, ces retouches peuvent être mineures ou substantielles. La modification mineure peut être établie par le débiteur, alors que la modification substantielle dans les objectifs ou les moyens du plan ne peut être effectuée que par le tribunal lui-même.

811 Voir *infra* n° 391 et s.

812 Cass. com.10 déc. 2002, n° 00-10.824, D. 2003, act. jurispr. p. 134 ; JCP E 2003, 760, n° 3, obs. **M. CABRILLAC**; RD bancaire et fin. 2003, comm. 36, obs. **F.-X. LUCAS**.

813 Cf. **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, Commissaire à l'exécution du plan, Fasc. 2238, J.-Cl., Commercial.

336. La demande de la modification du plan de continuation émane du débiteur, seul habilité à demander la modification. Pour prouver, le caractère substantiel de cette modification, le débiteur doit justifier la survenance d'une nouvelle situation de nature à remettre en cause les dispositions du plan de continuation⁸¹⁴. La modification peut ainsi concerner la durée du plan, la forme de la société, l'inaliénabilité des biens ou la modalité du règlement du passif⁸¹⁵.

337. La transparence vis à vis des personnes concernées par la modification. Toute personne intéressée par la modification substantielle du plan doit être entendue ou dûment appelée par le tribunal avant de statuer sur la modification substantielle du plan⁸¹⁶. Il peut s'agir du débiteur, du commissaire à l'exécution du plan, des représentants du comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel, des contrôleurs, des associés qui se sont engagés dans le cadre de l'exécution du plan ou plus généralement de toutes les cautions d'exécution du plan⁸¹⁷.

338. La raison de cette information est d'éviter que les personnes engagées dans le plan se voient imposer des charges autres que celles qui ont été inscrites dans le plan de continuation. En effet, lorsque la modification porte sur l'apurement du passif, les créanciers doivent être consultés selon la modalité initiale de l'adoption du plan. Ainsi, les créanciers qui ont été consultés individuellement lors de l'adoption du plan doivent également être consultés individuellement sur la modification substantielle de la modalité du règlement de leurs créances. Ils doivent faire valoir leurs observations dans le délai de quinze jours au commissaire à l'exécution du plan⁸¹⁸. En revanche, lorsque le plan de continuation a été voté par le comité des créanciers, sa modification doit être adoptée dans

814 C. SAINT-ALARY-HOUIN, Droit des entreprises en difficulté, *op. cit.* 8^{ème} éd. p. 665 citant la Cour d'appel de Paris 10 mai 1995, D., 1995, IR p. 162.

815 Cf. P.-M. LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, *op. cit.* 7^{ème} éd. n° 542-20.

816 C. com., art. L. 626-26.

817 H. LÉCUYER et al., *op. cit.*

818 C. com., art. R. 626-45.

les mêmes conditions⁸¹⁹. Signalons, enfin, que l'avis du ministère public doit être accueilli par le tribunal avant de statuer sur toute modification du plan.

339. Propos conclusifs. En somme, la coopération des parties dans l'exécution du plan de continuation est assurée par la désignation du commissaire à l'exécution du plan. En raison de sa mission, cet organe doit veiller sur la bonne exécution des engagements pris dans le plan. Il assure l'information du tribunal sur les conditions d'exercice de sa mission et doit établir des rapports annuels mais aussi occasionnels en cas de défaut d'exécution ou de demande de modification⁸²⁰. Dans ce dernier cas, le tribunal doit auditionner et consulter toutes les personnes concernées, notamment le débiteur, les contrôleurs, les créanciers et les représentants du comité d'entreprise. Une information analogue doit également être assurée lorsque la décision prise par le tribunal est une décision de cession.

§2) À L'OCCASION DU PLAN DE CESSION

Qu'il soit total ou partiel, la cession de l'entreprise est décidée tout d'abord par le tribunal. Dans sa décision, celui-ci autorise la poursuite de l'activité et fixe le délai dans lequel les offres de reprise doivent parvenir au liquidateur et à l'administrateur lorsqu'il en a été désigné⁸²¹. La transparence est ainsi primordiale. Pour établir des offres de reprise éclairées et transparentes (B), les repreneurs éventuels de l'entreprise doivent être informés de ses caractéristiques essentielles (A).

819 P.-M. LE CORRE, *op. cit.* n° 523.24.

820 C. SAINT-ALARY-HOUIN, Commissaire à l'exécution du plan, *op. cit.*

821 C. com., art. L. 642-2.

A) L'INFORMATION DES REPRENEURS ÉVENTUELS DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ

L'information des repreneurs éventuels de l'entreprise est assurée par la publicité préalable à la cession (1) mais aussi par l'obligation d'information du cessionnaire mise à la charge des organes de la procédure (2).

1) LA PUBLICITÉ PRÉALABLE À LA CESSION

340. L'obligation de procéder à une publicité préalable à la cession. En application de l'article L. 642-22 du Code de commerce, « *toute cession d'entreprise et toute réalisation d'actif doivent être précédées d'une publicité* ». Les organes de la procédure doivent procéder à cette publicité par le biais notamment d'un service informatique accessible par l'Internet⁸²². Mais, en fonction de l'appréciation du juge-commissaire, cette publicité pourrait également être effectuée par voie de presse⁸²³. L'objectif de cette formalité est de permettre aux repreneurs éventuels de l'entreprise d'avoir une exacte information⁸²⁴. Pour formuler des offres de reprise éclairées, ceux-ci ont besoin notamment d'avoir une idée sur les caractéristiques des biens, des matériels et des moyens humains qui seront inclus dans le plan de cession.

341. Précisons enfin que le défaut d'établissement de cette publicité pourrait constituer une source d'engagement de la responsabilité des organes de la procédure⁸²⁵.

822 C. com., art. L. 642-22 et R. 642-40.

823 Cf. **Ph. ROUSSEL GALLE**, « *La liquidation judiciaire : rapidité, simplicité, efficacité* », LPA 14 juin 2007 n° 119, p. 34 ; **P.-M. LE CORRE**, *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit. 7^{ème} éd. n° 531.41 ; **C. PEROT-REBOUL**, « *Les plans dans la loi de sauvegarde des entreprises* », LPA 17 février 2006 n° 35, p. 30.

824 V. **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit. 8^{ème} éd. p. 799.

825 CA de Paris, 8 avril 2002, RG n° 2001/02333, Rev. proc. coll. 2004 p. 47, obs. **Ch. LEBEL**.

2) L'OBLIGATION D'INFORMATION DU CESSIONNAIRE

342. Fondement juridique. Outre cette publicité accessible à toute personne intéressée, le cessionnaire a le droit également à une sorte d'information personnalisée. En droit commun des contrats et des obligations, « *chacune des parties est, sous certaines conditions, tenue de porter à la connaissance de son partenaire les éléments nécessaires à la saine conclusion et à la correcte exécution de la convention* »⁸²⁶. D'origine jurisprudentielle, cette obligation trouve son fondement juridique dans les dispositions des articles 1134, 1116 et 1182 du Code civil.

En matière de cession, les juges du fond n'hésitent pas de prendre appui sur cette théorie générale pour assurer l'information du cessionnaire du fonds de commerce et de droits sociaux⁸²⁷. Ainsi, il a été jugé que « *l'obligation de contracter de bonne foi implique une obligation d'information quant à des faits intervenus avant la cession et connus par les seuls vendeurs et qui constituent une information déterminante* » pour le cessionnaire⁸²⁸.

343. Particularité de cession de l'entreprise en difficulté. Cette théorie générale est applicable en droit des entreprises en difficulté⁸²⁹. Mais, en vertu de l'article L. 642-8 du Code de commerce, le débiteur de l'obligation d'information est le liquidateur ou l'administrateur judiciaire lorsqu'il en a été désigné⁸³⁰. Car, ces organes doivent passer tous les actes nécessaires à la réalisation de la cession y compris l'information du

826 **B. PETIT**, « *Contrats et obligations, Obligation d'information* », Fasc. 23, J.-Cl., Notarial Répertoire.

827 Cass. 1^{ère} ch. civ., 15 mars 2005, D., 2005, p. 1462, note **A. CATHIARD** ; Bull. Joly Sociétés, 01 octobre 2005, n° 10, p. 1126, note **H. LÉCUREY** ; Cass. com., 22 février 2005, n° 01-13642, Bull. Joly Sociétés, 01 octobre 2005, n° 10, p. 1105.

828 Cass. com., 7 juin 2011, n° 10-13.622, RDC 2005, p. 1025, obs. **Ph. STOFFEL-MUNCK** ; Voir également **J. GHESTIN** et al. « *Chronique du droit des contrats* », JCP G n° 42, 17 Octobre 2011, doct. 1141.

829 **B. FEUGERE**, « *Le devoir de loyauté dans les cessions d'entreprises en difficulté* », Gaz. Pal. 05 décembre 2000 n° 340, p. 76.

830 **J.-J. FRAIMOUT**, « *Défaut d'information du cessionnaire sur un fait de nature à déprécier l'actif* », JCP E 17/04/2008, n° 16, p. 30.

cessionnaire⁸³¹. Cette analyse a été confirmée dans un arrêt de la chambre commerciale à propos de la délivrance d'une autorisation en raison de la spécificité de l'activité de l'entreprise⁸³². En l'espèce un repreneur, mis en demeure par le préfet pour défaut d'autorisation, a assigné l'administrateur judiciaire et l'avocat rédacteur de l'acte en responsabilité pour défaut d'information conformément aux dispositions de l'article L. 514-20 du Code de l'environnement. Condamné par les juges du fond, l'administrateur a vu son pourvoi rejeté par la Cour de cassation. En vertu de la décision de cette Haute juridiction, l'administrateur judiciaire doit « *indiquer aux repreneurs potentiels l'irrégularité de la situation de l'entreprise au regard de la législation relative aux installations classées pour la protection de l'environnement* »⁸³³.

Cette solution est fondée sur la base de l'article L. 514-20 du Code de l'environnement. En vertu de ce texte, « *lorsqu'une installation soumise à autorisation a été exploitée sur un terrain, le vendeur de ce terrain est tenu d'en informer par écrit l'acheteur ; il l'informe également, pour autant qu'il les connaisse, des dangers ou inconvénients importants qui résultent de l'exploitation* ». Mais, elle a vocation d'être appliquée à toute information nécessaire à l'engagement du cessionnaire. En effet, dans un arrêt précédent, la Cour de cassation a retenu également la responsabilité du mandataire judiciaire qui n'a pas averti l'auteur de l'offre de reprise de l'existence d'un bail⁸³⁴.

344. En effet, la jurisprudence de la Cour de cassation a déduit de l'obligation du liquidateur ou de l'administrateur lorsqu'il en a été désigné de passer tous les actes

831 Cf. **C. VINCENT**, « *Information du cessionnaire et responsabilité des mandataires de justice* », Bull. Joly Entreprises en Difficulté, 01 mai 2011 n° 2, p. 138 ; **V. SAINTAMAN**, Liquidation judiciaire et vente de gré à gré d'un site pollué, Gaz. Pal. 24 septembre 2011 n° 267, p. 35.

832 Cass. com., 30 nov. 2010, n° 09-71954, L'ESSENTIEL Droit des entreprises en difficulté, 01 février 2011 n° 2, p. 7, note **P. RUBELLIN**.

833 Cass. com., 30 nov. 2010, n° 09-71954, L'ESSENTIEL Droit des entreprises en difficulté, 01 février 2011 n° 2, p. 7, note **P. RUBELLIN**.

834 Cass. com., 8 janv. 2008, n° 07-10079, JCP E 17/04/2008, n° 16, p. 30, **B. ROLLAND** ; voir également **J.-J. FRAIMOUT**, *op. cit.*

nécessaires à la réalisation de la cession, une obligation d'information de cessionnaire⁸³⁵. Elle considère qu'en raison de leur mission, les organes de la procédure doivent porter à la connaissance du repreneur les éléments de fait et de droit dont ils peuvent normalement disposer⁸³⁶. Grâce à cette information, les candidats à la reprise de l'entreprise peuvent présenter des offres de reprise éclairées et transparentes.

B) LA TRANSPARENCE DES OFFRES DE REPRISE

Dès l'ouverture de la procédure du redressement ou de la liquidation judiciaire, les tiers sont admis à soumettre à l'administrateur des offres tendant au maintien de l'activité de l'entreprise, par une cession totale ou partielle de celle-ci⁸³⁷ (1). Ces offres sont ensuite examinées par le tribunal qui choisira celle qui permet d'assurer le plus durablement l'emploi attaché à l'ensemble cédé, le paiement des créanciers et qui présente les meilleures garanties d'exécution⁸³⁸(2).

1) L'ÉMISSION DE L'OFFRE DE REPRISE

345. L'identification de la qualité du cessionnaire. Il convient tout d'abord de préciser que l'offre de reprise doit émaner d'un tiers par rapport au débiteur⁸³⁹. Aucune définition légale n'a été donnée cependant à cette notion. Mais, dans un souci de moralisation des procédures collectives, les lois du 10 juin 1994 et du 26 juillet 2005 ont établi une liste de personnes qui ne peuvent pas directement ou par personne interposée déposer des offres de reprise. Il s'agit de limiter, par la négation établie par l'article L. 642-

835 En vertu de l'article L. 642-8, « le liquidateur ou l'administrateur lorsqu'il en a été désigné passe tous les actes nécessaires à la réalisation de la cession ».

836 V. SAINTAMAN, *op. cit.*

837 J.-J. FRAIMOUT, « Plan de cession - Conception et adoption », J.-Cl. Commercial Fasc. 2730.

838 C. com., art. L. 642-5.

839 L.-C. HENRY, *op. cit.*

3 du Code de commerce, la notion de tiers par rapport au débiteur. En vertu de ce texte « *ni le débiteur, au titre de l'un quelconque de ses patrimoines, ni les dirigeants de droit ou de fait de la personne morale en liquidation judiciaire, ni les parents ou alliés jusqu'au deuxième degré inclusivement de ces dirigeants ou du débiteur personne physique, ni les personnes ayant ou ayant eu la qualité de contrôleur au cours de la procédure ne sont admis, directement ou par personne interposée, à présenter une offre. De même, il est fait interdiction à ces personnes d'acquérir, dans les cinq années suivant la cession, tout ou partie des biens compris dans cette cession, directement ou indirectement, ainsi que d'acquérir 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 société* ».

346. Pour bien vérifier la qualité de l'auteur de l'offre et éviter ainsi la reprise détournée des entreprises en difficulté, un nombre important d'informations doit être mis à la disposition du tribunal. En effet, l'article R 642-1 du Code de commerce énonce que l'auteur de l'offre doit attester « *qu'il ne tombe pas sous le coup des incapacités prévues au premier alinéa de l'article L. 642-3* ». Il ajoute, également, que les comptes annuels relatifs aux trois derniers exercices et les comptes prévisionnels, lorsque l'auteur de l'offre est soumis à l'obligation de les établir, doivent être joints à l'offre. En outre, l'article L. 642-4 précise que « *le liquidateur ou l'administrateur lorsqu'il en a été désigné donne au tribunal tous éléments permettant de vérifier le caractère sérieux de l'offre ainsi que la qualité de tiers de son auteur au sens des dispositions de l'article L. 642-3* ».

347. Dérogations à l'exigence de la qualité de tiers. Toutefois, l'exigence de la qualité de l'auteur peut être assortie de quelques exceptions. D'une part, pour faciliter la transmission de l'exploitation familiale agricole, l'article L. 642-3 dispose que « *le tribunal peut déroger à ces interdictions et autoriser la cession à l'une des personnes visées au premier alinéa, à l'exception des contrôleurs et du débiteur au titre de l'un quelconque de ses patrimoines* ».

D'autre part, les dispositions relatives à la qualité de tiers peuvent également être dérogées en dehors de l'exploitation agricole à la demande du ministère public et avec l'avis des contrôleurs⁸⁴⁰. La situation de l'entreprise, les intérêts procéduraux et les perspectives de redressement sont ainsi pris en compte pour motiver le jugement du tribunal⁸⁴¹.

348. Les mentions obligatoires de l'offre de reprise. Par ailleurs, dans l'objectif d'assurer la transparence des offres de reprise des entreprises en difficulté, l'article L. 642-2 du Code de commerce exige quelques mentions particulières. En vertu de ce texte, l'offre de reprise doit préciser notamment les biens, les droits et les contrats inclus dans l'offre, les prévisions d'activité et de financement, le prix offert, les modalités du règlement, la qualité des apporteurs de capitaux, la date de réalisation de la cession, le niveau et les perspectives d'emploi justifiés par l'activité considérée, les garanties souscrites en vue d'assurer l'exécution de l'offre, les prévisions de cession d'actifs au cours des deux années suivant la cession et la durée de chacun des engagements pris par l'auteur de l'offre. En outre, en cas de pluralité des offres de reprise présentant des garanties assimilables, le tribunal peut également demander quelques autres informations supplémentaires. Il s'agit notamment du nombre des salariés, de la présentation détaillée des activités de la structure d'accueil, ainsi que des bilans et comptes de résultats des trois derniers exercices. Enfin, lorsque le débiteur est un professionnel libéral soumis à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, l'offre de reprise doit également préciser la qualification professionnelle du cessionnaire⁸⁴².

L'ensemble de ces informations est de nature à assurer l'information du tribunal et lui permettre de retenir la bonne offre⁸⁴³. Mais, dans cette démarche, l'information est

840 C. com., art. L. 642-3.

841 F.-X. LUCAS et H. LÉCUYER, *op. cit.*

842 *Ibid.*

843 F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté, op. cit.* 9^{ème} éd. p. 595.

également nécessaire pour assurer la protection de toutes les parties concernées par l'arrêté du plan.

2) L'ARRÊTÉ DU PLAN DE CESSION

349. Les critères du choix de l'offre de reprise. En application de l'article L. 642-5 du Code de commerce, le tribunal doit retenir l'offre de reprise « *qui permet dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi attaché à l'ensemble cédé, le paiement des créanciers et qui présente les meilleures garanties d'exécution* ». En effet, trois critères doivent être pris en compte par le tribunal. Il s'agit de l'emploi de l'entreprise, du prix de cession et des garanties d'exécution du plan⁸⁴⁴.

350. La détermination des biens cédés. En application de l'ancien article L. 621-84 du Code de commerce, le tribunal devait déterminer dans son jugement arrêtant le plan de cession les biens susceptibles d'être cédés. La nouvelle rédaction de l'article L. 642-2 issu de la loi de sauvegarde précise que le repreneur doit indiquer dans son offre « *la désignation précise des biens, des droits et des contrats inclus dans l'offre* ». Ces biens doivent appartenir au débiteur et être nécessaires à la poursuite de l'activité. Il s'agit de tous les biens corporels ou incorporels qui font partie du patrimoine de l'entreprise en difficulté ou du patrimoine affecté de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Les biens communs et les biens qui sont rentrés dans le patrimoine de l'entreprise grâce au jeu de la nullité de la période suspecte ou de la fraude paulienne peuvent également être intégrés dans le plan de cession⁸⁴⁵.

351. En revanche, quant aux biens grevés d'un droit de rétention, ils ne peuvent pas être intégrés dans le plan de cession qu'après le désintéressement des créanciers rétenteurs. En effet, l'article L. 642-25 du Code de commerce dispose que « *le liquidateur autorisé*

844 L.-C. HENRY, « *Le plan de cession et la loi de sauvegarde des entreprises* », *op. cit.* n° 12.

845 Cass. com., 2 février 1993, n° 91-14.270, Bull. Civ. IV, n°40.

par le juge-commissaire peut, en payant la dette, retirer les biens constitués en gage par le débiteur ou la chose retenue. À défaut de retrait, le liquidateur doit, dans les six mois du jugement de liquidation judiciaire, demander au juge-commissaire l'autorisation de procéder à la réalisation. Le liquidateur notifie l'autorisation au créancier quinze jours avant la réalisation ». Avant d'être consacré par l'ordonnance du 18 décembre 2008, le paiement intégral des créanciers titulaires d'un droit de rétention avait été garanti par la jurisprudence de la Cour de cassation⁸⁴⁶.

352. La clientèle des professionnels libéraux. S'agissant cependant des biens incorporels, la loi de sauvegarde avait fait une réserve particulière aux professionnels libéraux. En effet, l'article L. 642-1 du Code de commerce disposait que « *lorsque le débiteur, personne physique, exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, la cession ne peut porter que sur des éléments corporels* ». La clientèle des professionnels libéraux, qui attendaient avec impatience cette loi pour bénéficier de l'ouverture de la procédure collective, ne peut pas être intégrée dans le plan de cession⁸⁴⁷. Il s'agit, pourtant, de l'élément le plus important du fonds libéral⁸⁴⁸.

353. Cette position a été largement critiquée par les auteurs et les praticiens du droit⁸⁴⁹. On soulignait notamment la faiblesse du fondement de la distinction selon que l'activité libérale s'exerce en nom propre ou au travers d'une société dotée de la personnalité morale⁸⁵⁰. Car, ce traitement discriminatoire « *ne pouvait que nuire tant au débiteur qu'à*

846 Cass. com., 20 mai 1997, n° 95-12925, RJ com. 1997, p. 308, note **C. SAINT-ALARY-HOUIN** ; JCP E 1992, I, 138, n° 25, note **J.-M. CALENDINI** et **M.-J. CAMPANA** ; LPA 28 juill. 1997, p. 24, note **F.-J. CREDOT**.

847 Cf. **S. RÉTIF**, Observations à propos du plan de cession de l'entreprise libérale individuelle, Rev. proc. coll., 01/09/2006, n° 3, p. 232.

848 Cette position a été clairement confirmée dans une réponse ministérielle n° 2060, JOANQ, 4 décembre 2007, JCP E 10 janvier 2008, n° 2, 1050, p. 40.

849 **P.-M. LE CORRE**, Droit et pratique des procédures collectives, *op. cit.* 7^{ème} éd. n° 532.51; **S. RÉTIF**, « Observations à propos du plan de cession de l'entreprise libérale individuelle », Rev. proc. coll. 2006/3 p. 232 et s.

850 **F.-X. LUCAS** et **H. LÉCUYER**, *op. cit.*

ses créanciers »⁸⁵¹. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a tenu compte du souhait de la doctrine et de la pratique. Elle a supprimé cette disposition, contraire à l'évolution jurisprudentielle qui permettait la cessibilité de la clientèle civile depuis que le fonds libéral a été reconnu juridiquement⁸⁵². Désormais, la seule particularité est celle concernant les officiers publics ou ministériels dont le droit de présentation continue à être exercé par le liquidateur⁸⁵³.

354. La détermination des contrats nécessaires pour la poursuite de l'activité. À l'instar des biens, les contrats nécessaires à la poursuite de l'activité peuvent être intégrés dans l'offre de reprise. L'article L. 642-7 du Code de commerce dispose à ce propos que « *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 cocontractants du débiteur transmises au liquidateur ou à l'administrateur lorsqu'il en a été désigné* ». Cette disposition déroge clairement aux règles du droit commun relatives à la liberté contractuelle, car le tribunal peut, nonobstant toute clause contraire, ordonner la cession de ces contrats. L'objectif de cette atteinte à la liberté contractuelle est d'assurer au repreneur de conserver les contrats nécessaires pour la poursuite de l'activité⁸⁵⁴.

355. L'accessibilité de l'offre de reprise. La loi de sauvegarde a mis fin à la grande discussion sur la confidentialité des offres de reprise. En effet, le débiteur, le liquidateur, l'administrateur lorsqu'il en a été désigné, les représentants du comité d'entreprise ou à défaut, les délégués du personnel et les contrôleurs doivent être entendus ou dûment appelés par le tribunal avant de prendre sa décision de cession. Ils bénéficient également de la communication des offres de reprise⁸⁵⁵.

851 **F. PÉROCHON**, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 607.

852 Cass. 1^{ère} ch. civ. 7 nov. 2000, n° 98-17.731, Bull. civ. I, n° 283 ; RTD civ. 2001, 131 Obs. **J. MESTRE** et **B. FAGES** ; Cf. **P.-M. LE CORRE**, *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*

853 **F.-X. LUCAS** et **H. LÉCUYER**, *op. cit.*

854 *Ibid.*

855 C. com., art. L. 642-5.

Il en est de même quant au ministère public dont la présence au débat est obligatoire à partir de certaine taille dimensionnelle. Il s'agit, en application des articles R. 642-2 et R. 621-11 du Code de commerce, d'un montant de trois millions d'euros du chiffre d'affaires hors taxes et d'un nombre de 20 salariés.

Enfin, lorsque le plan prévoit des licenciements pour motif économique, l'information et la consultation des représentants du personnel et de l'autorité administrative compétente doivent être respectées⁸⁵⁶. En effet, l'article L. 642-5 dispose que « *le plan précise notamment les licenciements qui doivent intervenir dans le délai d'un mois après le jugement. Dans ce délai, l'autorité administrative valide ou homologue le projet de licenciement dans les conditions fixées aux articles L. 1233-57-2 et L. 1233-57-3 du même code. Dans ce délai, ces licenciements interviennent sur simple notification du liquidateur, ou de l'administrateur lorsqu'il en a été désigné, sous réserve des droits de préavis prévus par la loi, les conventions ou les accords collectifs du travail* ».

356. Propos conclusifs. Pour conclure, nous préciserons que le sort de l'entreprise en difficulté est décidé en toute coopération. Les propositions de réorganisation de l'entreprise, de reconstitution du capital et du règlement du passif sont établies par le débiteur et l'administrateur judiciaire. Mais, ne peuvent être réalisées que grâce à la coopération des créanciers. Le projet de plan doit ainsi être négocié et voté par ceux-ci, ce qui justifie la transparence de l'information au cours de l'exécution de plan de continuation, mais aussi en cas de cession d'entreprise.

856 *Ibid.*

CONCLUSION DU TITRE 2

357. La coopération dans l'élaboration des informations protectrices est une exigence du bon déroulement de la procédure collective et une garantie de préservation et de conciliation des intérêts légitimes des parties. D'une part, du point de vue du débiteur, la coopération est très concevable dans la mesure où la procédure collective n'est plus ouverte à l'encontre de l'entreprise, mais au profit de celle-ci⁸⁵⁷. En outre, dans la procédure de sauvegarde, les dirigeants ne risquent pas une grande limitation de leurs pouvoirs d'administration et de gestion. Le législateur a voulu renforcer l'esprit de l'anticipation. En revanche, en matière de procédures de redressement et de liquidation judiciaires, des restrictions sensibles des pouvoirs peuvent être prononcées à l'encontre de ceux-ci. Mais, le défaut de coopération peut être sévèrement sanctionné.

358. D'autre part, du point de vue des organes de la procédure, la coopération fait partie de leur mission d'assistance, d'administration ou de représentation. En effet, en raison de l'exigence du bon déroulement de la procédure collective, ceux-ci doivent procéder à un nombre important d'information, de consultation et d'audition. Ils doivent préparer, en collaboration avec le débiteur et les créanciers, le sort de l'entreprise en difficulté et effectuer les opérations nécessaires à la réalisation du plan de continuation ou de cession. Ils doivent informer les partenaires de l'entreprise en difficulté de l'ouverture de la procédure collective, de la consistance de leur gage général, de la continuation des

857 **P.-M. LE CORRE**, « 1807-2007, 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise », *op. cit.*

contrats en cours, des perspectives de continuation ou de cession de l'entreprise et de l'exécution des engagements du débiteur et du cessionnaire.

359. Enfin, du point de vue des partenaires de l'entreprise en difficulté, la coopération avec le débiteur et les organes de la procédure est la première condition d'opposabilité de leurs droits à la procédure collective. En effet, pour faire reconnaître leurs droits et pouvoir participer activement au déroulement de la procédure collective, les partenaires de l'entreprise en difficulté doivent informer les organes de la procédure de l'existence et de l'étendue de leurs droits. Ils doivent également être utiles à leur débiteur. Il s'agit, en effet, d'une véritable coopération dans l'établissement des informations.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

360. Le droit des entreprises en difficulté fait de la pluralité des auteurs de l'information une technique de prévention des difficultés et une garantie de protection des intérêts de toutes les parties.

En effet, la prévention des difficultés est assurée par la gestion et l'analyse des informations comptables et financières. En principe, c'est le dirigeant qui s'occupe de la gestion, de l'élaboration, de l'analyse et du contrôle de ces informations. Assisté par le commissaire aux comptes, il tire de ces informations toutes les conclusions relatives à la continuité de l'exploitation. Mais, dès lors que les difficultés de l'entreprise sont prévisibles, le pouvoir du dirigeant commence à se dégrader : d'autres acteurs viendront en renfort et pourront, parfois, prendre l'initiative d'analyser et de véhiculer des informations préventives. Il s'agit notamment du commissaire aux comptes, du comité d'entreprise, des associés ou des actionnaires, des groupements de prévention agréés et de l'autorité judiciaire.

361. L'intervention de ces acteurs, étrangers normalement au secret de l'entreprise, est justifiée par le risque d'aggravation des difficultés qui conduit à la cessation des paiements. La dégradation de la situation de l'entreprise pourrait avoir des grandes conséquences sur les intérêts de l'entreprise elle-même, mais aussi sur les intérêts de ses partenaires, d'où l'importance de la coopération de toutes les parties. Il s'agit notamment de la coopération du débiteur, des organes de la procédure, des créanciers et de toute personne dont l'intérêt pourrait être menacé par la discipline collective.

362. La pluralité des auteurs de l'information permet au débiteur et aux salariés de protéger leurs intérêts et de bénéficier pleinement des atouts de la protection judiciaire. Elle permet également aux créanciers et à tous les partenaires de l'entreprise en difficulté

de protéger leurs propres intérêts, notamment par le biais de la déclaration des créances et de la revendication des biens. Elle constitue, à ce titre, une source de protection des intérêts des parties et une garantie d'efficacité et de rapidité.

Toutefois, le partage du pouvoir d'élaboration des informations doit être fait en fonction de la situation financière, économique et sociale de l'entreprise en difficulté. Ainsi, le caractère préventif de l'information, basé sur le secret et la discrétion, favorise le monopole du dirigeant sur l'élaboration de l'information. En revanche, le caractère protecteur, inspiré de la transparence et de la lumière, exige la pluralité des sources d'information. Dans l'un ou l'autre cas, l'accès à l'information est sélective, pas seulement en fonction de sa nature, mais aussi en raison de son rôle, de son objectif et de la qualité de son destinataire.

**PARTIE SECONDE : LA SÉLECTIVITÉ
DES DESTINATAIRES DE
L'INFORMATION**

*Le soleil de la transparence peut brûler le domaine du secret*⁸⁵⁸.

363. La conciliation entre la transparence et la confidentialité de l'information.

Trop de transparence ne serait pas opportun pour une entreprise confrontée aux petites difficultés passagères⁸⁵⁹. Car, la transparence a un prix non négligeable, notamment en droit des entreprises en difficulté. En période de difficultés, l'argent fait défaut⁸⁶⁰. La transparence est ainsi une source de prudence des partenaires de l'entreprise au moment où celle-ci est dans le besoin de leur soutien. Mais, en même temps, trop de discrétion, en cas de difficultés avérées ou prévisibles, serait dangereux pour une entreprise en difficulté. Car, les petites difficultés non anticipées pourraient conduire à la cessation des paiements⁸⁶¹.

Par conséquent, l'accès à l'information doit être réglementé. Les considérations contradictoires de l'opacité et de la transparence de l'information doivent être conciliées dans l'intérêt de l'entreprise en difficulté, mais aussi dans l'intérêt général de la procédure collective. Comme disait, un auteur éminent « *les procédures collectives doivent réaliser un équilibre entre une transparence et une opacité, l'une et l'autre nécessaires, mais l'une et l'autre nécessairement limitées* »⁸⁶².

364. L'accès à l'information en droit des entreprises en difficulté doit prendre en compte la situation économique, financière et sociale de l'entreprise en difficulté et la nature de la procédure collective⁸⁶³. Ainsi, une entreprise dont la prévention est toujours envisageable aurait un grand intérêt à dissimuler ses petites difficultés passagères. La restriction de l'accès à l'information lui permettrait de préserver son image et d'obtenir le

858 **M.-A. FRISON-ROCHE**, *Secrets professionnels*, Paris, Autrement, coll. Essais, 1999.

859 **A. SAYAG** et al. *op. cit.* n° 351.

860 **Y. GUYON**, « *La transparence dans les procédures collectives* », *op. cit.* n° 2.

861 **A. DIESBECQ**, « *La confiance, la confidentialité, la publicité et le rôle du juge dans les procédures collectives* », *Gaz. Pal.* 01 janvier 2013 n° 1, p. 13.

862 **Y. GUYON**, « *La transparence dans les procédures collectives* », *op. cit.* n° 3.

863 **A. DIESBECQ**, *op. cit.*

soutien nécessaire de ses partenaires pour surmonter ses difficultés⁸⁶⁴. Par ailleurs, la transparence devient nécessaire, dès lors que l'opacité de l'information est préjudiciable aux intérêts légitimes des partenaires de l'entreprise en difficulté. Car, le crédit de l'entreprise, qui justifiait l'opacité de l'information, n'est plus prioritaire dès lors que les difficultés nécessiteraient l'ouverture d'une procédure collective judiciaire⁸⁶⁵.

Certes, la divulgation du secret d'une entreprise défaillante altère son crédit et provoque la chute de sa cotation⁸⁶⁶. Mais, l'ouverture d'une procédure collective profite également à celle-ci. Grâce à cette procédure les droits des créanciers seront gelés et l'entreprise sera sous la protection judiciaire⁸⁶⁷. Depuis la loi du 25 janvier 1985, la procédure collective est ouverte pour l'entreprise et n'est plus à l'encontre de celle-ci⁸⁶⁸. Mais, peut-on déduire de cette analyse que l'information doit être confidentielle dans les procédures amiables et transparente dans les procédures judiciaires ?

Une réponse affirmative était justifiable. Car, la procédure du règlement amiable était réservée aux entreprises dont la situation n'est pas encore critique⁸⁶⁹, alors que l'ouverture d'une procédure judiciaire signifiait que la cessation des paiements était caractérisée⁸⁷⁰. Depuis la loi de sauvegarde, une entreprise dont la cessation des paiements est datée de moins de quarante-cinq jours peut bénéficier d'une procédure de conciliation⁸⁷¹. Tandis

864 **E. DEBOUDÉ**, « *Secret des affaires et confidentialité des procédures* », Rapport au Congrès national des tribunaux de commerce, Nantes, 2 décembre 2011.

865 **F.-X. LUCAS**, « *Confidentialité du plan de sauvegarde ou de redressement : la radiation des mentions au RCS* », *l'essentiel droit des entreprises en difficulté*, 15 janvier 2012 n° 1, p. 1.

866 **Y. GUYON**, *op. cit.* n° 3.

867 **M.-H. MONSÈRIE-BON**, « *La procédure de sauvegarde 1ère partie : Se mettre sous la protection de la justice...* », *op. cit.* ; **Ph. ROUSSEL GALLE**, « *Les créanciers antérieurs* », *op. cit.*

868 **P.-M. LE CORRE**, « *1807-2007, 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise* », *op. cit.*

869 **F. DEBORD**, « *Le nouveau règlement amiable* », LPA 19 avril 1995 n° 47, p. 12 ; **A. COURET** et al. *Le traitement amiable des difficultés des entreprises*, LPA 01 mars 1995 n° 26, p. 19.

870 **P.-M. LE CORRE**, « *1807-2007, 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise* », *op. cit.*

871 C. com., art. L. 611-4.

que l'ouverture d'une procédure de sauvegarde est réservée aux entreprises qui prouvent l'absence de cet état⁸⁷².

365. Par ailleurs, ce changement architectural ne doit pas masquer la tendance générale de la confidentialité de l'information lors de la prévention des difficultés et sa transparence au cours des traitements judiciaires⁸⁷³. En effet, les procédures amiables, mandat *ad hoc* et conciliation, ont tendance à être confidentielles. Leur objectif est de faciliter à l'entreprise en difficulté de conclure un accord collectif avec ses principaux créanciers. La réussite de cet accord dépendra inéluctablement de la confiance qu'accordent les créanciers à l'entreprise débitrice⁸⁷⁴. Or, les rumeurs sur les difficultés de celle-ci pourraient nuire à sa crédibilité et rendre sa situation encore plus difficile⁸⁷⁵. Une certaine dose de discrétion et de confidentialité est ainsi nécessaire pour préserver l'image de l'entreprise et faciliter l'obtention des concours de ses partenaires. En revanche, quant aux procédures judiciaires, le principe doit être plutôt celui de la transparence de l'information⁸⁷⁶. La circulation interne et externe de l'information est une garantie d'efficacité et d'équité de la procédure.

366. Par conséquent, la sélectivité des destinataires de l'information en droit des entreprises en difficulté peut être basée sur la nature de la procédure collective. Mais, d'autres éléments doivent également être pris en compte. Il s'agit notamment de la nature de l'information, de la qualité de son destinataire, de la situation de l'entreprise ainsi que de la nature des intérêts à protéger par la confidentialité ou la transparence de l'information. Pour une entreprise en difficulté, il est opportun d'utiliser l'information dans les besoins du financement et du crédit, ce qui justifie un accès limité à l'information (Titre premier). Mais, cette stratégie pragmatique ne doit pas mettre en cause l'accessibilité de l'information qui garantit l'efficacité et l'équité des procédures judiciaires (Titre second).

872 C. com., art. L. 620-1.

873 A. DIESBECQ, *op. cit.*

874 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.* 8^{ème} éd. p.173.

875 Y. GUYON, *op. cit.*

876 V. F.-X. LUCAS, *Confidentialité du plan de sauvegarde ou de redressement*, *op. cit.*

**TITRE 1 : UN ACCÈS LIMITÉ À
L'INFORMATION POUR LES BESOINS DE
L'ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ**

367. Les besoins de l'entreprise en difficulté. Une entreprise en difficulté est avant tout une entreprise qui a besoin du soutien de ses fournisseurs, de ses créanciers et de ses cocontractants. Elle a besoin de la trésorerie pour faire face à ses charges, de la poursuite de ses contrats et de la facilité de paiement de ses dettes. Pour bénéficier de ce soutien, l'entreprise en difficulté doit être crédible et pour cela, elle doit être discrète sur ses difficultés passagères⁸⁷⁷. Elle doit garder le silence et préserver son secret. Car, la propagation des rumeurs pourrait altérer son image et lui faire perdre la confiance de ses partenaires⁸⁷⁸.

368. Par ailleurs, la crainte de l'exposition à la curiosité des partenaires, des concurrents et du public n'est pas propre aux entreprises en difficulté. Elle fait partie des préoccupations principales des commerçants, des artisans, des professionnels, et même des particuliers⁸⁷⁹. Sur la base de l'article 8 de la Convention Européenne du Droit de l'Homme, le législateur s'est rendu compte de la nécessité de renforcer la protection de la vie privée des personnes. Désormais, compte tenu des dispositions de l'article 9 du Code civil, issu de la loi n°70-643 du 17 juillet 1970, chacun a le droit au respect de sa vie privée. La protection de ce droit a été renforcée par les juges du fond qui précisaient, à plusieurs reprises, que « *toute personne, quels que soient son rang, sa naissance, sa fortune, ses fonctions présentes ou à venir, a droit au respect de sa vie privée* »⁸⁸⁰.

369. En matière de procédures collectives, le risque de divulgation est vital. En effet, la faillite était perçue comme un échec mettant en cause l'honnêteté du commerçant failli⁸⁸¹. Le débiteur était considéré comme un malhonnête ou un malheureux qu'il faudra chasser

877 **F. PÉROCHON**, *Entreprises en difficulté*, op. cit. 9^{ème} éd. p. 84.

878 **Y. GUYON**, « *La transparence dans les procédures collectives* », op. cit.

879 **E. DERIEUX**, « *Le droit de la communication à la lumière des droits de l'homme* », LPA 21 avril 2004 n° 80, p. 4 ; **M.-C. LAMBERTYE-AUTRAND**, « *Transparence du patrimoine et droits fondamentaux* », Rev. Lamy dr. aff., 1/2/2012, n° 68, p. 79 et s.

880 C.A. Paris, 1^{er} février 1989, D. 1989, IR, p. 80, D. 1990, jur. p. 48, note **E. AGOSTINI**; Cass. 1^{ère} ch. civ. 23 octobre 1990, Bull. civ. 1990, I, n° 222.

881 **P.-M. LE CORRE**, « *1807-2007, 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise* », op. cit.

du commerce⁸⁸². Avec l'évolution du droit des procédures collectives, l'aspect répressif de la faillite a disparu, mais l'idée directrice est devenue la prévention et l'anticipation des difficultés⁸⁸³.

En effet, pour assurer la prévention de ses difficultés, l'entreprise doit regagner la confiance de ses partenaires et se mettre à l'abri de la pression des salariés, des associés et des créanciers. Pour ce faire, elle aurait un grand intérêt à garder le silence et faire jouer toutes les techniques du secret. Mais, comment est ce qu'une entreprise en difficulté pourrait-elle dissimiler sa situation sans préjudice à son devoir de loyauté et de bonne foi ?

Pour répondre à cette question, il serait nécessaire de mettre l'accent sur l'impact de la particularité de l'entreprise en difficulté (Chapitre second) sur le sort du secret et des informations confidentielles (Chapitre premier).

882 **G. TEBOUL**, « *La bonne foi et les procédures collectives* », *op. cit.*

883 **A. MARTIN-SERF**, « *Tout en restant chef dans son entreprise* », *op. cit.*

CHAPITRE 1 : LE SORT DU SECRET ET DES INFORMATIONS CONFIDENTIELLES EN DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

370. L'impact du devoir de loyauté et de bonne foi sur le secret et les informations confidentielles. En raison de son devoir de loyauté et de bonne foi, l'entreprise en difficulté doit fournir à ses partenaires, notamment ses cocontractants toutes les informations nécessaires à l'éclaircissement de leur consentement⁸⁸⁴. Mais, rien n'interdit à celle-ci de préserver ses difficultés lorsqu'elles ne sont pas décisives dans la prise de décisions du cocontractant⁸⁸⁵. En effet, la Cour de cassation a jugé qu'« *aucun texte n'oblige une entreprise à informer son cocontractant du fait qu'elle fait l'objet d'un redressement judiciaire* »⁸⁸⁶.

371. La protection légale et conventionnelle du secret de l'entreprise en difficulté. Le secret de l'entreprise en difficulté peut ainsi être préservé par la mise en jeu de toutes les dispositions législatives et réglementaires relatives à la protection de la vie professionnelle des acteurs de l'activité économique. Il peut également être préservé par la volonté des parties, par un commun accord, de déterminer les informations qui ont le mérite d'être protégées et celles

884 C. civ. art. 1134 et 1135.

885 **Y. CHAPUT**, « *Sûretés négatives* », J.-Cl. Contrats – Distribution, Fasc. 2890.

886 Cass. com., 24 sept. 2003, n° 00-21.863, RTD civ. 2004, p. 86, obs. **J. MESTRE** et **B. FAGES** ; Cass. com., 19 nov. 2003, D. 2004, p. 60, obs. **V. AVENA-ROBARDET**.

qui ne l'ont pas⁸⁸⁷. Les parties peuvent ainsi convenir des dispositions contractuelles pour compléter les dispositions législatives et réglementaires, sans cependant être en opposition à celles-ci.

L'objectif essentiel de ces mécanismes est de protéger les informations sensibles de l'entreprise par une obligation du secret, de non divulgation, de non communication, de non révélation, de confidentialité ou encore de discrétion (Section 1). Chacune de ces obligations se distingue de l'autre, mais elles ont la même fonctionnalité, à savoir l'organisation et la restriction de la circulation de l'information⁸⁸⁸. Toutefois, malgré leur efficacité, notamment en droit des entreprises en difficulté, ces mécanismes traditionnels du secret ne prennent pas en compte la valeur économique de l'information. Ils sont insuffisants ou, au moins, inappropriés à la protection du patrimoine informationnel de l'entreprise. La valeur économique et stratégique des idées, des méthodes et du savoir-faire de l'entreprise a conduit à l'évolution de la théorie du secret des affaires, qui est également applicable en droit des entreprises en difficulté (Section 2).

887 A. LATREILLE, « *Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat* », LPA 07 août 2006 n° 156, p. 4.

888 *Ibid.*

SECTION 1 : L'APPLICABILITÉ DES MÉCANISMES TRADITIONNELS DU SECRET EN DROIT DES ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ

372. La portée des mécanismes traditionnels du secret. Le secret de l'entreprise est préservé traditionnellement par l'application des dispositions du droit pénal relatives au secret professionnel⁸⁸⁹, des dispositions du Code monétaire et financier relatives au secret bancaire⁸⁹⁰, des dispositions du droit du travail relatives à la confidentialité et à la discrétion⁸⁹¹ et des dispositions du droit des propriétés intellectuelles relatives au secret de fabrique⁸⁹². Sans prétendre donner une liste exhaustive, nous nous concentrerons sur la nécessité de la protection du secret de l'entreprise contre l'indiscrétion de ses salariés (Paragraphe 1) et l'impact du secret professionnel sur la circulation de l'information en droit des entreprises en difficulté (Paragraphe 2).

§1) LA PROTECTION DE L'ENTREPRISE CONTRE L'INDISCRÉTION DES SALARIÉS

373. En raison de leurs activités, les salariés profitent d'un accès direct à toutes les informations confidentielles de l'entreprise, d'où l'importance d'une réglementation

889 C. pén. art. 226-13.

890 C. mon. finan. L. 511-33.

891 C. trav. L. 432-4.

892 C. prop. intél. L. 621-1.

particulière. En effet, l'entreprise doit être transparente à leur égard et protégée, en même temps, contre leur indiscretion⁸⁹³. Les informations confidentielles ou présentées en tant que telles doivent être gardées secrètes et ne peuvent être divulguées sous quelque forme que ce soit⁸⁹⁴.

Nous verrons brièvement les mécanismes de préservation de l'information confidentielle (A) et les caractéristiques essentiels qui justifient cette préservation (B).

A) LES MÉCANISMES DE PROTECTION DES INFORMATIONS CONFIDENTIELLES

Le secret de l'entreprise doit être préservé contre l'indiscretion des salariés. Cette préservation pourrait résulter d'une obligation de loyauté, d'une clause de non-concurrence, d'une obligation au secret ou d'une obligation de confidentialité mises à la charge des salariés au profit de leurs employeurs⁸⁹⁵. Malgré leur diversité, ces mécanismes peuvent être classés en fonction de leur origine qui pourrait être contractuelle (1) ou légale (2).

1) LES OBLIGATIONS INHÉRENTES AU CONTRAT DU TRAVAIL

374. La première catégorie des obligations des salariés au secret de l'entreprise trouve son origine dans le contrat du travail et son lien de subordination juridique. En effet, au cours de la durée de son contrat, le salarié doit être loyal et de bonne foi à l'égard de son employeur⁸⁹⁶. Celui-ci peut également insérer dans le contrat de travail une clause de non

893 **M. DEL SOL** et al. « *La protection de l'information confidentielle acquise par les salariés et leurs représentants* », JCP S n° 52, 23 Décembre 2008, 1666.

894 *Ibid.*

895 **J.-K. ADOM**, « *Le secret des affaires et la participation des dans la gestion de l'entreprise* », Bull. Joly Sociétés, 01 février 2003 n° 2, p. 113.

896 **G. PIGNARRE**, « *Vie personnelle du salarié et contrat de travail* », LPA 07 mars 2006 n° 47, p. 3.

concurrence qui complète l'obligation générale de loyauté et garantit la discrétion du salarié après la rupture de son contrat de travail⁸⁹⁷.

375. L'obligation de loyauté. S'agissant de l'obligation de loyauté, elle trouve son origine dans les articles 1135 du Code civil et L. 1222-1 du Code du travail. En vertu de cette obligation, le contrat du travail doit être exécuté loyalement et de bonne foi⁸⁹⁸. Le salarié ne doit commettre aucun agissement de nature à porter une atteinte à la réputation ou au bon fonctionnement de l'entreprise de son employeur⁸⁹⁹. Il doit se conformer aux dispositions des législations en vigueur, des conventions collectives, des accords collectifs de travail, du règlement intérieur et des usages de l'entreprise⁹⁰⁰.

376. En droit des entreprises en difficulté, la situation est délicate. Les salariés sont impliqués dans le déroulement de la procédure collective et doivent être informés et consultés sur toutes les questions importantes⁹⁰¹. De ce fait, il est primordial pour une entreprise en difficulté de se protéger contre l'utilisation frauduleuse de son secret ou la diffusion indue des informations confidentielles⁹⁰².

377. La clause de non concurrence. Quant à la clause de non concurrence, elle est insérée dans le contrat pour garantir la loyauté du salarié après la rupture de son contrat⁹⁰³. En vertu de cette clause, il est interdit au salarié d'exercer l'activité de son ancien

897 **M. MALAURIE-VIGNAL**, « Clause de non concurrence », Fasc. 125, J.-Cl. Contrats Distribution.

898 Pour ne pas citer que des exemples, nous rappelons que la Cour de cassation a eu l'occasion de réprimer, sur le fondement de cette notion, les critiques abusives des actes relevant de la vie privée l'employeur (Cour de cassation chambre sociale 21 septembre 2011 n°09-72054), l'utilisation personnelle et abusive des outils informatiques de l'entreprise (Cass. soc., 18 mars 2009, n° 07-44.247, Revue de Jurisprudence Sociale, 01/06/2009, n° 6, p. 457) et l'atteinte à l'image de marque ou à la réputation de l'entreprise (Cass. soc., 6 nov. 2001, n° 99-43.988, Semaine sociale Lamy, 03/05/2004, n° 1167, p. 7, note **R. PATRICK**).

899 *Ibid.*

900 Cass. soc., 9 juill. 2008, n° 06-45.800, Revue de Jurisprudence Sociale, 01/11/2008, p. 893.

901 Voir *infra* n° 468 et s.

902 **P. MORVAN**, « Le droit social dans la réforme du droit des entreprises en difficulté », JCP E n° 42, 20 Octobre 2005, 1511.

903 **M. MALAURIE-VIGNAL**, *op. cit.*

employeur dans un espace défini et pour une durée déterminée⁹⁰⁴. Cependant, une question a été posée à propos de l'impact de l'exercice du salarié sur l'activité de l'employeur. Doit-il être de nature à nuire à l'activité de l'employeur? La jurisprudence était partagée sur cette question⁹⁰⁵. Mais, la tendance actuelle exige que l'exercice de l'activité par le salarié soit véritablement de nature à nuire à son ancien employeur⁹⁰⁶.

2) LES AUTRES OBLIGATIONS DE SOURCES LÉGALES

378. Le secret de fabrication et l'obligation de discrétion. La préservation du secret de l'entreprise pourrait également résulter des dispositions de l'article L. 2325-5 du Code du travail, relatives au secret de fabrication et à l'obligation de discrétion. En vertu de ce texte, « *les membres du comité d'entreprise sont tenus au secret professionnel pour toutes les questions relatives aux procédés de fabrication* ». Ils sont également « *tenus à une obligation de discrétion à l'égard des informations revêtant un caractère confidentiel et présentées comme telles par l'employeur* »⁹⁰⁷. Ces obligations s'imposent même en absence de toute précision dans le contrat de travail⁹⁰⁸.

379. S'agissant du secret de fabrique, il pourrait être défini comme une technique de préservation de « *tout procédé de fabrication original, offrant un intérêt pratique ou*

904 Cass. soc., 10 juillet et de 15 septembre 2002, Dr. soc. 2002, p. 949, chron. **R. VATINET** ; D. 2002, jurispr. p. 2491, n. **Y. SERRA** ; JCP G, 2002, II, 10162, n. **F. PETIT**.

905 Cass. soc., 27 juin 1984, D. 1985. I.R. 155, obs. **Y. SERRA** ; Cass. soc., 15 février 1995, D. 1997, somm. p. 106, obs. **Y. SERRA** ; Cass. soc., 13 janvier 1998, LPA 20 mai 1998 n° 60, p. 17, note **M. MALAURIE-VIGNAL, L. ETNER et A. TRICLIN** ; Cass. soc., 2 mars 1990, D. 1990, somm. p. 336, obs. **Y. SERRA**.

906 Dans deux arrêts célèbres, la Haute juridiction a pris en charge la redéfinition de la clause de non concurrence. Désormais, pour être valable, la clause doit être « *indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace* ». Elle doit tenir compte « *des spécificités de l'emploi du salarié* » et comporter « *l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives* » (Cass. soc., 10 juillet et de 15 septembre 2002, Dr. soc. 2002, p. 949, chron. **R. VATINET** ; D. 2002, jurispr. p. 2491, n. **Y. SERRA** ; JCP éd. G, 2002, II, 10162, n. **F. PETIT**).

907 C. trav. art. L. 2325-5 al. 2.

908 **M. DEL SOL**, « *La protection de l'information confidentielle acquise par les salariés et leurs représentants* », JCP S 2008, 1666.

commercial, mis en œuvre par un industriel et gardé secret à l'égard des concurrents »⁹⁰⁹. Il est régi par l'article L. 621-1 du Code de propriété intellectuelle qui renvoie à l'article L. 1227-1 du Code du travail. Compte tenu de ce dernier texte, la divulgation du secret de fabrique est punie par l'emprisonnement de deux ans et une amende de 30 000 €. Elle pourrait également être punie du prononcé, à titre de peine complémentaire pour une durée de cinq ans au plus, de l'interdiction des droits civiques, civils et de famille, prévue par l'article 131-26 du Code pénal.

380. Par ailleurs, en ce qui concerne l'obligation de discrétion, elle est mise à la charge des membres du comité d'entreprise et des représentants syndicaux. Compte tenu de cette obligation, le salarié ne doit pas révéler aux tiers les informations confidentielles ou présentées en tant que telles par l'employeur. La violation de cette obligation justifie des sanctions disciplinaires et pourrait même être considérée comme une faute grave justifiant le licenciement du salarié⁹¹⁰.

En somme, l'information confidentielle est bien protégée contre l'indiscrétion des salariés, mais les caractéristiques de cette information méritent d'être analysées.

B) LES CARACTÉRISTIQUES DE L'INFORMATION CONFIDENTIELLE

381. Information confidentielle par nature. Pour être protégée, l'information doit être confidentielle par nature ou présentée comme telle par l'employeur. L'information confidentielle par nature est celle déclarée confidentielle par la loi. Il s'agit, entre autres, des documents prévisionnels et rapports d'analyse qui décrivent et commentent la

909 **M. MALAURIE-VIGNAL**, « *Réflexions sur la protection du patrimoine informationnel de l'entreprise contre le piratage économique* », Recueil Dalloz 2012 p. 1415, n° 12.

910 Cass. soc., 6 mars 2012, n° 10-24367, JCP S n° 23, 5 Juin 2012, 1248 note **E. JEANSEN** ; Cass. soc., 26 oct. 2010, n° 09-42.740, JCP S 2010, 1509, note **F. BOUSEZ**.

comptabilité prévisionnelle de l'entreprise⁹¹¹, de l'information relative aux procédures d'alerte⁹¹², à la procédure de mandat *ad hoc* ou de conciliation⁹¹³.

382. La qualification de l'information par l'employeur. S'agissant cependant de la qualification de l'information par l'employeur, il convient de préciser que ce pouvoir ne devrait pas vider les obligations d'information des salariés de leurs sens⁹¹⁴.

383. Il en résulte que l'employeur pourrait donner cette qualification à toute information méritant d'être protégée. Mais, d'une part, l'information doit présenter un caractère objectivement confidentiel⁹¹⁵. Cela nécessite que l'information soit ignorée du public et que sa diffusion soit de nature à nuire à l'intérêt de l'entreprise⁹¹⁶. À défaut, de ce caractère objectivement confidentiel, la qualification ne pourrait pas être justifiée⁹¹⁷.

D'autre part, la qualification de l'information doit être accompagnée d'une volonté expresse de l'employeur de garder l'information confidentielle. Cette volonté doit être exprimée au moment de la diffusion de l'information aux salariés à la réunion du comité d'entreprise⁹¹⁸. La Cour de cassation a eu l'occasion de valider cette analyse dans un arrêt célèbre de la chambre sociale⁹¹⁹. En l'espèce un délégué syndical avait divulgué, au cours d'une réunion d'information du personnel, des informations confidentielles déclarées en tant que telles par l'employeur.

Mais, cette déclaration était effectuée après la communication des informations au cours de la réunion du comité d'entreprise. Mis à pied par son employeur, le délégué du

911 **A. BURLAUD** et al, *op. cit.* p. 296.

912 **A. BAREGE**, *op. cit.*

913 **M. JEANTIN**, « *La loi du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés de l'entreprise* », *op. cit.* p. 599.

914 **G. AUZERO**, « *L'obligation de discrétion des membres du comité d'entreprise précisée par la Cour de cassation* », Bull. Joly Sociétés, 01 décembre 2006 n° 12, p. 1429.

915 C. trav. art. L. 432-2, L. 432-4 et L. 432-7.

916 TGI de Lyon, 11 déc. 1984, Dr. soc. 1985, p. 111, note **J. SAVATIER**.

917 **E. JEANSEN**, « *Manquement à l'obligation de discrétion* », JCP S n° 23, 5 Juin 2012, 1248.

918 **G. AUZERO**, *op. cit.*

919 Cass. soc., 12/07/06, n° 04-47.558, Bull. civ. 2006, V, n° 256; JCP S 2006, 1952, note **J.-Y. KERBOURC'H**.

personnel a saisi le Conseil de prud'hommes. Celui-ci a donné raison au salarié et condamné l'employeur aux dommages et intérêts. Cette décision a été confirmée par la Cour de cassation. Dans son arrêt, la Haute juridiction a précisé que « *le Conseil de prud'hommes qui a constaté que le procès verbal de la réunion du comité d'entreprise ne mentionnait pas que les informations données par l'employeur étaient confidentielles, a légalement justifié sa décision* ». En effet, la qualification ultérieure de l'information par l'employeur n'est pas opposable aux salariés⁹²⁰.

384. Propos conclusifs. Il convient cependant de préciser que la portée de ces mécanismes est trop générale pour être inclus dans une étude réservée au rôle de l'information en droit des entreprises en difficulté. Mais, notre objectif est d'affirmer tout simplement leur applicabilité en droit des entreprises en difficulté, sans s'occuper cependant de leur fonctionnement et de leur efficacité.

§2) L'IMPACT DU SECRET PROFESSIONNEL SUR LA CIRCULATION DE L'INFORMATION EN DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

385. Théorie générale du secret professionnel. Le secret professionnel pourrait être défini comme une obligation de se taire et un droit au silence⁹²¹. En raison de son obligation de se taire, le professionnel, dépositaire de l'information confidentielle, ne doit pas la communiquer sous quelque forme que ce soit. Il s'expose en cas de communication induue à un an d'emprisonnement et une amende de 15000 €⁹²². Par ailleurs, en raison de son droit au silence, le professionnel est en droit d'opposer son secret à qui que ce soit. Comme soulignait un auteur « *l'intérêt du secret c'est de pouvoir l'opposer sinon il ne*

920 Cf. E. JEANSEN, « *Manquement à l'obligation de discrétion* », *op. cit.*

921 Cf. J.-L. BAUDOIN, *Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve, étude de droit québécois comparé au droit français et à la Common-Law*, Université de Paris, LGDJ éd. 1965.

922 C. pén. art. 226-13.

servirait à rien »⁹²³. Il en résulte que le secret professionnel est un motif légitime au sens de l'article 10 du Code civil. Par conséquent, le dépositaire de l'information secrète ne serait pas obligé de la divulguer à l'autorité judiciaire⁹²⁴.

En effet, le secret professionnel a un double impact sur la circulation de l'information en droit des entreprises en difficulté. Il est opposable, en principe, à la procédure collective (A) et doit être pris en compte lorsque le débiteur est un professionnel libéral soumis à une obligation au secret professionnel (B).

A) L'OPPOSABILITÉ DU SECRET PROFESSIONNEL DANS LES PROCÉDURES COLLECTIVES

Le secret professionnel est en principe opposable à la procédure collective. Mais, pour comprendre cette opposabilité (2), il convient tout d'abord de préciser le périmètre de cette notion dont les dispositions applicables sont dispersées dans toutes les branches du droit (1).

1) L'IDENTIFICATION DU SECRET PROFESSIONNEL

386. Le secret professionnel général. En raison de sa qualité, « *un professionnel a tendance à garder un certain secret ou à s'entourer d'une certaine discrétion* »⁹²⁵. Il doit garder secrètes les informations auxquelles il a accès en raison de sa profession.

À l'origine, la révélation du secret professionnel était sanctionnée par l'ancien article 378, devenu l'article 226-13 du Code pénal. Mais, à l'instar de ce texte, les autres branches du droit ont instauré des mécanismes analogues qui renforcent et complètent ce mécanisme dont la portée est trop générale. Il s'agit, notamment des dispositions relatives au secret

923 **M. DELHOMME**, « *Le secret professionnel : l'exemple des commissaires aux comptes et des expert-comptables* », Bull. Joly Bourse, 01 mai 2009 n° 3, p. 229.

924 Pour ce faire, l'information à préserver doit être connue par un nombre limité de personnes et sa divulgation doit être préjudiciable aux intérêts dignes objectivement de protection (**F. BORDAS**, Fasc. 141, « *Devoirs professionnels des établissements de crédit, secret bancaire* », J.-Cl. Banque - Crédit - Bourse).

925 **B. BOULOC**, « *Le secret professionnel du banquier : principe et limites* », Gaz. Pal. 29 juin 2004 n° 181, p. 15.

professionnel des notaires, au secret professionnel des conseils juridiques, au secret professionnel des avocats, au secret professionnel des commissaires aux comptes, au secret professionnel des expert-comptables, au secret professionnel des auxiliaires de justice et au secret professionnel des banquiers. Nous nous concentrerons dans cette étude sur le secret professionnel du banquier, dépositaire principal du secret de l'entreprise en difficulté.

387. La notion du secret bancaire. Défini comme l'obligation du banquier de maintenir confidentielles toutes les informations relatives à ses clients, le secret bancaire est l'une des applications spéciales du secret professionnel général⁹²⁶. Il a été créé par l'article 57 de la loi du 24 janvier 1984, devenu l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier⁹²⁷. En vertu de ce texte, les dirigeants et les employés de tout établissement de crédit sont tenus au secret professionnel. Ils ne doivent faire aucune diffusion d'informations sensibles relatives à leur client sans accord exprès de celui-ci. À défaut, ils s'exposent à des sanctions pénales sans préjudice à l'application des règles de la responsabilité civile⁹²⁸.

388. Une mesure protectrice du client de l'établissement de crédit. Toutefois, à la différence du secret professionnel général, la raison du secret bancaire n'est pas la protection de l'intérêt général et de l'ordre public⁹²⁹. Il est prévu notamment dans l'objectif de protéger les clients des établissements de crédit contre la divulgation de leurs informations confidentielles détenues par ceux-ci⁹³⁰. Comme le secret des commissaires aux comptes et des experts comptables, le secret bancaire est institué « *dans l'intérêt du maître du secret et il devient sans objet quand la divulgation ne peut plus causer un*

926 **B. BOULOC**, *op. cit.*.

927 **F. BORDAS**, Fasc. 141, « *Devoirs professionnels des établissements de crédit, secret bancaire* », J.-Cl. Banque - Crédit - Bourse.

928 **B. MOREAU**, « *Secret bancaire et communication de pièces* », Gaz. Pal. 29 juin 2004 n° 181, p. 19.

929 **B. FATIER**, « *La réforme du secret bancaire* », LPA 26 septembre 2008 n° 194, p. 4.

930 Cass. com., 11 avril 1995, n° 92-20985, Bull. civ. IV, n° 121 ; Dalloz 1996, p. 573, note **H. MATSOPOULOU** ; RTD com. 1995, p. 635, obs. **M. CABRILLAC** ; JCP E 1996, 525, obs. **GAVALDA** et **STOUFFET**.

préjudice quelconque à celui-ci »⁹³¹. Il en résulte que le client lui-même peut renoncer à son secret bancaire et que celui-ci ne peut pas lui être opposé. La loi précise également qu'il n'est pas opposable à la Commission bancaire, à la Banque de France et à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale⁹³².

2) L'ILLUSTRATION DE L'OPPOSABILITÉ DU SECRET PROFESSIONNEL DANS LES PROCÉDURES COLLECTIVES

389. Le secret professionnel sous l'empire de l'ancienne législation. En application de l'ancien article L. 611-6 du Code de commerce, les dépositaires de l'information secrète relative à la procédure du règlement amiable étaient soumis au secret professionnel⁹³³. En vertu de ce texte, toute personne qui est appelée à la procédure du règlement amiable ou qui, par ses fonctions, en a eu connaissance est tenue au secret professionnel. Cette pénalisation était mal adaptée aux exigences de la procédure collective. Les débiteurs, victimes de la divulgation, préféraient l'engagement de la responsabilité civile de l'auteur de l'infraction pour être indemnisés du préjudice subi⁹³⁴. C'est la raison pour laquelle la loi de sauvegarde est venue substituer l'obligation de confidentialité à l'obligation au secret professionnel⁹³⁵.

390. L'applicabilité de l'article L. 226-13 du Code pénal en droit des entreprises en difficulté. Par ailleurs, il convient de préciser que la dépénalisation de divulgation des informations relatives aux procédures amiables n'est pas en contradiction avec l'applicabilité du secret professionnel. Ce régime général reste applicable en droit des entreprises en difficulté. En effet, toute personne agissant dans un cadre professionnel ou en raison d'un mandat dans une procédure collective est soumise au secret professionnel de

931 CA Limoges, 30 mai 1985 : Bull. CNCC, 1985, p. 243 ; D., 1985, IR, p. 501 ; Cass., com., 14 nov.1995, Bull. CNCC, 1995, p. 520, note **Ph. MERLE** ; Rev. Sociétés, 1996, p. 287, note **Th. GRANIER** ; LPA, 3 avril 1996, p. 19, note **F. PASQUALINI**.

932 C. mont. finan. art. L. 511-33, L. 612-6, L. 613-1, L. 613-20 II et L. 621-9-3.

933 **G. TEBOUL**, « *La réforme de la prévention et des procédures collectives* », Gaz. Pal. 09 décembre 2000 n° 344, p. 2.

934 **F.-X. LUCAS** et **H. LÉCUYER**, *op. cit.*

935 C. com., art. L. 611-15.

l'article L. 226-13 du Code pénal. Il peut s'agir des avocats, des conseils juridiques⁹³⁶, des commissaires aux comptes, des expert-comptables⁹³⁷, des représentants des salariés⁹³⁸, du mandataire *ad hoc*, du conciliateur⁹³⁹, de l'administrateur judiciaire⁹⁴⁰, du mandataire judiciaire, du commissaire à l'exécution du plan et du liquidateur⁹⁴¹. En vertu de leur secret professionnel, ces personnes ne peuvent communiquer aucune information secrète sous réserve des sanctions pénales et civiles.

391. Le droit d'accès aux informations secrètes. L'accès au secret professionnel est réservé au représentant légal de l'entreprise. Mais, qu'en est-il lorsque les pouvoirs du débiteur sont exercés par les organes de la procédure ?

En ce qui concerne la procédure de sauvegarde, le débiteur n'est jamais dessaisi de ses pouvoirs⁹⁴². Il garde sa qualité du bénéficiaire du secret professionnel et peut, à ce titre, obtenir communication de toute information concernant ses affaires⁹⁴³. En revanche, quant à la procédure de redressement et de liquidation judiciaire, les pouvoirs du débiteur peuvent être exercés par l'administrateur judiciaire ou le liquidateur⁹⁴⁴. Par conséquent, ces organes peuvent se prévaloir de la qualité du représentant légal de l'entreprise et bénéficier, à ce titre, de l'accès au secret professionnel⁹⁴⁵.

392. Cette analyse nous paraît conforme à l'esprit de la loi. Pourtant, des solutions contraires ont été retenues par la Cour de cassation sous l'empire de l'ancien régime.

936 **S. RETIF**, *op. cit.*

937 **M. DELHOMME**, *op. cit.*

938 **M. DEL SOL**, *op. cit.*

939 **T. MONTÉLAN**, « *Présentation générale de la prévention et de la procédure de conciliation* », *Gaz. Pal.* 08 septembre 2005 n° 251, p. 8.

940 **I. PERRUCHOT**, « *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, Organes, Administrateur judiciaire* », *J.-Cl.*, Fasc. 2226.

941 **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, « *Commissaire à l'exécution du plan* », *op. cit.*

942 **A. MARTIN-SERF**, « *Tout en restant chef dans son entreprise* », *op. cit.*

943 **F.-X. LUCAS** et **H. LÉCUYER**, *op. cit.*

944 **A. MARTIN-SERF**, « *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, mesures et actes conservatoires* », *op. cit.*

945 **B. MOREAU**, « *Secret bancaire et communication de pièces* », *op. cit.*

Celle-ci avait notamment admis aux créanciers d'une société en faillite⁹⁴⁶ ainsi qu'au représentant de ceux-ci et à l'administrateur judiciaire la qualité d'obtenir du banquier la communication des pièces couvertes par le secret bancaire⁹⁴⁷. Mais, dans un arrêt du 10 décembre 2002, la Haute juridiction s'est rendu compte de la faiblesse du fondement juridique de cette analyse. Elle a refusé au commissaire à l'exécution du plan le droit d'accès au secret bancaire au motif que celui-ci, agissant au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers, est un tiers par rapport au débiteur, client de la banque⁹⁴⁸.

393. En somme, le secret professionnel est opposable à la procédure collective. Il ne doit être dévoilé qu'à son bénéficiaire, personne physique ou représentant légal la personne morale. La simple mission d'assistance du débiteur ne permet pas à l'administrateur judiciaire de prétendre du droit d'accès au secret de l'entreprise en difficulté. Il doit être investi d'un pouvoir de représentation du débiteur pour pouvoir bénéficier de ce droit. En effet, à part les dérogations accordées au président du tribunal⁹⁴⁹, au juge-commissaire⁹⁵⁰ ainsi qu'au juge-enquêteur⁹⁵¹, le mécanisme du secret professionnel est une source efficace de préservation des informations confidentielles, notamment lorsque le débiteur est un professionnel libéral.

B) LA PRISE EN COMPTE DE LA QUALITÉ DU DÉBITEUR PROFESSIONNEL LIBÉRAL

394. L'applicabilité des procédures collectives aux professionnels libéraux. En raison du secret des professionnels libéraux soumis à un statut législatif ou réglementaire

946 Cass. com., 19 juin 1990, Bull. civ. IV, n° 179 ; Dalloz 1992, som. com., 32, obs., **M. VASSEUR**.

947 Cass. com., 11 avril 1995, n° 92-20985, Bull. civ. IV, n° 121; Dalloz 1996, p. 573, note **H. MATSOPOULOU**; RTD com. 1995, p. 635, obs. **M. CABRILLAC**.

948 Cass. com., 10 décembre 2002, n° 00-10824, Bull. civ. IV, n° 194, Revue du droit bancaire et financier, 2003, n° 36, obs. **A. LUCAS** ; LPA du 17 décembre 2002, p. 10, concl. **M.-A. LAFORTUNE**.

949 C. com., art. L. 611-2.

950 **B. BOULOC**, *op. cit.*

951 C. com., art. L. 621-1 et L. 623-2.

ou dont le titre est protégé, le législateur a prévu des dispositions particulières aux procédures collectives ouvertes à leur égard.

À l'origine, l'exclusion de ces professionnels du domaine des procédures collectives dans l'ancien régime était, en partie, justifiée par leur secret professionnel. On ne saisissait pas comment est ce que ces professionnels pourraient être mis à une procédure collective sans mettre en danger leur secret et les secrets de leurs clients⁹⁵². La loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 a mis fin à cette exclusion. Désormais, les procédures collectives sont applicables « à toute personne exerçant une activité commerciale ou artisanale, à tout agriculteur, à toute autre personne physique exerçant une activité professionnelle indépendante, y compris une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, ainsi qu'à toute personne morale de droit privé »⁹⁵³.

395. L'association de l'ordre professionnel ou de l'autorité compétente dans toutes les étapes de la procédure collective. Néanmoins, l'exigence de la préservation du secret des professionnels libéraux et celui de leurs clients nécessite en particulier l'association de l'ordre professionnel ou de l'autorité compétente. Ceux-ci doivent être informés dès la demande de désignation du mandataire *ad hoc* ou dès l'ouverture de la procédure de conciliation. Il en est de même quant aux procédures collectives judiciaires dans lesquelles, l'ordre professionnel ou l'autorité compétente a la qualité de contrôleur de droit et doit participer à toutes les étapes de la procédure.

396. Pour assurer la préservation du secret professionnel du débiteur et de ses clients, le représentant de l'ordre professionnel ou de l'autorité compétente doit être présent à l'élaboration de l'inventaire, mais aussi à l'évaluation des biens⁹⁵⁴. L'article L. 622-6 alinéa 4 dispose que « lorsque le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, l'inventaire est dressé en

952 **Th. FAVARIO**, « *L'avocat en difficulté (application de la loi de sauvegarde à l'avocat exerçant en nom)* », Bull. Joly Sociétés, 01 juin 2006 n° 6, p. 691.

953 C. com., art. L. 620-1, L. 631-2 et L. 640-2.

954 **F.-X. LUCAS** et **H. LÉCUYER**, *op. cit.*

présence d'un représentant de l'ordre professionnel ou de l'autorité compétente dont, le cas échéant, il relève ». Il ajoute que « *en aucun cas l'inventaire ne peut porter atteinte au secret professionnel si le débiteur y est soumis* ».

397. Une fois établi, l'inventaire est ensuite certifié par un commissaire aux comptes ou attesté par un expert-comptable. Mais, en aucun cas, les noms des clients du débiteur professionnel ne doivent figurer dans l'inventaire. Il suffit d'en mentionner le nombre. Il en est de même quant à l'état des créances dont la publicité dévoile les noms des clients du professionnel libéral qui seraient créanciers⁹⁵⁵. Cependant, certains auteurs ont essayé de minimiser l'impact de cette publicité sur le secret professionnel. Ils soulignent notamment le fait que « *le professionnel libéral, à l'égard de ses clients, est davantage créancier que débiteur* »⁹⁵⁶.

Quoi qu'il en soit, le secret du débiteur professionnel libéral ainsi que celui de ses clients doivent être rigoureusement respectés.

398. Propos conclusifs. En somme, les mécanismes traditionnels du secret du droit commun sont applicables en droit des entreprises en difficulté. Ils peuvent être utilisés pour préserver le secret de l'entreprise en difficulté et maîtriser la circulation de l'information. Mais, la valeur économique et stratégique du patrimoine informationnel nécessite également l'utilisation de la théorie du secret des affaires.

955 S. RETIF, « *L'extension des procédures collectives aux professions libérales* », *op. cit.*

956 P.-M. LE CORRE, *op. cit.* 7^{ème} éd. n° 681.12.

SECTION 2 : L'APPLICABILITÉ DE LA THÉORIE DU SECRET DES AFFAIRES EN DROIT DES ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ

399. La théorie du secret des affaires. La volonté de gagner du temps, d'économiser des frais de recherche scientifique et des matières premières et même parfois de déstabiliser les entreprises concurrentes a conduit les praticiens du droit des affaires à la recherche d'une protection supplémentaire⁹⁵⁷.

400. En effet, une grande partie des informations financières économiques et sociales échappaient aux mécanismes du secret du droit commun. Le vol qui suppose une chose matérielle⁹⁵⁸, l'abus de confiance qui nécessite une remise préalable⁹⁵⁹, le secret professionnel⁹⁶⁰, l'obligation de discrétion des salariés ainsi que le secret de fabrique⁹⁶¹ ne sont pas trop adaptés à la protection de toutes les informations ayant une valeur économique. C'est ainsi que la pratique a développé le mécanisme du secret des affaires pour combler cette lacune (Paragraphe 1). Mais, après quelques années d'application, il apparaît que l'inefficacité de ce mécanisme exige l'intervention du législateur pour consacrer un délit d'atteinte au secret d'affaires (Paragraphe 2).

957 C. VANDEN BUSSCHE, « *La protection pénale contre l'espionnage des secrets d'affaires* », LPA 13 nov. 1995 n° 136, p. 9.

958 C. pén. art. 311-1.

959 C. pén. art. 314-1.

960 C. pén. art. L. 226-13.

961 C. trav. art. L. 2325-5.

§1) LE MÉCANISME DU SECRET DES AFFAIRES

La théorie du secret des affaires est une création de la pratique commerciale suite au développement des nouvelles technologies de l'information. Malgré sa souplesse et son caractère pragmatique(A), cette théorie est restée inefficace en raison notamment de l'imprécision des conséquences de sa violation (B).

A) LA SOUPLESSE DU SECRET DES AFFAIRES

401. La notion du secret des affaires. Aucune définition légale ou réglementaire n'a été donnée par le législateur français à la notion du secret des affaires. Elle est cependant définie en droit communautaire, comme toute information « *dont non seulement la divulgation au public mais également la simple transmission à un sujet de droit différent de celui qui a fourni l'information peut gravement léser les intérêts de celui-ci* »⁹⁶². Il s'agit, en effet, d'une prérogative des entreprises qui voudraient garder le silence sur leurs affaires et protéger leur secret contre les indiscretions et la curiosité de leurs partenaires et de leurs concurrents⁹⁶³.

402. La légitimité juridique du secret des affaires. Dans un arrêt du Conseil d'État, les juges administratifs ont pu constater justement que « *l'administration ne peut être tenue de communiquer des pièces couvertes par un secret protégé par la loi, tel le secret des affaires* »⁹⁶⁴. Mais, cette affirmation est analysée par une partie de la doctrine comme une simple reconnaissance de légitimité du secret des affaires⁹⁶⁵.

962 L'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes : TPI, 18 sept. 1996, Postbank/Commission, Rec. CJCE 1996, II, p. 921, spéc. pt 87.

963 Cf. **J.-K. ADOM**, *op. cit.*

964 CE, 4 juillet 2001, N° 213897 et récemment CE, 8 fév. 2012, M. Mélenchon, n°353357.

965 **C. VAN DEN BUSSCHE**, *op. cit.*

Cela est justifié par les besoins des entreprises et les exigences de la pratique notamment en période des difficultés. En effet, il a été jugé en matière de procédures collectives que le débiteur n'est pas tenu d'informer son cocontractant de sa procédure collective en cours au moment de la conclusion du contrat. Selon les termes de la Cour de cassation, « *aucun texte n'oblige une entreprise à informer son cocontractant du fait qu'elle fait l'objet d'un redressement judiciaire* »⁹⁶⁶. Ainsi, la jurisprudence refuse « *l'existence d'une obligation générale d'information des tiers* »⁹⁶⁷.

403. Par ailleurs, il convient de préciser que la légitimité juridique du secret des affaires est plus faible que celle du secret de la vie privée⁹⁶⁸. Mais, cette faiblesse pourrait être analysée comme une source de souplesse. L'imprécision du secret des affaires a permis aux praticiens de faire rentrer dans son domaine toutes les informations sensibles qui ne sont pas couvertes par les autres mécanismes du secret⁹⁶⁹. Qu'elles soient de nature industrielle, financière, scientifique, technique ou stratégique, les informations sensibles de l'entreprise pouvaient être protégées par le secret des affaires. Il s'agissait notamment de l'information relative à l'organisation de l'entreprise, aux accords passés avec d'autres entreprises, aux projets d'extension, d'implantation de succursales ou d'aménagement de certaines chaînes de distribution⁹⁷⁰. Mais, la faiblesse du secret des affaires résulte notamment de l'imprécision des conséquences de sa violation.

966 Cass. com., 24 sept. 2003, n° 00-21.863, RTD civ. 2004, p. 86, obs. **J. MESTRE** et **B. FAGES**.

967 **Y. CHAPUT**, « *Sûretés négatives* », J.-Cl. Contrats – Distribution, Fasc. 2890.

968 *Ibid.*

969 **J.-Ph. HAEHL**, « *Les principales innovations du Décret du 21 octobre 1994* », Rapport de synthèse, p. 6, Colloque du CRAJEFE, tenu le 11 mars 1995 à Nice, PA 14 juin 1995, p. 39

970 **C. VAN DEN BUSSCHE**, *op. cit.*

B) L'IMPRÉCISION DES CONSÉQUENCES DE VIOLATION DU SECRET DES AFFAIRES

404. L'imprécision du secret des affaires pourrait également être démontrée au niveau des conséquences de sa violation. En effet, aucune sanction particulière n'est prévue pour la divulgation indue des informations protégées par le secret des affaires. C'est en fonction de la relation de l'auteur avec le titulaire du secret et sur la base des techniques du droit commun que cette violation est poursuivie.

405. Vol, recel ou abus de confiance. En effet, la jurisprudence a admis la théorie du vol de l'information⁹⁷¹. Ainsi le tribunal de grande instance de Clermont-Ferrand a pu condamner, sur le fondement du vol et de l'abus de confiance, un salarié qui, à l'issue de son contrat, a transféré des informations confidentielles sur sa clé USB pour une utilisation personnelle⁹⁷². Dans une autre affaire, la Cour de cassation a pu sanctionner, sur le fondement de l'abus de confiance, le détournement du numéro de carte bancaire⁹⁷³. Une partie de la doctrine reprochait cependant à cette dernière décision son affirmation que l'autorisation de prélèvement constitue une valeur patrimoniale. De ce point de vue, l'autorisation de prélèvement est « *une technique contractuelle permettant à un créancier de se servir auprès de la banque désignée* » et ne constitue pas en elle-même une valeur économique⁹⁷⁴.

406. La violation du secret des affaires sur le fondement de l'abus de confiance qui suppose une remise préalable et le vol qui suppose la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui n'est pas trop convaincante⁹⁷⁵. En effet, la majorité des décisions de la Cour de

971 Crim. 4 mars 2008 n° 07-84.002, D. 2008. 2213, note **S. DETRAZ** ; RSC 2009. 131, obs. **J. FRANCILLON**.

972 TGI Clermont-Ferrand, 26 sept. 2011, CCE 2012, comm. 36, obs. **E. CAPRIOLI**.

973 Cass. crim., 14 nov. 2000, n° 99-84.522, Bull. crim., n° 338 ; D 2001 p. 1423, note **B. DE LAMY**.

974 **B. BOULOC**, note sous Cass. crim., 14 nov. 2000, n° 99-84.522, RTD Com. 2001 p. 526.

975 **P. MAISTRE DU CHAMBON** et al. Droit pénal des affaires, Litec, 3^{ème} éd., 2013, n° 50.

cassation exigent que le détournement de l'information soit accompagné du support pour retenir la qualification du vol⁹⁷⁶. dans un autre arrêt, la Cour de cassation a préféré le recours au délit de recel qui permet la référence au seul bénéficiaire du « *produit d'un crime ou d'un délit* »⁹⁷⁷. Ainsi, la Cour de cassation a retenu cette qualification à l'encontre d'un ancien salarié qui a détourné un CD-ROM contenant des fichiers des clients⁹⁷⁸. Elle justifiait sa décision par l'article 321-1 du Code pénal qui dispose que le recel pourrait être constitué du bénéficiaire, par tout moyen, en connaissance de cause, du produit d'un crime ou d'un délit⁹⁷⁹.

407. La théorie de la responsabilité civile. Il en résulte que le seul fondement solide de la répression de violation du secret des affaires est celui de la responsabilité civile⁹⁸⁰. Mais, le défaut de cette protection réside dans le fait que la simple perspective de dommages et intérêts ne dissuade pas les auteurs de cette infraction. Certains auteurs ont pu même souligner le manque de proportion entre la réparation et l'avantage acquis par l'auteur de l'infraction⁹⁸¹. C'est la raison pour laquelle l'intervention du législateur est devenue nécessaire pour garantir au secret d'affaires sa souplesse et son efficacité.

976 Cass. crim., 12 janv. 1989, n° 87-82.265, Bull. Cass. crim., n° 14 ; RSC 1990. 346, obs. **P. BOUZAT**; RTD com. 1990. 143, obs. **P. BOUZAT**; Cass. crim 1er mars 1989, n° 88-82.815, Bull. crim., n° 100 ; D. 1990. 230, obs. **J. HUET** ; JCP E 1990. II. 15761, obs. et **A. LUCAS** ; RSC 1990. 346, obs. **P. BOUZAT**.

977 26 oct. 1995, n° 94-83.780, Bull. crim., n° 324 ; Dr. pén. 1996, comm. 189, obs. **J.-H. ROBERT** ; Rev. Sociétés 1996. 326, note **B. BOULOC** ; RSC 1996. 138, obs. **J.-P. DINTILHAC**.

978 Crim. 20 oct. 2010, n° 09-88.387, JCP 2010. 1273, note **S. DETRAZ**.

979 Cf. **Éric A. CAPRIOLI**, « *Vol et recel d'informations commerciales* », Communication Commerce électronique n° 3, Mars 2011, comm. 30.

980 Com. 20 mars 2007, CCC 2007, comm. 150 ; Com. 25 juin 1991, n° 89-20.506, Bull. civ. IV, n° 236 ; D. 1992. 249, note **A. BATTEUR**, et 1993. 156, obs. **Y. PICOD**; JCP E 1992. II. 303, note **G. VIRASSAMY**; RTD civ. 1992. 390, obs. **J. MESTRE** ; RTD com. 1992. 448, obs. **B. BOULOC**.

981 **P. MARTIN**, « *Le secret des affaires et la proposition de loi adoptée en première lecture le 23 janvier 2012* », Gaz. Pal. 03 juillet 2012 n° 185, p. 19.

§2) VERS LA CONSÉCRATION D'UN DÉLIT D'ATTEINTE AU SECRET D'AFFAIRES

408. La portée du délit d'atteinte au secret d'affaires. La théorie du secret des affaires fait l'objet des nombreuses critiques relatives notamment à son inefficacité et son imprécision. En effet, un projet de loi du 24 janvier 2012 a été voté en première lecture par l'assemblée nationale⁹⁸². L'objectif est ainsi de renforcer « *la protection du secret des affaires jugée insuffisante au regard des dispositions pénales actuellement applicables qui se concentrent sur la protection du secret professionnel lié à la qualité de leurs détenteurs* »⁹⁸³. Dans ce projet, les rédacteurs du texte proposent la création d'un délit d'atteinte au secret d'affaires qui protégera, selon le nouvel article 325-1 qui serait intégré au Code pénal, tous procédés, objets, documents, données ou fichiers, quels que soient leur support à condition qu'ils ne présentent pas un caractère public. La divulgation non autorisée de ces informations serait punie d'un emprisonnement de trois ans et d'une amende de 375 000 €⁹⁸⁴.

409. L'atteinte légitime au secret des affaires. Par ailleurs, la proposition du projet de loi prévoit à l'article 325-3 quelques exceptions liées aux prérogatives des autorités judiciaires et au déroulement des procédures judiciaires. La première exception à ces dispositions est prévue au profit de l'autorité judiciaire agissant dans le cadre de poursuites pénales ainsi qu'à toute autorité juridictionnelle. La seconde en est la production d'une pièce ordonnée ou autorisée par le juge pour une partie dans l'exercice de ses droits. La troisième exception est relative à la révélation aux autorités compétentes des faits susceptibles de constituer des infractions ou des manquements aux lois et règlements en

982 Ce projet de loi est inspiré directement du *Cohen Act américain* (the Economic Espionage Act) et du Traité relatif aux Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle liés au Commerce, annexé à la Convention de Marrakech du 14 avril 1994 instituant l'OMC.

983 **M.-E. BOURSIER**, « *Chronique trimestrielle de droit pénal des affaires* », LPA 06 août 2012 n° 156, p. 6.

984 Le nouvel article 325-2 du Code pénal.

vigueur. Enfin, la dernière exception est accordée aux autorités compétentes dans l'exercice de leur mission du contrôle, de surveillance ou de sanction.

410. Rappelons, enfin, qu'une partie de la doctrine n'est pas convaincue de l'efficacité de la nouvelle incrimination du secret des affaires. Certains auteurs y trouvent même une occasion manquée et une protection insuffisante au regard de son domaine et l'effectivité de ses sanctions qui la mettent en contradiction avec la nature juridique du secret des affaires⁹⁸⁵. S'ajoute à cela la lourdeur des formalités quant à la saisie des documents confidentiels qui auraient été divulgués sur le plan international⁹⁸⁶.

Quoi qu'il en soit, cette réforme n'est pas encore examinée par le Sénat et suscite encore un vif débat entre les praticiens du droit⁹⁸⁷.

411. Propos conclusifs. Pour conclure, nous précisons que les mécanismes du secret et des informations confidentielles sont applicables en droit des entreprises en difficulté. Mais, leur portée dépend essentiellement de l'origine et de la nature de l'obligation ou du devoir mis à la charge du dépositaire de l'information. La relation juridique du débiteur de l'obligation avec la personne au profit de laquelle cette information est préservée joue un rôle important dans l'appréciation de l'efficacité et de la simplicité de la mise en œuvre de ces mécanismes. Ainsi, à l'occasion de l'exécution de son contrat de travail, le salarié a une obligation de discrétion, dans sa relation avec ses clients, le banquier est tenu au secret bancaire et lors de l'exercice de leurs missions, les organes de la procédure collective sont tenus au respect du secret professionnel ainsi qu'à l'obligation de confidentialité.

S'agissant cependant du secret des affaires, il est justifié notamment par l'évolution des technologies de l'information et le développement des techniques d'espionnage industriel. Sa protection est indispensable notamment en droit des entreprises en difficulté dont la fragilité des entreprises justifie plus de secret et de confidentialité.

985 P. MARTIN, *op. cit.*

986 M.-E. BOURSIER, *op. cit.*

987 Le secret des affaires : état des lieux : <http://www.portail-ie.fr/article/580/Le-secret-des-affaires-etat-des-lieux>

CHAPITRE 2 : LA PARTICULARITÉ DU SECRET RELATIF AUX DIFFICULTÉS DE L'ENTREPRISE

412. Les exigences de la prévention des difficultés. Les mécanismes du secret du droit commun sont applicables en droit des entreprises en difficulté, mais cette matière a toute sa particularité. En effet, lors de la prévention des difficultés et dans les procédures amiables, la vie de l'entreprise en difficulté est dominée par le secret en raison notamment du besoin de financement et des concours de ses partenaires⁹⁸⁸. Pour être accompagnée dans ses difficultés, l'entreprise doit être crédible. Or, la propagation des rumeurs altère l'image de l'entreprise et pourrait lui faire perdre la confiance de ses partenaires⁹⁸⁹, d'où la nécessité de la préservation de son crédit (Section 1).

Cette considération a été prise en compte par le législateur depuis la loi du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises. En effet sous l'empire de ce régime, l'article L. 611-6 du Code de commerce disposait que « *toute personne qui est appelée au règlement amiable ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenue au secret professionnel, dans les conditions et sous les peines prévues aux articles 226-13 et 226-14 du code pénal* ». Mais, le caractère secret des procédures amiables était incompatible avec la rapidité et l'efficacité des traitements des difficultés des entreprises. C'est la raison pour laquelle la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 est venue mettre fin à cette incompatibilité. Elle a consacré la confidentialité des procédures amiables (Section seconde).

988 A. DIESBECQ, *op. cit.*

989 Y. GUYON, « *La transparence dans les procédures collectives* », *op. cit.*

SECTION 1 : LA PRÉSERVATION DU CRÉDIT DE L'ENTREPRISE

413. La confiance et la crédibilité de l'entreprise. Compte tenu de la fragilité de la situation financière, économique et sociale de l'entreprise en difficulté, une place particulière doit être réservée au crédit. Sans préjudice aux considérations protectrices du droit des entreprises en difficulté, la priorité doit être donnée à la trésorerie, au financement de l'entreprise et à la confiance de ses partenaires⁹⁹⁰. Mais, pour bénéficier de cette confiance, l'entreprise en difficulté doit être crédible et discrète sur ses difficultés passagères⁹⁹¹. Pour reprendre les propos d'un auteur, la réussite de la négociation du soutien des partenaires « *suppose en général la plus grande discrétion sur les difficultés du débiteur* »⁹⁹².

414. La primauté du crédit de l'entreprise en difficulté est ainsi la conséquence de la prise en compte de la fragilité de la situation de l'entreprise et de l'absence de menaces réelles sur les intérêts légitimes de ses partenaires. Elle se manifeste notamment dans la gestion des informations secrètes (Paragraphe 1) et les pouvoirs des dirigeants sur les demandes d'ouverture des procédures collectives (Paragraphe 2).

990 A. DIESBECQ, *op. cit.*

991 H. BOURBOULOUX, « Confidentialité et transparence réconciliées pour la prévention et le traitement des difficultés », Bull. Joly Entreprises en Difficulté, 01 mai 2012 n° 3, p. 183 ; Y. CHAPUT, « La réforme de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises », JCP E n° 38, 21 Septembre 1994, I 3786 ; A. LATREILLE, « Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat », *op. cit.*

992 F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 84.

§1. LA GESTION DES INFORMATIONS SECRÈTES

415. De l'obscurité ou de la lumière, le chef d'entreprise choisit en fonction des exigences du crédit de l'entreprise. En effet, l'intérêt de l'entreprise pourrait être dans le silence sur ses difficultés notamment lorsque celles-ci sont passagères. Au contraire, lorsque les difficultés nécessitent le soutien des créanciers, l'intérêt de l'entreprise devient dans l'information de ceux-ci. Ils doivent être informés sur la nature et l'origine des difficultés pour qu'ils puissent coopérer avec leur débiteur en toute connaissance de cause. Dans l'un ou l'autre cas, les dirigeants bénéficient d'un véritable monopole sur la gestion des informations secrètes. Ils ont le droit de se taire sur leurs difficultés (A) ou de demander le concours de leurs principaux partenaires (B).

A) LE DROIT DE SE TAIRE SUR LES DIFFICULTÉS PASSAGÈRES

416. L'esprit de silence. En raison de la primauté du crédit, le chef d'entreprise pourra décider de se taire sur les difficultés passagères pour ne pas perdre la confiance de ses partenaires notamment ses fournisseurs et ses clients. En gardant le silence sur ses difficultés, l'entreprise se mettrait à l'abri de la curiosité de ses concurrents et ses partenaires et éviterait ainsi la mise en cause de sa crédibilité. Car, si l'entreprise s'expose à la curiosité de ses partenaires et de ses concurrents, son crédit sera inévitablement atteint. Elle sera, selon les propos du doyen **GUYON**, « *précipitée encore plus vite et de manière encore plus inéluctable vers la cessation des paiements* »⁹⁹³.

417. Outre ces considérations stratégiques, le choix de silence et de discrétion n'est pas en contradiction avec les grandes lignes du droit des entreprises en difficulté. Au contraire, il correspond aux objectifs de la prévention des difficultés et à l'esprit de responsabilisation des dirigeants qui inspirent les dernières réformes du droit des entreprises en difficulté⁹⁹⁴.

993 **Y. GUYON**, « *La transparence dans les procédures collectives* », *op. cit.* n° 2.

994 **A. MARTIN-SERF**, « *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, mesures et actes conservatoires* », *op. cit.*

418. Dans les procédures d'alerte. À titre d'exemple, dans sa procédure d'alerte, le commissaire aux comptes doit respecter des étapes progressives pour diffuser l'information sur les difficultés de l'entreprise⁹⁹⁵. Il doit donner au chef d'entreprise la possibilité de réagir et de prendre les décisions nécessaires avant de remonter l'information au président du tribunal, au conseil d'administration, au comité d'entreprise ou à l'assemblée générale⁹⁹⁶.

Il en est de même quant à l'alerte des salariés et des associés. Ceux-ci doivent demander l'explication du chef d'entreprise avant de remonter l'information ou de réclamer la désignation des experts pour établir des rapports sur la situation ou la gestion de l'entreprise⁹⁹⁷.

419. Lors de l'entretien du président du tribunal. Le droit du chef d'entreprise de se taire sur ses difficultés passagères est également pris en compte lors de l'entretien du président du tribunal. D'une part, celui-ci ne peut pas exiger au chef d'entreprise de demander l'ouverture d'une procédure quelconque ni de prendre des décisions particulières. Sa mission se limite à susciter une prise de conscience et une réaction de la part du chef d'entreprise⁹⁹⁸. D'autre part, cet entretien doit être tenu en toute confidentialité, même le greffier n'est pas autorisé à y assister⁹⁹⁹.

Dans tous ces exemples, les démarches qui vont être entreprises par le chef d'entreprise, le commissaire aux comptes, les associés, le comité d'entreprise ou le président du tribunal doivent être « effectuées sur la base de renseignements objectifs obtenus dans une confidentialité totale »¹⁰⁰⁰.

420. L'assignation du créancier. Par ailleurs, le crédit de l'entreprise est également pris en compte dans la formalité d'assignation donnée aux créanciers. En effet, le créancier

995 C. com., art. L. 234-1.

996 Voir *supra* n° 202 et s.

997 C. trav. L. 2323-78 et s. et C. com., art. L. 225-231.

998 F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 65.

999 C. com., art. L. 611-2, R. 611-10 et R. 611-11.

1000 J.-M. DE BERMOND DE VAULX, « *Le secret des affaires à l'épreuve des mesures de prévention des difficultés des entreprises* », JCP E n° 40, 5 octobre 1995, 493.

qui demande l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de son débiteur doit prouver la cessation des paiements de celui-ci¹⁰⁰¹. L'assignation du créancier doit préciser la nature et le montant de la créance et être complétée par tout élément de preuve de nature à caractériser la cessation des paiements du débiteur¹⁰⁰². À défaut de quoi, le créancier pourrait engager sa responsabilité civile, notamment en cas d'une demande abusive¹⁰⁰³.

421. En somme, en raison de la primauté du crédit, le chef d'entreprise n'est pas obligé de révéler ses difficultés tant que son silence n'est pas préjudiciable aux intérêts légitimes de ses partenaires. En fonction du crédit de l'entreprise et de la gravité des difficultés, le chef d'entreprise peut décider de se taire ou de profiter du concours de ses partenaires¹⁰⁰⁴. Mais, lorsqu'il décide de demander le soutien de ceux-ci, il doit les informer de la situation de l'entreprise. Là encore en raison de la nécessité de préservation du crédit de l'entreprise, le chef d'entreprise a un grand intérêt à limiter l'accès à cette information. Il a le droit de choisir les partenaires dont les sacrifices sont souhaitables et nécessaires.

B) LE CHOIX DES PRINCIPAUX CRÉANCIERS

422. La notion de principaux créanciers. En application des articles L. 611-3 et L. 611-7 du Code de commerce, le débiteur peut demander le concours de ses principaux créanciers ou de ses cocontractants habituels dans une procédure de mandat *ad hoc* ou de conciliation. Pour la doctrine, la notion de principaux créanciers pourrait être étendue à tous les créanciers « *ayant une incidence certaine sur le fonctionnement de l'entreprise soit à cause du montant de leur créance, soit à cause des sûretés qu'ils détiennent sur*

1001 C. com., art. L. 631-4 et R. 631-2.

1002 Cf. **J. MESTRE**, « *Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance* », Mélanges P. RAYNAUD, p. 438.

1003 Cass. com., 5 décembre 1989, Bull. civ. IV, n° 305 ; BRDA, n° 3/1990, p. 10 ; Cass. com., 1er octobre 1997, Bull. civ. IV, n° 233 ; RJDA, n° 12/1997, n° 1537.

1004 Notons cependant qu'en raison de l'atteinte aux intérêts légitimes des partenaires de l'entreprise en difficulté, la cessation des paiements doit être déclarée dans le délai de quarante-cinq jours. À défaut, des sanctions civiles mais aussi pénales peuvent être prononcées à l'encontre du débiteur personne physique ou du dirigeant de la personne morale.

l'entreprise »¹⁰⁰⁵. Il peut s'agir des banquiers, des principaux fournisseurs ou de gros créanciers.

En pratique, les actionnaires des entreprises en difficultés peuvent être également amenés à consentir des abandons de comptes courants ou procéder à la recapitalisation de l'entreprise. Il en est de même quant aux nouveaux établissements financiers et fonds spécialisés dans le rachat des créances¹⁰⁰⁶. Malgré, le défaut de qualité des cocontractants habituels ou des créanciers principaux, ceux-ci peuvent également participer à la négociation de l'accord amiable et soutenir l'entreprise en difficulté¹⁰⁰⁷.

423. L'information des partenaires de l'entreprise. Par ailleurs, pour renforcer la réussite de l'accord amiable, le chef d'entreprise ou le dirigeant de la personne morale doit partager avec ses partenaires un nombre important d'information. Il doit les informer de l'origine et de l'étendue de ses difficultés, d'où l'importance de bien choisir des partenaires utiles. Car, l'information des créanciers dont le sacrifice n'est pas possible ou n'est pas rentable pourrait être dangereuse au crédit et à l'image de l'entreprise en difficulté¹⁰⁰⁸.

424. Il convient cependant de préciser que cette prérogative ne concerne pas les procédures judiciaires. Elle est réservée aux procédures amiables dont la participation des créanciers n'est pas obligatoire. En revanche, quant aux procédures collectives, tous les créanciers sont informés de l'ouverture de la procédure collective par le biais notamment de la publication du jugement d'ouverture au greffe du tribunal. Ils sont ensuite avertis personnellement de leur obligation de déclarer leurs créances pour pouvoir participer à la procédure collective¹⁰⁰⁹.

425. En somme, l'intérêt de l'entreprise pourrait être dans le silence sur ses difficultés pour préserver son crédit. Il pourrait également être dans la révélation de difficultés aux

1005 **F. DEBORD**, « *Le nouveau règlement amiable* », *op. cit.*

1006 **F.-X. LUCAS** et **H. LÉCUYER**, *op. cit.*

1007 *Ibid.*

1008 **J.-M. LUCHEUX**, « *Les créanciers non bancaires et les autres parties concernées* », *Gaz. Pal.* 26 juin 2008 n° 178, p. 31.

1009 Voir *supra* n° 284 et suivant.

principaux partenaires dans une procédure de mandat *ad hoc* ou de conciliation. Dans ce dernier cas, les dirigeants ont un grand intérêt à choisir les partenaires qui vont être invités à la procédure amiable et par conséquent informés de la situation de l'entreprise en difficulté¹⁰¹⁰.

§2. LES POUVOIRS DES DIRIGEANTS DANS LE CHOIX DE LA PROCÉDURE

426. Le choix de la procédure. Le traitement des difficultés de l'entreprise peut résulter d'une procédure de mandat *ad hoc*, de conciliation, de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire. La gestion des informations relatives à la demande d'ouverture de l'une ou de l'autre dépend de la nature des difficultés de l'entreprise et l'importance des intérêts à protéger.

427. La cessation des paiements. Traditionnellement, le critère de la distinction entre ces procédures est la gravité de la situation de l'entreprise en difficulté. L'idée directrice était de permettre aux entreprises qui n'ont pas encore cessé leur paiement de profiter du règlement amiable¹⁰¹¹ et de réserver les procédures de redressement et de liquidation judiciaire à celles dont la situation est plus grave¹⁰¹². Ce critère, basé sur l'analyse du patrimoine de l'entreprise, a été dégagé par la jurisprudence sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967. La loi du 25 janvier 1985 l'a défini comme l'impossibilité du débiteur de faire face à son passif exigible avec son actif disponible¹⁰¹³. En effet, les dirigeants dont les entreprises sont en état de cessation des paiements doivent déposer leur bilan¹⁰¹⁴. En revanche, lorsque les difficultés ne sont pas encore aggravées et la cessation des paiements

1010 C. com., art. L. 611-3 et L. 611-6.

1011 M. JEANTIN, « La loi du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés de l'entreprise », *op. cit.* p. 599.

1012 A. RIZZI, *op. cit.*

1013 C. com., art. L. 631-1.

1014 F.-X. LUCAS et H. LÉCUYER, *op. cit.*

n'est pas encore caractérisée, les dirigeants peuvent demander l'ouverture d'une procédure amiable pour négocier un accord collectif avec leurs principaux créanciers¹⁰¹⁵.

428. La responsabilisation des dirigeants. Depuis la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, la cessation des paiements n'est plus le seul critère de distinction des procédures. La procédure de conciliation peut être ouverte pour une entreprise en état de cessation des paiements depuis moins de quarante-cinq jours¹⁰¹⁶, alors que la procédure de sauvegarde nécessite l'absence de cette situation¹⁰¹⁷. Désormais, les dirigeants attentifs peuvent déposer un bilan à titre préventif et demander l'ouverture d'une procédure de sauvegarde en présence des difficultés qu'ils ne sont pas en mesure de surmonter. À condition, cependant, que l'état de cessation des paiements ne soit pas encore caractérisé¹⁰¹⁸. La prévention et l'anticipation des difficultés doivent ainsi être prises en compte. Elles justifient le monopole des dirigeants sur les demandes d'ouverture des procédures amiables (A) et la procédure de sauvegarde (B).

A) LE MONOPOLE DES DIRIGEANTS SUR LA DEMANDE D'OUVERTURE DES PROCÉDURES AMIABLES

429. Les éléments informatifs de la demande. Le débiteur personne physique et les représentants de la personne morale peuvent, en fonction de la situation de l'entreprise et de la coopération de ses partenaires, demander la désignation d'un mandataire *ad hoc* ou l'ouverture d'une procédure de conciliation. Ils bénéficient, dans cette démarche, d'un véritable monopole dans la mesure où aucune autre personne n'est autorisée à procéder à cette demande¹⁰¹⁹.

La demande de désignation d'un mandataire *ad hoc* ou de l'ouverture d'une procédure de conciliation doit être adressée au président du tribunal de commerce ou de grande

1015 P. LAVIGNE, *op. cit.*

1016 J. VALLANSAN, « *La conciliation, rapidité, souplesse et confidentialité ?* », *op. cit.*

1017 M.-H. MONSÈRIE-BON, « *La procédure de sauvegarde 1ère partie* », *op. cit.*

1018 C. com., art. L. 620-1.

1019 C. com., art. L. 611-3 et L. 611-6.

instance en quatre exemplaires, datée et signée. Elle doit exposer la situation économique, sociale et financière de l'entreprise ainsi que ses besoins de financement¹⁰²⁰.

L'article R. 611-22 du Code de commerce dénombre plusieurs catégories d'information qui doivent être jointes à la demande. Il s'agit en particulier de l'extrait d'immatriculation, de l'état des créances et des dettes, de l'état actif et passif des sûretés et des engagements hors bilan, des comptes annuels, du tableau de financement et de la situation de l'actif réalisable et disponible, valeurs d'exploitation exclues, et du passif exigible des trois derniers exercices¹⁰²¹. Il peut s'agir également de la précision de l'ordre professionnel ou de l'autorité réglementaire dont relève le débiteur et de la date de la cessation des paiements lorsque l'entreprise est en état de cessation des paiements depuis moins de quarante-cinq jours. Enfin, pour bénéficier d'une procédure de conciliation, le débiteur doit attester sur l'honneur de l'absence de procédure de conciliation dans les trois mois précédents la date de la demande¹⁰²².

430. Le pouvoir d'investigation du président du tribunal. Dès l'ouverture de la procédure de conciliation, le président du tribunal dispose de différentes prérogatives¹⁰²³. Il peut convoquer le dirigeant pour recueillir ses observations¹⁰²⁴. Il peut également se renseigner auprès des commissaires aux comptes, des membres et représentants du personnel, des administrations publiques, des organismes de sécurité et de prévoyance sociale et de la Banque de France. S'ajoutent à cette liste, les établissements bancaires et financiers qui ne pourraient plus lui opposer leur secret professionnel¹⁰²⁵. La levée du secret est ainsi motivée par la demande d'ouverture de la procédure amiable et la nécessité d'appréciation de la situation de l'entreprise en difficulté¹⁰²⁶. Il convient toutefois de préciser que la coopération des personnes interrogées n'est pas certaine, dans la mesure où

1020 F.-X. LUCAS et H. LÉCUYER, *op. cit.*

1021 L. ANTONINI-COCHIN et L.-C. HENRY, *L'essentiel du droit des entreprises en difficulté*, GUALINO, 3^{ème} éd. 2012, p. 43.

1022 F.-X. LUCAS et H. LÉCUYER, *op. cit.*

1023 C. com., art. L. 611-6.

1024 C. com., art. L. 611-2.

1025 C. com., art. L. 611-6.

1026 Voir *infra* n° 496 et s.

le président du tribunal ne dispose pas de pouvoir coercitif. Il ne peut pas « *exiger une communication forcée en application de l'article 10 du Code de procédure civile ou encore, à défaut de litige, ordonner une mesure d'instruction in futurum* »¹⁰²⁷.

431. En outre, l'information du président du tribunal peut également être renforcée par la désignation d'un expert chargé « *d'établir un rapport sur la situation économique, sociale et financière du débiteur et, nonobstant toute disposition législative et réglementaire contraire, obtenir des établissements bancaires ou financiers tout renseignement de nature à donner une exacte information sur la situation économique et financière de celui-ci* »¹⁰²⁸.

432. Le droit de proposer le nom du mandataire *ad hoc* ou du conciliateur. Par ailleurs, il convient de préciser que depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, le débiteur a le droit de proposer le nom d'un mandataire *ad hoc* ou d'un conciliateur¹⁰²⁹. Dans ce cas, le nom et l'identité de la personne proposée doivent être précisés dans la demande. Mais, le président du tribunal n'est pas tenu de respecter cette proposition. La seule limite au pouvoir du président du tribunal dans la désignation du mandataire *ad hoc* ou du conciliateur est celle relative à l'incompatibilité¹⁰³⁰. En effet, compte tenu des dispositions de l'article L. 611-13 du Code de commerce, le juge consulaire en fonction ou ayant quitté ses fonctions depuis moins de cinq ans ne peut être désigné comme mandataire *ad hoc* ou conciliateur. C'est ainsi le cas pour toute personne ayant perçu au cours des vingt-quatre mois précédents une rémunération ou un paiement de la part du débiteur intéressé, de tout créancier du débiteur ou d'une personne qui en détient le contrôle ou est contrôlée par lui¹⁰³¹. Cependant, les rémunérations perçues au titre d'un mandat *ad hoc* ou d'une mission de règlement amiable ou de conciliation, réalisée pour le même débiteur ou le même

1027 Cf. L. ANTONINI-COCHIN et L.-C. HENRY, *op. cit.* p. 45.

1028 C. com., art. L. 611-6.

1029 C. com., art. L. 611-3 et L. 611-6.

1030 H. BOURBOULOUX, *op. cit.*

1031 C. SAINT-ALARY-HOUIN, Droit des entreprises en difficulté, *op. cit.* 8^{ème} éd. p. 190.

créancier ne font pas obstacle à la désignation des personnes au profit desquelles elles ont été versées¹⁰³².

433. En somme, le président du tribunal peut refuser ou au contraire accepter la requête du débiteur et désigner la personne proposée par le débiteur ou toute autre personne de son choix. Mais, compte tenu de la nature des difficultés, les dirigeants peuvent préférer le recours à la procédure de sauvegarde dans laquelle ils seront plus protégés et bénéficieront également d'un monopole sur la demande d'ouverture¹⁰³³.

B) LE MONOPOLE DES DIRIGEANTS SUR LA DEMANDE D'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE DE SAUVEGARDE

434. Les éléments informatifs de la demande d'ouverture d'une procédure de sauvegarde. L'entreprise en difficulté peut également bénéficier de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde lorsqu'elle justifie de difficultés qu'elle n'est pas en mesure de surmonter, sans cependant être en cessation des paiements¹⁰³⁴. Il s'agit en effet d'une procédure préventive dont la demande d'ouverture doit être effectuée par le débiteur personne physique ou le représentant de la personne morale¹⁰³⁵. Ceux-ci doivent joindre à leur demande les comptes annuels du dernier exercice, l'extrait d'immatriculation, la situation de trésorerie, le compte de résultat prévisionnel, le nombre des salariés employés à la date de la demande, le montant du 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, l'inventaire sommaire des biens et le nom et l'adresse des représentants du personnel¹⁰³⁶.

En outre, le débiteur qui a bénéficié de l'ouverture d'une procédure de mandat *ad hoc* ou de conciliation dans les dix-huit mois qui précèdent la date de la demande d'ouverture

1032 C. com., art. L. 611-13.

1033 **A. MARTIN-SERF**, « *Tout en restant chef dans son entreprise* », *op. cit.*

1034 C. com., art. L.620-1 et R.621-1.

1035 **F.-X. LUCAS** et **H. LÉCUYER**, *op. cit.*

1036 C. com., art. R. 621-1.

de procédure de sauvegarde, doit mentionner la date de la désignation du mandataire *ad hoc* ou de l'ouverture de la procédure de conciliation ainsi que l'autorité qui y a procédé¹⁰³⁷.

Il convient également de préciser que l'examen de la demande d'ouverture d'une procédure de sauvegarde consécutive à un mandat *ad hoc* ou à une procédure de conciliation qui a eu lieu dans les 18 mois qui précèdent, doit être fait en présence du ministère public¹⁰³⁸. Le tribunal peut ainsi se faire communiquer toutes les informations relatives à cette procédure¹⁰³⁹.

435. En somme, en choisissant de demander l'ouverture d'une procédure amiable ou d'une procédure de sauvegarde, les dirigeants exercent leur droit de solliciter le concours de leurs partenaires sous la protection de la justice. Mais, la contrepartie consiste dans l'information de ceux-ci.

Néanmoins, la demande d'ouverture d'une procédure collective peut devenir obligatoire en cas de cessation des paiements. Le débiteur doit déposer son bilan dans les quarante-cinq jours qui suivent sa cessation des paiements, s'il n'a pas demandé, dans ce délai, l'ouverture d'une procédure de conciliation¹⁰⁴⁰. À défaut de quoi, il pourrait faire l'objet d'une action en insuffisance d'actif, d'une faillite personnelle et même d'une banqueroute¹⁰⁴¹.

436. Propos conclusifs. Pour conclure, nous préciserons que dans une période de difficultés, le crédit de l'entreprise est la première préoccupation des dirigeants. Sa préservation est justifiée par la fragilité de la situation financière, économique et sociale de l'entreprise en difficulté. Celle-ci a besoin de garder ses relations avec ses fournisseurs et ses clients, d'avoir de la liquidité et de financer ses projets. Elle a besoin de la confiance de ses partenaires pour relancer ses activités en douceur et en toute confidentialité.

1037 L. ANTONINI-COCHIN et L.-C. HENRY, *op. cit.* 3^{ème} éd. p. 65.

1038 C. com., art. L. 621-1.

1039 F.-X. LUCAS et H. LÉCUYER, *op. cit.*

1040 C. com., art. L. 631-1 et L. 640-4.

1041 C. com., art. L. 654-1 et s.

437. Par conséquent, les dirigeants ont un grand intérêt à maîtriser la circulation de l'information. Ils peuvent garder le silence sur les difficultés passagères de l'entreprise ou demander la désignation d'un mandataire *ad hoc* ou l'ouverture d'une procédure de conciliation ou de sauvegarde lorsque l'entreprise n'est pas encore en état de cessation des paiements. Cette dernière procédure permet à l'entreprise de profiter pleinement des avantages de la protection judiciaire et garantit aux dirigeants attentifs de rester sur la tête de leurs affaires. Mais, l'information doit être transparente pour assurer l'équité de la procédure et la sécurité juridique de toutes les parties. En revanche, quant à la procédure de mandat *ad hoc* et de conciliation, l'accès à l'information est limité aux partenaires utiles de l'entreprise en difficulté et ses salariés dans certaines mesures. Le secret de l'entreprise est ainsi garanti par l'obligation de confidentialité mise à la charge de toute personne appelée à la procédure de conciliation ou de mandat *ad hoc* ainsi que toute personne qui en a eu connaissance¹⁰⁴².

1042 C. com., art. L. 611-15.

SECTION 2 : LA RECHERCHE DE LA CONFIDENTIALITÉ

438. Du secret à la confidentialité. Le passage du secret à la confidentialité en matière de procédures amiables est élaboré par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005. Cette réforme est venue mettre fin à l'incompatibilité et à l'inefficacité des dispositions de la loi du 1^{er} mars 1984 relatives au caractère secret des procédures amiables. En effet, après vingt ans d'application, cette loi a fait l'objet des nombreuses critiques. On soulignait notamment la tendance générale de certains dépositaires de l'information à se réfugier derrière l'obligation au secret professionnel pour empêcher toute communication, même nécessaire pour le déroulement de la procédure¹⁰⁴³.

439. L'idée de la loi de sauvegarde est de permettre la circulation encadrée de l'information. En effet, en application de l'article L. 611-15 du Code de commerce, « *toute personne qui est appelée à la procédure de conciliation ou à un mandat ad hoc ou qui, par ses fonctions, en a connaissance est tenue à la confidentialité* ». Il ne s'agit plus d'une interdiction de divulgation réprimée pénalement, mais d'une prise en considération du caractère confidentiel de l'information dont la violation est punie des sanctions civiles plus efficaces et plus équitables. Pour discerner la portée de ce nouveau mécanisme de préservation du secret de l'entreprise, nous nous intéresserons à son domaine (Paragraphe 1) et à l'atteinte que pourrait engendrer l'officialisation de l'accord amiable (Paragraphe 2).

1043 H. BOURBOULOUX, *op. cit.*

§1 LE DOMAINE DE LA CONFIDENTIALITÉ

440. Pour protéger les entreprises contre l'indiscrétion de leurs salariés, le droit commun, notamment le droit du travail a développé la notion de confidentialité de l'information¹⁰⁴⁴. Prise par les rédacteurs du Code de commerce, cette notion pourrait être définie comme « *la qualité d'une information divulguée sélectivement* »¹⁰⁴⁵. À ce titre, l'information doit être qualifiée confidentielle par l'employeur ou reconnue en tant que telle par le législateur. Elle doit également être partagée par un groupe de personnes en raison notamment des exigences de la coopération. Sans ce partage finalisé, la qualification ne peut pas être requise¹⁰⁴⁶. C'est la circulation limitée à certaines personnes ou à certains cercles de personnes qui justifie l'obligation de confidentialité à laquelle sont soumis les bénéficiaires de l'accès aux informations confidentielles. Nous verrons successivement la portée de cette obligation (A) et la qualité des personnes qui y sont soumises (B).

A) LA PORTÉE DE LA CONFIDENTIALITÉ DE L'INFORMATION

441. Critères de confidentialité. En droit commun, la doctrine opère traditionnellement une distinction entre les informations confidentielles par nature et celles déclarées en tant que telles par l'employeur¹⁰⁴⁷. En droit des entreprises en difficulté, le seul critère est celui de l'ouverture d'une procédure amiable. Toutes les informations relatives à celle-ci sont confidentielles¹⁰⁴⁸. Il peut s'agir, à ce titre, de la nomination du mandataire *ad hoc*, de la décision d'ouverture d'une procédure de conciliation, des comptes-rendus de leurs missions, des noms des créanciers invités à la procédure, de

1044 C. trav. L. 432-7 et L. 432-4 al. 10.

1045 **A. LATREILLE**, « *Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat* », *op. cit.*

1046 **B. ZABALA**, *op. cit.*

1047 Cf. **J.-K. ADOM**, « *Le secret des affaires et la participation des salariés dans la gestion de l'entreprise* », Bull. Joly Sociétés, 01 février 2003 n° 2, p. 113.

1048 C. com., art. L. 611-15.

l'étendue de leurs concours, des engagements pris par le débiteur ainsi que de toute autre information relative à la procédure de mandat *ad hoc* ou de conciliation¹⁰⁴⁹.

442. La communication de l'information confidentielle. Initialement, le projet de loi de sauvegarde prévoyait la communication de la nomination du mandataire *ad hoc* au ministère public. Mais, cette exception n'a pas été retenue en raison notamment de la nécessité de la confidentialité de cette procédure. En revanche, quant à la décision d'ouverture de la procédure de conciliation, elle doit être communiquée au ministère public et le cas échéant aux commissaires aux comptes et à l'ordre professionnel ou à l'autorité compétente¹⁰⁵⁰.

443. En outre, à la fin de sa mission, le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur doit rendre compte de sa mission auprès du président du tribunal. Malgré la confidentialité de ce compte rendu, il pouvait être utilisé par le tribunal notamment en cas de défaut d'accord¹⁰⁵¹. En effet, en cas d'impossibilité de parvenir à un accord, le conciliateur présente sans délai un rapport au président du tribunal¹⁰⁵². Sur la base de ce rapport, le tribunal pouvait se saisir d'office lorsque les difficultés de l'entreprise justifient l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire¹⁰⁵³. Mais, le Conseil constitutionnel a jugé récemment que cette possibilité de saisie d'office ne présente pas les garanties suffisantes pour assurer l'impartialité du juge¹⁰⁵⁴.

444. Ajoutons également que « *l'ouverture d'une procédure de sauvegarde à l'égard d'un débiteur qui bénéficie ou a bénéficié d'un mandat ad hoc ou d'une procédure de conciliation dans les dix-huit mois qui précèdent doit être examinée en présence du*

1049 T. MONTÉLAN, *op. cit.*

1050 C. com., art. L. 611-6.

1051 H. BOURBOULOUX, *op. cit.*

1052 C. com., art. L. 611-7.

1053 C. com., art. L. 631-5.

1054 CC, 7 décembre 2012, n° 2012-286, Recueil Dalloz 2012 p. 2446, note A. LIENHARD ; Rev. sociétés, mars 2013, p. 177, note L.-C. HENRY.

ministère public »¹⁰⁵⁵. Le tribunal peut ainsi, d'office ou à la demande du ministère public, obtenir communication des pièces et actes relatifs à cette procédure¹⁰⁵⁶.

B) LES PERSONNES SOUMISES À L'OBLIGATION DE CONFIDENTIALITÉ

445. Toute personne ayant accès à l'information confidentielle. Compte tenu des dispositions de l'article L. 611-15 du Code de commerce, sont soumises à l'obligation de confidentialité toutes les personnes appelées à la procédure de conciliation ou de mandat *ad hoc* et toutes les personnes qui en ont eu connaissance. Il s'agit en effet des salariés en raison de leurs activités, du mandataire *ad hoc* et du conciliateur en raison de leur mission, des créanciers participants à l'accord amiable ainsi que de tous les intervenants dans ces procédures¹⁰⁵⁷.

446. Le cas du créancier non partie à la négociation de l'accord amiable. Un problème a été cependant soulevé à propos du créancier non partie à la négociation de l'accord amiable, mais qui est au courant de la cessation des paiements de l'entreprise. En effet, depuis la loi de sauvegarde, une entreprise en état de cessation des paiements depuis moins de quarante-cinq jours pourrait bénéficier de l'ouverture d'une procédure de conciliation¹⁰⁵⁸. Le créancier non partie à la négociation de l'accord amiable n'a pas en principe d'accès à l'information confidentielle. Mais, il pourrait, d'une manière ou d'une autre, être au courant de la situation financière de l'entreprise en difficulté. Qu'en est-il lorsqu'il demande par assignation l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire en application des articles L. 631-3, L. 631-5, L. 640-3 et L. 640-5 du Code de commerce ?

1055 C. com., art. L. 621-1.

1056 T. MONTÉРАН, *op. cit.*

1057 H. BOURBOULOUX, *op. cit.*

1058 C. com., art. L. 611-4.

En effet, en raison de la confidentialité de procédure en cours, le tribunal ne doit pas répondre à l'assignation émanant du créancier non partie à la procédure amiable. Il doit attendre la fin de la procédure de conciliation qui peut aboutir à un accord amiable de nature à mettre fin à la cessation des paiements de l'entreprise¹⁰⁵⁹.

447. La prise en compte de cette situation délicate pourrait justifier la communication du jugement d'ouverture de la procédure de conciliation au commissaire aux comptes pour éviter le déclenchement ou la poursuite d'une procédure d'alerte déjà en cours. Il en est de même quant à l'ordre professionnel ou l'autorité compétente en raison notamment de la protection du secret professionnel des professionnels libéraux. S'agissant cependant du ministère public, la situation est bien particulière. Celui-ci pourrait, en raison de la situation de l'entreprise en difficulté, demander l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, alors que l'entreprise est en pleine négociation d'un accord amiable. Pour éviter ce désagrément, l'article L. 611-6 du Code de commerce dispose justement que « *la décision ouvrant la procédure de conciliation est communiquée au ministère public et, si le débiteur est soumis au contrôle légal de ses comptes, aux commissaires aux comptes. Lorsque le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, la décision est également communiquée à l'ordre professionnel ou à l'autorité compétente dont, le cas échéant, il relève* ».

448. En somme, dès l'ouverture de la procédure de mandat *ad hoc* ou de conciliation, les détenteurs de l'information confidentielle ne peuvent plus la divulguer sous quelque forme que ce soit¹⁰⁶⁰. Ils sont soumis à une obligation de confidentialité dont la violation

1059 Notons cependant que l'entreprise peut également être débitrice envers l'un de ses salariés. En raison de sa qualité de créancier, celui-ci peut demander l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire. Mais, en tant que créancier, il ne doit pas utiliser les informations confidentielles auxquelles il a eu accès en raison de ses fonctions. À défaut, la réussite de la négociation amiable serait mise en cause.

1060 Cette interdiction est applicable même en cas de refus de l'ouverture de la procédure. Mais comme disait un auteur éminent « *nul ne pouvant si la demande est rejetée avoir connaissance ou être appelé à une conciliation* » (F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 84).

est sanctionnée sur le fondement de la responsabilité civile. Mais, la portée de cette confidentialité doit être limitée en raison notamment de l'homologation de l'accord amiable¹⁰⁶¹.

§2 L'ATTEINTE À LA CONFIDENTIALITÉ

449. La portée de la confidentialité de l'information en droit des entreprises en difficulté doit être relativisée. Car, la prise de contact avec les créanciers (A) et les modalités de sécurisation de l'accord amiable peuvent déclencher des rumeurs sur les difficultés de l'entreprise (B).

A) LA PRISE DE CONTACT AVEC LES CRÉANCIERS

450. La suspension provisoire des poursuites. La première atteinte à la confidentialité des procédures amiables résulterait de la seule prise de contact avec les créanciers. Soucieux du paiement de leurs créances dans les meilleurs délais, « *le succès de l'accord amiable n'est pas leur problème* »¹⁰⁶².

Sous l'empire de la loi du 1^{er} mars 1984, l'article L. 611-4 disposait que le président du tribunal peut, après avoir recueilli l'avis des principaux créanciers, ordonner la suspension provisoire des poursuites lorsqu'il estime que cette suspension pourrait faciliter la conclusion d'un accord amiable. Mais, cette mesure avait des effets pervers à la diffusion de l'information¹⁰⁶³. Pour assurer la confidentialité des négociations, la loi de sauvegarde a supprimé la suspension provisoire des poursuites¹⁰⁶⁴. Elle a ainsi renforcé le caractère contractuel de l'accord amiable qui ne doit engager que ses signataires et dans la

1061 H. BOURBOULOUX, *op. cit.*

1062 J.-M. DE BERMOND DE VAULX, *op. cit.* n° 4.

1063 C. SAINT-ALARY-HOUIN, Droit des entreprises en difficulté, *op. cit.* 8^{ème} éd. p. 29 et s.

1064 F.-X. LUCAS et H. LÉCUYER, *op. cit.*

limite des engagements inclus dans son périmètre. Il n'a aucun effet sur les créances non incluses dans son périmètre ni sur les créanciers non-signataires. D'ailleurs, le président du tribunal doit s'assurer, avant de constater l'accord amiable, que ses termes ne portent aucune atteinte aux intérêts des créanciers non signataires¹⁰⁶⁵.

451. Les délais de grâce. La seule exception prévue à cette disposition est celle des délais de grâce prévue à l'article L. 611-7 du Code de commerce. En vertu de ce texte, le président du tribunal peut, après avoir été éclairé par le conciliateur, accorder au débiteur qui a été mis en demeure ou poursuivi par un créancier des délais de grâce en application des articles 1244-1 à 1244-3 du Code civil.

452. En somme, en raison des conséquences graves de la prise de contact avec les créanciers sur la confidentialité nécessaire pour le crédit de l'entreprise, le débiteur doit bien choisir ceux avec qui il partagera son secret. Ceux-ci doivent être en mesure de protéger le secret de l'entreprise et être capables de la soutenir. L'invitation des créanciers dont les sacrifices ne sont pas souhaitables ou ne sont pas rentables porterait atteinte à la confidentialité de l'information¹⁰⁶⁶.

B) LA SÉCURISATION DE L'ACCORD AMIABLE

453. La force obligatoire de l'accord amiable. D'emblée, un accord amiable signé par les parties est un contrat au sens du droit commun¹⁰⁶⁷. Il est soumis, à ce titre, aux règles du consensualisme, de la loi des parties et de la bonne foi¹⁰⁶⁸. Mais, pour plus de sécurité, il pourrait être constaté par le président du tribunal ou homologué par le tribunal lui-même. Chacune de ces modalités a ses propres avantages. Mais les intérêts des uns et

1065 C. com., art. L. 611-8.

1066 F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 88.

1067 F.-X. LUCAS et H. LÉCUYER, *op. cit.*

1068 C. civ. 1134.

des autres se divergent, notamment en ce qui concerne la confidentialité et les effets de l'accord en cas d'ouverture ultérieure d'une procédure collective.

1) LE CHOIX LIBRE DE LA MODALITÉ DE SÉCURISATION DE L'ACCORD

454. Constatation ou homologation. L'atteinte à la confidentialité de l'information résulte de la modalité de sécurisation de l'accord amiable qui aurait été choisie par les parties.

455. Sous l'empire de l'ancien régime, l'homologation était obligatoire en cas d'unanimité et facultative pour le président, si l'accord n'est conclu qu'avec les principaux créanciers¹⁰⁶⁹. Le projet de loi de sauvegarde prévoyait des solutions analogues. Il voulait faire de l'homologation par le président du tribunal le gage de la sécurité juridique des parties. Les débats parlementaires étaient critiques. On soulignait notamment l'atteinte de la publicité de l'homologation au secret de l'entreprise dont la préservation est nécessaire¹⁰⁷⁰.

Finalement, il a été décidé de donner aux parties le droit de choisir entre la constatation de l'accord amiable par le président du tribunal ou son homologation par le tribunal. Pour reprendre les propos d'un auteur, le législateur a voulu « *proposer aux parties à l'accord une alternative comprenant soit la constatation de l'accord par le président du tribunal, sans mesure de publicité, soit l'homologation de l'accord par le tribunal avec pour effet, en contrepartie de la publicité liée à cette homologation, une sécurisation juridique et financière accrue pour le débiteur et les autres cocontractants parties à l'accord* »¹⁰⁷¹.

456. Compte tenu des dispositions de l'article L. 611-8 I du Code de commerce, le principe est que l'accord soit constaté par le président du tribunal. Mais ce n'est pas une

1069 **Y. CHAPUT**, « *La réforme de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises* », JCP E n° 38, 21 Septembre 1994, I 3786.

1070 **J. VALLANSAN**, *op. cit.*

1071 **F.-X. LUCAS** et **H. LÉCUYER**, *op. cit.*

obligation dans la mesure où celui-ci doit être saisi par une requête conjointe de tous les signataires de l'accord. Ceux-ci peuvent demander la constatation, mais l'homologation « *n'interviendra que sur la demande du débiteur* »¹⁰⁷². Cependant, le choix libre du débiteur pour demander ou non l'homologation de l'accord amiable doit être nuancé. Car, il décidera nécessairement sous la pression de ses créanciers¹⁰⁷³. L'intérêt de ceux-ci est dans leur protection, notamment en cas d'ouverture ultérieure d'une procédure collective¹⁰⁷⁴.

2) LA MOTIVATION DE LA CONSTATATION OU DE L'HOMOLOGATION

457. La divergence des intérêts du débiteur et des créanciers. Confidentialité ou sécurité juridique, la divergence des intérêts des parties de l'accord amiable doit être conciliée par la confiance des uns aux autres. La constatation de l'accord amiable par le président du tribunal est beaucoup plus avantageuse pour le débiteur, mais ne présentait pas les mêmes garanties que l'homologation pour les créanciers. La confidentialité favorise la constatation, alors que la sécurité juridique exigeait l'homologation¹⁰⁷⁵.

458. L'appréciation du contenu de l'accord amiable. En effet, pour constater l'accord amiable, le président du tribunal n'a aucun pouvoir d'appréciation sur le contenu de celui-ci¹⁰⁷⁶. Il se base justement sur les paroles du débiteur pour s'assurer de la conformité de l'accord amiable à la finalité de la procédure, à savoir redresser la situation de l'entreprise et mettre fin, le cas échéant, à la cessation des paiements¹⁰⁷⁷. En revanche, le tribunal qui statue sur l'homologation de l'accord amiable, contrôle et vérifie le contenu de celui-ci. Pour donner son homologation, le tribunal doit pouvoir constater que

1072 J. VALLANSAN, « *La conciliation, rapidité, souplesse et confidentialité ?* », LPA 14 juin 2007 n° 119, p. 9.

1073 L. ANTONINI-COCHIN et L.-C. HENRY, *op. cit.* 3^{ème} éd. p. 51.

1074 C. SAINT-ALARY-HOUIN, « *Les privilèges de la procédure* », *op. cit.*

1075 F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 109.

1076 P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.* 7^{ème} éd. n° 144.11.

1077 J. VALLANSAN, *op. cit.*

l'entreprise n'est pas en état de cessation des paiements ou que l'accord amiable met fin à cette situation. Il doit ensuite vérifier si l'accord amiable assure la pérennité de l'entreprise et préserve suffisamment les intérêts des créanciers non signataires¹⁰⁷⁸. Enfin, il doit refuser l'homologation de l'accord lorsqu'il estime que ces conditions ne sont pas réunies¹⁰⁷⁹.

459. La publicité de l'accord amiable. Par ailleurs, le jugement du président du tribunal qui constate l'accord amiable ne fait l'objet d'aucune mesure de divulgation. Au contraire, celui du tribunal est soumis à trois mesures de publicité. En effet, à l'occasion de l'homologation, le tribunal doit auditionner, en chambre du conseil, l'ensemble des parties intéressées. Il s'agit du débiteur, des créanciers, mais également du représentant du comité d'entreprise, du conciliateur et du ministère public¹⁰⁸⁰. En outre, le jugement d'homologation doit être transmis au débiteur et aux créanciers signataires de l'accord. Il doit également être communiqué au commissaire aux comptes, au conciliateur et au ministère public¹⁰⁸¹. Enfin, le jugement d'homologation doit être déposé au greffe du tribunal et faire l'objet d'une insertion au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales¹⁰⁸². Toute personne intéressée peut ainsi en prendre connaissance, notamment les personnes appelées à l'audience d'homologation¹⁰⁸³.

Cette publicité déroge aux considérations de la confidentialité exigée par le crédit de l'entreprise¹⁰⁸⁴. Mais, la portée de cette dérogation est tout à fait relative¹⁰⁸⁵. D'une part, les personnes auditionnées à cette occasion sont soumises à une obligation de confidentialité. D'autre part, la publicité ne devrait pas concerner le contenu de l'accord

1078 C. com., art. L. 611-8.

1079 Cependant, l'ordonnance du tribunal refusant l'homologation ne doit pas être publiée.

1080 C. com., art. L. 611-9.

1081 C. com., art. L. 611-6, R. 611-40 et R. 611-41.

1082 C. com., art. L. 611-10 et R. 611-43.

1083 C. com., art. R. 611-40.

1084 P. LAVIGNE, *op. cit.*

1085 A. DIESBECQ, *op. cit.*

amiable lui-même. Elle se contente de faire état de l'existence de l'accord sans reprendre, cependant, le contenu et les termes de celui-ci qui doivent restés confidentiels. Mais, paradoxalement, comme soulignaient certains auteurs, cette mesure de publicité pourrait même être positive pour le débiteur. En effet, malgré ses difficultés, il a pu regagner la confiance de ses partenaires¹⁰⁸⁶.

460. La sécurité juridique des engagements. Par ailleurs, du point de vue des créanciers, la sécurité juridique est la raison principale du choix de la modalité de sécurisation de l'accord amiable. À la différence des créances de l'accord simplement constaté, les apports nouveaux en trésorerie de l'accord homologué qui ont été consentis en vue du maintien de l'activité de l'entreprise, bénéficient du privilège de conciliation. Elles seront payées avant toutes les autres créances à l'exception des créances salariales super-privilégiées et les frais de justice¹⁰⁸⁷.

461. La situation des garants. En outre, la situation des cautions, des coobligés et des garants autonomes peut également être avancée. Ils ne pouvaient pas, sous l'empire de l'ancienne législation, bénéficier des dispositions de l'accord simplement constaté¹⁰⁸⁸. La réforme du 18 décembre 2008 a aligné leur situation à celle des cautions, des coobligés et des garants autonomes de l'accord homologué. Désormais, la nouvelle rédaction de l'article L. 611-10-2 dispose que « *les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord constaté ou homologué* ». Cette disposition est justifiée par le caractère accessoire de l'obligation des cautions et des coobligées. S'agissant cependant des garanties autonomes, la raison est plutôt pragmatique. Pour reprendre les propos d'un

1086 J. VALLANSAN, *op. cit.*

1087 C. com., art. L. 611-11, L. 622-17 et L. 641-13.

1088 Pour plus d'amples Ph. ROUSSEL GALLE, Réforme du droit des entreprises en difficulté. De la théorie à la pratique, Litec, 2^{ème} éd. 2007, n° 134 ; Cass., com., 5 mai 2004, D. 2004, p. 1594, note A. LIENHARD ; P.-M. LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, *op. cit.* 7^{ème} éd. n°144-13.

auteur, le législateur a voulu « éviter que les banques contournent la loi en exigeant alors systématiquement une garantie autonome »¹⁰⁸⁹.

462. Propos conclusifs. Il convient de préciser enfin que l'atteinte à la confidentialité de l'information en raison de la sécurisation de l'accord amiable est tout à fait compréhensible. Elle est même nécessaire lorsque l'ouverture d'une procédure collective devient inévitable. L'opacité de l'information n'a aucun sens à partir du moment où les intérêts de l'entreprise en difficulté, de ses partenaires et au-delà, du tissu économique en général, exigent une information transparente.

1089 L. ANTONINI-COCHIN et L.-C. HENRY, *op. cit.* 3^{ème} éd. p. 54.

CONCLUSION DU TITRE 1

463. La crainte de l'exposition à la curiosité des partenaires, des concurrents et du public fait partie des préoccupations fondamentales des entreprises en difficulté. Car, en période de difficultés, la trésorerie fait défaut. Pour assurer les fonds de roulements et financer les projets de restructuration et de relance, l'entreprise en difficulté doit faire appel à ses partenaires¹⁰⁹⁰. Mais, pour cela, elle doit être crédible, ce qui nécessite l'utilisation du secret et des informations confidentielles autant que possible. En effet, l'entreprise aura un grand intérêt à restreindre l'accès aux informations relatives à ses difficultés passagères.

Par ailleurs, dès lors que le secret est préjudiciable aux intérêts des partenaires de l'entreprise en difficulté, la transparence devient indispensable. Le crédit de l'entreprise qui justifiait le secret et la confidentialité n'est plus prioritaire. L'information doit ainsi être utilisée dans les besoins de la procédure.

1090 **D. VIDAL**, « Prévention des difficultés des entreprises », *op. cit.* n° 36.

**TITRE 2: L'UTILISATION DE
L'INFORMATION POUR LES BESOINS DE LA
PROCÉDURE COLLECTIVE JUDICIAIRE**

464. Le bon déroulement de la procédure. Une procédure collective est ouverte pour décider du sort d'une entreprise en difficulté. Elle est destinée à la poursuite de l'activité de l'entreprise, au maintien d'emploi et à l'apurement du passif¹⁰⁹¹ ou, en cas de liquidation judiciaire, à la cessation de l'activité et la réalisation du patrimoine de l'entreprise¹⁰⁹². Mais, la réalisation de ces finalités mettrait en évidence quelques contraintes particulières. Il s'agit notamment du respect des exigences du procès équitable et de la nécessité de l'efficacité de la procédure collective.

465. Le respect des exigences du procès équitable. Une procédure collective est avant tout une procédure judiciaire dont la transparence est une nécessité absolue. Car, la justice est rendue au nom du peuple et celui-ci doit être en mesure d'exercer son pouvoir de contrôle pour s'assurer du respect de toutes les normes législatives et réglementaires¹⁰⁹³. Il s'agit notamment de l'impartialité des juges, de la publicité des débats¹⁰⁹⁴ et du respect des droits de la défense¹⁰⁹⁵. L'information peut ainsi être utilisée comme un outil de transparence et de moralisation des procédures collectives¹⁰⁹⁶.

466. L'efficacité de la procédure. Outre ces aspects procéduraux, les considérations économiques du droit des entreprises en difficulté exigent l'efficacité de la décision du tribunal et la rapidité des opérations de la procédure collective. S'agissant de l'efficacité de la procédure, elle s'apprécie notamment par rapport au diagnostic des difficultés, au choix de la procédure et à la capacité de la solution retenue de mettre fin aux difficultés de l'entreprise. Le rôle de l'information est ainsi décisif. Elle permettra l'identification de l'origine et de la nature des difficultés de l'entreprise et la mise en œuvre des droits de toutes les parties.

1091 C. com., art. L. 620-1 et L. 631-1.

1092 C. com., art. L. 640-1.

1093 **L. POULET**, « *Équité de la procédure et participation du Ministère public au délibéré* », JCP G n° 5, 01 Février 2006, II 10016.

1094 Cf. **O. STAES**, note sous Cass. com., 8 mars 2011, n° 09-71764, Bull. Joly Entreprises en Difficulté, 01 juillet 2011 n° 3, P. 200.

1095 Cf. **A. RIZZI**, La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives, Université de Perpignan 2003, LGDJ 2007.

1096 **J.-L. VALLENS**, *op. cit.*

Le débiteur peut espérer une solution rationnelle et les créanciers peuvent faire reconnaître leurs droits et participer activement à la détermination du sort de l'entreprise en difficultés. Grâce à l'information sur la consistance du patrimoine de l'entreprise et sa capacité de financement, compte tenu du soutien de ses partenaires, la solution la plus efficace pourrait être décidée en toute connaissance de cause.

En effet, l'accessibilité de l'information est une condition nécessaire pour son utilisation rationnelle dans les besoins du déroulement de la procédure et du respect des exigences du procès équitable. Mais, le passage du partage finalisé (Chapitre 1) à la transparence de l'information (Chapitre 2) doit être établi au regard de la situation de l'entreprise, de la qualité de son destinataire et de la nature de la procédure collective.

CHAPITRE 1 : LE PARTAGE FINALISÉ DE L'INFORMATION

467. La circulation encadrée de l'information. En raison des considérations préventives et protectrices du droit des entreprises en difficulté, l'information doit être accessible en cas de besoin, mais protégée en même temps contre toute divulgation indésirable. L'encadrement de l'accès à l'information est ainsi la conséquence de la prise en compte de la situation de l'entreprise en difficulté qui exige l'implication des salariés (Section 1) et la coordination entre les différents organes de la procédure (Section 1).

SECTION 1 : L'IMPLICATION DES SALARIÉS

DANS LES PROCÉDURES COLLECTIVES

Depuis les lois du 1^{er} mars 1984 et du 25 janvier 1985, l'aspect social de l'entreprise est devenu l'un des piliers fondamentaux des procédures collectives. Désormais, la reconnaissance du statut des salariés en tant que partenaires principaux, mais aussi en tant que créanciers fragiles, est l'idée directrice des réformes successives des procédures collectives. L'un des objectifs principaux de celles-ci est le maintien de l'emploi et la protection des intérêts des salariés par le biais de la multiplication des obligations de consultation, d'audition et d'information. En effet, les salariés ont le droit d'être informés de toutes les étapes de la procédure (Paragraphe 1) et doivent pouvoir participer activement au déroulement de celle-ci (Paragraphe 2).

§1. LE DROIT À L'INFORMATION DES SALARIÉS

468. L'origine du droit à l'information des salariés. Le droit à l'information des salariés trouve son origine dans les obligations prévues en droit commun, notamment celle de l'article L. 2323-6 et suivants du Code du travail¹⁰⁹⁷. En vertu de ce texte, le comité d'entreprise doit être informé de la forme juridique de l'entreprise, de son organisation, de ses perspectives économiques, de la répartition du capital entre les actionnaires détenant plus de 10 % du capital et de la position de l'entreprise dans la branche d'activité à laquelle

1097 Cf. **PH. MERLE**, Droit commercial, *op. cit.* p. 649 et s.

elle appartient¹⁰⁹⁸. Le chef d'entreprise doit présenter au comité d'entreprise, au moins une fois par an, un rapport écrit sur l'activité de l'entreprise, le chiffre d'affaires, les bénéfices ou pertes constatés, les résultats globaux de la production, les transferts des capitaux au sein du groupe, la situation de la sous-traitance, l'affectation des bénéfices réalisés et les aides ou avantages financiers, notamment les aides à l'emploi, l'évolution de la productivité et le taux d'utilisation des capacités de production¹⁰⁹⁹.

En raison de cette information, certains auteurs ont pu même constater que malgré le secret qui entoure la vie privée des salariés au sein de l'entreprise, la vie de l'entreprise doit être transparente vis-à-vis de ses salariés¹¹⁰⁰.

En droit des entreprises en difficulté, le domaine de cette transparence est naturellement élargi. Dans cette matière qui s'articule autour du maintien de l'emploi et de la poursuite de l'activité, les salariés sont informés de toutes les questions relatives à la prévention (A) et aux traitements des difficultés (B).

A) L'INFORMATION PRÉVENTIVE DES SALARIÉS

469. L'accès à l'information prévisionnelle. Par l'intermédiaire du comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel, les salariés sont informés de la comptabilité prévisionnelle qui représente le trésor informationnel de l'entreprise¹¹⁰¹. Les dirigeants doivent leur communiquer tous les documents prévisionnels dans les huit jours de leur établissement¹¹⁰². Il s'agit notamment de la situation de l'actif disponible et du passif exigible, du tableau de financement, du plan de financement et du compte de résultat prévisionnel¹¹⁰³. Ils sont également informés des rapports d'analyse qui décrivent et

1098 L. DUTHEIL-WAROLIN, « Le droit à l'information des salariés au sein de l'entreprise », JCP E n° 3, 19 Janvier 2006, 1129.

1099 Cf. C. BARRAULT, « De l'obligation de communiquer aux administrateurs représentants des salariés les documents nécessaires à l'exercice de leur mandat », JCP S n° 9, 26 Février 2008, act. 109.

1100 J.-K. ADOM, *op. cit.*

1101 L. DUTHEIL-WAROLIN, *op. cit.*

1102 C. com., art. L. 232-2, R. 232-3 et R. 232-6.

1103 C. com., art. L. 232-2.

commentent les informations prévisionnelles et leurs méthodes de présentation¹¹⁰⁴. Ils sont informés de toutes les informations prévisionnelles sur la base desquelles les dirigeants projettent l'avenir de leurs affaires¹¹⁰⁵.

470. Le droit d'alerte des salariés. À la base de cette information stratégique, les salariés exerceront leur droit d'alerter les dirigeants¹¹⁰⁶ de tout fait de nature à affecter, d'une manière préoccupante, la situation économique de l'entreprise¹¹⁰⁷.

471. Outre ce droit d'alerte, les salariés sont les mieux placés pour poursuivre l'évolution des procédures d'alerte engagées par les autres acteurs internes et externes. Ils sont informés de la suite des procédures d'alerte du commissaire aux comptes, des associés ou des actionnaires, des groupements de prévention agréés et du président du tribunal¹¹⁰⁸. À titre d'exemple, dans la procédure d'alerte du commissaire aux comptes, les salariés sont informés dès lors que le commissaire aux comptes invite les dirigeants à faire délibérer l'assemblée générale¹¹⁰⁹. Les dirigeants doivent ainsi leur communiquer cette invitation accompagnée du rapport du commissaire aux comptes dans le délai de huit jours de sa réception¹¹¹⁰.

472. L'accès des salariés à ces différentes informations préventives prouve la volonté du législateur de les placer au cœur de l'entreprise et de les impliquer dans le déroulement de la procédure collective.

1104 Y. GUYON, « *l'information prévisionnelle* », *op. cit.*

1105 M. GANDIN, « *Information et consultation des représentants des salariés dans le cadre de la prévention des difficultés* », JCP E n° 43, 26 Octobre 2006, 2557.

1106 C. trav. art. L. 2323-78.

1107 Cf. *supra* n° 140 et s.

1108 P. MORVAN, « *Le droit social dans la réforme du droit des entreprises en difficulté* », *op. cit.*

1109 V. P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.* 7^{ème} éd. n° 122.36.

1110 D. VIDAL, « *Prévention des difficultés des entreprises* », *op. cit.* n° 71.

B) L'INFORMATION PROCÉDURALE DES SALARIÉS

Au cours du déroulement de la procédure collective, le comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel doivent être informés de toutes les étapes du traitement des difficultés de l'entreprise.

1) L'ACCÈS DES SALARIÉS AUX DEMANDES D'OUVERTURE DES PROCÉDURES COLLECTIVES

473. Le comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel doivent être informés des demandes d'ouverture des procédures collectives¹¹¹¹. Cependant, la portée de cette information dépend de la nature de la procédure en question.

474. L'information des salariés en cas d'ouverture d'une procédure amiable. Dans les procédures amiables, la loi ne prévoyait aucune communication au profit du comité d'entreprise.

Ce silence avait divisé la position des juges du fond sur cette question. Dans un arrêt de la chambre criminelle, la Cour de cassation avait précisé que l'absence de cette information n'est pas constitutive du délit d'entrave¹¹¹². Elle soulignait notamment le fait que la demande de désignation ne rentre pas dans le domaine de l'ancien article L. 432-1 alinéa 1 du Code du travail devenu l'article L. 2321-1. Car, cette demande ne préjugait pas les décisions qui pourront être prises par la suite¹¹¹³.

En revanche, la chambre sociale de la Cour de cassation en a jugé le contraire. Elle considère que l'information est obligatoire pour « *tout projet, même formulé en termes généraux, lorsque son objet est assez déterminé pour avoir une incidence sur l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise, peu important qu'il ne soit pas accompagné de mesures précises et concrètes d'application dès lors que la discussion*

1111 M. GANDIN, *op. cit.*

1112 Cass. crim., 4 déc. 1990, n° 89-84.570 : Juris-Data n° 1990-003943.

1113 M. GANDIN, *op. cit.*

ultérieure sur ces mesures n'est pas de nature à remettre en cause dans son principe, le projet adopté »¹¹¹⁴.

475. Cette décision est fondée sur une lecture plus large de l'ancien article L. 432-1, al. 1 du Code du travail. En vertu de cet article, le comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel doivent être informés et consultés sur « *l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et, notamment, sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, les conditions d'emploi, de travail et de formation professionnelle du personnel* ». En effet, la chambre sociale retient dans sa décision une définition plus large pour la notion de décision notamment en ce qui concerne la restructuration¹¹¹⁵.

476. Pour une partie de la doctrine, le silence du législateur doit être analysé au profit du crédit de l'entreprise¹¹¹⁶. En informant ses salariés, le dirigeant ne pourrait plus être libre de leur influence. Il risquerait « *de subir des pressions dans sa démarche personnelle* »¹¹¹⁷. Or, la réussite du mandat *ad hoc* s'appuie principalement sur la libre appréciation du chef d'entreprise qui a seul le pouvoir de saisir le président du tribunal de commerce¹¹¹⁸. La seule communication autorisée est celle prévue au profit du ministère public et de l'ordre professionnel ou de l'autorité compétente, le cas échéant, et qui concerne exclusivement la procédure de conciliation¹¹¹⁹.

477. Des raisons techniques pourraient être derrière cette dernière exception. D'une part, le législateur a voulu faciliter au président du tribunal d'obtenir, le cas échéant, du parquet les informations dont ce dernier disposerait sur la situation de l'entreprise et qui seraient couvertes par le secret de l'instruction¹¹²⁰. D'autre part, le ministère public pourrait

1114 Cass. soc., 12 nov. 1997, n° 96-12.314.

1115 P. MORVAN, *op. cit.* n° 14.

1116 J.-M. DE BERMOND DE VAULX, *op. cit.* n° 16.

1117 *Ibid.*

1118 Cf. P. LAVIGNE, « *La procédure de conciliation* », LPA 20 mars 2007 n° 57, p. 26.

1119 C. com., art. L. 611-6.

1120 B. ZABALA, *op. cit.*

avoir des informations indiquant la situation déficitaire de l'entreprise. Il peut à ce titre engager une action en ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, alors que l'entreprise est en pleine négociation d'un accord amiable. En effet, à la différence du mandat *ad hoc*, le bénéficiaire de la procédure de conciliation pourrait être en état de cessation des paiements¹¹²¹. C'est l'ouverture de cette procédure qui empêche l'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

478. L'information en cas d'homologation. Par ailleurs, il convient de préciser que les salariés sont informés nécessairement en cas d'homologation de l'accord amiable. En vertu de l'article L. 611-9 du Code de commerce, ils doivent être entendus ou dûment appelés par le tribunal avant de statuer sur l'homologation de l'accord amiable. Ils peuvent également être informés lorsque le dirigeant décide de demander la délibération du conseil d'administration ou l'autorisation du conseil de surveillance avant de procéder à la demande d'ouverture de la procédure amiable¹¹²². L'information des salariés est ainsi assurée par la présence de leurs représentants en conseil d'administration ou de surveillance lorsque l'entreprise compte plus de cinquante salariés¹¹²³.

479. L'information des salariés en cas d'ouverture d'une procédure judiciaire. S'agissant cependant de la demande d'ouverture de la procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire, l'information des salariés est assurée par leurs représentants. Ceux-ci doivent être informés et invités pour donner leurs explications sur la situation de l'entreprise dès la réception de la demande d'ouverture¹¹²⁴. Cette information est nécessaire dans la mesure où l'ouverture d'une procédure collective pourrait altérer la bonne marche de l'entreprise au sens de l'article L. 2321-1 du Code du travail¹¹²⁵.

1121 F.-X. LUCAS et H. LÉCUYER, *op. cit.*

1122 Cf. M. GANDIN, *op. cit.*

1123 C. trav. art. L. 432-6.

1124 C. com., art. L. 631-1 et R.621-2.

1125 Cf. A. ARSÉGUEL, « Règles de consultation du comité d'entreprise sur la marche générale de l'entreprise », Bull. Joly Sociétés, 01 mars 1998 n° 3, p. 245.

2) L'ACCÈS DES SALARIÉS AU DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE

480. Les obligations d'informations au cours de la procédure collective. Les salariés doivent être associés au déroulement de la procédure collective dès l'ouverture de celle-ci¹¹²⁶. Par le biais de leurs institutions représentatives, ils sont informés du bilan économique, social et environnemental, du projet de plan, des propositions du règlement des dettes au fur et à mesure de leur élaboration ainsi que des offres de reprise¹¹²⁷.

Cette information est justifiée notamment par la fragilité de la position des salariés et la gravité des répercussions sociales de la réorganisation ou de la cession de l'entreprise. En effet, le sort de l'entreprise pourrait se traduire par la modification des conditions du travail, la suppression des postes de travail et les licenciements pour motif économique¹¹²⁸. À ce titre, le projet du plan qui prévoit des licenciements pour motif économique doit récapituler les dispositions qui sont déjà prises et déterminer les actions à mener en vue du reclassement et d'indemnisation des salariés dont l'emploi est menacé. L'article L. 631-17 du Code de commerce prévoit que l'information et la consultation doivent être assurées dans les conditions de l'article L. 1233-58 du Code du travail avant la saisine du juge-commissaire par l'administrateur ou le débiteur. Les avis et les observations des représentants des salariés sont ensuite adressés au juge-commissaire¹¹²⁹.

En outre, l'autorité administrative doit être informée avant de procéder à tout licenciement pour motif économique dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaire. En vertu de l'article L. 631-17 du Code de commerce, « *préalablement à la saisine du juge-commissaire, l'administrateur consulte le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel dans les conditions prévues à l'article L. 321-9 du code du travail et informe l'autorité administrative compétente mentionnée à l'article L. 321-8 du*

1126 C. SAINT-ALARY-HOUIN, Droit des entreprises en difficulté, *op. cit.* 8^{ème} éd. p 36 et s. ; P.-M. LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, *op. cit.* 7^{ème} éd. n° 392.11.

1127 C. com., art. L. 623-3, L. 626-5, L. 626-8 et C. trav. art. L. 432-1. En vertu de l'article L. 626-8 du Code de commerce, « *le comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel et le mandataire judiciaire sont informés et consultés sur les mesures que le débiteur envisage de proposer dans le projet de plan au vu des informations et offres reçues* ».

1128 P. MORVAN, *op. cit.*

1129 F.-X. LUCAS et H. LÉCUYER, *op. cit.*

même code. Il joint, à l'appui de la demande qu'il adresse au juge-commissaire, l'avis recueilli et les justifications de ses diligences en vue de faciliter l'indemnisation et le reclassement des salariés ».

481. Enfin, pour assurer le respect de l'information des salariés sur le déroulement de la procédure collective, des sanctions sévères peuvent être prononcées en cas de défaut d'information. La Cour de cassation a eu l'occasion de donner au défaut d'information la qualification du délit d'entrave au fonctionnement des institutions représentatives du personnel, notamment en cas de licenciement pour motif économique¹¹³⁰.

§2) DU DROIT À L'INFORMATION À LA PARTICIPATION AU DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE

La réflexion sur la protection des salariés dans les procédures collectives n'a cessé de s'approfondir depuis l'émergence du droit des entreprises en difficulté. Grâce au nombre croissant des obligations d'information des salariés¹¹³¹, un droit à la participation au déroulement de la procédure collective se développait au fur et à mesure de l'évolution de cette matière¹¹³². Ce droit de participation pourrait être illustré par l'obligation de désignation des représentants des salariés en cas d'ouverture d'une procédure collective (A) et la multiplicité des obligations d'audition et de consultation (B).

A) LA DÉSIGNATION DES REPRÉSENTANTS DES SALARIÉS

482. Les modalités de désignation. La première illustration de la participation des salariés au déroulement de la procédure collective est l'obligation de la désignation des représentants du personnel et des salariés en cas d'ouverture d'une procédure collective¹¹³³.

1130 Cass. crim., 30 janvier 1996, n° 94-83.507, Rev. proc. coll. 1996, p. 239, n° 3, Obs. **B. SOINNE**.

1131 Cf. **PH. MERLE**, Droit commercial, *op. cit.* p. 649 et s.

1132 **J.-M. DE BERMOND DE VAULX**, *op. cit.*

1133 V. **F. PÉROCHON**, Entreprises en difficulté, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 244 et s. ; **D. GIBIRILA**, Droit des entreprises en difficulté, *op. cit.* éd. 2009, p. 427 et s.

En effet, les membres du comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel doivent désigner avant l'ouverture de la procédure collective les représentants du personnel qui seront habilités à être entendus par le tribunal¹¹³⁴. Leurs noms doivent être communiqués au tribunal lors de la demande d'ouverture de la procédure¹¹³⁵.

Par ailleurs, en ce qui concerne les représentants des salariés, ils sont désignés dans les dix jours du prononcé du jugement d'ouverture de la procédure collective¹¹³⁶. Pour ce faire, le comité d'entreprise, les délégués du personnel ou, à défaut, les salariés sont réunis par le chef d'entreprise pour procéder à cette désignation. Lorsqu'aucun représentant des salariés ne peut être désigné ou élu, un procès-verbal de carence est établi par le débiteur¹¹³⁷.

483. Les missions. La mission du représentant des salariés s'articule autour de la défense des intérêts des salariés¹¹³⁸. En effet, il vérifie les créances salariales et peut, à ce titre, demander au mandataire judiciaire la communication de toute information utile¹¹³⁹. Il peut également, assister et représenter un salarié devant une juridiction prud'homale pour toute contestation relative à une créance salariale¹¹⁴⁰. Enfin, le représentant des salariés, peut être investi des pouvoirs du représentant du personnel en cas d'absence du comité d'entreprise et des délégués du personnel¹¹⁴¹. Dans ce cas de figure, le représentant des salariés peut assister aux audiences et exercer les voies de recours ouvertes au représentant du personnel¹¹⁴².

1134 C. com., art. L. 631-1 et R.621-2.

1135 C. com., art. L. 661-10.

1136 C. com., art. L. 621-4 et R. 621-14.

1137 C. com., art. R. 621-14.

1138 **F.-X. LUCAS** et **H. LÉCUYER**, *op. cit.*

1139 C. com., art. L. 625-2.

1140 C. com., art. L. 625-1.

1141 **M. GANDIN**, *op. cit.*

1142 C. com., art. L. 621-4.

B) LA MULTIPLICITÉ DES OBLIGATIONS D'AUDITION ET DE CONSULTATION DES SALARIÉS

484. La seconde illustration significative du droit des salariées à la participation au déroulement de la procédure collective pourrait être déduite de la multiplicité des obligations d'audition et de consultation¹¹⁴³.

485. Les auditions. Dans la majorité de ses décisions, le tribunal doit statuer après avoir entendu ou dûment appelé les représentants du comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel¹¹⁴⁴. Cela concerne en particulier le jugement d'homologation de l'accord amiable¹¹⁴⁵, le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde¹¹⁴⁶, de redressement ou de liquidation judiciaire¹¹⁴⁷, de la conversion de la procédure de sauvegarde en redressement judiciaire ou du prononcé de la liquidation judiciaire¹¹⁴⁸. L'audition des salariés est également prévue en cas de cessation partielle de l'activité¹¹⁴⁹, de subordination de l'adoption du plan de sauvegarde au remplacement des dirigeants, à l'incessibilité ou, à l'inverse, à la cession forcée de leurs titres sociaux¹¹⁵⁰. Il en est de même en cas d'adoption d'un plan de sauvegarde ou de redressement¹¹⁵¹, d'autorisation d'une modification substantielle dans les objectifs ou les moyens d'un plan de sauvegarde ou de redressement¹¹⁵², d'adoption d'un ou plusieurs plans de cession¹¹⁵³ et d'autorisation d'un contrat de location-gérance¹¹⁵⁴.

1143 **J.-K. ADOM**, *op. cit.*

1144 Cf. **P. MORVAN**, *op. cit.*

1145 C. com., art. L. 611-9.

1146 C. com., art. L. 621-1.

1147 C. com., art. L. 621-1, L. 631-7 et L. 641-1, I.

1148 C. com., art. L. 622-10 al. 3 et L. 631-14.

1149 C. com., art. L. 631-15, II.

1150 C. com., art. L. 631-19-1.

1151 C. com., art. L. 626-9 et L. 631-19, I.

1152 C. com., art. L. 626-26, L. 631-19, I et L. 642-6.

1153 C. com., art. L. 642-5.

1154 C. com., art. L. 642-13.

486. Les obligations de consultation. Quant aux obligations de consultation, nous rappelons que l'article L. 2323-6 du Code du travail prévoit l'information et la consultation à l'occasion de toute décision ayant trait à la marche générale de l'entreprise. En effet, le critère de l'obligation est l'influence sur l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise¹¹⁵⁵. La jurisprudence retient ce critère pour toutes les opérations¹¹⁵⁶. Selon les termes de la chambre sociale de la Cour de cassation, la consultation est obligatoire même pour un projet « *formulé en termes généraux, lorsque son objet est assez déterminé pour avoir une incidence sur l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise* »¹¹⁵⁷.

487. S'ajoutent à cette obligation à portée générale et qui est applicable en droit des entreprises en difficulté, les obligations de consultation spécifiques à cette matière. En effet, les salariés doivent être informés et consultés sur toutes les grandes questions relatives au déroulement de la procédure et au sort de l'entreprise en difficulté¹¹⁵⁸. Il peut s'agir, à titre d'exemple, du rapport définitif présentant le bilan économique et social, du projet de plan de sauvegarde ou de redressement¹¹⁵⁹, des propositions du règlement de dettes, de tout licenciement envisagé au cours de la période d'observation, de l'arrêt du plan de continuation ou de cession¹¹⁶⁰ et de l'autorisation du cessionnaire à aliéner ou louer les biens qu'il a acquis alors que le prix de cession n'a pas été intégralement payé¹¹⁶¹.

488. Les conséquences du défaut d'information et de consultation des salariés. Le manquement aux obligations d'information et de consultation des salariés pourrait être sévèrement sanctionné. Il pourrait être analysé comme un délit d'entrave au

1155 **A. ARSÉGUEL**, *op. cit.*

1156 Cass., soci, 26 octobre 2010, n° 09-65.565, *Revue de Jurisprudence Sociale*, 01/01/2011, n° 1, p. 55 ; Cour de cassation, Chambre sociale, 5 mars 2008, n° 07-40.273 ; Cass., soci. 7 octobre 1997, n° 95-40.057, *Décideurs Juridiques et Financiers*, 01/10/2008, n°98, p. 64, note **E. RAVIER**.

1157 Cass. soc., 12 nov. 1997, n° 96-12.314.

1158 **P. MORVAN**, « *Le droit social dans la réforme du droit des entreprises en difficulté* », *op. cit.*

1159 **L. DUTHEIL-WAROLIN**, *op. cit.*

1160 **C. CHARBONNEAU**, « *Consultation du comité d'entreprise en cas de cession de l'entreprise* », *Cahiers sociaux*, 01 juillet 2006 n° 182, p. 317.

1161 **F.-X. LUCAS** et **H. LÉCUYER**, *op. cit.*

fonctionnement des institutions représentatives du personnel au sens de l'article L. 2328-1 du Code du travail¹¹⁶². Le chef d'entreprise a en effet un grand intérêt à respecter ces dispositions dans la mesure où la fuite de l'information, raison principale de son omission, pourrait toujours être maîtrisée par la mise en œuvre des mécanismes protecteurs du secret¹¹⁶³.

489. Propos conclusifs. En somme, la protection des intérêts des salariés par le biais de l'information est devenue l'une des préoccupations principales du législateur en matière de procédures collectives¹¹⁶⁴. En effet, les obligations d'information, de consultation et d'audition des salariés sont ainsi les bons exemples du partage finalisé de l'information qui doit également bénéficier aux organes de la procédure.

1162 Cass. crim., 30 janvier 1996, n° 94-83.507, Rev. proc. coll. 1996, p. 239, n° 3, Obs. **B. SOINNE**.

1163 **M. DEL SOL** et al. « *La protection de l'information confidentielle acquise par les salariés et leurs représentants* », *op. cit.*

1164 Rappelons ici que dès l'ouverture de la procédure, les représentants du comité d'entreprise ou à défaut, les délégués du personnel sont entendus par le tribunal. Ces représentants habilités sont désignés au cours de la réunion du comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel à l'initiative du président du tribunal : Cf. **F. PÉROCHON**, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 244 et s. ; **D. GIBIRILA**, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.* éd. 2009, p. 427 et s.

SECTION 2 : L'ACCESSIBILITÉ DE L'INFORMATION AUX ACTEURS DE LA PROCÉDURE

490. L'identification des difficultés de l'entreprise. Contrairement à la philosophie du secret et de confidentialité qui règne lors de la prévention des difficultés, l'ouverture d'une procédure judiciaire met fin à l'opacité et à la discrétion. Elle nécessite plus de clarté et de lumière sur la situation de l'entreprise en difficulté. Car, le tribunal et les différents organes de la procédure doivent être en mesure de prendre les bonnes décisions en toute connaissance de cause.

491. L'information sur les entreprises est assurée traditionnellement par les greffes des tribunaux qui centralisent tous les registres relatifs à l'identité, au fonctionnement et à l'état de santé des entreprises. Il peut s'agir, entre autres, des protêts de défaut de paiement, des chèques sans provision, de la publicité des créances fiscaux et sociaux, ainsi que de toute autre information significative sur la situation financière, économique et sociale de l'entreprise¹¹⁶⁵.

Cette information est enrichie en droit des entreprises en difficulté par les renseignements que le débiteur doit donner au tribunal à la demande d'ouverture de la procédure collective. Il peut s'agir des comptes annuels du dernier exercice, de l'extrait d'immatriculation, de la situation de trésorerie, du compte de résultat prévisionnel, du nombre des salariés employés à la date de la demande, du montant du chiffre d'affaires, de

1165 A. SAYAG et al. *op. cit.*

l'état chiffré des créances et des dettes, de l'état actif et passif des sûretés et de l'inventaire sommaire des biens¹¹⁶⁶. Elle est également renforcée par le pouvoir du tribunal d'auditionner le débiteur lui-même, les institutions représentatives du personnel, l'ordre professionnel lorsque le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut réglementaire ou dont le titre est protégé ainsi que toute autre personne dont l'audition lui paraît utile¹¹⁶⁷.

Pour appréhender toutes ces informations qui sont en principe accessibles aux organes de la procédure, nous nous intéresserons aux pouvoirs d'investigation (Paragraphe 1) qui peuvent aboutir à l'inopposabilité du secret de l'entreprise en difficulté (Paragraphe 2).

§1) LES POUVOIRS D'INVESTIGATION

Pour renforcer son information et définir la solution la plus adaptée aux difficultés de l'entreprise, le tribunal procédera à plusieurs modalités de récolte d'information (A) et peut désigner un nombre d'experts dont il définit la nature et l'étendue de la mission (B).

A) LA RÉCOLTE D'INFORMATIONS

492. Les techniques de récolte d'informations auxquelles le président du tribunal ou le tribunal peut avoir recours sont assez nombreuses¹¹⁶⁸.

493. La convocation du chef d'entreprise. Tout d'abord, préalablement à l'ouverture de la procédure collective, le président du tribunal peut, en raison de toute difficulté de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, convoquer le chef d'entreprise pour que soient envisagées les mesures propres à redresser la situation de son entreprise. Rien

1166 C. com., art. R. 621-1.

1167 C. com., art. L. 621-1, L. 631-7 et L. 641-1, I.

1168 O. STAES et F. LEGRAND, *op. cit.* n° 17 et s.

n'oblige, cependant, celui-ci à se présenter à cette convocation. Mais théoriquement sa coopération est très concevable dans la mesure où la procédure est ouverte pour l'intérêt de l'entreprise en non plus à l'encontre de celle-ci¹¹⁶⁹.

494. La demande de renseignement. Le président du tribunal peut également s'informer, nonobstant toute disposition contraire, auprès des collaborateurs et partenaires de l'entreprise¹¹⁷⁰. Il s'agit, notamment, des commissaires aux comptes, des administrations publiques, des membres et représentants du personnel, des organismes de sécurité et de prévoyance sociales ainsi que des services chargés de la centralisation des risques bancaires et des incidents de paiement¹¹⁷¹.

Toutefois, en application de l'article R. 611-12 du Code de commerce, la demande de renseignement « *est adressée dans le délai d'un mois à compter de la date de l'entretien ou du procès-verbal de carence. Elle est accompagnée de la copie du procès-verbal d'entretien ou de carence établi en application de l'article R. 611-11* ». Le respect de cette formalité est obligatoire. À défaut de quoi, les personnes et organismes interrogés ne sont pas tenus de répondre à la demande de renseignement. D'ailleurs, le président du tribunal ne dispose pas de pouvoir coercitif à l'égard de ceux-ci¹¹⁷². Mais, pour approfondir son information, il peut charger un expert de son choix d'établir un rapport sur la situation de l'entreprise¹¹⁷³.

495. S'agissant cependant des sources d'information du tribunal, elles peuvent être obligatoires ou facultatives.

1169 Voir *supra* n° 357.

1170 C. com., art. L. 611-2.

1171 Cf. **F.-X. LUCAS** et **H. LÉCUYER**, *op. cit.*

1172 Cf. **L. ANTONINI-COCHIN** et **L.-C. HENRY**, *op. cit.* p. 45.

1173 C. com., art. L. 611-6.

496. Les auditions en chambre du conseil. Outre les pièces que le débiteur doit joindre à sa demande d'ouverture¹¹⁷⁴, le tribunal doit procéder obligatoirement à un certain nombre d'audition dont l'objectif est de renforcer son information et d'assurer la protection des personnes concernées. Il statue, en application de l'article L. 621-1 du Code de commerce, « *après avoir entendu ou dûment appelé en chambre du conseil le débiteur et les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel* »¹¹⁷⁵. Lorsque le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, l'ordre professionnel ou l'autorité compétente doit également être entendu ou dûment appelé par le tribunal¹¹⁷⁶. Ces auditions en chambre du conseil sont obligatoires et le jugement du tribunal pourrait être annulé en cas de défaut d'audition¹¹⁷⁷.

497. Sources facultatives. Quant aux sources facultatives de l'information, l'article L. 621-1 dispose que le tribunal peut entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile. Il peut s'agir du fournisseur principal du débiteur, de son banquier, de l'associé majoritaire et surtout du commissaire aux comptes. En tant que gardien de la légalité du fonctionnement de l'entreprise, l'audition de celui-ci est de nature à éclairer l'opinion du tribunal sur la situation de l'entreprise en difficulté¹¹⁷⁸.

498. En outre le tribunal peut désigner un juge-enquêteur, dont la mission est de recueillir tous les renseignements sur la situation financière, économique et sociale de l'entreprise. L'article L. 621-1 du Code de commerce donne à celui-ci la possibilité de faire

1174 Voir *supra* n° 434.

1175 Les articles L. 631-7 et L. 641-1 du Code de commerce disposent que les dispositions de l'article L. 621-1 ont applicables en redressement et en liquidation judiciaire.

1176 C. com., art. L. 621-1 al. 2.

1177 Cass. com., 22 mai 2013, n° 12-16610 ; CA Versailles, 26 nov. 1986, Gaz. Pal. 1987, n° 1, 332, note **GUILLENCHMIDT** ; CA Versailles, 14 janvier 1987, D. 1987, n° 249, note **F. DERRIDA**. Dans un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, les juges du fond ont décidé que « *l'absence de convocation des institutions représentatives du personnel est source de nullité du jugement d'ouverture* » (C. Aix-en-Provence, 8^{ème} ch. A, 30 avril 2008, RG n° 07/10772, Gaz. Pal. 08 nov. 2008, n° 313, p. 41, note **Ch. LEBEL**).

1178 **R. SALOMON**, *op. cit.*

application de l'article L. 623-2. En effet, nonobstant toute disposition contraire, le juge-enquêteur pourra obtenir communication de tout renseignement sur la situation de l'entreprise auprès notamment des commissaires aux comptes, des experts comptables, des membres et représentants du personnel, des administrations et organismes publics, des organismes de prévoyance et de sécurité sociale, des établissements de crédit et des services chargés de centraliser les risques bancaires et les incidents de paiement. Le secret professionnel ne peut lui être opposé¹¹⁷⁹.

Le rapport du juge-enquêteur doit être présenté au tribunal et déposé au greffe du tribunal. Seul le ministère public, le débiteur, les représentants du personnel ainsi que les créanciers poursuivant peuvent en prendre connaissance avant la date de l'audience¹¹⁸⁰.

B) LA DÉSIGNATION D'EXPERT EN DIAGNOSTIC DE L'ENTREPRISE

499. Le statut de l'expert en diagnostic. Pour renforcer son information sur la situation exacte de l'entreprise en difficulté, le tribunal peut avoir recours à la désignation d'un expert en diagnostic, d'un expert judiciaire du droit commun ou de toute autre personne en raison de sa compétence¹¹⁸¹. Nous nous concentrerons sur la désignation de l'expert en diagnostic compte tenu de sa qualité et de l'importance de sa mission.

Il s'agit en effet d'une nouvelle catégorie d'experts inscrits sur une liste dressée par la Cour d'appel après avis de la Commission Nationale prévue à l'article L. 812-2¹¹⁸². En vertu de l'article L. 813-1 du Code de commerce, « *les experts en diagnostic d'entreprise sont désignés en justice pour établir un rapport sur la situation économique et financière d'une entreprise en cas de procédure de conciliation ou de procédure de sauvegarde ou de*

1179 Cf. F.-X. LUCAS et H. LÉCUYER, *op. cit.*

1180 C. com., art. L. 621-3.

1181 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.* 8^{ème} éd. p. 309.

1182 A.-S. BAUDRAN, « *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires. – Organes. – Expert en diagnostic d'entreprise* », J.-Cl. Commercial, 15 Avril 2011, Fasc. 2250.

redressement judiciaire, ou concourir à l'élaboration d'un tel rapport en cas de procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire ».

500. Par ailleurs, l'expert en diagnostic des difficultés ne doit pas avoir un intérêt dans le mandat qui lui est donné et doit être indépendant à l'égard du débiteur. Il ne doit pas avoir, au cours des cinq dernières années, perçu sous quelque forme que ce soit, une rétribution ou un paiement de la part de celui-ci, ni s'être trouvé en situation de subordination à son égard¹¹⁸³.

501. La mission de l'expert en diagnostic. S'agissant de la mission de cet expert, il est nommé, à titre facultatif, par le tribunal pour établir un rapport sur la situation économique et financière de l'entreprise¹¹⁸⁴. Il peut également être investi, sur demande du juge-commissaire, pour apprécier la fiabilité économique de l'entreprise et donner ses observations sur les anomalies de la comptabilité ainsi que tous les actes qui pourraient justifier l'engagement de la responsabilité des dirigeants dans la liquidation judiciaire¹¹⁸⁵. Le tribunal est libre dans la définition de la mission de l'expert en diagnostic qui pourrait même aller jusqu'à l'assistance du débiteur dans la préparation du plan¹¹⁸⁶.

Il convient de préciser à ce propos que la jurisprudence ne trouve pas dans l'intervention de l'expert en diagnostic de l'entreprise une mesure d'expertise au sens de l'article 263 du Code de procédure civile. Pour la Haute juridiction, l'intervention de l'expert en diagnostic de l'entreprise est une mission d'investigation dans le cadre d'une procédure collective¹¹⁸⁷.

502. Propos conclusifs. Pour conclure, il convient de préciser que l'information des organes de la procédure est assurée par les pouvoirs d'investigation qui peuvent être

1183 C. com., art. L. 813-1.

1184 C. com., art. L. 621-4 et 813-1.

1185 **F.-X. LUCAS** et **H. LÉCUYER**, *op. cit.*

1186 **A.-S. BAUDRAN**, *op. cit.*

1187 Cass. com., 23 juin 1998, n° 96-12.632, D. 1999, p. 71, note **A. HONORAT**.

exercés par le président du tribunal ou le tribunal lui-même. En effet, pour assurer le bon déroulement de la procédure collective, les informations récoltées doivent être partagées en cas de besoin avec les organes de la procédure. Ceux-ci peuvent également accéder au secret professionnel de l'entreprise en raison de son inopposabilité à l'égard du président du tribunal, du tribunal, du juge-commissaire ou même parfois à leur égard.

§2) L'INOPPOSABILITÉ DU SECRET

Les mécanismes du secret du droit commun sont applicables en principe en droit des entreprises en difficulté notamment lors de la prévention des difficultés de l'entreprise. Mais, les exigences de la procédure collective judiciaire pourront conduire, parfois, à l'inopposabilité du secret professionnel (A) et la levée du secret des correspondances pour faciliter le déroulement de la procédure collective (B).

A) L'INOPPOSABILITÉ DU SECRET PROFESSIONNEL

Pour bien appréhender l'inopposabilité du secret professionnel en raison des exigences du bon déroulement de la procédure collective (2) nous rappelons brièvement les cas de l'ordre général, de l'intérêt légal et de la protection du client qui peuvent justifier la levée du secret en droit commun (1).

1) LA LEVÉE DU SECRET PROFESSIONNEL EN DROIT COMMUN

503. La levée du secret en raison de l'ordre public ou de l'intérêt général. Le secret professionnel peut être écarté en raison de l'ordre public ou de l'intérêt général¹¹⁸⁸. Il en est

1188 Cass. crim., 16 février 2010, n° 09-86.363, Bull. crim., 2010, n° 27; Cass. crim., 8 octobre 1997, n° 94-84.801, Bull. crim., 1997, n° 329 ; Cass. crim., 2 mars 2010, n° 09-88.453, Bull. crim., 2010, n° 40.

de même quant au secret bancaire¹¹⁸⁹. Celui-ci est inopposable de plein droit à l'égard de l'Autorité des marchés, de la Banque de France et de l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale. L'article L. 511-33 du Code monétaire et financier dispose, en outre, qu'il pourrait être levé au profit des agences de notation et au profit des personnes avec lesquelles les établissements de crédit négocient, concluent ou exécutent une opération importante. Il s'agit notamment des opérations de crédit, des instruments financiers, de garanties ou d'assurance destinées à la couverture d'un risque de crédit, des prises de participation ou de contrôle, des cessions d'actifs ou de fonds de commerce, des cessions ou des transferts de créances ou de contrats et lors de l'étude ou de l'élaboration de tout type de contrats ou d'opérations, dès lors que ces entités appartiennent au même groupe que l'auteur de la communication¹¹⁹⁰.

504. La protection du client. À la différence du secret professionnel, le secret bancaire est prévu notamment dans l'intérêt du client¹¹⁹¹. En effet, au-delà des hypothèses de l'ordre public et de l'intérêt général, il pourrait être écarté en raison de la protection du client¹¹⁹².

En outre, en raison de ce caractère protecteur, le secret bancaire ne peut être opposé au client et celui-ci peut y renoncer à tout moment par son consentement exprès¹¹⁹³. Cela pourrait être dans son seul intérêt, mais aussi dans l'intérêt conjoint du banquier et du client ou au profit des tiers¹¹⁹⁴. Mais, qu'en est-il lorsque le client refuse la levée de son secret bancaire dans le seul intérêt de son banquier ? Celui-ci, peut-il lever le secret bancaire pour son propre intérêt, malgré la volonté de son client ?

1189 Cass. crim., 27 avril 1994, n° 93-82.976, Bull. crim., 1994, n° 152.

1190 L. 511-33, L. 612-6, L. 613-1, L. 613-20 II et L. 621-9-3 du Code monétaire et financier

1191 Cass. com., 11 avril 1995, n° 92-20985, Bull. civ. IV, n° 121 ; Dalloz 1996, p. 573, note **H. MATSOPOULOU** ; RTD com. 1995, p. 635, obs. **M. CABRILLAC** ; JCP E 1996, 525, obs. **GAVALDA** et **STOUFFET**.

1192 **B. MOREAU**, « *Secret bancaire et communication de pièces* », *op. cit.*

1193 V. **R. KLEIMAN** et al. « *Secret bancaire et transparence des opérations boursières : rôle et pouvoirs de l'Autorité des marchés financiers* », Gaz. Pal. 29 juin 2004 n° 181, p. 23.

1194 *Ibid.*

505. Il convient tout d'abord de rappeler qu'à propos du secret professionnel de l'avocat, cette possibilité a été validée par la jurisprudence¹¹⁹⁵. Elle l'a également été à propos du secret des professionnels du chiffre¹¹⁹⁶. Ceux-ci peuvent demander la levée de leur secret professionnel pour se défendre et prouver qu'ils ont accompli leur mission avec la diligence et la prudence requises¹¹⁹⁷. Mais, à la différence de ceux-ci, le banquier ne peut se libérer de son secret qu'avec l'accord de son client. L'article L. 511-33 du Code monétaire et financier dispose ainsi que la communication par les établissements de crédit est possible « *uniquement lorsque les personnes concernées leur ont expressément permis de le faire* ». Dans un arrêt de la chambre commerciale, la Cour de cassation a confirmé l'application de ce principe¹¹⁹⁸. Elle a décidé justement que le banquier, même partie au procès, ne peut pas se libérer de son secret professionnel pour échapper à sa responsabilité lorsque celle-ci n'est pas mise en cause par le bénéficiaire du secret¹¹⁹⁹. Le secret bancaire n'est pas prévu dans l'intérêt du banquier, mais au profit du client et ne doit pas, à ce titre, être opposé à celui-ci¹²⁰⁰. À défaut d'un accord exprès du client, le banquier serait paralysé « *par l'impossibilité de se défendre d'une accusation dont il pourrait démontrer la fausseté* »¹²⁰¹.

1195 Cass. com., 11 avril 1995, n° 92-20.985, RTD com. 1995, p. 635, note **M. CABRILLAC** ; TGI Paris, ch. corr. 17, 26 juin 1998 ; Cass. 1ère civ., 2 mars 2004, n° 01-00333 ; CEDH, 15 déc. 2011, n° 28198/09, Mor c/ France : Procédures 2012, comm. 46 et 155, note **A.-S. CHAVENT-LECLÈRE**.

1196 Cass. com., 14 nov. 1995, n° 93-10.937, Bull., civ. IV, n° 263, Bull. Joly Sociétés, 1996, p. 37, § 7 et 8, et chron. **A. COURET**, p. 7, § 1 ; LPA 1996, n° 41, p. 19, note **F. PASQUALINI** et **V. PASQUALINI-SALERNO** ; JCP G 1996, I, n° 3916, § 4, obs. **A. VIANDIER** et **J.-J. CAUSSAIN** ; Droit des sociétés, 1996, comm. n° 4, obs. **D. VIDAL**.

1197 **Th. GRANIER**, « *Le secret professionnel du commissaire aux comptes et de l'expert-comptable face aux experts désignés dans le cadre de la mise en état ou dans celui de l'article 145 du Nouveau Code de Procédure Civile* », Rev. Sociétés, 01/04/1996, n° 2, p. 286.

1198 Cass., com., 13 nov. 2003, n° 00-19573, JCP E 2004. 736, n° 6, obs. **J. STOUFFLET** ; RD bancaire et fin., n° 4, juillet-août 2004, p. 242, obs. **F.-J. CRÉDOT** et **Y. GÉRARD**.

1199 Cf. **Th. BONNEAU**, note sous Cass., com., 13 nov. 2003, n° 00-19.573, Banque et droit n° 94, mars-avril 2004, p. 57.

1200 **E. COLLOMP**, « *Chronique de droit bancaire (1ère partie)* », LPA 16 janvier 2006 n° 11, p. 5.

1201 **B. MOREAU**, « *Secret bancaire et communication de pièces* », *op. cit.*

506. S'agissant cependant de la caution et ses ayants droit, il a été jugé qu'ils sont en droit d'obtenir communication de tout document concernant le débiteur principal¹²⁰². Le banquier ne peut pas leur opposer son secret, lorsque la communication est nécessaire pour prouver l'existence et le montant de la créance dont ils réclament le paiement.

2) LES EXIGENCES DU BON DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE COLLECTIVE

507. Le bon fonctionnement de la procédure collective. En droit des entreprises en difficulté la situation est un peu particulière. Pour assurer le bon déroulement de la procédure collective et afin de garantir la fiabilité de l'information du tribunal et des organes de la procédure, le secret professionnel pourrait être détourné. En effet, à l'issue de son entretien avec le chef d'entreprise, le président du tribunal peut demander à celui-ci ou, à défaut, aux administrations, aux commissaires aux comptes, aux représentants du personnel et à la Banque de France la communication de tout renseignement de nature à lui donner une exacte information sur la situation de l'entreprise¹²⁰³. Ces personnes ne peuvent lui opposer leur secret¹²⁰⁴.

508. Il est également inopposable à l'égard du juge-commissaire. L'article L. 623-2 du Code de commerce donne à celui-ci le pouvoir d'obtenir tout renseignement sur la situation économique et financière de l'entreprise de la part notamment des commissaires aux comptes, des experts comptables, des membres et représentants du personnel, des administrations et organismes publics, des organismes de prévoyance et de sécurité sociale,

1202 Cass. com., 16 décembre 2008, n° 07-19777, LPA 29 mai 2009 n° 107, p. 10, note **G. CHABOT**.

1203 C. com., art. L. 611-6.

1204 Cf. **F.-X. LUCAS** et **H. LÉCUYER**, *op. cit.*

des établissements de crédit et des services chargés de centraliser les risques bancaires et les incidents de paiement¹²⁰⁵.

509. Ce droit d'accès au secret est également reconnu au juge-enquêteur par L. 621-1 du Code de commerce. Il en est de même quant à l'égard de l'administrateur et du mandataire judiciaire. En effet, l'article L. 622-6 du Code de commerce dispose que ces organes peuvent, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, obtenir communication par les administrations et organismes publics, les organismes de prévoyance et de sécurité sociale, les établissements de crédit ainsi que les services chargés de centraliser les risques bancaires et incidents de paiement, des renseignements de nature à leur donner une exacte information sur la situation patrimoniale du débiteur. Ils reçoivent également du juge-commissaire toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de leurs missions¹²⁰⁶.

510. En somme, en droit des entreprises en difficulté, l'exigence du bon déroulement de la procédure collective peut conduire à l'inopposabilité du secret professionnel au tribunal et aux organes de la procédure. Elle peut également justifier la levée du secret des correspondances en cas de liquidation judiciaire.

B) LA LEVÉE DU SECRET DES CORRESPONDANCES

Le secret des correspondances est protégé en droit commun¹²⁰⁷. Mais, la nécessité de l'identification des difficultés de l'entreprise et les perspectives de la détermination de son patrimoine justifient, parfois, le détournement des courriers du débiteur. Nous verrons successivement le domaine (1) et la formalité de cette dérogation (2).

1205 Cf. **B. BOULOC**, *op. cit.*.

1206 C. com., art. L. 623-2.

1207 C. civ. art. 9, C. pén. art. 226-15 et 432-9 et la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des communications électroniques.

1) LE DOMAINE DE LA LEVÉE DU SECRET DES CORRESPONDANCES

511. La remise des courriers. En application de l'ancienne rédaction de l'article L. 621-20 du Code de commerce, le juge-commissaire peut ordonner, au cours de la période d'observation, la remise à l'administrateur des courriers adressés au débiteur¹²⁰⁸. Depuis la loi de sauvegarde, cette possibilité est réservée exclusivement à la procédure de liquidation judiciaire. En effet, l'article L. 641-15 dispose que « *pendant la procédure de liquidation judiciaire, le juge-commissaire peut ordonner que le liquidateur ou l'administrateur, lorsqu'il en a été désigné, soit le destinataire du courrier adressé au débiteur* ».

Pour la doctrine, l'expression du « *courrier adressé au débiteur* » peut désigner, quel que soit le support, toute lettre ayant un rapport avec l'activité du débiteur, tels que les contrats, les mises en demeures, les factures et les bons de commande¹²⁰⁹.

512. En outre, l'article R. 641-40 du Code de commerce a donné à l'administrateur judiciaire le droit de consulter également les courriers électroniques du débiteur. En vertu de ce texte, « *le liquidateur peut, sur ordonnance du juge-commissaire, demander au représentant légal de la personne morale ou au débiteur, personne physique ou à tout autre salarié du débiteur pouvant recevoir des informations utiles de transférer de façon automatique le courrier électronique de leurs messageries professionnelles vers l'adresse électronique qu'il leur désigne* ». Les messages personnels transférés doivent être détruits sans délais, alors que les messages professionnels peuvent être conservés jusqu'à la clôture de la liquidation judiciaire¹²¹⁰.

513. Le caractère professionnel des courriers. Par ailleurs, pour que le secret des correspondances soit levé, les courriers doivent être adressés au débiteur lui-même. Ils

1208 O. STAES et F. LEGRAND, *op. cit.* n° 19.

1209 P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.* 7^{ème} éd. n° 572.51.

1210 Cf. A. MARTIN-SERF, « *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, mesures et actes conservatoires* », *op. cit.* n° 59.

doivent également être relatifs à son activité professionnelle¹²¹¹. Les courriers destinés à ses proches et à ses membres de famille ne peuvent pas être détournés. Il en est de même des courriers personnels et des convocations devant une juridiction ou des notifications de décisions¹²¹². En effet, le caractère personnel de ces courriers exige qu'ils soient remis ou restitués au débiteur afin de pouvoir exercer ses droits propres. Cependant, pour éviter que des informations professionnelles soient dissimulées aux courriers personnels, l'administrateur ou le liquidateur judiciaire peut lire intégralement tout courrier même à caractère personnel¹²¹³. Pour reprendre les propos d'un auteur, le caractère personnel, voire intime de ces courriers « *se révélerait-il dès l'abord, sans que le débiteur puisse se plaindre d'une atteinte à l'intimité de sa vie privée* »¹²¹⁴.

2) LA FORMALITÉ DE LA LEVÉE DU SECRET DES CORRESPONDANCES

514. L'utilité de la levée du secret des correspondances. La décision du détournement des courriers du débiteur est prise par le juge-commissaire d'office ou sur requête du liquidateur ou de l'administrateur. Le juge-commissaire doit se prononcer par voie d'ordonnance après avoir apprécié l'utilité de cette mesure¹²¹⁵. Le débiteur doit être informé et convoqué à l'ouverture de ses courriers. Cette convocation peut être faite par le liquidateur ou l'administrateur judiciaire. Le débiteur peut lui-même se présenter spontanément¹²¹⁶.

515. Les frais de réexpédition des courriers. Une question a été cependant posée à propos de frais de réexpédition des courriers. Sous l'empire de l'ancien régime, la Cour de cassation avait précisé à plusieurs reprises que le liquidateur doit supporter le coût de ces

1211 F.-X. LUCAS et H. LÉCUYER, *op. cit.*.

1212 F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 546.

1213 P.-M. LE CORRE, *op. cit.* n° 572.51.

1214 A. MARTIN-SERF, *op. cit.* n° 61.

1215 F.-X. LUCAS et H. LÉCUYER, *op. cit.*

1216 A. MARTIN-SERF, *op. cit.* n° 60.

frais¹²¹⁷. En effet, le liquidateur peut faire jouer les dispositions de l'article L. 663-1 du Code de commerce pour régler ces frais¹²¹⁸.

516. La particularité des professionnels libéraux. Rappelons toutefois que la levée du secret des correspondances n'est pas applicable lorsque le débiteur est un professionnel libéral soumis à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé¹²¹⁹. Compte tenu de leur secret, les correspondances des professionnels libéraux doivent être préservées¹²²⁰. Il en est de même quant aux courriers émanant du conseil du débiteur¹²²¹. Cela concerne l'avocat du débiteur, mais aussi toute autre personne choisie par le débiteur compte tenu des dispositions de l'article 853 du Code de procédure civile. Car, ce conseil est soumis au secret professionnel « *en tant que confident nécessaire en raison de ses fonctions temporaires au sens de l'article 226-13 du Code pénal* »¹²²².

517. Propos conclusifs. En somme, en droit des entreprises en difficulté, l'information doit être partagée avec les salariés, mais aussi avec le tribunal et les organes de la procédure collective.

1217 Cass. com., 28 sept. 2004, n° 02-18014, D. 2004, n° 37, p. 2714, note **A. LIENHARD** ; JCP E 2005, 31, n° 3, obs. **Ph. PÉTEL**; Rev. proc. coll. 2005, p. 202, obs. **Ch. LEBEL**; Cass. com., 7 juin 2005 : Act., proc., coll., 2005, comm. 202; Gaz. Pal. 2005, n° 3, p. 22, obs., **S. GORRIAS**.

1218 En vertu de ce texte, « *lorsque les fonds disponibles du débiteur n'y peuvent suffire immédiatement, le Trésor public, sur ordonnance motivée du juge-commissaire, fait l'avance des droits, taxes, redevances ou émoluments perçus par les greffes des juridictions, des rémunérations des avocats dans la mesure où elles sont réglementées, des frais de signification et de publicité et de la rémunération des techniciens désignés par la juridiction après accord du ministère public, afférents :*

1° *Aux décisions qui interviennent au cours de la procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire rendues dans l'intérêt collectif des créanciers ou du débiteur ;*

2° *À l'exercice des actions tendant à conserver ou à reconstituer le patrimoine du débiteur ou exercées dans l'intérêt collectif des créanciers ;*

3° *Et à l'exercice des actions visées aux articles L. 653-3 à L. 653-6 ».*

1219 C. com., art. L. 641-15.

1220 **Th. FAVARIO**, « *L'avocat en difficulté (application de la loi de sauvegarde à l'avocat exerçant en nom)* », Bull. Joly Sociétés, 01 juin 2006 n° 6, p. 691.

1221 Cf. **P.-M. LE CORRE**, Droit et pratique des procédures collectives, *op. cit.* 7^{ème} éd. n° 572.51.

1222 **A. MARTIN-SERF**, « *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, mesures et actes conservatoires* », *op. cit.* n° 55.

Du point de vue des salariés, ce partage est exigé par les considérations protectrices du droit des entreprises en difficulté. En tant que partenaires principaux, mais aussi en tant que créanciers fragiles, les salariés doivent être informés et impliqués dans le déroulement de la procédure collective. Titulaires de plus d'information, de plus de consultation et de plus de protection, ils sont devenus de plus en plus concernés par les difficultés de l'entreprise¹²²³.

Par ailleurs, du point de vue du tribunal et des organes de la procédure, l'accessibilité de l'information est une garantie de rapidité de la procédure et d'efficacité du traitement des difficultés de l'entreprise. En effet, le partage de l'information permettra l'identification des difficultés et l'élaboration du sort de l'entreprise en toute connaissance de cause. Il garantit la complémentarité des efforts de tous les organes de la procédure et raccourcit, par conséquent, la durée de la procédure collective. Il s'agit en effet, d'une source de coopération et d'une garantie d'efficacité de la procédure collective. Enfin, le risque de la fuite indésirable de l'information est neutralisé par les obligations de discrétion et de confidentialité des salariés et le secret professionnel des organes de la procédure.

En effet, le partage finalisé de l'information est une transparence relative ou limitée à des personnes précises. Mais, en raison de l'équité du procès et de la sécurité juridique des parties, la transparence de l'information peut devenir une nécessité absolue.

1223 J.-M. DE BERMOND DE VAULX, *op. cit.*

CHAPITRE 2 : LE RECOURS À LA TRANSPARENCE DE L'INFORMATION

518. L'imprécision de la notion de transparence. Au sein de l'entreprise, la transparence est une garantie de participation de tous les acteurs au processus décisionnel, du renforcement de la sécurité juridique, de l'efficacité et de la responsabilité des organes d'administration et de gestion¹²²⁴. Elle est devenue l'objectif sacré de toutes les spécialités du droit : la transparence en droit de consommation, la transparence en droit des obligations, la transparence en droit des contrats, la transparence en droit commercial, la transparence en droit des sociétés, la transparence en droit bancaire et la transparence en droit financier¹²²⁵.

519. En dépit de cette importance, la transparence est une notion ambiguë et mal définie en droit¹²²⁶. La jurisprudence et la pratique l'opposent au secret et à la confidentialité¹²²⁷. Mais, peut-on vraiment considérer que l'information transparente est celle qui n'est pas secrète ni confidentielle ?

1224 **Y. DE CORDT** et al., *La transparence en droit des sociétés et en droit financier*, LANCIER, éd. 2008, p. 1.

1225 **N. VIGNAL**, « *La transparence en droit privé des contrats. Approche critique de l'exigence* », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 51 N°3, Juillet-septembre, p. 718.

1226 **Y. GUYON**, « *La transparence dans les procédures collectives* », *op. cit.*

1227 **G. TEBOUL**, « *Le devoir de loyauté dans la prévention des difficultés des entreprises* », *op. cit.* ; **Y. GUYON**, « *La transparence dans les procédures collectives* », *op. cit.* ; Secret et transparence, le vice ou la vertu?, *op. cit.*

L'originalité du secret et de la confidentialité réside dans la restriction et l'encadrement de l'accès à l'information. De ce fait, l'information transparente serait-elle celle ouverte au public ?

Certes, l'information destinée au public doit être transparente, mais l'exigence de la transparence ne doit pas être réservée à celle-ci. Les autres informations destinées nominativement à des personnes précises doivent-elles aussi être transparentes au profit de leurs destinataires. À titre d'exemple, les créanciers, les salariés et les associés ont besoin des informations transparentes. Les notifications, les déclarations et les avertissements destinés à ceux-ci doivent être transparents.

520. En effet, pour être transparente, l'information doit prendre en compte la qualité de son destinataire et satisfaire son besoin d'être informé. Serait-il légitime, en effet, de définir la transparence de l'information à partir de la modalité de transmission et de l'objectif de l'information ?

À notre sens, la transparence de l'information pourrait être analysée comme la qualité de l'information qui, au-delà de la régularité, de la sincérité et de l'accessibilité, est de nature à guider son destinataire. Pour assurer cette qualité, il ne suffit pas seulement que le processus d'établissement de l'information soit bien respecté, mais il faut notamment que le message de l'information soit bien reçu. En effet, la fiabilité des mécanismes de transmission de l'information (Section seconde) et leur compatibilité avec l'objectif de l'information (Section première) sont nécessaires pour la transparence de celle-ci.

SECTION 1: LES OBJECTIFS DE LA TRANSPARENCE DE L'INFORMATION EN DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

521. Par la transparence, des difficultés peuvent être prévenues, des intérêts peuvent être préservés, des salariés fragiles peuvent être protégés et un certain degré de confiance, nécessaire pour tous les acteurs de l'activité économique, peut être garanti¹²²⁸.

Sans vouloir être exhaustif, nous préciserons que la transparence en droit des entreprises en difficulté est indispensable pour garantir l'équité de la procédure collective (Paragraphe 1) et assurer la sécurité juridique de toutes les parties (Paragraphe 2).

§1) LE RESPECT DE L'ÉQUITÉ DES PROCÉDURES COLLECTIVES

522. La notion d'équité. La justice garantit l'équité de toutes les procédures judiciaires¹²²⁹. Mais, la notion d'équité doit être bien nuancée. Car, en tant que telle, l'équité ne constitue pas un critère du jugement en droit français¹²³⁰. Les juges doivent, selon l'article 12 du Code civil, trancher le litige conformément aux règles du droit qui lui sont applicables¹²³¹.

1228 **A. DIESBECQ**, *op. cit.*

1229 **N. FRICERO**, *op. cit.*

1230 *Ibid.*

1231 Il en est de même en droit pénal où le principe de légalité règne en matière de sanctions.

Par ailleurs, en tant que source d'inspiration des règles du droit, l'équité est une notion fondamentale, notamment en droit des affaires. Elle est prise en compte lors de la création des règles par le législateur ainsi que lors de leur interprétation par les juges. À titre d'exemple, l'équilibre contractuel, la contradiction à l'équité en droit des sociétés, les clauses abusives, les obligations d'information en droit de consommation, en droit des contrats, en droit social et en droit des assurances, l'obligation de la sécurité du transporteur, la responsabilité sans faute et la théorie du risque, la théorie de l'enrichissement sans cause et la théorie de la proportionnalité sont tous des techniques fondamentales en droit des affaires fondées et justifiées par les considérations de l'équité¹²³².

523. En matière de procédure civile, les procès doivent être équitables, contradictoires et publics¹²³³. Ces exigences sont également garanties en matière de procédures collectives¹²³⁴. La désignation du mandataire *ad hoc* et du conciliateur dans les procédures amiables¹²³⁵, la désignation des représentants du personnel¹²³⁶ et des créanciers contrôleurs¹²³⁷, la préparation des plans de continuation ou de cession¹²³⁸ et les règles de reprise des entreprises en difficulté¹²³⁹ sont des illustrations significatives de la prise en compte du principe d'équité en droit des procédures collectives¹²⁴⁰.

1232 L. BRUNEAU, Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant, Université de Toulouse I, 2005, p. 248 et s.

1233 L. POULET, *op. cit.*

1234 Cf. N. FRICERO, *op. cit.*

1235 C. com., art. L. 611-3 et L. 611-6.

1236 C. com., art. L. 631-1 et R.621-2.

1237 En vertu de l'article L. 621-10 du Code de commerce « *le juge-commissaire désigne un à cinq contrôleurs parmi les créanciers qui lui en font la demande. Lorsqu'il désigne plusieurs contrôleurs, il veille à ce qu'au moins l'un d'entre eux soit choisi parmi les créanciers titulaires de sûretés et qu'un autre soit choisi parmi les créanciers chirographaires* ».

1238 Voir *supra* n° 305 et s.

1239 Voir *supra* n° 345 et s.

1240 N. FRICERO, *op. cit.*

Pour démontrer l'exigence de l'équité à travers la transparence de l'information en droit des entreprises en difficulté, nous nous intéresserons spécialement aux exigences de l'égalité des créanciers (A) et de la moralisation des procédures collectives (B).

A) L'ÉGALITÉ DES CRÉANCIERS

524. Le principe d'égalité des créanciers. L'égalité des créanciers est un principe fondamental consacré par l'article 2285 du Code civil. En vertu de ce texte, les biens du débiteur sont le gage commun de tous ses créanciers¹²⁴¹. En droit des entreprises en difficulté, les règles de la discipline collective en matière de gel des droits des créanciers¹²⁴², de la déclaration des créances¹²⁴³, de la préparation des plans¹²⁴⁴ et de la distribution des dividendes¹²⁴⁵ sont les bons exemples du principe d'égalité des créanciers¹²⁴⁶.

Toutefois, l'égalité des créanciers doit être conciliée avec les impératifs de la procédure collective et l'évolution des mécanismes de garantie¹²⁴⁷. Car, les créanciers bénéficiaires d'une compensation, les créanciers gagistes ou bénéficiaires d'un droit de rétention ou d'un privilège¹²⁴⁸ ne doivent pas être traités de la même façon que les créanciers chirographaires¹²⁴⁹. L'inégalité des situations justifie en effet l'inégalité des

1241 C. WITZ, *op. cit.* n° 32 et suivant.

1242 Ch. LÉGUEVAQUES, *op. cit.*

1243 Ph. ROUSSEL GALLE, « *La déclaration de créances et les sûretés réelles* », *op. cit.*

1244 C. PEROT-REBOUL, « *Les plans dans la loi de sauvegarde des entreprises* », LPA 17 février 2006 n° 35, p. 30.

1245 F.-X. LUCAS et H. LÉCUYER, *op. cit.*

1246 Ch. LEGUEVAQUES, « *L'égalité des créanciers dans les procédures collectives : flux et reflux* », Gaz. Pal. 06 août 2002 n° 218, p. 2.

1247 Les créanciers ont toujours tendance à créer des nouvelles techniques de garantie pour éviter la discipline collective.

1248 C. com., art. L. 622-7.

1249 Cf. C. SAINT-ALARY-HOUIN, « *Les privilèges de la procédure* », LPA 14 juin 2007 n° 119, p. 70 ; F. PÉROCHON, « *Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005* », Gaz. Pal. 08 septembre 2005 n° 251, p. 57 ; D. BOUSTANI, « *La conservation du privilège des créanciers postérieurs* », *op. cit.* ; F. REILLE, « *Les retouches apportées au sort des créanciers postérieurs élus* », *op. cit.* ; F.-X. LUCAS et H. LÉCUYER, *op. cit.*

traitements¹²⁵⁰. C'est ainsi que l'article L. 626-2 dispose que le projet de plan « *peut établir un traitement différencié entre les créanciers si les différences de situation le justifient* ».

Les mêmes règles de conduite sont applicables en matière de transparence d'information. En principe les créanciers sont égaux (1), mais les impératifs des procédures collectives peuvent justifier quelques exceptions (2).

1) L'ÉGALITÉ EN MATIÈRE DE TRANSPARENCE D'INFORMATION

525. L'information sur l'ouverture et le déroulement de la procédure collective.

L'égalité des créanciers est assurée grâce à l'information de chaque créancier sur « *la totalité de l'actif et du passif du débiteur, puisque le montant de ce que chacun obtiendra dépend de ces deux paramètres* »¹²⁵¹. En effet, dès l'ouverture de la procédure collective, les créanciers doivent être tenus informés par le débiteur, par les organes de la procédure collective et par le tribunal lui-même. Ce droit à l'information est acquis avant même la vérification et l'admission de la créance¹²⁵².

Tout d'abord, les créanciers sont informés de l'ouverture de la procédure collective par la publication du jugement au greffe du tribunal et son insertion au BODACC¹²⁵³. Ils doivent en outre être avertis personnellement¹²⁵⁴ par le mandataire judiciaire de leur obligation de déclarer leurs créances¹²⁵⁵.

Pour renforcer cette information, le législateur a prévu également deux autres mécanismes complémentaires. D'une part, dans les huit jours qui suivent l'ouverture de la procédure collective, le débiteur doit remettre à l'administrateur et au mandataire judiciaire une liste nominative de ses créanciers¹²⁵⁶. D'autre part, l'état des créances, composé de

1250 Ch. LEGUEVAQUES, *op. cit.*

1251 Y. GUYON, « *La transparence dans les procédures collectives* », *op. cit.* n° 5.

1252 *Ibid.*

1253 C. com. R. 621-8.

1254 A. LIENHARD, « *Déclaration des créances : avertissement personnel avant publication au BODACC* », *op. cit.*

1255 C. HOUIN-BRESSAND, « *Avertissement d'avoir à déclarer* », *op. cit.*

1256 C. com., art. L. 622-6 et R. 622-5.

l'ensemble des décisions du juge-commissaire sur l'admission ou le rejet des créances¹²⁵⁷, et les relevés des créances salariales doivent être publiés au greffe du tribunal¹²⁵⁸.

526. L'égalité de l'information sur le sort de l'entreprise. Il en est de même quant à l'information des créanciers sur le sort de l'entreprise en difficulté. D'ailleurs, les propositions du projet de plan sont votées par les comités des créanciers à la majorité des deux tiers du montant des créances détenues par les membres ayant exprimé un vote¹²⁵⁹. Les créanciers minoritaires sont ainsi soumis à la décision de la majorité, ce qui pourrait représenter un risque éventuel d'abus de majorité. Mais, pour neutraliser ce risque, le tribunal doit vérifier les propositions accordées avant de les rendre applicables à tous les membres de chaque comité¹²⁶⁰. Il doit s'assurer de la protection des intérêts de tous les créanciers, notamment les créanciers minoritaires¹²⁶¹.

En cas d'absence des comités, les créanciers sont consultés individuellement par le mandataire judiciaire¹²⁶².

527. Dans l'un ou l'autre cas, les créanciers doivent bénéficier d'une information fiable sur la nature et le périmètre de l'actif et du passif de l'entreprise en difficulté ainsi que sur ses perspectives économiques, financières et sociales¹²⁶³. Ils doivent notamment être informés de l'exécution des engagements pris dans le plan de continuation¹²⁶⁴ ainsi que sur les modifications substantielles de celui-ci. La raison de cette information est d'éviter que les personnes engagées dans le plan se voient imposer des charges autres que celles qui ont été inscrites dans le plan de continuation¹²⁶⁵.

1257 **P.-M. LE CORRE**, Droit et pratique des procédures collectives, *op. cit.* 7^{ème} éd. n° 681.12.

1258 C. com., art. L. 625-1.

1259 C. com., art. L. 626-30-2.

1260 C. com., art. L. 626-31.

1261 **Ch. LÉGUEVAQUES**, *op. cit.*

1262 **P.-M. LE CORRE**, *op. cit.* n° 552.31.

1263 Voir la préparation du plan *supra* n° 332 et s.

1264 C. com., art. R. 626-43.

1265 **F.-X. LUCAS** et **H. LÉCUYER**, *op. cit.*

2) LES EXCEPTIONS À L'ÉGALITÉ EN MATIÈRE D'INFORMATION

528. Le caractère pragmatique des procédures collectives. Le principe d'égalité des créanciers en matière de transparence d'information doit être concilié avec la réalité pragmatique des procédures collectives. En raison de son importance, l'accès à l'information ne doit pas être accordé à tous les créanciers. Le besoin réel de l'information, la nature de la créance et la qualité du créancier sont des raisons fiables pour justifier l'inégalité de l'accès à l'information¹²⁶⁶. À titre d'exemple, un créancier titulaire d'un droit de rétention n'a pas besoin d'être informé du contenu d'une offre de reprise pour être sûr que sa créance sera payée. Il bénéficie d'un privilège très confortable notamment après la loi du 4 août 2008 qui a généralisé ce privilège à tous les gagistes et tous les créanciers nantis¹²⁶⁷.

529. Il en résulte que l'importance de l'information aux yeux des créanciers est tout à fait relative. L'information sur le patrimoine de l'entreprise au jour de l'ouverture de la procédure collective n'a pas la même importance pour les créanciers antérieurs et les créanciers postérieurs. Bénéficiaires d'un privilège assez confortable, ces derniers sont plutôt intéressés par ce qui se passe après le jugement d'ouverture de la procédure collective¹²⁶⁸. En revanche, les créanciers antérieurs sont directement concernés par la situation de l'entreprise au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective. En effet, l'état des créances, l'inventaire des biens, le projet du plan, les rapports des organes de la procédure collective et les offres de reprise sont tous des informations précieuses pour les créanciers antérieurs¹²⁶⁹.

530. La particularité des contrôleurs. Une autre atteinte au principe d'égalité des créanciers dans la transparence de l'information doit être avancée. Il s'agit notamment de l'inégalité justifiée par la qualité du créancier nommé contrôleur. Créée par la loi du 4 mars

1266 O. KAHIL, L'égalité des créanciers dans le cadre de la saisie attribution, Université Lille 2, 2011.

1267 F. PÉROCHON, Entreprises en difficulté, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 282.

1268 Y. GUYON, « La transparence dans les procédures collectives », *op. cit.* n° 7.

1269 J.-L. VALLENS, *op. cit.*

1889, l'institution des contrôleurs a connu plusieurs réformes dont la plus profonde est celle de la loi du 10 juin 1994 et la plus récente est celle du 26 juillet 2005 et de l'ordonnance du 18 décembre 2008¹²⁷⁰. Désormais, les contrôleurs sont nommés par le juge-commissaire pour assister le mandataire judiciaire et le juge-commissaire¹²⁷¹. Pour ce faire, ils peuvent prendre connaissance de tous les documents transmis à l'administrateur et au mandataire judiciaire¹²⁷². Ils doivent également être consultés sur toutes les grandes questions de la procédure collective, notamment en matière d'offres de reprise¹²⁷³.

Par ailleurs, la contrepartie de cette information est l'irrecevabilité des offres de reprise émises par les contrôleurs¹²⁷⁴. Il s'agit en effet d'une mesure de moralisation des procédures collectives.

B) LA MORALISATION DES PROCÉDURES COLLECTIVES

531. Un droit moralisateur. La volonté de moraliser n'est pas nouvelle en droit des procédures collectives. L'objectif du droit de la faillite était la neutralisation des commerçants malhonnêtes¹²⁷⁵. Son aspect répressif, tempéré par la prise en compte de l'honnêteté du commerçant malheureux pour bénéficier du concordat notamment après le Code de commerce, en est le bon exemple¹²⁷⁶.

1270 **G. AMLON**, « Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire- Organes, Contrôleurs », J.-Cl. Proc. Coll., Fasc. 2245, 30 Janvier 2006.

1271 L'article L. 621-10 du Code de commerce dispos que « le juge-commissaire désigne un à cinq contrôleurs parmi les créanciers qui lui en font la demande. Lorsqu'il désigne plusieurs contrôleurs, il veille à ce qu'au moins l'un d'entre eux soit choisi parmi les créanciers titulaires de sûretés et qu'un autre soit choisi parmi les créanciers chirographaire ».

1272 C. com., art. L. 621-11.

1273 **Y. GUYON**, Droit des affaires, T. II, 6ème éd., n° 1166.

1274 C. com., art. L. 642-3.

1275 **A. SAYAG** et al. *op. cit.* p. 11 et s.

1276 **P.-M. LE CORRE**, « 1807-2007, 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise », *op. cit.*

532. Inspirée des travaux du doyen HOUIN, la loi du 13 juillet 1967 a établi une distinction considérable entre le sort de l'entreprise et celui de l'entrepreneur¹²⁷⁷. Le critère principal est devenu la capacité de l'entreprise à être sauvée. Mais, la moralisation est restée sacrée, notamment avec les lois du 1^{er} mars 1984 et du 25 janvier 1985. Désormais, les systèmes d'alerte, permettant le partage de l'information en fonction de la situation de l'entreprise, sont instaurés¹²⁷⁸, le statut du salarié en tant que partenaire principal et créancier fragile est reconnu¹²⁷⁹ et les obligations d'information et de consultation sont multipliées¹²⁸⁰.

Cette tendance est largement approfondie par la loi du 26 juillet 2005 et l'ordonnance du 18 décembre 2008, notamment en ce qui concerne la reconnaissance des droits des créanciers (1) et le sort de l'entreprise en difficulté (2)¹²⁸¹. C'est sur ces deux points que nous essayerons de démontrer la moralisation des procédures collectives par la transparence de l'information.

1) LA MORALISATION DU SORT DE LA CRÉANCE NON DÉCLARÉE

533. Le sort de la créance non déclarée. Depuis la loi de sauvegarde, la créance non déclarée n'est plus éteinte, mais tout simplement inopposable à la procédure collective¹²⁸². Peut-on considérer en effet que cette inopposabilité est une mesure de moralisation des procédures collectives ?

La réponse à cette question pourrait être incertaine, mais l'analyse de l'omission de la créance avant et après cette réforme pourrait démontrer une certaine dose de moralisation. En effet, deux situations différentes doivent être distinguées: d'une part, l'omission du

1277 Cette distinction fondée sur les travaux de Roger HOUIN a affaibli considérablement la portée de la bonne foi en droit des procédures collectives.

1278 Ces systèmes permettent, en fonction de la situation de l'entreprise, le partage de l'information avec tous les acteurs concernés par ses difficultés ; voir à titre d'exemple *supra* n° 173 et s.

1279 **D. GIBIRILA**, Droit des entreprises en difficulté, *op. cit.* éd. 2009, p. 427 et s.

1280 Pour plus de développements voir plus loin à voir à voir.

1281 **G. TEBOUL**, « La bonne foi et les procédures collectives », *op. cit.*

1282 C. com., art. L. 622-6.

créancier de déclarer sa créance et d'autre part, l'omission du débiteur d'avertir son créancier ou de l'ajouter sur la liste des créances.

534. Le défaut de déclaration. Sous l'empire de l'ancienne législation, la créance non déclarée dans le délai légal était éteinte¹²⁸³. La logique de cette disposition était immorale. Comme soulignait un auteur, le débiteur qui était engagé à payer sa dette disait à son créancier, puisque vous avez oublié de me réclamer votre créance dans le délai légal, je ne vous dois plus rien¹²⁸⁴. Depuis la loi de sauvegarde, la créance non déclarée dans le délai légal n'est plus éteinte, mais tout simplement inopposable à la procédure collective¹²⁸⁵.

535. Cette solution, contraire à l'esprit du droit commun des obligations, paraît justifiable en droit des entreprises en difficulté. D'une part, l'article 5 du règlement européen sur les procédures d'insolvabilité précise que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité ne doit pas affecter les droits réels¹²⁸⁶. La suppression de l'extinction de la créance non déclarée peut ainsi être considérée comme une disposition d'harmonisation avec le droit communautaire¹²⁸⁷. D'autre part, la sauvegarde des intérêts des créanciers pourrait justifier cette dérogation. En effet, une créance inopposable est mieux qu'une autre éteinte. Car, le créancier pouvait poursuivre son débiteur une fois que la procédure collective sera clôturée¹²⁸⁸. Selon les termes de la Cour de cassation, l'inopposabilité ne peut pas en aucun cas entraîner « *le transfert de la propriété au débiteur* »¹²⁸⁹.

Notons cependant que la nouvelle rédaction de l'article L. 622-26 du Code de commerce, issue de l'ordonnance du 18 décembre 2008 précise que les créances non

1283 L'article 53 de la loi du 25 janvier 1985, devenu l'article L. 621-46 du Code de commerce.

1284 **B. FEUGERE**, *op. cit.*

1285 C. com., art. L. 622-26.

1286 Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité.

1287 **B. SOINNE**, « *La réforme des procédures collectives : la confusion des objectifs et des procédures* », *Rev. proc. coll.*, 2004, p. 81, n° 30.

1288 **L.-C. HENRY**, « *Les modifications apportées par l'ordonnance du 18 décembre 2008 à la fixation du passif non salarial dans les procédures collectives* », *op. cit.* ; **F. DERRIDA** et al., « *La situation des créanciers forclos dans les nouvelles procédures collectives* », *LPA* 03/2006, p. 7.

1289 Cass. com., 4 janv. 2000, n° 96-19.511, D. 2000, p. 533, note **E. LE CORRE-BROLY**, *RTD com.* 2002, p. 160, obs. **A. MARTIN-SERF**; Cass. com., 26 nov. 2002, n° 01-03.980, *Bull. civ. IV*, n° 176, *RTD civ.* 2003, p. 316, obs. **Th. REVET**.

déclarées régulièrement sont inopposables au débiteur pendant l'exécution du plan, mais aussi après cette exécution lorsque les dispositions du plan ont été bien exécutées. Qualifiée par un auteur d'une prime à la réussite¹²⁹⁰, cette inopposabilité profite également aux personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie¹²⁹¹.

536. La créance-oubliée. S'agissant cependant de l'omission frauduleuse de la créance par le débiteur, le législateur a pris en compte la mauvaise foi de celui-ci pour améliorer le sort de la créance-oubliée. Le créancier dont le défaut de la déclaration serait justifié par la faute du débiteur peut demander le relevé de forclusion et déclarer sa créance à la procédure collective¹²⁹².

537. Sous l'empire de l'ancienne législation, les créanciers professionnels avaient pratiquement une obligation de s'informer sur la situation de leur débiteur¹²⁹³. L'omission de la créance n'était sanctionnée qu'à titre exceptionnel. Néanmoins, la dissimulation frauduleuse de la créance engageait la responsabilité délictuelle des dirigeants fautifs¹²⁹⁴. Ainsi, le créancier-oublié, dont la créance était éteinte, pouvait demander, en application de l'article 1382 du Code civil, le paiement de l'équivalent de cette créance éteinte. Elle peut également conduire à la reconnaissance des droits de poursuite individuelle du créancier après la clôture de la procédure de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif¹²⁹⁵.

538. La loi de sauvegarde a amélioré le sort de "la créance-oubliée". L'article R. 624-2 dispose, justement, que « *les créanciers dont la créance n'a pas été portée définitivement*

1290 **L.-C. HENRY**, « *Les modifications apportées par l'ordonnance du 18 décembre 2008 à la fixation du passif non salarial dans les procédures collectives* », *op. cit.* n° 17.

1291 Cette réforme suscite des vives discussions doctrinales : **Ph. PÉTEL**, « *Le nouveau droit des entreprises en difficulté* », JCP E 2009, 1049, n° 32.

1292 C. com., art. R. 624-2.

1293 **G. TEBOUL**, « *La bonne foi et les procédures collectives* », *op. cit.*

1294 Cass. com., 26 oct. 1999, 97-12092, JCP E 2000, n° 4, p. 128, § 9, obs. **Ph. PETEL** ; RTD com. 2001, p. 226 obs. **A. MARTIN-SERF**.

1295 Cass. com., 16 nov. 1993, n° 91-18.576, Bull. civ., IV, n° 407 ; D., 1994, p. 157, note **A. AMALVY** et **F. DERRIDA** ; Voir aussi **F. REILLE**, « *Échappatoire du créancier forclus : éclairage d'une construction prétorienne en sursis* », Bull. Joly Sociétés, 01 mars 2010 n° 3, p. 259.

sur la liste des créances, dans le délai prévu par l'article L. 624-1, peuvent demander à être relevés de la forclusion prévue par le troisième alinéa de l'article L. 622-24 selon les modalités prévues par l'article L. 622-26»¹²⁹⁶.

En somme, soucieux de la moralisation des procédures collectives, la loi de sauvegarde a amélioré considérablement le sort des créanciers¹²⁹⁷. La créance non déclarée n'est plus éteinte, mais tout simplement inopposable à la procédure collective et la fraude du débiteur est sévèrement sanctionnée¹²⁹⁸.

2) LA MORALISATION DU SORT DE L'ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ

539. Force obligatoire du plan voté par les créanciers. La dernière illustration que nous voudrions mettre en évidence à propos de la moralisation des procédures collectives par la transparence de l'information est celle relative à la force obligatoire du plan voté et la qualité de l'auteur de l'offre de reprise.

En effet, le projet de plan est établi par le chef d'entreprise avec le concours de l'administrateur judiciaire et négocié par les créanciers au sein des comités des créanciers ou à titre individuel¹²⁹⁹. Au cours de leur négociation avec le débiteur, les créanciers peuvent discuter de toutes les propositions relatives aux délais de paiement et aux remises de dettes¹³⁰⁰. Suite à cette négociation, le plan est voté par le comité des principaux fournisseurs, le comité des établissements de crédit et l'assemblée générale des obligataires¹³⁰¹. Il est enfin arrêté par le tribunal¹³⁰². Mais, cette dernière étape judiciaire ne devrait pas mettre en cause la force obligatoire de l'accord des parties¹³⁰³. En effet, le

1296 Pour plus de développement voir **D. GIBIRILA**, « *Le relevé de forclusion du créancier en cas d'omission volontaire du débiteur* », *op. cit.*

1297 **G. TEBOUL**, *op. cit.*

1298 Rappelons quand même que la dissimulation du passif pourrait être sanctionnée par l'interdiction de gérer prévue par l'article L. 653-8 du Code de commerce.

1299 **P.-M. LE CORRE**, *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.* 7^{ème} éd. n° 492.21.

1300 **F. PÉROCHON**, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 418.

1301 C. com., art. L. 626-29 et s. et R. 626-52 et s.

1302 C. com., art. L. 626-31; pour plus d'amples, voir **Ch. LÉGUEVAQUES**, *op. cit.*

1303 C. civ. art. 1134.

tribunal doit respecter les engagements pris par les parties et arrêter le plan tel qu'il a été voté par les créanciers¹³⁰⁴. En vertu de l'article L. 626-10 du Code de commerce, il est interdit d'imposer aux créanciers des charges supplémentaires, autres que les engagements votés et inscrits dans le plan.

Par conséquent, l'article L. 642-7 du Code de commerce qui donne au tribunal la possibilité de déterminer les contrats de crédit-bail, de location ou de fourniture de biens ou services nécessaires au maintien de l'activité n'est pas applicable notamment dans le plan de sauvegarde voté par les créanciers¹³⁰⁵.

540. La qualité de tiers. La moralisation du sort de l'entreprise en difficulté pourrait également être déduite des exigences relatives à la qualité de tiers, seul autorisé à déposer une offre de reprise. En effet, les lois du 10 juin 1994 et du 26 juillet 2005 ont établi une liste de personnes qui ne peuvent pas, directement ou par personne interposée, déposer des offres de reprise. Il s'agit de limiter, par la négation établie par l'article L. 642-3 du Code de commerce, la notion de tiers par rapport au débiteur. En vertu de ce dernier texte « *ni le débiteur, au titre de l'un quelconque de ses patrimoines, ni les dirigeants de droit ou de fait de la personne morale en liquidation judiciaire, ni les parents ou alliés jusqu'au deuxième degré inclusivement de ces dirigeants ou du débiteur personne physique, ni les personnes ayant ou ayant eu la qualité de contrôleur au cours de la procédure ne sont admis, directement ou par personne interposée, à présenter une offre* ».

541. Cette interdiction concerne l'acquisition directement ou indirectement, dans le délai de cinq ans à compter de la cession, tout ou partie des biens compris dans la cession, 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 au capital de la société¹³⁰⁶.

1304 **B. THULLIER**, « *Cession judiciaire des contrats et loi de sauvegarde des entreprises: moins d pouvoirs pour le juge* », D., 2006, p. 130.

1305 **F.-X. LUCAS** et **H. LÉCUYER**, *op. cit.*

1306 **B. FEUGERE**, *op. cit.*

Notons cependant que la simple communauté d'intérêt ne permet pas toute seule d'établir l'interposition des personnes¹³⁰⁷. La Cour d'appel de Paris l'avait confirmé à propos de l'existence des participations croisées entre la société débitrice et celle qui a présenté l'offre de reprise¹³⁰⁸.

542. L'objectif est ainsi de neutraliser les abus et les fraudes en matière de reprise des entreprises en difficulté. À ce titre, l'article R. 642-1 du Code de commerce dispose que l'auteur de l'offre doit attester « *qu'il ne tombe pas sous le coup des incapacités prévues au premier alinéa de l'article L. 642-3* ». En outre, pour s'assurer de sa qualité, le tribunal peut s'appuyer sur les comptes annuels de trois dernières années ainsi que sur toutes les autres pièces qui doivent être jointes à l'offre de reprise. Il peut également s'appuyer sur les renseignements récoltés par l'administrateur et le liquidateur judiciaire¹³⁰⁹.

543. Propos conclusifs. Pour conclure, il convient de souligner que la moralisation des offres de reprise est assurée notamment par la communication du contenu de l'offre au débiteur, au représentant des salariés, aux contrôleurs, au juge-commissaire, au procureur de la république et le cas échéant à l'autorité professionnelle compétente¹³¹⁰. Ainsi, le législateur a pris en compte les voix qui se soulevaient contre l'immoralité de la cession des entreprises en difficulté et l'insécurité juridique de la confidentialité des offres de reprise¹³¹¹.

§2) LE RENFORCEMENT DE LA SÉCURITÉ JURIDIQUE

544. La notion de sécurité juridique. Malgré que le droit des entreprises en difficulté ne fasse pas référence directe à la notion de sécurité juridique, la majorité de ses dispositions en sont inspirées. D'une part, les règles du droit commun inspirées de cette

1307 **D. GIBIRILA**, Droit des entreprises en difficulté, *op. cit.* éd. 2009, p. 573.

1308 CA Paris, 4 juin 1996, Rev soc. 1996 p. 851, obs. **Y. GUYON**.

1309 **J.-J. FRAIMOUT**, *op. cit.*

1310 C. com., art. L. 642-5 et R. 642-4.

1311 **Y. GUYON**, « *La transparence dans les procédures collectives* », *op. cit.* n° 1.

notion, telle que la non-rétroactivité de la loi¹³¹², les règles de l'applicabilité du droit dans le temps¹³¹³, l'effet obligatoire des conventions entre les parties¹³¹⁴, les délais de recours¹³¹⁵ et la force de la chose jugée¹³¹⁶, trouvent leur pleine application en droit des entreprises en difficulté. D'autre part, les particularités de cette matière en ce qui concerne le report de la date de cessation des paiements¹³¹⁷, la nullité de la période suspecte¹³¹⁸, l'extension de la procédure collective¹³¹⁹ et l'inopposabilité de la créance non déclarée ou des biens non revendiqués sont inspirées directement de cette notion¹³²⁰.

545. En effet, le besoin de transparence de l'information en matière de procédures collectives est incontestable. Qu'elle soit au profit des salariés, des créanciers, des partenaires ou du débiteur lui-même, la transparence de l'information est nécessaire pour se protéger contre la discipline collective¹³²¹. Elle est nécessaire pour la sécurité juridique des créanciers et des fournisseurs de l'entreprise en difficulté contre le risque de faillite en cascade, pour la sécurité juridique de l'entreprise en difficulté contre le risque de diminution de son actif et pour la sécurité juridique de toutes les parties concernées par la force de chose jugée des décisions du tribunal et du juge-commissaire¹³²². Les créanciers ont le droit d'être informés, le droit de se défendre, le droit de faire reconnaître leurs droits

1312 **P. ANCEL**, « *La rétroactivité et la sécurité des tiers* », RDC, 01 janvier 2008 n° 1, p. 35.

1313 **O. STAES**, « *Application dans le temps de la loi de sauvegarde à une procédure-sanction à l'encontre du dirigeant* », Bull. Joly Sociétés, 01 septembre 2007 n° 9, p. 946.

1314 C. civ. art. 1134.

1315 Cf. **P.-M. LE CORRE**, « *Principaux délais intéressant les créanciers* », *op. cit.*

1316 **M.-A. FRISON-ROCHE**, « *Autorité de chose jugée et voies de recours dans les procédures collectives* », LPA 28 octobre 1998 n° 129, p. 16.

1317 **F. PÉROCHON**, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 115 et s.

1318 **P.-M. LE CORRE**, *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.* 7^{ème} éd. n° 821.11 et s.

1319 **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.* 8^{ème} éd. p. 256 et s.

1320 **F. DERRIDA** et al., « *La situation des créanciers forclos dans les nouvelles procédures collectives* », LPA 22 mars 2006, p. 7.

1321 **A. RIZZI**, *op. cit.*

1322 Cf. **Ph. ROUSSEL GALLE**, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.* p. 916 et s.

à la procédure collective et le droit d'exercer les recours contre les décisions du tribunal et du juge-commissaire¹³²³.

Pour garantir l'accessibilité et la fiabilité de cette information (B), le législateur a confié la mission de sa gestion et de son contrôle aux personnes qualifiées (A).

A) LE CONTRÔLE ET LA GESTION DE L'INFORMATION

546. Le législateur a confié la gestion et le contrôle des informations destinées au public aux opérateurs publics et privés qualifiés. Il s'agit des greffiers des tribunaux, de l'Institut National de la Propriété Industrielle, des journaux officiels et des opérateurs privés habilités à recevoir des annonces légales. La mission de chaque institution dépend habituellement de la modalité de la divulgation de l'information. Mais, en droit des entreprises en difficulté, les informations sont en général publiées au greffe du tribunal, pôle du dépôt des informations quérables (1) et insérées en même temps aux journaux d'annonces légales, moyen traditionnel de porter à la connaissance (2).

1) LE CONTRÔLE ET LA GESTION DES INFORMATIONS QUÉRABLES

547. Banques de données. Le contrôle, la diffusion et la gestion des informations quérables sont assurés par les greffiers des tribunaux de commerce ou de grande instance dans le ressort de leurs tribunaux. Mais, la centralisation de ces informations sur le plan national est confiée à l'Institut National de la Propriété Industrielle.

Au fur et à mesure du dépôt des informations par les acteurs de l'activité économique, des banques de données se constituent aux greffes des tribunaux¹³²⁴. Ces banques de données sont classées par registres et fichiers couvrant la vie de l'entreprise de sa naissance

1323 **J.-L. VALLENS**, *op. cit.*

1324 **M.-Ch. GLOTIN**, « *Publicité au cours de la vie sociale* », J.-Cl. Sociétés Formulaire, Fasc. C-130 ; **Ch. BRAVARD**, « *Les greffiers des tribunaux de commerce au centre du dispositif légal des sûretés mobilières* », Rev. proc. coll. n° 6, nov. 2009, dossier 19.

jusqu'à sa dissolution¹³²⁵. Il s'agit du registre du commerce et des sociétés, du répertoire des métiers et d'autres registres spéciaux¹³²⁶.

548. Registre du commerce et des sociétés. Le registre du commerce et des sociétés pourrait être défini comme le répertoire officiel des acteurs de l'activité commerciale¹³²⁷. L'inscription à ce registre est obligatoire pour les commerçants et les sociétés. Il s'agit notamment des personnes physiques ayant la qualité de commerçant, des sociétés commerciales, des personnes morales de droit privé et des établissements publics à caractère industriel ou commercial¹³²⁸.

Le registre du commerce et des sociétés comprend un fichier alphabétique de toutes les personnes immatriculées, des dossiers individuels et un dossier où figure toute une série des informations par entreprise¹³²⁹. Il s'agit de l'identité de l'entreprise, de son siège social, de son statut, des actes de nomination des dirigeants, des comptes sociaux, des rapports du commissaire aux comptes, de l'homologation de l'accord amiable et de toutes les étapes de la procédure collective¹³³⁰. Toute personne intéressée a le droit d'obtenir, à ses frais, soit la copie intégrale des inscriptions, soit un extrait de l'état actuel d'immatriculation¹³³¹.

549. Le répertoire des métiers. Quant au répertoire des métiers, il est réservé aux personnes physiques et morales n'employant pas plus de dix salariés et qui exercent une activité professionnelle indépendante relevant du secteur de l'artisanat¹³³². Les professionnels libéraux relèvent de ce répertoire¹³³³.

Il convient par ailleurs de préciser que l'organisation au niveau national du registre du commerce et des sociétés et du répertoire des métiers est confiée à l'Institut National de la

1325 **A. SAYAG** et al. *op. cit.*

1326 **F. TERRÉ**, *op. cit.*

1327 **D. HOUTCIEFF**, Droit commercial, D, 3^{ème} éd. 2011, p. 114.

1328 C. com., art. L. 123-1.

1329 **M.-Ch. GLOTIN**, *op. cit.*

1330 C. com., art. R. 123-37 et s.

1331 **J. MESTRE** et al. Droit commercial, *op. cit.* p. 252.

1332 **D. LEGAIS**, *op. cit.* p. 54.

1333 **D. HOUTCIEFF**, *op. cit.* 3^{ème} éd. p. 130.

Propriété Industrielle¹³³⁴. Celui-ci est alimenté par les greffiers des tribunaux qui lui transmettent les doubles originaux de tous les documents et pièces déposés aux greffes¹³³⁵. Son rôle est de centraliser les informations, de permettre la surveillance de la tenue des registres locaux et de donner aux administrations et organismes intéressés tous les renseignements nécessaires¹³³⁶.

550. Les registres spéciaux. Les informations contenues dans le registre du commerce et des sociétés et le répertoire des métiers sont renforcées par d'autres registres spéciaux qui assurent une information plus précise sur la situation patrimoniale de chaque entreprise¹³³⁷. Il s'agit des registres des privilèges et des sûretés et de l'état nominatif des protêts de défaut de paiement.

L'importance du registre des sûretés et des privilèges réside dans son rôle préventif. À ce titre, les organismes de sécurité sociale et le Trésor public sont soumis à l'obligation de publier leurs dettes impayées¹³³⁸. À défaut de quoi, ils perdent leur privilège en cas d'ouverture d'une procédure collective¹³³⁹. Cette mesure est justifiée par le fait que lorsqu'une entreprise trouve des difficultés à faire face à ses engagements, ces dettes sont en général les premières à ne pas être payées à leurs échéances¹³⁴⁰.

551. Quant à l'état nominatif des protêts de défaut de paiement, il pourrait être défini comme « *un acte extrajudiciaire dressé par un huissier ou par un notaire pour constater la présentation d'un effet de commerce au débiteur et le refus de celui-ci de l'accepter ou de le payer* »¹³⁴¹. La publicité des protêts du défaut de paiement est organisée par le greffe du

1334 D. LEGEAIS, *op. cit.* p. 31.

1335 D. HOUTCIEFF, *op. cit.* p. 114.

1336 Cf. G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.* 18^{ème} éd. p. 227 et s.

1337 J.-M. BAHANS, *op. cit.*

1338 Voir les articles 1929 quater du Code général des impôts, L. 243-5 et R. 243-46 à R. 243-58 du Code de la sécurité sociale.

1339 D. VIDAL, *Droit des procédures collectives*, GUALINO, 2^{ème} éd. p. 64.

1340 G.-A. PELLIER, « *Le privilège de la publicité des créances fiscales* », LPA 03 mars 2001 n° 62, p. 25.

1341 J. ISSA-SAYEGH, « *Définition et établissement du protêt* », J.-Cl. commercial, Fasc. 450, n° 1.

tribunal de commerce qui est chargé de tenir, par ordre alphabétique, un état nominatif des protêts pour chaque débiteur¹³⁴².

552. En somme pour garantir la fiabilité de l'information quérable, le législateur a confié son contrôle et sa gestion aux greffiers des tribunaux de commerce ou de grande instance dans le ressort de leurs tribunaux. Mais, la centralisation de ces informations sur le plan national est assurée par l'Institut National de la Propriété Industrielle.

2) LE CONTRÔLE ET LA GESTION DES INFORMATIONS PORTABLES

553. Information portable publique ou individuelle. Les informations portables sont toutes les informations qui doivent être portées à la connaissance de leurs bénéficiaires¹³⁴³. Leur gestion est confiée, en fonction de leur nature, aux Journaux Officiels, aux opérateurs privés habilités à recevoir des annonces légales et à la bonne volonté des auteurs de l'information.

554. S'agissant des journaux officiels, ils sont chargés de l'édition du bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC). Ce bulletin a été créé par le décret n° 67-238 du 23 mars 1967 pour assurer la transparence de l'activité économique et financière. L'article R. 123-209 du Code de commerce énonce qu'il « *est institué un bulletin annexe au Journal officiel de la République française sous le titre de Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales* ». Il assure notamment la mise à jour du registre du commerce et des sociétés et la diffusion des actes qui y sont enregistrés¹³⁴⁴.

555. La mission des journaux officiels est complétée par celle des opérateurs privés, éditeurs des journaux habilités à recevoir des annonces légales¹³⁴⁵. Ceux-ci sont

1342 *Ibid.*

1343 **F. TERRÉ**, *op. cit.*

1344 **J. MESTRE** et al. Droit commercial, *op. cit.* p. 253.

1345 **A. REYGROBELLET** et al. *op. cit.*

responsables du contenu et de la fiabilité des sources des informations qui portent à la connaissance du public¹³⁴⁶.

556. Quant à la gestion des informations portables destinées à des personnes précises, elle pourrait être laissée à la bonne volonté des auteurs de l'information. En effet, à titre d'exemple, le commissaire aux comptes est responsable de la fiabilité des informations qu'il doit communiquer au cours de son alerte¹³⁴⁷. Le débiteur et l'administrateur judiciaire sont responsables du contrôle des informations qu'ils doivent établir au cours de la procédure collective¹³⁴⁸. Le mandataire judiciaire, le commissaire à l'exécution du plan et le liquidateur sont responsables de la fiabilité des informations qu'ils doivent porter à la connaissance du tribunal, du débiteur, des représentants des salariés et des créanciers¹³⁴⁹.

En somme, pour ce genre d'information dont les destinataires sont connus, l'auteur de l'information est responsable, non seulement de son établissement, mais aussi de son contrôle, de sa fiabilité et de son expédition vers le destinataire.

B) LA FIABILITÉ DE L'INFORMATION

L'information fiable est celle qui respecte l'ensemble des normes législatives et réglementaires et prend en compte les besoins et la qualité de son destinataire¹³⁵⁰. Traditionnellement, la fiabilité de l'information est traitée dans les obligations comptables et financières des commerçants (1). Mais, la diversité et la complexité des affaires et la nécessité de leur transparence ont conduit à l'identification de certaines qualités communes à toutes les informations (2).

1346 **F. TERRÉ**, *op. cit.*

1347 **H. HOVASSE**, « *Responsabilité du commissaire aux comptes* », *Droit des sociétés* n° 12, Décembre 2004, comm. 218; **Ch. FREYRIA**, « *Le commissariat aux comptes : Mission d'intérêt public ?* », *CJP E*, n° 1, 4 Janvier 1996, 516.

1348 **P.-M. LE CORRE**, « *Les nouvelles règles de fixation du passif du débiteur* », *op. cit.* ; **I. PERRUCHOT**, *op. cit.*

1349 **J.-J. FRAIMOUT**, *op. cit.*

1350 **J. MESTRE**, *Droit commercial*, 24^{ème} éd., LGDJ, p. 144.

1) LA FIABILITÉ DE L'INFORMATION COMPTABLE ET FINANCIÈRE

557. Les caractéristiques de l'information. Compte tenu des dispositions de l'article L. 123-14 du Code de commerce, l'information comptable et financière doit être régulière, sincère et de nature à donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise. Ce texte a été conçu sur mesure pour les informations comptables et financières¹³⁵¹. Mais, la portée de ces qualités pourrait être étendue, sous réserve de leur compatibilité, à toutes les informations commerciales, sociales et environnementales.

558. La régularité de l'information. S'agissant de la régularité, elle pourrait être analysée comme la conformité aux règles et procédures en vigueur¹³⁵². La régularité de l'information signifie, de ce point de vue, le respect de l'ensemble des normes législatives et réglementaires. Il s'agit du respect de toutes les normes relatives aux modalités d'élaboration de l'information, mais aussi des exigences particulières relatives à l'objectif de l'information et à la qualité de son destinataire¹³⁵³.

559. La sincérité de l'information. Ensuite, l'information doit être sincère. Cette sincérité est ainsi une exigence complémentaire du caractère régulier de l'information. Pour cela, elle doit remplir deux conditions. La première est relative à l'application de bonne foi des règles et procédures d'établissement des informations comptables et financières. Quant à la seconde, elle veut que l'application des normes soit faite en fonction de la connaissance que les responsables ont de la réalité et de l'importance relative des événements enregistrés¹³⁵⁴. L'article 120-2 du Plan comptable général dispose que « *la comptabilité est conforme aux règles et procédures en vigueur qui sont appliquées avec sincérité afin de traduire la connaissance que les responsables de l'établissement des comptes ont de la réalité et de l'importance relative des événements enregistrés* ».

1351 J.-L. MEDUS, *op. cit.*

1352 Cf. Sociétés commerciales, FRANCIS LEFEBVRE 2008 P.1219.

1353 J. MESTRE, Droit commercial, *op. cit.* p. 144.

1354 A. MIKOL, *op.cit.*

En effet, toutes les règles applicables à l'élaboration de l'information doivent être mises en œuvre d'une manière à donner « *une image aussi objective que possible, ne comportant ni déformation intentionnelle, ni manipulation, ni omission de faits significatifs* »¹³⁵⁵.

560. Il en résulte que l'information sincère doit expliquer, non seulement ce qui va bien, mais aussi ce qui va mal¹³⁵⁶. Autrement dit, l'information sincère est celle qui donne une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise. Mais, cette qualité ne doit pas être confondue avec la situation patrimoniale du bilan et de résultat. La sincérité est une qualité qui s'ajoute « *à l'information patrimoniale pour donner un éclairage complémentaire sur la santé financière de l'entreprise* »¹³⁵⁷.

561. La fidélité de l'information. En outre, l'objectif de la régularité et de la sincérité est la fidélité de l'information. La notion d'image fidèle de l'entreprise est empruntée au concept anglo-saxon¹³⁵⁸. Elle correspond à l'obligation de l'auteur de l'information comptable et financière de chercher si, après application de bonne foi des règles comptables, les solutions qu'il a adoptées sont bien celles qui donnent une vue correcte de l'entreprise¹³⁵⁹. C'est au service de l'image fidèle de l'entreprise que tous les principes et règles comptables sont dédiés¹³⁶⁰. C'est cette qualité qui justifierait que l'on déroge ou pas à l'application stricte des prescriptions comptables¹³⁶¹.

A ce propos, l'article L. 123-14 al. 2 du Code de commerce dispose que lorsque l'application d'une prescription comptable se révèle impropre à donner une image fidèle, l'auteur de l'information comptable et financière doit y déroger et mentionner cette dérogation à l'annexe.

1355 M. PETOT-FONTAINE, *op. cit.* n° 23.

1356 G. DOLIDON, Les manipulations de marché, *op. cit.* p. 62.

1357 D. VIDAL, « *Prévention des difficultés des entreprises* », *op. cit.* n° 5.

1358 La quatrième directive européenne adoptée par le conseil des communautés européennes le 25 juillet 1978.

1359 Cf. S. LOYRETTE, le contentieux des abus de marché, *op. cit.* p. 1992.

1360 Cf. M. PETOT-FONTAINE, *op. cit.*

1361 J.-L. MEDUS, *op. cit.*

562. Dans la droite ligne de cette analyse, la Cour d'appel de Paris avait confirmé dans un arrêt du principe que le dirigeant qui n'est pas en mesure de présenter des comptes annuels donnant une image fidèle de son entreprise, dans le délai légal, peut demander en justice le report de l'assemblée générale ordinaire annuelle¹³⁶². En l'espèce, une société dont l'hypothèse de la continuité de l'exploitation était compromise, à cause du retrait des actionnaires majoritaires, a déposé des comptes annuels, alors qu'un plan de restructuration était nécessaire. Le commissaire aux comptes n'était pas en mesure de certifier ces comptes établis dans la perspective de la continuité de l'exploitation et qui ne donnaient pas une image fidèle de la situation financière et économique de la société.

En effet, une nouvelle présentation était nécessaire pour que les comptes donnent une image fidèle de l'entreprise. Pour ce faire, le dirigeant doit exposer la situation de l'entreprise dans sa demande au président du tribunal de commerce avant l'expiration du délai légal pour obtenir une ordonnance de prolongation¹³⁶³.

563. La qualité du destinataire de l'information. Il convient cependant de relativiser l'objectivité des critères de la fiabilité de l'information. Car, elle dépend également de la qualité de destinataire de l'information et de la nature de la base sur laquelle l'information a été établie. La question est ainsi de savoir par rapport à quoi et aux yeux de qui la fiabilité de l'information serait-elle appréciée ?

Il a été jugé dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris que le rôle essentiel de la présentation des comptes réside dans l'information des tiers¹³⁶⁴. Dans la droite ligne de cette position, les dispositions générales de l'IFRS désignent les investisseurs comme

1362 C.A. Paris, 2 août 2001, Bull. Joly. décembre 2001, §275, p. 1269 ; RJDA 6/2002, n° 647 ; Rev. Sociétés 2001, p. 880, obs. Y. GUYON.

1363 La Cour d'appel de Rouen déduisait de la notion de l'image fidèle de l'entreprise quelques éléments fondamentaux dans la détermination de la mission du commissaire aux comptes. Elle considère que si celui-ci n'est tenu qu'à une obligation de moyen, il doit, quand même, mettre en œuvre les diligences lui permettant d'obtenir l'assurance raisonnable que les comptes annuels ne comportent pas d'erreurs significatives (CA Rouen 29/09/2004 N° 01-1553 RJDA 4/05 N° 404).

1364 Jurisprudence citée par A. LECOURT, « La présentation des comptes sociaux par l'ancien gérant », Bull. Joly Sociétés, 01 octobre 2008 n° 10, p. 786.

destinataires principaux des états financiers¹³⁶⁵. Certains auteurs ont même pu suggérer que l'information comptable et financière soit au service « *de la comptabilité de gestion, ou du développement durable* »¹³⁶⁶.

Certes, les comptes annuels sont destinés principalement aux tiers, les états financiers des sociétés cotées concernent plutôt les investisseurs. Mais, qu'en est-il lorsque l'information est destinée à d'autres personnes ?

En raison de la multiplicité des destinataires de l'information, sa fiabilité doit être appréciée par rapport à la qualité de son destinataire et la nature de la base sur laquelle elle a été élaborée.

564. Le référentiel de l'information. En outre, l'information comptable et financière est établie sur la base d'un référentiel donné. Mais, la multiplicité des référentiels et les options comptables au sein du même référentiel peuvent poser un problème sérieux dans la mesure où la même opération économique peut être comptabilisée de plusieurs manières. L'affaire de *Daimler Benz* en est le bon exemple¹³⁶⁷. En l'occurrence, les comptes sociaux présentés en 1993, présentaient, en même temps, un bénéfice d'environ 300 millions d'euros, selon le référentiel comptable allemand et une perte d'environ 900 millions d'euros, selon le référentiel comptable américain¹³⁶⁸.

En somme, la fiabilité de l'information doit être appréciée par rapport à la nature de l'information elle-même, mais aussi par rapport à la qualité de son destinataire qui pourrait être un associé, un salarié ou un créancier. La diversité des intérêts de ceux-ci est significative, notamment en droit des entreprises en difficulté, d'où l'importance d'analyser les critères de la fiabilité de l'information propres à cette matière.

1365 International Financial Reporting Standards ou IFRS sont les normes internationales d'information financière, élaborées par International Accounting Standards Board, voir <http://www.ifrs.org/Pages/default.aspx>.

1366 A. MIKOL, op.cit.

1367 O. DUFOUR, «*Normalisation comptable : un modèle pour les juristes ?*», LPA 25 nov. 1998 n° 141, p. 9.

1368 A. MIKOL, op. cit.

2) LA FIABILITÉ DE L'INFORMATION EN DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

565. Le caractère complet et significatif de l'information. S'ajoutent à ces qualités propres aux informations comptables et financières d'autres qualités dont l'importance est particulière en droit des entreprises en difficulté. En effet, pour être fiable et de nature à assurer la sécurité juridique des parties concernées, l'information doit être complète et significative. Car, certaines omissions simples peuvent être considérées comme des fausses informations¹³⁶⁹. Pour reprendre les propos d'un auteur, l'information doit être de nature à guider son destinataire et le conduire à bien « *évaluer les événements passés, présents ou futurs, ou à confirmer ou corriger leurs évaluations passées* »¹³⁷⁰.

566. En droit des entreprises en difficulté, cette exigence doit être nuancée, compte tenu des circonstances particulières du destinataire de l'information et de l'entreprise en difficulté. En effet, la prise en compte de la réalité économique de l'entreprise en difficulté pourrait conduire parfois à la dissimulation légale de certaines informations en raison de leur indifférence ou de leur dangerosité à l'activité de l'entreprise¹³⁷¹. Il s'agit des renseignements qui ne représentent aucun intérêt pour les partenaires de l'entreprise en difficulté et qui pourraient être exploités déloyalement par les concurrents¹³⁷². Le caractère pragmatique de cette matière favorise le silence des dirigeants sur leurs difficultés passagères¹³⁷³. Malgré les incitations et l'encouragement des dernières réformes des procédures collectives, les dirigeants ont tendance à passer les petits problèmes de gestion qu'ils rencontrent sous silence¹³⁷⁴. Ils veulent protéger leur crédibilité, notamment lorsqu'ils estiment que l'information n'est pas nécessaire pour le sauvetage de l'entreprise en difficulté¹³⁷⁵.

1369 Y. GUYON, Droit des affaires T.1, *op. cit.* 12^{ème} éd. p. 441

1370 J.-B. MATTRET, *op. cit.* n° 38.

1371 G. TEBOUL, « *Le devoir de loyauté dans la prévention des difficultés des entreprises* », *op. cit.*

1372 Y. GUYON, *op. cit.* p. 441.

1373 Voir *supra* n° 413 et s.

1374 Y. GUYON, « *La transparence dans les procédures collectives* », *op. cit.*

1375 C. SAINT-ALARY-HOUIN, Droit des entreprises en difficulté, *op. cit.*

567. La clarté de l'information. En outre, pour être fiable l'information doit être simple et utilisable¹³⁷⁶. Au cours d'une procédure collective, l'information pourrait être destinée au débiteur lui-même, à ses cocontractants, à ses fournisseurs, à ses créanciers, à ses salariés, aux organes de la procédure collective, au tribunal ou au public. Son auteur doit en effet prendre en compte la qualité de son destinataire. Certes, les professionnels qualifiés, tels que les organes de la procédure collective, peuvent décrypter le contenu de n'importe quelle information¹³⁷⁷. Mais, le simple salarié ou le simple créancier a besoin d'une information claire, lisible et sans équivoque. À défaut de quoi, l'information ne peut pas être considérée comme transparente à son égard¹³⁷⁸.

568. La rapidité de l'information. Enfin, l'information doit être rapide pour qu'elle atteigne son objectif. Si l'information ne correspond plus à la réalité économique de l'entreprise, elle perdrait sa raison d'être¹³⁷⁹. Pour ce faire, des délais précis sont accordés pour l'élaboration de l'information¹³⁸⁰. À titre d'exemple, les comptes annuels doivent être établis dans les quatre mois qui suivent la clôture de l'exercice social¹³⁸¹, le dépôt du bilan doit être effectué dans les quarante-cinq jours de la cessation des paiements¹³⁸², le jugement d'ouverture doit être déposé au greffe du tribunal et inséré au BODACC dans un délai de quinze jours de sa date¹³⁸³, la liste des créanciers et l'inventaire des biens doivent être réalisés dans les huit jours de l'ouverture de la procédure collective¹³⁸⁴, les créanciers connus doivent être avertis dans le délai de quinze jours¹³⁸⁵, les créances doivent être

1376 J. MESTRE, Droit commercial, *op. cit.* p. 144.

1377 Y. GUYON, *op. cit.*

1378 G. TEBOUL, « Le devoir de loyauté dans la prévention des difficultés des entreprises », *op. cit.*

1379 Y. GUYON, *op. cit.*

1380 Cf. P.-M. LE CORRE, « Principaux délais intéressant les créanciers », *op. cit.*

1381 Cf. M. COZIAN et al. *op. cit.* p. 765.

1382 Cf. P.-M. LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, *op. cit.* 7^{ème} éd. n ° 231.21 et s.

1383 C. com., art. R. 621-8.

1384 C. com., art. L. 622-6, R. 622-4- et s.

1385 C. com., art. L. 622-24 et R. 622-21.

déclarées dans le délai de deux mois¹³⁸⁶ et les biens inclus dans le patrimoine de l'entreprise doivent être revendiqués dans le délai de trois mois¹³⁸⁷.

569. Propos conclusifs. Sans prétendre donner une liste exhaustive des caractéristiques de l'information fiable, nous préciserons que la garantie principale est la qualité des opérateurs publics et privés investis de la gestion et du contrôle de celle-ci. En exigeant la fiabilité et l'accessibilité de l'information en droit des entreprises en difficulté, le législateur a voulu garantir l'équité de la procédure et la sécurité juridique des acteurs de l'activité économique¹³⁸⁸. Pour ce faire, l'information doit être accessible « *dans des conditions d'égalité et de coût raisonnables tant pour l'émetteur de l'information que pour les tiers intéressés par celle-ci* »¹³⁸⁹.

1386 C. com., art. L. 622-24 et R. 622-24.

1387 C. com., art. L. 624-9.

1388 **F. TERRÉ**, *op. cit.*

1389 **A. REYGROBELLET** et al. *op. cit.*

SECTION 2: LES MÉCANISMES DE TRANSPARENCE DE L'INFORMATION

570. La mise en garde contre le commerçant failli. Du crieur public au port du bonnet vert, le droit de la faillite a toujours mis en garde les acteurs de l'activité commerciale contre les commerçants faillis et malhonnêtes¹³⁹⁰. Grâce aux évolutions successives des procédures collectives, accusées autrefois d'être l'affaire des « *copains et des coquins* »¹³⁹¹, le droit des entreprises en difficulté a multiplié les modalités d'information et amélioré la transparence des procédures collectives¹³⁹². En effet, la théorie générale de la publicité légale, de l'information légale, de la publicité des débats et de l'équité du procès sont des sources inépuisables de transparence de l'information¹³⁹³.

Cette richesse des sources a un impact notable sur la diversité des mécanismes (Paragraphe 1) et des sanctions de la transparence de l'information en droit des entreprises en difficulté (Paragraphe 2).

1390 **A. SAYAG** et al. *op. cit.* p. 11 et s.

1391 **Y. GUYON**, « *La transparence dans les procédures collectives* », *op. cit.* n° 1.

1392 **G. TEBOUL**, « *La bonne foi et les procédures collectives* », *op. cit.* ; **H. BOURBOULOUX**, *op. cit.*

1393 **Ph. ROUSSEL GALLE**, *Entreprises en difficulté*, LexisNexis, éd. 2012, p. 439. Il convient cependant de préciser à propos de la publicité des débats que le principe devant le tribunal de commerce et le tribunal de grande instance est celui du huit clos en raison notamment de l'honorabilité et la crédibilité du débiteur. Les débats ont lieu en chambre du conseil, mais la publicité est de droit lorsque le débiteur ou les organes de la procédure collective en font la demande: **O. STAES**, note sous Cass. com., 8 mars 2011, n° 09-71764, Bull. Joly Entreprises en Difficulté, 01 juillet 2011 n° 3, P. 200..

§1) LA DIVERSITÉ DES MÉCANISMES DE TRANSPARENCE DE L'INFORMATION

571. Les sources des mécanismes de transparence. Les mécanismes de transparence de l'information en droit des entreprises en difficulté sont assez nombreux. Il peut s'agir d'une publicité légale, d'une information légale, d'un avertissement, d'une consultation ou d'une audition en chambre du conseil¹³⁹⁴. Mais la diversité a son prix : le défaut d'une théorie générale. Empruntés au droit civil, au droit commercial, au droit des sûretés, à la procédure civile et au droit de travail, ces mécanismes de transparence n'ont pas la même portée. Ils dépendent des objectifs et de la nature de l'information elle-même. Nous essayerons d'appréhender la portée de ces mécanismes à travers les informations destinées à toute personne intéressée (A) et celles communiquées à titre individuel (B).

A) L'INFORMATION DESTINÉE À TOUTE PERSONNE INTÉRESSÉE

La transparence de l'information destinée à toute personne intéressée est assurée traditionnellement par le dépôt au greffe du tribunal (1) et/ou l'insertion dans un journal d'annonces légales (2).

1) LE DÉPÔT AU GREFFE DU TRIBUNAL

572. L'obligation de dépôt au greffe. Le dépôt au greffe du tribunal de commerce ou de grande instance est la technique de transparence la plus efficace et la plus fiable. L'efficacité de cette technique résulte de la qualité des personnes qui gère cette institution et de l'accessibilité de l'information déposée au greffe du tribunal à toute personne intéressée¹³⁹⁵. Il convient cependant de préciser que cette modalité de transparence n'est pas propre au droit des entreprises en difficulté. Elle se développait notamment en droit commercial et en droit des sociétés¹³⁹⁶. Mais son rôle en droit des entreprises en difficulté

1394 **A. REYGROBELLET** et al. *op. cit.*

1395 **F. TERRÉ**, *op. cit.*

1396 **A. SAYAG** et al. *op. cit.*

est primordial¹³⁹⁷. Car, au greffe du tribunal sont tracées toutes les étapes de la procédure collective¹³⁹⁸.

573. La publicité du jugement d'homologation. Tout d'abord, dans un accord amiable, les parties qui désirent renforcer la sécurité juridique de leurs engagements peuvent homologuer leur accord par le tribunal du commerce ou de grande instance¹³⁹⁹. Ce jugement d'homologation doit être publié au greffe du tribunal¹⁴⁰⁰. La publication permettra la sécurisation des engagements des parties et empêchera le report de la date de cessation des paiements¹⁴⁰¹. D'une part, en cas d'ouverture d'une procédure ultérieure dans les dix-huit mois qui suivent, les paiements effectués par le débiteur et qui sont de nature à appauvrir son patrimoine ne peuvent plus être mis en cause par le mandataire judiciaire¹⁴⁰². D'autre part, la publicité du jugement d'homologation mettrait en évidence l'impossibilité du report de la date de la cessation des paiements fixée par le tribunal ou réputée celle du jugement d'ouverture de la procédure collective¹⁴⁰³. Car, celle-ci a été bien vérifiée lors de l'homologation de l'accord¹⁴⁰⁴. Précisons à ce propos que la Cour de cassation a jugé récemment que la décision d'ouverture d'une procédure de conciliation n'a pas, en cas d'échec, autorité de chose jugée quant à la date de cessation des paiements¹⁴⁰⁵.

574. La publicité des jugements du tribunal. En outre, dès l'ouverture de la procédure collective, le champ de l'obligation de dépôt au greffe du tribunal s'accroît. Tous les jugements du tribunal doivent être déposés au greffe du tribunal, insérés au BODACC et notifiés à un certain nombre de personnes.

1397 **A. DIESBECQ**, *op. cit.*

1398 **Y. GUYON**, « *La transparence dans les procédures collectives* », *op. cit.*

1399 C. com., art. L. 611-8.

1400 C. com., art. L. 611-10 et R. 611-43.

1401 Il convient de préciser à ce propos que l'ordonnance du 18 décembre 2009 a accordé à l'accord constaté la majorité des effets de l'accord homologué notamment en ce qui concerne la suspension légale des poursuites pendant la durée d'exécution.

1402 **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.* 8^{ème} éd. p. 204.

1403 **F. PÉROCHON**, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 208.

1404 C. com., art. L. 611-8.

1405 Cass. com. 22 mai 2013, n° 12-18.509, *Rev. sociétés*, septembre 2013, p. 519.

À titre d'exemple, le jugement d'ouverture de la procédure collective est déposé au greffe du tribunal et inséré au BODACC dans un délai de quinze jours de sa date¹⁴⁰⁶. L'article R. 621-8 du Code de commerce dispose qu'il doit être « *mentionné avec l'indication des pouvoirs conférés à l'administrateur, lorsqu'il en a été désigné, au registre du commerce et des sociétés s'il s'agit d'un commerçant ou d'une personne morale immatriculée à ce registre* ». Il ajoute dans son deuxième alinéa qu'à « *la demande du greffier du tribunal qui a ouvert la procédure, les mêmes mentions sont portées sur le répertoire des métiers ou sur le répertoire des entreprises dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, s'il s'agit d'une entreprise artisanale* ». En revanche, quant aux autres entreprises qui ne sont pas immatriculées au registre du commerce et des sociétés ni au répertoire des métiers, « *les mentions sont portées sur un registre ouvert à cet effet au greffe du tribunal de grande instance. Dans ce cas, le greffier indique, selon le cas, le siège ou l'adresse du débiteur, les nom, prénoms et adresse du représentant légal de la personne morale débitrice ou du débiteur personne physique* »¹⁴⁰⁷.

Cette publicité constitue la première information qui donne aux partenaires de l'entreprise en difficulté une idée sur la nature de la procédure collective et les modalités d'exercice des droits¹⁴⁰⁸. De ce fait, elle doit identifier la personne physique ou morale débitrice et préciser la date de la cessation des paiements, les noms et adresses des représentants des créanciers, et le cas échéant, les coordonnées et les pouvoirs de l'administrateur judiciaire¹⁴⁰⁹.

Une publicité analogue est réservée également au jugement qui se prononce sur le sort de l'entreprise en difficulté. Avant même de statuer, le tribunal doit entendre le débiteur, l'administrateur, le mandataire judiciaire, les contrôleurs et les représentants du personnel¹⁴¹⁰.

1406 Cf. **L. ANTONINI-COCHIN** et **L.-C. HENRY**, *op. cit.* 3^{ème} éd. p. 66.

1407 C. com., art. R. 621-8.

1408 Cf. **F. PÉROCHON**, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 262 et s.

1409 C. com., art. R. 621-8.

1410 C. com., art. L. 626-9.

575. La publicité des ordonnances du juge-commissaire. La même publicité est également prévue pour les ordonnances du juge-commissaire sur les demandes, les contestations et les revendications relevant de sa compétence ainsi que sur les réclamations formulées contre les actes de l'administrateur, du mandataire judiciaire et du commissaire à l'exécution du plan¹⁴¹¹. Ces ordonnances doivent être déposées, sans délai, au greffe du tribunal et communiquées aux mandataires judiciaires et au ministère public sur sa demande¹⁴¹².

576. Parmi les ordonnances du juge-commissaire qui doivent être publiées, nous attirons l'attention sur celles relatives à la fixation des créances. Il s'agit en particulier de l'état des créances et des relevés des créances salariales¹⁴¹³. La publicité de ces documents doit être en plus mentionnée par le greffier au BODACC. C'est ainsi que toute personne intéressée peut en prendre connaissance et présenter une réclamation ou une tierce-opposition devant le juge-commissaire dans le délai d'un mois à compter de cette publication¹⁴¹⁴.

Il convient cependant de souligner la particularité des professionnels libéraux dont la publicité de l'état des créances pourrait être considérée comme contraire à leur secret professionnel¹⁴¹⁵.

577. Les rapports des organes de la procédure. Enfin, doivent également être déposés au greffe du tribunal les rapports des organes de la procédure sur la situation de l'entreprise et le déroulement de la procédure collective¹⁴¹⁶. Les rapports du commissaire à l'exécution du plan en est le bon exemple¹⁴¹⁷. Celui-ci doit établir annuellement des rapports sur les conditions de l'exécution du plan de continuation et les paiements et

1411 C. com., art. R. 621-21.

1412 F. PÉROCHON, *op. cit.* p. 243.

1413 Les articles L. 624-3-1, R. 624-8 et 625-1 du Code de commerce.

1414 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.* 8^{ème} éd. p 532.

1415 S. RETIF, « *L'extension des procédures collectives aux professions libérales* », *op. cit.*

1416 Voir les articles R. 621-20, R. 641-38, R. 641-39, R. 642-9, R. 642-11 et R. 642-18.

1417 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.* p 636.

répartitions auxquels il a procédé¹⁴¹⁸. Ces rapports sont ensuite déposés au greffe du tribunal, communiqués au ministère public et tenus à la disposition de tout créancier¹⁴¹⁹.

En somme, le dépôt au greffe du tribunal est le mécanisme de transparence le plus sûr et le plus fiable, notamment lorsqu'il est accompagné de l'obligation d'insertion au BODACC.

2) L'INSERTION AU BODACC OU DANS UN JOURNAL D'ANNONCES LÉGALES

578. L'obligation d'insertion. L'insertion aux bulletins officiels et aux autres journaux d'annonces légales ou dans un journal habilité à recevoir les annonces légales est une technique de transparence d'informations portables qui garantit la fiabilité de l'information et la rapidité de sa diffusion¹⁴²⁰. Les exemples de cette modalité de transparence en droit des entreprises en difficulté sont assez nombreux¹⁴²¹.

En effet, pour renforcer la transparence des informations relatives à l'ouverture d'une procédure collective un extrait du jugement doit être inséré dans les quinze jours de la date du jugement au BODACC et publié dans un journal d'annonces légales du lieu du siège ou de l'adresse déclarée par le débiteur et le cas échéant des établissements secondaires¹⁴²². L'extrait du jugement doit indiquer la date de celui-ci et les coordonnées de tous les mandataires judiciaires. Il invite également les créanciers à déclarer leurs créances auprès du mandataire judiciaire ou du liquidateur¹⁴²³.

1418 C. com., art. R. 626-43.

1419 Voir *supra* n° 386 et s.

1420 A. SAYAG et al. *op. cit.* p. 86.

1421 F. TERRÉ, *op. cit.*

1422 Cf. F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 262 et s.

1423 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.* 8^{ème} éd. p. 291 et s.

B) LES NOTIFICATIONS ET LES AUTRES MODES INDIVIDUELS D'INFORMATION

579. La notification. La notification est définie, en droit commun, comme la formalité par laquelle un acte judiciaire ou extrajudiciaire ou un jugement est porté à la connaissance de l'intéressé¹⁴²⁴. À la différence de la publicité légale, la notification « *informe nominativement une personne d'un fait ou d'un acte qui la concerne personnellement* »¹⁴²⁵.

Cette modalité d'information est habituelle en droit des entreprises en difficulté. En effet, compte tenu de la gravité de la situation de l'entreprise et de l'efficacité des réactions des dirigeants, l'information relative à la procédure d'alerte en cours peut être notifiée au comité d'entreprise, au président du tribunal et à l'assemblée générale¹⁴²⁶. Dès l'ouverture de la procédure collective, le domaine de la notification s'élargit. Ainsi, la majorité des actes et des décisions doivent être notifiés aux parties, aux organes de la procédure, au ministère public et aux personnes dont les droits et obligations sont affectés¹⁴²⁷. À titre d'exemple, le jugement d'ouverture lui-même doit être notifié aux mandataires judiciaires, au ministère public ainsi qu'au trésorier-payeur général¹⁴²⁸. Il en est de même quant à l'avertissement des créanciers qui doit être notifié à titre personnel à chaque créancier connu¹⁴²⁹. En application des articles L. 622-24 et R. 622-21 du Code de commerce, les créanciers titulaires d'une sûreté publiée ou liés au débiteur par un contrat publié ainsi que tous les créanciers connus doivent être avertis personnellement ou, s'il y a lieu, à domicile élu¹⁴³⁰.

580. Autres mécanismes de porter à connaissance. Par ailleurs, la transparence de l'information en droit des entreprises en difficulté peut également résulter de toute autre

1424 NCPC art. 665 et s.

1425 A. SAYAG et al. *op. cit.* p. 3.

1426 Cf. P.-M. LE CORRE, Droit et pratique des procédures collectives, *op. cit.* 7^{ème} éd. n° 122.36.

1427 H. BOURBOULOUX, *op. cit.*

1428 C. com., art. R. 621-6 et R. 621-7.

1429 Ph. ROUSSEL GALLE, « *La déclaration de créances et les sûretés réelles* », *op. cit.*

1430 C. HOUIN-BRESSAND, « *Avertissement d'avoir à déclarer* », *op. cit.*.

modalité de porter à connaissance. Il peut s'agir d'une simple communication des pièces ou d'une obligation de consultation ou d'audition. À ce titre, les obligations de consultation et d'audition du comité d'entreprise ou à défaut des délégués du personnel sont des sources inépuisables de transparence d'information¹⁴³¹. Elles peuvent porter sur le déroulement de la procédure d'alerte, sur les demandes d'ouverture des procédures collectives, sur les sacrifices des créanciers, sur les offres de reprise ainsi que sur l'exécution des plans de cession¹⁴³². Le défaut d'information pourrait être gravement sanctionné¹⁴³³.

581. Propos conclusifs. En somme, l'information peut être destinée à toute personne intéressée ou, au contraire, être établie au profit d'une personne précise. L'information destinée à toute personne intéressée doit être déposée au greffe du tribunal et/ou insérée dans un journal d'annonces légales. C'est cette large diffusion qui garantit sa transparence et sa fiabilité¹⁴³⁴. En revanche, lorsque l'information est destinée à une personne précise, ses moyens de transmission doivent prendre en compte cette particularité¹⁴³⁵. Car, l'information doit être transparente, mais uniquement au profit de son destinataire. La notification, l'avertissement et les informations résultant d'une audition ou d'une consultation en sont les bons exemples. Mais, la diversité de ces mécanismes justifie également la diversité de leurs sanctions.

§2) LES CONSÉQUENCES DU NON RESPECT DES MÉCANISMES DE TRANSPARENCE DE L'INFORMATION

En matière de publicité légale et d'information, la sanction traditionnelle est l'inopposabilité de l'acte ou de la situation¹⁴³⁶. Mais, il arrive parfois que le législateur

1431 Cf. M. GANDIN, *op. cit.*

1432 Y. GUYON, « *La transparence dans les procédures collectives* », *op. cit.*

1433 P. MORVAN, *op. cit.*

1434 F. TERRÉ, *op. cit.*

1435 A. SAYAG et al. *op. cit.* p. 86.

1436 É. SAVAUX, « *Les conditions de l'opposabilité de l'engagement aux tiers* », RDC, 01/04/2012 n° 2, p. 663.

favorise la nullité, notamment lorsque la publicité est constitutive d'un droit¹⁴³⁷. Sans s'occuper des questions traditionnelles liées à la nature de ces sanctions et les critères qui motivent le choix de l'une ou de l'autre, nous nous intéresserons à leur application en droit des entreprises en difficulté¹⁴³⁸. Car, si les règles de conduite sont similaires à celles du droit commun (A) quelques exceptions, justifiées notamment par les exigences de la procédure collective, doivent être avancées (B).

A) L'APPLICABILITÉ DES SANCTIONS DU DROIT COMMUN

582. L'inopposabilité ou plutôt la nullité ? L'inobservation de la publicité légale ou de l'information légale pourrait être sanctionnée en droit commun par l'inopposabilité ou la nullité. L'inopposabilité de l'acte ou de la situation juridique se caractérise par son inefficacité à l'égard de tiers¹⁴³⁹. À la différence de la nullité qui se traduit par l'anéantissement rétroactif de l'acte ou de la situation en question, l'inopposabilité laisse l'acte valable entre les parties, mais sans effets à l'égard des tiers¹⁴⁴⁰. En effet, à défaut d'une publicité qui signifie le contraire, l'apparence est censée correspondre à la réalité juridique¹⁴⁴¹.

583. Sans faire exception aux solutions du droit commun, la sanction du défaut d'information en droit des entreprises en difficulté est en principe l'inopposabilité de l'acte ou de la situation¹⁴⁴². Étant relatif à la formalité, le défaut de l'information ou de la publicité justifie l'inopposabilité à l'égard des tiers¹⁴⁴³. Mais, les effets juridiques de cet acte ou de cette situation restent valables entre les parties¹⁴⁴⁴.

1437 A. SAYAG et al. *op. cit.* p. 118 et s.

1438 Pour les notions de la nullité et de l'opposabilité, voir D. BASTIAN *Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité*, *op. cit.*

1439 A. SAYAG et al. *op. cit.* p. 144 et s.

1440 M. FALAISE, *op. cit.*

1441 *Ibid.*

1442 C. SAINT-ALARY-HOUIN, « À propos de l' « inopposabilité » des créances non déclarées », *op. cit.*

1443 M.-A. RAKOTOVAHINY, « L'inopposabilité dans les procédures collectives », *op. cit.*

1444 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.*

Toutefois, compte tenu de l'importance de l'acte ou de la situation juridique ou en raison de la gravité des situations qui en résultent, la nullité pourrait être retenue comme sanction d'inobservation des obligations d'information¹⁴⁴⁵. Ainsi, la Cour d'appel de Rennes l'a prononcée à propos d'inobservation des obligations d'information et de consultation des institutions représentatives des salariés¹⁴⁴⁶. Elle a également été retenue par la Cour d'appel de Paris pour sanctionner le défaut de consultation des créanciers sur le plan de continuation¹⁴⁴⁷. Il en est de même pour le défaut de convocation des créanciers nantis dans le plan de cession¹⁴⁴⁸ ainsi que pour l'autorisation de vente aux enchères sans l'information et la consultation des créanciers contrôleurs¹⁴⁴⁹.

584. Par ailleurs, la nullité est une sanction grave par rapport à l'inopposabilité qui correspond mieux à l'esprit de moralisation et à l'exigence de la sécurité juridique. Ce constat pourrait être déduit du revirement entrepris par la loi de sauvegarde en ce qui concerne les créances non déclarées¹⁴⁵⁰. Elles étaient éteintes. Mais, depuis la loi de sauvegarde elles sont tout simplement inopposables à la procédure collective¹⁴⁵¹.

585. Autres sanctions. Outre la nullité et l'inopposabilité, d'autres sanctions prévues en droit commun peuvent également être appliquées en droit des entreprises en difficulté. D'une part, les créanciers qui prétendent l'absence de la comptabilité, la sous-évaluation du passif ou l'omission frauduleuse de certaines créances ont été admis à demander, par le biais de l'action du représentant des créanciers, la poursuite des dirigeants fautifs¹⁴⁵². D'autre part, dans un arrêt de la chambre commerciale, la Haute juridiction avait considéré que la dissimulation frauduleuse est de nature à faire renaître le droit de poursuite

1445 G. AMLON, *op. cit.*

1446 CA Rennes, 7 juill. 1993, D. 1996, somm. p. 7, obs. F. DERRIDA.

1447 CA Paris, 24 oct. 1995, Rev. proc. coll. 1996, p. 372, obs. B. SOINNE.

1448 CA Caen, 14 avr. 1994, JCP G 1994, IV, 1351.

1449 Tribunal de commerce de Paris, 1^{ère} ch., 28 oct. 1996, Juris-Data n° 12 1996-055713.

1450 F. DERRIDA et al., « *La situation des créanciers forclos dans les nouvelles procédures collectives* », LPA 22 mars 2006, p. 7.

1451 C. SAINT-ALARY-HOUIN, « *À propos de l'« inopposabilité » des créances non déclarées* », *op. cit.*

1452 Cass. com., 16 nov. 1993 n° 91-18.576, D. 1994, p. 157, note A. AMALVY et F. DERRIDA ; CA Paris, 1^{ère} ch., 3 févr. 1998; D. 1998, inf. rap. p. 78; D. affaires 1998, p. 478.

individuelle du créancier après la clôture de la liquidation pour insuffisance d'actif¹⁴⁵³. Enfin, le défaut d'information des institutions représentatives du personnel notamment en cas de licenciement pour motif économique pourrait être considéré comme constitutif du délit d'entrave au sens de l'article L. 2328-1 du Code du travail¹⁴⁵⁴.

B) LA PARTICULARITÉ DU DÉFAUT D'INFORMATION EN DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

La particularité du défaut d'information en droit des entreprises en difficulté peut être démontrée par l'existence des sanctions propres (1) mais aussi par la spécificité des effets du défaut de publicité du jugement d'ouverture de la procédure collective (2).

1) DES SANCTIONS PROPRES AUX PROCÉDURES COLLECTIVES

586. Outre l'inopposabilité, la nullité et la responsabilité civile, l'inobservation des mécanismes de transparence de l'information en droit des entreprises en difficulté a d'autres conséquences bien particulières.

587. La perte du privilège. En effet, la nouvelle rédaction des articles L. 622-17 et L. 641-13 du Code de commerce, issue de l'ordonnance du 18 décembre 2008, dispose que la créance postérieure doit être portée à la connaissance de l'administrateur et à défaut, du mandataire judiciaire ou lorsque ces organes ont cessé leurs fonctions, du commissaire à l'exécution du plan ou du liquidateur. À défaut d'information, les créanciers postérieurs perdent leur privilège¹⁴⁵⁵. Cette sanction pourrait-elle être considérée comme une inopposabilité ?

1453 Cass. com., 16 nov. 1993, n° 91-18.576, Bull. civ., IV, n° 407 ; D., 1994, p. 157, note **A. AMALVY** et **F. DERRIDA** ; Voir aussi **F. REILLE**, « *Échappatoire du créancier forclos : éclairage d'une construction prétorienne en sursis* », Bull. Joly Sociétés, 01 mars 2010 n° 3, p. 259.

1454 Cass. crim., 30 janvier 1996, n° 94-83.507, Rev. proc. coll. 1996, p. 239, n° 3, Obs. **B. SOINNE**.

1455 Il convient de préciser que la perte du privilège n'est pas propre aux créanciers postérieurs. Elle est également prévue à l'égard du Trésor public et des organismes de la sécurité sociale qui doivent publier leurs créances impayés à leur date d'exigibilité. À défaut de cette publication, ils ne pourront plus, en cas

L'inopposabilité se caractérise par l'inefficacité des actes ou des situations à l'égard des tiers et leur validité entre les parties¹⁴⁵⁶. Sur ce point, il est évident qu'en cas de défaut d'information de l'administrateur ou du mandataire judiciaire de la créance postérieure, le privilège des créanciers postérieurs est inefficace à l'égard des tiers. Il est également inopposable à la procédure collective. Mais, pourrait-il être considéré comme valable entre les parties ?

La réponse est certainement négative: le privilège est perdu. Cette sanction ne peut pas non plus être qualifiée d'une nullité. En effet, la nullité suppose l'anéantissement rétroactif de l'acte ou de la situation, alors que la sanction des articles L. 622-17 et L. 641-13 ne concerne que le privilège¹⁴⁵⁷. L'acte lui-même reste opposable à la procédure collective dans la mesure où le créancier conserve son droit d'être « *payé à l'échéance et peut agir à cette fin, son droit de poursuite n'étant nullement affecté par le défaut d'information* »¹⁴⁵⁸. Il pourrait, à ce titre, aviser le tiers détenteur ou exercer son droit de saisie-attribution sur les comptes bancaires ou auprès des clients de l'entreprise¹⁴⁵⁹. La seule limite à laquelle il est astreint est celle de l'insaisissabilité des fonds déposés à la caisse de dépôt et consignation, régie par l'article L. 622-1 du Code de commerce.

588. La perte du privilège ne peut pas être analysée comme une nullité ou une inopposabilité. Il s'agit tout simplement d'une perte de privilège : c'est-à-dire au sens du droit des entreprises en difficulté que le créancier ne sera plus traité comme un créancier postérieur méritant. La question qui se pose est alors de savoir si la perte du privilège est une sortie totale du champ d'application des articles L. 622-17 et L. 641-

d'ouverture d'une procédure collective, se prévaloir de leurs privilèges (Cf. **D. VIDAL**, Droit des procédures collectives, GUALINO, 2ème éd., p. 64).

1456 **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, « *À propos de l'« inopposabilité » des créances non déclarées* », *op. cit.*

1457 **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, « *Les privilèges de la procédure* », *op. cit.*

1458 **F. PÉROCHON**, « *Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005* », *op. cit.* n° 62.

1459 **F.-X. LUCAS** et **H. LÉCUYER**, *op. cit.*

13 du Code de commerce ou tout simplement une perte du bénéfice de l'ordre de paiement organisé par ces articles¹⁴⁶⁰.

L'hypothèse de la sortie totale du champ d'application du régime de faveur est un peu sévère. Car, la régularité de la créance n'est pas contestable et sa finalité est au cœur des perspectives de redressement de l'entreprise en difficulté¹⁴⁶¹! En effet, la majorité de la doctrine s'accorde sur la nécessité de traiter cette créance, au moins, comme une créance chirographaire et de donner à ce créancier imprudent la possibilité de déclarer sa créance à la procédure collective¹⁴⁶².

589. Le relevé de forclusion. Outre la perte du privilège, une autre sanction un peu particulière est prévue pour l'omission frauduleuse de la créance: le relevé de forclusion. En effet, la nouvelle rédaction de l'article R. 624-2 dispose que « *les créanciers dont la créance n'a pas été portée définitivement sur la liste des créances, dans le délai prévu par l'article L. 624-1, peuvent demander à être relevés de la forclusion prévue par le troisième alinéa de l'article L. 622-24 selon les modalités prévues par l'article L. 622-26* ». La dissimulation constitue désormais un argument raisonnable pour obtenir un relevé de forclusion¹⁴⁶³. Mais, l'application de ce nouveau texte pose une difficulté sérieuse relative notamment à la démonstration de la mauvaise foi ou, au moins, de l'omission volontaire du débiteur¹⁴⁶⁴.

590. Moyens de preuve. En principe, tout moyen de preuve sur la mauvaise foi du débiteur est admissible¹⁴⁶⁵. Les juges du fond peuvent ainsi qualifier d'omission

1460 **D. BOUSTANI**, « *La conservation du privilège des créanciers postérieurs* », *op. cit.*

1461 **F. REILLE**, « *Les retouches apportées au sort des créanciers postérieurs élus* », *op. cit.*

1462 **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, « *Les privilèges de la procédure* », *op. cit.* ; **D. BOUSTANI**, « *La conservation du privilège des créanciers postérieurs* », *op. cit.*

1463 Cass. com., 12 janv. 2010, n° 09-12133 ; Cass. com., 16 mars 2010, n° 09-13511 : Gaz. Pal. 3 juill. 2010, n° 184, p. 34, I2248, note **E. LE CORRE-BROLY E** ; **.D. GIBIRILA**, « *Le relevé de forclusion du créancier en cas d'omission volontaire du débiteur* », *op. cit.* ; **E. LE CORRE-BROLY** et al., *Entreprises en difficulté*, Gaz. Pal. 08-octobre-2011 n° 281, P.-20.

1464 **P.-M. LE CORRE**, « *Les nouvelles règles de fixation du passif du débiteur* », *op. cit.* n° 10.

1465 Cass. com., 16 mars 2010, n° 09-13511 : Gaz. Pal. 3 juill. 2010, n° 184, p. 34, I2248, note **E. LE CORRE-BROLY**.

frauduleuse tout comportement anormal du débiteur et toute omission « *dont il n'est pas concevable qu'elle ait pu exister si le débiteur avait établi la liste de ses créanciers avec le minimum de sérieux que l'on est en droit d'exiger de lui* »¹⁴⁶⁶. Ainsi, l'omission du fournisseur principal, du banquier unique et du bailleur peut justifier une présomption de la mauvaise foi¹⁴⁶⁷.

En outre, la qualité du débiteur peut également être prise en compte pour démontrer sa mauvaise foi. En effet, il a été jugé que les connaissances juridiques d'un avocat, débiteur, doivent lui empêcher d'ignorer son obligation de transmettre dans les huit jours du jugement d'ouverture la liste des créanciers à l'organe de la procédure collective¹⁴⁶⁸. En l'espèce, une avocate à l'encontre de laquelle une procédure de liquidation judiciaire a été ouverte le 8 février 2007 avait omis d'établir la liste de ses créanciers dont la Caisse nationale des barreaux français. Pour déclarer sa créance hors délai légal, la Caisse nationale des barreaux français avait saisi la Cour d'appel de Paris qui lui a accordé un relevé de forclusion au motif d'une omission volontaire de la part de la débitrice. Mécontente de cette décision, la débitrice a déposé un pourvoi en cassation. Elle prétend que son omission ne pourrait justifier le relevé de forclusion du créancier que si le défaut de déclaration, dans le délai requis, était directement imputable à cette omission. Elle reproche à la Cour d'appel de s'être fondée sur des conclusions anciennes, datées du 31 mars 2008, dans lesquelles elle admettait son omission volontaire, alors que dans ses dernières conclusions datées du 30 juin 2008 ces moyens n'étaient pas repris. Selon elle, ces moyens sont réputés avoir été abandonnés.

La Cour de cassation a rejeté ce pourvoi¹⁴⁶⁹. Elle considère que la preuve de l'omission volontaire est déduite, en l'espèce, de l'aveu judiciaire des conclusions

1466 E. LE CORRE-BROLY et al., *op. cit.*

1467 *Ibid.*

1468 Cour d'appel de Paris 23 septembre 2008, cit au BICC, 1^{er} février 2010, p. 69.

1469 Cass. com., 12 janv. 2010, n° 09-12133.

initiales de la débitrice qui ne peut pas être rétracté du seul et simple fait qu'il n'a pas été repris dans les dernières conclusions¹⁴⁷⁰.

Dans un autre arrêt de la chambre commerciale, la Haute juridiction est allée plus loin dans son analyse¹⁴⁷¹. Elle confirmait que le fait pour le créancier d'être doté d'un service contentieux lui permettant d'avoir tous les renseignements nécessaires sur la défaillance de son débiteur ne lui prive pas de bénéficier d'un relevé de forclusion en raison d'une omission volontaire¹⁴⁷². Elle précise même, dans un autre arrêt plus récent, que l'omission volontaire du créancier « *dispense ce dernier d'avoir à établir que sa défaillance n'est pas due à son fait* »¹⁴⁷³. Elle casse ainsi un arrêt de la Cour d'appel¹⁴⁷⁴ qui avait motivé son refus d'accorder le relevé de forclusion par le fait « *que le créancier avait connu la procédure à temps pour pouvoir déclarer sa créance* »¹⁴⁷⁵.

591. Un relevé de forclusion de droit. Cette lecture a amené une partie de la doctrine à poser la question sur la nature du relevé de forclusion de l'article R. 624-2 du Code de commerce¹⁴⁷⁶. S'agit-il d'un relevé de droit que le juge-commissaire doit accorder dès lors que l'omission volontaire du débiteur est établie ?

Une réponse affirmative paraît justifiée¹⁴⁷⁷. En effet, cette solution, prévue expressément en matière de rétablissement personnel¹⁴⁷⁸, est de nature à être

1470 **D. GIBIRILA**, note sous Cass. com., 12 janv. 2010, n° 09-12133, Defrénois, 15 juillet 201 n° 13, p. 1480.

1471 Cass. com., 16 mars 2010, n° 09-13511 : Gaz. Pal. 3 juill. 2010, n° 184, p. 34, I2248, note **E. LE CORRE-BROLY**

1472 **E. LE CORRE-BROLY** et al., *op. cit.*

1473 Cass. com., 12 juill. 2011, n° 10-20402.

1474 Cour d'appel de Poitiers 20 avril 2010.

1475 **F. PÉROCHON**, « *Et pourtant, le créancier n'est pas l'ennemi* », *op. cit.*

1476 **F. PÉROCHON**, Entreprises en difficulté, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 742.

1477 **D. GIBIRILA**, « *Le relevé de forclusion du créancier en cas d'omission volontaire du débiteur* », *op. cit.*

1478 En vertu de l'article R. 334-38 du Code de la consommation « *s'il apparaît que la créance avait été omise par le débiteur lors du dépôt de la demande mentionnée à l'article R. 331-8-1 ou que le créancier, pourtant connu, n'avait pas été convoqué à l'audience d'ouverture, le relevé de forclusion est de droit* ».

transposable en droit des entreprises en difficulté¹⁴⁷⁹. D'ailleurs, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser qu'il n'appartient pas au juge-commissaire, avant de statuer sur la demande de relevé de forclusion fondée sur l'omission volontaire, de vérifier l'existence de la créance contestée par le débiteur¹⁴⁸⁰.

592. Pour conclure, il convient de souligner que ces mécanismes de répression, inspirés de la nécessité de moralisation des procédures collectives et d'exigence de la sécurité juridique, sont bien particuliers par rapport aux mécanismes du droit commun. Mais, la vraie particularité en la matière est celle relative au défaut de la publicité du jugement d'ouverture de la procédure collective.

2) LA PARTICULARITÉ DU DÉFAUT DE PUBLICITÉ DU JUGEMENT D'OUVERTURE

593. Le jugement d'ouverture de la procédure collective doit faire l'objet d'une grande publicité¹⁴⁸¹. Il est déposé au greffe du tribunal et inséré au BODACC¹⁴⁸².

L'analyse des règles du droit commun aurait conduit à l'inopposabilité aux tiers du jugement d'ouverture non publié. Car, la publicité est une exigence d'équité de la procédure et une formalité nécessaire pour l'information des tiers¹⁴⁸³. Son inobservation aurait conduit normalement à l'inopposabilité. Mais, le législateur en a voulu autrement¹⁴⁸⁴. Le jugement d'ouverture prend ses effets, à partir de sa date et les partenaires du débiteur sont soumis à la discipline collective, malgré l'ignorance de l'ouverture de la procédure collective¹⁴⁸⁵.

1479 Cf. **E. LE CORRE-BROLY** et al. Entreprises en difficulté, Gaz. Pal. 08 octobre 2011 n° 281, p. 20 ; **F. PÉROCHON**, « *Et pourtant, le créancier n'est pas l'ennemi* », *op. cit.*

1480 Cass. com., 12 janv. 2010, n° 09-12133, GCP E, 18/02/2010, n° 7, p. 21.

1481 Cf. **F. PÉROCHON**, Entreprises en difficulté, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 262 et s.

1482 C. com., art. R. 621-8.

1483 **M.-A. RAKOTOVAHINY**, *op. cit.*

1484 **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, « *À propos de l' « inopposabilité » des créances non déclarées* », *op. cit.*

1485 **Y. GUYON**, « *La transparence dans les procédures collectives* », *op. cit.*

Il convient cependant, de préciser que certaines réserves sont prévues justement pour prendre en compte la situation des créanciers dont la reconnaissance des droits nécessite une déclaration dans le délai de deux mois à compter de la publication du jugement¹⁴⁸⁶. En effet, tant que cette publicité n'est pas faite, le délai de déclaration ne pourrait pas commencer à courir¹⁴⁸⁷. Le défaut de la publicité du jugement d'ouverture donne aux créanciers la possibilité de déclarer leurs créances tant que cette formalité n'est pas effectuée¹⁴⁸⁸.

La même solution doit également être accordée aux propriétaires des biens inclus dans le patrimoine de l'entreprise en difficulté¹⁴⁸⁹. Ceux-ci doivent revendiquer leurs biens dans le délai de trois mois à compter de la publication du jugement d'ouverture de la procédure collective¹⁴⁹⁰. Le défaut de publicité doit leur profiter¹⁴⁹¹.

594. Propos conclusifs. En somme, la transparence en droit des entreprises en difficulté est assurée par un nombre important de mécanismes et de techniques qui garantissent la fiabilité et l'efficacité de l'information. D'une part, la gestion et le contrôle de l'information sont assurés par des opérateurs qualifiés. Il s'agit des greffes des tribunaux, de l'Institut National de la Propriété Industrielle, des journaux officiels et des journaux habilités à recevoir les annonces légales. D'autre part, l'inobservation des obligations d'information, de consultation et d'audition peut être sévèrement sanctionnée.

1486 C. com., art. L. 622-24 et R. 622-24.

1487 **P.-M. LE CORRE**, « Principaux délais intéressant les créanciers », *op. cit.*

1488 Cass. com., 20 juin 1995, bulletin IV n° 185.

1489 **D. VOINOT**, *op. cit.*

1490 C. com., art. L. 624-9.

1491 **F. PÉROCHON**, « Les propriétaires », *op. cit.*

CONCLUSION DU TITRE 2

595. Les exigences de la procédure collective mettent en évidence la nécessité de l'organisation de l'accès à l'information en droit des entreprises en difficulté. En effet, dès lors que le secret et le silence sont préjudiciables aux intérêts légitimes des partenaires de l'entreprise en difficulté, une sorte de transparence encadrée devient nécessaire. Mais, au fur et à mesure de la progression des difficultés, les zones d'opacité se restreignent. La primauté de la préservation du crédit de l'entreprise en difficulté est écartée à partir du moment où la situation de l'entreprise nécessite l'ouverture d'une procédure collective judiciaire. Désormais, pour assurer la sécurité juridique des partenaires de l'entreprise en difficulté et garantir l'équité des procédures collectives, l'information doit être transparente. Mais, cette transparence doit être adaptée en fonction de la situation de l'entreprise en difficulté, de la nature de l'information elle-même et de la qualité de son destinataire.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

596. La prise en compte de la réalité économique et financière de l'entreprise en difficulté est la raison principale de la sélectivité des destinataires de l'information. En effet, dans l'objectif de la prévention des difficultés, trop de transparence ne serait pas dans l'intérêt d'une entreprise confrontée aux petites difficultés passagères. En même temps, trop de discrétion en cas de difficultés avérées ou prévisibles serait dangereux pour l'entreprise elle-même ainsi que pour ses partenaires. La confidentialité indispensable pour la prévention des difficultés serait incompatible avec les objectifs protecteurs des procédures collectives qui exigent la transparence de l'information.

597. De ce fait, en raison des considérations procédurales et du bon fonctionnement de la procédure collective, un partage finalisé de l'information doit être effectué au profit des organes de la procédure collective. Ceux-ci sont informés par le débiteur lui-même, par les salariés, par les créanciers ainsi que par tous les partenaires de l'entreprise en difficulté. Ils peuvent également accéder à toutes les informations collectées par le greffe du tribunal, par le président du tribunal ou par le juge-commissaire.

De leur part, les organes de la procédure collective doivent partager un certain nombre d'informations avec les autres acteurs de la procédure collective. À titre d'exemple, ils communiquent leurs observations, leurs conclusions et leurs rapports au tribunal, au président du tribunal, au juge-commissaire et même parfois aux institutions représentatives du personnel. Mais, afin de limiter toute révélation à l'extérieur en dehors des besoins réels du bon fonctionnement de la procédure collective, les organes de la procédure sont soumis au secret professionnel et le cas échéant, à l'obligation de confidentialité. La transparence à leur égard est indispensable, mais doit être nécessairement encadrée.

598. Il en est de même quant à la transparence vis-à-vis des salariés qui doivent être informés sur toutes les étapes de la procédure collective. Que ce soit par le débiteur lui-même ou par le commissaire aux comptes ou les organes de la procédure, l'information des salariés doit être assurée en raison de leurs intérêts et de la préservation de leur position fragile.

Par ailleurs, compte tenu de leur implication dans la vie sociale de l'entreprise, les salariés peuvent, à l'inverse, être invités à communiquer des informations sensibles au débiteur, aux organes de la procédure ou à l'autorité judiciaire. À part ces communications autorisées par la loi, ils ne doivent communiquer aucune information confidentielle à l'extérieur de l'entreprise. Ils sont soumis à l'obligation de confidentialité, à l'obligation de discrétion et au secret des affaires.

599. Outre cette transparence relative, encadrée ou limitée, une autre zone plus transparente doit être rappelée. Il s'agit notamment des situations dans lesquelles les intérêts légitimes des partenaires de l'entreprise ou plus généralement, les considérations de l'ordre économique, de la sécurité juridique ou de l'équité de la procédure collective pourraient être menacés par l'opacité de l'information¹⁴⁹². Les procédures collectives ne doivent pas se dérouler dans un milieu fermé qui permettrait les manœuvres et les soupçons¹⁴⁹³. Elles doivent être transparentes au profit de toutes les parties concernées par leurs répercussions.

1492 G. **TEBOUL**, « *Le devoir de loyauté dans la prévention des difficultés des entreprises* », *op. cit.*

1493 Y. **GUYON**, « *La transparence dans les procédures collectives* », *op. cit.* n° 2.

CONCLUSION GÉNÉRALE

600. L'impact de la divergence des intérêts sur le rôle de l'information. La première conclusion que nous pouvons avancer au terme de ce travail est relative à l'influence de la diversité des intérêts sur le rôle de l'information en droit des entreprises en difficulté. Du point de vue de l'entreprise elle-même, le premier objectif est l'anticipation et la prévention des difficultés. C'est également la préoccupation centrale des dirigeants, mais aussi des associés et des salariés. Les intérêts de ceux-ci sont liés à la poursuite de l'activité et au maintien de l'emploi. En revanche, les intérêts des partenaires de l'entreprise en difficulté ne suivent pas le même ordre de priorité. Inquiets de l'avenir de leur débiteur, les fournisseurs, les cocontractants et les créanciers ont d'autres préoccupations. Leur coopération dans une procédure amiable ou judiciaire dépend en pratique de l'importance de l'activité de l'entreprise en difficulté. Ils peuvent sacrifier pour le sauvetage de l'entreprise, mais à condition que leurs efforts soient rentables pour leurs propres affaires.

601. Néanmoins, dans l'objectif de la prévention ou de la protection, les intérêts de toutes les parties doivent être conciliés et les exigences de la procédure collective doivent être respectées. C'est la recherche de cet équilibre qui donne à l'information une importance particulière en droit des entreprises en difficulté. Par l'élaboration, l'analyse et la publicité de celle-ci les difficultés de l'entreprise peuvent être anticipées, les intérêts des parties peuvent être protégés et le sort de l'entreprise en difficulté peut être décidé en toute connaissance de cause.

602. La réglementation de la circulation de l'information. La seconde conclusion que nous voudrions mettre en évidence est la conséquence directe de cette diversité des intérêts. Il s'agit de la nécessité de la réglementation des modalités d'élaboration et de publication des informations préventives et protectrices. En effet, dans l'objectif de la prévention des difficultés, les dirigeants doivent se concentrer sur la récolte et l'analyse des informations comptables, financières et sociales. L'efficacité de l'utilisation de l'information dans l'objectif de la prévention des difficultés est assurée par la pluralité des auteurs, la complémentarité de leurs efforts et la confidentialité de leurs interventions.

603. Les conclusions de l'analyse de la situation de l'entreprise n'ont pas vocation à être destinées à l'extérieur de l'entreprise. Car, en raison de son crédit, une entreprise en difficulté doit être discrète autant que possible : la propagation des rumeurs peut briser la confiance nécessaire pour le concours des partenaires de l'entreprise en difficulté.

Par ailleurs, dès lors que l'intervention judiciaire est nécessaire, en raison notamment de la cessation des paiements, le crédit de l'entreprise cesse d'être prioritaire. Il est en effet légitime de chercher à favoriser la poursuite de l'activité, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Le crédit de l'entreprise devient secondaire par rapport aux autres objectifs de la procédure collective. Ce changement met en évidence la nécessité de la transparence qui traduit par excellence le rôle protecteur de l'information.

604. Ainsi, les modalités d'élaboration et de circulation de l'information en droit des entreprises en difficulté doivent être ajustées aux besoins réels de l'entreprise, des salariés, des créanciers et des partenaires de l'entreprise en difficulté. L'intervention de ces acteurs dépend de la nature des difficultés ; leur information a lieu également en fonction de leurs besoins. Ces deux éléments montrent l'importance de la coopération de l'ensemble des parties.

605. L'amélioration du rôle de l'information en droit des entreprises en difficulté. Notons cependant qu'en dépit de l'importance du rôle de l'information en droit des entreprises en difficulté, quelques aspects techniques méritent encore une réflexion approfondie. Sans avoir le courage de plaider pour une reconnaissance juridique de la notion d'information en droit français, nous nous contenterons de quelques propositions sur la fiabilité, l'accessibilité, la rapidité et la centralisation des informations. Cela permettra, à notre sens, de rentabiliser au mieux l'utilisation interne et externe de l'information en droit des entreprises en difficulté.

606. L'extension du domaine des procédures d'alerte. Tout d'abord, dans l'objectif d'amélioration des mécanismes de prévention des difficultés, nous contestons avec la majorité de la doctrine la restriction du domaine d'application des procédures d'alerte¹⁴⁹⁴. Cette mesure est justifiée par le risque éventuel du conflit avec les autorités de tutelle, notamment en ce qui concerne les professionnels libéraux¹⁴⁹⁵. Mais, du point de vue de la

1494 **P.-M. LE CORRE**, Droit et pratique des procédures collectives, *op. cit.* 7^{ème} éd. n° 122.11 ; **F. PÉROCHON**, Entreprises en difficulté, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 47.

1495 **Ph. ROUSSEL GALLE**, Réforme du droit des entreprises en difficulté, *op. cit.* 2^{ème} éd. 74, citant le site de la Cour de cassation, Questions réponses n° 7.

doctrine, la restriction est incohérente avec l'esprit d'anticipation et d'encouragement de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 et de l'ordonnance du 18 décembre 2008¹⁴⁹⁶. Pour contester la disproportionnalité de cette mesure, certains praticiens ont pu même plaider pour un droit d'alerte du bâtonnier en cas de difficultés des avocats¹⁴⁹⁷.

À notre sens, cette dernière proposition est un peu extrême dans la mesure où elle donne à chaque ordre professionnel ou autorité compétente le droit de déclencher une procédure d'alerte, ce qui serait une source de diversité des règles de conduite. Mais, l'assimilation des pouvoirs du président du tribunal de grande instance à ceux du président du tribunal de commerce, avec certaines garanties relatives à l'information et à l'association des autorités de tutelle, pourrait être une réponse raisonnable. Elle garantirait la simplification des règles, l'implication des ordres professionnels ou des autorités compétentes dans le déroulement de la procédure et la protection du secret des professionnels libéraux.

607. L'unification des critères du déclenchement des procédures d'alerte. Notre deuxième proposition est relative à l'assouplissement et l'unification des critères du déclenchement des procédures d'alerte. À notre sens, la diversité de ces critères n'est plus justifiée, notamment en ce qui concerne la procédure d'alerte du commissaire aux comptes, du groupement de prévention agréé et du président du tribunal. Si l'affectation, d'une manière préoccupante, de la situation économique et financière de l'entreprise, peut toujours justifier l'intervention du comité d'entreprise, la notion de continuité d'exploitation ne semble plus compatible avec l'évolution du droit des entreprises en difficulté.

Certes, ce critère peut toujours justifier les questions écrites des associés et des actionnaires, mais n'est plus suffisant pour caractériser l'intervention du commissaire aux comptes et du président du tribunal. En tant qu'acteurs principaux de la prévention des difficultés, ceux-ci doivent pouvoir intervenir avant l'apparition des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. D'ailleurs, dans la chronologie de la

1496 F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.* 9^{ème} éd. p. 48.

1497 B. DE BELVAL et al, « *Pour un droit d'alerte du bâtonnier en cas de difficultés des avocats* », *Gaz. Pal.* 31 juillet 2012 n° 213, p. 7.

prévention des difficultés, les procédures d'alerte peuvent être analysées comme la première chance donnée aux entreprises pour pouvoir prévenir leurs difficultés, sans même avoir besoin de faire appel au secours. Les dirigeants sont ainsi alertés pour prendre les mesures nécessaires. Ce n'est qu'en cas de besoin que les sacrifices des partenaires sont demandés¹⁴⁹⁸. Ainsi, les considérations du crédit de l'entreprise font de la demande de sacrifices aux créanciers, dans une procédure amiable ou judiciaire, une seconde chance, postérieure à la prévention par l'information. À défaut de pouvoir anticiper leurs difficultés et prendre les décisions adéquates à la situation de leur entreprise, les dirigeants auront recours à cette dernière modalité de prévention par les concours publics ou privés.

608. En effet, les critères qui justifient le déclenchement des procédures d'alerte doivent être plus souples que ceux qui exigent l'ouverture d'une procédure collective, amiable ou judiciaire. Or, l'évolution du droit des entreprises en difficulté ne va pas dans ce sens. Depuis la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 et l'ordonnance du 18 décembre 2008, les critères d'ouverture des procédures collectives sont assouplis. Désormais, toute difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible peut justifier l'ouverture d'une procédure de conciliation¹⁴⁹⁹. Il en est de même quant aux critères d'ouverture des procédures collectives judiciaires. Ainsi, les difficultés que le débiteur n'est pas en mesure de surmonter peuvent justifier l'ouverture d'une procédure de sauvegarde¹⁵⁰⁰. D'ailleurs, dans cette procédure, le débiteur doit justifier l'absence de la cessation des paiements.

609. À notre sens, l'objectif de l'anticipation et de la prévention des difficultés exige l'assouplissement et la simplification des mécanismes d'alerte. Les techniques de prévention des difficultés par l'analyse et l'exploitation des informations comptables et financières doivent être, *a priori*, améliorées et simplifiées. Pour ce faire, nous suggérons l'unification des critères d'intervention des acteurs principaux de la prévention des difficultés. Ceux-ci doivent pouvoir alerter les dirigeants sur tout indice de difficultés.

1498 Voir *supra* n° 475 et s.

1499 C. com., art. L. 611-4.

1500 C. com., art. L. 620-1.

610. L'amélioration de la procédure d'alerte du groupement de prévention agréé.

Outre l'extension du domaine des procédures d'alerte et l'unification de leurs critères, nous proposons l'amélioration du rôle des groupements de prévention agréés. En effet, le renforcement du rôle des groupements de prévention agréés peut résulter de l'extension de leur domaine d'intervention. Ainsi, des mesures incitatives peuvent être adoptées pour encourager toutes les entreprises dépourvues d'un commissaire aux comptes à adhérer aux services de ces centres de prévention. Il ne s'agit pas cependant d'augmenter les charges financières des petites entreprises, mais plutôt, de renforcer les mécanismes de leur prévention par un moyen accessible et gratuit.

En outre, le rôle de ces organismes de prévention peut également être amélioré par le renforcement de leur collaboration avec le président du tribunal. D'une part, la crainte de la fuite de l'information qui pourrait justifier la discrétion est neutralisée par le secret professionnel auquel est soumis le président du tribunal. Et d'autre part, depuis la décision du Conseil constitutionnel du 7 décembre 2012 cette information ne peut plus conduire à la saisine d'office pour l'ouverture d'une procédure collective¹⁵⁰¹. En raison notamment du principe d'impartialité du juge, déduit de l'article 16 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, les hauts magistrats ont déclaré l'inconstitutionnalité de l'article L. 631-5 du Code de commerce¹⁵⁰².

611. La création d'un registre spécial aux procédures collectives. Par ailleurs, dans l'objectif du renforcement du rôle préparatoire et protecteur de l'information, nous précisons que la première exigence est celle de l'efficacité et de la rapidité des procédures. Or, l'imprécision de la notion d'information et l'absence d'un régime juridique unique peuvent limiter considérablement l'accès à l'information et retarder, par conséquent, le déroulement de la procédure collective. En effet, nous suggérons la création d'un registre spécial aux procédures collectives dont l'organisation serait assurée, sous le contrôle du juge-commissaire, par le greffier ou toute autre personne désignée pour cette mission.

1501 CC, 7 décembre 2012, n° 2012-286, Rev. Sociétés, mars 2013, p. 177, note **L.-C. HENRY** ; Recueil Dalloz 2012 p. 2446, note **A. LIENHARD**.

1502 **F.-X. LUCAS**, « Retour sur la navrante condamnation de la saisine d'office », *op. cit.*

612. La création de ce registre permettra de distinguer les informations secrètes et confidentielles des informations publiques destinées à toute personne intéressée, ce qui simplifie l'organisation de l'accès à l'information. Ainsi, les personnes autorisées peuvent accéder facilement au contenu de l'information, ce qui garantit la rapidité du déroulement de la procédure collective. La centralisation des informations permet, à notre sens, une meilleure information des acteurs de la procédure et des parties concernées. En outre, grâce à ce registre, certaines difficultés techniques, résultant notamment du secret professionnel et des informations confidentielles peuvent être résolues. Il s'agit de l'accessibilité de l'inventaire et de la liste des créanciers des professionnels libéraux, du contenu des offres de reprise ainsi que de toutes les autres mentions dont la publicité au grand public pourrait être analysée comme préjudiciable aux intérêts légitimes de l'entreprise ou de ses partenaires. Enfin, en assurant l'accessibilité de ces informations, ce registre facilitera ensuite leur radiation, dès qu'elles ne sont plus justifiées.

613. Vers un droit à l'oubli. La dernière réflexion que nous voudrions mettre en évidence concerne la nécessité de la reconnaissance d'un droit à l'oubli au profit des entreprises qui ont fait l'objet d'une procédure collective. En effet, les entreprises qui ont prouvé leur capacité de réorganisation et qui ne présentent plus un risque particulier pour leurs partenaires doivent pouvoir repartir de nouveau. Elles ne doivent pas être sanctionnées par leur passé. Le maintien des mentions relatives à leurs procédures collectives pourrait être, en effet, un obstacle à la conclusion des nouveaux contrats et à l'obtention des nouveaux crédits.

À l'origine, la radiation était prévue justement à la clôture de la procédure collective après l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou en application des articles L. 622-12 et L. 631-16 du Code de commerce. Il s'agit dans cette dernière hypothèse de la disparition des difficultés qui ont conduit à l'ouverture de la procédure de sauvegarde ou de la capacité du débiteur en redressement judiciaire de désintéresser ses créanciers et de s'acquitter des frais de la procédure collective¹⁵⁰³.

1503 C. com., art. R. 123-135.

Conscient de la nécessité de donner aux entreprises qui ont prouvé leur capacité de réorganisation une deuxième chance et de les placer sur le même pied d'égalité que les nouvelles entreprises, le législateur a élargi le champ du droit à l'oubli. La nouvelle rédaction de l'article R. 626-20 du Code de commerce donne aux débiteurs, bénéficiaires des plans de sauvegarde en cours d'exécution depuis deux ans, la possibilité de demander la radiation de ces mentions. Le décret n° 2011-1836 du 7 décembre 2011 a largement amélioré la portée de ce droit. Désormais, la radiation est prévue en cas de clôture de la procédure collective en application des articles L. 622-12, L. 631-16 et L. 626-28 du Code de commerce ou encore à l'expiration d'un délai de deux ans d'exécution du plan de sauvegarde ou de cinq ans du plan de redressement judiciaire.

614. Malgré cette radiation, ces entreprises restent stigmatisées par le système de cotation de la Banque de France. En vertu de ce système, les dirigeants des entreprises qui ont fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire au cours des trois dernières années sont classés et fichés à la Banque de France¹⁵⁰⁴. En effet, il était souhaitable de réviser ce système de cotation qui s'oppose aux objectifs des réformes successives des procédures collectives.

Par un décret n° 2013-799 du 2 septembre 2013, le gouvernement a supprimé le fichier "040" pour donner un coup de pouce aux dirigeants qui veulent lancer des nouvelles affaires¹⁵⁰⁵. Mais, une autre atteinte plus technique et plus complexe suscitera encore la réflexion des praticiens du droit. Il s'agit de la protection de l'image des entreprises contre les grands serveurs de l'internet. En mémorisant toutes les informations, ces serveurs pourront stigmatiser les entreprises qui ont prouvé leur capacité de réorganisation par le stockage et l'archivage de leur passé. Car, une information relative à la défaillance d'une grande entreprise a tendance à être plus pertinente que la réussite de son plan de sauvegarde ou de redressement : les bonnes nouvelles passent inaperçues.

1504 C. mon. finan. art. D. 144-12.

1505 Suppression du code 040 de la base de données du FIBEN de la Banque de France, JCP E n° 37, 12 Septembre 2013, act. 656.

BIBLIOGRAPHIE :

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS ET MANUELS

- Académie des sciences commerciales**, Dictionnaire commercial, PUF, 1994 Paris.
- L. ANTONINI-COCHIN** et **L.-C. HENRY**, L'essentiel du droit des entreprises en difficulté, GUALINO, 3^{ème} éd. 2012.
- J. CARBONNIER**, Droit civil, T. *III*, Les biens, P.U.F., coll. Thémis 1991.
- M. COZIAN** et al. Droit des sociétés, Litec, 26^{ème} éd. 2013.
- F. DEKEUWER-DEFOSSEZ** et al. Droit commercial, Montchrestien, 10^{ème} éd. 2010.
- D. GIBIRILA**, Droit des entreprises en difficulté, Lextenso, éd. 2009.
- Y. GUYON**, Droit des affaires, T. 1, Economica, 12^{ème} éd. 2003.
- D. HOUTCIEFF**, Droit commercial, D, 3^{ème} éd. 2011.
- A. JACQUEMONT**, Droit des entreprises en difficulté, Litec, 8^{ème} éd. 2013.
- P.-M. LE CORRE**, Droit et pratique des procédures collectives, D, 7^{ème} éd. 2013/2014.
- D. LEGEAIS**, Droit commercial et des affaires, D, 19^{ème} éd. 2011.
- Droit des affaires, sociétés commerciales, Francis Lefebvre, 2009.
- P. MAISTRE DU CHAMBON** et al. Droit pénal des affaires, Litec, 3^{ème} éd. 2013.
- Ph. MERLE**, Droit commercial, Sociétés commerciales, D, 16^{ème} édition. 2013.
- J. MESTRE**
- Droit commercial, 24^{ème} éd., LGDJ.
 - Droit commercial, droit interne et aspects de droit international, LGDJ 29^{ème} éd., 2012.
- F. PÉROCHON**, Entreprises en difficulté, LGDJ 9^{ème} éd, 2012.

G. RIPERT et **R. ROBLOT**, Traité du droit commercial, LGDJ 18^{ème} éd. 2002.

Ph. ROUSSEL GALLE

- Entreprises en difficulté, LexisNexis, éd. 2012.
- Réforme du droit des entreprises en difficulté. De la théorie à la pratique, Litec, 2^{ème} éd. 2007.

C. SAINT-ALARY-HOUIN, Droit des entreprises en difficulté, LGDJ, 8^{ème} éd. 2013.

C. SAINT-ALARY-HOUIN, G. JAZOTTES, C. MASCALA, O. STAES, Les difficultés des entreprises : prévention des difficultés, règlement amiable, redressement judiciaire, liquidation judiciaire, LGDJ, 2002.

D. VIDAL

- Droit commercial, Lamy, éd. 2011.
- Droit des procédures collectives, GUALINO, 2^{ème} éd.
- Droit des sociétés, L. G. D. J., 6^{ème} éd. 2008.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX, THÈSES ET COLLOQUES

X. AGOSTINELLI, Le droit à l'information face à la protection civile de la vie privée, Librairie de l'Université d'Aix en Provence, 1994.

J. ALISSE, L'obligation de renseignement dans les contrats, Paris, 1975.

D. BASTIAN, Essai d'une théorie générale de l'inopposabilité, Université de Paris, Librairie du Recueil Sirey, éd. 1929.

J.-L. BAUDOIN, Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve, étude de droit québécois comparé au droit français et à la Common-Law, Université de Paris, LGDJ éd. 1965.

Y. BOYER, L'obligation de renseignement dans la formation du contrat, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1978.

L. BRUNEAU, Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant, Université de Toulouse I, 2005.

A. BURLAUD et al. Comptabilité et droit comptable, l'intelligence des comptes et leur cadre légal, Gualino Éditeur, éd. 1998.

- J. CALAIS-AULOY**, Essai sur la notion d'apparence en droit commercial, 1959.
- Y. DE CORDT** et al. La transparence en droit des sociétés et en droit financier, LANCIER, éd. 2008.
- O. DE MAISON ROUGE**, Le droit de l'intelligence économique, Lamy, éd. 2012.
- E. DEBOUDÉ**, Secret des affaires et confidentialité des procédures, Rapport au Congrès national des tribunaux de commerce, Nantes, 2 décembre 2011.
- G. DEVAUX**, La comptabilité publique, Presses Universitaires de France 1957.
- G. DOLIDON**, Les manipulations de marché, Revue Banque Édition 2003.
- M. FABRE-MAGNAN**, De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie, LGDJ 1992.
- M.-A. FRISON-ROCHE**, Secrets professionnels, Paris, Autrement, coll. Essais, 1999.
- Y. GUYON**, « *Le droit des contrats à l'épreuve du droit des procédures collectives* », mélanges J. GUESTIN, LGDJ 2001.
- J.-Ph. HAEHL** et al. « *Les principales innovations du décret du 21 octobre 1994* », Rapport de synthèse, p. 6, Colloque du CRAJEFE, tenu le 11 mars 1995 à Nice, Petites affiches 14 juin 1995, p. 39.
- D. HIEZ**, Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel, Université de Paris VII 2000, LGDJ, 2003.
- G. JAZOTTES**, « *Le privilège des créanciers postérieurs. Quel périmètre?* », Rapport lors du colloque "La loi du 25 janvier 1985 a vingt ans ! Entre bilan et réforme", Revue Lamy Droit des affaires Mars 2005.
- G. JAZOTTES** et **O. STAES**, « *Les premières difficultés d'application de la loi sauvegarde* », contribution au Colloque "Un an d'actualité en droit des affaires" organisé par le Centre de Droit des Affaires de l'Université des sciences sociales de Toulouse le 15 sept. 2006.
- O. KAHIL**, L'égalité des créanciers dans le cadre de la saisie attribution, Université Lille 2, 2011.
- E. LE CORRE-BROLY**, Crédit-bail mobilier et procédure collective, Université de Lille II, 1997.
- E. LEVY**, La confiance légitime, R.T.D. civil 1910.

S. LOYRETTE, Les contentieux des abus de marché, JOLY, 2007.

V. MANIE, Le sort des créanciers dans les plans de sauvegarde, de redressement et de cession de l'entreprise, Université Toulouse I - Sciences sociales, 2006.

J. MONÉGER et al. « *Secret et transparence, le vice ou la vertu?* », colloque organisé le 8 décembre 2004 par le CREDA, l'Ordre des avocats de Paris et l'Université Paris-Dauphine, Gaz. Pal. Cahier de droit de la concurrence interne et communautaire, n° 196 à 200 du 15-19 juillet 2005.

F. PASQUALINI, Le principe de l'image fidèle en droit comptable, Université de Paris 2, 1990, Litec 1992.

N. PICOD, La remise de dette en droit privé, Université de Toulouse 1 Capitole, 2011.

A. RIZZI, La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives, Université de Perpignan 2003, LGDJ, 2007.

A. SAYAG et al. Publicités légales et information dans les affaires, Litec, 1992.

M. SENECHAL, L'effet réel de la procédure collective : essai sur la saisie collective du gage commun des créanciers, Litec, 2002.

A. SYRINE, L'harmonisation communautaire et internationale de l'information légale financière, Université de Lille, 2008.

S. SYLVESTRE-TOUVIN, Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital, Université de Paris 1, 2002, Presses Universitaires d'Aix-Marseille 2003.

E. VUILLIEME-DONOT, La protection de la vie privée dans les pays latins et anglo-saxons, Université de Toulouse I, 2001.

III. ARTICLES ET CHRONIQUES

J.-K. ADOM, « *Le secret des affaires et la participation des salariés dans la gestion de l'entreprise* », Bull. Joly Sociétés, 01 février 2003 n° 2, p. 113 et s.

G. AMLON, « *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire- Organes, Contrôleurs* », J.-Cl. Proc. Coll., Fasc. 2245, 30 Janvier 2006.

P. ANCEL

- « *La rétroactivité et la sécurité des tiers* », RDC, 01 janvier 2008 n° 1, p. 35 et s.
- « *Privilège de Trésor* », J.-Cl. Proc. fisc. n° 2, Fasc. 582.

L. ANTONINI-COCHIN, « *L'effet réel de la procédure collective consacré par la Cour de cassation* », Gaz. Pal. 03 juillet 2010 n° 184, p. 13 et s.

A. ARSÉGUEL, « *Règles de consultation du comité d'entreprise sur la marche générale de l'entreprise* », Bull. Joly Sociétés, 01 mars 1998 n° 3, p. 245 et s.

G. AUZERO, « *L'obligation de discrétion des membres du comité d'entreprise précisée par la Cour de cassation* », Bull. Joly Sociétés, 01 décembre 2006 n° 12, p. 1429 et s.

J.-M. BAHANS, « *La date de clôture d'un exercice social doit-elle être fixe ou peut-elle être variable ? Note sur l'arrêt de la Cour d'appel de Paris 3e ch. sect. C, 21 mars 2000, n° 1999/24687* », Bull. Joly Sociétés, 01 octobre 2000 n° 10, p. 966 et s.

A. BAC, « *De la notion de contrat en cours dans le cadre des procédures collectives et de ses grandes conséquences, notamment pour les cautions* », JCP E n° 1, 6 Janvier 2000, p. 22 et s.

J.-F. BARBIÈRI

- « *Déclaration de créance par mandataire et délai pour justifier d'un mandat ad litem* ». Bull. Joly Sociétés, 01 juin 1997 n° 6, p. 583 et s.
- « *Dirigeants et associés d'une entreprise en difficulté : entre partenaires et débiteurs* », LPA 30 septembre 2008 n° 196, p. 6 et s.
- « *La déclaration de créance déroge à la représentation en justice des personnes morales* », LPA 01 août 2008 n° 154, p. 18.

A. BAREGE, « *Conditions d'engagement de la procédure d'alerte du comité d'entreprise* », JCP S n° 18, 3 Mai 2011, p. 1218 et s.

C. BARRAULT, « *De l'obligation de communiquer aux administrateurs représentants des salariés les documents nécessaires à l'exercice de leur mandat* », JCP S n° 9, 26 Février 2008, act. 109.

A.-S. BAUDRAN, « *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires. – Organes. – Expert en diagnostic d'entreprise* », J.-Cl. Commercial, 15 Avril 2011, Fasc. 2250.

E. BERNARD, « *L'activité économique, un critère d'applicabilité du droit de la concurrence rebelle à la conceptualisation* », RID éco. 2009/3, T. XXIII.

F. BORDAS, « *Devoirs professionnels des établissements de crédit, secret bancaire* », J.-Cl. Banque - Crédit – Bourse, Fasc. 141.

N. BORGA, « *Injonction de publication des comptes : non-renvoi d'une QPC* », Bull. Joly Entreprises en Difficulté, 01 mars 2013 n° 2, p. 72 et s.

A. BOUGNOUX, « *Titres subordonnés* », J.-Cl. Société formulaire, fasc. 630.

B. BOULOC, « *Le secret professionnel du banquier : principe et limites* », Gaz. Pal. 29 juin 2004 n° 181, p. 15 et s.

H. BOURBOULOUX, « *Confidentialité et transparence réconciliées pour la prévention et le traitement des difficultés* », Bull. Joly Entreprises en Difficulté, 01 mai 2012 n° 3, p. 183 et s.

M. BOURRIÉ-QUENILLET, « *La faute de gestion du dirigeant de société en cas d'insuffisance d'actif* », Pratique judiciaire, JCP E n° 8, 18 Février 1998, I p. 112 et s.

M.-E. BOURSIER, « *Chronique trimestrielle de droit pénal des affaires* », LPA 06 août 2012 n° 156, p. 6 et s.

D. BOUSTANI, « *La conservation du privilège des créanciers postérieurs* », LPA 11 février 2011 n° 30, p. 15 et s.

Ch. BRAVARD, « *Les greffiers des tribunaux de commerce au centre du dispositif légal des sûretés mobilières* », Rev. proc. coll. n° 6, nov. 2009, dossier 19.

A. BRUNET et M. GERMAIN, « *L'information des actionnaires et du comité d'entreprise dans les sociétés anonymes* », Rev. sociétés 1985, p. 1 et s..

D. CARBONNIER, « *Le crédit-bail : du bail au crédit* », Defrénois, 15 octobre 1991 n° 19, p. 1025 et s.

Éric A. CAPRIOLI, « *Vol et recel d'informations commerciales* », Communication Commerce électronique n° 3, mars 2011, comm. 30.

J.-F. CARRÉ, « *Le pouvoir du conseil d'administration d'engager la société à l'égard des tiers* », RJDA 2007/12, p. 1171 et s.

C. CHARBONNEAU, « *Consultation du comité d'entreprise en cas de cession de l'entreprise* », Cahiers sociaux, 01 juillet 2006 n° 182, p. 317 et s.

Y. CHAPUT

- « *La réforme de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises* », JCP E n° 38, 21 Septembre 1994, I, p. 3786 et s.
- « *Les groupements de prévention agréés* », LPA 29 nov. 1985, p. 9 et s.

M.-B. CRESCENZO-D'AURIAC, « *Devoir d'information et de conseil en matière d'assurance* », J.-Cl. Civil, Fasc. 6, 2005.

F. COHET-CORDEY, « *La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français* », RTD civ. 01/10/1996, p. 4, 819 et s.

E. COLLOMP, « *Chronique de droit bancaire (1re partie)* », LPA 16 janvier 2006 n° 11, p. 5 et s.

G. COUTURIER, « *Le plan de cession, instrument de restructuration des entreprises défaillantes* », Bull. Joly Sociétés, 01 février 2008 n° 2, p. 142 et s.

H. CROZE, « *Créances résultant du contrat de travail* », J.-Cl. Procédures Formulaire, Fasc. 45.

B. DAILLE-DUCLOS, « *L'application extensive du principe du contradictoire en droit des affaires : Le développement du devoir d'information, du devoir de loyauté et du respect des droits de la défense* », JCP E n° 50, 14 Décembre 2000, p. 1990 et s.

R. DAMMANN et al. « *La sauvegarde financière accélérée, analyse et perspectives d'avenir* », Recueil Dalloz 2011 p. 1429.

J.-M. DE BERMOND DE VAULX, « *Le secret des affaires à l'épreuve des mesures de prévention des difficultés des entreprises* », JCP E n° 40, 5 Octobre 1995, p. 493 et s.

F. DEBORD, « *Le nouveau règlement amiable* », LPA 19 avril 1995 n° 47, p. 12 et s.

M. DEL SOL et al. « *La protection de l'information confidentielle acquise par les salariés et leurs représentants* », JCP S n° 52, 23 Décembre 2008, p. 1666 et s.

Ch. DELATTRE

- « *La déclaration de créance effectuée par le syndic de copropriété, Annales des loyers* », 1/6/2003, 6, p. 805 et s.
- « *Le dépôt des comptes sociaux : outil de prévention* », Rev. proc. coll. n° 3, Juillet 2008, comm. 98.

M. DELHOMME, « *Le secret professionnel : l'exemple des commissaires aux comptes et des expert-comptables* », Bull. Joly Bourse, 01 mai 2009 n° 3, p. 229 et s.

D. DEMEYERE, « *Les fautes de gestion dans la responsabilité pour insuffisance d'actif des dirigeants sociaux* », Gaz. Pal. 06 avril 2013 n° 96, p. 13.

E. DERIEUX, « *Le droit de la communication à la lumière des droits de l'homme* », LPA 21 avril 2004 n° 80, p. 4 et s.

F. DERRIDA

– « *Inaliénabilité des biens indispensables à la continuation de l'entreprise* », LPA 08 février 1995 n° 17, p. 24 et s.

– « *La notion de contrat en cours à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire* », RJDA, 6/1993 p. 339.

F. DERRIDA et al. « *La situation des créanciers forclos dans les nouvelles procédures collectives* », LPA 03/2006, p. 7 et s.

A. DJIGO, « *Déclaration de créance par le syndic de copropriété, évolution ou révolution ?* », JCP E., n° 27, 3 Juillet 2003, p. 1030 et s.

A. DONNETTE, « *L'alerte du comité d'entreprise : une liberté surveillée* », Bull. Joly Entreprises en Difficulté, 01 juillet 2012 n° 4.

W. DROSS, « *La revendication dans les procédures collectives : une imposture ?* », Droit et Patrimoine, n° 200, p. 30 et s.

O. DUFOUR, « *Normalisation comptable : un modèle pour les juristes ?* », LPA 25 nov. 1998 n° 141, p. 9 et s.

M.-P. DUMONT-LEFRAND, « *Conventions de garantie et procédure collective* », Bull. Joly Sociétés, 01 octobre 2009 n° 10, p. 897 et s.

B. DUREUIL, « *Observations* », Rev. proc. coll. 1988, p. 373 et s.

L. DUTHEIL-WAROLIN, « *Le droit à l'information des salariés au sein de l'entreprise* », JCP E n° 3, 19 Janvier 2006, p. 1129 et s.

M. FALAISE, « *La sanction de l'acte irrégulier, distinction entre nullité et inopposabilité* », PA 27 août 1997, p. 5 et s.

B. FATIER, « *La réforme du secret bancaire* », LPA 26 septembre 2008 n° 194, p. 4 et s.

B. FAVAREL-VEIDIG, « *La procédure de revendication après l'adoption de la loi de sauvegarde des entreprises* », LPA 17 février 2006 n° 35, p. 53 et s.

Th. FAVARIO

- « *La faute de gestion au sens de l'article L. 651-2 du Code de commerce* », Rev. proc. coll. n° 3, Mai 2011, étude 15 et s.
- « *L'avocat en difficulté (application de la loi de sauvegarde à l'avocat exerçant en nom)* », Bull. Joly Sociétés, 01 juin 2006 n° 6, p. 691 et s.

B. FEUGERE, « *Le devoir de loyauté dans les cessions d'entreprises en difficulté* », Gaz. Pal. 05 décembre 2000 n° 340, p. 76 et s.

L. FIN-LANGER, « *Le droit d'alerte du comité d'entreprise peut il être exercé d'une manière abusive ?* » J.-Cl. proc. coll. Fasc. 2025.

J.-J. FRAIMOUT, « *Plan de cession, Conception et adoption* », J.-Cl. Commercial Fasc. 2730.

Ch. FREYRIA, « *Le commissariat aux comptes : Mission d'intérêt public ?* », JCP E n° 1, 4 Janvier 1996, p. 516 et s.

N. FRICERO, « *Les procédures collectives à l'épreuve du procès équitable* », in mélange, éd. Frison-Roche.

A. FRISON-ROCHE, « *Autorité de chose jugée et voies de recours dans les procédures collectives* », LPA 28 octobre 1998 n° 129, p. 16 et s.

M. GANDIN, « *Information et consultation des représentants des salariés dans le cadre de la prévention des difficultés* », JCP E n° 43, 26 Octobre 2006, p. 2557 et s.

Ch. GAVALDA, « *Crédit-bail mobilier- régime juridique et financier- fin du contrat* », J.-Cl. Banque - Crédit – Bourse, Fasc. 642.

D. GIBIRILA, « *Le relevé de forclusion du créancier en cas d'omission volontaire du débiteur* », Defrénois, 15 juillet 201 n° 13, p. 1480 et s.

M.-Ch. GLOTIN, « *Publicité au cours de la vie sociale* », J.-Cl. Sociétés Formulaire, Fasc. C-130.

Th. GRANIER

- « *Le commissaire aux comptes dans la société par actions simplifiée* », Bull. Joly Sociétés, 01 mars 2008 n° 3, p. 252 et s.
- « *Le secret professionnel du commissaire aux comptes et de l'expert-comptable face aux experts désignés dans le cadre de la mise en état ou dans celui de l'article 145 du Nouveau Code de Procédure Civile* », Rev. Sociétés, 01/04/1996, n° 2, p. 286 et s.

Y. GUYON

- « *L'information prévisionnelle* », JCP E 1985, I, p. 14608 et s.
- « *La transparence dans les procédures collectives* », LPA 21 avril 1999 n° 79, p. 8 et s.

J. HENROT, « *Financement LBO et entreprises en difficulté* », Rev. droit bancaire et financier, mai 2008, n° 3, dossier n° 20.

L.-C. HENRY

- « *La coopération entre professionnels et entre juridictions* », Bull. Joly Entreprises en Difficulté, 01 janvier 2012, n° 1, p. 58.
- « *Le plan de cession et la loi de sauvegarde des entreprises* », Gaz. Pal. 08 septembre 2005 n° 251, p. 39 et s.
- « *Les modifications apportées par l'ordonnance du 18 décembre 2008 à la fixation du passif non salarial dans les procédures collectives* », Gaz. Pal. 10 mars 2009, n° 69, p. 32.

H. HOVASSE, « *Responsabilité du commissaire aux comptes* », Droit des sociétés n° 12, Décembre 2004, comm. 218.

J. ISSA-SAYEGH, « *Définition et établissement du protêt* », J.-Cl. commercial, Fasc. 450, n° 1.

N. JACQUET, « *Médiation du crédit aux entreprises : quel bilan ?* », Gaz. Pal. 06 mars 2010 n° 65, p. 11 et s.

G. JAZOTTES, « *Les créanciers de l'article 40* », LPA 06 septembre 2000 n° 178, p. 36 et s.

E. JEANSEN, « *Manquement à l'obligation de discrétion* », JCP S n° 23, 5 Juin 2012, p. 1248 et s.

M. JEANTIN

- « *La loi du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés de l'entreprise* », D. 1984, p. 599 et s.
- « *Nature juridique de la déclaration des créances et conditions dans lesquelles une telle déclaration peut être effectuée par une autre personne que le créancier* », Bull. Joly Sociétés, 01 février 1994 n° 2, p. 196 et s.

R. KLEIMAN et al. « *Secret bancaire et transparence des opérations boursières : rôle et pouvoirs de l'Autorité des marchés financiers* », Gaz. Pal. 29 juin 2004 n° 181, p. 23 et s.

M.-C. LAMBERTYE-AUTRAND, « *Transparence du patrimoine et droits fondamentaux* », Rev. Lamy dr. aff. 1/2/2012, n° 68, p. 79 et s.

M. LAROCHE, « *Revendication et propriété : du droit des procédures collectives au droit des biens* », Defrénois, Paris 2007.

A. LATREILLE, « *Réflexion critique sur la confidentialité dans le contrat* », LPA 07 août 2006 n° 156, p. 4 et s.

P. LAVIGNE, « *La procédure de conciliation* », LPA 20 mars 2007 n° 57, p. 26.

P. LE CANNU, « *Délégations de pouvoir émanant du conseil d'administration* », Bull. Joly Sociétés, 01 décembre 2008 n° 12, p. 991 et s.

P.-M. LE CORRE

- « *Déclaration, vérification, admission des créances, auteur de la déclaration des créances* », Gaz. Pal. 11 février 2006 n° 42, p. 32 et s.
- « *Déclaration, vérification, admission des créances et procédure civile* », LPA 28 nov. 2008 n° 239, p. 72 et s.
- « *Droit réel, droit personnel et procédures collectives* », LPA 19 mai 1999 n° 99, p. 4 et s.
- « *Les nouvelles règles de fixation du passif du débiteur* », Gaz. Pal. 10 septembre 2005 n° 253, p. 17 et s.
- « *Principaux délais intéressant les créanciers* », J.-Cl. Commercial, Fasc. 2190.
- « *Revirement jurisprudentiel sur la preuve du mandat spécial du tiers déclarant la créance* », Bull. Joly Entreprises en Difficulté, 01 mars 2011 n° 2, p. 130 et s.

E. LE CORRE-BROLY et al.

- « *Entreprises en difficulté* », Gaz. Pal. 03 juillet 2010 n° 184, p. 17 et s.
- « *Entreprises en difficulté* », Gaz. Pal. 08 octobre 2011 n° 281, p. 20 et s.

C. LEBEL

- « *Innovations apportées aux plans de sauvegarde et de redressement par la loi de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010* », Gaz. Pal. 08 janvier 2011 n° 8, p. 9 et s.
- « *L'information des actionnaires des sociétés anonymes, Journal des Sociétés, 01 décembre 2011* », n° 93, p. 14 et s.

A. LECOURT, « *La présentation des comptes sociaux par l'ancien gérant* », Bull. Joly Sociétés, 01 octobre 2008 n° 10, p. 786 et s.

Ch. LEGUEVAQUES, « *L'égalité des créanciers dans les procédures collectives : flux et reflux* », Gaz. Pal. 06 août 2002 n° 218, p. 2 et s.

S. LITOU, « *Le contrôle des comptes en France et aux États-Unis* », LPA 25 juillet 1997 n° 89, p. 11 et s.

F.-X. LUCAS

- « *Confidentialité du plan de sauvegarde ou de redressement : la radiation des mentions au RCS* », L'ESSENTIEL droit des entreprises en difficulté, 15 janvier 2012 n° 1, p. 1 et s.
- « *Conséquences de l'effet réel de la procédure collective en cas de liquidations judiciaires successives* », L'ESSENTIEL Droit des entreprises en difficulté, 01 mai 2010 n° 5, p. 1 et s.
- « *Les innovations introduites par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 : morceaux choisis* », LPA 22 avril 2010 n° 80, p. 47 et s.
- « *Retour sur la navrante condamnation de la saisine d'office* », Bull. Joly Entreprises en Difficulté, 01 janvier 2013 n° 1, p. 1 et s.

F.-X. LUCAS et **H. LÉCUYER**, « *La loi de sauvegarde, article par article* », LPA 08 février 2006 n° 28, p. 4 et s.

A. MAIROT, « *La réserve de propriété analysée en une obligation réelle* », Defrénois, 30 mars 2007 n° 6, p. 399 et s.

M. MALAURIE-VIGNAL

- « *Clause de non occurrence* », J.-Cl. Contrats distribution, fasc. 125.
- « *Réflexions sur la protection du patrimoine informationnel de l'entreprise contre le piratage économique* », Recueil Dalloz 2012 p. 1415 et s.

P. MARTIN, « *Le secret des affaires et la proposition de loi adoptée en première lecture le 23 janvier 2012* », Gaz. Pal. 03 juillet 2012 n° 185, p. 19 et s.

A. MARTIN-SERF

- « *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, mesures et actes conservatoires* », J.-Cl. proc. coll. Fasc. 2310, 15 nov. 2010.
- « *Tout en restant chef dans son entreprise* », LPA 14 juin 2007 n° 119, p. 21 et s.

J.-B. MATTRET, « *Normalisation comptable* », J.-Cl. Coll. terri. Fasc. 2040.

J.-L. MEDUS, « *De quelques problématiques contemporaines de droit comptable* », LPA 04 février 1999 n° 25, p. 13 et s.

M. MEKKI, « *Le patrimoine aujourd'hui* », JCP E n° 46, 14 nov. 2011, doct. 1258.

J. MESTRE, « *Transparence et droit des contrats* », RJ com, n° spécial, nov. 1993.

A. MIKOL, « *L'image fidèle : Le rôle central de l'annexe* », LPA Fasc. 7, 12 avril 2007 n° 74, p. 3 et s.

M.-H. MONSERIÉ-BON

- « *La procédure de sauvegarde Ire partie : Se mettre sous la protection de la justice* »..., LPA, 14 juin 2007 n° 119, p. 14 et s.
- « *Représentation sur représentation ne vaut : le tuteur n'est pas le gérant* », Bull. Joly Sociétés, 01 nov. 2012 n° 11, p. 770 et s.

Th. MONTERAN

- « *L'influence des procédures collectives sur la poursuite et la fin des contrats* », Gaz. Pal. 2003 doct. p. 2 et s.
- « *Présentation générale de la prévention et de la procédure de conciliation* », Gaz. Pal. 08 septembre 2005 n° 251, P et s.

B. MOREAU, « *Secret bancaire et communication de pièces* », Gaz. Pal. 29 juin 2004 n° 181, p. 19 et s.

P. MORVAN, « *Le droit social dans la réforme du droit des entreprises en difficulté* », JCP E n° 42, 20 Octobre 2005, p. 1511 et s.

J. PAILLUSSEAU, « *L'alerte du commissaire aux comptes dans la SAS, La notion de compatibilité dans le droit de la SAS* », JCP E n° 43, 26 Octobre 2000, p. 1697 et s.

I. PARACHKÉVOVA, « *L'injonction de déposer les comptes annuels dans le cadre de la prévention-détection est conforme à la Constitution (pour l'instant...)* », Bull. Joly Sociétés, 01 avril 2013 n° 4, p. 270 et s.

G.-A. PELLIER, « *Le privilège de la publicité des créances fiscales* », LPA 03 mars 2001 n° 62, p. 25 et s.

F. PÉROCHON

- « *Et pourtant, le créancier n'est pas l'ennemi* », Bull. Joly Entreprises en Difficulté, 01-septembre-2011 n° 4, p. 233 et s.
- « *La procédure des revendications et des restitutions dans les procédures collectives* », LPA 28 nov. 2008 n° 239, p. 56 et s.
- « *Les créanciers postérieurs et la réforme du 26 juillet 2005* », Gaz. Pal. 08 septembre 2005 n° 251, p. 57 et s.
- « *Les propriétaires* », Gaz. Pal. 05 nov. 2005 n° 309, p. 55 et s.

C. PEROT-REBOUL, « *Les plans dans la loi de sauvegarde des entreprises* », LPA 17 février 2006 n° 35, p. 30 et s.

I. PERRUCHOT, « *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires, Organes, Administrateur judiciaire* », J.-Cl. Fasc. 2226.

Ph. PETEL et **J.-L. BRENAC**, « *Les créances de procédure* », Rev. proc. coll. avr.-mai-juin 2008, n° 2, p. 104 et s.

M. PETOT-FONTAINE, « *Comptes sociaux* », J.-Cl. Société Traité, Fasc. 46-30.

Y. PICOD, « *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat* », JCP G 88, I, 3318, n° 15.

N. PIERRE, « *Appréciation et pouvoirs du comité d'entreprise lors du déclenchement et de la poursuite de la procédure d'alerte* », RTD com. 2007, p. 733 et s.

G. PIGNARRE, « *Vie personnelle du salarié et contrat de travail* », LPA 07 mars 2006 n° 47, p. 3 et s.

D. PORACCHIA, « *Responsabilités dans l'élaboration des informations financières relatives à la société et indépendance des commissaires aux comptes* », LPA 17 octobre 2002 n° 208, p. 4 et s.

M.-A. RAKOTOVAHINY, « *L'inopposabilité dans les procédures collectives* », LPA 05 juillet 2011 n° 132, p. 6 et s.

F. REILLE

- « *Échappatoire du créancier forclos : éclairage d'une construction prétorienne en sursis* », Bull. Joly Sociétés, 01 mars 2010 n° 3, p. 259 et s.
- « *Les retouches apportées au sort des créanciers postérieurs élus* », Gaz. Pal. 07 mars 2009 n° 66, p. 38 et s.

S. RETIF

- « *L'extension des procédures collectives aux professions libérales* », Rev. proc. coll. 2006/2, p. 152 et s.
- « *Observations à propos du plan de cession de l'entreprise libérale individuelle* », Rev. proc. coll. 2006/3 p. 232 et s.

J.-L. ROSSIGNOL, « *L'État et la comptabilité de l'entreprise* », LPA 30 septembre 2005 n° 195, p. 4 et s.

Ph. ROUSSEL GALLE

- « *La déclaration de créances et les sûretés réelles* », LPA 11 février 2011 n° 30, p. 37 et s.
- « *La liquidation judiciaire : rapidité, simplicité, efficacité* », LPA 14 juin 2007 n° 119, p. 34 et s.
- « *La théorie du patrimoine et le droit des procédures collectives* », Revue Lamy Droit Civil, 01/12/2010, n° 77, p. 84 et s.
- « *Les créanciers antérieurs* », Gaz. Pal. 11 février 2006 n° 42, p. 27 et s.
- « *Premières vues sur la Sauvegarde Financière Accélérée et sur les modifications apportées au droit des entreprises en difficulté par la loi du 22 octobre 2010* », JCP E n° 44, 4 nov. 2010, act. 591.

P. RUBELLIN

- « *Action en revendication du prix de revente d'un bien et cession de créance* », L'ESSENTIEL Droit des entreprises en difficulté, 01 février 2011 n° 2, p. 3.
- « *Constitutionnalité de l'injonction présidentielle de publication des comptes* », L'ESSENTIEL Droit des entreprises en difficulté, 15 février 2013 n° 2, p. 2 et s.

B. SAINTTOURENS, « *Déclaration de créance : pouvoirs du conseil d'administration, délégation et subdélégation* », Bull. Joly Sociétés, 01 août 2008 n° 8, p. 704 et s.

C. SAINT-ALARY-HOUIN

- « *À propos de l'« inopposabilité » des créances non déclarées* », Bull. Joly Entreprises en Difficulté, 01 juillet 2011 n° 3, p. 186 et s.
- « *Les privilèges de la procédure* », LPA 14 juin 2007 n° 119, p. 70 et s.
- « *« Sauvegarde et redressement judiciaire, Plan de redressement »* », J.-Cl. Proc. Coll., Fasc. 2630.

C. SAINT-ALARY-HOUIN et F. MACORIG-VENIER, « *Redressement et liquidation judiciaires. – Situation des créanciers. – Interdiction des inscriptions* », J.-Cl. Procédures collectives, Fasc. 2365.

R. SALOMON, « *L'originalité de la responsabilité disciplinaire des commissaires aux comptes, première partie* », D. société, avril 2002, chronique 5, n° 2.

É. SAVAUX, « *Les conditions de l'opposabilité de l'engagement aux tiers* », RDC, 01/04/2012 n° 2, P. 663 et s.

B. SOINNE

- « *La procédure d'alerte instituée par la loi du 1er mars 1984 et la mission du commissaire aux comptes* », JCP E n° 43, 24 octobre 1985, p. 14563 et s.
- « *La réforme des procédures collectives : la confusion des objectifs et des procédures* », Rev. proc. coll. 2004, p. 81, n° 30.

O. STAES

- « *Application dans le temps de la loi de sauvegarde à une procédure-sanction à l'encontre du dirigeant* », Bull. Joly Sociétés, 01 sept. 2007 n° 9, p. 946 et s.
- « *Les aspects procéduraux de la réforme du droit des difficultés des entreprises* », Droit et Patrimoine, mars 2006, p. 60.

O. STAES et F. LEGRAND, « *La détermination du patrimoine du débiteur* », colloque Pratique, contentieux et réforme de la loi sauvegarde à Toulouse les 17 et 18 janvier 2008, Rev. proc. coll. 2008, N° 2, dossier, p. 106.

M. STORCK, « *Les obligations d'information, de conseil, et de mise en garde des prestataires de services d'investissement* », Bull. Joly Bourse, 01 mai 2007 n° 3, p. 311 et s.

G. TEBOUL

- « *De quelques chiffres et décisions en matière d'entreprises en difficulté* », LPA 23 avril 2013 n° 81, p. 4 et s.
- « *La bonne foi et les procédures collectives* », Gaz. Pal. 17 mars 2009 n° 76, p. 20 et s.
- « *La réforme de la prévention et des procédures collectives* », Gaz. Pal. 09 décembre 2000 n° 344, p. 2 et s.
- « *Le devoir de loyauté dans la prévention des difficultés des entreprises* », Gaz. Pal. 05 décembre 2000 n° 340, p. 71 et s.
- « *Vers une nouvelle réforme de la prévention des difficultés des entreprises ?* », Bull. Joly Entreprises en Difficulté, 01 mars 2013 n° 2, p. 117 et s.

F. TERRÉ, « *Sécurité juridique et annonces légales* », Gaz. Pal. 11 octobre 2008 n° 285, p. 2 et s.

B. THULLIER, « *Cession judiciaire des contrats et loi de sauvegarde des entreprises: moins d pouvoirs pour le juge* », D., 2006, p. 130 et s.

J. VALLANSAN

- « *La conciliation, rapidité, souplesse et confidentialité ?* », LPA 14 juin 2007 n° 119, p. 9 et s.
- « *Redressement et liquidation judiciaires, situation du vendeur de meubles* », J.-Cl. Procédures collectives, Fasc. 2550.
- « *L'information des créanciers* », LPA 14 juin 1995 n° 71, p. 16 et s.

C. VAN DEN BUSSCHE, « *La protection pénale contre l'espionnage des secrets d'affaires* », LPA 13 nov. 1995 n° 136, p. 9 et s.

D. VIDAL, « *Prévention des difficultés des entreprises* », J.-Cl. Procédures collectives, Fasc. 2025, 1/12/2005.

N. VIGNAL, « *La transparence en droit privé des contrats. Approche critique de l'exigence* », Revue internationale de droit comparé, Vol. 51 n°3, Juillet-septembre, p. 718 et s.

M. VIVANT et al. « *Droit de l'informatique* », JCP E n° 48, 01/12/2011, p. 1859 et s.

D. VOINOT, « *Effectivité et efficacité de la réserve de propriété après la réforme du droit des sûretés* », LPA 27 mars 2008 n° 63, p. 43890 et s.

C. WITZ, « *Droit de gage général* », J.-Cl., civil.

B. ZABALA, « *Prévention des difficultés des entreprises et obligation d'information du public* », JCP E n° 19, 8 Mai 2008, p. 1598 et s.

IV. JURISPRUDENCE COMMENTÉE

(Liste non exhaustive)

E. AGOSTINI, note sous CA Paris, 1^{er} février 1989, D. 1989, IR, p. 80, D. 1990, jur. p. 48 et s.

A. AMALVY et F. DERRIDA, note Cass. com., 16 nov. 1993, n° 91-18576, D., 1994, p. 157 et s.

J.-F. BARBIERI, note sous Cass. com., 29 oct. 2003 n° 00-21.947, JCP E 2004, II p. 335 et s.

A. BAREGE, note sous Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 10-30.126, JCP S n° 18, 3 Mai 2011, p. 1218 et s.

A. BATTEUR, note sous Com. 25 juin 1991, n° 89-20.506, D. 1992. P. 249 et s.

B. BOULOC

- note sous Cass. com., 25 juin 1991, n° 89-20.506, RTD com. 1992, p. 448 et s.
- note sous Cass. crim, 26 oct. 1995, n° 94-83.780, Rev. Sociétés 1996, p. 326 et s.
- note sous Cass. com., 14 nov. 2000, n° 99-84.522, RTD Com. 2001 p. 526 et s.

Th. BONNEAU, note sous Cass., com., 13 nov. 2003, n° 00-19.573, Banque et droit n° 94, mars-avril 2004, p. 57 et s.

F. BOUSEZ, note sous Cass. soc., 26 oct. 2010, n° 09-42.740, JCP S 2010, p. 1509 et s.

M.-L. BELAVAL, note sous Cass. com., 17 févr. 2009, n° 08-13728, D. 2009, chron. p. 1240, spéc. n° 1.

P. BOUZAT, note sous Cass. crim 1^{er} mars 1989, n° 88-82.815, Bull. crim., n° 100.

M. CABRILLAC

- note sous Cass. com., 11 avril 1995, n° 92-20985, RTD com. 1995, p. 635 et s.
- note sous Cass. com., 13 juin 1995, n° 93-18.375, JCP E 1995. I. 513, n° 11.
- note sous Cass. com., 24 nov. 1998, n° 96-13.841, JCP E 1999, p. 811, n° 7.
- note sous Cass. 26 mars 2002, n° 99-13.810, RTD Com, 2002, n° 3, p. 523.
- note sous Cass. com., 1^{er} déc. 2009, n° 08-13.187, JCP G 2010, 401, n° 12.

M.-J. CAMPANA et J.-M. CALENDINI, note sous Cass. com., 14 décembre 1993, n° 93-12543, JCP E 1994. II, p. 573 et s.

E. CAPRIOLI, note sous TGI Clermont-Ferrand, 26 sept. 2011, CCE 2012.

G. CHABOT, note sous Cass. com., 16 décembre 2008, n° 07-19777, LPA 29 mai 2009 n° 107, p. 10 et s.

Y. CHARTIER, note sous Cass. com., 14 décembre 1993, n° 93-12543, Rev. Sociétés 1994, p. 100 et s.

E. CHEVRIER, note sous Cass. com., 24 avr 2007, n° 0521.477, D. 2007 p. 1344 et s.

F.-J. CRÉDOT et Y. GÉRARD, note sous Cass., com., 13 nov. 2003, n° 00-19573, RD bancaire et fin. n° 4, juillet-août 2004, p. 242 et s.

P. CROCQ, note sous Cass. com., 1^{er} déc. 2009, n° 08-13.187, RTD com. 2010, p. 361 et s.

Ch. DELATTRE, note sous Cass. com., 15 janv. 2013, n° 12-40086 QPC, Rev. proc. coll. 01/03/2013, n° 2, p. 22 et s.

F. DERRIDA, note sous CA Rennes, 7 juill. 1993, D. 1996, somm. p. 7 et s.

S. DETRAZ

- note sous Cass. crim. 4 mars 2008 n° 07-84.002, D. 2008. 2213.
- note sous Cass. crim. 20 oct. 2010, n° 09-88.387, JCP 2010. 1273.

J.-P. DINTILHAC, note sous Cass. crim, 26 oct. 1995, n° 94-83.780, RSC 1996. 138.

J. FRANCILLON, note sous Cass. crim., 4 mars 2008 n° 07-84.002, RSC 2009, p. 131 et s.

S. GORRIAS

- note sous Cass. com., 7 juin 2005, Gaz. Pal. 2005, n° 3, p. 22 et s.
- note sous Cass. com., 19 févr. 2008, Gaz. Pal. 2008, n° 2, p. 18 et s.

Th. GRANIER, note sous Cass. com., 14 nov. 1995, Rev. Sociétés, 1996, p. 287 et s.

Y. GUYON, note sous CA Paris, 4 juin 1996, Rev soc. 1996 p. 851 et s.

L.-C. HENRY

- CC, 7 décembre 2012, n° 2012-286, Rev. sociétés, 2013, p. 177.
- Cass. com. 26 mars 2013, Rev. sociétés, juin 2013, p. 382.

A. HONORAT

- note sous Cass. com., 23 juin 1998, n° 96-12.632, D. 1999, p. 71 et s.
- note sous Cass. com., 24 nov. 1998, n° 96-13.841, D. Aff. 1999, p. 522 et s.
- note sous Cass. ass. plén. 4 févr. 2011, n° 09-14.619, D. 2011. 439.

J. HUET, note sous Cass. crim., 1^{er} mars 1989, n° 88-82.815, D. 1990. 230.

E. JEANSEN, note sous Cass. soc., 6 mars 2012, n° 10-24367, JCP S n° 23, 5 Juin 2012, 1248.

M. JEANTIN, note sous Cass. com., 14 décembre 1993, n° 93-12543, Bull. Joly Sociétés 1994, p. 196, § 48.

J.-Y. KERBOURC'H, note sous Cass. soc., 12 juillet 2006, n° 04-47.558, JCP S 2006, p. 1952 et s.

M.-A. LAFORTUNE, note sous Cass. com., 10 décembre 2002, n° 00-10824, LPA 17 décembre 2002, p. 10 et s.

E. LE CORRE-BROLY

- note sous Cass. com., 4 janv. 2000, n° 96-19.511, D. 2000, p. 533 et s.
- note sous Cass. com., 17 févr. 2009, n° 08-13728, Gaz. proc. coll. 2009/2, p. 31, n° 1.
- note sous Cass. com., 16 mars 2010, n° 09-13511, Gaz. Pal. 3 juill. 2010, n° 184, p. 34 et s.

F. LEGRAND et M.-N. LEGRAND, note sous Cass. com., 30 oct. 2012, n° 11-22.836, Rev. proc. coll. n° 3, Mai 2013, comm. 70.

A. LIENHARD

- note sous Cass. com., 28 sept. 2004, n° 02-18014, D. 2004, n° 37, p. 2714 et s.
- note sous Cass. com., 22 janv. 2008, n° 06-20379, D., 2008, p. 473 et s.
- note sous CC, 7 décembre 2012, n° 2012-286, Recueil Dalloz 2012 p. 2446 et s.

A. LUCAS

- note sous Cass. crim., 1^{er} mars 1989, n° 88-82.815, JCP E 1990. II, p. 15761 et s.
- note sous Cass. com., 10 décembre 2002, n° 00-10824, Revue du droit bancaire et financier, 2003, n° 36.

F.-X. LUCAS, note sous CC, 7 décembre 2012, n° 2012-286, Bull. Joly Entreprises en Difficulté, 01 janvier 2013 n° 1, P.

F. MACORIG-VENIEZ

- note sous Cass. com., 24 mars 2009, pourvoi n° 08-11.055, Rev. proc. coll. n° 5, septembre 2009, comm. 114.
- note sous Cass. soc., 18 janv. 2011, n° 10-30.126, RTD Com, 2011, n° 11, p. 411 et s.
- note sous Cass. com., 30 oct. 2012, n° 11-22.836, Bull. Joly Entreprises en Difficulté, n° 1, 2013, p. 22 et s.

A. MARTIN-SERF, note sous Cass. com., 17 févr. 2009, n° 08-13728, RTD com. 2009, p. 450, spéc. n° 1.

- note sous Cass. com., 14 décembre 1993, n° 93-12543, RTD com. 1994, p. 364 et s.
- note sous Cass. com., 24 nov. 1998, n° 96-13.841, RTD com. 1999. 754.
- note sous Cass. com., 26 oct. 1999, n° 97-12092, RTD com. 2001, p. 226 et s.
- note sous Cass. com., 4 janv. 2000, n° 96-19.511, RTD com. 2002, p. 160 et s.
- note sous Cass. com., 22 janv. 2008, n° 06-20379, RTD Com, 2009, n° 1, p. 204 et s.
- note sous Cass. com., 1^{er} déc. 2009, n° 08-13.187, RTD com. 2010, p. 424.

H. MATSOPOULOU, note sous Cass. com., 11 avril 1995, n° 92-20985, D.1996, p. 573 et s.

Ph. MERLE, note sous Cass. com., 14 nov. 1995, n° 93-10.937, Bulletin du Conseil National des Commissaires aux, 1995, p. 520 et s.

J. MESTRE

- note sous Com. 25 juin 1991, n° 89-20.506, RTD civ. 1992. 390.
- note sous Cass. com., 2 mars 1993, n° 90-21.353, Rev. proc. coll. 1993, p. 289 et s.

M.-H. MONSERIE-BON, sous Cass. com., 5 nov. 2003, n° 01-01.076, Rev. proc. coll. 2004, p. 379 et s.

C. NEAU-LEDUC, note sous Cass. soc., 12 oct. 2005, n° 04-15, n° 2005-030204, JCP S 2005, 1377.

L. NURIT-PONTIER, note sous Cass. com., 22 janv. 2008, n° 06-20379, Bull. Joly Sociétés, 2008, p. 419. § 90.

F. PÉROCHON

- note sous Cass. com., 13 juin 1995, n° 93-18.375, D. 1996, somm. 211.
- note sous Cass. com., 30 octobre 2007, n° 06-18.328, F-D, Gaz. proc. coll. 2008-1, 24 janvier 2008, p. 67 et s.
- note sous Cass. com., 1^{er} déc. 2009, n° 08-13.187, Gaz. Pal. 16-17 avr. 2010, p. 42 et s.

F. PETIT, note sous Cass. soc., 10 juillet et de 15 septembre 2002, JCP G 2002, II, p. 10162 et s.

E. RAVIER, note sous Cass., soci. 7 octobre 1997, n° 95-40.057, Décideurs Juridiques et Financiers, 01/10/2008, n° 98, p. 64 et s.

J.-H. ROBERT, note sous Cass. crim, 26 oct. 1995, n° 94-83.780, Dr. pén. 1996, comm. 189.

Ph. PETEL

- note sous Cass. com., 26 oct. 1999, n° 97-12092, JCP E 2000, n° 4, p. 128, § 9.
- note sous Cass. com., 28 sept. 2004, n° 02-18014, JCP E 2005, 31, n° 3.
- note sous Cass. com., 17 févr. 2009, n° 08-13728, JCP E 2009, 1347, spéc. n° 7.
- note sous Cass. ass. plén. 4 févr. 2011, JCP E 2011. 1263, n° 7.

R. PATRICK, note sous Cass. soc., 6 nov. 2001, n° 99-43.988, Semaine sociale Lamy, 03/05/2004, n° 1167, p. 7 et s.

Th. REVET, note sous Cass. com., 26 nov. 2002, n° 01-03.980, RTD civ. 2003, p. 316 et s.

Ph. ROUSSEL GALLE

- note sous Cass. com., 24 mars 2009, pourvoi n° 08-11.055, Gazette du Palais, 28 juillet 2009 n° 209, p. 29 et s.
- note sous Cass. ass. plén. 4 févr. 2011, Rev. sociétés 2011. 387.

B. SAINTOURNES, note sous Cass. com., 29 oct. 2003 n° 00-21.947, Bull. Joly Sociétés 2004, p. 92 et s.

Y. SERRA

- note sous Cass. soc., 27 juin 1984, D. 1985. I.R. 155.
- note sous Cass. soc., 2 mars 1990, D. 1990, somm. p. 336 et s.
- note sous Cass. soc., 15 février 1995, D. 1997, somm. p. 106.
- note sous Cass. soc., 10 juillet et de 15 septembre 2002, D. 2002, jurispr. p. 2491.

B. SOINNE, note sous CA Paris, 24 oct. 1995, Rev. proc. coll. 1996, p. 372 et s.

O. STAES, note sous Cass. com., 8 mars 2011, n° 09-71764, Bull. Joly Entreprises en Difficulté, 01 juillet 2011 n° 3, P. 200.

J. STOUFFLET, note sous Cass., com., 13 nov. 2003, n° 00-19573, JCP E. 2004. 736, n° 6.

G. TEBOUL, note sous CC, 7 décembre 2012, n° 2012-286, Bull. Joly Entreprises en Difficulté, 01 mars 2013 n° 2, p. 117 et s.

J. VALLANSAN

- note sous Cass. com., 3^{ème} chambre civile, 2 janvier 2003, n° 00-21.945, Bull., civ. III n° 21.
- note sous Cass. com., 28 sept. 2004, n° 02-18014, Act., proc. coll., 2004/17, n° 207.

M. VASSEUR, note sous Cass. com., 19 juin 1990, D.1992, som. com., 32.

R. VATINET, note sous Cass. soc., 10 juillet et de 15 septembre 2002, Dr. soc. 2002, p. 949 et s.

D. VIDAL, note sous Cass. com., 14 nov. 1995, n° 93-10.937, Droit des sociétés, 1996, comm. n° 4.

G. VIRASSAMY, note sous Cass. com., 25 juin 1991, n° 89-20.506, JCP E 1992. II, p. 303 et s.

INDEX

A

Accord amiable

- Force obligatoire 453
- Contenu 458
- Publicité 459
- *Voir conciliation*
- *Voir mandat ad hoc*

Accords de subordination

Actif 58

- Détermination 198 et s.
- Notion 58

Actions en cours 216

Actionnaire

- Approbation des comptes annuels 91 et s.
- Assemblée générale 92
- Droit d’alerte 145
 - *Voir alerte*
- Information

Activité

- Cessation
- Commerciale
- Économique 45
- Poursuite 192

Administrateur judiciaire

- Mission 198
- Nomination

Alerte

- Associés et actionnaires 145, **186**
- Comité d’entreprise 140, **182**
- Commissaire aux comptes 173
- Groupements de prévention agréés 147
- Organismes de sécurité sociale 169

- Président du tribunal 151
- Trésor public 167

Apparence juridique 12

Assignation 420

Augmentation du capital 309

- *Voir conversion des créances*

B

Bilan économique et social

- Auteur 284
- Contenu 288
- Élaboration 285

Bilan environnemental 300

Bonne foi 190, 342, 370

Bulletin officiel des annonces commerciales et civiles

- Insertion au BODACC 578
- Organisation 554
- *Voir registre du commerce et des sociétés*

C

Cessation des paiements 138, 282, 364, 420, 427 et 428.

Cession 303

- Biens susceptibles d’être cédés 350
- Contrats 354
- Partielle 303, **308**
- Publicité préalable à la cession 340
- Totale, **304**, 308

Cessionnaire

- Incompatibilité 345
- Information 342, **343**
- *Voir qualité de tiers*

Clause

- Non concurrence 377
- Reserve de propriété à titre de garantie 267

Comité d'entreprise

- Alerte **140**, 182
- Audition 485
- Consultation 486
- Représentant du personnel 482
- Responsabilité 141
- *Voir situation préoccupante*

Comité des créanciers

- Constitution 314
- Consultation 316

Commissaire à l'exécution du plan

- Désignation 332
- Pouvoirs 334
- Rapports 333

Commissaire aux comptes

- Alerte 173
- Impartialité 131
- Mission 129
- Responsabilité 136
- *Voir continuité de l'exploitation*

Comptabilité d'engagements

Comptabilité consolidée

- Critères de consolidation 68
- Notion de consolidation 66
- Périodicité des comptes consolidés 52

Comptabilité prévisionnelle

- Confidentialité 89
- Contenu 85
- Notion 77
- Personnes morales de droit privé ayant une activité économique 81
- Seuils 82
- Sociétés commerciales 79

Comptabilité rétroactive

- Comptes sociaux 60
 - Annexe 63
 - Approbation 91
 - Bilan 60

- Compte de résultat 62
- Dépôt des comptes Voir publicité des comptes
- Obligation d'établissement 43

- Livres comptables
 - Durée de l'exercice social 48
 - Grand livre 57
 - Journaux auxiliaires 56
 - Livre d'inventaire 58
 - Livre-journal 55
 - Période de référence 49

Conciliation

- Demande d'ouverture 429
- Désignation du conciliateur 432
- Constatation 457
- Homologation 455
 - Conditions d'homologation 458
 - Effets de l'homologation 459, **460**, 561
 - *Voir jugement d'homologation*
- Information des salariés 474

Confidentialité

- Confidentialité des procédures amiables 438
- Critères de la confidentialité 381, 441
- Notion 440
- Personnes soumises à la confidentialité 445

Continuité de l'exploitation

- Contrôle 129
- État de fonctionnement normal 4
- Fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation 155
- Notion 3

Contrat

- Cession des contrats 354
- Contrat en cours 215
 - *Voir liste des créances et des contrats en cours*
- Contrat publié 276

Contrôleurs 530

Conversion des créances 328

Coopération 16, 190, 197, 241, 305

- *Voir bonne foi*

Courrier

- Caractère professionnel 513
- Courrier électronique 512
- Remise des courriers 511
- Réexpédition des courriers 515
- *Voir secret de correspondance*

Créance

- Créance impayée 167
 - *Voir publicité des créances impayées*
- Créance inopposable 535, 538
 - *Voir inopposabilité de la créance*
- Créance-oubliée 536
 - *Voir relevé de forclusion*
- Créance postérieure 212
 - *Voir obligation d'information des créanciers postérieurs*
- Déclaration des créances *Voir ce mot*
- Extinction de la créance 334, 537
- État des créances 232
- Relevé des créances salariales 237

Créanciers

- Avertissement 222
- Consultation 323
 - *Voir comité des créanciers*
- Créanciers connus 229
- Délais de grâce 451
- Délais de paiement 311, 327
- Égalité des créanciers 324
- Gage commun des créanciers **194**, 324
- Remise des dettes 311, 327
- Sécurité juridique *Voir ce mot*
- Suspension provisoire des poursuites 450

D

Déclaration des créances

- Auteur 247

- Nature juridique 242

Déclaration d'insaisissabilité des biens 204

Dépôt au greffe du tribunal 572

- *Voir publicité*

Difficulté

- Nature des difficultés 156, **289**
- Notion 27
- *Voir indice de difficultés*
- *Voir prévention des difficultés*

Dirigeant

- Convocation 493
- Devoir de coopération 197
- Faute de gestion 291
- Interdiction de gérer 218

E

Enquête préalable au jugement d'ouverture 498

Équité 522

État nominatif des protêts 551

Expert en diagnostic

- Désignation 499
- Mission 501

F

Fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation 155

- *Voir continuité de l'exploitation*

Fonds propres de l'entreprise 309

G

Groupements de prévention agréés

- Statut juridique 147
- Alerte 172, 609
- Mission 148

I

Image fidèle de l'entreprise 64, 561

Indice des difficultés 156

Information

- Caractéristiques 557
 - Contrôle et surveillance 546
 - Exactitude de l'information 14
 - Image fidèle *Voir ce mot*
 - Régularité 558
 - Sincérité de l'information 559
- Information comptable et financière 39
 - *Voir comptabilité*
- Information confidentielle **381, 438, 441**
 - *Voir confidentialité*
- Information légale 19
 - *Voir publicité légale*
- Information préventive 26
- Information protectrice 29
- Notion 1

Inopposabilité

- Droit de propriété 274
- Créance 533
- Notion 582
- Secret bancaire 504
- Secret professionnel 503

Insolvabilité 191, 535

Inventaire 199

- Auteur 204
- Biens 200
- Garanties 201

J

Juge-commissaire

- Inopposabilité du secret 508
- Pouvoirs d'investigation 286

Jugement d'homologation

- Contenu 458

- *Voir publicité du jugement d'homologation*

Jugement d'ouverture

- Audition 485
- Demande d'ouverture 434
- *Voir publicité du jugement d'ouverture*

L

Liste des créances et des contrats en cours 214

Loyauté 16, 370, 375

M

Mandat ad hoc

- Demande d'ouverture 429
- Information des salariés 474
- Mandataire ad hoc 429, **432, 443**

Mauvaise foi 218, 219, 590

N

Notification 579

Nullité 582

O

Obligation de discrétion 378

Obligation d'information des créanciers postérieurs

- Notion 257
- Perte du privilège 587

Obligation d'information 17

Obligation de renseignement et de conseil 18

Offre de reprise

- Choix de l'offre 349
- Détermination des biens cédés 350
- Mentions obligatoires 348
- Publicité 355, 348
- Qualité de tiers 345

P

Passif

- Apurement 310
- Détermination du passif 212
- Fixation des créances 232
- Identification des créanciers 214
- Notion 61

Patrimoine

- Biens inclus dans le patrimoine de l'entreprise 265
 - *Voir revendication*
- Détermination 198
- Notion **14**, 193
- Universalité du patrimoine 194

Permanence des méthodes

- Évolution normale des règles comptables 6
- Notion 5

Plan

- Cession 340
- Continuation 332
- Force obligatoire 539
- Projet du plan 303
 - Élaboration 305
 - Contenu 308
 - Vote 314

Plan de financement prévisionnel 87

Prévention des difficultés 26

Prisée des biens 209

Privilège

- Conciliation 460
- Créanciers postérieurs 257
- *Voir registre des privilèges et des suretés*

Professionnels libéraux

- Clientèle 352
- Ordre professionnel ou autorité compétente 395
- Inventaire 208
- Liste des créanciers **134**, 397
- Secret 394

Publicité

- Publicité de l'état des créances 234
- Publicité des comptes sociaux 97
- Publicité des créances impayées 137
- Publicité des ordonnances du juge-commissaire 575
- Publicité des relevés des créances salariales 239
- Publicité du jugement d'ouverture 574
- Publicité légale 20
 - Publicité portable 553
 - Publicité quérable 547

R

Rapports

- Rapport du comité d'entreprise 183
- Rapport du commissaire à l'exécution du plan 333
- Rapports d'analyse 88
- Rapport de gestion 73

Réalité économique de l'entreprise 12

Registre du commerce et des sociétés 548

Registre des privilèges et des suretés 550

- *Voir privilège*

Relevé de forclusion 218, 536, 589

- *Voir créance-oubliée*

Répertoire des métiers 549

Revendication

- Conditions 270
- Contrat publié
- Dispense 276
- Domaine 265
- Formalité 272
- Obligation 264, **268**
- Restitution des biens 280
- *Voir Réserve de propriété à titre de garantie*

S

Salariés

- Alerte 140
- Audition 485
- Consultation 486
- Information 469, 473
- Représentant des salariés 482
- *Voir comité d'entreprise*

Secret bancaire

- Levée du secret bancaire 504, **507**
- Notion 387
- Protection du client 388, 504

Secret professionnel

- Notion 385
- Ordre public 503
- Levée du secret professionnel 507
- Applicabilité 389, **390, 394**

Secret de correspondance 514

Secret de fabrication 378

Secret des affaires

- Légitimité 402
- Notion 401
- Sanction 404
 - Abus de confiance 406

- Délit d'atteinte au secret d'affaires 408
- Responsabilité civile 407
- Vol de l'information 405

Sécurité juridique 544

Situation préoccupante

- Notion 159
- Qualification 161

Sort de l'entreprise en difficulté 283

T

Tenue des livres comptables

- Authentification des documents comptables 59
- Conservation des documents comptables 59
- Obligation 41

Transparence 25, 363, 518, 520, 345, 465

- *Voir publicité*

Tribunal

- Inopposabilité du secret 503
- Investigation 495
- Saisine d'office 153

TABLE DES MATIÈRES

<i>Liste des principales abréviations</i>	5
<i>Sommaire</i>	7
<i>Introduction</i>	9
<i>Partie première : La pluralité des auteurs de l'information</i>	27
Titre 1 : La complémentarité dans l'élaboration de l'information préventive	29
Chapitre 1 : Les obligations comptables et financières mises à la charge des dirigeants	31
Section 1 : L'élaboration des informations comptables et financières	33
§1) Les informations rétrospectives	34
A) L'obligation d'établir des informations comptables et financières rétrospectives	34
1) Les personnes concernées	35
a) Les commerçants personnes physiques ou morales	35
b) Les personnes morales de droit privé ayant une activité économique	36
2) La périodicité	38
B) Le périmètre des informations comptables et financières rétrospectives	41
1) Les livres comptables	42
a) Le livre-journal	42
b) Le grand livre	43
c) Le livre d'inventaire	43
2) Les comptes annuels	44
a) Le bilan	44
b) Le compte de résultat	45
c) L'annexe	46
3) Les comptes consolidés	47
a) La notion de consolidation	47
b) Le périmètre de la consolidation	48
4) Le rapport de gestion	50
§2) Les informations prévisionnelles	51
A) Le domaine de l'information prévisionnelle	52
1) Les entreprises concernées	52
2) Les seuils de l'obligation	53
B) Le contenu de l'information prévisionnelle	54

1) Les informations semestrielles	55
2) Les informations annuelles.....	55
Section 2 : La publication des informations.....	58
§1) L'approbation des comptes	58
A) La présentation des comptes à l'assemblée générale	58
B) La décision de l'assemblée générale	60
§2) Le dépôt des comptes	61
A) L'obligation de dépôt des comptes	61
1) Les personnes soumises à l'obligation de dépôt de comptes.....	61
2) L'assouplissement de l'obligation de dépôt des comptes.....	62
B) La répression des infractions relatives à l'obligation de dépôt des comptes	64
1) L'irrégularité des comptes	64
2) Le non dépôt des comptes.....	67
Chapitre 2 : L'information des dirigeants par les mécanismes d'alerte ...	75
Section 1 : Le déclenchement des procédures d'alerte	77
§1) La qualité des auteurs de la procédure d'alerte	77
A) L'obligation d'intervenir en cas de difficultés	77
1) Les diligences du commissaire aux comptes.....	78
2) L'obligation des organismes sociaux et du Trésor public de publier leurs créances impayées.....	82
B) Le droit d'intervenir	84
1) Le droit de demander d'explications	84
a) Le droit d'alerte du comité d'entreprise	84
b) Le droit d'alerte des associés et des actionnaires.....	87
2) Les prérogatives du président du tribunal et des groupements de prévention agréés	88
a) Les groupements de prévention agréés.....	89
b) Le président du tribunal.....	90
§2) Les facteurs de déclenchement des procédures d'alerte	93
A) Les facteurs de déclenchement des procédures d'alerte interne.....	93
1) Le fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation	93
2) L'affectation de la situation économique de l'entreprise	95
B. Les facteurs de déclenchement des procédures d'alerte externe.....	98
1) Tout indice de difficultés.....	99
2) Le défaut de paiements	100
Section 2 : Le déroulement des procédures d'alerte	103
§1) Le déroulement de l'alerte du commissaire aux comptes.....	104
A) La formalité propre aux sociétés anonymes.....	104
B) La formalité des autres sociétés et groupements	107
§2) Les interrogations des salariés et des associés	108
A) Le déroulement de la procédure d'alerte du comité d'entreprise.....	108
B) Le déroulement de la procédure d'alerte des associés et des actionnaires	110
Conclusion du titre 1	112
 Titre 2 : La coopération dans l'élaboration de l'information protectrice	 113

Chapitre 1 : L'élaboration des informations relatives au patrimoine de l'entreprise..... 117

Section 1 : La coopération du débiteur et des organes de la procédure..... 120

§1) La détermination de l'actif de l'entreprise	121
A) L'inventaire	122
1) Le contenu de l'inventaire	122
2) La qualité de l'auteur de l'inventaire	125
B) La prisée des biens	127
§2) La détermination du passif de l'entreprise.....	128
A) L'identification des créanciers	129
1) La liste des créanciers et des contrats en cours	130
2) L'avertissement des créanciers.....	134
B) La fixation des créances	140
1) L'état des créances	140
2) Les relevés des créances salariales	142

Section 2 : La coopération des partenaires de l'entreprise en difficulté 145

§1) L'apport informatif des créanciers.....	146
A) L'obligation des créanciers antérieurs de déclarer leurs créances	146
1) La nature juridique de la déclaration des créances	146
2) L'auteur de la déclaration des créances.....	149
B) L'obligation des créanciers postérieurs d'informer le mandataire judiciaire	153
§2) L'apport informatif des propriétaires des biens	156
A) L'obligation de revendication des biens	157
1) Le domaine de l'action en revendication.....	158
2) Les modalités de la revendication	160
B) La dispense de la revendication	164

Chapitre 2 : L'élaboration des informations relatives au sort de l'entreprise..... 167

Section 1 : La négociabilité du sort de l'entreprise..... 168

§1) La coopération dans l'élaboration du bilan économique, social et environnemental.....	168
A) La modalité d'élaboration du bilan	169
1) La qualité de l'auteur du bilan	169
2) Les sources d'information de l'auteur du bilan	169
B) Le contenu du bilan.....	171
1) La situation économique et sociale de l'entreprise	171
2) La situation environnementale de l'entreprise.....	176
§2) La coopération dans l'élaboration des plans	177
A) La préparation du projet de plan	178
1) La modalité d'élaboration du projet de plan	179
2) Les propositions du projet de plan	180
B) La consultation des créanciers	183
1) le vote du plan par les comités des créanciers	183
2) La consultation individuelle de droit commun	187

Section 2 : L'information sur le sort de l'entreprise..... 192

§1) À l'occasion du plan de continuation.....	192
---	-----

A) L'information sur l'exécution du plan.....	193
B) L'information sur la modification du plan	194
§2) À l'occasion du plan de cession.....	196
A) L'information des repreneurs éventuels de l'entreprise en difficulté	197
1) La publicité préalable à la cession.....	197
2) L'obligation d'information du cessionnaire	198
B) La transparence des offres de reprise.....	200
1) L'émission de l'offre de reprise.....	200
2) L'arrêté du plan de cession	203
Conclusion du titre 2	207
Conclusion de la première partie.....	209
<i>Partie seconde : La sélectivité des destinataires de l'information</i>	<i>211</i>
Titre 1 : Un accès limité à l'information pour les besoins de l'entreprise en difficulté.....	215
Chapitre 1 : Le sort du secret et des informations confidentielles en droit des entreprises en difficulté	219
Section 1 : L'applicabilité des mécanismes traditionnels du secret en droit des entreprise en difficulté	221
§1) La protection de l'entreprise contre l'indiscrétion des salariés.....	221
A) Les mécanismes de protection des informations confidentielles.....	222
1) Les obligations inhérentes au contrat du travail	222
2) Les autres obligations de sources légales.....	224
B) Les caractéristiques de l'information confidentielle	225
§2) L'impact du secret professionnel sur la circulation de l'information en droit des entreprises en difficulté.....	227
A) L'opposabilité du secret professionnel dans les procédures collectives	228
1) L'identification du secret professionnel.....	228
2) L'illustration de l'opposabilité du secret professionnel dans les procédures collectives	230
B) La prise en compte de la qualité du débiteur professionnel libéral.....	232
Section 2 : L'applicabilité de la théorie du secret des affaires en droit des entreprise en difficulté	235
§1) Le mécanisme du secret des affaires	236
A) La souplesse du secret des affaires	236
B) L'imprécision des conséquences de violation du secret des affaires	238
§2) Vers la consécration d'un délit d'atteinte au secret d'affaires.....	240
Chapitre 2 : La particularité du secret relatif aux difficultés de l'entreprise	243
Section 1 : La préservation du crédit de l'entreprise.....	244
§1. La gestion des informations secrètes.....	245
A) Le droit de se taire sur les difficultés passagères	245

B) Le choix des principaux créanciers.....	247
§2. Les pouvoirs des dirigeants dans le choix de la procédure.....	249
A) Le monopole des dirigeants sur la demande d'ouverture des procédures amiables 250	
B) Le monopole des dirigeants sur la demande d'ouverture de la procédure de sauvegarde 253	
Section 2 : La recherche de la confidentialité.....	256
§1 Le domaine de la confidentialité.....	257
A) La portée de la confidentialité de l'information.....	257
B) Les personnes soumises à l'obligation de confidentialité	259
§2 L'atteinte à la confidentialité	261
A) La prise de contact avec les créanciers	261
B) La sécurisation de l'accord amiable	262
1) Le choix libre de la modalité de sécurisation de l'accord	263
2) La motivation de la constatation ou de l'homologation	264
Conclusion du titre 1	268

Titre 2: L'utilisation de l'information pour les besoins de la procédure collective judiciaire..... 269

Chapitre 1 : Le partage finalisé de l'information 273

Section 1 : L'implication des salariés dans les procédures collectives 274

§1. Le droit à l'information des salariés.....	274
A) L'information préventive des salariés.....	275
B) L'information procédurale des salariés.....	277
1) L'accès des salariés aux demandes d'ouverture des procédures collectives.....	277
2) L'accès des salariés au déroulement de la procédure	280
§2) Du droit à l'information à la participation au déroulement de la procédure	281
A) La désignation des représentants des salariés.....	281
B) La multiplicité des obligations d'audition et de consultation des salariés.....	283

Section 2 : L'accessibilité de l'information aux acteurs de la procédure..... 286

§1) Les pouvoirs d'investigation	287
A) La récolte d'informations.....	287
B) La désignation d'expert en diagnostic de l'entreprise	290
§2) L'inopposabilité du secret.....	292
A) L'inopposabilité du secret professionnel	292
1) La levée du secret professionnel en droit commun.....	292
2) Les exigences du bon déroulement de la procédure collective	295
B) La levée du secret des correspondances	296
1) Le domaine de la levée du secret des correspondances	297
2) La formalité de la levée du secret des correspondances	298

Chapitre 2 : Le recours à la transparence de l'information..... 301

Section 1: Les objectifs de la transparence de l'information en droit des entreprises en difficulté..... 303

§1) Le respect de l'équité des procédures collectives	303
---	-----

A) L'égalité des créanciers.....	305
1) L'égalité en matière de transparence d'information.....	306
2) Les exceptions à l'égalité en matière d'information	308
B) La moralisation des procédures collectives.....	309
1) La moralisation du sort de la créance non déclarée.....	310
2) La moralisation du sort de l'entreprise en difficulté	313
§2) Le renforcement de la sécurité juridique.....	315
A) Le contrôle et la gestion de l'information	317
1) Le contrôle et la gestion des informations quérables	317
2) Le contrôle et la gestion des informations portables.....	320
B) La fiabilité de l'information.....	321
1) La fiabilité de l'information comptable et financière.....	322
2) La fiabilité de l'information en droit des entreprises en difficulté	326
Section 2: Les mécanismes de transparence de l'information.....	329
§1) La diversité des mécanismes de transparence de l'information	330
A) L'information destinée à toute personne intéressée	330
1) Le dépôt au greffe du tribunal.....	330
2) L'insertion au BODACC ou dans un journal d'annonces légales	334
B) Les notifications et les autres modes individuels d'information	335
§2) Les conséquences du non respect des mécanismes de transparence de l'information.....	336
A) L'applicabilité des sanctions du droit commun	337
B) La particularité du défaut d'information en droit des entreprises en difficulté.....	339
1) Des sanctions propres aux procédures collectives	339
2) La particularité du défaut de publicité du jugement d'ouverture	344
Conclusion du titre 2	346
Conclusion de la seconde partie.....	347
<i>Conclusion générale.....</i>	<i>349</i>
<i>Bibliographie :</i>	<i>357</i>
<i>Index.....</i>	<i>379</i>
<i>Table des matières</i>	<i>385</i>

L'Université Toulouse 1-Capitole n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.



Résumé :

L'information est un moyen de gestion fiable et une garantie indispensable pour la protection des intérêts des acteurs de l'activité économique. Elle joue un rôle important dans la prévention et le traitement des difficultés des entreprises. En effet, à la lumière des informations comptables, financières et sociales, les dirigeants peuvent prévenir les difficultés et prendre les décisions adaptées à la situation de l'entreprise. Toutefois, en cas de procédures collectives, le besoin de protection se substitue à celui de prévention. Le rôle de l'information est dès lors de garantir le bon déroulement de la procédure collective et d'assurer la protection des intérêts des parties.

Mots clef : information prévisionnelle, information légale, prévention des difficultés, procédures d'alerte, confidentialité, transparence, publicité légale.

Summary:

Information is a reliable means of management and essential for the protection of the interests of actors in economic activity. It plays an important role in the prevention and treatment of business difficulties. Indeed, in light of the accounting, financial and social information, managers can prevent problems and make decisions appropriate to the situation of the company. However, in case of insolvency, the need for protection is substituted for that of prevention. The role of information is therefore to ensure the smooth running of insolvency and to protect the interests of the parties.

Keywords: forward-looking information, legal information, prevention of difficulties, alert procedures, confidentiality, transparency, legal advertising.