

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur : ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite de ce travail expose à des poursuites pénales.

Contact : portail-publi@ut-capitole.fr

LIENS

Code la Propriété Intellectuelle – Articles L. 122-4 et L. 335-1 à L. 335-10

Loi n°92-597 du 1^{er} juillet 1992, publiée au *Journal Officiel* du 2 juillet 1992

<http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg-droi.php>

<http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm>



THÈSE

En vue de l'obtention du

DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE

Délivré par l'Université de Toulouse 1 - Capitole
Discipline ou spécialité : Droit privé

Présentée et soutenue par *S. Thomas Steve KARFO*
Le 20 décembre 2014

Titre :

Paiement des créanciers, sauvetage de l'entreprise : Étude comparative des législations OHADA et française de sauvegarde judiciaire des entreprises en difficulté

JURY

M. Georges CAVALIER, Maître de conférences HDR à l'Université Jean Moulin – Lyon 3 (rapporteur)
M. Stéphane BENILSI, Maître de conférences HDR à l'Université Montpellier 1 (Rapporteur)
M. Moussa THIOYE, Maître de Conférences HDR à l'Université Toulouse 1 Capitole
M. Sébastien NEUVILLE, Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole (Directeur)

École doctorale : *Sciences juridiques et politiques*
Unité de recherche : *Institut de Droit Privé (IDP)*
Directeur(s) de Thèse : *Sébastien NEUVILLE*

« L'université n'entend ni approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat »



Le Cheval s'adressant à la rivière lui laisse cette parole : « Père Rivière qui abreuva ma mère, jamais je ne te remercierai car chaque fois que j'irai galoper, je finirai toujours à tes sources afin de me désaltérer ».

*À la mémoire de Mon grand père « Tôtebyam » **Gabriel OUEDRAOGO**
(1931-2014), Chevalier de l'Ordre des Palmes Académiques.*

Remerciements

À

Mon Directeur de thèse, Monsieur le Professeur Sébastien NEUVILLE, je témoigne ma plus profonde gratitude et mon respect pour la confiance qu'il a su m'accorder, pour l'encadrement et les encouragements.

À

Ma Mère et à mon Père, toute ma reconnaissance pour le soutien inconditionnel mais surtout, pour la patience.

Mes remerciements vont également :

À Konjeet

À Ida ZONGO ; À Emmanuel POAN ; À Elizabeth DAH

À mes amis (es) burkinabé de Toulouse ; À mes camarades doctorants (es) ; À la bibliothèque de l'Arsenal ; Au CROUS de Toulouse

Que toutes celles et tous ceux qui de loin ou de près m'ont été d'un soutien quelconque trouvent dans cette thèse ma reconnaissance profonde

Sommaire

Introduction	1
Partie première : La convergence des législations au regard de l'ouverture de la procédure.....	25
TITRE PREMIER : LA LOI DU CONCOURS	29
Chapitre 1 : Une discipline collective organisée autour d'un intérêt collectif	33
Chapitre 2 : Une discipline collective uniformisant la condition juridique des créanciers.....	89
TITRE SECOND : LE MAINTIEN DE L'ACTIVITÉ	135
Chapitre 1 : Le maintien de l'activité par l'aménagement des contrats	137
Chapitre 2 : Le maintien de l'activité par le ménagement des contractants	179
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	231
Partie seconde : La divergence des législations au regard des solutions de la procédure.....	233
TITRE PREMIER : LE REDRESSEMENT DU DÉBITEUR.....	237
Chapitre 1 : L'élaboration du projet de solution	239
Chapitre 2 : Le concordat et les plans de sauvegarde et de redressement	263
TITRE SECOND : LE REDRESSEMENT DE L'ENTREPRISE.....	289
Chapitre 1 : La cession d'entreprise en difficulté.....	291
Chapitre 2 : Le concordat comportant une cession partielle d'actif et le plan de cession d'entreprise	321
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE	375
Conclusion générale.....	377

Liste des principales abréviations

Act. Jur.	Actualité Jurisprudentielle
AGS	Association pour la Gestion du régime d'assurance des créances des Salaires
Al	Alinéa
AN	Assemblée Nationale
APC	Actualité des Procédures Collectives
APD	Archives de Philosophie du Droit
art.	article
Ass. plén.	Assemblée plénière
AUDCG	Acte Uniforme du 17 avril 1997, relatif au Droit Commercial Général
AUDSG	Acte Uniforme du 17 avril 1997, relatif au Droit des Sociétés commerciales et du Groupement d'intérêt économique (réformé le 30 janvier 2014)
AUPC	Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif
AUPSRVE	Acte uniforme du 10 avril 1998, portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et de voies d'exécution
AUS	Acte uniforme du 17 avril 1997, portant organisation des sûretés
BODACC	Bulletin Officiel des Annonces Civiles et Commerciales
BRDA	Bulletin Rapide de Droit des Affaires
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Chambre civile)
Bull. Joly	Bulletin Joly

CCJA	Cour Commune de Justice et d'Arbitrage
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
CA	Cour d'appel
Cass. civ	Arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation
Cass. com.	Arrêts de la Chambre commerciale de la Cour de cassation
D.	Recueil Dalloz
Déb.	Débats (parlementaires)
Dr. soc.	Droit Social
éd.	Édition
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Gaz. proc. coll.	Gazette des Procédures Collectives
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (Dans le même ouvrage, dans le même passage)
<i>Infra</i>	ci-après, ci-dessous
IR	Informations rapides du recueil Dalloz
JCP	Juris-Classeur Périodique (La Semaine Juridique)
JCP E.	La Semaine Juridique édition Entreprise
JCP G.	La semaine Juridique édition Générale
JORF	Journal Officiel de la République Française
LPA	Les Petites Affiches
Obs.	Observations
OHADA	Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires
<i>Op. cit.</i>	<i>opere citato</i> (cité plus haut)
Préc.	Précité
RDBF	Revue de Droit Bancaire et Financier

Rec.	Recueil
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Rev. huiss.	Revue des huissiers de justice
RJC	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives (RPC)
R. soc.	Revue de sociétés
RTD civ.	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTD com.	Revue Trimestrielle de Droit Commercial
Somm.	Sommaire
Spéc.	Spécialement
Supp.	Supplément
Supra	plus haut, ci-dessus
TRHC	Tribunal Régional Hors Classe (Sénégal)
t.	Tome
V.	Voir ou voyez

INTRODUCTION

« Dire que seules les règles données ou imposées par le pouvoir politique sont des règles de droit ce n'est pas s'interdire de rechercher pourquoi le pouvoir les donne. Bien au contraire l'analyse des secrets de la création s'impose pour qui ne croit plus au caractère transcendant de la loi ».

Georges RIPERT¹

¹ Georges RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 2^e éd., L.G.D.J., 1955, n° 27, p. 78

1. L'évolution économique et l'apparition du concept d'entreprise ont convaincu les législations contemporaines que leur situation politique, économique et sociale leur impose inéluctablement des réformes législatives propres². C'est ainsi que le droit de la faillite³ connaît des mutations profondes qui le rendent plus technique, complexe et tout à la fois ambiguë dans ses objectifs. Ces mutations tiennent au changement de paradigme dans l'analyse de la règle de droit et dans les finalités désormais assignées à la faillite selon chaque législation.

Si la règle de droit devait avoir une fin, celle-ci dans sa plus petite réduction serait de garantir la paix par la sécurité dans l'interaction entre sujets, et entre sujets et objets, de sorte à permettre de prévoir ou d'anticiper en toute quiétude.

2. La Révolution française a imposé au monde l'idée qui est à la base du libéralisme moderne, le droit subjectif⁴. La tradition individualiste, qui assigne au droit comme objectif ultime la protection de l'individu, part de l'idée de l'antériorité de l'homme par rapport à la société, et de ce que celle-ci est faite par l'homme et pour l'homme. Ainsi le droit doit-il assurer prioritairement l'épanouissement et la sauvegarde de la libre volonté de l'homme : tout ce qui est contractuel est juste⁵. Le droit est création volontaire de l'homme. Conçu comme l'attribut d'un sujet, il s'exprime à travers les concepts de droit subjectif et de droits de l'homme⁶. Le droit subjectif est le pouvoir reconnu à une personne et qui lui permet de faire ou d'exiger quelque chose. L'idée du droit subjectif impose celle de la force obligatoire du contrat. La notion traditionnelle de droit subjectif arrive à cette conséquence que le créancier a une puissance à exercer sur le débiteur. C'était autrefois une puissance contre sa personne et ses biens, c'est uniquement aujourd'hui la possibilité de se saisir de ses biens et des produits de son travail pour le contraindre à l'exécution. Le contrat tire sa force de la soumission volontaire du débiteur car la foi jurée doit être respectée. Le débiteur doit payer parce qu'il a promis, et l'autorité publique prête son concours au créancier pour l'observation de la promesse faite⁷.

² « La diversité des législations dans des pays de même civilisation suffit à prouver que les règles de droit sont l'œuvre voulu par le législateur dans un esprit propre. Chaque peuple a le droit qu'il se donne, donc le droit qu'il mérite » : Georges RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 2^e éd., L.G.D.J., 1955, n° 25, p. 71.

³ Le mot faillite est employé dans ce contexte comme un terme générique pour désigner les procédures collectives.

⁴ G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, L.G.D.J., Paris 1936, n° 124, p. 239

⁵ Pour paraphraser la célèbre formule du philosophe Alfred FOUILLÉE : « *Qui dit contractuel, dit juste* ».

⁶ Bruno OPPETIT, *Philosophie du droit*, éd. Dalloz 1999, n° 19, p. 30.

⁷ G. RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, *op. cit.*, n° 137, p. 269-270 ; Article 29 de l'Acte uniforme OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution.

Le Code de commerce de 1807 l'a admis après le Code civil en privilégiant, dans les procédures collectives, la punition du débiteur et le paiement des créanciers. L'Empereur Napoléon I^{er} présidant aux travaux du Conseil d'État affirmait qu' « *il ne faut pas blesser l'intérêt des créanciers, mais on ne doit pas se reposer sur eux du soin de rétablir l'ordre* »⁸. La procédure collective institue une sévérité qui sera accrue par le Code pénal de 1810⁹. Les créanciers désignent eux-mêmes des syndics en leur sein¹⁰. La finalité collective du droit de la faillite est purement dictée par la logique du droit subjectif. Elle est intéressée. Cette finalité apparaît dans une conception uniquement patrimoniale du droit de la faillite, en l'occurrence envisagé comme une affaire de créanciers. Il s'agit de questions pécuniaires touchant des intérêts particuliers. La collectivité (au sens de l'État) n'est pas concernée¹¹.

3. Malgré la dominance d'un caractère répressif, les procédures collectives ont gardé un aspect foncièrement patrimonial que l'affirmation du principe de la séparation de l'homme et de l'entreprise n'a pas retiré. En instaurant cette distinction de l'homme et de l'entreprise, la loi du 13 juillet 1967¹² a seulement entendu distinguer les mesures patrimoniales, représentées par *la liquidation des biens* ou le *règlement judiciaire*, et les sanctions, dont la pièce maîtresse est la *faillite personnelle*¹³. Cela devrait, au dire de ses rapporteurs, assurer toutes les chances raisonnables de survie aux entreprises compétitives victimes d'une défaillance accidentelle imputable à leurs dirigeants ou provoquée par des circonstances très exceptionnelles¹⁴. Le traitement de l'entreprise trouve une solution contractuelle ; d'où le maintien d'une solution concordataire entre le débiteur et les créanciers (art. 67 et suivants)¹⁵. Mais à côté de la procédure consensuelle, une solution d'inspiration autoritaire est instituée¹⁶.

4. L'institutionnalisation des solutions des procédures collectives est introduite par l'ordonnance n° 67-820 du 23 septembre 1967 créant la suspension provisoire des

⁸ HILAIRE, cité par François TERRÉ, « Droit de la faillite ou faillite du droit ? », in *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 35^e année, n° 1, janvier 1991, p. 10.

⁹ François TERRÉ, *op. cit.*

¹⁰ G. RIPERT / R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, t. 2, 16^e éd., L.G.D.J., Paris, 2000, par Philippe DELEBECQUE et Michel GERMAIN, n° 2794.

¹¹ Bernard SOINNE, *Traité des procédures collectives*, 2^e édition, 1995, Paris, Litec, n° 5.

¹² Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement Judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes.

¹³ G. RIPERT / R. ROBLOT, *op. cit.*, n° 2790 ; Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 4^e éd., Montchrestien, Paris, 2001, n°25-27.

¹⁴ Rapport au président de la République, *JORF*, 28 septembre 1967, p. 9534.

¹⁵ *JORF*, 14 juillet 1967, p. 7063 et ss.

¹⁶ Filiga Michel SAWADOGO, *OHADA droit des entreprises en difficulté*, Bruylant, 2002, n°66-68.

poursuites. Cette procédure préventive donne au pouvoir judiciaire un rôle plus étendu que dans les procédures de règlement judiciaire et de liquidation des biens¹⁷. La solution n'est pas contractuelle, mais il est plutôt question de plan. Ce dernier est un acte unilatéral émanant du débiteur ou de son représentant et dont les créanciers peuvent prendre connaissance¹⁸. Le tribunal apprécie le caractère sérieux du plan pour l'admettre. Il peut en modifier la teneur en imposant qu'il soit procédé au remplacement du ou des dirigeants de l'entreprise (art. 32), ou en fixant des délais de paiement (art. 28). L'objectif du législateur par cette procédure est d'éviter, dans des conditions compatibles avec l'intérêt des créanciers, la disparition de certaines entreprises qui serait de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale. L'intérêt général commence à être une préoccupation ; toutefois cet intérêt, dans l'entendement du législateur, doit s'accommoder des intérêts particuliers des créanciers comme le précise l'article 1^{er} de l'ordonnance¹⁹. Les raisons de cette « *judiciarisation* » de la *faillite* répondent à l'exigence d'une célérité dans l'administration de la procédure. « ...*L'urgence requise ne permettant pas de constituer une masse créancière ni d'organiser les différentes formalités nécessaires pour la conclusion d'un concordat* », le législateur de 1967 a trouvé opportun de substituer le plan au traditionnel concordat²⁰.

L'idée de droit subjectif a donc toujours imprégné le droit des procédures collectives pour lui donner une orientation, un objectif : le respect du contrat, l'intérêt des créanciers. En revanche, l'idée d'un intérêt général exigeant une protection judiciaire de l'entreprise n'apparaît qu'incidemment.

5. Avec la réforme du 25 janvier 1985 par la loi n° 85-98, le plan qui est apparu comme exceptionnel et conjoncturel dans l'ordonnance de 1967²¹, devient le principe. Ce plan passe de la procédure préventive à la procédure curative. La raison cette fois est radicalement opposée à celle de l'ordonnance du 23 septembre 1967. Elle ne trouve plus son fondement dans des impératifs de procédures mais dans le fond du droit. Les procédures collectives perdent leur aspect patrimonial. La concertation judiciaire avec les

¹⁷ Bernard SOINNE, *Traité des procédures collectives*, op. cit., n° 6.

¹⁸ Rapport au président de la République, *JORF*, 28 septembre 1967, p. 9534.

¹⁹ Article 1^{er} de l'ordonnance n° 67-820 du 23 septembre 1967 : « *Il est institué une procédure de suspension provisoire des poursuites et d'apurement collectif du passif pour les entreprises en situation financière difficile mais non irrémédiablement compromise, dont la disparition serait de nature à causer un trouble grave à l'économie nationale ou régionale et pourrait être évitée dans des conditions compatibles avec l'intérêt des créanciers* ». Voy. pour cet article et pour tous les autres articles de l'ordonnance, *JORF*, 28 septembre 1967, p. 9535 et ss.

²⁰ Rapport au président de la République, *JORF*, 28 septembre 1967, p. 9534.

²¹ Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 4^e éd., Montchrestien, 2001, n°31.

représentants de l'entreprise, les salariés ainsi que les créanciers, sous le contrôle du ministère public en est désormais la dominante. Le fondement de cette évolution est l'intérêt de la collectivité. Cet intérêt prime dorénavant sur celui des créanciers. L'ensemble atteste une corrélation entre le recul du rôle des créanciers et l'augmentation des pouvoirs de l'autorité judiciaire, qu'il s'agisse des juges ou des membres du parquet. Les droits subjectifs nés des contrats n'orientent plus les procédures collectives, mais l'inverse ; c'est désormais la finalité qui détermine les droits des sujets. L'intérêt général apparaît, ou plutôt, il s'opposerait désormais aux intérêts particuliers sur lesquels il a la prééminence. L'esprit du nouveau droit des *faillites* est clair : le rôle des créanciers doit être réduit dès lors que leur présence est de nature à compromettre le résultat espéré²². Les procédures collectives ont désormais un objectif imposé par le législateur au nom de l'intérêt général. Il s'agit de la sauvegarde de l'entreprise, du maintien de l'activité ainsi que de l'emploi, et enfin, de l'apurement du passif. Par cette évolution, la *faillite* glisse du droit privé vers le droit public, puisque les vrais remèdes relèvent de la politique économique²³.

6. Ce changement d'approche dans la conception de la règle de droit mérite que l'on s'y attarde. C'est surtout dans les procédures de sauvetage de l'entreprise que l'innovation s'observe le mieux. En effet, pour atteindre l'objectif de ces procédures, une modification des rapports d'obligation s'avère nécessaire. La notion de redressement d'entreprise est en effet intrinsèquement liée à celle de créance. Une entreprise, pour exister et mener à bien ses activités, a nécessairement besoin de liquidités afin d'honorer ses dettes à terme vis-à-vis de ses créanciers et payer son personnel. Elle est défaillante lorsqu'elle éprouve des difficultés à respecter ses obligations ; situation qui, si elle perdure, la conduirait inéluctablement à fermer. Il en résulte que juridiquement, la défaillance d'une entreprise est une défaillance dans l'exécution d'une obligation quelle qu'en soit la source, l'objet, la cause et les aspects. Toute action envisagée dans le sens de la sauvegarde ne peut aboutir que par la modification préalable, soit volontaire, soit forcée, du lien d'obligation découlant de la créance.

La première option est celle qui a toujours prévalu et qui soumet sa solution, aussi bien préventive que curative, au moyen d'un instrument consensuel : le concordat. Bien

²² ROBLOT cité par François TERRÉ, « Droit de la faillite ou faillite du droit ? », *op.cit.*, p. 18 ; cité aussi par B. DUREUIL, « De quelques pièges tendus au créancier à l'occasion de la déclaration et de la vérification de sa créance au passif du redressement judiciaire », *RPC*, 1992, p. 18.

²³ Yves GUYON, *Droit des affaires, Entreprises en difficulté redressement judiciaire – faillite*, tome 2, 9^e éd., Economica, 2003, n° 1004, p. 4.

que soumise au contrôle de l'autorité judiciaire, l'orientation de la procédure respecte globalement les relations entre parties. Il s'agit en l'occurrence de parvenir à un nouvel accord de volonté entre le débiteur et ses créanciers, dont l'effet principal recherché est d'obtenir le prolongement des termes initiaux des créances, ou des remises. Une telle conception de la défaillance d'entreprise est dite subjective ou conventionnelle.

En revanche, dans la modification forcée du lien d'obligation, l'autorité administrative ou judiciaire s'immisce dans les rapports patrimoniaux, contractuels ou extracontractuels, en vue de restaurer un équilibre entre des intérêts catégoriels, de protéger la partie faible, en somme, d'atteindre des objectifs d'intérêt général. Cette option est celle du législateur français qui, depuis 1985, fait du sauvetage un impératif tant que cela reste possible. La défense de l'intérêt général appartient à l'organe judiciaire. Cette conception est dite objective ou institutionnelle.

7. Contrairement à ce qu'on pourrait croire, la solution contractuelle des procédures collectives n'est pas une conception dépassée²⁴. Les droits positifs de plus d'un État l'ont adoptée²⁵. C'est le cas de certains pays développés²⁶, mais aussi de pays en développement dont les États membres de l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)²⁷. Ces derniers ont pour la plupart en commun d'avoir été des colonies françaises et donc, d'avoir hérité d'une législation d'inspiration civiliste²⁸.

8. Le rapprochement du droit français et du droit issu de l'OHADA ne peut donc qu'enrichir une réflexion sur la dialectique des objectifs des procédures collectives, telle

²⁴ Comme l'affirmait à tort le député Gérard GOUZES, *Rapport Assemblée nationale n° 1872*, décembre 1983, p. 3.

²⁵ « *Le droit comparé n'est pas seulement une science, mais aussi un phénomène sociologique, une force vive, quoique inaperçue, qui est à l'œuvre autour de nous* », Jean CARBONNIER, *Essais sur les lois*, 2^e édition, Répertoire du Notariat Defrénois, Paris, 1995, p. 236.

²⁶ Angleterre, Suède, Canada, Danemark, Finlande, Espagne, Italie, Grèce... ; Voy. pour tout cela : *Rapport Doing Business 2004* de la Banque Mondiale, p. 75 ; Gilles RECASENS, « Faut-il adopter un système pro-crédanciers de défaillances ? Une revue de la littérature », *Finance Contrôle Stratégie* – volume 6, n° 1, mars 2003, p. 119-153 ; Mark Anthony AMSTRONG, Alexandrine CERFONTAINE, « Echecs économiques et dérive du pragmatisme juridique : l'expérience anglaise du droit de la faillite », *Droit et société*, 1^{er} octobre 2000, n° 46, p. 549 ; Jean-Luc VALLENS, « Des procédures collectives en Europe », *L.P.A.*, n° 5, 12 janvier 1994, p. 13-15.

²⁷ L'OHADA compte à ce jour seize (16) États membres : le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, le Congo, la Côte d'Ivoire, le Gabon, la Guinée (Conakry), le Mali, le Niger, la République Centrafricaine, le Sénégal, le Tchad, le Togo, la Guinée Bissau, la Guinée Équatoriale et la République Fédérale Islamique des Comores. Il faut noter que l'organisation institue une Cour Commune de Justice et d'Arbitrage siégeant à Abidjan, et statuant en cassation afin d'harmoniser l'application du droit dérivé.

²⁸ Dans notre domaine d'étude, la législation applicable dans ces pays était principalement composée du Code de commerce de 1807 tel qu'il a été refondu par la loi du 28 mai 1838, de la loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire, des décrets-lois du 8 août et du 30 octobre 1935. Seuls quelques États avaient réformé leur droit des procédures collectives ou prévoyaient de le faire. Pour plus de détails, v. F. M. SAWADOGO, *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 19 et ss.

qu'elle est résolue dans les deux modèles théoriques d'appréhension de la faillite. Ce choix de la méthode comparative dans notre étude trouve son intérêt à deux égards.

D'abord dans une dimension historique. Cette comparaison dans l'espace revient à une comparaison dans le temps, dans la mesure où le droit uniforme africain s'inspire largement du droit français mais surtout, ce droit africain reprend dans son ensemble la loi française du 13 juillet 1967. Sur ce dernier propos, l'on pourrait penser qu'il s'est agi pour le législateur de l'OHADA d'adopter une législation propre à un environnement économique plus ou moins similaire à celle de la France de 1967. Mais il est essentiel d'admettre qu'au-delà de la poursuite par le juridique des objectifs économiques, le droit de la faillite est l'expression d'une politique, d'une idéologie²⁹. La loi française de 1967 aurait donc des valeurs qui n'ont pas été reprises par la réforme de 1985, mais que le législateur africain emprunte. Cette sortie dans le temps pour étudier l'évolution passée permet de scruter plus prudemment les développements futurs³⁰.

Ensuite dans une dimension heuristique, dans la mesure où ces deux législations, bien que reprenant le grand principe de la séparation de l'homme et de l'entreprise, gardent une approche quasi opposée de leur objet : la défaillance de l'entreprise. La comparaison permet ainsi une perception théorique quasi universelle des systèmes de prévention et/ou de traitement judiciaires de la faillite ; c'est dans cette *géographie juridique* que se trouve la « *typologie vivante des systèmes* »³¹. On ne saurait de ce fait se contenter d'un droit positif national car « *les éléments purement formels et logiques qui se présentent au juriste dans le droit positif ne permettent pas d'approcher l'essence des phénomènes juridiques* »³². En outre, le choix de législations appartenant à la même tradition juridique nous préserve d'un discours partisan (*common lawyers* vs partisans du droit civil) ou encore, de tout chauvinisme francophone.

9. La réflexion aujourd'hui sur la finalité d'un droit de la défaillance des entreprises est dialectique. Le débat désormais posé entre le droit et l'économie suscite la séparation de l'homme et de l'entreprise, rendant autonome le sort de l'entreprise de celui de l'homme pénalement responsable. L'impératif d'assainissement des affaires —par

²⁹ Mark Anthony AMSTRONG, Alexandrine CERFONTAINE, « Echecs économiques et dérive du pragmatisme juridique : l'expérience anglaise du droit de la faillite », *op. cit.*, n° 46, p. 549.

³⁰ Marc ANCEL, « Méthode comparative et droit comparé », in *Lieber amicorum, Baron Louis Fredericq, I*, 1966, p. 76.

³¹ *Ibid.*

³² Vincent VALENTIN, *Les conceptions néo-libérales du droit*, éd. Economica, 2002, p. 18. L'auteur évoque ici ce qu'il y a de commun à L. DUGUIT, M. HAURIOU et des néo-libéraux comme HAYEK.

l'interdiction faite au débiteur fautif d'exercer le commerce— n'empêche plus le traitement de l'entreprise, mais désormais, peut s'appliquer à toutes les procédures, même en l'absence de cessation des paiements³³. La dialectique de la réflexion tient au fait que d'une part, il s'agit de payer les créanciers de l'entreprise et d'autre part, d'envisager la survie de celle-ci. Ces deux objectifs constituent la problématique de tout système de *faillite*. La complexité de l'analyse est liée au fait qu'ils ont des bases philosophiques distinctes et quelque peu contradictoires. Si le paiement des créanciers peut trouver son fondement dans un principe général de droit qui postule le pouvoir de la volonté individuelle et sa liberté, le sauvetage de l'entreprise ne devient un impératif que par considération des nécessités sociales, de l'intérêt général, en somme, de motifs de nature utilitaire. L'observation des législations contemporaines sur le droit des *faillites* montre que chaque système conjugue ces deux dominantes de la matière en faisant prévaloir l'une par rapport à l'autre selon les procédures. Chercher une quelconque cohérence de la discipline à ce stade du raisonnement ne peut donc aboutir que par une analyse proposant une approche unidimensionnelle ; la contradiction des fondements et celle des finalités laissant place à leur rapprochement sous la bannière de l'une des dominantes : « contractuelle ou institutionnelle ».

10. Le choix de cette terminologie tient de l'opposition traditionnelle entre la notion de contrat et celle d'institution. Le contrat est défini comme un accord de volonté destiné à créer des obligations³⁴. Les obligations qui unissent les parties sont déterminées librement sous réserve du respect de l'ordre public par elles. Ainsi la caractéristique essentielle du contrat implique-t-elle, bien évidemment, une idée de liberté.

S'agissant de l'institution, le mot au XVII^e siècle était appliqué à la forme supérieure de l'ordre du monde et à la pérennité dont cet ordre s'accompagne : il était essentiellement question d'institutions religieuses. Plus tard dans le grand mouvement pré-révolutionnaire, la loi est placée au rang qu'occupait la religion. Ainsi, du fait de son contenu sacré, le terme institution se voit appliqué au droit public, l'État remplaçant progressivement l'institution religieuse dans son rôle de principe supérieur et de principal système normatif³⁵.

³³ V. art. 229 al 2 AUPC sur la banqueroute frauduleuse.

³⁴ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil les obligations*, 8^e éd., Dalloz 2002, n°17.

³⁵ V. pour tout ce qui précède, Jean-Jacques NEUER, « Le contrat-institution : Essai sur les modes de formation du contrat en droit privé », *Petites affiches*, 19 juin 1995, n° 73.

Il se dégage l'idée que le contrat est essentiellement marqué par la liberté, alors que l'institution est d'essence sacrée, donc intangible et contraignante³⁶. Les procédures collectives en France ont évolué vers une institutionnalisation en ce qu'elles sont devenues une procédure dans laquelle la volonté individuelle et collective se voit contrainte de se plier, même si elle est restée présente.

11. Nous aborderons successivement le paiement des créanciers, objectif dominant dans le modèle contractuel ou ancien qui a toujours prévalu en France jusqu'en 1985, et le sauvetage de l'entreprise qui domine dans le modèle institutionnel ou nouveau et qui, depuis cette date, est en vogue.

Le modèle contractuel ou conception subjective :

12. C'est le modèle qui prévaut dans le droit de l'OHADA. La dominante dans cette approche est le paiement des créanciers. Originellement, ce modèle théorique est né dans une conception uniquement patrimoniale du droit des procédures collectives envisagé comme une affaire de contractants. Une doctrine orientée sur les droits subjectifs permet de rendre compte de son fondement et de ses objectifs.

Fondement du modèle contractuel

13. Dans le système du droit construit par GROTIUS (1583-1645), l'instinct de sociabilité constitue le fondement de toute organisation juridique et sociale : aussi le droit positif, qu'il soit public ou privé, interne ou international, repose-t-il essentiellement sur l'obligation de respecter les conventions³⁷. « Le devoir de sociabilité est la source du droit proprement ainsi nommé, et qui se réduit en général à ceci : *Qu'il faut s'abstenir religieusement du bien d'autrui, et restituer le profit qu'on peut en avoir entre les mains, ou le profit qu'on en a tiré : Que l'on est obligé de tenir sa parole : Que l'on doit réparer le dommage commis par sa faute* ». Ces trois maximes, dans lesquelles se résumera le droit, sont désormais installées au sommet du système juridique ; trois règles dont nous remarquons la haute généralité. Cette méthode consistant à confondre droit et morale, à déduire le droit – *a priori* – des principes de la raison morale, fournit d'emblée au droit des règles³⁸. *Pacta sunt servanda*³⁹ est la norme fondamentale qui traduit la liberté et la

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Bruno OPPETIT, *Philosophie du droit, op. cit.*, n° 32, p. 46.

³⁸ Michel VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, 1^{ère} éd., PUF, 2003, p. 547.

³⁹ L'obligation de respect de la parole donnée.

volonté humaine exprimées dans le droit subjectif appartenant à la personne. Le droit est le prolongement du droit subjectif de la personne. L'homme s'engage librement, et l'obligation contractuelle détermine les bases de la société civile par un contrat social.

Pour Thomas HOBBS (1588-1679), le subjectif évoque le libre pouvoir de l'individu et non plus le devoir imposé par la loi morale. Le droit n'est relié qu'à son sujet : il n'apparaît plus comme une fonction sociale. L'État et ses lois ont pour seule raison d'être de servir les intentions et les intérêts des contractants, non de conduire les hommes vers un autre monde transcendant pour assurer leur salut : le droit objectif ne représente qu'un auxiliaire, le droit subjectif est la fin du droit⁴⁰.

Ces conceptions individualistes vont dominer toute l'époque révolutionnaire. Elles seront reprises par le Code civil, et après celui-ci par le Code de commerce.

14. Rapportée au droit des procédures collectives, la dominante du paiement des créanciers trouve son fondement dans le principe général de droit *pacta sunt servanda*, la force obligatoire du contrat. Celui qui devient créancier sait qu'il aura désormais un droit à exercer contre son débiteur. La force obligatoire du contrat est imposée par l'idée du droit subjectif qui est l'attribution à un homme d'un pouvoir sur les autres hommes, et qui assure une certaine liberté dans l'action⁴¹. L'ordre juridique établi par le Code civil de 1804 reflète cette idée. Le respect du droit de créance né du contrat et de l'obligation morale de respecter les conventions est la source lointaine de l'article 1134 sur le contrat, dont il a été dit qu'il constituait l'une des trois colonnes du Code civil⁴².

15. Cela explique la coïncidence parfaite de la théorie des obligations avec le mode de résolution contractuelle du droit des procédures collectives. Le paiement des créanciers, loin d'être un objectif assigné à la procédure par volontarisme législatif, n'est que la conséquence découlant logiquement du rapport d'obligation. Ainsi, la modification du lien d'obligation exigée pour le sauvetage de l'entreprise est laissée à la liberté des parties. C'est l'acceptation de remises et de délais par les créanciers qui permet la continuation de l'entreprise au bénéfice de ses dirigeants, de ses actionnaires et des salariés qui conservent leur emploi⁴³. Le redressement apparaît dans cette hypothèse comme une exception conditionnée, dont la coexistence avec le principe dominant n'est pas impossible. En

⁴⁰ Bruno OPPETIT, *Philosophie du droit*, op. cit., n° 30, p. 45.

⁴¹ Georges RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, op. cit., n° 122, p. 236.

⁴² Michel VILLEY, op. cit., p. 547.

⁴³ Perrette REY, « Mesurer l'efficacité économique du droit des entreprises en difficulté », *Mesurer l'efficacité économique du droit*, L.G.D.J., 2005, p. 58.

d'autres termes, le redressement n'est envisagé que dans le respect du principe général directeur (*pacta sunt servanda*). Quand le contrat a été valablement formé, il est, d'après le Code civil, la loi des contractants (article 1134). Les auteurs du Code égalaient le contrat à la loi pour lui donner le même caractère d'autorité et de stabilité⁴⁴. Seule la volonté commune des cocontractants peut mettre fin aux obligations contractuelles ou les modifier. D'où l'idée d'un concordat par lequel les créanciers consentent les propositions du débiteur tendant à la modification des conditions initiales des créances : remises de dettes, nouveaux délais et modalités de paiement.

Le droit est ainsi justifié par des considérations de principe et non par des argumentations fondées sur l'histoire ou le souci de pragmatisme, ou encore des motifs d'utilité sociale et d'efficacité.

Finalité du modèle contractuel

16. L'argumentation sur les objectifs du droit des procédures collectives dans le modèle contractuel est déductive. Puisant ses fondements des principes généraux du droit des obligations, le système juridique se voit imposer un objectif. Puisque le débiteur est en cessation des paiements et par conséquent ne peut exécuter ses engagements, le Code civil dispose qu'il est tenu de remplir son obligation sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir⁴⁵ ; l'actif répond du passif. L'article 2093⁴⁶ renchérit que : « *Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence*⁴⁷ ». Il est clair par ce principe du gage général, que la situation de droit commun dans ce modèle contractuel des procédures collectives est la liquidation des biens du débiteur. On comprend dès lors l'idée d'une masse qui est « *le noyau des créanciers groupés afin de liquider le gage commun* »⁴⁸. L'argument se confirme dans les statistiques mais aussi dans l'idée d'abandonner l'issue de la procédure à un accord de principe des créanciers. La finalité est intimement liée à la notion de patrimoine. Cette vision subjective limite le droit des entreprises en difficulté au binôme créancier-débiteur, à la relation entre

⁴⁴ Georges RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, op. cit., n° 154, p. 303.

⁴⁵ Art. 2092 du Code civil de 1804 (transféré à l'article 2284 du Code civil français par l'Ord. n°2006-346 du 23 mars 2006 - art. 3 *JORF* 24 mars 2006).

⁴⁶ L'article 2093 du Code civil de 1804 est transféré à l'article 2285 du Code civil français (Ord. n°2006-346 du 23 mars 2006 - art. 3 *JORF* 24 mars 2006).

⁴⁷ « *Les causes légitimes de préférence sont les privilèges et hypothèques* » : art. 2094 Code civil de 1804 (transféré à l'article 2323 du Code civil français par l'Ord. n°2006-346 du 23 mars 2006 - art. 5 *JORF* 24 mars 2006).

⁴⁸ Professeur THALLER E., par F. M. SAWADOGO, Droit des entreprises en difficulté, op. cit., n°200.

le débiteur et ses cocontractants. Ainsi, toute incapacité de s'exécuter entraîne logiquement la vente des biens du débiteur au profit des créanciers, à moins d'un nouvel accord des parties stipulant le contraire. Un droit de la défaillance réduit à une question patrimoniale rend inconcevable toute polémique sur un intérêt général qui dépasserait les intérêts particuliers. Une position est prise, celle du droit subjectif du créancier : « À César ce qui est à César⁴⁹ ». Rendre à chacun le sien (*suum cuique tribuere*⁵⁰) était la définition que les romains donnaient au droit⁵¹. Il n'en faut pas plus pour caricaturer l'Acte Uniforme portant organisation des Procédures Collectives (AUPC)⁵² dont l'article premier décline la finalité : « organiser les procédures collectives de règlement préventif, de redressement judiciaire et de liquidation des biens du débiteur en vue de l'apurement collectif de son passif ». En droit de l'OHADA, l'apurement du passif est le but des procédures collectives⁵³. Il est question, dans cette législation, non d'intérêt général mais d'intérêt collectif (de la masse) qui se réaliserait par le consensualisme. L'ouverture d'une procédure collective de sauvetage est une occasion de renégociation des contrats et des créances en vue de leur paiement. Dans les systèmes de faillite de la Grande-Bretagne et du Canada, la procédure de réorganisation n'est envisagée que si elle permet aux créanciers d'obtenir des remboursements plus importants que dans le cadre d'une liquidation immédiate⁵⁴. La loi britannique cherche à préserver le plus possible la liberté contractuelle du dirigeant et de ses créanciers. Son principal souci est de veiller au respect des contrats financiers, ce qui conduit à exclure le dirigeant défaillant de son entreprise et à laisser aux créanciers le droit de décider du sort de celle-ci. La survie de l'entreprise n'est concevable que s'il s'agit du meilleur moyen de rembourser les créanciers⁵⁵. Il est certain que si ces derniers ont le pouvoir de décider, ils ne feront pas un choix contraire à leurs intérêts. On

⁴⁹ Parole de Jésus Christ sur la justice de l'impôt de César, *Évangiles* selon Matthieu 22 : 21, Marc 12 : 17, Luc 20 : 25.

⁵⁰ « Ainsi le droit subjectif se présente d'emblée comme une relation d'appartenance entre le sujet et une chose : d'une part, l'idée de droit ne naît qu'avec cette appartenance ; d'autre part, cette appartenance est au principe de tout ce qui constitue et caractérise ce droit » : Jean DABIN, *Le droit subjectif*, Dalloz, 2008, p. 81.

⁵¹ « Pourtant si elle nous paraît toujours valable, c'est qu'il n'est pas possible d'en donner une nouvelle puisque les hommes sont restés les mêmes » : Georges RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 2^e éd., L.G.D.J., 1955, n° 24, p. 67.

⁵² L'Acte Uniforme portant organisation des Procédures Collectives d'Apurement du Passif (AUPC) est le texte traitant des difficultés des entreprises dans le droit issu du traité de l'OHADA.

⁵³ Il est mis en première ligne l'intérêt des créanciers par rapport au redressement de l'entreprise, même si ce dernier n'est pas négligé ; Filiga Michel SAWADOGO, *op. cit.*, n°26.

⁵⁴ Gilles RECASENS, « Faut-il adopter un système pro-crédanciers de défaillances ? Une revue de la littérature », *Finance Contrôle Stratégie* – volume 6, n° 1, mars 2003, p. 128 ; *Idem*, dans la législation française antérieure à 1985, v. Nooman M. K. GOMAA, « Le concordat », in *Faillites*, Dalloz, Paris, 1970, n°2, spéc., p. 305.

⁵⁵ Gilles RECASENS, *op. cit.*, p. 129-130.

comprend donc que, dans ce système contractuel, le paiement des créanciers ait la première place dans la hiérarchie des objectifs du droit. La nature non contractuelle de certaines créances n'invalide pas la solution concordataire à leur égard. Cette solution se justifie par le principe d'un droit subjectif du créancier, et par le principe du gage général des créanciers sur le patrimoine de leur débiteur.

Le modèle institutionnel ou conception objective :

17. C'est le modèle français depuis la réforme de la matière par la loi du 25 janvier 1985. La dominante dans cette approche est le maintien de l'activité et de l'emploi, le sauvetage de l'entreprise. Pour certains d'auteurs, cette réforme ne constitue pas en soi une rupture avec l'évolution historique du droit⁵⁶. Pourtant, sur le plan théorique, la rupture est bien nette. Le modèle nouveau pourrait être assimilé aux variantes de l'utilitarisme qui font du Droit et des droits, les moyens de réaliser des objectifs sociaux⁵⁷. Où trouver le fondement de la dominante de ce modèle ?

Fondement du modèle institutionnel

18. L'utilitarisme est une doctrine de philosophie politique qui trouve son répondant en droit dans les doctrines réalistes⁵⁸. Sa morale de l'action est que celle-ci ne vaut pas pour sa valeur en soi, mais selon ses conséquences. Les actions doivent être évaluées selon leurs résultats⁵⁹. De même, en matière de droit, ces doctrines ont en commun que la qualité de celui-ci se juge en fonction de la promotion du bien-être social⁶⁰.

Cet intérêt pour l'évaluation du droit et la recherche de résultats concrets aboutissent à la considération que c'est dans le milieu social qu'il convient soit de découvrir les règles de droit, soit de puiser les sources de l'inspiration du législateur, soit encore de vérifier l'effectivité de l'application du droit formel et par là même, son adéquation aux besoins de la société. Le droit n'est plus la prérogative de l'individu dont il

⁵⁶ Aldo RIZZI, *La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives*, Bibliothèque de droit privé, Tome 459, L.G.D.J., 2007.

⁵⁷ René SÈVE, *Philosophie et théorie du droit*, Dalloz, 2007, n° 80.

⁵⁸ *Ibid.*, n°151, tableau de la page 105 ; Aldo RIZZI, *La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives*, *op. cit.*, n° VII, p. 20-21.

⁵⁹ René SÈVE, *Philosophie et théorie du droit*, *op. cit.*, n°78.

⁶⁰ Ce bien-être social se mesure en terme de bonheur (chez les utilitaristes comme Bentham) ou en terme de richesses produites (pour les tenants de l'Analyse Économique du Droit dans le système de Posner, l'« économie normative ») : v. respectivement René SÈVE, *op. cit.*, n°93, et Vincent VALENTIN, *Les conceptions néo-libérales du droit*, *Économica*, 2002, p. 33.

doit assurer l'épanouissement de la libre volonté⁶¹, mais est au service de la collectivité. Il n'est rien d'autre qu'un produit des données sociales, un épiphénomène sociétal⁶² : toute autre considération idéaliste liée à sa finalité, telle la référence au droit naturel, à la justice ou à la raison, ne constitue qu'un épiphénomène, un reflet du phénomène juridique. Bruno OPPETIT parle d'un « *positivisme factualiste* » —car c'est un positivisme ouvert sur le fait⁶³— dont le souci d'observer dans l'élaboration des règles une démarche pragmatique en prise sur les faits ainsi que l'attention portée à l'économie, ont contribué à fortifier⁶⁴.

Les doctrines réalistes s'efforcent de rattacher le droit aux autres phénomènes sociaux —la sociologie, l'économie— en soulignant une incidence des lois et des décisions de justice sur le milieu social, ainsi que la nécessité de la prise en compte des transformations sociales dans l'élaboration des règles juridiques. Ces doctrines se veulent purement matérielles : elles se déduisent exclusivement de faits sociaux. Une telle approche est téléologique puisqu'il s'agit de faire coïncider les résultats de l'application de la règle de droit avec des objectifs sociaux jugés souhaitables. La théorie du droit réaliste suppose qu'on puisse assigner comme finalité aux règles de droit, l'atteinte d'un résultat social optimal que seule la puissance publique et non le marché peut fixer et orienter. Elle débouche donc sur une conception purement instrumentale du droit⁶⁵, la référence indisponible⁶⁶ de la règle étant un but collectif, en d'autres termes, l'intérêt général. Les individus sont des acteurs du droit, et non des sujets. Il n'y a pas de droit subjectif en soi, il n'y a que des rapports juridiques définis par la loi au service du plus grand nombre.

19. Rapporté aux procédures collectives, le fondement de la dominante du sauvetage de l'entreprise est à chercher non dans un quelconque principe général de droit, mais dans un volontarisme législatif. Cette nouvelle étape dans l'évolution des procédures collectives est, selon Aldo RIZZI, le résultat d'une doctrine qui a, dès les années cinquante, œuvré

⁶¹ V. *supra*, n° 2.

⁶² V. Claude CHAMPAUD, « Des droits nés avec nous. Discours sur la méthode réaliste et structuraliste de connaissance du droit », *Philosophie du droit économique : quel dialogue ?*, Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT, Frison-Roche, 1999, p. 81 et ss.

⁶³ Plus proche à certains égards du positivisme philosophique que du positivisme juridique à proprement parler : Bruno OPPETIT, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, n° 45.

⁶⁴ *Ibid.*, n° 82.

⁶⁵ *Le droit est un ensemble de techniques au service d'une finalité* : Julliot De La Morandière, cité par Claude CHAMPAUD, « Des droits nés avec nous. Discours sur la méthode réaliste et structuraliste de connaissance du droit », *op. cit.*, p. 83 ; Analogie faite avec les théories de l'Analyse Économique du Droit : en ce sens Bruno OPPETIT, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, n° 52.

⁶⁶ « *Il convient pour que les règles dites règles de droit, qu'elles puissent être renvoyées, référées à quelque chose de supérieur et d'extérieur aux faits, à la subjectivité des volontés humaines, ces caractères de supériorité et d'extériorité constituant la qualité indisponible de la chose qui permet d'asseoir et de garantir l'objectivité, la normativité et la juridicité d'une règle* », Dominique ROUSSEAU, « Proposition pour construire la pensée du droit dérobé », *Le droit dérobé*, Montchrestien, Paris, 2007, p. 9.

pour l'application de la méthode réaliste et structuraliste de connaissance du droit dans la modernisation de la faillite⁶⁷. La disparition des entreprises en difficulté a des conséquences désastreuses sur l'économie nationale. En particulier, l'arrêt de l'activité et les licenciements qu'elle entraîne nuisent au dynamisme de l'économie, aux équilibres macro-économiques, et perturbent notamment la paix sociale. Cet impact négatif, auquel s'ajoute un contexte économique dominé par un endettement excessif⁶⁸, a suscité une volonté du législateur de ne pas laisser des entreprises viables —c'est-à-dire celles qui ont encore un avenir économique— sous la trappe de la faillite.

Le souci dans le système institutionnel est de limiter les conséquences sociales des défaillances d'entreprise⁶⁹. En cela, la réorganisation de l'entreprise défaillante s'impose pour l'intérêt de la collectivité. Cet intérêt prime sur les droits particuliers qu'il transcende. Les enjeux du redressement des entreprises défaillantes débordent dans la sphère publique, et il est périlleux de continuer à concevoir la règle de droit selon une logique placée sous la tutelle du droit des obligations⁷⁰. Une entreprise ne doit pas voir son sort lié à la notion juridique de patrimoine. On comprend dès lors que la modification du rapport d'obligation, nécessaire au redressement, soit faite par voie d'autorité. Cette mission est celle du juge qui s'efforce d'extraire l'outil de production de sa gangue patrimoniale pour lui assurer, autant que faire se peut, une survie. La réalité économique devient le fondement essentiel du droit des procédures collectives auquel une fonction économique et sociale est dorénavant assignée⁷¹.

20. La logique du patrimoine⁷², du droit des obligations, des sûretés et de l'exécution n'a plus cours : elle est totalement abandonnée ou subvertie au profit de considérations de pure opportunité économique, financière ou circonstancielle. Bruno OPPETIT relève fort justement que « *la procédure collective est devenue une pure technique d'intervention des autorités publiques ou judiciaires dans la vie économique, et de gestion de leurs*

⁶⁷ Aldo RIZZI, *op. cit.*, n° VII, p. 20.

⁶⁸ « *L'expansion de l'endettement au cours des deux derniers siècles a coïncidé avec l'apparition de l'économie de marché comme système économique, au point que certains économistes considèrent que l'économie de marché serait par nature une économie d'endettement* » : Bruno OPPETIT, « L'endettement et le droit », *Mélanges Breton-Derrida*, Dalloz, 1991, p. 300.

⁶⁹ Gilles RECASENS, *op. cit.*, p. 127 et 128.

⁷⁰ Aldo RIZZI, *op. cit.*, n° VI, p. 16.

⁷¹ Bernard SOINNE, *Traité des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 12.

⁷² Par exemple les formules des articles 46 et 180 de la loi n° 85-98 superposent deux mécanismes contradictoires : l'entrée dans le patrimoine du débiteur des sommes recouvrées à la suite de toutes les actions du représentant des créanciers, et une affectation desdites sommes au paiement des créanciers ; ce qui est contraire au principe de l'unité du patrimoine ; V. en ce sens Arlette MARTIN-SERF, « L'intérêt collectif des créanciers ou l'impossible adieu à la masse », *Procédures collectives et droit des affaires*, *Mélanges A. HONORAT*, éd. FRISON-ROCHE, 2000, spéc. p. 154 ; *De lege lata*, v. infra, n°s 90 et 91.

entreprises par les agents économiques »⁷³. Le droit de la faillite devient un instrument du politique. « *Seuls comptent les faits, les règles ne sont destinées qu'à provoquer le résultat socio-économique jugé souhaitable, non à conduire à la solution découlant de la théorie juridique. Le fait éclipse le droit : le résultat matériel prime le jeu du droit réputé formel* »⁷⁴. Il s'agit alors de partir d'un fait économique, de poser un objectif, et d'indiquer les moyens d'atteindre ce dernier⁷⁵. Cela a fait dire que le droit des procédures collectives est devenu une institution du droit économique marquée par un asservissement des principes à la seule recherche de résultats désignés selon une hiérarchie de valeurs établie par l'autorité publique⁷⁶.

Finalité du modèle institutionnel

21. L'argumentation n'est plus déductive mais inductive et téléologique. On raisonne en termes de finalité, les principes juridiques et les droits se dessinant en fonction des objectifs décidés par le législateur. C'est la finalité qui détermine les droits des sujets. On en arrive à la confusion du fondement et de la fin de la règle de droit, car il s'agit de faire coïncider le résultat —social ou économique— souhaité avec celui découlant de l'application de la règle de droit. La loi française du 25 janvier 1985⁷⁷ en est un exemple type. Elle institue une procédure unique, « le redressement judiciaire », destinée à permettre « la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif », selon un plan arrêté par décision de justice. « *Ce plan prévoit soit la continuation de l'entreprise, soit sa cession* » (art. 1 al. 2). Le législateur, et avec lui le juge, ont principalement pour objectif la sauvegarde de l'entreprise et le maintien de l'emploi. De cet objectif est induit le principe premier de prééminence de l'entreprise qui guide toute l'organisation de la procédure et en constitue l'objet. Concrètement, ce principe se traduit par l'organisation de la procédure autour de l'entreprise et non autour des créanciers⁷⁸. L'article 1^{er} de la loi en son alinéa 2 dispose qu'il n'est procédé à la liquidation judiciaire que lorsqu'aucune des solutions du plan n'apparaît possible. Les créanciers n'apparaissent donc qu'au dernier rang des préoccupations du législateur, et encore ne s'agira-t-il que d'« apurement » du passif, terme volontairement vague et non

⁷³ Bruno OPPETIT, *Philosophie du droit*, op. cit., n° 87, p. 105.

⁷⁴ *Ibid.*, n° 88, p. 107

⁷⁵ Denis VOINOT, *Droit économique des entreprises en difficulté*, L.G.D.J., 2007, n° 31.

⁷⁶ R. RODIÈRE, B. OPPETIT, cités par Denis VOINOT, op. cit., n° 4 et n° 32.

⁷⁷ Loi n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, *JORF*, 26 janvier 1985, p. 1097.

⁷⁸ Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 6^e éd., Montchrestien, Paris, 2009, n° 46 et ss.

contraignant selon l'interprétation de la doctrine⁷⁹. L'apurement consiste à éteindre le passif par un procédé quelconque qui n'est pas obligatoirement un paiement⁸⁰. Aussi le débiteur de bonne foi en liquidation est libéré de son passif non payé⁸¹.

22. Dans le modèle institutionnel, le paiement des créanciers lui-même devient un objectif qui rompt avec sa déduction du rapport d'obligation pour devenir, tout comme l'objectif de sauvetage de l'entreprise, un but socio-économique désiré. Cette conception a prévalu en la faveur de certains faits : d'une part la crise économique des années 70 (1973-1979) provoquée par les chocs pétroliers, et d'autre part, le développement d'un processus d'endettement croissant des entreprises lors des dernières décennies. Ce phénomène d'endettement a été pris en compte par le droit comme une donnée sociale et économique acceptable du fonctionnement de la société contemporaine, et non selon les principes du droit des obligations. La solution est complètement détachée du régime juridique du rapport d'obligation et du principe élémentaire du respect de la force obligatoire des engagements⁸² afin de préserver l'économie nationale. Il faut enfin noter un fait non négligeable ayant aussi concouru à l'avènement de la conception institutionnelle. L'arrivée au pouvoir d'un gouvernement socialiste avec François Mitterrand, reprend à son compte l'ambition d'ériger l'État en pilote de l'économie par le recours aux nationalisations et à la planification⁸³. L'intérêt général le commande, et le juge doit le défendre. « *Une loi pourrait-elle être injuste si elle doit servir l'intérêt général ?* » se demande Bernard DUREUIL. L'auteur ajoute en substance qu'on ne saurait avoir mauvaise conscience quand on sait que le droit des procédures collectives n'a plus pour objectif de régler les conflits privés, mais qu'il sert d'instrument de restructuration d'une économie en crise sur laquelle doit veiller le parquet —gardien de l'ordre public économique⁸⁴.

⁷⁹ Bruno OPPETIT, *Philosophie du droit*, op. cit., n° 87, p. 106.

⁸⁰ « *Cet effacement se confirme dans les dispositions de fond puisque le paiement des créanciers, ou même seulement celui des créanciers privilégiés, n'est pas une condition de l'adoption d'un plan de cession* » : Yves GUYON, « Le réalisme de la loi du 25 janvier 1985 sur les procédures collectives », *Le juge et le droit de l'économie : Mélanges Pierre Bezard*, Petites affiches – Montchrestien, Paris, 2002, p. 312.

⁸¹ Les créanciers sont ici sacrifiés car ils ne recouvrent pas, après la clôture de la procédure de cession ou de liquidation, l'exercice individuel de leurs actions ; Y. GUYON, *Droit des affaires, Entreprises en difficulté redressement judiciaire – faillite*, op. cit., n°1339.

⁸² Bruno OPPETIT, *Philosophie du droit*, op. cit., n° 88, p. 107 ; le même auteur, « L'endettement et le droit », op. cit., p. 303.

⁸³ Sébastien NEUVILLE, *Le plan en droit privé*, Bibliothèque de droit privé, Paris LGDJ, 1998, n°18, p. 22.

⁸⁴ Bernard DUREUIL, « De quelques pièges tendus au créancier à l'occasion de la déclaration et de la vérification de sa créance au passif du redressement judiciaire », *RPC*, 1992, p. 18.

23. La différence entre les deux types de conception du droit des procédures collectives peut se résumer essentiellement en trois points :

- D'abord dans le rapport fondement-fin de la règle de droit : dans le modèle théorique contractuel, la règle de droit tire son fondement de principes a-temporels, in-contingents, qui imposent à la matière sa finalité : *pacta sunt servanda*. Le redressement ne peut avoir lieu que grâce à une nouvelle convention entre les parties concernées. Il n'est pas envisagé comme une fin, mais seulement comme un moyen pour arriver au paiement du passif⁸⁵. Dans le modèle théorique institutionnel en revanche, la règle tire son fondement de la finalité posée par le législateur, finalité qui transcende la discipline pour lui imposer des principes. Le sauvetage de l'entreprise et le maintien de l'emploi sont, tout comme le paiement des créanciers, des objectifs socio-économiques souhaités par le législateur qui les hiérarchise.

- Ensuite dans le raisonnement : la différence entre l'argumentation fondée sur des principes immanents, ayant pour objet des droits, et celle reposant sur des buts collectifs transcendants est finalement que la première se limite volontairement aux droits concernés par le cas⁸⁶. La seconde en revanche, à tendance utilitariste, envisage que le droit au bien être des autres individus non directement concernés par le cas puisse faire pencher la balance en faveur du maintien de l'entreprise défaillante⁸⁷.

- Enfin dans la hiérarchie des objectifs d'un droit des procédures collectives : tandis qu'un système contractuel privilégie un paiement des créanciers dans les meilleures conditions possibles pour toute procédure, le système institutionnel lui, tend à faire du maintien de l'activité et de l'emploi un objectif primordial. Ces différences d'orientation s'expliquent dans le premier système par l'abandon du pouvoir de décision (sur le sort de l'entreprise) aux créanciers, et dans le second, par la prise de position du législateur en faveur du social et de l'économie —l'intérêt des créanciers est inhibé toutes les fois que leur présence est de nature à compromettre le résultat espéré—. Techniquement dans ce dernier cas, le juge s'érige non en arbitre mais en défenseur d'un ordre défini par le législateur.

⁸⁵ Véronique MANIÉ, *Le sort des créanciers dans les plans de sauvegarde, de redressement et de cession de l'entreprise*, thèse Toulouse I, 2006, n° 6.

⁸⁶ N'est-il pas question d'intérêts collectifs dans l'AUPC en droit de l'OHADA, que d'intérêt général : v. les articles 1, 15, 72, 118, 127, 139, 140. La seule exception est l'article 115 qui autorise exceptionnellement une location-gérance de l'entreprise pour motif de troubles graves à l'économie nationale, régionale ou locale.

⁸⁷ En substance, R. DWORKIN, cité par René SÈVE, *Philosophie et théorie du droit*, op. cit., n° 245, p. 194-195.

24. Cette antinomie dialectique des fondements du droit des procédures collectives est quasi universelle pour les sociétés modernes et doit être respectée⁸⁸. Elle explique l'antagonisme des finalités de la matière. Le droit positif ne consiste-t-il pas dans « *un ensemble de solutions apportées à des oppositions d'intérêts ou de valeurs en fonction d'un critère idéal appelé la justice ou du moins, d'une certaine conception de la justice chez l'auteur de la solution : législateur ou juge* »⁸⁹ ? Opposition d'intérêts : pro créanciers *versus* pro débiteurs⁹⁰ ; opposition de valeurs : liberté et intérêt de l'individu *versus* intérêt de la collectivité. Plutôt qu'une réflexion théorique à vocation universelle, nous nous préoccupons plus modestement de la question de savoir comment est résolue cette dialectique en droit de l'OHADA et en droit français, au regard de la situation et du rôle des créanciers.

La problématique de l'incompatibilité entre paiement des créanciers et sauvetage de l'entreprise ne se pose que tant qu'il est envisagé un redressement de l'entreprise. La recherche d'une solution de sauvetage, qu'elle soit une décision du juge ou celle des créanciers, est un préalable à la liquidation des actifs. Il est opportun de maintenir l'activité afin de recueillir toute information susceptible d'orienter cette décision.

Si les procédures de sauvetage servent à la fois les conceptions subjective et objective du droit des *faillites*, les procédures judiciaires sont le lieu par excellence de la dialectique car l'immixtion législative et judiciaire y est exacerbée. Ainsi nous ne nous laisserons pas abuser par les terminologies génériques des législateurs. Entrent dans le champ de notre étude les modalités judiciaires de sauvetage de l'activité, peu importe qu'elles consacrent une continuation de l'activité par le débiteur ou par le truchement d'un tiers ; peu importe également qu'elles soient consacrées par des procédures anticipatives ou curatives de la cessation des paiements, ou encore par une procédure de liquidation complète des actifs de l'entreprise. Concrètement, nous examinerons la procédure de redressement judiciaire en droit OHADA et les procédures françaises de sauvegarde, de redressement judiciaire, ainsi que de liquidation judiciaire en ce qui concerne la cession d'entreprise. Les solutions amiables de traitement des difficultés de l'entreprise sont donc

⁸⁸ « *L'antinomie des fondements du droit doit être respectée parce qu'elle est l'expression de la vie du droit et de sa dialectique ; aussi est-elle courante dans tout système juridique* » : Philippe MALAURIE, « Les antinomies des règles et de leurs fondements », *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : études offertes à Pierre CATALA*, Paris, Litec, 2001, p. 25-31, spéc. p. 25.

⁸⁹ Raymond GASSIN, « Une méthode de la thèse de doctorat en droit », *Revue de la Recherche Juridique, Droit prospectif*, n°67, 1996, p. 1167.

⁹⁰ Les économistes raisonnent en termes de systèmes juridiques pro-créanciers et pro-débiteurs. Le premier est celui qui prône une solution contractuelle de la faillite, le second, une solution institutionnelle.

exclues de notre analyse. Elles n'emportent pas une forte intervention du législateur et du juge. Il s'agit du règlement préventif en droit OHADA, de la conciliation et du mandat *ad hoc* en droit français qui n'impliquent pas une rigoureuse discipline des créanciers.

Par ailleurs, lorsqu'on étudie la dialectique des objectifs des procédures collectives à travers le prisme du sauvetage, le sujet présente beaucoup d'intérêt quand on se focalise sur le traitement réservé au créancier.

25. Notre propos est que, si l'antinomie des fondements aboutit à une dualité de systèmes juridiques de *faillite*, elle n'empêche pas moins une convergence des législations (du moins, de certaines règles) épousant l'une ou l'autre conception. Les droits OHADA et français, s'ordonnant autour de logiques opposées, ne présentent pas moins une dose de mixité. Cette mixité est traduite par le fait que certains principes sont communs aux deux conceptions juridiques du sauvetage d'entreprise en difficulté ; ce qui dénote l'efficacité de certaines règles qui ne sont autres que celles de la discipline collective et de la nécessité pratique du maintien de l'activité. Ces règles sont instrumentalisées afin d'atteindre l'objectif que chaque législateur s'est fixé : paiement des créanciers pour l'OHADA, maintien de l'activité et de l'emploi pour la France.

26. Globalement, l'observation révèle que l'antinomie dialectique des objectifs des lois de *faillite* tend à s'estomper pendant la phase préparatoire du sauvetage, plus précisément dans les effets à l'égard des créanciers de l'ouverture de la procédure. Ainsi peut-on observer, dans ce domaine, une quasi-similitude des législations OHADA et française. Celles-ci adoptent relativement la même démarche dans le conflit d'intérêts. Bien que les finalités du sauvetage soient différentes, les techniques juridiques adoptées vis-à-vis des créanciers sont presque identiques (**Partie I**).

27. En revanche, l'irréductibilité des conceptions subjective et objective renaît à l'étape de la solution de la *faillite*. Le législateur est tenu de prendre position. L'équilibre est difficile car ce que gagnent les uns est forcément ce que perdent les autres⁹¹. C'est en cela que l'obédience d'un droit national de la *faillite* est perceptible. Les solutions révèlent les véritables préoccupations du législateur lorsqu'il institue des procédures de maintien de l'activité. Celles-ci aboutissent à mettre en œuvre des mécanismes qui, soit organisent l'expression collective des créanciers par voie démocratique (loi de la majorité), soit inhibent leur participation au profit de l'autorité judiciaire. La sauvegarde de l'entreprise

⁹¹ Perrette REY, *op. cit.*, p. 58.

est donc, ou une question d'intérêt collectif des créanciers, ou une question d'intérêt général.

Dans le premier cas, la décision de maintien de l'activité est du ressort des créanciers. Le sauvetage ne saurait être dans ce contexte une fin en soi, mais un moyen de satisfaire les intérêts de la majorité des créanciers.

Dans le second cas, la question du sauvetage est laissée à une autorité impartiale qui décide dans l'intérêt de tous. Le paiement des créanciers et le sauvetage de l'entreprise sont des buts à atteindre, et le second but a la primauté. Cette mission est celle du juge qui doit faire prévaloir l'intérêt général.

Cette divergence dans les solutions de sauvetage de l'entreprise défaillante en droits OHADA et français est le témoin de l'antinomie des fondements des lois de *faillite* (**Partie II**).

28. La comparaison entre les droits d'aujourd'hui n'a sa pleine valeur que si elle se pose « *en termes de mouvement* », car « *dans chaque pays le droit d'aujourd'hui ne représente qu'un moment, de plus en plus fugitif, entre le droit d'hier et le droit de demain* »⁹². Aussi notre travail ne se privera pas de détours historiques afin de situer les droits positifs OHADA et français dans leur contexte. « *Comparer entre eux les systèmes sans les comprendre par l'histoire aboutit à un échantillonnage pauvre de signification, à des rapprochements ou à des oppositions superficiels et faux. L'histoire est première par rapport à la comparaison, puisqu'elle fait corps avec le droit qu'elle a engendré* »⁹³.

⁹² Doyen SAVATIER cité par Marc ANCEL, « Méthode comparative et droit comparé », *op. cit.*, p. 75.

⁹³ BATTIFOL, OURLIAC et TIMBAL cité par Marc ANCEL, *op. cit.*, p. 74.

Concordance terminologique des procédures mises en œuvre en droit français et en droit de l'OHADA

Législations	Procédures avant cessation des paiements		Procédures (judiciaires) après cessation des paiements	
	Amiables	Judiciaires	Assainissement	Élimination
Droit positif de l'OHADA adopté le 10 avril 1998	- Règlement préventif		Redressement judiciaire	Liquidation des biens
Droit positif français issue de la réforme de 2005 : Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005	- Mandat <i>ad hoc</i> - Conciliation*	Sauvegarde	Redressement judiciaire	Liquidation judiciaire
Droit français, régime issu de la réforme de 1985 : Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985	Règlement amiable		Redressement judiciaire	Liquidation judiciaire
Droit français, régime de 1967 : Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967		Suspension provisoire des poursuites individuelles	Règlement judiciaire	Liquidation des biens

* La procédure de conciliation peut être engagée si la cessation des paiements est intervenue depuis moins de 45 jours.

Tableau comparé des organes représentant les créanciers dans les procédures collectives (entrant dans le champ de notre étude)

Législations	Sauvegarde	Redressement judiciaire	Liquidation
Droit de l'OHADA		Syndic	Syndic
Droit positif français	Mandataire judiciaire	Mandataire judiciaire	Liquidateur
Droit français, régime issu de la réforme de 1985		Représentant des créanciers	Mandataire liquidateur
Droit français, régime de 1967		Syndic	Syndic

Tableau comparé des organes représentant le débiteur (l'entreprise) dans les procédures collectives (entrant dans le champ de notre étude)

Législations	Sauvegarde	Redressement judiciaire	Liquidation
Droit de l'OHADA		Syndic	Syndic
Droit positif français	Administrateur	Administrateur	Liquidateur
Droit français, régime issu de la réforme de 1985		Administrateur judiciaire	Mandataire liquidateur
Droit français, régime de 1967		Syndic	Syndic

PARTIE PREMIÈRE : LA CONVERGENCE DES LÉGISLATIONS AU REGARD DE L'OUVERTURE DE LA PROCÉDURE

« Les lois ne vieillissent pas parce que les plus anciennes sont, par leur âge même, les meilleures. S'il est vrai que la conception du droit soit statique, la durée d'une règle est un signe de sa valeur ».

Georges RIPERT⁹⁴

⁹⁴ Georges RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, 2^e éd., L.G.D.J., 1955, n° 7, p. 21.

29. Par convergence il ne faut pas entendre l'inexistence parfaite de différences entre les droits français et OHADA en ce qui concerne les effets sur les créanciers du jugement d'ouverture. Des divergences existent, mais seulement, dans cette phase de la procédure, elles demeurent moins importantes qu'à l'étape de la solution et s'expriment en termes de degré de l'interventionnisme judiciaire. Cette convergence s'explique par le fait que l'antagonisme paiement-sauvetage tend à s'atténuer.

30. En effet, bien que le droit français des procédures collectives ait changé d'objectif —de la primauté du paiement des créanciers à celle du redressement de l'entreprise—, certaines solutions qui ont fait leurs preuves avant la réforme de 1985 sont demeurées inchangées. Ces mécanismes sont restés constants ou ont été reconduits, mais désormais avec des fondements nouveaux en fonction desquels ils sont adaptés. Il en est ainsi parce que l'objectif de paiement des créanciers est nécessairement contenu dans celui du sauvetage de l'entreprise. Ce dernier objectif, qu'il soit envisagé comme un moyen en vue du paiement ou comme la finalité première de la procédure, implique toujours un remboursement des créanciers. Le dividende qui revient aux créanciers chirographaires reste incontestablement un critère universel d'évaluation du législateur responsable de l'institution⁹⁵. Du reste, une entreprise redressée est avant tout celle qui paie ses créanciers. Cela répond d'une exigence essentielle du droit des affaires : il est nécessaire que les créanciers reçoivent un paiement au moins partiel, mais qui soit aussi le plus fort possible pour la sauvegarde du crédit commercial⁹⁶.

31. Les objectifs de paiement des créanciers et de maintien des entreprises viables ne sont donc pas toujours antagoniques.

Il est évident que dans une dynamique de redressement, « geler » au moins provisoirement les droits des créanciers est un impératif ; si cela n'est pas fait, aucun redressement ne serait possible. Paradoxalement, ce gel provisoire des droits des créanciers est initialement un impératif pour leur paiement équitable et efficient, et pour éviter un paiement au prix de la course ; c'est ce qui explique que des solutions séculaires qui reposaient uniquement sur le paiement des créanciers soient à nouveau reconduites, et

⁹⁵ « *Quel que soit le nom dont on baptise une procédure de concours, faillite, liquidation, règlement judiciaire, ou liquidation des biens, le test essentiel pour juger le législateur responsable de l'institution, est le dividende, qui revient à la piétaille des créanciers rassemblés à l'intérieur de la masse, sous la bannière de l'égalité* » : Gaston LAGARDE, Communication in *actualités de droit de l'entreprise* 1968 (Travaux de la Faculté de Droit de Montpellier), p. 81, rapporté par Marie-Jeanne REYMOND DE GENTILE, *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967*, Thèse Paris 2, 1971, Sirey 1973, p. XIII.

⁹⁶ Sauveur VAISSE, « La constitution de la masse », in *Faillites*, Dalloz, Paris, 1970, n°5.

adaptées à l'objectif nouveau de maintien de l'entreprise viable. L'inhibition des droits des créanciers trouve ainsi prétexte à la fois dans le motif du sauvetage de l'entreprise et dans celui du paiement des créanciers. C'est surtout cette polyvalence des règles mises en œuvre qui traduit la convergence des législations françaises et OHADA. Elle engendre une corrélation positive entre « Paiement » et « Sauvetage », qui tient dans la discipline collective à laquelle est soumise l'ensemble des créanciers dès le jugement d'ouverture (**Titre I**).

En revanche, en dehors des règles strictes de la discipline collective, les autres atteintes au droit du créancier ne trouvent d'explication que dans une logique et une volonté — du législateur entérinée par les créanciers ou le juge — de redressement de l'entreprise. Comment en effet envisager une poursuite de l'activité, peu en importe la finalité, sans assurer le maintien des contrats en cours et sans prévoir de garanties pour les parties qui s'engagent pour l'avenir⁹⁷ ? L'antagonisme « Paiement des créanciers - Sauvetage de l'entreprise » reparaît de manière plus ou moins prononcée, mais la continuation de l'exploitation reste d'une nécessité pratique pour les législateurs français et OHADA (**Titre II**).

⁹⁷ Au détriment des autres cocontractants créanciers antérieurs à la procédure.

TITRE PREMIER : LA LOI DU CONCOURS

32. L'un des traits fondamentaux et irréductibles de la *faillite* que les législations contemporaines n'ont jamais modifié, résulte du développement d'un mode de poursuite général et collectif qui saisit le patrimoine dans son ensemble et le répartit entre tous les créanciers. D'origine romaine, il traduit une idée égalitaire et sera à l'origine du droit de la *faillite*⁹⁸. En présence d'un débiteur insolvable, le droit romain organisait la *venditio bonorum* qui se caractérisait par la vente collective des biens du débiteur pour payer ses créanciers. Cette procédure était déjà une voie d'exécution collective portant sur les biens, et une infamie à laquelle s'attachaient une multitude de déchéances⁹⁹. Ce qui caractérisera plus tard les procédures collectives, c'est encore l'organisation collective et égalitaire des créanciers qui conduit à rejeter l'individualité des poursuites. L'ossature technique reste donc inchangée à savoir, la mise dans une collectivité plus ou moins formelle de l'ensemble des créanciers¹⁰⁰ et leur soumission à une discipline collective.

Cet élément de la charpente de l'institution vise à pourvoir au paiement des créanciers, ou à la répartition égale des pertes entre eux. Il trouve son fondement dans le principe qui fait de l'actif du débiteur le gage de tous ses créanciers. Il confère à chacun de ceux-ci une vocation commune mais pas forcément égalitaire —du fait de la reconnaissance des sûretés réelles et, plus particulièrement, des privilèges généraux¹⁰¹— à

⁹⁸ Catherine LABRUSSE, « L'évolution du droit français de la faillite depuis le Code de commerce », in *Faillites*, Dalloz, Paris, 1970, n°1 et ss.

⁹⁹ Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 6^e éd., Montchrestien, Paris, 2009, n°9.

¹⁰⁰ M-A FRISON-ROCHE, « Le caractère collectif des procédures collectives », *RJC*, 1996, p. 293-303, spéc., n°10.

¹⁰¹ « L'égalité appliquée aux créanciers chirographaires n'est qu'une égalité devant le néant, une figure de rhétorique privée de portée pratique » : Michel CABRILLAC, « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », in *Mélanges Breton-Derrida*, Dalloz, 1991, n° 1, ainsi que n°17 et ss ; L'égalité entre les

se faire payer sur tous les biens présents et à venir. Cette mainmise des créanciers sur le patrimoine du débiteur est consacrée par l'article 2093 du Code civil¹⁰² aux termes duquel, « *les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence* »¹⁰³. L'absence de privilège de premier saisissant permet à tout créancier de participer individuellement à la distribution¹⁰⁴. Par conséquent, pour permettre à chacun de recevoir une part de sa créance tout en respectant les causes légitimes de préférence, il est indispensable d'empêcher que les créanciers ne se payent eux-mêmes sur le patrimoine du débiteur¹⁰⁵. Tous les biens sont donc immobilisés et les créanciers rassemblés, afin que le paiement ne soit pas le prix de la course.

Cet évitement du paiement au prix de la course ainsi que la nécessité d'un traitement collectif de la *faillite* ne sont pas seulement un impératif pour la morale des affaires. Ils sont aussi admis pour leur efficacité économique dans le redressement de l'entreprise.

33. L'absence d'un traitement collectif de la défaillance d'entreprise conduit inéluctablement à un échec dans la réalisation des objectifs des procédures collectives. En effet, le redressement serait compromis si les actifs de l'entreprise en défaut de paiement devraient être saisis anarchiquement par les créanciers, désireux d'obtenir un désintéressement rapide et le plus complet possible.

En outre, le contexte d'un paiement au prix de la course engagerait des frais importants de surveillance du débiteur, dans la mesure où le remboursement complet d'une créance dépend de la célérité de chaque créancier dans la réalisation de sa voie d'exécution. Seule une procédure collective permet d'éviter ces dépenses.

créanciers chirographaires est un principe d'ordre public inapplicable aux créanciers privilégiés (Com. 30 octobre 2000, *D.* 2001. 1527) ; Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, 8^e éd., L.G.D.J., Paris 2009, n°3.

¹⁰² L'article 2093 du Code civil de 1804 est désormais repris dans le Code civil français au nouvel article 2285.

¹⁰³ « *Bien qu'il y ait une évidente corrélation et une étroite compénétration, le droit de gage général et l'idée d'égalité sont des notions distinctes qui ont des enfants respectifs* » : Michel CABRILLAC, « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », *op. cit.*, n°18.

¹⁰⁴ Marie-Jeanne REYMOND DE GENTILE, *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967*, *op. cit.*, p. 1, n° I.

¹⁰⁵ *Ibid.*, n° 271.

Enfin, l'exercice individuel des voies d'exécution en procédure de liquidation peut générer un produit global moins important, comparativement à une cession en bloc de l'entreprise, ou au moins d'une branche d'activité autonome¹⁰⁶.

Juristes et économistes se rejoignent ainsi sur le risque d'une course au paiement provoquée par l'absence de règlement collectif du passif, et qui favorise injustement le créancier le mieux informé¹⁰⁷. Le comportement individuel et opportuniste réduit ainsi le bien-être personnel et collectif des créanciers, tout en excluant toute issue de redressement. La discipline collective devient un moyen destiné à l'apurement optimal et équitable du passif, mais aussi à empêcher les recours individuels et anarchiques qui compromettraient le redressement de l'entreprise. Elle incarne une corrélation positive entre paiement et sauvetage, ce qui explique la similitude droit français et droit OHADA dans le traitement des créanciers. Il s'agit là d'une constante des procédures collectives.

34. Concrètement, le jugement d'ouverture de la procédure restreint les prérogatives individuelles des créanciers¹⁰⁸ en uniformisant leur condition juridique. Cela permet à l'entreprise de préserver les moyens de son activité des saisies et revendications intempestives des créanciers, tout en protégeant ceux-ci de fraudes éventuelles du débiteur (**Chapitre II**).

Mais la discipline collective inhérente au déroulement de la procédure implique la reconnaissance d'un intérêt collectif qui consiste dans la recherche et la protection du paiement des créanciers — antérieurs¹⁰⁹. À partir du moment où le comportement fautif d'un dirigeant de l'entreprise ou d'un tiers a eu pour conséquence d'appauvrir le débiteur, il réduit par là-même le gage de tous les créanciers¹¹⁰. Ceux-ci subissent un préjudice collectif¹¹¹ dont il est organisé la réparation par la mise en place de mécanismes de type collectif chargés de la défense de leurs intérêts (**Chapitre I**).

35. Ainsi l'entrave aux droits individuelles des créanciers —que constitue l'uniformisation de leur condition juridique— trouve-t-elle à être compensée dans la

¹⁰⁶ Bertrand CHOPARD, « « Ex post » vs « ex ante » : Le cas de l'économie du droit de la faillite », in *Revue d'Économie Financière*, Septembre 2005, Vol. 81, p. 3.

¹⁰⁷ Denis Voinot, *op. cit.*, n° 34.

¹⁰⁸ Cette restriction est ainsi un mal nécessaire : Jean René GOMEZ, *Entreprises en difficulté*, Bajag-Meri, 2003, n° 123, p. 156.

¹⁰⁹ Marie-Andrée RAKOTOVAHINY, « L'intérêt collectif des créanciers, obstacle au droit de créance individuel », *Petites affiches*, 27 décembre 1999, n° 257, p. 6, spéc., n°3.

¹¹⁰ D'autant plus que les créanciers munis de sûretés réelles ont vocation à devenir des créanciers chirographaires lorsque leur sûreté est insuffisante pour remplir intégralement leur créance.

¹¹¹ Pierre MARTIN, « La réparation du préjudice individuel des créanciers dans les procédures collectives », *Petites affiches*, 18 septembre 2001 n° 186, P. 4, spéc. n°8.

protection et la défense de leur intérêt collectif. Celui-ci, dans tout *droit des faillites*, a la primauté sur l'intérêt personnel¹¹² des créanciers. Cette solution s'explique par le fait que la finalité de toute procédure collective est de permettre à terme à chaque créancier, de recevoir le maximum de ce qui lui est dû par le débiteur.

¹¹² M-A FRISON-ROCHE, « Le caractère collectif des procédures collectives », *op. cit.*, p. 294.

CHAPITRE 1 : UNE DISCIPLINE COLLECTIVE ORGANISÉE AUTOUR D'UN INTÉRÊT COLLECTIF

36. Les procédures collectives sont ouvertes parce que l'actif disponible de l'entreprise ne couvre pas l'intégralité du passif exigible ou exigé, ou encore parce que ce risque est imminent du fait de difficultés insurmontables. Ces situations d'insuffisance d'actifs suscitent un intérêt commun à tous les créanciers de l'entreprise d'être payé, de surveiller le débiteur, et de demander la réparation du préjudice subi du fait du non paiement intégral des créances.

37. Cette notion d'intérêt commun n'est pas tout à fait propre à rendre compte de la situation réelle des créanciers ; l'un voudrait ménager le débiteur afin de le conserver comme client ; un autre voudrait échapper à la réparation du dommage qu'il aurait causé à tous, en excipant le fait qu'il ne saurait y avoir de préjudice commun à défaut du sien. Toutefois, ces divergences n'empêchent pas afin d'imposer une discipline collective aux créanciers et obtenir pour eux le paiement le plus complet possible, de concevoir un intérêt collectif qui aille au-delà de l'intérêt commun¹¹³ ; un intérêt collectif des créanciers qui ne se réduise pas à l'intérêt personnel de ceux-ci, même additionné, mais qui ne puisse pas non plus accéder au rang supérieur de l'intérêt général dont le juge, le ministère public, voire l'administration, ont la charge¹¹⁴. Un intérêt collectif dépassant l'intérêt commun pour devenir « *l'intérêt de la collectivité que constituent l'ensemble des créanciers* »¹¹⁵.

L'unicité de cet intérêt est un élément de regroupement des créanciers par abstraction des individualités. Il rassemble les créanciers en une « collectivité¹¹⁶ » plus ou moins organisée pour la défense et la protection de ses membres (**Section 1**). Une telle

¹¹³ Pour tout ce qui précède, F. DERRIDA, P. GODÉ, J.-P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, 3^e éd., Dalloz, 1991, n° 508.

¹¹⁴ M-A FRISON-ROCHE, « Le caractère collectif des procédures collectives », *op. cit.*, n° 13.

¹¹⁵ F. DERRIDA, P. GODÉ, J.-P. SORTAIS, *op. cit.*, n° 510.

¹¹⁶ Cass. com., 3 juin 1997, *Petites affiches*, 28 novembre 1997, n 143, p. 29.

collectivisation présente aussi l'intérêt d'éviter l'encombrement des rôles des tribunaux par des actions individuelles ayant toutes un même objet et une même cause¹¹⁷.

L'une des principales conséquences de cette organisation collective est que, dès le jugement d'ouverture, tous les créanciers doivent déclarer leurs créances s'ils veulent être pris en compte dans l'évaluation du préjudice collectif (**Section 2**).

SECTION 1 : LE REGROUPEMENT DES CRÉANCIERS DANS UNE COLLECTIVITÉ PLUS OU MOINS FORMELLE

38. L'idée de regrouper les créanciers est fortement liée à la situation juridique uniforme qu'ils sont désormais appelés à partager. Elle est aussi soutenue par la prise en charge collective des intérêts des créanciers par un mandataire désigné par le juge.

Ce rassemblement des créanciers et leur représentation par un administrateur sont consacrés bien avant le Code de 1807¹¹⁸. Depuis les villes italiennes du XV^e siècle, le groupement des créanciers (la masse) avait pour mission le meilleur paiement des créanciers, c'est-à-dire, le paiement le plus important et le plus rapide¹¹⁹. Cette mission reste depuis toujours inchangée. On comprend dès lors que la suppression de la personnalité morale de ce groupement en droit français n'ait pas pu empêcher le maintien des solutions qui en sont nées. La Cour de cassation, sans se préoccuper d'une cohésion d'ensemble de ces solutions, s'est efforcée de tenir compte de l'intérêt collectif des créanciers en utilisant au maximum la liberté que lui a laissé le législateur¹²⁰.

Le regroupement des créanciers est donc un élément fondamental du droit des procédures collectives qui permet d'expliquer la convergence des législations française et OHADA quant aux effets, sur les créanciers, de l'ouverture des procédures. Des similitudes existent non seulement dans la commune reconnaissance d'un intérêt collectif du groupement (**Sous-section 1**), mais aussi dans la défense de la collectivité (**Sous-section 2**).

¹¹⁷ F. DERRIDA, note sous Ass. Plén., 9 juillet 1993, *D.*, 1993, p. 475, n° 2.

¹¹⁸ Sauveur VAISSE, « La constitution de la masse », *op. cit.*, n° 6.

¹¹⁹ F. DERRIDA, note sous Ass. Plén., 9 juillet 1993, *op. cit.*, n° 3.

¹²⁰ F. DERRIDA, note sous Cass. com., 3 juin 1997, *Petites affiches*, 28 novembre 1997, n° 12.

Sous-section 1 : La reconnaissance d'un intérêt collectif se démarquant des intérêts individuels

39. La constitution de la masse vise la protection et l'administration collective de ce qui constitue l'assiette économique des droits des créanciers, c'est-à-dire le patrimoine du débiteur. Le but final est l'organisation de garanties équitables de paiement des créanciers, notamment des créanciers chirographaires. Les solutions imposées par ces objectifs ont conduit à l'admission progressive, par la jurisprudence et la doctrine, de l'idée que la masse a la personnalité morale ; celle-ci lui permettant d'être représentée, d'avoir un intérêt distincte de celui de ses membres, d'être localisée, et surtout d'avoir des droits. C'est essentiellement par la masse et la reconnaissance de sa personnalité morale que le caractère collectif des procédures collectives s'affirme¹²¹.

De tout temps et jusqu'à la loi de 1985, c'était par la masse que s'exprimait l'intérêt collectif des créanciers. Le Droit OHADA maintient cette conception, mais le droit français supprime purement et simplement la masse pour lui substituer la notion de collectivité des créanciers en se référant, dans certaines de ses dispositions, à la notion d'« *intérêt (collectif) des créanciers* »¹²². Pour l'essentiel, la globalisation des intérêts des créanciers reste une constante que nous allons examiner en droit de l'OHADA (**Paragraphe 1**) et en droit français (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1- La personnalité juridique de la masse des créanciers en droit OHADA

40. L'article 72 al 1 de l'AUPC dispose que « *la décision d'ouverture constitue les créanciers en une masse représentée par le syndic qui, seul, agit en son nom et dans l'intérêt collectif et peut l'engager* ». Le mot « masse » évoque un groupement qui n'entre pas dans les catégories connues et qui se singularise par son caractère obligatoire comme la collectivité des obligataires¹²³. La masse est-elle dotée de la personnalité morale ?

41. Sur ce point, l'acte uniforme est une subtile reprise de l'article 13 al 1 de la loi française du 13 juillet 1967 aux termes duquel, « *le jugement qui prononce le règlement*

¹²¹ M-A FRISON-ROCHE, « Le caractère collectif des procédures collectives », *op. cit.*, n°10.

¹²² F. DERRIDA, P. GODE, J.-P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, *op. cit.*, n° 505.

¹²³ F. M. SAWADOGO, *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 198.

judiciaire et la liquidation des biens constitue les créanciers en une masse représentée par le syndic qui seul agit en son nom et peut l'engager »¹²⁴. La doctrine française bien, avant l'adoption de ce texte, discutait déjà la qualité de la personnalité juridique de la masse¹²⁵.

I- L'EXAMEN DE LA SITUATION EN FRANCE SOUS L'EMPIRE DU DROIT ANTÉRIEUR À LA RÉFORME DE 1985

42. Depuis longtemps, la plupart des auteurs français¹²⁶ admettaient que le rassemblement des créanciers qu'opérait leur constitution en une masse, jouissait de la personnalité morale notamment en raison de sa représentation par le syndic¹²⁷. Le professeur THALLER affirmait dès 1922 que « *la masse, le noyau des créanciers groupés afin de liquider le gage commun, forme une véritable personne morale, tenue des engagements du syndic* »¹²⁸.

La Cour de cassation abondait plus tard dans le même sens dans un arrêt du 17 janvier 1956. Elle affirmait que : « *la masse des créanciers dans la faillite constitue une personne morale distincte de la personne des créanciers qui la composent* »¹²⁹. Cet arrêt avait été précédé d'un autre arrêt de la Cour de cassation qui définissait de manière assez libérale la personnalité morale, et dont l'arrêt du 17 janvier 1956 n'en consacre que l'application. En effet, la Cour de cassation dans un arrêt en date du 28 janvier 1954 posait au sujet des comités d'établissement —qui étaient une institution représentative des salariés en droit du travail— que : « *la personnalité juridique n'est pas une création de la loi. Elle appartient en principe à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés ; si le législateur a le pouvoir, dans un but de haute police, de priver de la personnalité civile telle catégorie déterminée de groupements, il en reconnaît, au contraire, implicitement mais nécessairement l'existence en faveur d'organismes créés par*

¹²⁴ Loi n° 67-563, *J.O.R.F.*, 14 juillet 1967, p. 7059.

¹²⁵ Guy LAMBERT, « La personnalité juridique de la masse », *J.C.P.*, 1960, I, 1568.

¹²⁶ R. HOUIN, note sous Civ. Com. 17 janvier 1956, *D. S.*, 1956. 265, spéc. p. 267. L'auteur note cependant la contestation de M. RIPERT. Pour ce dernier, la masse ne pourrait pas avoir la personnalité morale parce qu'elle n'a pas de patrimoine. Mais pratiquement, la doctrine puis la jurisprudence étaient unanimes sur la personnalité morale de la masse (J. GHESTIN, « La prophétie réalisée », *J.C.P.*, 1976, I, 2782, n°3).

¹²⁷ « *Cette dérogation à la règle que nul ne plaide par procureur implique que la masse est une personne morale* » : PERCEROU par Sauveur VAISSE, « La constitution de la masse », in *faillites*, Dalloz, Paris, 1970, n°8.

¹²⁸ F. M. SAWADOGO, *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n°200.

¹²⁹ Civ. Com. 17 janvier 1956, note R. HOUIN, op. cit.

la loi elle-même avec mission de gérer certains intérêts collectifs présentant ainsi le caractère de droits susceptibles d’êtres déduits en justice »¹³⁰.

Une telle conception¹³¹ convenait manifestement à la masse des créanciers dans la procédure collective. D’une part, ni l’existence des intérêts collectifs des créanciers composant la masse, ni à plus forte raison leur licéité ne pouvaient être contestées. La doctrine dont s’était inspiré l’arrêt du 28 janvier 1954 admettait que l’existence de la personnalité morale se mesure à la distinction des intérêts collectifs et des intérêts individuels des membres du groupement. D’autre part, la masse étaient pourvue d’une possibilité d’expression collective pour la défense de ses intérêts. Non seulement elle était représentée par le syndic dans tous les actes juridiques, mais aussi, elle se réunissait en assemblées statuant à la majorité¹³². Les conditions jurisprudentielles de la personnalité morale se trouvaient donc remplies pour la masse. C’est dans ce contexte que le législateur, intervenant avec la loi du 13 juillet 1967, confirme la personnalité morale de la masse par l’article 13 al. 1 précédemment évoqué¹³³.

II- L’ADMISSION DE LA PERSONNALITÉ JURIDIQUE DE LA MASSE PAR LE LÉGISLATEUR AFRICAIN

43. En Droit OHADA, la plupart des auteurs¹³⁴ concluent que l’AUPC reconnaît une personnalité juridique à la masse des créanciers. Il est précisé au demeurant que, sous l’empire du Code de commerce de 1807 et de la loi du 4 mars 1889, moins explicites sur la notion de masse, certaines juridictions africaines avaient reconnu la personnalité juridique du groupement des créanciers¹³⁵. Pour notre part, il n’y a aucun doute que le législateur de l’OHADA tranche pour la reconnaissance d’une personnalité morale de la masse. En effet, les formules consacrées au sujet de la masse par l’AUPC sont substantiellement les mêmes que celles de la loi française du 13 juillet 1967. Or, de ces formules, la doctrine majoritaire

¹³⁰ Civ., 28 janvier 1954, *D.*, 1954, 217, note G. LEVASSEUR.

¹³¹ Théorie de la réalité de la personnalité morale.

¹³² R. HOUIN, *op. cit.*

¹³³ *Supra*, note n° 41 ; Notons que cet avis ne fait pas l’unanimité. Pour Sauveur VAISSE par exemple, les textes de 1967 sont muets sur ce problème : v. Sauveur VAISSE, « La constitution de la masse », *op. cit.* n°9.

¹³⁴ F.M. SAWADOGO, *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n°202 ; Jean René GOMEZ, *Entreprises en difficulté*, Bajag-Meri, 2003, n°114.

¹³⁵ Tribunal de première instance de Ouagadougou, 13 juin 1984, *Revue Burkinabé de droit*, n° 12, décembre 1987, note F. M. SAWADOGO.

et la jurisprudence avaient admis en France la personnalité juridique du groupement des créanciers¹³⁶ :

- l'ensemble des créanciers est représenté par le syndic qui peut ester en justice en leur nom ; les actes de ce dernier leurs sont opposables (art. 72 al 1 AUPC). *Que le représentant légal de la masse puisse ainsi agir au nom de cette dernière et surtout l'engager revient à admettre l'existence de droits et d'obligations propres à la masse, et, par conséquent, à reconnaître implicitement à cette dernière la personnalité juridique*¹³⁷. Seule une personne est représentée ;

- la masse peut avoir un intérêt distinct de celui des créanciers qui la composent. Elle peut subir un préjudice, et donc peut poursuivre son auteur —celui-ci fut-il un créancier dans la masse— pour avoir accru le passif ou diminué l'actif (art. 118 al 1 AUPC). Cette disposition est une reprise de la solution posée par l'arrêt « *Laroche* »¹³⁸ sous l'empire de la loi de 1967 ;

- la décision prise à la majorité par l'assemblée concordataire est opposable à la minorité (art. 125 al 5 AUPC) ;

- enfin, les notions d'inopposabilité à la masse (art. 67 à 71 AUPC), d'hypothèque légale de la masse (art. 74 et 135 AUPC), de créanciers de la masse ou contre la masse (art. 108, 117, 142, 166 et 167 AUPC), de préjudice subi par la masse (art. 118), supposent la personnalité morale de celle-ci.

44. L'intérêt de la personnalité morale de la masse réside dans la défense de l'intérêt collectif des créanciers. Cette défense postule la reconnaissance de certaines prérogatives et solutions apparaissant comme des conséquences logiques de la personnalité juridique.

Au titre des prérogatives, la masse est dotée d'une existence légale. Elle acquiert, vis-à-vis du débiteur, la qualité de tiers lui permettant de faire déclarer inopposables à son égard les actes qui sont de nature à lui causer préjudice. La même qualité lui permet d'être titulaire de droits propres distincts de ceux du débiteur, et de bénéficier d'une hypothèque légale sur les immeubles de celui-ci¹³⁹.

¹³⁶ C'est d'ailleurs l'une des raisons qui a motivé la suppression pure et simple de la notion de masse par le législateur de 1985, afin de supprimer la personnalité morale de la collectivité des créanciers.

¹³⁷ H.-J. LUCAS, « Le patrimoine de la masse des créanciers dans le règlement judiciaire et la liquidation des biens », *R.T.D. com.*, 1969, p. 891, n°1.

¹³⁸ Com., 7 janvier 1976, *D.* 1976, 277, obs., F. Derrida et J-P Sortais.

¹³⁹ Jean René GOMEZ, *op. cit.*, 2003, n°114.

L'affirmation d'une personnalité morale de la masse présente aussi un grand intérêt pratique. Elle permet à la jurisprudence d'asseoir certaines solutions dont nous examinerons quelques aspects.

A) La reconnaissance d'un intérêt propre à la masse et distinct de celui de chacun de ses membres

45. La personnalité morale de la masse fait du syndic le représentant d'un intérêt collectif qui ne peut se confondre avec la somme des intérêts individuels des créanciers¹⁴⁰. L'intérêt collectif n'est pas la somme arithmétique des intérêts individuels ; aussi la masse peut-elle subir un préjudice indépendant de ceux subis par les créanciers pris individuellement. De cette idée découlent deux conséquences :

46. - La première est que le syndic a le pouvoir de poursuivre un membre du groupement des créanciers. En France, la Cour de cassation avait à plusieurs reprises dénié au syndic toute qualité pour agir en responsabilité contre un tiers, lorsque ce tiers est lui-même créancier dans la masse¹⁴¹. Cette qualité lui avait finalement été reconnue par la Chambre commerciale dans un célèbre arrêt en date du 7 janvier 1976 (arrêt *Laroche*) : « *le syndic trouve dans les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi, qualité pour exercer une action en réparation de dommages et intérêts contre toute personne, fût-elle créancière dans la masse, coupable d'avoir contribué, par des agissements fautifs, à la diminution de l'actif ou à l'aggravation du passif* »¹⁴².

Cet arrêt est une manifestation éclatante de la personnalité morale de la masse. Il consacre la notion de préjudice collectif, dommage causé à la généralité des créanciers formant la masse. La reconnaissance d'un dommage collectif est une conséquence logique de la reconnaissance d'une personnalité morale de la masse car elle implique un intérêt collectif de l'ensemble des créanciers à la réparation du préjudice ; intérêt qui serait opposable aux intérêts propres d'un créancier.

Cette solution est reprise par le législateur de l'OHADA à l'article 118 de l'AUPC : « *Les tiers, créanciers ou non, qui, par leurs agissements fautifs, ont contribué à retarder la cessation des paiements ou à diminuer l'actif ou à aggraver le passif du débiteur peuvent être condamnés à réparer le préjudice subi par la masse sur action du syndic*

¹⁴⁰ R. HOUIN, *RTD. com*, 1975, p. 629.

¹⁴¹ Com., 2 mai 1972 : *D.* 1972, 618, note A. Pirovano ; v. aussi F. DERRIDA et J.-P. SORTAIS note n° 5 sous Cass. Com., 7 janvier 1976, *D.*, 1976, p. 278.

¹⁴² Cass. Com., 7 janvier 1976, *D.*, 1976, p. 277, note F. DERRIDA et J.-P. SORTAIS.

agissant dans l'intérêt collectif des créanciers ». L'appartenance du défendeur à la masse ne peut donc faire obstacle à l'action du syndic en réparation du préjudice collectif.

47. - La deuxième conséquence est que l'impossibilité pour un créancier dans la masse de se prévaloir d'un droit ne saurait faire obstacle à l'exercice des droits appartenant à la masse. Celle-ci dispose d'une action propre que le syndic a qualité pour exercer, même si, en son sein, se trouvent des créanciers qui ne peuvent personnellement invoquer le droit en cause. Il n'est donc pas nécessaire que la totalité des créanciers ait subi le préjudice dont la réparation est demandée. Il suffit qu'un seul créancier en ait le droit pour que la personnalité morale se saisisse.

Dans une espèce¹⁴³, un crédit-bailleur contestait la qualité du syndic à invoquer le défaut de publicité du contrat de crédit-bail ; publicité exigée pour l'opposabilité du contrat de crédit-bail aux créanciers et ayants causes du locataire en procédure collective. En effet, se fondant sur le motif que le syndic n'avait qualité pour représenter que les intérêts communs des créanciers constituant la masse et non les intérêts particuliers d'une catégorie de ces créanciers, cette contestation observait que l'inopposabilité —qu'entraînait le défaut de publicité— n'était valable qu'à l'égard de ceux des créanciers qui n'avaient pas eu connaissance du contrat de crédit-bail ; condition posée par l'art. 8 du décret du 4 juillet 1972. Or, au sein de la collectivité que représentait le syndic, il n'était pas possible de distinguer entre les créanciers remplissant les conditions pour invoquer l'inopposabilité et les autres créanciers.

La Chambre commerciale de la Cour de cassation rejoignant la position du juge du fond, tranchait « *que le syndic avait qualité pour demander que soit déclaré inopposable à la masse, le droit de propriété (du crédit-bailleur) ..., alors même que certains créanciers dans la masse ne pourraient pas se prévaloir individuellement de l'art. 8 du décret du 4 juillet 1972, pour avoir eu connaissance de ce droit* »¹⁴⁴. En réalité, la Cour n'avait fait que reprendre une solution déjà assise en jurisprudence : l'appartenance à la masse d'un créancier qui n'aurait pu, à titre individuel, agir à l'encontre d'une opération préjudiciable à la masse, n'empêche pas celle-ci d'exercer l'action collective issue de ses droits propres. L'intérêt collectif n'est nullement la somme des intérêts individuels ; il les dépasse, de

¹⁴³ Com. 23 février 1982, *D.* 1982, p. 623, observ. F. DERRIDA.

¹⁴⁴ *Ibid.*

sorte que l'action collective pourra profiter aux créanciers qui, à titre individuel, n'auraient pu en bénéficier¹⁴⁵.

Cette solution repose aussi sur la personnalité morale de la masse. Le locataire en procédure collective est présumé en effet propriétaire *erga omnes* puisqu'il est en possession des meubles loués. La masse des créanciers peut ainsi se prévaloir de cette présomption. Pour renverser celle-ci, le crédit bailleur doit invoquer le contrat conclu avec le débiteur et établissant sa qualité de propriétaire. Or cette qualité n'ayant pas été publiée, le contrat ne peut être opposable à la masse. Le débiteur reste propriétaire présumé à l'égard de la masse, et la revendication du bailleur doit être écartée.

48. Dans le même sens, la jurisprudence n'admet pas l'idée qu'il faille que tous les créanciers soient à même d'invoquer l'action paulienne pour que le syndic ait qualité pour agir¹⁴⁶. Or dans son principe, l'action paulienne profite uniquement au créancier poursuivant qui échappe de fait à la loi du concours. Le bénéfice à tous les créanciers dans la masse de l'inopposabilité découlant du succès de l'action paulienne implique donc nécessairement la reconnaissance préalable d'une personnalité morale à la masse.

L'argument selon lequel, la masse ne saurait être victime d'un préjudice nécessairement apparu avant sa propre naissance, ne saurait prospérer. La Cour de cassation autorise en effet les associations à réclamer réparation d'un dommage qui a été causé à leurs membres alors qu'elles n'existaient pas encore¹⁴⁷. Toute personne morale peut obtenir réparation d'un préjudice né antérieurement à sa constitution, dès lors que ce préjudice l'atteint directement dans son ensemble¹⁴⁸. Le préjudice de la masse se réalise en raison de l'état de cessation des paiements. Or la masse naît précisément au moment où le jugement de redressement judiciaire ou de liquidation des biens concrétise l'état de cessation des paiements provoqué, au moins partiellement, par la faute du tiers¹⁴⁹.

49. En conclusion pour l'intérêt collectif, il importe peu que certains créanciers n'aient subi aucun préjudice ou qu'ils soient eux-mêmes responsables du préjudice collectif. Le syndic représente en droit de l'OHADA cet intérêt collectif de la masse (art. 72 AUPC). Il ne peut donc lui être reproché d'agir à l'encontre d'intérêts individuels qui sont en

¹⁴⁵ Deux arrêts de la Cour de cassation rendus le même jour, Cass. com. 7 juin 1967, *Gaz. Pal.*, 1967, 2, 306 ; *Bull. civ.* III, p. 224, n°231.

¹⁴⁶ Cass. com. 7 juin 1967, *op. cit.*

¹⁴⁷ Cass. civ., 2^e, 14 février 1958 : *Bull. civ.* II, p. 85, n° 132 ; V. aussi Civ. 1^{re}, 17 mai 1975, *Quot. Jur.* n°11, 27 janvier 1976, p. 3.

¹⁴⁸ Cour d'appel de Paris, 26 janvier 1982, *D.*, 1982, p. 215, obs. F. DERRIDA et J. -P. SORTAIS, n°4.

¹⁴⁹ En substance A. HONORAT, par J. GHESTIN, « La prophétie réalisée », *J.C.P.*, 1976, I, 2782, n°20.

contradiction avec celui de la masse¹⁵⁰. Les développements ci-dessus trouvent par conséquent tout leur sens dans le droit uniforme africain.

B) La localisation de la masse dans le ressort de la juridiction prononçant le redressement judiciaire ou la liquidation de biens

50. La Cour de cassation française avait conclu qu'en disposant que « *le jugement qui prononce le règlement judiciaire et la liquidation des biens constitue les créanciers en une masse représentée par le syndic* », l'article 13 de la loi du 13 juillet 1967 fixe cette masse au lieu d'ouverture de la procédure collective¹⁵¹. C'est en effet ce jugement d'ouverture qui donne naissance à la masse. Or en matière de responsabilité civile délictuelle, la juridiction compétente est celle du lieu du fait dommageable, ou encore, celle dans le ressort de laquelle le dommage est subi¹⁵². La Cour de cassation en avait donc déduit que la masse éprouve son préjudice dans le lieu même où elle existe, c'est-à-dire, dans le ressort de la juridiction qui prononce le jugement ouvrant la procédure collective¹⁵³. Il faut toutefois noter que cette juridiction, dans le ressort de laquelle est localisée la masse, n'est pas nécessairement compétente pour connaître du litige. Les règles de compétence matérielle peuvent conduire à la désignation d'un autre tribunal du même ressort territorial¹⁵⁴. C'est le cas notamment lorsque le tribunal de la procédure est le tribunal de commerce, alors que l'auteur du préjudice subi par la masse est n'a pas la qualité de commerçant ; tel un notaire ou un commissaire aux comptes (encore que la masse elle-même n'ait pas le statut de commerçant¹⁵⁵).

51. Cette solution de localisation de la masse dans le ressort de la juridiction qui ouvre la procédure trouverait à s'appliquer en droit de l'OHADA dans la mesure où l'article 72 alinéa 1 de l'AUPC est rédigé, comme précédemment évoqué, dans les mêmes termes que l'article 13 de la loi française du 13 juillet 1967.

L'article 3 alinéa 2 AUPC proroge cependant la compétence d'attribution de la juridiction ouvrant la procédure à toutes les contestations nées de la procédure collective

¹⁵⁰ J. GHESTIN, « La prophétie réalisée », *op. cit.*, n°9.

¹⁵¹ Com. 3 juin 1982, 80-14831, *Bull. civ. IV*, p. 187, n° 213 ; Com. 8 mars 1983 (inédit), *D.*, I.R., p. 12, F. DERRIDA.

¹⁵² Nouveau Code de Procédure Civile, art. 46 dans sa première rédaction.

¹⁵³ Cass. com., 8 mars 1983, *D.* 1983. I.R. 395, obs. P. Julien ; v. également, *D.* 1984. I.R. 11, 5^e espèce, obs. F. Derrida.

¹⁵⁴ F. Derrida, note sous com., 8 mars 1983, *D.* 1984. I.R. 11, *op. cit.*, spéc. p. 13.

¹⁵⁵ Paris, 26 janvier 1977, *D.* 1977. I.R., 402, 3^e arrêt, obs. F. DERRIDA ; Paris, 3^e ch. A, 31 mai 1983, *D.* 1984, I.R., obs. A. HONORAT ; FRICERO, *R.J.C.* 1980.56.

ou juridiquement influencées par elle. Cette prorogation de compétence, constamment réaffirmée en jurisprudence¹⁵⁶, est posée depuis 1888¹⁵⁷. D'ordre public, les dispositions de l'article 3 alinéa 2 AUPC semblent absorber tout l'intérêt de la localisation de la masse. En effet, cet intérêt ne vaut, en pratique, que pour l'action en responsabilité contre les tiers pour le dommage causé à la masse des créanciers. La question se pose dès lors de savoir si cette action en responsabilité entre dans le champ de la prorogation de compétence de la juridiction de la procédure, ou bien relève du jeu des règles de compétence de droit commun.

52. Pour la Cour de cassation française, l'action en responsabilité contre les tiers n'est pas une action sur laquelle la procédure collective exerce une influence juridique, dès lors que cette action aurait pu naître indépendamment de la procédure. La Cour juge qu'une telle action ne relève pas de la compétence du tribunal de la faillite¹⁵⁸ et doit donc obéir aux règles de compétence de droit commun, aussi bien pour la compétence territoriale que pour la compétence d'attribution¹⁵⁹. Dans une espèce, une société de crédit-bail était assignée en responsabilité pour faute commise dans la mise en place d'une opération immobilière, et ayant entraînée l'ouverture d'une procédure collective de deux époux. Le liquidateur judiciaire de ces derniers demandait en effet au tribunal de la procédure, l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de la société financière. La Cour de cassation¹⁶⁰ avait cassé la décision du juge du fond qui, pour retenir la compétence du tribunal de la procédure collective des époux, avait refusé celle du tribunal du siège social de la société financière. Selon la Cour d'appel, la cessation des paiements occasionnant l'ouverture des procédures de redressement et de liquidation judiciaires des époux était le résultat direct de la faute commise par la société. Pour la Cour de Cassation en revanche, la contestation n'était pas née des procédures collectives et n'était pas soumise à l'influence juridique de ces procédures. Cette position de la Cour de cassation se trouve justifiée telle qu'il ressort des faits, dans la mesure où la contestation ne tire pas effectivement son existence de la procédure et serait née même si les époux avaient conservé la maîtrise de leurs biens¹⁶¹.

¹⁵⁶ Com. 18 novembre 1964, *D.* 1965, p. 800, note LAGARDE.

¹⁵⁷ Req. 29 octobre 1888, *DP*, 1889, I, p. 13.

¹⁵⁸ Cass. com. 3 juin 1997, n° 95-13.981, *Bull. civ. IV*, n° 161; *D.* Affaire, 1997, 834, n° 11-2.

¹⁵⁹ Deen GIBIRILA, *Droit des entreprises en difficulté*, Defrénois, Paris, 2009, n° 617.

¹⁶⁰ Cass. com., 12 octobre 1999 (inédit), n° 96-18471, *Defrénois* 2000, p. 993, obs. Deen GIBIRILA.

¹⁶¹ Deen GIBIRILA, note sous Cass. com., 12 octobre 1999, *op. cit.*, p. 995.

53. En droit de l'OHADA, la doctrine considère que l'action en responsabilité contre les tiers répond aux critères définis par l'article 3 alinéa 2 AUPC¹⁶². Cette action serait donc soumise à l'influence juridique de la procédure collective et par conséquent, relève de la compétence de la juridiction ayant ouvert la procédure. Les règles de compétence territoriale du droit commun s'en donc trouvent écartées.

S'il faut admettre, sur un plan procédural, que les règles de la faillite exercent une influence sur l'action en responsabilité —sa mise en œuvre étant laissée exclusivement¹⁶³ à l'organe de défense de l'intérêt collectif des créanciers¹⁶⁴—, il est essentiel de reconnaître que cette action aurait pu naître sans la faillite. La rédaction de l'article 118 alinéa 2 AUPC ne saurait par ailleurs être d'aucun secours à la position de la doctrine. Cet article dispose en effet que « *la juridiction compétente choisit, pour la réparation du préjudice, la solution la plus appropriée, soit le paiement de dommages-intérêts, soit la déchéance de leurs sûretés pour les créanciers titulaires de telles garanties* ». L'expression « *juridiction compétente* » ne saurait permettre la déduction qu'il s'agit de la juridiction ouvrant la procédure collective. Il est vrai que l'expression, employée dans divers articles de l'AUPC, fait référence à cette juridiction. Mais s'agissant d'une action en comblement du passif, il est paru nécessaire au législateur de l'AUPC, par souci de clarté, de préciser cette « *juridiction compétente* ». En effet l'article 184 AUPC —relativement à l'action en comblement du passif— dispose que « *la juridiction compétente est celle qui a prononcé le redressement judiciaire ou la liquidation des biens de la personne morale* ». Nous pouvons *a contrario* estimer que si cette précision n'a pas lieu relativement à l'action en responsabilité contre les tiers, c'est bien que « *la juridiction compétente* » de l'article 118 alinéa 2 n'est pas celle qui a ouvert la procédure, mais bien celle désignée par le jeu des règles de compétence de droit commun.

L'analyse est d'autant plus convaincante que l'action en comblement du passif est une action née de la procédure collective, c'est-à-dire qu'elle n'aurait pu naître sans un jugement de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. La précision de l'article 184 est donc dans ce cas inutile dans la mesure où la compétence de la juridiction ouvrant la procédure serait déjà désignée par le jeu de l'article 3 alinéa 2 AUPC (disposition

¹⁶² Filiga Michel SAWADOGO, *OHADA droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n°144 ; Dieunedort NZOUABETH, « La responsabilité des tiers en cas d'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif dans l'espace OHADA », *Rev. proc. coll.*, n° 4, décembre 2007, p. 192-206 spéc. p. 202.

¹⁶³ Sur le monopole du syndic dans la défense de l'intérêt collectif, v. *infra*, n° 69.

¹⁶⁴ Pierre-Michel LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 7e éd., Dalloz, Paris, 2013, n° 312.42.

prorogeant la compétence de la juridiction ouvrant la procédure). En revanche, une précision du législateur aurait été nécessaire si la juridiction ouvrant la procédure collective devrait être compétente, par le jeu de l'article 3 al 2, pour connaître de l'action en responsabilité contre les tiers. Il en résulte que le silence du législateur emporte le jeu normal des règles de compétence de droit commun.

La localisation de la masse dans le ressort de la juridiction ouvrant la procédure collective garde ainsi tout son intérêt en droit de l'OHADA. La juridiction compétente pour connaître de l'action en responsabilité contre les tiers est la juridiction du lieu où la masse des créanciers subit le préjudice. Dans l'absolu, il convient de noter que l'application des règles classiques de compétence aboutit au même résultat que le jeu de l'article 3 alinéa 2 : la juridiction de la faillite est dans l'une ou dans l'autre hypothèse compétente.

54. Il existe d'autres solutions inspirées par la personnalité morale de la masse : la destination des produits de l'action intentée par le syndic pour l'intérêt collectif (patrimoine de la masse), et la priorité de paiement des créanciers postérieurs sur les créanciers antérieurs. Toutefois, ces solutions feront chacune l'objet de développements ultérieurs¹⁶⁵. Le recours à la personnalité morale de la masse constitue donc un procédé fort commode pour expliquer de manière juridiquement satisfaisante certaines solutions. Qu'en est-il en France où le législateur a supprimé la masse ?

Paragraphe 2- La suppression de la masse en droit positif français : la collectivité des créanciers, avatar de la défunte masse

55. En France la loi de 1985 supprime la masse des créanciers. En effet, avant la loi de 1985, les principes généraux du droit de la faillite étaient ordonnés autour de la constitution de la masse. Celle-ci était toujours considérée comme le résultat, la conséquence de l'organisation collective¹⁶⁶. Cependant pour certains auteurs, la masse créait plus de problèmes qu'elle n'en résolvait. L'un des contempteurs de la personnalité morale de la masse fut le Doyen RIPERT qui la rejeta en se fondant notamment sur ce que

¹⁶⁵ V. *Infra*, respectivement n° 87 et ss, ainsi que les n°s 301 (et ss) et 321 (et ss).

¹⁶⁶ Bernard SOINNE, « Le bateau ivre », *RPC*, n°1997-2, n°16.

la masse n'a point de patrimoine¹⁶⁷. La masse est la « *coquille vide* » « *d'un concept qui ravit les analystes de la doctrine plutôt qu'il ne sauvegarde efficacement les droits des créanciers, d'un organe théorique et désuet assurant aux créanciers une protection illusoire* »¹⁶⁸. Elle est supprimée dans la perspective de la finalité nouvelle que le législateur veut assigner au droit des procédures collectives. Dans l'exposé des motifs du projet de loi devant l'Assemblée nationale, le garde des Sceaux déclare que « *l'activité ne se poursuit plus au nom et pour le compte des créanciers (la masse), mais dans l'intérêt de l'entreprise* »¹⁶⁹. Sans doute, le maintien de la masse conduirait à verser dans son patrimoine le produit des actions qui lui appartiennent en propre ; ce qui serait un désastre pour le financement de la poursuite de l'activité de l'entreprise¹⁷⁰, objectif nouveau du droit des *faillites*.

56. Cette disparition de la personnalité morale du groupement des créanciers est impertinente pour d'autres auteurs¹⁷¹. Pour eux, la masse n'aurait pas été supprimée car elle est la conséquence logique et inéluctable de l'existence d'une procédure collective. La personnalité morale, selon la jurisprudence, appartient à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes par suite d'être juridiquement reconnus et protégés¹⁷². La loi de 1985 n'a donc pu supprimer une masse qui existe en dehors de toute intervention du législateur¹⁷³. Ce dernier n'a pu faire disparaître ni l'organisation collective des créanciers, ni l'intérêt collectif —être payé le mieux possible— de ceux-ci. S'agissant de l'intérêt collectif, la loi elle-même s'y réfère expressément (art. 158 et art. 215) ou le suppose nécessairement (art. 46). Aussi, on ne peut s'attendre qu'à une reconduction des solutions dégagées sous le régime de la personnalité morale de la masse, quitte à priver de cohérence l'ensemble du système. Ces solutions, qui pour la plupart sont dégagées par la jurisprudence, résistent aux réformes successives et valent encore en droit positif français.

¹⁶⁷ Sauveur VAISSE, « La constitution de la masse », in *Faillites, op. cit.*, n° 8.

¹⁶⁸ Le garde des Sceaux, *JORF Déb., Assemblée nationale*, séance du 5 avril 1984, pp. 1179, 1180 et 1182.

¹⁶⁹ M. Robert BADINTER, garde des Sceaux, ministre de la justice, projet de loi n° 1578 relatif au règlement judiciaire, p. 5.

¹⁷⁰ F. DERRIDA, P. GODÉ, J.-P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, op. cit.*, n° 503, p. 376.

¹⁷¹ *Ibid.*, n° 503 et 518 ; Michel CABRILLAC, « L'impertinente réapparition d'un condamné à mort ou la métépsychose de la masse des créanciers », in *Propos impertinents de droit des affaires, Mélanges Christian GAVALDA*, Dalloz, 2001, p. 69.

¹⁷² *Supra*, n° 42 et ss.

¹⁷³ V. pour tout ce qui précède Yves GUYON, *Droit des affaires, tome 2, Entreprises en difficulté redressement judiciaire – faillite*, 9^e éd., Economica, 2003, n° 1222.

I- LA REPRÉSENTATION DE LA COLLECTIVITÉ DES CRÉANCIERS PAR UN MANDATAIRE DE JUSTICE

57. Avec la suppression de la masse, les créanciers ne sont plus regroupés de droit en une personne morale. Cependant, la protection de leurs intérêts n'est pas laissée à leur initiative personnelle. Elle est confiée à un représentant des créanciers —aujourd'hui mandataire judiciaire— désigné par le tribunal, et qui a seul qualité pour agir en leur nom et dans leur intérêt collectif¹⁷⁴. Aucune exception n'est apportée par la réforme de 1985 à ce monopole de la représentation des créanciers par l'organe de la procédure. Bien au contraire, ce monopole reçoit une force maximale car la Cour de cassation écarte l'action *ut singuli* qu'un créancier a exercée en réparation de la fraction du préjudice collectif afférent à sa créance¹⁷⁵. Notons cependant que la réforme du 26 juillet 2005 prévoit la possibilité, pour tout créancier nommé contrôleur, de suppléer le mandataire judiciaire dans l'intérêt collectif en cas de carence de ce dernier¹⁷⁶. C'est ainsi par la représentation et par elle seule que la collectivité des créanciers a une existence officielle¹⁷⁷.

II- LA RECONNAISSANCE D'UNE COLLECTIVITÉ DOTÉE D'UN INTÉRÊT COLLECTIF DISTINCT DES INTÉRÊTS INDIVIDUELS DES MEMBRES

58. Cette reconnaissance, malgré l'absence de personnalité morale de la masse, est imposée par le caractère collectif des procédures collectives.

Sous l'empire de la loi de 1967, l'arrêt *Laroche* reconnaissant au syndic le pouvoir d'agir en réparation du préjudice collectif contre un créancier de la masse, fut salué par la doctrine comme une illustration exemplaire de la personnalité morale de la masse. Il était ainsi admis que cette dernière pouvait subir un préjudice propre distinct de la somme des préjudices individuels de ses membres¹⁷⁸. Sous l'empire de la loi de 1985, la suppression de la masse aurait emporté que le représentant des créanciers ne puisse plus agir en tant que représentant d'une personne morale —qui n'existe plus—, mais seulement au nom des créanciers qu'il représente. Il ne peut dès lors, en toute logique, prétendre représenter

¹⁷⁴ Art. L 622-20 al 1 Code de commerce (droit positif), ancien art. 46, loi n°25-98 du 25 janvier 1985. Il faut noter que l'adjectif « collectif », gratifié à l'intérêt des créanciers, a d'abord été le fait de la jurisprudence (Com. 16 nov. 1993) avant d'être consacré par le législateur dans la rédaction de l'art. L. 622-20.

¹⁷⁵ Arrêt *Cousin Laferrière*, Cass. com., 3 juin 1997 ; Fernand DERRIDA, « Redressement et liquidation judiciaires : feue la masse des créanciers... vive « la collectivité des créanciers » ! », *Petites affiches*, 28 novembre 1997, n° 143, p. 29 ; le même article in *Recueil Dalloz* 1997 p. 517.

¹⁷⁶ *Infra*, n° 84.

¹⁷⁷ Michel CABRILLAC, « L'impertinente réapparition d'un condamné à mort ou la métempsychose de la masse des créanciers », *op. cit.*, n° 10.

¹⁷⁸ Com., 7 janv. 1976, Bull. civ. IV, n° 6 ; V. *supra*, n° 45.

l'intérêt de tous les créanciers alors qu'il poursuit l'un d'eux en responsabilité. Or, il est devenu de pratique si courante de mettre en jeu la responsabilité du banquier en tant que dispensateur de crédit, qu'il serait moralement difficile de refuser ce pouvoir d'agir au représentant des créanciers.

Sous l'ancien régime (1967) également, le juge français se référant à la masse, avait prononcé l'inopposabilité à celle-ci d'un contrat de crédit-bail non publié alors même que, à titre individuel, certains créanciers inclus dans la masse n'auraient pu en bénéficier. Étant un tiers indépendant de ses membres, la masse avait un droit propre à se prévaloir de l'inopposabilité¹⁷⁹. L'élimination de la masse sous le nouveau régime aurait débouché sur une situation inextricable. Logiquement, l'inexistence officielle d'un sujet de droit autonome s'interposant entre le crédit-bailleur et les créanciers d'une part et d'autre par bénéficiant, en tant que tel, de l'inopposabilité attachée au défaut de publicité, aboutirait à l'opposabilité du crédit-bail à certains créanciers et à son inopposabilité à d'autres¹⁸⁰.

La Cour de cassation française, appelée à statuer sur ces questions, va reconduire sa jurisprudence rendue sous la loi de 1967, et plus souvent en des termes quasi identiques. La motivation des solutions repose désormais sur des concepts qui rappellent la personnalité morale de la masse : « *l'intérêt collectif des créanciers* », ou encore « *l'inopposabilité à la procédure collective* ».

Peut-on admettre que le représentant des créanciers représente le créancier contre lequel il agit en responsabilité ?

59. Dans un arrêt du 16 novembre 1993, la Chambre commerciale tranche que « *le liquidateur trouve dans les pouvoirs qui lui sont conférés par la loi en vue de la défense de l'intérêt collectif des créanciers qualité pour exercer une action en paiement de dommages-intérêts contre toute personne, fût-elle titulaire d'une créance ayant son origine antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective, coupable d'avoir contribué, par des agissements fautifs, à la diminution de l'actif ou à l'aggravation du passif* »¹⁸¹. C'est en l'occurrence une reprise de l'arrêt *Laroche* dans toute sa substance. Le préjudice pour lequel le liquidateur ou le représentant des créanciers a pouvoir pour agir est celui subi par l'intérêt collectif. On retrouve ainsi formulée l'idée que les créanciers sont réunis en un groupement, certes inorganisé, mais capable néanmoins de générer un intérêt

¹⁷⁹ Com. 23 février 1982, *D.* 1982, p. 623 ; *V. supra*, n° 47.

¹⁸⁰ Michel CABRILLAC, *op. cit.*, n° 5 et 6.

¹⁸¹ Com. 16 novembre 1993, *Recueil Dalloz* 1994, p. 57.

collectif distinct des intérêts individuels des membres du groupe sans en être la somme, et dont la défense appartient au représentant des créanciers¹⁸².

Pour les observateurs d'un mouvement de restauration prétorienne de la masse, l'admission d'un « *intérêt collectif qui transcende les intérêts individuels des membres d'un groupement et qui gomme les conflits d'intérêts entre ces derniers est à la fois la condition et la manifestation de l'existence d'une personne morale* »¹⁸³. L'arrêt *Laroche* rendu sous l'empire de la loi de 1967 reposait en effet sur l'idée de personnalité morale de la masse ; personnalité qui permettait de lui reconnaître un préjudice propre qui n'était pas la somme des préjudices subis individuellement par les créanciers¹⁸⁴. Avec la réforme de 1985, cette solution trouve son fondement uniquement dans l'intérêt collectif. La faute du banquier ayant pour conséquence l'appauvrissement du débiteur et donc la réduction du gage de tous les créanciers, « il est logique d'admettre que l'intérêt collectif à la réparation de ce préjudice collectif —qui transcende l'intérêt individuel des créanciers— justifie une action visant à sanctionner cette diminution du gage général, fût-ce à l'encontre de l'un des créanciers »¹⁸⁵.

L'existence d'un préjudice est nécessairement le propre d'une personne. La notion « d'intérêt collectif » n'est donc pas d'une logique juridique véritablement convaincante pour le maintien de la solution de l'arrêt *Laroche*.

60. Dans le même sens, la Cour de cassation personnifie la « procédure collective » afin de maintenir sa position sur l'inopposabilité d'un contrat de crédit-bail non publié à l'ensemble des créanciers antérieurs à l'ouverture de la procédure, alors que certains créanciers n'auraient pas pu personnellement invoquer ce droit.

Dans une espèce, un crédit-bailleur contestait l'action en inopposabilité intentée par un liquidateur pour non publication du contrat de crédit-bail. Cette publicité est imposée par un décret qui en sanctionne le défaut par l'inopposabilité des droits du crédit-bailleur aux créanciers du locataire. L'inopposabilité est encourue sauf pour l'entreprise de crédit-bail à établir que les créanciers avaient eu connaissance de l'existence de ses droits¹⁸⁶. Juridiquement, la suppression de la masse entraîne qu'il n'y ait plus de sujet de droit — entre le crédit-bailleur et les créanciers— qui, en tant que tel, peut bénéficier de

¹⁸² Micheline PASTUREL, rapport sous Com. 16 novembre 1993, *Recueil Dalloz* 1994, p. 57

¹⁸³ Michel CABRILLAC, *op. cit.*, n° 9.

¹⁸⁴ *Ibid.*, n° 8.

¹⁸⁵ Micheline PASTUREL, *op. cit.*

¹⁸⁶ Article 8 décret n° 72-665 du 4 juillet 1972

l'inopposabilité attachée au défaut de publicité. Fort de cela, le crédit-bailleur demande à ce que le liquidateur fournisse le nom des créanciers pour le compte desquels il intente l'action en inopposabilité ; ce qui sous-entend que le crédit-bail aurait été opposable à ceux d'entre les créanciers dont il aurait pu démontrer qu'ils avaient connaissance du contrat¹⁸⁷.

La Cour de cassation constatant la suppression de la masse par la réforme de 1985, pose qu'il n'en demeure pas moins que le liquidateur tient de la loi le pouvoir de représenter l'ensemble des créanciers pour la défense de leur intérêt collectif. À ce titre, le liquidateur n'a pas à indiquer aux noms de quels créanciers il se présente, dès lors qu'il ne peut légalement agir que dans l'intérêt de tous et non dans l'intérêt personnel d'un créancier ou d'un groupe de créanciers. La Cour en tire la conséquence que « l'opposabilité à la procédure collective » du contrat de crédit-bail suppose que le crédit-bailleur établisse que chacun des créanciers avait connaissance de l'existence de ses droits¹⁸⁸.

L'idée est ici reconduite qu'il n'est pas nécessaire que tous les créanciers aient personnellement invoqué un droit pour que l'action du liquidateur —pour la défense de l'intérêt collectif— soit recevable¹⁸⁹. De même dans le fond, il n'est nul besoin que la totalité des créanciers ait subi le préjudice dont la réparation est demandée. Le contrat non (régulièrement) publié est inopposable à la procédure collective comme il l'était naguère à la masse¹⁹⁰, et cette inopposabilité est liée au fait qu'au moins un des créanciers pouvait s'en prévaloir.

Sous l'ancien régime, l'effet collectif d'actions n'appartenant qu'à certains créanciers résidait dans la force fédératrice attachée à la masse qui lui servait de support. Dans l'espèce précitée, le fait pour le liquidateur d'agir dans l'intérêt de tous les créanciers n'aurait pas conduit logiquement à la recevabilité de son action, puisse que tous les créanciers ne pouvaient en profiter. Bien au contraire, en envisageant la situation de chacun d'eux, comme l'a décidé la Cour de cassation, et en l'absence de toute personnalité morale, l'intérêt pour lequel le liquidateur a pouvoir pour agir ne saurait être collectif s'il ne recouvre pas celui de tous les créanciers¹⁹¹. Le juge a voulu par cette argumentation éviter toute situation inextricable. En l'absence de personnalité morale siège de l'intérêt

¹⁸⁷ Michel CABRILLAC, *op. cit.*, n° 5 et 6.

¹⁸⁸ Cass. Com., 16 mars 1993, *D.* 1993, 583, observ. F. DERRIDA

¹⁸⁹ Com. 23 février 1982, *D.* 1982, p. 623.

¹⁹⁰ V. *supra*, n° 47 ; Michel CABRILLAC, « L'impertinente réapparition d'un condamné à mort ou la métémpsychose de la masse des créanciers », *op. cit.* n°6.

¹⁹¹ L'entreprise de crédit-bail étant elle-même créancière.

collectif, il déclare les droits du crédit-bailleur « inopposables à la procédure collective ». La notion même d'inopposabilité postule la référence à un sujet de droit ou à une catégorie de sujets de droit. Elle est par essence relative¹⁹².

61. L'extension à la collectivité des créanciers, des effets d'une action appartenant à quelques uns seulement d'entre eux, a aussi été appliquée à l'action paulienne. En effet, l'exercice de celle-ci par un créancier après l'ouverture d'une procédure collective ne la fait pas profiter à l'ensemble des créanciers¹⁹³. Cependant, le mandataire judiciaire peut l'exercer aux fins de protection de l'intérêt collectif. Autrement dit, l'effet relatif de l'action paulienne est perdu lorsqu'elle émane du mandataire judiciaire ou du commissaire à l'exécution du plan¹⁹⁴. Se trouve ici encore restaurée une solution dégagée sous l'empire de la masse¹⁹⁵.

Cette continuité des solutions amène une partie de la doctrine à observer une certaine résurrection de la masse, montrant ainsi sa nécessité absolue, son caractère inéluctable, indispensable au fonctionnement d'une procédure qui se voudrait collective¹⁹⁶.

III- LA FIXATION DE LA COLLECTIVITÉ DES CRÉANCIERS DANS LE RESSORT DE LA JURIDICTION OUVRANT LA PROCÉDURE

62. Cette solution a été posée par la jurisprudence sous l'ancien régime à propos de la masse. Celle-ci, en tant que personne morale, est fixée au lieu d'ouverture de la procédure collective puisque c'est le jugement d'ouverture qui lui donne naissance¹⁹⁷. Par conséquent, les règles de compétence territoriale attribuent au tribunal de la procédure la compétence pour connaître de toute action de la masse en réparation de son préjudice. Il en est ainsi car c'est dans le ressort de ce tribunal que la masse a subi le préjudice.

En matière délictuelle, deux critères de compétence sont posés par l'art. 46 du Code de procédure civile : celle de « *la juridiction du lieu du fait dommageable, ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi* ». La suppression de la masse par la réforme de 1985 aurait dû entraîner une solution plurielle pour le second critère. En effet, l'absence de personnalité morale de la collectivité des créanciers aboutirait à la compétence de plusieurs

¹⁹² Michel CABRILLAC, *op. cit.*, n° 3.

¹⁹³ *Infra*, n° 83.

¹⁹⁴ Cass. com., 13 nov. 2001, obs. Emmanuelle BOST, « Le pouvoir du représentant des créanciers et du commissaire à l'exécution du plan, d'exercer l'action paulienne au nom et dans l'intérêt des créanciers », *La Semaine Juridique* éd. Générale, 2 Octobre 2002, II, 10151, n° 40.

¹⁹⁵ *Supra*, n° 48.

¹⁹⁶ F. DERRIDA, note sous Cass. Com., 16 mars 1993, *D.* 1993, p. 586, n° 7.

¹⁹⁷ *V. supra*, n° 50.

tribunaux en tant que juridictions du lieu où le dommage est subi par chaque créancier. Cependant, des considérations pratiques militent impérieusement en faveur de la reprise de la solution tirée de la personnalité morale de la masse.

63. Dans une espèce, un banquier poursuivi pour rupture abusive de crédit ayant conduit à l'ouverture d'une procédure collective de trois sociétés, conteste la compétence du tribunal de la procédure. Il soutient pertinemment d'une part, que le lieu du fait dommageable est celui des sièges sociaux des sociétés en redressement judiciaire —car c'est en ces lieux que les lettres de rupture de crédit ont été reçues—, d'autre part, que le lieu où le dommage a été subi ne peut être confondu avec le siège de ses différentes sociétés et que celles-ci, au surplus, n'ont pas toutes leur activité dans le ressort du tribunal de la procédure.

La Cour de cassation rejette le pourvoi en déclarant territorialement compétent le tribunal de la procédure, dès lors que ce tribunal est celui qui a ouvert le redressement judiciaire des sociétés. Elle précise que c'est dans son ressort que le dommage évoqué¹⁹⁸ a été subi par la « collectivité des créanciers » au nom et dans l'intérêt de laquelle l'action a été engagée¹⁹⁹.

64. Deux éléments importants —dont l'un se déduit de l'autre— ressortent de cette décision : l'identification (localisation) de la collectivité des créanciers par l'ouverture de la procédure et l'application à cette collectivité de l'article 46 C.P.C.. Si le tribunal est compétent, c'est bien parce que la victime localisée par le jugement d'ouverture a subi le dommage dans son ressort. « La collectivité des créanciers » retrouve ainsi en France une existence certaine lui permettant d'être titulaire d'un droit à réparation et de connaître l'application des règles de compétence territoriale. À la personnalité morale de la masse fondant cette solution sous le régime antérieur, l'arrêt du 3 juin 1997 lui substitue « la collectivité des créanciers au nom et dans l'intérêt de laquelle » l'action a été engagée par le représentant des créanciers²⁰⁰.

Le maintien de cette solution constitue un élément supplémentaire de rapprochement entre le nouveau et l'ancien régime en droit français, mais aussi et surtout entre le droit positif français et le droit de l'OHADA.

¹⁹⁸ Consistant en l'ouverture même de la procédure collective de ces sociétés à la suite de la rupture des concours de la banque.

¹⁹⁹ Cass. Com., 3 juin 1997, n° 1451, *Bull. civ.* IV, n° 161.

²⁰⁰ Fernand DERRIDA, « Redressement et liquidation judiciaires : feu la masse des créanciers... vive « la collectivité des créanciers » ! », *Petites affiches*, 28 novembre 1997, n° 143, p. 29, spéc. n° 7.

Sous-section 2 : La défense de l'intérêt collectif

65. La reconnaissance d'un intérêt juridique par le droit appelle la mise en place d'une organisation pour sa défense et sa protection. Là encore, le droit français et le droit de l'OHADA présentent des similitudes.

L'intérêt collectif est, en droit OHADA et dans l'ancien régime français, l'intérêt de la masse personne morale. En droit positif français, l'intérêt collectif est l'intérêt de la collectivité des créanciers, entité qui ne possède pas la personnalité morale. En dépit des législations, l'intérêt collectif reste quasiment identique et ce, grâce à une jurisprudence constante. C'est un intérêt distinct des intérêts individuels des créanciers²⁰¹, localisable par le jugement d'ouverture de la procédure²⁰², et représenté par un mandataire de justice²⁰³. N'étant pas « *la somme arithmétique des intérêts individuels* »²⁰⁴, l'intérêt collectif peut s'entendre, en l'absence de personnalité morale de la collectivité des créanciers, comme la « loi du plus grand nombre », « un intérêt majoritaire »²⁰⁵. Cette « forfaitisation »²⁰⁶ de la définition résulte des contours flous de l'entité. Quoi qu'il en soit, l'intérêt que génère la collectivité des créanciers peut subir un préjudice. Celui-ci ne peut qu'être lié à la finalité du groupement, c'est-à-dire le meilleur paiement des créanciers²⁰⁷.

66. La définition du préjudice collectif est l'œuvre de la jurisprudence. Dans l'arrêt *Laroche* du 7 janvier 1976, la Chambre commerciale a déclaré recevable l'action du syndic

²⁰¹ V. sous la masse des créanciers, l'arrêt *Laroche*, Com., 7 janvier 1976, *D.*, 1976, p. 277, note F. DERRIDA et J.-P. SORTAIS, *supra*, n^{os} 45 à 49 ; V. après suppression de la masse des créanciers, Com., 16 novembre 1993, *Recueil Dalloz* 1994, p. 57, *supra*, n^{os} 59 à 61.

²⁰² V. sous la masse des créanciers, Com. 3 juin 1982, *supra*, n^{os} 50 à 53 ; V. après suppression de la masse des créanciers, Cass. Com., 3 juin 1997, *supra*, n^{os} 62 à 64.

²⁰³ Art. 72 al 1 AUPC en droit de l'OHADA ; art. 13 al 1 de la loi française du 13 juillet 1967 ; art. L 622-20 al 1 de Code de commerce (droit positif français), ancien art. 46 de la loi n^o25-98 du 25 janvier 1985 ; V. *supra*, n^{os} 42 et 57.

²⁰⁴ CA Grenoble, ch. com., 12 oct. 2000, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n^o 17, 26 Avril 2001, p. 686 ; F. DERRIDA, J.-P. SORTAIS, « Coup d'arrêt à la résurrection jurisprudentiel de la masse des créanciers ? », *Petites affiches*, n^o 32, 16 mars 1994, n^o 6 ; Réduire l'intérêt collectif à une somme d'intérêts individuels est dépourvu de bon sens : « *Une somme au sens d'addition mathématique suppose l'homogénéité de ses composantes : on ne peut additionner des poires et des pommes, sauf si on les désigne comme étant la même chose, c'est-à-dire des fruits. Or, les intérêts des hommes sont trop divers pour pouvoir procéder à une addition mathématique* » : Louis BORÉ, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, L.G.D.J. Paris, 1997, cité par Mustapha MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, L.G.D.J., Paris, 2004, note 253.

²⁰⁵ Emmanuelle BOST, « Le pouvoir du représentant des créanciers et du commissaire à l'exécution du plan, d'exercer l'action paulienne au nom et dans l'intérêt des créanciers », *op. cit.*, p. 6.

²⁰⁶ Fernand DERRIDA, Jean-Pierre SORTAIS, « Coup d'arrêt à la résurrection jurisprudentielle de la masse des créanciers ? », *op. cit.*, n^o 6.

²⁰⁷ S'agissant de la masse, v. J. GHESTIN, « La prophétie réalisée », *J.C.P.*, 1976, I, 2782, n^o 16 ; F. DERRIDA, obs. sous, Ass. Plén., 9 juillet 1993, *D.*, 1993, p. 475.

en réparation du préjudice subi par la masse, préjudice résultant de la diminution de l'actif ou de l'aggravation du passif²⁰⁸. Le préjudice collectif consiste ainsi en un défaut de paiement ou en un paiement partiel des créances déclarées. Il est commun à l'ensemble des créanciers et donc distinct du dommage particulier que pourrait subir un créancier. Il est également distinct des principaux préjudices inhérents à la procédure collective²⁰⁹, notamment le préjudice constitué par l'immobilisation de la créance : la perte des intérêts moratoires, conventionnels ou légaux attachés au non-paiement des créances ; les frais financiers inhérents à la recherche de crédits destinés à compenser la perte de trésorerie due au non-paiement des créances ; la cessation d'activité²¹⁰.

67. La protection de l'intérêt collectif est nécessairement la préservation du gage des créanciers ou sa reconstitution par la mise à contribution de ceux qui sont responsables du passif. Le critère qui justifie l'exercice de l'action collective est l'existence d'un préjudice collectif subi par la collectivité des créanciers²¹¹. Ce préjudice ne peut être supérieur à l'insuffisance d'actif dont peuvent souffrir les créanciers²¹². La restauration de l'intérêt lésé est laissée au mandataire de justice désigné par le tribunal, et qui peut seul, agir au nom du groupement. Visant ainsi à empêcher que les tiers ne portent préjudice aux créanciers, l'action collective peut prendre les formes du droit commun telle l'action en responsabilité —contre le tiers qui, par son comportement fautif, a précipité ou retardé l'ouverture de la procédure collective— et l'action paulienne. Cette action peut aussi et surtout prendre des formes propres au Droit des procédures collectives telles : l'action visant en l'inefficacité des actes de la période suspecte, l'action visant en la condamnation des dirigeants de l'entreprise (comblement du passif, extension de la procédure, faillite personnelle et autres interdictions), l'action visant au report de la date de la cessation des paiements

Quelle que soit la forme de cette action, il s'agit dans tous les cas de sanctionner les agissements d'un tiers —fut-il membre de la collectivité— commis au détriment des créanciers du débiteur en faillite. De ce but commun découle l'unicité du régime juridique de la protection de l'intérêt collectif quant à l'exercice de l'action (**Paragraphe 1**). Par ailleurs, la destination du produit de l'action présente des similitudes malgré la différence de finalité des législations française et OHADA (**Paragraphe 2**).

²⁰⁸ V. *supra*, n° 45 et ss ; V. aussi Com., 16 novembre 1993, *op. cit.*

²⁰⁹ Ass. Plén., 9 juillet 1993, *D.*, 1993, p. 474.

²¹⁰ Toulouse, 26 juin 1989 ; V. notes sous Ass. Plén., 9 juillet 1993, *op. cit.*

²¹¹ Marie-Andrée RAKOTOVAHINY, « L'intérêt collectif des créanciers, obstacle au droit de créance individuel », *Petites affiches*, 27 décembre 1999, n° 257, p. 6, spéc., n°4.

²¹² Pierre MARTIN, « La réparation du préjudice individuel des créanciers dans les procédures collectives », *Petites affiches*, 18 septembre 2001 n° 186, p. 4, spéc. n°9.

Paragraphe 1- L'exercice de l'action collective

68. L'unicité de l'intérêt collectif des créanciers justifie l'unicité de l'organe de représentation dans les procédures²¹³. L'existence de cet intérêt interdit des actions individuelles qui, désormais transcendées par l'intérêt unique, doivent s'exprimer par un organe *ad hoc* unique : le syndic en droit de l'OHADA (et autrefois en droit français), et le mandataire judiciaire en droit positif français (I). Mais la représentation de l'intérêt collectif par un mandataire de justice n'empêche pas, à titre subsidiaire, l'exercice individuel de l'action collective (II).

I- LE MONOPOLE EN DROITS OHADA ET FRANÇAIS DE LA REPRÉSENTATION COLLECTIVE DES CRÉANCIERS PAR UN MANDATAIRE DE JUSTICE : L'ACTION *UT UNIVERSI*

69. L'article 13 de la loi du 13 juillet 1967 dispose que le syndic est seul habilité à engager la masse et à agir en son nom. L'arrêt *Laroche*²¹⁴ en tire la conséquence en déclarant recevable l'action du syndic contre le tiers responsable de l'aggravation du préjudice de la masse. Sur le point de savoir si le syndic auquel l'arrêt reconnaît le droit d'agir dans l'intérêt collectif en a le monopole, la Cour hésite. Elle paraît l'affirmer dans l'arrêt *Chaix* du 31 mars 1978 : « le syndic a seule qualité pour agir au nom et dans l'intérêt de tous les créanciers, sauf si l'un d'eux justifie d'un préjudice spécial et d'un intérêt distinct de celui des autres »²¹⁵. La compétence du syndic est bien celle de l'intérêt collectif. La portée de l'action collective est par de même limitée par le préjudice spécial d'un créancier et par l'intérêt propre à ce dernier ; intérêt distinct de celui des autres créanciers. Dans ce cas, il appartient au créancier d'agir pour la défense de son intérêt personnel.

Cette solution, dégagée par la jurisprudence sous la loi française de 1967, mérite d'être reprise dans le droit OHADA. L'article de 72 AUPC dispose que le syndic seul, en tant que représentant de la masse, peut agir en son nom et dans l'intérêt collectif, et peut l'engager²¹⁶. Cette disposition est quasi identique aux dispositions qui, en droit français, ont inspiré la jurisprudence. Celle-ci sera d'ailleurs consacrée par l'article 118 AUPC qui donne pouvoir au syndic pour agir dans l'intérêt collectif en condamnation du tiers fautif

²¹³ M-A FRISON-ROCHE, « Le caractère collectif des procédures collectives », *op. cit.*, n° 13.

²¹⁴ *Op.cit.*, Cass. com., 7 janvier 1976.

²¹⁵ Cass. com., 31 mars 1978, Bull. civ. IV, n° 100 ; D. 1978. 446, obs. DERRIDA et SORTAIS.

²¹⁶ Art. 72 al 1 AUPC, *op. cit.*

coupable de la diminution de l'actif ou de l'aggravation du passif. En maintenant la personnalité morale de la masse, il est logique que la protection de son intérêt soit laissée à son représentant. Par contre, rien n'empêche un créancier dont le titre est antérieur au jugement d'ouverture, d'agir en responsabilité contre un tiers, dès lors qu'il fait valoir un préjudice personnel distinct de celui des autres créanciers. Cette action n'est pas celle de la masse.

70. En droit positif français la masse a disparu. Mais cette suppression de l'institution ne modifie pas fondamentalement les données de la question. L'article 46 alinéa 1 de la loi du 25 janvier 1985 maintient ainsi le monopole de l'action reconnu au syndic par la loi ancienne. Il confie en effet ce monopole au représentant des créanciers qui, « *désigné par le tribunal a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt des créanciers* ». L'article L 622-20 du Code de commerce dans sa rédaction actuelle²¹⁷ reprend cette disposition, en renchérisant que le mandataire judiciaire a seul qualité pour agir au nom et dans « l'intérêt collectif » des créanciers. Il s'ensuit logiquement que le créancier ne puisse pas normalement exercer l'action collective et inversement, que le mandataire judiciaire est incompétent pour défendre l'intérêt individuel d'un créancier ou d'un groupe de créanciers²¹⁸.

71. Malgré leurs différences, l'AUPC et les textes français de 1967 et de 1985 se rejoignent dans l'absolu sur la solution. En effet, après l'ouverture de la procédure, le maintien des poursuites individuelles contre le tiers risque de rompre l'égalité entre les créanciers. La solvabilité du tiers n'étant pas illimitée, seuls les créanciers qui agissent les premiers ont des chances d'être payés, à moins d'admettre que le recours bénéficie à tous les créanciers participant à la procédure. Aussi les législateurs respectifs ont-ils prévu certaines actions qui, bien que dirigées contre des tiers, sont exceptionnellement de la compétence du mandataire de justice représentant la collectivité des créanciers, parce qu'elles intéressent l'ensemble de ceux-ci²¹⁹. En outre, l'avantage principal attaché à cette solution est qu'elle conduit à fermer la porte des prétoires aux nombreux créanciers qui ont subi un préjudice ; le rôle des juridictions du fond s'en trouve désencombré et la tâche des

²¹⁷ Rédaction issue l'art. 34 de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, que l'ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014 n'a pas modifiée.

²¹⁸ Cass. com., 29 avril 1997, *Rev. proc. coll.* 1998, p. 158, n° 1, obs. B. SOINNE.

²¹⁹ Yves GUYON, *Droit des affaires, tome 2, Entreprises en difficulté redressement judiciaire – faillite*, op. cit., n° 1240-1.

magistrats allégée. L'action collective du représentant du groupement des créanciers absorbe toutes les autres²²⁰.

72. Ce monopole du mandataire de justice dans la défense de l'intérêt collectif est-il absolu ? Autrement dit, la personnalité morale de la masse en droit OHADA doit-elle absorber toutes les actions individuelles des créanciers ? À ces questionnements, les législations répondent par la négative.

II- LES TEMPÉRAMEMENTS AU PRINCIPE DU MONOPOLE DU MANDATAIRE DE JUSTICE DANS LA REPRÉSENTATION COLLECTIVE

73. Les droits OHADA et français ne donnent pas un monopole exclusif au mandataire de justice dans l'exercice de l'action collective.

A) En droit de l'OHADA

74. L'article 72 de l'acte uniforme qui définit la mission du syndic ne répond pas à la question de la possibilité pour un créancier d'exercer une action au nom de tous les autres créanciers. De même, l'acte uniforme dans son intégralité est muet sur l'exercice de l'action paulienne par un créancier, dans la mesure où cette action est celle de la masse.

1) La possible admission à titre subsidiaire de l'action ut singuli

75. L'éventuelle admission en droit OHADA de l'exercice par un créancier de l'action collective impose un détour par le droit issu de l'ancien régime des procédures collectives en France.

Avant la reconnaissance de la personnalité juridique de la masse, la Chambre commerciale refusait au syndic le droit d'agir contre le tiers fautif au nom de la masse des créanciers. Ceux-ci étaient ainsi invités à engager eux-mêmes des actions individuelles pour obtenir réparation de leur préjudice. Avec l'affirmation par l'arrêt *Laroche* de la personnalité juridique de la masse, la Chambre commerciale déclare recevable l'action du syndic contre une banque responsable de l'aggravation du préjudice de la masse. Le syndic est consacré défenseur d'un intérêt collectif distinct de l'intérêt propre à chacun des membres de la masse. Cela doit-il remettre en question l'action individuelle des créanciers ? À cette question, la Chambre commerciale dans l'arrêt *Chaix*, maintient la

²²⁰ F. DERRIDA, obs. sous Ass. plén., 9 juil. 1993, *op. cit.*, p. 475.

possibilité de l'action individuelle qu'elle subordonne cependant à la justification par le créancier « *d'un préjudice spécial et d'un intérêt distinct de celui des autres [créanciers]* »²²¹. La Chambre va encore plus loin en admettant dans deux arrêts en date du 25 mai 1981²²² que les créanciers ayant produit leurs créances peuvent, en cas d'inertie du syndic, exercer *ut singuli* l'action collective de la masse : « *les créanciers d'un débiteur en règlement judiciaire ou en liquidation des biens sont recevables à poursuivre individuellement le tiers qu'ils prétendent responsable du préjudice personnel qui leur a été causé (...) dès lors que le syndic n'exerce pas l'action (...) pour réclamer audit tiers des dommages-intérêts à raison du préjudice subi par la masse et découlant de la diminution de l'actif ou de l'aggravation du passif* »²²³. Aux créanciers n'ayant pas produit, il leur est reconnu la faculté en toute hypothèse de demander réparation au tiers fautif dans les termes du droit commun²²⁴.

L'action *ut singuli* est donc admise mais dans la seule mesure du préjudice subi par le créancier et à la condition que le syndic n'agisse pas. Cela signifie que le créancier ne peut agir *ut singuli* que pour la part qui lui revient dans le préjudice subi par la masse, c'est-à-dire la fraction individuelle du préjudice collectif. En outre, cette action est subsidiaire à l'action *ut universi* du syndic ; c'est dire que l'exercice de celle-ci exclut l'exercice de la première. La Cour de cassation précise que le syndic peut intervenir pour reprendre l'action du créancier et la poursuivre seul²²⁵. Le non cumul des deux actions permet de prévenir le risque d'une double réparation.

Cette solution, consacrant l'action *ut singuli* d'un créancier qui agit en réparation d'un préjudice collectif dans la mesure de son propre intérêt, doit-elle être reprise en droit de l'OHADA ?

76. A notre avis, une réponse affirmative est souhaitée. D'abord, si l'idée de personnalité morale de la masse est admise, rien n'empêche la reconnaissance de l'action *ut singuli* au créancier à titre subsidiaire comme dans la législation de 1967²²⁶, ce d'autant

²²¹ Cass. com., 31 mars 1978, *op. cit.*

²²² Cass. com., 25 mai 1981, Société Générale c/ Dalbin et autres, et Cass. com., 25 mai 1981, Ballas et autres c/ Société Générale, *D.* 1981, 643, obs. F. DERRIDA et J. -P. SORTAIS (v. aussi Conclusions de M. Jeol, sous Ass. plén., 9 juillet 1993, *D.* 1993, p. 469).

²²³ Cass. com., 25 mai 1981, Société Générale c/ Dalbin et autres, *op. cit.*

²²⁴ Cass. com., 25 mai 1981, Ballas et autres c/ Société Générale, *op. cit.*

²²⁵ Cass. com., 3 février 1982, *D.*, 1983, IR., 1, obs. F. DERRIDA ; *Rev. Soc.*, 1982, 872, note SORTAIS ; *RTD com.*, 1982, 595, obs M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ.

²²⁶ Ce point de vue est aussi celle d'une partie de la doctrine : v. Jean René GOMEZ, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 117.

plus qu'une telle action n'est pas reconnue aux contrôleurs²²⁷. Il serait injuste de faire bénéficier au tiers auteur du préjudice de la masse, de l'inaction du syndic, de son refus d'agir ou même de son opposition à l'action *ut singuli* du créancier. Ensuite, les articles 239 et 234 AUPC permettent bien au créancier de demander, en son nom propre ou au nom de la masse, la réparation du préjudice causé par la banqueroute et les *infractions* assimilées en se constituant partie civile ou en saisissant la juridiction répressive par voie de citation directe. Enfin, cette solution ne serait que la transposition aux procédures collectives des règles applicables à la responsabilité des dirigeants de sociétés²²⁸. Mais quelle serait la portée de l'action *ut singuli* du créancier ?

77. Pour les professeurs DERRIDA et SORTAIS, il faut distinguer entre les actions "purement" collectives et les actions "simplement" collectives²²⁹. Il s'agit, pour les premières, d'actions « *qui prennent leur source dans la procédure collective, qui y sont inhérentes, celles qui impliquent le prononcé préalable d'un jugement de règlement judiciaire ou de liquidation des biens*²³⁰ ». Il s'agit par exemple des actions en inopposabilité de la période suspecte et de l'action en comblement de l'insuffisance d'actif social. Ces actions ne peuvent être concernées par les initiatives individuelles. Elles relèvent spécifiquement des procédures collectives, conférant ainsi au syndic un monopole absolu dans la présentation de la demande.

En revanche s'agissant des actions "simplement" collectives, elles sont des actions de droit commun qui viennent seulement se greffer à une procédure collective et dont le régime n'est ni influencé, ni altéré par l'existence de la masse des créanciers. Seules ces actions peuvent être exercées *ut singuli* par les créanciers.

Pour notre part, cette analyse nous semble satisfaisante. Sa simplicité permet de palier le silence du législateur de l'OHADA. L'article 72 AUPC ne concernerait donc que les actions "purement" collectives et non les actions "simplement" collectives ; ces dernières trouvant leur source dans les créances individuelles des créanciers. Cette distinction trouve confirmation dans l'article 70 alinéa 1 qui autorise seul le syndic à agir en déclaration d'inopposabilité des actes faits pendant la période suspecte.

²²⁷ Pour les pouvoirs des contrôleurs, voir conjointement les articles 49 et 53 al 4 AUPC.

²²⁸ Yves GUYON, *Droit des affaires, tome 2, Entreprises en difficulté redressement judiciaire – faillite*, op. cit., n° 1240-1 ; En droit de l'OHADA, v. ensemble les articles 163, 166 et surtout 167 AUDSCGIE.

²²⁹ F. DERRIDA et J. -P. SORTAIS, obs. Cass. com. 25 mai 1981, *D.* 1981, n° 7 ; F. DERRIDA, P. GODÉ, J.-P. SORTAIS, op. cit., n° 510.

²³⁰ Le règlement judiciaire et la liquidation des biens sont respectivement, en droit positif de l'OHADA, les procédures de redressement judiciaire et de liquidation des biens : V. tableau *supra*, n° 28.

2) L'effet collectif de l'action paulienne du créancier : une action *ut singuli* ?

78. L'action paulienne sanctionne une collusion frauduleuse entre le débiteur et le tiers contre lequel elle est dirigée. Elle présente un grand intérêt lorsque l'acte critiqué est intervenu avant la période suspecte et ne peut être atteint par l'inopposabilité de la période suspecte. Elle est aussi importante pour critiquer l'acte effectué pendant la période suspecte mais qui ne rentre pas dans l'énumération légale des actes inopposables à la masse²³¹. L'action paulienne peut-elle être exercée par le créancier en cas de procédure collective du débiteur ? Le mutisme de l'AUPC nous conduit à nous pencher à nouveau sur le droit français.

79. La Cour de cassation par un arrêt en date du 7 juin 1967 déclarait que l'annulation de l'acte frauduleux, lorsqu'elle intervenait en vertu de l'action paulienne après l'ouverture d'une procédure collective, perdait son caractère relatif. L'action paulienne produisait ainsi son effet à l'égard et au profit de tous les créanciers, y compris ceux dont le droit était né postérieurement à la fraude²³².

Cette jurisprudence constante avait justifié que l'action paulienne pût être intentée par le syndic²³³. Il avait été décidé que l'exercice de l'action appartenait aussi aux créanciers agissant en leur nom personnel²³⁴. Cependant, même dans ce cas, le résultat qui en découle doit bénéficier à la masse²³⁵. Lorsque l'action paulienne est exercée dans le cadre d'une procédure collective, tout se passe comme si le bien concerné réintégrait le patrimoine du failli de telle sorte que l'acte critiqué devient inopposable à la masse et donc à tous les créanciers la composant. C'est ici une conséquence normale de la personnalité juridique dont jouit la masse²³⁶.

L'effet collectif de l'action paulienne du créancier peut laisser croire que celle-ci est analogue aux actions sociales *ut singuli*. Mais pour les professeurs DERRIDA et

²³¹ C'est le cas de l'endossement des effets de commerce ayant eu lieu entre le jugement d'ouverture et le jugement définitif de redressement, ou pendant la période suspecte. Dans ce cas, l'opération n'aurait pu être sanctionnée par l'inopposabilité de l'art. 67 AUPC dans la mesure où l'endossement n'équivaut pas à un paiement au sens de l'art. 68- 4° AUPC.

²³² Cass. com., 7 juin 1967, *Gaz. Pal.*, 1967, 2, 306, *op. cit.*

²³³ Cass. civ., 18 décembre 1922, *Gaz. Pal.* 1923. 1. 188.

²³⁴ Caen 2 juillet 1960, *Gaz. Pal.* 1961. 1. T, v° Faillite et règlement judiciaire, n° 19.

²³⁵ Com. 13 février 1990, *Bull. civ.* IV, n° 44.

²³⁶ L'inopposabilité à la masse est moins induite par le caractère collectif de la procédure, comme l'affirme le Professeur J. GHESTIN (« La prophétie réalisée », *op. cit.*, n° 17), que par la personnalité juridique de la masse. Le caractère collectif n'entraîne pas logiquement que l'inopposabilité profite à tous les créanciers. La jurisprudence française, sous le régime de la réforme du 25 janvier 1985 qui supprime la masse, a d'ailleurs prononcé la relativité de l'inopposabilité de l'action paulienne exercée par un créancier (v. *infra*, n° 83) ; pourtant, le caractère collectif de la procédure n'est pas remis en cause dans cette réforme.

SORTAIS, il n'en est rien. L'action paulienne selon eux, est dans son principe une action "procéduralement" individuelle car elle est toujours exercée contre le tiers qui a traité avec le débiteur et contribué à l'appauvrir. Dès lors, il s'agit d'une action dont l'exercice n'est pas suspendu ou arrêté par l'ouverture de la procédure collective, et par conséquent susceptible d'être soulevée par le créancier. Quant au profit collectif de l'action, il est induit du principe de l'unité et de l'indivisibilité de la faillite. Le mouvement dialectique qui va de l'individuel au collectif (ou vice-versa) est dans l'un et l'autre cas de sens opposé : alors que l'action sociale *ut singuli* se présente historiquement comme une sorte de démembrement de l'action collective dont elle est dérivée, l'origine première de l'action paulienne est au contraire individuelle²³⁷.

80. Le droit OHADA peut s'approprier ces solutions dégagées par la Cour de cassation française, pour les motifs combinés du mimétisme juridique et du silence des textes.

Sur un plan purement théorique, nous ne partageons pas avec les professeurs DERRIDA et SORTAIS l'idée qu'un principe d'unicité et d'indivisibilité de la faillite puisse justifier l'effet collectif de l'action paulienne. En effet, cette action étant par nature individuelle, seuls les créanciers —personnes physiques ou morales— peuvent « *en leur nom personnel, attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits* »²³⁸. Or la masse est dotée de la personnalité juridique et jouit de la qualité de créancière du débiteur. Le syndic représentant cette masse trouve tous les pouvoirs pour attaquer les actes faits en fraude de ses droits. L'inopposabilité qui en découle profite donc à tous les créanciers membres du groupement. On retrouve en l'occurrence l'action "*simplement*" collective²³⁹ que le créancier a pouvoir d'exercer *ut singuli* en cas d'inaction du syndic²⁴⁰.

B) En droit Français

81. La suppression de la masse par la loi du 25 janvier 1985 ne peut qu'avoir une incidence significative sur le caractère collectif de la procédure : suppression de l'action *ut singuli*, suppression du caractère collectif de l'action paulienne exercée par le créancier. La réticence du législateur à accorder l'exercice de l'action collective aux créanciers trouve

²³⁷ F. DERRIDA, J. -P. SORTAIS, « Coup d'arrêt à la résurrection jurisprudentielle de la masse des créanciers ? », *op. cit.*, n° 6.

²³⁸ Action de l'article 1167 du Code civil.

²³⁹ *Supra*, n° 77.

²⁴⁰ V. aussi dans ce sens, Emmanuelle BOST, « Le pouvoir du représentant des créanciers et du commissaire à l'exécution du plan, d'exercer l'action paulienne au nom et dans l'intérêt des créanciers », *op. cit.*

cependant à être édulcorée avec la loi du 26 juillet 2005. Celle-ci redonne aux créanciers, par le biais des contrôleurs choisis parmi eux, le pouvoir de pallier l'inertie du mandataire.

1) L'exclusion de l'action ut singuli et la fin de l'effet collectif de l'action paulienne du créancier

82. L'article 46 alinéa 1 de la loi du 25 janvier 1985 prescrit en des termes bien clairs que « *le représentant des créanciers désigné par le tribunal a seul qualité pour agir au nom et dans l'intérêt des créanciers* ». L'article 34 de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 reprend cette disposition en des termes quasi identiques. La Cour de cassation en tire la conséquence, par un arrêt de principe en date du 3 juin 1997, de l'irrecevabilité de l'action *ut singuli* : « *seul le représentant des créanciers, dont les attributions sont ensuite dévolues au liquidateur, a qualité pour agir au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers ; il en résulte qu'un associé ou un créancier ne sont pas recevables à agir au nom des créanciers* »²⁴¹.

Le fondement de cette décision évidemment résulte de la disparition de la masse des créanciers car l'action *ut singuli* suppose nécessairement la personnalité morale du groupement²⁴². L'action ainsi exclue concerne non seulement le préjudice collectif de la masse, mais aussi le préjudice social qu'auraient éprouvé les associés. La solution est maintenue en droit positif par la Cour de cassation qui déclare irrecevable toute action individuelle introduite par un créancier pour demander réparation d'un préjudice non-distinct de celui subi par les autres créanciers²⁴³.

Ainsi en droit français, depuis 1985, il n'est plus question d'action *ut singuli* des créanciers, même en cas de carence du mandataire de justice commis à leur représentation. Cela n'interdit pas cependant à un créancier d'exercer individuellement une action tendant à réparer un préjudice personnel dont il souffre et qui serait distinct de celui des autres créanciers. Quid alors de l'action paulienne du créancier qui, dans le régime antérieur, était une action collective ?

83. La disparition de la personnalité juridique de la masse entraîne la perte de la nature collective de l'action paulienne en tant qu'action de la masse. N'étant pas objet de l'interdiction des poursuites individuelles du jugement d'ouverture, l'action paulienne peut

²⁴¹ Cass. com., 3 juin 1997, n° 1443 P + B, obs. F. DERRIDA, « Redressement et liquidation judiciaires : feu la masse des créanciers... vive « la collectivité des créanciers » ! », *op. cit.*

²⁴² *Ibid.*, n° 6.

²⁴³ Cass. Com., 4 octobre 2005, SCA WHBL c/ Synd. Copr. Gallia : *Bull. civ.* IV, n° 195 ; *D.* 2005, act. jur. p. 2805, obs. A. LIENHARD.

être exercée individuellement par un créancier contre tous les actes effectués en fraude de ses droits par le débiteur. La Chambre commerciale de la Cour de cassation admet ce principe dans un arrêt du 8 octobre 1996. Tirant conséquence de l'absence de la masse, la Cour constate que l'inopposabilité qui en découle n'a d'effet que dans les rapports des seules parties en cause²⁴⁴. L'action paulienne n'est donc plus une action collective, ni dans son exercice, ni dans son résultat, puisqu'elle ne bénéficie qu'au créancier poursuivant. Celui-ci devra par contre au préalable déclarer sa créance²⁴⁵.

Cependant, l'arrêt du 8 octobre 1996 n'excluait pas l'exercice de l'action paulienne par le représentant des créanciers, le mandataire judiciaire ou le liquidateur. La Cour d'appel de Grenoble en tire la conséquence que ce n'est pas parce que les créanciers peuvent exercer l'action paulienne à titre individuel qu'il est interdit aux organes de la procédure collective d'intenter cette action²⁴⁶. La solution est suivie par la Cour de cassation qui admet le principe de la recevabilité de l'action paulienne exercée par les organes de la procédure²⁴⁷. En pareille hypothèse (du fait que l'action est exercée au nom et dans l'intérêt collectif des créanciers), l'inopposabilité de l'acte profite à l'ensemble des créanciers²⁴⁸.

2) L'action collective du créancier contrôleur ou la métempyose de l'action *ut singuli* du créancier dans la masse

84. En droit positif français, la rupture avec la jurisprudence antérieure qui consacre la possibilité pour le créancier d'exercer l'action collective est consommée. Le monopole du représentant des créanciers pour agir dans l'intérêt collectif devient absolu. Même la loi du 10 juin 1994²⁴⁹, dont le motif était la recherche d'un équilibre par concession de prérogatives aux créanciers, n'a pas reconsidéré la possibilité d'exercer individuellement de l'action collective. L'interdiction de l'action *ut singuli* a aussi valu pour les contrôleurs choisis par le juge commissaire parmi les créanciers pour assister le mandataire judiciaire²⁵⁰ dans sa mission.

²⁴⁴ Cass. com., 8 octobre 1996, *Petites affiches*, 20 décembre 1996, n° 153, p. 28, obs F. DERRIDA.

²⁴⁵ Cass. com., 10 juin 2008, *RTD com.* 2008, p. 861, obs. A. MARTIN-SERF.

²⁴⁶ Grenoble, 12 octobre 2000, *J.C.P.* éd. E. 2001, p. 686, n° 17.

²⁴⁷ Com. 13 novembre 2001, *La Semaine Juridique*, éd. Générale, 2 Octobre 2002, II, 10151, n° 40, obs. E. BOST ; Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *RTD Com.* 2002 p. 151.

²⁴⁸ Deen GIBIRILA, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 467.

²⁴⁹ Loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, *JORF* 11 juin 1994, p. 8440.

²⁵⁰ Pour la terminologie « représentant des créanciers », « mandataire judiciaire », voir tableau *supra*, n° 28.

Il faudrait attendre la loi du 26 juillet 2005 pour voir consacré aux créanciers le pouvoir, par le biais des contrôleurs, de pallier l'inertie du mandataire judiciaire : « *Toutefois en cas de carence du mandataire judiciaire, tout créancier nommé contrôleur peut agir dans cet intérêt (collectif des créanciers)* »²⁵¹. L'inexistence de l'action *ut singuli* se trouve dès lors compensée par la recevabilité à titre subsidiaire de l'action des contrôleurs. L'article 93 du décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005²⁵² exige, pour que l'action soit recevable, qu'une mise en demeure ait été adressée au mandataire judiciaire par lettre recommandée avec demande d'avis de réception et qu'elle soit restée infructueuse pendant deux mois à dater de la réception de celle-ci.

Se trouve ainsi consacré aux créanciers ce qui leur a été privé depuis la réforme de 1985. Certes ce droit d'agir dans l'intérêt collectif reste limité au créancier nommé contrôleur, mais il constitue néanmoins un élément de rapprochement entre le droit positif et le droit antérieur à 1985, et nécessairement donc entre le droit français et le droit de l'OHADA. Cela suscite d'ailleurs à la doctrine des inquiétudes quant au risque d'une renaissance de la masse²⁵³.

85. Admettre l'existence d'un intérêt collectif des créanciers suppose sa protection, sa défense. Celle-ci reste le monopole d'un mandataire de justice représentant les créanciers. Mais le produit des actions en justice exercées dans cet objectif connaît des destinations différentes, selon qu'il est admis ou non la personnalité juridique de la collectivité des créanciers.

Paragraphe 2- La destination du produit de l'action collective

86. Lorsqu'il s'agit de déterminer qui a qualité pour obtenir réparation du préjudice collectif subi par les créanciers, des difficultés considérables apparaissent. Le sort des sommes provenant du succès des actions exercées dans l'intérêt collectif des créanciers est fonction de l'existence de la personnalité juridique reconnue ou non à la collectivité des créanciers. En droit de l'OHADA comme sous l'empire de l'ancienne loi française de 1967, l'admission de la personnalité juridique de la masse implique la reconnaissance d'un

²⁵¹ Art. 34 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 ; art. L 622-20 C. com.

²⁵² Art. R. 622-18 du Code de commerce.

²⁵³ Corinne SAINT-ALARY HOUIN, « Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises : continuité, rupture ou retour en arrière ? », *Droit et Patrimoine*, n°133, Janvier 2005, spéc., p. 38.

patrimoine à la masse : l'article 117 AUPC évoque en effet la notion de « *créances contre la masse* », et les articles 166 et 167 AUPC évoquent celle de « *créanciers de la masse* ». Les résultats des actions collectives nourrissent ainsi l'actif de cette masse. En droit positif français, avec la disparition de la masse, le législateur a choisi de faire entrer ces résultats dans le patrimoine du débiteur tout en les inscrivant dans une dynamique de sauvegarde de l'entreprise.

Ces éléments formels de différence n'empêchent pourtant pas la consécration jurisprudentielle de solutions identiques en droit français et OHADA.

I- LE PATRIMOINE DE LA MASSE, DESTINATION EN DROIT DE L'OHADA DES RÉSULTATS DE L'ACTION COLLECTIVE

87. Selon la doctrine classique d'AUBRY et RAU, toute personne a un patrimoine et celui-ci est une émanation de la personnalité. Il va sans dire qu'il en est de même pour la masse²⁵⁴. Son patrimoine existe au moins virtuellement, rempli de ses droits et obligations. Entrent dans le passif les dettes nées régulièrement après la décision d'ouverture, de la continuation de l'activité et de toute activité régulière du débiteur ou du syndic²⁵⁵. L'actif n'englobe pas les biens du débiteur —qui n'en perd pas la propriété du fait du dessaisissement— mais se compose des droits et des pouvoirs que la masse est appelée à exercer pendant la procédure²⁵⁶. Il s'agit dans la quasi-totalité des actions dirigées contre des tiers. Ces actions tendent notamment, soit à obtenir le versement de sommes ou la remise de biens sur lesquels les créanciers étaient en droit de compter, soit à obtenir la réparation du préjudice causé à l'ensemble des créanciers²⁵⁷ du fait d'une diminution de l'actif du débiteur ou d'une augmentation de son passif. Dans le premier cas il s'agit des actions en inopposabilité de la période suspecte, et dans le second, des actions en comblement du passif (art. 183 AUPC) ou des actions en responsabilité contre les tiers (art. 118 AUPC). Et puisque ces actions sont exercées au nom de la masse, il est tout à fait logique que l'émolument qui en découle puisse lui profiter —et donc aux créanciers la composant.

²⁵⁴ Précisons tout de même que, si le patrimoine est le corollaire de la personnalité juridique, il n'en est pas la condition nécessaire ; R. HOUIN, obs. sous Civ. Com. 17 janvier 1956, *op. cit.*, p. 267.

²⁵⁵ Art 117 AUPC.

²⁵⁶ Réparation du préjudice subi par la masse sur action du syndic agissant dans l'intérêt collectif des créanciers (art. 118 AUPC), action en inopposabilité de la période suspecte.

²⁵⁷ F. DERRIDA et J.-P. SORTAIS, note sous Com. 7 janvier 1976, *D.* 1976, n° 24.

Aux termes de l'article 185 AUPC, « *La juridiction compétente peut enjoindre aux dirigeants à la charge desquels a été mis tout ou partie du passif de la personne morale de céder leurs actions ou parts sociales de celle-ci ou ordonner leur cession forcée par les soins du syndic, au besoin après expertise ; le produit de la vente est affecté au paiement de la part des dettes de la personne morale mise à la charge de ces dirigeants* ». Cette disposition permet d'induire dans le silence du législateur —par rapport à la destination des sommes recouvrées des différentes actions de la masse— que lesdites sommes, après règlement des frais de justice, doivent être distribuées entre tous les créanciers. Et cela rentre parfaitement dans l'objet assigné à la masse.

En France sous l'ancien régime, l'actif de la masse permettait aussi d'apurer le passif né après le jugement déclaratif. On justifiait cette destination par le fait que les créanciers postérieurs étaient créanciers de la masse et non créancier du débiteur. Ils pouvaient donc être payés sur l'actif appartenant à la masse, sans venir en concours avec les créanciers personnels du débiteur²⁵⁸. L'AUPC, comme ci-dessus mentionné, consacre lui aussi la notion de « créanciers de la masse », permettant ainsi de tirer les mêmes conclusions que dans l'ancien régime français.

Le concept de la masse et de son patrimoine génère des solutions qui sont envisageables en droit de l'OHADA et qui du reste, demeurent en vigueur en droit positif français : l'exclusion du jeu des privilèges sur les sommes perçues de l'action collective et l'exclusion de la compensation entre la créance contre le débiteur et l'indemnité de réparation du préjudice subi par la masse.

88. En effet, la personnalité juridique reconnue à la masse empêche que les créanciers titulaires d'un privilège général sur le patrimoine du débiteur puissent le faire valoir sur des sommes qui figurent dans un autre patrimoine. Cette règle a été adoptée bien avant la réforme de 1967 par un arrêt de principe de la Chambre commerciale en date du 27 octobre 1964. *Les sommes versées par le dirigeant (en comblement du passif social) entrent dans le patrimoine de la masse et non du failli ; le créancier bénéficiaire d'un privilège général sur les biens meubles de la société débitrice ne peut exercer son privilège sur ces sommes qui n'ont jamais fait partie du patrimoine de la société débitrice*²⁵⁹. Les sommes doivent être réparties au marc le franc entre tous les créanciers dans la masse.

²⁵⁸ Y. GUYON, *Droit des affaires*, Tome 2, *op. cit.*, n° 1246 ; Aussi C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 774.

²⁵⁹ Cass. com., 27 octobre 1964, *D.* 1965, p. 129, obs. CABRILLAC.

Ultérieurement, la chambre commerciale opère un revirement en établissant l'exercice des privilèges généraux sur les produits de l'action en comblement du passif sans en préciser le fondement²⁶⁰. Ce revirement connaît cependant la résistance des juges du fond. Pour ceux-ci, le privilège conféré au trésor sur les meubles du redevable ne peut être exercé sur les biens mobiliers de la masse de ses créanciers²⁶¹. De même, l'assiette du privilège des organismes sociaux étant constituée par l'actif mobilier du débiteur de cotisations, elle ne saurait être étendue à des sommes qui n'étaient pas dans cet actif jusqu'au jugement déclaratif, et qui n'y ont pas été intégrées ensuite²⁶².

Le revirement de la Chambre commerciale est hautement critiquable car il nie l'autonomie du patrimoine de la masse. Les créanciers composant la masse en droit de l'OHADA doivent pouvoir obtenir la répartition au marc le franc des résultats des actions collectives.

89. L'existence du patrimoine de la masse empêche également la compensation entre les dettes nées de la déclaration d'inopposabilité d'un acte²⁶³ ou de la réparation du préjudice collectif²⁶⁴ d'une part, et les créances admises au passif du débiteur d'autre part. La compensation légale ne peut jouer en effet qu'entre des dettes réciproques. Or en l'espèce, cette condition de réciprocité n'est pas satisfaite puisque les dettes et créances qui se compensent n'appartiennent pas au même patrimoine. C'est la masse qui est titulaire de la créance d'indemnité vis-à-vis du tiers —ou de la créance de restitution consécutive à l'inopposabilité prononcée—, alors que c'est l'entreprise en difficulté qui est débitrice de la créance du tiers créancier dans la masse²⁶⁵. La personnalité juridique de la masse n'absorbe pas celle du débiteur en faillite ; les dettes du débiteur ne sont pas les dettes de la masse et vice versa. Le résultat de l'action en responsabilité n'intègre donc pas le patrimoine du débiteur et ne peut être l'objet de compensation.

²⁶⁰ Cass. com., 7 mai 1979, *D.*, 1979, p. 431, obs. DERRIDA et SORTAIS.

²⁶¹ Cour d'appel de Paris, 26 janvier 1982, *op. cit.*

²⁶² Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 5 février 1982, *D.*, 1982, p. 215, obs. F. DERRIDA et J. -P. SORTAIS.

²⁶³ Cass. com., 11 février 1970, *D.*, 1971, 450, 2^e espèce, obs. Marie Thérèse RIVES-LANGE.

²⁶⁴ Cass. com., 6 novembre 1968, *JCP*, 1969. II. 15759, obs. P. L.

²⁶⁵ Michel CABRILLAC, « L'impertinente réapparition d'un condamné à mort ou la métempsychose de la masse des créanciers », *op. cit.*, n° 13 ; Arlette MARTIN-SERF, « L'intérêt collectif des créanciers ou l'impossible adieu à la masse », *op. cit.*, p. 156.

II- LA CONSÉCRATION VIRTUELLE EN DROIT FRANÇAIS D'UN PATRIMOINE D'AFFECTATION DU DÉBITEUR, AVATAR DU PATRIMOINE DE LA MASSE

90. La suppression de la masse et corrélativement de son patrimoine a conduit logiquement à faire entrer les sommes perçues des actions collectives dans le patrimoine du débiteur.

En effet, en cas de continuation de l'entreprise, l'article L. 622-20 al 4 dispose que « *les sommes recouvrées (...) entrent dans le patrimoine du débiteur et sont affectées en cas de continuation de l'entreprise selon les modalités prévues pour l'apurement du passif* »²⁶⁶. Cette solution répond à une finalité précise : le financement de la poursuite de l'activité de l'entreprise.

En revanche, en cas de cession ou de liquidation judiciaire de l'entreprise, la Chambre commerciale déclare que les sommes recouvrées à la suite des actions que le liquidateur engage ou poursuit dans l'intérêt collectif des créanciers entrent dans le patrimoine du débiteur pour être réparties entre tous les créanciers au marc le franc²⁶⁷. Ce faisant, la Cour de cassation étend à l'action en responsabilité délictuelle, la solution de l'article L 651-2 al 3 du Code de commerce²⁶⁸ concernant les sommes versées par les dirigeants à la suite d'une action pour insuffisance d'actif en cas de liquidation judiciaire. La solution est justifiée dans la mesure où l'action en responsabilité délictuelle et l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif procèdent d'un fondement identique qui est la mise en jeu de la responsabilité²⁶⁹.

91. Cette affectation des sommes perçues opère une dissociation entre la *titularité* des actions fondées sur un intérêt collectif et la destination du produit de ces actions. Il est paradoxal en effet que l'action juridiquement intentée pour le compte des créanciers doive alimenter le patrimoine du débiteur. En outre, le fait d'isoler les sommes ainsi obtenues, dans le but de les affecter directement et exclusivement à l'apurement du passif ou à la répartition entre tous les créanciers, est contraire au principe de l'unité du patrimoine. L'entrée des sommes dans le patrimoine du débiteur devrait logiquement entraîner l'abandon des solutions dégagées sous l'ancien régime à savoir, l'impossibilité d'exercer les privilèges généraux et l'impossibilité d'opérer une compensation sur lesdites sommes.

²⁶⁶ Art. 34 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 ; ancien art. 180 al 3 loi n°85-98 du 25 janvier 1985.

²⁶⁷ Cass. com., 9 novembre 2004, *RJDA*, février 2005, n° 175.

²⁶⁸ Art. 131, ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008.

²⁶⁹ Deen GIBIRILA, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 346

Cependant, la Cour de cassation n'hésite pas à reproduire ces solutions sans s'embarrasser des contradictions, encore moins de la théorie du patrimoine.

A propos des privilèges généraux, il faut observer que « *si les sommes entrent dans le patrimoine du débiteur, elles devraient être partagées entre les créanciers en tenant compte des causes de préférences légales ou conventionnelles* »²⁷⁰. Cela est logique. La répartition égalitaire et universelle prescrite par l'article L 651-2 et la jurisprudence²⁷¹ est donc « *dénuée de tout fondement juridique* »²⁷². Il est inconcevable en effet de proclamer à la fois que le produit de l'action collective contribue à reconstituer le patrimoine du débiteur, mais que les privilèges portant sur le patrimoine du débiteur ne peuvent plus jouer²⁷³.

Concernant la compensation, l'article L 622-7 du Code de commerce l'admet clairement en règlement de dettes connexes. Il est donc tout à fait logique que deux créances issues du même contrat, l'une relative à l'exécution de ce contrat (non-paiement de factures) l'autre à sa résiliation (dommages-intérêts pour rupture abusive), puissent trouver à se compenser. Du temps où la masse existait, les dommages-intérêts entrant dans son patrimoine empêchaient que la compensation puisse jouer avec la dette pour non-paiement de factures, faute de réciprocité. Cette argumentation est désormais difficile à soutenir depuis la loi de 1985 supprimant la masse. La Cour de cassation maintient pourtant la solution en se fondant désormais sur "l'affectation" prévue par les articles 46 — pour le plan de continuation de l'entreprise— et 180, al. 3 —à propos de l'action en comblement d'insuffisance d'actif social en cas de liquidation judiciaire²⁷⁴. En effet pour le juge, les règles d'affectation des sommes recouvrées —à la suite des actions engagées par le mandataire judiciaire— font obstacle à ce que la compensation ait lieu entre la dette mise à charge de la banque et sa créance envers l'entreprise en difficulté²⁷⁵. Mieux, la Cour se donne elle-même de trouver une "affectation" au produit des actions en nullité — « reconstituer le patrimoine du débiteur » — en excluant toute compensation entre la dette de restitution consécutive au prononcé de la nullité d'un acte et une créance admise²⁷⁶.

²⁷⁰ Y. GUYON, *Droit des affaires, tome 2, Entreprises en difficulté redressement judiciaire – faillite*, *op. cit.*, n° 1382.

²⁷¹ Cass. com., 9 novembre 2004, *op. cit.*

²⁷² Y. GUYON, *op. cit.*, n° 1382.

²⁷³ A. MARTIN-SERF, *op. cit.*, p. 155.

²⁷⁴ Cass. com., 28 mars 1995, *D.* 1995, p. 410, obs. DERRIDA.

²⁷⁵ Cass. com., 6 mai 1997, *Bull. civ. IV*, n° 119, p. 105 ; *RJDA* 8-9/97, n° 1101.

²⁷⁶ Cass. com., 24 octobre 1995 : *Bull. civ. IV*, n° 250 ; *D.* 1996, p. 86, note critique F. DERRIDA ; V. dans ce sens A. MARTIN-SERF, *op. cit.*, p. 156.

Il faut cependant observer que l'affectation d'une somme au sein du patrimoine dans lequel elle entre n'a jamais dressée un obstacle à la compensation, n'a jamais conduit à considérer que la condition de réciprocité n'était pas remplie. Cette observation permet de conclure selon M. CABRILLAC, qu'il s'agit là d'un subterfuge camouflant la reconnaissance inavouée d'un patrimoine propre à la collectivité des créanciers²⁷⁷. L'« affectation » et la « reconstitution de l'actif du débiteur » se substituent ainsi insidieusement au patrimoine propre de la masse destiné à accueillir les dommages-intérêts réparant un préjudice collectif ou encore le produit des actions en nullité de la période suspecte²⁷⁸.

92. Après avoir précisé la nature de l'intérêt collectif, il nous importe à présent d'examiner quel contenu recouvre cette notion.

SECTION 2 : L'ADMISSION DES CRÉANCIERS DANS L'INTÉRÊT COLLECTIF

93. La prise en charge de la créance dans l'action collective du mandataire de justice — agissant au nom du groupement des créanciers — est subordonnée à la déclaration de sa créance par le créancier (**Sous-section 2**). Mais tous les créanciers ne sont pas accueillis dans l'intérêt collectif (**Sous-section 1**).

Sous-section 1 : L'admissibilité des créances

94. Il s'agit des créances pour lesquelles la procédure collective est ouverte, ceux dont le mandataire judiciaire (en droit français) ou le syndic (en droit OHADA) a le monopole de la défense.

²⁷⁷ Michel CABRILLAC, « L'impertinente réapparition d'un condamné à mort ou la métempsychose de la masse des créanciers », *op. cit.*, n° 14.

²⁷⁸ A. MARTIN-SERF, *op. cit.*, p. 156.

Paragraphe 1- Les créances accueillies dans l'intérêt collectif

95. La collectivité des créanciers est formalisée par la masse en droit OHADA. Cette masse est constituée aux termes de l'article 72 al 2 AUPC « *par tous les créanciers dont la créance est antérieure à la décision d'ouverture, même si l'exigibilité de cette créance était fixée à une date postérieure à cette décision à condition que cette créance ne soit pas inopposable en vertu des articles 68 et 69 ci-dessus* ». Deux éléments retiennent notre attention et peuvent être étendus à la définition de la collectivité des créanciers en droit français : la collectivité est constituée par tous les créanciers (II) dont la créance est antérieure au jugement d'ouverture du règlement collectif (I).

I- LA SIMILITUDE EN DROIT OHADA ET FRANÇAIS DE LA CONDITION DE L'ANTÉRIORITÉ DE LA CRÉANCE

96. Employée plus de six fois dans l'AUPC (art 15, 72, 118, 127, 139, 140), la notion d'intérêt collectif des créanciers recouvre la même réalité en droit français où elle est aussi employée dans six dispositions du livre six du Code du Commerce (art L622-20, L626-25, L651-3, L653-7, L654-17, L663-1). L'intérêt collectif regroupe des créances qui sont nées ou qui trouvent leur origine avant le jugement ouvrant la procédure collective. Puisque cette dernière ne peut s'ouvrir que s'il y a cessation des paiements ou risque de survenance de celle-ci, on n'y trouve, nécessairement, que des créanciers qui n'ont pu être payés ou qui ne seront pas payés à l'échéance. Ce sont les créanciers antérieurs qui subissent les conséquences de l'impayé que l'intérêt collectif tente de réduire en poursuivant le paiement le plus complet possible. Par le jugement d'ouverture, les créanciers opèrent une saisie collective sur les biens du débiteur et tout nouveau créancier ne pourrait venir leur disputer leur gage. L'antériorité de la créance s'apprécie indépendamment de son exigibilité qui peut être postérieure au jugement ouvrant la procédure. Pour déterminer cette antériorité, il est plutôt pris en compte le fait générateur de la créance²⁷⁹.

En droit de l'OHADA, le préjudice collectif est assimilé au préjudice de la masse. L'intérêt collectif est donc l'intérêt de la masse. Celle-ci se compose aux termes de l'article 72 al 2 AUPC, de créanciers antérieurs, à l'exception des créances déclarées inopposables à la masse pendant la période suspecte. Cette exception ne devrait cependant concerner que

²⁷⁹ *Infra*, n^{os} 255 à 282.

les actes à titre gratuit²⁸⁰ car la plupart des inopposabilités ont des effets limités. Ces inopposabilités n'empêchent pas en effet les titulaires de droits déclarés inopposables de produire à la masse leur créance. Ils peuvent également, dans les mêmes conditions que les autres créanciers dans la masse, participer à la distribution des deniers provenant de la réalisation des biens du débiteur²⁸¹.

En France, l'intérêt collectif est l'intérêt de la collectivité informelle des créanciers. Cette notion étant l'expression d'intérêts communs de créanciers subissant un dommage du fait de la défaillance de leur débiteur, il va de soit que les membres de la collectivité soient des créanciers antérieurs au jugement d'ouverture de la procédure. C'est d'ailleurs parmi ceux-ci que sont nommés les créanciers contrôleurs agissant dans l'intérêt collectif en cas de carence du mandataire judiciaire.

97. L'ouverture d'une procédure collective répartit traditionnellement les créances en deux catégories : celles antérieures au jugement d'ouverture et celles postérieures audit jugement. C'est l'accroissement du montant des créances antérieures qui permet la détermination exacte du préjudice collectif résultant de la diminution de l'actif ou de l'aggravation du passif du débiteur, et causé par les agissements fautifs du tiers qui a retardé l'ouverture de la procédure²⁸².

II- LA SIMILITUDE EN DROIT OHADA ET FRANÇAIS DE L'INOPÉRABILITÉ DE LA NATURE DE LA CRÉANCE

98. La notion d'intérêt collectif trouve son pendant dans celle de préjudice collectif. Celui-ci est le préjudice commun à tous les créanciers antérieurs au jugement d'ouverture de la procédure. Cela signifie normalement que toutes les créances antérieures, indépendamment de leur nature, entrent dans la composition de la collectivité dont les intérêts sont défendus par le syndic ou le mandataire judiciaire. Mais cette vérité ne va pas de soit dans la mesure où on peut se demander si tous subissent réellement un préjudice du fait de la cessation des paiements. En effet, les créanciers munis de sûreté réelle spéciale ne sont pas véritablement menacés par la défaillance du débiteur. La saisie de la chose objet de leur sûreté les épargne de l'incertitude que vivent les simples chirographaires.

Cette disparité des situations justifiait qu'en France, sous l'ancien régime, les auteurs s'accordassent en général que la masse pouvait avoir plusieurs compositions

²⁸⁰ *Infra*, n° 186.

²⁸¹ *Infra*, n°s 183 à 185.

²⁸² CA Toulouse, 29 juin 1989, v. conclusions de M. Jeol, *Dalloz*, 1993, p. 470.

différentes selon les intérêts en cause. D'une part, le but premier de ce groupement était d'assurer à tous les créanciers chirographaires un traitement égal. L'idée était qu'il n'y avait lieu de regrouper dans une masse unique que les créanciers ayant des droits égaux et semblables. D'autre part, la masse avait la mission de sauvegarder le gage général sur l'ensemble des biens du débiteur. Cela justifiait qu'il fallût élargir sa composition pour y inclure tous ceux qui avaient le patrimoine du débiteur comme gage de leur créance, c'est-à-dire les créanciers chirographaires mais aussi les créanciers titulaires d'un privilège général. Seuls demeuraient donc exclus de cette masse les créanciers qui bénéficiaient d'une sûreté spéciale²⁸³. Enfin, la masse visait l'information collective sur le montant précis du passif du débiteur. Elle comprendrait dans ce cas tous les créanciers antérieurs au jugement d'ouverture. Il était alors question d'une relativité de la notion de masse, d'une pluralité de masse ou d'une masse à contenu variable, les lois successives manquant de netteté²⁸⁴.

99. La loi de 1967 crée une controverse doctrinale. Jusqu'à l'adoption de cette loi, les créanciers ayant une hypothèque ou un privilège spécial n'étaient tenus de se soumettre à la procédure de vérification que lorsqu'ils voulaient prendre part à la distribution des deniers. Ils n'y étaient pas tenus lorsqu'ils se bornaient à poursuivre la réalisation du gage qui leur était spécialement affecté²⁸⁵. L'article 40 de la loi de 1967 vient faire obligation à tous les créanciers privilégiés ou non, y compris le trésor public, de produire leurs créances entre les mains du syndic qui les vérifie. C'est ici la preuve, selon certains auteurs, que la masse a désormais une composition constante et qu'elle est constituée, dans toutes les hypothèses, par tous les créanciers (antérieurs)²⁸⁶.

Toutefois, sur plusieurs points, le silence de la loi de 1967 a maintenu l'idée de la relativité de la masse. D'une part, seule la masse comprenant les chirographaires et les titulaires d'un privilège général —contrairement à la masse de tous les créanciers— est engagées par les actes du syndic comme l'affirme l'article 13 al 1²⁸⁷. La production entre les mains du syndic de la part des créanciers titulaires de sûretés réelles spéciales n'entraîne pas, au profit de ce dernier, la perte de droits qui seraient exercés pour l'intérêt collectif. La suspension des poursuites individuelles de l'article 35 ne s'applique en effet

²⁸³ Marie-Jeanne REYMOND DE GENTILE, *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967*, op. cit., n° 214 et ss.

²⁸⁴ Sauveur VAISSE, « La constitution de la masse », in *Faillites*, Dalloz, Paris, 1970, n° 17 et 18.

²⁸⁵ Civ. 19 juin 1889, *D. P.* 1889 ; Civ. 31 juillet 1912, *D. P.* 1913, I. 81, note Percerou.

²⁸⁶ Sauveur VAISSE, op.cit., n° 19.

²⁸⁷ « *Le jugement qui prononce le règlement judiciaire et la liquidation des biens constitue les créanciers en une masse représentée par le syndic qui seul agit en son nom et peut l'engager* ».

qu'aux chirographaires et aux titulaires de privilèges généraux, seuls membres de la masse dite « masse ordinaire »²⁸⁸.

100. En droit positif français, depuis la réforme de 1985, la discipline collective s'impose à tous les créanciers antérieurs sans exception et sans distinction selon la nature de la créance. Ils sont tous soumis au même traitement et sont également représentés par le mandataire judiciaire. La diversité de la nature et des modalités de leurs titres reste sans effet sur leur implication dans la collectivité des créanciers.

101. Le Droit de l'OHADA s'inspirera de cette évolution de la législation française. Il définit de manière explicite la composition du groupement des créanciers. La formule de l'art. 72 al 2 selon laquelle la masse est constituée par tous les créanciers dont la créance est antérieure à la décision d'ouverture est sans équivoque. Quelques autres règles cependant contribuent à entretenir un doute quant à la relativité ou non de la masse. Vont dans ce sens les articles réservant certains avantages pour les titulaires de sûretés réelles spéciales. L'article 132 al 1 AUPC empêche la juridiction compétente d'homologuer une cession partielle d'actifs si le prix n'est pas « *suffisant pour désintéresser les créanciers munis de sûretés réelles spéciales sur les biens cédés, sauf renonciation par eux à cette condition* » et acceptation du statut de chirographaire. Plus loin, l'article 134 al 1 et 2 dispose la force obligatoire du concordat homologué à l'égard de tous les créanciers antérieurs quelle que soit la nature de leurs créances, mais réserve les titulaires de sûretés réelles spéciales qui ne sont obligés que par les délais et remises particuliers consentis par eux.

Malgré ces objections susmentionnées, il apparaît de l'esprit de l'AUPC que la notion de masse doit être entendue au sens large²⁸⁹. Tous les créanciers font partie de la masse mais ne sont pas égaux. La vocation égalitaire de la masse se trouve édulcorée. Cette égalité ne doit pas s'entendre d'un nivellement des créanciers mais d'une soumission à des règles différentes, des créanciers placés dans des situations différentes eu égard à l'objectif poursuivi par la masse²⁹⁰. La constance de la composition de la masse découle ainsi des innovations introduites par l'AUPC. Celui-ci soumet la discipline collective à tous les créanciers antérieurs qui doivent, tous sans exception, produire leurs créances entre

²⁸⁸ Marie-Jeanne REYMOND DE GENTILE, *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967, op. cit.*, n° 216.

²⁸⁹ V. pour tout ce qui précède, Jean René GOMEZ, *Entreprises en difficulté, op. cit.* n°120.

²⁹⁰ La justification par le Conseil constitutionnel français de la priorité de paiement accordée aux créanciers postérieurs peut aussi valoir dans la différence de traitement des créanciers dans la masse : DC n° 84-183 du 18 janvier 1985, *JORF* 19 janvier 1985, *D.* 1986, p. 425, note RENOUX.

les mains du syndic (art. 78). L'interdiction des poursuites individuelles, l'arrêt du cours des intérêts légaux et conventionnels ainsi que des intérêts et majorations de retard entraînés par le jugement d'ouverture s'appliquent à tous les créanciers, qu'ils soient ou non titulaires d'une sûreté²⁹¹. L'originalité de la masse en droit OHADA tient aussi en ce que les créanciers titulaires d'une sûreté réelle spéciale peuvent prendre part au vote du concordat (art. 125 al 3) ; ils sont en outre tenus des engagements du syndic (location-gérance, poursuite des contrats en cours...). L'objectif de la masse n'est plus exclusivement l'égalité des créanciers chirographaires. Elle vise désormais l'uniformisation de la condition juridique des tous les créanciers et leur administration par un organe commun.

102. La composition du groupement des créanciers en droit de l'OHADA et en droit français est générale et permanente. La diversité de la nature et des modalités des titres n'a aucune incidence. Le groupement des créanciers se trouve constitué automatiquement en dehors de toute manifestation de volonté des créanciers et par le seul effet du jugement. Cela permet une bonne organisation de la procédure ménageant au mieux une protection d'ensemble des créanciers et le redressement éventuel du débiteur.

S'agissant de la protection des créanciers, l'inclusion de tous ceux qui ont un quelconque élément du patrimoine du débiteur comme gage de leur créance permet un contrôle de la fiabilité des droits dont ces créanciers se prétendent titulaires. En outre, lorsque le prix de vente de leurs garanties est insuffisant pour couvrir leurs créances, les titulaires de sûretés réelles spéciales peuvent participer à l'apurement global du passif en qualité de simples chirographaires.

Quant à l'idée de redressement, on note que les titulaires de sûretés spéciales ne peuvent plus agir de façon indépendante sans désormais tenir compte de l'issue globale de la procédure. Ils sont paralysés dans l'exercice de leurs droits au même titre que les créanciers chirographaires, d'autant plus que cet exercice aboutirait à un désordre inefficace pour le redressement de l'entreprise et le paiement de l'ensemble des créanciers.

Paragraphe 2- Les créances exclues de l'intérêt collectif

103. Si l'antériorité est le critère déterminant pour l'inclusion d'une créance dans l'intérêt collectif, cela revient à exclure *a contrario* les créances postérieures (**I**). Toutefois,

²⁹¹ Respectivement les articles 75 et 77 AUPC.

même antérieures, certaines créances verront leur titulaire échapper à la collectivité des créanciers (II).

I- LES CRÉANCES POSTÉRIEURES

104. L'exclusion des créances postérieures relève du bon sens. L'intérêt collectif c'est l'intérêt qui a valu l'ouverture de la procédure de règlement collectif. On ne saurait demander réparation pour un préjudice éventuel. Des hésitations se posent cependant en droit français à propos de certains types de créances nées postérieurement au jugement d'ouverture, mais qui suivent quasiment le même régime juridique que les créances antérieures.

Il s'agit de créances postérieures assimilées à des créances antérieures. Depuis la loi du 26 juillet 2005, les créanciers postérieurs non titulaires de créances alimentaires et exclues du régime de faveur de l'article L 622-17, I²⁹² sont soumis, pour tout ce qui a trait à leur paiement, aux mêmes principes que les créances antérieures. Ils obéissent donc aux deux règles essentielles du gel du passif que sont l'interdiction des paiements²⁹³ et l'interdiction des poursuites individuelles²⁹⁴, auxquelles s'ajoute l'obligation de déclarer ces créances²⁹⁵.

Ces créances, quoique assimilées aux créances antérieures, ne doivent pas logiquement être pris en compte dans l'intérêt collectif. L'assimilation n'est d'ailleurs pas complète car l'identité des régimes juridiques n'est pas parfaite²⁹⁶. Cependant, la jurisprudence et le législateur français leur font profiter des produits de l'action collective intentée par le mandataire judiciaire. En effet, en cas de cession d'entreprise ou de liquidation judiciaire, les sommes perçues de l'action collectives sont distribuées au marc le franc entre tous les créanciers (déclarés au passif). En cas de redressement judiciaire, les créanciers postérieurs assimilés à des créanciers antérieurs viennent au même rang que les créanciers antérieurs.

En droit de l'OHADA, aucun créancier postérieur ne peut faire partie de la masse.

²⁹² Art 33 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 « *Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période, sont payées à leur échéance* ».

²⁹³ Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, 8^e éd., L.G.D.J., Paris 2009, n° 247.

²⁹⁴ *Ibid.*, n°252.

²⁹⁵ *Ibid.*, n°528-3.

²⁹⁶ Ni les règles de l'arrêt du cours des intérêts, ni celles relatives à la participation aux comités de créanciers ne trouvent à s'appliquer.

II- LES CRÉANCES ANTÉRIEURES POUVANT ÉCHAPPER À LA COLLECTIVITÉ DES CRÉANCIERS

105. Ce sont, dans une certaine mesure, des créances admises dans l'intérêt collectif, vu qu'elles peuvent pleinement être prises en compte dans le règlement collectif. Toutefois, si les conditions le permettent, leurs titulaires ont intérêt à les faire échapper de la collectivité afin d'être immédiatement remplis dans leurs droits, contrairement aux autres membres de la collectivité qui doivent attendre. On distinguera selon que ces créanciers se prévalent d'un droit de propriété, d'une action contre un tiers ou d'une compensation entre leur créance et une dette à l'égard du débiteur.

A) Les créanciers se prévalant de la propriété

106. Il ne s'agit pas véritablement en l'occurrence de créanciers mais de titulaires de droit de propriété qui, du fait même de ce statut, échappent à la procédure de concours. Les droits OHADA et français observent ici le principe général du respect de la propriété²⁹⁷. Le droit de propriété est le plus énergique des droits réels. La qualité de propriétaire est une sécurité absolue, pour ceux qui la possèdent, contre la défaillance de leur débiteur. Elle est sanctionnée par l'action en revendication ou en restitution²⁹⁸ qui est de principe admise contre le groupement des créanciers. Cette revendication porte sur des biens dont le débiteur est simplement possesseur, mais dont la propriété revient au revendiquant. Ainsi, bien grande est la tentation pour certains créanciers, d'échapper à la discipline imposée à la collectivité en s'assimilant à des propriétaires²⁹⁹.

Il peut s'agir du loueur de meuble, du bailleur-vendeur ou du crédit-bailleur ou du titulaire d'effets de commerce ou de valeurs mobilières, du propriétaire de biens remis au débiteur à titre précaire, du vendeur de meubles qui ne s'est pas encore dessaisi des biens ou dont les marchandises ne sont pas encore dans les magasins du débiteur, et enfin du vendeur bénéficiant d'une clause de réserve de propriété.

107. S'agissant des conditions de l'action, il appartient au revendiquant de démontrer qu'il est le propriétaire du bien revendiqué, peu importe le titre en vertu duquel le débiteur (ou un tiers le détenant pour son compte) le détient au jour du jugement d'ouverture, et peu importe que le revendiquant soit en droit français un propriétaire fiduciaire³⁰⁰. L'exercice

²⁹⁷ Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *op.cit.*, n° 548.

²⁹⁸ Art. L 624-10 Code de commerce français.

²⁹⁹ Marie-Jeanne REYMOND DE GENTILE, *op. cit.*, n° 233.

³⁰⁰ Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *op.cit.*, n° 550.

de l'action est soumis à des conditions de délais : trois mois suivant la publication du jugement ouvrant la procédure en droit français, et trois mois à compter de l'information prévue à l'article 87 alinéa 3 relatif au dépôt de l'état des créances en droit de l'OHADA.

En France, la déclaration des créances n'est pas un préalable à l'exercice de la revendication³⁰¹. En droit de l'OHADA, le titulaire d'un droit de revendication a l'obligation de produire en précisant s'il entend exercer son droit de revendication. À défaut d'une telle précision, celui-ci est considéré comme un créancier chirographaire (art. 78 al 3 AUPC).

Lorsque les conditions sont remplies, l'action en revendication établit à l'égard de la procédure collective le droit de propriété du revendiquant sur le bien à la date du jugement d'ouverture, de sorte que ce bien ne puisse plus figurer dans l'actif du débiteur. Le bien est restitué à son propriétaire³⁰².

B) Les créanciers agissant contre un tiers

108. La procédure collective ne suspend les poursuites individuelles qu'à l'égard du débiteur et non à l'égard du tiers codébiteur. Les créanciers peuvent, par conséquent, agir en principe contre celui-ci. Deux situations doivent être distinguées :

En premier lieu, il s'agit des créanciers qui agissent contre un tiers autre que la caution ou le coobligé. Ces créanciers peuvent, sans restriction et selon les cas, exercer les actions suivantes :

- l'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage³⁰³ ;
- l'action de la victime d'un accident (préjudice) causé par le débiteur contre l'assureur de celui-ci³⁰⁴ ;
- la mise en œuvre en droit de l'OHADA des articles 213 à 217 AUPSRVE³⁰⁵ qui permet au créancier d'aliments, en vertu d'un titre exécutoire et suivant une voie rapide, d'obtenir que le tiers saisi lui verse directement contre quittance le montant de sa créance

³⁰¹ La déclaration de créances n'est pas une condition de la revendication des marchandises vendues avec clause de réserve de propriété : Com. 20 octobre 1992, *Rev. proc. col.* 1992, 425, obs. Bernard SOINNE.

³⁰² Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *op. cit.*, n°552.

³⁰³ Paris, 25^e ch. A, 27 novembre 1990, *JCP G*, 1992, II, 21782, note Ph. DUBOIS.

³⁰⁴ Cass. ch. Mixte, 15 juin 1979, *Gaz. Pal.* 1979, 1, somm. p. 283 ; *D.* 1979 p. 561, obs. F. DERRIDA ; Cass. com., 18 avril 1989 et 18 juillet 1989, *Rev. proc. coll.* 1990-3, p. 226, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

³⁰⁵ Acte uniforme du 10 avril 1998, portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et de voies d'exécution.

alimentaire³⁰⁶ ; en France, la femme divorcée à laquelle le mari ne verse pas sa prestation compensatoire peut agir contre l'ASSEDIC de celui-ci³⁰⁷ ;

- l'action en responsabilité contre un tiers pour un préjudice propre au créancier qui l'exerce ; il s'agit de l'action individuelle fondée sur un intérêt personnel³⁰⁸ ;

- l'action de la victime d'une *infraction* contre le complice de son auteur en redressement judiciaire³⁰⁹.

En second lieu, il s'agit des créanciers qui peuvent se prévaloir de cautions ou de coobligés. Ce sont les hypothèses dans lesquelles un tiers est plus ou moins tenu aux mêmes engagements que le débiteur. Il en est ainsi par exemple en cas de délégation imparfaite, d'obligation solidairement souscrite par deux ou plusieurs personnes, d'engagement solidaire comme le signataire d'un effet de commerce ou la caution dans le cautionnement solidaire. Il en est également ainsi du garant dans la lettre de garantie. Toutes ces personnes coobligés peuvent être poursuivies en cas d'ouverture d'une procédure collective du débiteur. Cependant, en droit positif français, tous garants personnes physiques, c'est-à-dire cautions, coobligés et garants autonomes, personnes ayant affecté ou cédé un bien en garantie, bénéficient de la suspension des poursuites individuelles. Cette suspension court jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation³¹⁰. Les actions des créanciers ne peuvent donc prospérer qu'à l'égard des garants personnes morales³¹¹.

C) Les créanciers invoquant la compensation

109. La compensation est un mécanisme de paiement indirect qui permet à deux personnes débitrices l'une envers l'autre d'éteindre des dettes réciproques³¹². Elle ne devrait pas en principe être possible à compter du jugement d'ouverture de la procédure collective, du fait du dessaisissement et de l'interdiction du paiement des créances

³⁰⁶ Saisie simplifiée pratiquée sur la partie saisissable des salaires, rémunérations, traitements et pensions payés au débiteur d'aliments sur des fonds publics ou particuliers (art. 213 AUPSRVE).

³⁰⁷ Cass. com., 15 juillet 1986, *Rev. proc. coll.*, 1986, n° 3, p. 47, obs. M.-J. CAMPANA.

³⁰⁸ *Supra*, n°s 75 et 82 ; v. aussi Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 6^e éd. *op. cit.*, n° 762-1.

³⁰⁹ Cass. com., 27 avril 2000, *RJDA*, novembre 2000, n° 1013.

³¹⁰ V. pour la Sauvegarde l'art. L 622-28 al 2, et pour le Redressement le renvoi de l'art. L 631-14, I du Code de commerce.

³¹¹ Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 629 et 648.

³¹² C. civ., art. 1289.

antérieures (en France)³¹³. Il y a blocage du patrimoine du débiteur afin de traiter de façon égalitaire les créanciers. Le débiteur du « failli » devra payer intégralement sa dette, tandis qu'il produira pour les sommes dont il est créancier.

Néanmoins, la compensation est admise par le droit des procédures collectives. Elle constitue une bonne garantie de paiement pour le créancier antérieur qui va retrancher de sa propre dette à l'égard du débiteur, la somme d'argent que lui doit celui-ci. Bien que l'article 1290 du Code civil énonce expressément que « *la compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi même à l'insu des débiteurs* », cette disposition ne s'applique pas systématiquement en cas de procédures collectives. La jurisprudence française³¹⁴ admet que la compensation ne puisse jouer que si les créances réciproques sont connexes. Trois situations sont à envisager³¹⁵ :

- la compensation entre les créances et les dettes exigibles qui sont inscrites dans un même compte. La connexité se trouve réalisée avec l'entrée en compte-courant de créances, bien que n'ayant aucun lien entre elles ou n'étant même pas réciproques³¹⁶ ;
- la compensation entre des créances réciproques nées de l'exécution, ou de l'inexécution d'un même contrat³¹⁷ ;
- la compensation entre des créances issues de conventions distinctes mais appartenant à un seul et même ensemble contractuel qui constitue le fondement des relations entre les parties³¹⁸.

En droit de l'OHADA, l'AUPC reprend toutes les solutions jurisprudentielles au travers des articles 68, 102, et 109³¹⁹. Seule la dernière hypothèse n'est pas envisagée. Il s'agit de la compensation qui joue en présence de contrats qui, bien que faisant naître des dettes distinctes, s'inscrivent dans le « *cadre du développement des affaires* ».

³¹³ Code de commerce art. L 622-7.

³¹⁴ Déjà en vigueur sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967 et reconduite sous le régime de la loi du 25 janvier 1985.

³¹⁵ Pour plus de détails, v. D. GIBIRILA, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 425.

³¹⁶ Cass. com., 1^{er} mars 2005, *Thévenot c/ sté CGA*, JCP E., 2005, n° 23, 857, note E. SCHOLASTIQUE.

³¹⁷ Cass. civ., 8 octobre 1938, *Les grands arrêts de la jurisprudence commerciale*, n° 148 ; Cass. com., 2 juillet 1975, *D.*, 1975, p. 424 ; Cass. com., 20 mai 2001, JCP E., n° 3, p. 1423, obs. M. CABRILLAC et Ph. PÉTEL.

³¹⁸ Cass. com., 1^{er} avril 1997, *BRDA*, août 1997, p. 10 ; Civ., III, 4 juin 2003, LPA 18 février 2004, n° 35, p. 4, note E. MOUIAL-BISSILANA.

³¹⁹ F. M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 180 à 182.

Il est commun, en droit OHADA et en droit français, que le créancier qui se prévaut de la compensation pour se libérer de son obligation à l'égard du débiteur en procédure collective, doive au préalable avoir déclaré sa créance dans le délai imparti³²⁰.

110. Il ne suffit pas à la créance antérieure d'être admissible pour être prise en compte dans l'intérêt collectif. Il lui faut en outre être déclaré.

Sous-section 2 : La prise en charge effective de la créance dans la collectivité

111. La procédure de déclaration des créances est essentielle pour les membres de la collectivité des créanciers. L'appartenance à cette collectivité oblige à faire reconnaître son droit, c'est-à-dire à le déclarer à la procédure pour qu'il soit identifié, à le faire vérifier et admettre au passif. En effet, sauf quelques créances pouvant échapper au regroupement systématique opéré par le jugement d'ouverture, les créances antérieures doivent être produites à la procédure collective pour être payées. Le droit de créance —qui est normalement le pouvoir d'exiger du débiteur le paiement de sa dette— n'existe pas en lui-même lorsque le débiteur se trouve soumis à une procédure collective, mais doit bénéficier d'une consécration judiciaire par le juge commissaire³²¹.

La procédure de déclaration, de vérification et d'admission des créances profite à la fois au redressement de l'entreprise et au paiement de créanciers. Elle permet une information financière sur la situation de l'entreprise afin d'orienter l'issue de la procédure³²². Faute d'une information suffisamment précise, les créanciers ne peuvent voter le concordat³²³ et le juge arrêter le plan en toute connaissance de cause. La production des créances permet au mandataire de justice chargé de la représentation des créanciers de poursuivre les actions collectives. Les créanciers astreints à la discipline collective ne renoncent pas à leurs créances ; ils passent le relais de leurs poursuites individuelles à leur représentant par la déclaration, auprès de ce dernier, de leurs créances.

La production de la créance (**Paragraphe 1**) est suivie d'une vérification en vue d'une admission définitive (**Paragraphe 2**).

³²⁰ D. GIBIRILA, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 424, p. 360.

³²¹ Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 682 et 683.

³²² Marie-Jeanne REYMOND DE GENTILE, op. cit., n° 296 ; Nooman M. K. GOMAA, « Le concordat », in *Faillites*, op. cit., n° 11.

³²³ F. Derrida, « Le droit de poursuite individuelle des créanciers titulaires d'une sûreté réelle spéciale dans le règlement judiciaire et la liquidation des biens », *Dalloz* 1967, chron. p. 251.

Paragraphe 1- La prise en charge de la créance : la déclaration

112. Tous les créanciers de la collectivité sont astreints à la production, même si la créance n'est pas exigible du fait de l'absence de déchéance du terme en cas de sauvegarde ou de redressement judiciaire³²⁴. La déclaration est l'acte par lequel le créancier manifeste la volonté d'obtenir le paiement de sa créance dans le cadre de la procédure. Cela justifie que tous les créanciers antérieurs, notamment ceux qui peuvent échapper à la collectivité, ne soient pas obligés de produire³²⁵. Toutefois, parmi les créanciers membres de la collectivité, le législateur français dispense traditionnellement les salariés de cette déclaration³²⁶. Il s'agit de simplifier la tâche pour ceux-ci et éviter la forclusion des créances de salaires non déclarées³²⁷.

En droit de l'OHADA, une certaine doctrine se fondant sur l'article 83 al 3 AUPC, affirme que les salariés font exception à l'obligation faite aux créanciers de la masse d'avoir à produire³²⁸. Cette disposition énonce que « *jusqu'à l'assemblée concordataire, le défaut de production ne peut être opposé aux créanciers privilégiés de salaires* ». Mais, nous ne partageons pas cette position. En effet, l'article 79 al 2 AUPC impose au syndic d'avoir à avertir personnellement le contrôleur représentant du personnel qui n'a pas produit sa créance, d'avoir à le faire. La lecture conjointe des articles 79 al 2 et 83 al 3 permet de conclure que les salariés, par leur représentant, ont à produire jusqu'à l'assemblée concordataire et non dans le délai prévu pour l'ensemble des autres créanciers³²⁹. Une jurisprudence de la Cour d'appel de Ouagadougou tranche d'ailleurs en ce sens, que l'obligation de produire leur créance est applicable à des créanciers munis

³²⁴ Art. L 622-29 Code de commerce en France ; art. 76 AUPC en droit de l'OHADA.

³²⁵ C'est le cas des créances qui peuvent être recouvrées auprès d'un tiers qui n'est pas soumis à la procédure. V. en ce qui concerne le droit français Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 687 ; pour ce qui est du droit de l'OHADA, F. M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 270. Il faut noter qu'en France, les créanciers *revendiquants* sont aussi dispensés de déclarer leurs créances lorsqu'ils mettent en œuvre leur droit de propriété ; ce qui n'est pas le cas en droit de l'OHADA où l'art. 78 al 3 AUPC leur impose de produire.

³²⁶ L'obligation de déclarer ne pèse pas sur les salariés mais sur l'AGS et les institutions mentionnées à l'art. L 3254-1 du Code du travail. Le relevé des créances salariales est effectué par le mandataire judiciaire et transmis pour vérification au représentant des salariés.

³²⁷ L 622-24 al 1 Code de commerce ; Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 687 ; D. Gibirila, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 527.

³²⁸ Jean René GOMEZ, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 151 p. 182.

³²⁹ Pour l'ensemble des créanciers, v. *Infra*, n°s 114 (pour la procédure de déclaration de la créance) et 117 (pour le relevé de forclusion).

d'un titre de créance résultant du contrat de travail, et obtenu antérieurement au jugement d'ouverture³³⁰.

En plus des créances de salaires, les créances alimentaires sont, en France, expressément exonérées de la déclaration des créances par l'ordonnance du 18 décembre 2008.

I- LES RÈGLES DE PRODUCTION

113. La production est une déclaration faite au syndic (OHADA) ou au mandataire judiciaire (France) par le créancier, et indiquant le montant de la créance au jour du jugement d'ouverture, accompagnée de la preuve de la prétention. L'obligation de déclarer est générale quand à la nature des créances, s'appliquant ainsi indifféremment à des créances chirographaires ou assorties d'une garantie³³¹. La règle concerne les créances civiles et les créances commerciales, liquides ou pas, exigibles ou à terme. Elle porte en outre sur l'intégralité de la créance mais aussi sur ses accessoires et intérêts.

Le créancier déclare le montant nominal de la créance due au jour du jugement d'ouverture avec l'indication des sommes à échoir et de la date de leurs échéances. L'obligation de déclarer ne s'applique cependant qu'à des créances certaines dans leur principe ; ce qui exclut des déclarations de créances à titre provisionnel ou à titre indicatif. Toutefois, un traitement de faveur est accordé à certaines créances en raison de leurs spécificités : créances du trésor public, de l'Administration des douanes, et des organismes de sécurité et de prévoyance sociales. Leurs productions sont toujours faites sous réserve des créances non encore établies et des redressements ou rappels éventuels. Ces créances sont admises par provision³³². L'interdiction des déclarations de créances à titre provisionnel ou à titre indicatif n'est pas dépourvue d'ambiguïté³³³. Les droits OHADA et français admettent en effet la déclaration de créances dont le montant n'est pas connu. Il en est ainsi par exemple du créancier qui a agi avant le jugement pour faire reconnaître sa créance. Il convient dans ce cas de poursuivre l'action en justice afin que la créance soit

³³⁰ CA., Ouagadougou, ch. civ. et com., 17 juin 2005, n° 73, KUELA Nathalie et 3 autres c/ Syndic liquidateur du PPPCR, www.ohada.com, Ohadata J-09-15.

³³¹ Notons que jusqu'en 1967, la jurisprudence décidait que les créanciers ayant une hypothèque ou un privilège spécial ne sont tenus de se soumettre à la procédure de vérification que lorsqu'ils veulent prendre part à la distribution des deniers, et non lorsqu'ils se bornent à poursuivre la réalisation du gage qui leur est spécialement affecté : Sauveur VAISSE, « La constitution de la masse », *op.cit.*, n° 19, p. 139.

³³² Art. 81 al 2 AUPC ; art. L 622-24 al 4 Code de commerce.

³³³ Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 692.

constatée et portée au passif (L 622-22 Code de commerce français) ; d'où la déclaration provisionnelle de la créance.

La déclaration indique également les sûretés³³⁴ garantissant la créance, ainsi que les intérêts et les dommages-intérêts. Sans indication de la sûreté, la jurisprudence considère en France que la garantie est éteinte³³⁵, et que la créance ne peut être admise qu'à titre chirographaire³³⁶.

Précision doit également être faite des intérêts échus et impayés au jour du jugement d'ouverture. Les intérêts à échoir ne peuvent être portés que dans la mesure où ils sont relatifs à un prêt de plus d'un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus³³⁷.

Quant aux dommages-intérêts éventuellement dus au créancier qui engage une action en responsabilité, ils doivent faire l'objet d'une évaluation prévisionnelle.

114. La déclaration des créances doit obéir à une certaine procédure pour être valide. Cette procédure en France est très formaliste, lui valant d'être qualifié de « *véritable parcours du combattant* »³³⁸, ceci afin d'alléger le passif pour permettre le sauvetage de l'entreprise³³⁹. Les membres de la collectivité des créanciers doivent produire dans des délais qui restent de rigueur. En France, ce délai est en principe de deux mois à partir de la publication du jugement d'ouverture au BODACC³⁴⁰. En droit OHADA, le délai de production est en principe de 30 jours à compter de la deuxième insertion du jugement d'ouverture dans un journal d'annonces légales. Ces délais et points de départ sont ensuite, dans les deux législations, aménagés en fonction de la nature des créances concernées par la déclaration³⁴¹.

115. La déclaration de la créance vaut mise en demeure et interrompt la prescription extinctive de la créance en droit de l'OHADA (art. 78 al 4). Mais l'absence totale de production ou le non respect des règles relatives à la production est sanctionnée par l'inopposabilité de la créance.

³³⁴ Art. 80 al 2 AUPC.

³³⁵ Cass. com., 2 mai 1990, *Rev. proc. coll.*, 1991-3, p. 352, obs. B. DUREUIL.

³³⁶ Cass. com., 13 mai 2003, *RJDA* 11/03, n° 1097, p. 957.

³³⁷ Art. 77 AUPC ; art. L 622-28 du Code de commerce.

³³⁸ Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 696.

³³⁹ *Ibid.*, n° 682, p. 430.

³⁴⁰ Bulletin Officiel des Annonces Civiles et Commerciales.

³⁴¹ Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.*, n° 709 à 711.

II- LE REFUS DE PRISE EN CHARGE DE LA CRÉANCE : LA SANCTION DU DÉFAUT DE PRODUCTION

116. En France, l'article L 622-26 al 1 du Code de commerce³⁴² énonce qu'à défaut de déclaration dans le délai de deux mois³⁴³, « *les créanciers ne sont pas admis dans les répartitions et les dividendes à moins que le juge-commissaire ne les relève de leur forclusion...* ». En droit de l'OHADA, l'article 78 al 1 oblige à la déclaration sous peine de forclusion de la créance. La forclusion fait perdre au créancier la faculté d'invoquer sa créance en raison de l'expiration du délai d'exercice de son droit, sans éteindre la créance. Elle n'entraîne donc que l'extinction de l'action comme la prescription.

Sur ce point, les législations françaises et OHADA sont identiques : la créance déclarée hors délai ou dont la déclaration est ultérieurement annulée est inopposable à la procédure collective³⁴⁴ (à la masse). Cela signifie que le créancier n'est pas admis dans les répartitions et les dividendes intervenues dans la phase préparatoire de la procédure ou opérées dans le cadre de la réalisation du plan ou du concordat. Il se trouve exclu de la procédure collective et, par conséquent, ne tirera aucun profit des droits liés à l'admission de la créance. Il ne peut davantage poursuivre après le jugement d'ouverture les actions en paiement introduites avant ledit jugement³⁴⁵. De même, en cas de déclaration sans indication de la sûreté qui l'assortit, la jurisprudence française estime cette sûreté disparue, et la créance ramenée au rang de chirographaire³⁴⁶.

Quelques nuances existent cependant entre les deux législations. En effet en cas de procédure de sauvegarde ou de redressement, l'article L 622-26 al 2 poursuit, en France, que « *les créances non déclarées régulièrement dans ces délais sont inopposables au débiteur pendant l'exécution du plan et après cette exécution lorsque les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus* ». Autrement dit, ces créances ne sont pas éteintes et peuvent être invoquées selon le droit commun au terme de la procédure collective, sous réserve que les droits ne soient pas prescrits. Les poursuites ont donc lieu à la suite de la résolution du plan de sauvegarde ou de redressement, dans la nouvelle procédure collective ouverte c'est-à-dire la liquidation judiciaire. Les créanciers

³⁴² La rédaction de cet article est issue de la loi du 26 juillet 2005.

³⁴³ Ce délai de deux mois est fixé par l'art. R 622-24 du Code de commerce [issu de l'art. 99 du décret (en Conseil d'État) n° 2005-1677 du 28 décembre 2005].

³⁴⁴ D. GIBIRILA, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 556.

³⁴⁵ Art. 78 al 2 AUPC.

³⁴⁶ Cass. com., 8 juin 1999, *RTD com*, 1999, p. 968, obs. A. MARTIN-SERF.

vont le cas échéant bénéficier d'un nouveau délai de déclaration³⁴⁷. Il faut noter par ailleurs que l'alinéa 2 de l'article L 622-26 du Code de commerce, issu de l'ordonnance du 18 décembre 2008, étend l'inopposabilité des créances non régulièrement déclarées aux personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie.

En cas de redressement judiciaire en droit OHADA, la forclusion revêt une particulière gravité. L'article 83 al 2 AUPC dispose que dans ce cas, « *la forclusion éteint la créance, sauf clause de retour à meilleures fortune, et sous réserve des remises concordataires* ». L'extinction de la créance était la sanction en droit français sous le régime antérieur à la loi de sauvegarde des entreprises (26 juillet 2005). Édifiée par la loi du 25 janvier 1985, cette sanction entraînait que la créance était éteinte, même si le créancier ne pouvait agir dans le délai légal³⁴⁸. Elle est abandonnée par le droit positif issu de la loi de sauvegarde, du fait des exigences de l'article 5 du règlement communautaire n° 1346/2000 du 29 mai 2000 aux termes duquel « *l'ouverture de la procédure d'insolvabilité n'affecte pas le droit réel d'un créancier ou d'un tiers sur des biens corporels ou incorporels meubles ou immeubles...* ».

117. Les sanctions ainsi exposées ne sont pas toutefois irréversibles. Elles peuvent être évitées si le créancier forclos obtient un relevé de forclusion³⁴⁹. Le juge-commissaire est exclusivement compétent. L'action en relevé de forclusion ne peut prospérer que s'il a lieu dans un délai assez bref.

En Droit de l'OHADA, la forclusion n'est relevée que dans la mesure où la demande a été faite avant l'arrêt et le dépôt de l'état des créances par le syndic. Rappelons toutefois que les créanciers de salaires ont jusqu'à l'assemblée concordataire pour produire à la masse. En France, l'action en relevé de forclusion est exercée dans le délai de six mois à compter de la publication du jugement d'ouverture au BODACC. Ce délai pour l'AGS³⁵⁰ court à compter de l'expiration du délai pendant lequel les créances résultant d'un contrat de travail sont garanties par cette institution. Pour les créanciers titulaires d'une sûreté publiée ou liés au débiteur par un contrat publié, le délai court à compter de la réception de l'avis qui leur est donné. Exceptionnellement, ce délai court à compter de la date à laquelle il est établi que le créancier, justifiant avoir été placés dans l'impossibilité de connaître

³⁴⁷ D. GIBIRILA, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 557.

³⁴⁸ Cass. com. 30 octobre 2000, *RJDA*, 2/01, n° 193, p. 179.

³⁴⁹ Art. 83 AUPC ; art. 622-26 al 1 Code de commerce français.

³⁵⁰ Association pour la Gestion du régime d'assurance des créances des Salaires.

l'existence de sa créance avant l'expiration du délai de six mois, ne pouvait ignorer l'existence de cette créance³⁵¹.

Les créanciers dans les deux législations doivent établir en outre que leur défaillance n'est pas due à leur fait. À cela, le législateur français complète que l'action peut également être accueillie si la défaillance du créancier tient à une omission du débiteur lors de l'établissement de la liste des créanciers (liste qu'il doit remettre à l'administrateur ou au mandataire judiciaire à l'ouverture de la procédure)³⁵².

118. Le créancier ainsi relevé de sa forclusion est censé avoir effectué une déclaration régulière. Cependant, il ne pourra concourir que pour les distributions (répartition de dividendes) postérieures à sa demande.

Paragraphe 2- L'admission définitive de la créance : la vérification

119. La vérification des créances a pour objet de rejeter du passif toutes les créances qui seraient contestables dans leur existence ou dans leur montant. Pour l'essentiel, elle aboutit à dresser un état des créances. Cette procédure est contradictoire en raison de l'importance de la décision finale à prendre³⁵³. La procédure suit trois étapes, dont la première est celle du syndic ou du mandataire judiciaire. Celui-ci transmet ses propositions d'admission définitive ou provisoire ou de rejet au juge-commissaire ; c'est la seconde étape destinée à vérifier la fiabilité du travail fait par le syndic ou le mandataire judiciaire, éventuellement à y apporter des modifications. La décision prise a un caractère juridictionnel, et le juge-commissaire ne peut rejeter en tout ou en partie une créance ou une revendication, ou se déclarer incompétent, qu'après avoir entendu ou dûment appelé le créancier ou le revendiquant, le débiteur et le syndic, ou le mandataire judiciaire et l'administrateur. Enfin en troisième lieu, les contestations contre les décisions du juge-commissaire sont portées en droit de l'OHADA devant la juridiction de la procédure collective qui, soit statue sur le fond, soit se déclare incompétente. En France, les décisions du juge-commissaire peuvent être contestées devant la Cour d'appel. Mais si la valeur de la créance en principal

³⁵¹ Art. L 622-26 al 3 (modifié par l'art. 29-2° de l'ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014).

³⁵² Art. L 622-26 al 1 (modifié par l'art. 29-1° de l'ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014).

³⁵³ Art. 86 al 4.

n'excède pas le taux de compétence en dernier ressort du tribunal qui a ouvert la procédure, le juge commissaire statue en dernier ressort³⁵⁴.

Les créances admises par le juge commissaire sans contestation sont définitivement admises ; il en est de même pour les créances qui font l'objet d'une décision judiciaire. L'admission des créances bénéficie l'autorité de la chose jugée, et donc produit les effets d'une décision de justice à laquelle est attachée l'irrévocabilité. Il en résulte qu'il est impossible de contester la validité, l'existence de la créance ou son montant, ou encore de réclamer une admission supplémentaire pour la même créance.

120. L'admission des créances a des effets énergiques sur les créanciers qui subissent la discipline collective et qui voient leur situation juridique nivelée. La collectivisation (forcée) des droits (intérêts) des créanciers débouche sur l'uniformisation de leur condition juridique.

³⁵⁴ Art. L 624-4 du Code de commerce.

CHAPITRE 2 : UNE DISCIPLINE COLLECTIVE UNIFORMISANT LA CONDITION JURIDIQUE DES CRÉANCIERS

121. Le caractère collectif du droit des procédures collectives commande la mise en place d'une organisation. Or une organisation ne peut s'accommoder de trop de cas particuliers et tend, par la simplification qu'elle requiert, à l'uniformisation des situations³⁵⁵ : c'est la discipline collective.

122. Dans un contexte d'insuffisance présumé du gage commun des créanciers, la procédure collective va fondamentalement être un instrument de justice distributive. Cela implique dans un premier temps de préserver le gage commun contre les poursuites individuelles des créanciers impayés : c'est le gel du gage commun. Dans un second temps, cela implique de reconstituer le gage commun qui a pu être détourné ou amputé de manière frauduleuse avant le prononcé du jugement d'ouverture. Il s'agit dans ce cas de réintégrer dans l'actif à distribuer, des biens qui ne figuraient plus dans le patrimoine du débiteur à l'ouverture de la procédure. Celle-ci produit un effet de saisie universelle qui appréhende la situation patrimoniale du débiteur à la date du jugement d'ouverture. C'est ce que Marc SÉNÉCHAL appelle l'effet réel de la procédure collective³⁵⁶.

C'est donc originellement le gel du gage commun et sa reconstitution qui commandent la procédure collective et sa discipline collective. Ce sont ces deux principes qui induisent le principe du regroupement des créanciers autour de l'intérêt collectif afin de garantir collectivement leurs droits.

Mais les impératifs nouveaux de redressement de l'entreprise viable conduisent à un renouvellement des fondements du gel du gage commun et de sa reconstitution. Ces derniers sont de plus en plus appréhendés comme un instrument de sauvegarde de l'entité économique. Le droit français exploite en l'occurrence cette vision renouvelée de la

³⁵⁵ Michel CABRILLAC, « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », *op. cit.*, p. 31, spéc. p. 38.

³⁵⁶ V. pour tout ce qui précède Marc SÉNÉCHAL, *L'effet réel de la procédure collective*, thèse Toulouse 1, 10 décembre 2001, n° 438 et 439.

discipline collective. Celle-ci, en procédure de Sauvegarde, offre au débiteur un véritable havre dans lequel il peut reconstituer ses forces et réorganiser son entreprise. Diverses dispositions concourent dans cette procédure à assurer au débiteur, pendant la période d'observation, une bulle de tranquillité —d'autant plus qu'il n'est pas dessaisi de la gestion de l'entreprise. La doctrine quant à elle, substitue les concepts de gel du gage commun et de reconstitution de ce gage, respectivement par les concepts maîtres de protection de l'entreprise contre ses créanciers, et de détermination du patrimoine de l'entreprise/du débiteur³⁵⁷.

123. Pour notre part, la conception classique et l'approche nouvelle des procédures collectives ne sont que les deux facettes d'une même médaille : la discipline collective, expression de l'aspect collectif de la procédure. Si les procédures collectives avaient pour objet principal d'organiser équitablement et en bon ordre le règlement des créanciers³⁵⁸, la paralysie du droit au paiement immédiat qu'elles engendrent —du fait du traitement collectif de la défaillance— se révèle aussi être une arme efficace au service du redressement d'une entreprise encore fragilisée³⁵⁹. Partant de là et selon que l'on envisage téléologiquement la situation des créanciers en droit français ou en droit de l'OHADA, notre chapitre aurait pu s'intituler « la protection de l'entreprise contre ses créanciers » ou « la protection du règlement des créanciers » par la discipline collective. Mais quel qu'en soit la conception, la réalité que vivent individuellement les créanciers ne doit pas être occultée : celle de la restriction de leurs droits. La discipline collective, comme le rassemblement des créanciers autour d'un intérêt collectif, est un élément neutre qui rapproche les deux législations que nous nous attachons à comparer.

Nous envisagerons la mise en œuvre de cette discipline après (**Section 1**), et avant le jugement d'ouverture en cas de cessation des paiements (**Section 2**).

³⁵⁷ V. les tables des matières des traités et manuels de droit (en France) : Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.* ; Denis VOINOT, *op. cit.* ; Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *op. cit.*

³⁵⁸ Jean BEAUCHARD, *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, Paris, 1996, p. 70.

³⁵⁹ Véronique MANIÉ, *Le sort des créanciers dans les plans de sauvegarde, de redressement et de cession de l'entreprise*, thèse Toulouse I, 2006, n°308, p. 224.

SECTION 1 : L'ÉTABLISSEMENT D'UNE UNIFORMISATION DE LA CONDITION JURIDIQUE DES CRÉANCIERS

124. Puisque la procédure est collective et rassemble tous les créanciers autour d'un intérêt collectif, ceux-ci doivent subir de façon aussi égale que possible les conséquences de cette procédure³⁶⁰. Même si les créanciers ne sont plus réunis en une masse et n'ont plus le pouvoir sur le sort du débiteur en droit positif français, ils n'en restent pas moins soumis à la discipline collective. Tous, sans exception, doivent obligatoirement intégrer la procédure par la déclaration de leurs créances, et se faire représenter par un mandataire, lequel n'a pas à dire au nom de quel créancier particulièrement il agit³⁶¹.

Le gel du gage commun, par sa protection contre les poursuites individuelles et intempestives, par l'arrêt du cours des intérêts et l'arrêt des inscriptions des sûretés, doit nécessairement donc s'appliquer de manière égale. Il s'agit d'uniformiser les droits individuels des créanciers, tant au plan processuel (**Sous-section 1**) qu'au plan substantiel (**Sous-section 2**).

Sous-section 1 : L'uniformisation processuelle du droit des créanciers : l'interdiction des poursuites individuelles

125. Théoriquement, l'existence de l'intérêt collectif interdit des actions individuelles³⁶². Toutes les poursuites interdites ou arrêtées sont remises entre les mains du représentant de la collectivité qui organise la poursuite collective. La règle ne devrait donc pas distinguer selon la catégorie du créancier.

La loi française du 13 juillet 1967 et le droit antérieur confinaient la règle de l'interdiction des poursuites aux créanciers dans la masse, donc aux créances nées avant le jugement d'ouverture de la procédure et non garanties par un privilège spécial, un

³⁶⁰ Frédéric POLLAUD-DULIAN, « Le principe d'égalité dans les procédures collectives », *J.C.P.*, éd. G., n° 23, 3 Juin 1998, I, 138.

³⁶¹ *Supra*, n°s 47 et 60.

³⁶² M-A FRISON-ROCHE, « Le caractère collectif des procédures collectives », *op. cit.*, p. 293, spéc. n° 13.

nantissement ou une hypothèque sur les biens du débiteur³⁶³. Mais la force et la portée de cette règle s'étaient vu élargies par la loi du 25 janvier 1985 : une force plus grande dans la mesure où, depuis ce texte, les poursuites étaient définitivement arrêtées et ne reprenaient ni avec l'arrêt d'un plan³⁶⁴, ni par suite du prononcé de la liquidation judiciaire et pendant toute la durée de celle-ci³⁶⁵ ; une portée élargie car désormais tous les créanciers antérieurs, qu'ils soient chirographaires ou titulaires de sûretés, étaient soumis à la règle.

Le droit de l'OHADA consacre uniquement l'élargissement de la portée de l'interdiction des poursuites : « *La suspension des poursuites individuelles s'applique également aux créanciers dont les créances sont garanties par un privilège général ou une sûreté réelle spéciale telle que, notamment, un privilège mobilier spécial, un gage, un nantissement ou une hypothèque* »³⁶⁶. En rappel, ces créanciers font partie de la masse en droit de l'OHADA.

En droit positif français, la loi de Sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 va encore plus loin que la loi du 25 janvier 1985. Elle reprend ce dernier texte sans modification, mais étend l'interdiction des poursuites à certains créanciers postérieurs. Il s'agit des créanciers postérieurs qui ne bénéficient pas du privilège de paiement, c'est-à-dire les créanciers exclus du régime de faveur de l'article L 622-17, I³⁶⁷.

Quel sens donné à l'interdiction des poursuites individuelles (**paragraphe 1**), et quelle en est la portée (**paragraphe 2**) ?

Paragraphe 1- L'affirmation de la règle de l'interdiction des poursuites individuelles des créanciers

126. Conséquence du caractère collectif et égalitaire de la procédure, l'interdiction des poursuites individuelles est une prohibition faite aux créanciers et qui oppose le droit des procédures collectives aux règles qui gouvernent les poursuites en matière civile. Elle permet de geler le gage commun —dans l'optique d'apurer collectivement le passif— en

³⁶³ Art. 35 loi du 13 juillet 1967.

³⁶⁴ Cass. com., 14 mars 2000, *RJDA* 6/00, n° 687 ; Cass. Soc., 10 mai 2006, n° 04-42.076, *D.* 2006, n° 22, p. 1529, obs. A. LIÉNHARD.

³⁶⁵ Cass. com. 19 décembre 1995, *D.*, 1996, p. 145, note M.-J. CAMPANA ; *D.* 1996, p. 937, obs. J.-P. SENECHAL.

³⁶⁶ Art. 75 al 2 AUPC.

³⁶⁷ Cet article fixe des conditions très strictes pour qu'une créance postérieure au jugement d'ouverture soit payée à l'échéance, et le cas contraire, soit payée prioritairement aux autres créances : v. *supra*, n° 104 ; Pour plus de détails, v. les développements importants *infra* Titre 2, Chapitre 2 : Le maintien de l'activité par le ménagement des contractants.

interdisant toute exécution sur le patrimoine du débiteur. Ce qui n'est pas le cas de l'action tendant par exemple à établir la fictivité d'une société³⁶⁸.

Cette protection du gage commun évite que l'actif existant soit, de façon anarchique, dépecé par les créanciers. Et comme nous l'avons évoqué précédemment, cette fonction originaire de la discipline collective peut jouer dans un double sens : c'est, d'une part, un moyen équitable évitant que les créanciers les plus pressés ou les plus habiles ne se payent avant les autres et à leur détriment ; c'est, d'autre part, un moyen de protection du débiteur ou de l'entreprise car cette fonction peut jouer comme un moratoire. Ainsi, la règle de l'interdiction des poursuites individuelles et des procédures d'exécution ne concerne que les actions entamant le gage commun, le patrimoine du débiteur. Il s'agit de toutes les actions qui ont trait au recouvrement d'une créance et de toute saisie, même fondée sur un titre exécutoire. Les poursuites exercées contre les tiers devraient par conséquent échapper à l'interdiction.

Ces actions contre les tiers sont en principe recevables. La règle n'interdit pas par exemple l'exercice individuel de l'action paulienne³⁶⁹, l'action directe du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage, l'action de la victime d'un accident causé par le débiteur contre l'assureur de celui-ci. Le créancier peut également agir contre le codébiteur solidaire³⁷⁰, contre la caution du débiteur³⁷¹ soumis à la procédure collective, ou contre un dirigeant³⁷². Notons cependant que ces trois derniers cas ne sont plus vrais en France lorsque le tiers est une personne physique. Celui-ci bénéficie désormais, avec la loi dite « de sauvegarde des entreprises », de la règle de l'arrêt des poursuites individuelles³⁷³.

127. L'idée de préservation du gage commun ne peut empêcher cependant de critiquer les contrats irrégulièrement formés ou simplement inexécutés³⁷⁴. L'acte uniforme sur le droit des procédures collectives dispose dans ce sens que « *la suspension des poursuites individuelles ne s'applique pas aux actions en nullité et en résolution* »³⁷⁵. En effet, ce qui est prohibé concerne toute action impliquant une obligation pour le débiteur de payer. Il en

³⁶⁸ Com 11 mars 2008, 06-19968, *Bull. Joly Société*, 2008. 615, obs. Florence REILLE ; *RPC* 2009-2, p. 53, obs. DUMONT-LEFRAND.

³⁶⁹ Cass. com., 2 novembre 2005, n° 04-16232, *B.* 214 ; *APC* 2005-19, n° 236, obs. VALLANSAN.

³⁷⁰ Cass. civ., 1^{re} civ., 22 novembre 1978, *JCP G* 1980, II, 19296 ; Cass. com., 14 novembre 1989, *JCP*, 1990, éd. G., IV, p. 16 ; *Rev. proc. coll.*, 1990-3, p. 226, n° 6, note, C. SAINT-ALARY-HOUIN.

³⁷¹ Cass. com., 22 juin 1999, *RJDA*, 10/99, n° 1102.

³⁷² Cass. com., 15 février 1995, *BRDA* 5/95, n° 643 ; Cass. com., 21 juin 1994, *RJDA* 1994, n° 1208.

³⁷³ *Supra*, n° 108.

³⁷⁴ F. M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 211 ; Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, op. cit., n° 253-1.

³⁷⁵ Art. 75 al 3 AUPC.

résulte classiquement que, malgré le jugement d'ouverture, sont en principe recevables l'action du créancier en exécution du contrat³⁷⁶, la poursuite d'une action en résiliation engagée antérieurement³⁷⁷, la demande afin de voir prononcer après le jugement d'ouverture la résolution pour inexécution d'une obligation de faire³⁷⁸ telle que la non-crédation des emplois promis³⁷⁹.

128. L'impératif de règlement collectif des créances conduit à relayer la règle de l'interdiction des poursuites individuelles par l'obligation faite aux créanciers d'avoir à déclarer leurs créances. En effet, limités dans leurs droits à l'encontre du débiteur, les créanciers sont invités à les faire valoir désormais dans le cadre organisé de la procédure collective. L'interdiction des poursuites ne s'oppose pas à la constatation des créances et à la fixation de leur montant. Les actions tendant uniquement à cette fin peuvent donc être exercées mais le créancier est tenu de déclarer au préalable sa créance³⁸⁰. Les instances en cours sont suspendues jusqu'à ce que le créancier ait procédé à la déclaration. Si des instances tendent à voir condamner le débiteur au paiement d'une somme d'argent, elles peuvent dans les mêmes conditions être reprises mais uniquement pour constater les créances et fixer leur montant³⁸¹. Il s'agit, par cette mesure, d'assurer l'égalité entre tous les créanciers³⁸².

Toutes les actions exercées ou reprises doivent par ailleurs tenir compte du dessaisissement qui frappe le débiteur. En France, elles « *sont poursuivies au cours de la période d'observation à l'encontre du débiteur, après mise en cause du mandataire judiciaire et de l'administrateur lorsqu'il a une mission d'assistance ou après une reprise d'instance à leur initiative* »³⁸³. En droit de l'OHADA, en cas de redressement judiciaire, elles doivent nécessairement être reprises à l'encontre du débiteur assisté du syndic (art. 75 al 6 AUPC).

³⁷⁶ Cass. com., 28 mars 1995, *Bull. civ.*, 103.

³⁷⁷ Cass. com., 16 octobre 2007, n° 16713, *GPC*, 2008-I, 23 janvier 2008, p. 43, obs. REILLE : poursuite d'une action en résiliation d'un bail pour manquement à l'obligation d'entretien.

³⁷⁸ Cass. civ., 3^e, 21 juillet 1999 (défaut d'entretien dans le bail rural), *JCP E*, 2000, 126, n° 6, obs. PÉTEL ; *RPC* 2000, 128 obs. F. MACORIG-VENIER ; Il faut toutefois préciser qu'en droit positif français spécialement, la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent est interrompue ou interdite (art. L 622-21-I, 2°) : V. *infra*, n° 134.

³⁷⁹ Toulouse 13 février 1991, *Rev. proc. coll.*, 1991-2, p. 207, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

³⁸⁰ Art. 75 al 4 AUPC.

³⁸¹ Art. L 622-22 Code de commerce (art. 36 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005).

³⁸² Art. 75 al 4 AUPC ; Jean René GOMEZ, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 125, p. 161.

³⁸³ Art L 622-23 Code de commerce (art 31 de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008).

129. L'interdiction des poursuites individuelles est enfin transcendée par certains principes juridiques.

D'une part, si elle peut empêcher l'exercice d'actions ou de voies d'exécution contre le débiteur et arrêter celles déjà engagées, elle ne peut de ce fait trouver à s'appliquer à des situations déjà acquises. C'est un principe classique qu'on ne revient pas sur les situations qui ont déjà produit leurs effets avant le jugement d'ouverture³⁸⁴ ; principe observé déjà dans les États africains avant la réforme de l'OHADA³⁸⁵.

D'autre part, et c'est bien logique, on ne peut pas interdire aux créanciers d'agir pendant un certain temps et leur reprocher de n'avoir pas agi pendant le même temps. Ainsi les droits OHADA et français prévoient que les délais impartis aux créanciers à peine de déchéance, prescription ou résolution de leurs droits sont en conséquence suspendus (droit OHADA)³⁸⁶ ou interrompus (droit français)³⁸⁷. Précisons en l'occurrence que, s'agissant d'une interruption, les délais repartent à zéro lorsque l'interruption (des actions) cesse ; alors que s'agissant d'une suspension, les délais se poursuivent³⁸⁸.

Paragraphe 2- La portée de la règle

130. Sous la formule assez générale de l'arrêt des poursuites individuelles, il faut distinguer plusieurs situations : celles de certaines actions en justice qui sont interrompues ou interdites **(I)**, ensuite celles des procédures d'exécution qui sont arrêtées ou interdites **(II)**.

³⁸⁴ Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 6^e éd. *op. cit.*, n° 628.

³⁸⁵ « *Il n'existe pas de droit acquis pour le créancier poursuivant en vertu de l'exécution provisoire d'une décision frappée d'appel* » : CA Dakar, 26 juin 1985, SIC c/ SOPRICAS, *Revue EJDA*, juin 1987, p. 29 ; v. également CA Dakar n° 658 du 2 décembre 1977, État du Sénégal c/ BUILDER'S.

³⁸⁶ Art. 75 al 5 AUPC.

³⁸⁷ Art. L622-21 III Code de commerce (Ord. n° 2008-1345 du 18 déc. 2008, art 30) ; Jusqu'à cette ordonnance il s'agissait en France d'une suspension des délais.

³⁸⁸ Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 6^e éd., *op. cit.*, n° 626-1.

I- L'ARRÊT³⁸⁹ ET L'INTERDICTION DES ACTIONS EN JUSTICE TENDANT AU RECOUVREMENT DE CRÉANCES

A) Un commun entendement de la règle : l'interdiction des actions tendant au paiement d'une somme d'argent

131. En France, aux termes de l'article L 622-21 I- 1° du Code de commerce, « *le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice (...) tendant : À la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent* ». Un créancier ne peut ainsi initier une nouvelle action en paiement et doit interrompre celle qui est en cours. Il est en est ainsi de l'action du vendeur en paiement du prix de vente, du bailleur en règlement des loyers, du Trésor pour le recouvrement des impôts. Il en est également ainsi des actions en paiement de créances incertaines dans leur principe, telles que les actions en responsabilité civile ou en constitution de partie civile qui sont suspendues et reprises par le mandataire judiciaire aux seules fins de fixation de la créance.

132. En droit de l'OHADA, l'article 75 al 1 AUPC dispose que « *la décision d'ouverture suspend ou interdit toutes les poursuites individuelles tendant à faire reconnaître des droits et des créances ainsi que toutes les voies d'exécution tendant à en obtenir le paiement, exercées par les créanciers composant la masse sur les meubles et immeubles du débiteur* ». La rédaction de cette disposition est très confuse. Elle donne à croire que seules sont interdites les demandes en justice des créanciers ne possédant pas de titre³⁹⁰. Or, il est permis de penser que les actions tendant à obtenir un titre ne touche pas au gage commun et ne rompent pas l'égalité entre les créanciers. Ces actions visent simplement un titre afin de pouvoir participer avec les autres créanciers aux distributions de dividendes. C'est pour cette raison que l'alinéa 4 du même article permet l'exercice ou la reprise de ces actions, une fois la créance déclarée.

La lettre de l'article 75 alinéa 1 AUPC semble donc exclure de la règle de l'interdiction des poursuites individuelles, les actions tendant au paiement d'une créance. Cependant, la doctrine reste unanime que cette disposition de l'AUPC envisage non seulement les actions tendant à faire reconnaître des droits et des créances, mais aussi les

³⁸⁹ Le terme « arrêt » n'est pas tout à fait approprié mais permet à la fois de pouvoir désigner « l'interruption » et « la suspension », termes respectivement employés dans les législations française et OHADA.

³⁹⁰ Un titre tel qu'une reconnaissance de dette, une lettre de change acceptée, un jugement ou un acte notarié.

actions tendant à *en obtenir le paiement*³⁹¹. La doctrine appréhende ce faisant globalement le sens de la disposition³⁹² ; ce qui rapproche d'avantage les législations française et OHADA : sont interdites les actions tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent.

133. Les demandes en paiement sont le fait de créanciers qui n'ont pas de titre exécutoire³⁹³ ni de sûreté. La forme choisie par le créancier pour obtenir son paiement importe peu. Sont arrêtés ou suspendues, non seulement les actions sur le fond telles que l'injonction de payer, mais aussi les actions en référé³⁹⁴. La nature de la juridiction auprès de laquelle est présentée la demande importe également peu. Excepté la juridiction prud'homale, la règle concerne aussi bien les actions portées devant les juridictions civiles et pénales, que celles introduites devant une juridiction arbitrale³⁹⁵. Ainsi, l'action en fixation d'une astreinte définitive pour contraindre à l'exécution d'une obligation de faire née avant le jugement d'ouverture doit subir l'interdiction des poursuites car elle entraîne, pour le débiteur, le paiement d'une somme d'argent³⁹⁶. Pareillement, l'action en rescision pour lésion doit être assimilée à une action tendant, au moins pour partie, au paiement d'une somme d'argent qui doit à ce titre faire l'objet d'une déclaration de créance à la procédure collective³⁹⁷.

B) Une conception extensive de la règle en droit français : l'interdiction des actions fondées sur le défaut de paiement d'une somme d'argent

134. Cette extension du principe de l'interdiction des poursuites individuelles est le fait du législateur et de la jurisprudence.

Parce qu'elles ont la même cause, le législateur français a assimilé aux actions en paiement, celles tendant à la résolution d'un contrat pour défaut du paiement du prix. L'article L 622-21-I- 2° du Code de commerce dispose que « *le jugement d'ouverture*

³⁹¹ Jean René GOMEZ, *Entreprises en difficulté*, op. cit. n°125, p. 162 ; F. M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 210.

³⁹² L'ambiguïté des dispositions de l'article 75 al 1 procède d'une malfaçon technique du législateur. En l'occurrence il s'agit à notre avis de l'omission des mots « actions et ». La disposition aurait dû être rédigée de la façon suivante : « *la décision d'ouverture suspend ou interdit toutes les poursuites individuelles tendant à faire reconnaître des droits et des créances ainsi que toutes les actions et voies d'exécution tendant à en obtenir le paiement...* ».

³⁹³ V. pour les titres exécutoires en droit de l'OHADA, l'art. 33 AUPSRVE.

³⁹⁴ D. GIBIRILA, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 587, p. 489.

³⁹⁵ Cass. com., 2 juin 2004, *Bull. civ. IV*, n° 112; *LPA*, 21 juillet 2004, p. 15, obs., D. TOUCHENT.

³⁹⁶ Cass. com., 21 janvier 2003, *Bull. civ. IV*, n° 10 ; *D.*, 2003, *act. Jur.* P. 421, obs. A. LIENHARD ; v. spécialement sur la question L. BORÉ, « astreinte et procédure collective », *Rev. proc. coll.* 2001, p. 220.

³⁹⁷ CA Metz, 29 avril 2008, *LPA*, 15 janvier 2009, n° 11, p. 14, obs., F. DANNENBERGER.

interrompt ou interdit toute action en justice (...) tendant : À la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent ». Cette interruption ou interdiction s'explique par le fait que le maintien de certains contrats est nécessaire au sauvetage de l'entreprise. Un vendeur impayé, alors que la prestation principale a été exécutée, ne peut donc pas espérer obtenir la restitution du bien vendu lorsque la résolution n'a pas été acquise avant le jugement d'ouverture. Le texte de l'article L 622-21 ne vise que les actions fondées sur le défaut du paiement d'une somme d'argent. Il en résulte que sont recevables les actions ayant un autre fondement. D'une manière générale, l'inexécution d'une obligation de faire n'entre pas dans le champ d'application de la loi. Cependant, certains arrêts de la Cour de cassation semblent dilater la notion de créance de *somme d'argent* et généraliser l'interdiction des poursuites.

En effet, sur le fondement de l'article 1142 du Code civil selon lequel « *toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts* », la jurisprudence déduit que la demande d'exécution en nature tend en réalité au paiement d'une somme d'argent pour cause antérieure³⁹⁸. L'exécution de l'obligation en nature ne comporte aucun mouvement de fonds vers le créancier mais est tout simplement interdite parce qu'elle a un coût pour le débiteur³⁹⁹. Pour une partie de la doctrine, cette extension va au-delà de ce que commande le texte légal⁴⁰⁰.

II- L'ARRÊT ET L'INTERDICTION DES PROCÉDURES D'EXÉCUTION SUR LES MEUBLES ET IMMEUBLES DU DÉBITEUR

135. L'interruption des poursuites individuelles empêche de poursuivre ou d'entamer toute procédure d'exécution sur les meubles ou immeubles de la part des créanciers⁴⁰¹. Cela se justifie car une procédure d'exécution ne vise qu'au paiement forcé d'une somme d'argent. De ce fait, elle ne peut être reprise au cours de la procédure collective comme c'est le cas des actions tendant à la constatation des créances et à la fixation de leur montant⁴⁰².

³⁹⁸ Cass. com., 23 janvier 2001, n° 98-11072, *Rev. proc. coll.*, 2001, p. 247, obs. F. MACORIG-VENIER.

³⁹⁹ Cass. com., 17 juin 1997, n° 14 *Bull. civ.*, 192 ; *D.* 1997, somm. 311, obs. A. HONORAT.

⁴⁰⁰ Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *op.cit.*, n° 254 ; Pour ce faire, la jurisprudence appelle à la rescousse le principe de l'égalité pour conforter une solution que les textes n'impliquent nullement et dont la cohérence n'est pas certaine : v. F. POLLAUD-DULIAN, « Le principe d'égalité dans les procédures collectives », *op. cit.*, spéc. n° 26.

⁴⁰¹ Art. 75 al 1 AUPC ; Art. L 622-21, II, Code de commerce français (art. 35 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005).

⁴⁰² *Supra* n°s 126 et 127.

Le principe est appliqué à l'exécution d'une ordonnance d'injonction de payer même devenue définitive par l'apposition de la formule exécutoire⁴⁰³. Elle s'applique aussi à toutes les saisies quelle que soit leur nature mobilière ou immobilière. La procédure de saisie-vente est arrêtée dès lors que le redressement ou la liquidation interviennent avant que les biens saisis ne soient définitivement vendus⁴⁰⁴. S'agissant d'une saisie-conservatoire qui n'a pas été convertie en saisie-attribution avant la date du jugement d'ouverture, elle ne peut l'être après⁴⁰⁵ ; *idem* lorsque la saisie-conservatoire n'a pas été convertie en saisie-vente⁴⁰⁶. Quant à la saisie-attribution, la Cour de cassation a jugé qu'ayant un effet attributif immédiat, elle n'est pas remise en cause par la survenance de la procédure si elle est effectuée avant le jugement d'ouverture⁴⁰⁷.

S'agissant des biens objets de la saisie, on note en France que l'arrêt ou l'interdiction des procédures d'exécution est étendue aux biens communs lorsque le débiteur est marié sous un régime de communauté⁴⁰⁸. La règle est cependant écartée à l'égard du co-indivisaire en cas de copropriété d'un bien indivis⁴⁰⁹. Rien n'interdit donc au créancier d'un autre co-indivisaire *in bonis*, qui bénéficie d'une hypothèque sur ce bien, de poursuivre la saisie et la vente du bien avant le partage de l'indivision.

L'arrêt ou l'interdiction concerne également en France, *toute procédure de distribution n'ayant pas produit un effet attributif avant le jugement d'ouverture*⁴¹⁰. Elle touche aussi les biens ou droits présents dans le patrimoine fiduciaire, et dont le débiteur constituant en conserve l'usage. En l'occurrence, elle frappe de nullité toute convention visant la cession ou le transfert desdits biens ou droits intervenant au profit du fiduciaire ou d'un tiers, du seul fait de l'ouverture de la procédure, de l'arrêté du plan ou encore, du défaut de paiement d'une créance antérieure au jugement d'ouverture⁴¹¹.

136. La préservation du gage commun va bien au-delà du maintien de l'actif en l'état. Elle va aussi, dans un autre sens, geler l'état des dettes sur cet actif.

⁴⁰³ TGI Bobo-Dioulasso, ord. réf. n° 68, 6 juin 2003 : Clinique Centrale du Houet c/ BICIA-B, www.ohada.com, Ohadata J-04-58.

⁴⁰⁴ Cass. 2^e civ., 19 mai 1998, *Act. proc. coll.*, 1998, n° 6, p. 1 obs. P. CANET.

⁴⁰⁵ Cass. Com. 2 avril 1997, *RTD com.*, 1998, p. 208, obs. A. MARTIN-SERF.

⁴⁰⁶ TRHC Dakar, n°852, 8 mai 2001, CSS c/ la NBA et SDV, www.ohada.com, Ohadata J-02-169, obs. Joseph ISSA-SAYEGH.

⁴⁰⁷ Cass. com., 13 octobre 1998, *D. aff.*, 1998, n° 142, p. 2018 ; Cette solution s'autorise en droit OHADA car

⁴⁰⁸ Cass. ass. plén., 23 décembre 1994, *JCP, E.*, 1995 II, 660, obs. Ph. PÉTEL.

⁴⁰⁹ Cass. com., 19 décembre 2000, *JCP, E.*, 2001, p. 302.

⁴¹⁰ Art. L 622-21-II Code de commerce (rédaction issue de l'ordonnance du 18 décembre 2008).

⁴¹¹ Art. L622-23-1 (ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, art. 32).

Sous-section 2 : L'uniformisation substantielle du droit des créanciers

137. L'ouverture de la procédure collective va figer la situation des créances afin d'empêcher toute modification du montant du passif. Il s'agit de priver les créanciers antérieurs de la possibilité d'améliorer leur sort en violation de la loi de l'égalité. Cette fonction traditionnelle d'égaliser la condition juridique des créanciers participe aussi, comme énoncé précédemment⁴¹², du sauvetage de l'entreprise en faisant obstacle à l'alourdissement de ses engagements financiers. C'est ce qui justifie que les droits français et OHADA interdisent les inscriptions et publications de sûretés (**paragraphe 1**), et arrêtent le cours des intérêts (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1- L'arrêt du cours des inscriptions des sûretés réelles

I- LE FONDEMENT DE LA RÈGLE

138. Il s'agit d'une règle classique du Droit des procédures collectives destinées à protéger les créanciers dans la masse par le maintien du caractère égalitaire de la procédure. Mais depuis la loi française du 25 janvier 1985, sa finalité a évolué au profit du débiteur.

A) La protection de la masse des créanciers en droit OHADA et dans le droit français antérieur à 1985

139. A priori, l'interdiction des inscriptions semble superflue pour la protection des créanciers, dans la mesure où ceux-ci le sont déjà par le dessaisissement qui empêche le débiteur d'accomplir seul des actes valables. En outre, les sûretés régulièrement constituées et publiées avant le jugement d'ouverture ne peuvent être remises en question que par la voie des inopposabilités de la période suspecte. Cependant, certaines sûretés peuvent avoir été prises régulièrement avant le jugement d'ouverture et n'ont pas fait l'objet de publication jusqu'à la date de celui-ci. Si donc une telle règle n'était pas prévue, rien n'aurait empêché la publication de telles sûretés⁴¹³.

⁴¹² *Supra* n^{os} 122 et 123.

⁴¹³ F. M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n^o 208.

Dans le droit de l'OHADA et dans le système français antérieur à 1985, l'arrêt du cours des inscriptions des sûretés est une conséquence du dessaisissement du débiteur et de la constitution de la masse. L'ouverture de la procédure entraîne au profit de la collectivité des créanciers, un effet de saisie universelle qui appréhende la situation patrimoniale du débiteur à la date du jugement d'ouverture. L'article 74 al 1^{er} de l'AUPC précise que « *la décision d'ouverture emporte, au profit de la masse, hypothèque que le greffier est tenu de faire inscrire immédiatement sur les biens immeubles du débiteur et sur ceux qu'il acquerra par la suite au fur et à mesure des acquisitions* »⁴¹⁴. Cette hypothèque légale de la masse permet à celle-ci de devenir, par rapport au débiteur, un tiers au sens de l'article 1328 du Code civil⁴¹⁵. En cette qualité de tiers, la collectivité des créanciers acquiert le droit de discuter l'inscription de sûretés nouvelles. L'interdiction des inscriptions complète ainsi l'hypothèque légale de la masse. En France la réforme de 1985 supprime la masse et avec elle, l'hypothèque légale. Quel sens donner alors à l'interdiction des inscriptions ? À qui profite-t-elle ?

B) La protection du débiteur et des créanciers postérieurs privilégiés en droit français depuis 1985

140. La finalité de l'arrêt du cours des inscriptions des sûretés a évolué depuis la loi de 1985. Il faut désormais insérer cette règle dans un contexte très différent, où la masse et son hypothèque légale sont supprimées, et où le débiteur n'est pas nécessairement dessaisi de la gestion de son affaire. Ce dernier demeure en effet à la tête de l'entreprise dans la procédure de sauvegarde. En interdisant les créanciers antérieurs d'inscrire leurs sûretés après le jugement d'ouverture, la loi vise moins la protection des créanciers, que le redressement de l'entreprise débitrice. Il s'agit en l'occurrence de rendre les biens du débiteur disponibles pour de nouvelles garanties ; ce qui permet de *séduire* de nouveaux créanciers, notamment les fournisseurs de crédit.

⁴¹⁴ Art. 17 loi n° 67-563 du 13 juillet 1967.

⁴¹⁵ « *Les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans les actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellé ou d'inventaire* ».

II- LE DOMAINE DE LA RÈGLE

A) Le principe

141. L'interdiction des inscriptions ne visent traditionnellement que les sûretés réelles constituées avant le jugement d'ouverture, et qui sont soumises à publicité. Aux termes de l'article 73 de l'AUPC, « *la décision d'ouverture arrête le cours des inscriptions de toute sûreté mobilière ou immobilière* ». Cette disposition trouve son répondant dans l'article L 622-30 al 1 du Code de commerce français : « *les hypothèques, gages, nantissements et privilèges ne peuvent plus être inscrits postérieurement au jugement d'ouverture* »⁴¹⁶.

Sont interdites les inscriptions d'hypothèques, qu'elles soient conventionnelles, légales ou judiciaires⁴¹⁷. Sont également interdits les inscriptions des nantissements soumis à publicité, notamment les nantissements sur fonds de commerce ou sur l'outillage et le matériel d'équipement, le gage sur automobile⁴¹⁸. Pareillement ne peuvent plus être inscrits les privilèges généraux ou spéciaux⁴¹⁹, immobiliers ou mobiliers.

En France, la loi du 26 juillet 2005 étend l'interdiction des inscriptions des sûretés réelles aux actes et aux décisions judiciaires « *translatifs ou constitutifs de droits réels, à moins que ces actes n'aient acquis date certaine ou que ces décisions ne soient devenues exécutoires avant le jugement d'ouverture* »⁴²⁰. Sont en l'occurrence particulièrement visés les ventes, les démembrements de propriété, les constitutions de servitude, les donations, les partages ou les jugements d'adjudication sur saisie des immeubles du débiteur⁴²¹. Cette extension n'est en réalité que le rétablissement d'une disposition de la loi du 25 janvier 1985 que la loi du 10 juin 1994, afin de protéger les créanciers, avait supprimé. La Cour de cassation va encore plus loin en étendant la règle de l'interdiction aux contrats soumis à publication comme le crédit-bail mobilier et immobilier⁴²². En Droit de l'OHADA, le crédit-bail immobilier non publié sera inopposable à la masse du fait de son hypothèque légale. Mais il faut dans ce cas que le greffier ou le syndic ait procédé à cette inscription.

⁴¹⁶ Art. 41, loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 (modifié par l'art. 35 de l'ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008) ; cet article trouve son répondant dans l'article 33 loi n° 67-563 du 13 juillet 1967.

⁴¹⁷ V. Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 656 et toute la jurisprudence citée.

⁴¹⁸ Cass. com., 3 mai 1967, *RTD. Com.*, 1969, p. 112, obs. J. HEMARD.

⁴¹⁹ T. com. Paris, 2 avril 1998, *Rev. proc. coll.*, 2000, p. 15, obs. F. MACORIG-VENIER.

⁴²⁰ Art 41, loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005.

⁴²¹ André JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, 6^e édition, Paris, 2009, n° 475.

⁴²² Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 656.

B) Les tempéraments

Il existe des limites traditionnelles à la règle de l'arrêt du cours des inscriptions. Ces limites relèvent du droit des sûretés. Ne sont en effet interdites que les inscriptions vraiment nouvelles. Tel n'est pas le cas du renouvellement d'inscription qui n'aggrave pas la situation de l'entreprise, et ne rompt pas l'égalité entre créanciers. Ainsi, pour éviter la péremption d'une inscription antérieure, la jurisprudence permet qu'elle soit renouvelée⁴²³.

Tel n'est pas non plus le cas d'une inscription définitive d'hypothèque ou de nantissement judiciaire. Deux inscriptions sont en effet requises. Le créancier demande dans un premier temps une inscription provisoire de sa sûreté en invoquant une créance certaine dans son principe. Puis, il sollicite une inscription complémentaire définitive lorsque sa prétention est déclarée fondée. Cette seconde inscription rétroagit au jour où a été prise l'inscription provisoire. Ainsi, lorsqu'une inscription provisoire est intervenue avant le jugement d'ouverture, l'inscription définitive pourrait intervenir même après ledit jugement⁴²⁴.

142. En France, l'article L 622-30 prévoit expressément deux exceptions au principe qu'il pose :

- le Trésor public conserve son privilège pour les créances qu'il n'était pas tenu d'inscrire à la date du jugement d'ouverture et pour les créances mises en recouvrement après cette date si ces créances sont déclarées dans les délais légaux. Cette exception était déjà prévu par l'article 33 de la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 ;

- le vendeur du fonds de commerce peut inscrire son privilège malgré le prononcé du jugement d'ouverture.

Que se passera-t-il alors si une sûreté constituée avant le jugement d'ouverture de la procédure n'est publiée qu'après ?

III- LA SANCTION DE LA RÈGLE : L'INEFFICACITÉ DE LA PUBLICATION

143. Sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, le mépris de l'arrêt du cours des inscriptions était sanctionné par l'inopposabilité de la sûreté à la masse, dès lors que l'inscription était prise après celle de l'hypothèque légale de la masse. En droit positif

⁴²³ Cass. com., 24 avril 1974, *D.* 1975, p. 107.

⁴²⁴ Cass. com., 17 novembre 1992, *Bull. civ.* IV, n° 358; *D.* 1993, p. 96, obs. F. DERRIDA ; *JCP E*, 1993, I, 238, n° 20 obs. M. CABRILLAC.

français, tandis que le défaut d'inscription d'une sûreté rend celle-ci inopposable aux tiers, une inscription prise en dépit de l'interdiction légale est sanctionnée par la nullité à la demande de tout intéressé. Cette nullité est absolue ; la publication est donc dépourvue d'effets à l'égard de tous, eu égard au caractère d'ordre public de la règle. Les biens sont libres pour toute nouvelle affectation en garantie, notamment pour les dettes nées après le jugement d'ouverture. C'est en ce sens que la règle de l'arrêt du cours des inscriptions profite désormais au débiteur, mais aussi aux créanciers postérieurs privilégiés.

Dans le droit de l'OHADA l'AUPC reste muet sur la question. La doctrine quant à elle n'est pas unanime. Pour le professeur F. Michel SAWADOGO, s'il est procédé à la publication malgré l'interdiction, il conviendra d'annuler purement et simplement celle-ci, ou de la déclarer inopposable⁴²⁵. Pour Monsieur J. René GOMEZ, cette sanction devrait être l'inopposabilité à la masse⁴²⁶.

En définitive et quelle que soit la sanction, les créanciers qui inscrivent leur sûreté après le jugement d'ouverture en violation de l'interdiction sont admis au passif à titre chirographaire. Ils n'auront pas la possibilité d'opposer leur garantie aux tiers, ou à la masse. Il en va de même des créanciers qui n'ont pas pu inscrire leur sûreté avant le jugement d'ouverture.

Paragraphe 2- L'arrêt du cours des intérêts

144. C'est une règle traditionnelle qui arrête, à compter du jugement d'ouverture de la procédure collective, *le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que [le cours] de tous intérêts de retard et majorations*⁴²⁷. Elle existe depuis le Code de commerce de 1807 et est caractéristique de la procédure judiciaire. Il ne serait pas logique d'invoquer des intérêts là où le remboursement du principal est incertain. Classiquement, le principe trouve un double fondement :

D'une part, il y a le nivellement de la condition juridique des créanciers que requiert la procédure. Laisser courir des intérêts ayant des montants différents serait une

⁴²⁵ F. M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 208, p. 205.

⁴²⁶ Jean René GOMEZ, *Entreprises en difficulté*, op. cit. n° 131, p. 167.

⁴²⁷ Art. 55 loi française n°85-98 du 25 janvier 1985 ; art. L. 622-28 Code de commerce (issue de l'art. 39 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005).

source de disparité entre les créanciers. La longueur des procédures défavorisera « *ceux qui perçoivent des intérêts peu élevés ou même qui n'en perçoivent pas du tout* »⁴²⁸.

D'autre part, il y a la nécessité pratique de faciliter la connaissance du passif du débiteur. Si les intérêts continuaient de courir le montant du passif serait sans cesse remis en cause et il faudrait constamment le réévaluer. Un souci de bonne organisation de la procédure exige donc que soit clos le cours des intérêts pour éviter une augmentation du passif.

Toutefois, la volonté de faciliter le redressement du débiteur dans une vision renouvelée des procédures collectives va apporter un fondement supplémentaire à l'arrêt du cours des intérêts : en limitant la charge des intérêts à figurer au passif, l'arrêt du cours des intérêts participe à la dynamique du sauvetage de l'entreprise, notamment dans le droit positif français.

I- L'ÉTENDUE DE L'ARRÊT DU COURS DES INTÉRÊTS

145. Ce principe en droit de l'OHADA est consacré par l'article 77 AUPC « *Quelle que soit la procédure, la décision d'ouverture arrête, à l'égard de la masse seulement, le cours des intérêts légaux et conventionnels, de tous intérêts et majorations de retard de toutes les créances, qu'elles soient ou non garanties par une sûreté...* ». En droit positif français, c'est l'article L. 622-28 du Code de commerce qui dispose que « *le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tous intérêts de retard et majorations...* ». Il apparaît très vite que le droit français a une portée absolue par rapport au droit OHADA, même si, en ce qui concerne les créances et les intérêts, les deux législations s'accordent sur la généralité du principe.

D'abord, l'arrêt du cours des intérêts s'applique aux intérêts aussi bien d'ordre légal que conventionnel, aux intérêts de retard dits moratoires, et aux majorations courants à compter du jugement d'ouverture en cas de retard dans le paiement d'impôts ou de cotisations de sécurité sociale. Il ne s'applique toutefois qu'aux seuls intérêts au sens strict, et non aux clauses pénales ou d'indexation. Relativement à la procédure, la règle concerne toutes les procédures judiciaires en droit de l'OHADA et en France : sauvegarde, redressement, et liquidation. « *La mise en liquidation judiciaire ne modifie ... pas la*

⁴²⁸ Marie-Jeanne REYMOND DE GENTILE, *op. cit.*, n° 212.

situation des créanciers en matière d'arrêt du cours des intérêts et des majorations de retard »⁴²⁹.

S'agissant ensuite de la créance, la règle concerne celle porteuse d'intérêts, qu'elle soit chirographaire ou munie de sûretés, et sans qu'il n'y ait lieu de distinguer selon que les contrats auxquels sont attachés lesdits intérêts sont ou non en cours à la date du jugement d'ouverture⁴³⁰. Les droits OHADA et français —depuis la réforme de 1985— abandonnent la distinction que faisaient les législations antérieures. Ces dernières, spécialement l'article 966 du Code des obligations civiles et commerciales du Sénégal et l'article 39 de la loi française de 1967, n'imposaient l'arrêt du cours des intérêts qu'aux créanciers chirographaires. Les créanciers titulaires d'une hypothèque, d'un nantissement ou d'un privilège spécial y échappaient.

146. Quant à l'opposabilité de l'arrêt du cours des intérêts, les finalités de protection des créanciers ou de protection du débiteur rejaillissent sur la portée de la règle.

Le droit OHADA dispose pour sa part que l'arrêt du cours des intérêts ne joue qu'à l'égard de la masse. Ce fut aussi la situation en France sous l'empire des textes antérieurs à la réforme de 1985. Seule donc la masse est fondée à se prévaloir de la règle. Les intérêts continuent à courir à l'égard des codébiteurs et des cautions à qui ils peuvent être réclamés. Le débiteur lui-même n'est pas libéré de leurs paiements, et il peut en être tenu après la clôture de la procédure s'il revient à meilleure fortune. Il se produit ainsi un effet relatif, car le paiement des intérêts est en réalité simplement suspendu ; ce qui est favorable aux créanciers.

Le droit positif français en revanche élargit la portée de l'arrêt du cours des intérêts. L'article L 622-28 de Code de commerce —à la suite de l'article 55 de la loi de 1985— arrête purement et simplement le cours des intérêts. Le principe a donc un effet *erga omnes* en ce sens que les intérêts courant après le jugement d'ouverture ne sont plus dus, ils sont éteints. C'est ici le moyen, pour le législateur, d'alléger le passif du débiteur afin de faciliter son redressement, et ce au préjudice des créanciers. Toutefois, le bénéfice de cette

⁴²⁹ Cass. com., 7 février 1989, *D.* 1989, somm. p. 214, obs. A. HONORAT ; *RTD com.*, 1989, p. 316, note A. MARTIN-SERF ; *JCP E.*, 1989, II, 15591, n° 13, obs. M. CABRILLAC.

⁴³⁰ Cass. com., 16 avril 1991, *D.* 1991, p. 362, obs., C. GAVALDA ; *Rev. proc. coll.*, 1991-4, p. 482, obs. B. DUREUIL.

extinction des intérêts est limité au débiteur, aux « *personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie* »⁴³¹.

II- LE MAINTIEN DU COURS DES INTÉRÊTS DES CRÉDITS SUPÉRIEURS À UN AN

147. Le principe de l'arrêt du cours des intérêts connaît dans l'espace OHADA et en France une double limitation. Celle-ci a été posée par l'article 55 de la loi du 25 janvier 1985 afin d'encourager le crédit à moyen et long terme⁴³². Ainsi, l'arrêt du cours des intérêts ne joue ni pour les « *intérêts résultant de contrats de prêts conclus pour une durée égale ou supérieure à un an* », ni pour les « *contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus* ». Le législateur africain s'en inspirera dans sa rédaction de l'article 77 AUPC, mais limitera ces exceptions à la seule *procédure de redressement judiciaire*. Le principe de l'arrêt du cours des intérêts est donc absolu en cas de liquidation des biens, « *sans doute parce que l'on espère que la liquidation de l'actif et l'apurement du passif se feront assez rapidement* »⁴³³. Mais en attendant que la jurisprudence OHADA nous dévoile toute l'étendue de ces exceptions, il nous semble intéressant d'examiner, à la lumière de la jurisprudence française, les solutions issues du contentieux qui a pu naître de leurs applications. Deux difficultés majeures sont à noter : la portée de ces exceptions et la question de la déclaration des intérêts qui continuent à courir.

148. La première difficulté concerne la nature et la durée du contrat. Relativement à la nature du contrat, la jurisprudence entend largement l'exception et l'applique, en dépit de l'énonciation restrictive de la loi, aux diverses autres formes de crédit⁴³⁴ —notamment les ouvertures de crédit⁴³⁵— sans distinguer qu'il s'agit d'intérêt ou de majorations de retard⁴³⁶. Le crédit-bail fait toutefois exception⁴³⁷. Ce contrat se voit refusé la continuation des intérêts pour deux raisons. D'une part, la rémunération du crédit-bailleur a reçu la qualification de loyer et *ne saurait être assimilée à un intérêt puisqu'elle intègre l'amortissement du bien objet du contrat*. D'autre part, le contrat en lui-même à vocation à plus relever du régime des contrats en cours, lequel n'est pas conciliable avec celui de

⁴³¹ Art. L 622-28 al 1 ; Rappelons que ces personnes bénéficient aussi de l'arrêt des poursuites individuelles : v. *supra*, n° 108.

⁴³² Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *op.cit.*, n° 262.

⁴³³ F. M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 207.

⁴³⁴ Cass. com., 19 mars 1996, *RTD com.*, 1996, p. 720, obs. A. MARTIN-SERF.

⁴³⁵ Cass. com., 9 janvier 2001, *Bull. civ. I* ; *DP* octobre 2001, obs. M.-H. MONSÈRIÉ-BON.

⁴³⁶ Cass. com., 27 novembre 1991, *RJDA*, 2/92, n° 192. V. également Rennes 22 juillet 1987, *Gaz. pal.*, 1987, 2 somm., p. 615, obs. MASSART.

⁴³⁷ Cass. com., 29 mai 2001, *RJDA* 11/01, n° 1128 ; *JCP E*, 2001, n° 2, p. 1423, obs. M. CABRILLAC.

l'article 55 (actuel article L 622-28 du Code de commerce). En effet, en cas de poursuite du crédit-bail, l'entreprise en difficulté devra verser les loyers à leurs échéances, peu importe que ces loyers correspondent en partie à la rémunération d'un crédit. « *S'il est résilié, le crédit-bailleur n'a plus de créance à terme et ne saurait prétendre à un intérêt pour la créance des loyers antérieurs qui seraient restés impayés* »⁴³⁸.

Quant à la durée du crédit, il faut préciser qu'elle doit dès sa conclusion être égale ou supérieure à un an. Ce n'est pas le cas si un prêt conclu pour six mois a fait l'objet de trois prolongations⁴³⁹. Cette condition fait également défaut en cas de découvert bancaire conclu sans précision de durée et révocable à tout moment⁴⁴⁰, ou en cas de contrat à durée indéterminée⁴⁴¹ même si l'application s'en est poursuivie pendant plus d'un an.

149. La seconde difficulté porte sur le point de savoir si ces intérêts constituent des créances qui doivent être déclarées en même temps que le principal de la dette, ou au contraire, s'il s'agit de créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture bénéficiant du privilège de procédure et non soumises à déclaration. La jurisprudence consacre la première solution : les intérêts qui continuent à courir doivent être déclarés en même temps que la créance principale, et ne peuvent bénéficier d'aucun autre privilège que celui qui leur avait été octroyé lors de la conclusion du contrat initial⁴⁴². Pour la Cour d'appel de Rennes, les intérêts échus comme les intérêts à échoir doivent être indiqués, ainsi que le mode de calcul de ces intérêts à échoir⁴⁴³. De même, il a été jugé qu'une déclaration à titre provisionnel n'est admissible que si elle repose sur un chiffre précis de la créance d'intérêt⁴⁴⁴.

150. L'intérêt collectif des créanciers et le redressement de l'entreprise peuvent ainsi imposer la mise en place d'une discipline collective égalisant la condition des créanciers. C'est du reste un des éléments caractéristiques des procédures judiciaires en droit de l'OHADA et en droit français. Cependant, lorsque la cessation des paiements est

⁴³⁸ *Ibid.*

⁴³⁹ Cass. com., 29 avril 2003, *D.* 2003, AJ, 1436 ; *JCP E* 2003, n° 40, p. 1569, obs. M. CABRILLAC ; *RDBF* 2003, n° 235, obs. F.-X. LUCAS ; *RTD. com.*, 2003, 820, obs. A. MARTIN-SERF.

⁴⁴⁰ CA Paris, 25 janvier 2000, *RJDA*, 4/00, n° 446.

⁴⁴¹ Cass. com., 6 mai 1997, *RDBF*, 1997, p. 174, n° 62, obs. CONTAMINE-RAYNAUD et J.-M. CALENDINI.

⁴⁴² Michel de JUGLART et Benjamin IPPOLITO, par Eric KERCKHOVE, *Traité de droit commercial*, t. 6, Procédures collectives de paiement, 3^e éd., Montchrestien, Paris 1998, n° 540.

⁴⁴³ Rennes, 22 juillet 1987, *Gaz. pal.*, 11/13, octobre 1987, obs. MASSART ; *RTD com.*, 1989, p. 317, obs. A. MARTIN-SERF. Sous l'empire de la loi française de 1967, v. Cass. com., 3 juin 1986, *D.* 1986, I.R., p. 360, obs. A. HONORAT.

⁴⁴⁴ Grenoble, 7 mai 1987, *LPA* 16 octobre 1987, n° 124, p. 4, obs. J.-M. CALENDINI.

intervenue préalablement à l'ouverture desdites procédures, l'uniformisation de la situation des créanciers est rétroagie par les législateurs. Cette rétroaction vise à protéger le gage commun contre les fraudes de certains créanciers qui anticiperaient le jugement d'ouverture. Elle permet une reconstitution de l'actif commun tel qu'il était s'il n'y avait pas eu de fraudes.

SECTION 2 : LE RÉTABLISSEMENT DE L'UNIFORMISATION DE LA CONDITION JURIDIQUE DES CRÉANCIERS

151. La procédure collective assure négativement le crédit d'une affaire. Elle n'entraîne pas un gain positif de crédit puisqu'elle n'est pas une valeur sur laquelle puisse s'exercer le paiement, mais elle est un élément négatif. Elle écarte en effet au profit de la collectivité des créanciers, la crainte d'une fraude à la loi du concours⁴⁴⁵ en favorisant la reconstitution du gage commun. La règle du dessaisissement qui frappe le débiteur après le jugement d'ouverture jugule le risque de dépréciation de son patrimoine. Or au cours de la période précédent immédiatement l'ouverture de la procédure, il arrive fréquemment que le débiteur devant l'accroissement des difficultés de son entreprise, soit tenté de dissimuler une partie de ses biens ou d'avantager certains tiers. Cela diminue l'actif et met ainsi en péril le gage des créanciers, et le principe de leur égalité⁴⁴⁶. De fait, les actes accomplis au cours de cette période sont suspectés de fraude à l'égard des créanciers. C'est ce qui explique que le moment entre la date de *la cessation des paiements*⁴⁴⁷ et la date du jugement qui ouvre la procédure soit appelé période suspecte⁴⁴⁸. Mais la difficulté concrète

⁴⁴⁵ En substance Pierre De LESTAPIS, *La notion juridique de crédit, étude de droit civil français*, thèse, Bordeaux, 1940, p. 158-159.

⁴⁴⁶ Michel de JUGLART et Benjamin IPPOLITO, par Eric KERCKHOVE, *op.cit.*, n° 653.

⁴⁴⁷ La cessation des paiements est l'impossibilité pour le débiteur de faire face au « *passif exigible avec son actif disponible* » (art. 25 AUPC, et art. L 631-1 Code de commerce français). La date de sa survenue est fixée par le jugement d'ouverture de la procédure, et elle peut être reportée une ou plusieurs fois sans pouvoir être antérieure de plus de dix-huit mois à la date dudit jugement (art. 34 AUPC, art. L 631-8 Code de commerce français) ; CA de Ouagadougou, 16 avril 2004, arrêt n° 52, SOSACO c/ BATEC, BTM, El Hadj Aboubacar Amma, www.ohada.com, OHADATA J-04-375 ; Pour plus de précision, v. en droit OHADA, F. M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n°s 104 et ss ; En droit français, Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 6^e éd., *op. cit.*, n°s 376 et ss.

⁴⁴⁸ Art. 67 AUPC.

de prouver la fraude rend inefficace le régime de l'action paulienne de l'article 1167 du Code civil.

Le Code de commerce de 1807 dans sa solution adoptait une position extrêmement sévère : la faillite remontait au jour de la cessation des paiements et les actes postérieurs à cette date devaient être déclarés nuls. « *C'était en quelque sorte dessaisir rétroactivement le débiteur de la gestion de son patrimoine* »⁴⁴⁹. Cette règle stricte était injuste et maladroite en raison de l'atteinte au crédit qu'elle entraînait. Elle lésait les tiers de bonne foi qui avaient ignoré la cessation des paiements. Ce fut ainsi que, pour corriger le danger, la loi de 1838 institua un système nuancé de nullités afin de protéger les créanciers de la faillite. Au début du XX^e siècle, l'idée de masse des créanciers conduisit la doctrine à proposer la substitution de la notion d'*inopposabilité à la masse* à celle moins adaptée de *nullité*. Ces observations furent recueillies par le décret de 1955 et conservées par l'article 29 de la loi du 13 juillet 1967. Plus tard, la réglementation issue de la loi de 1985 réintroduisit la notion de *nullité*⁴⁵⁰. Ce retour en arrière semble trouver explication dans la disparition en théorie de la masse⁴⁵¹ ; on ne verrait plus par rapport à qui les actes suspects seraient inopposables.

En droit positif français, la loi du 26 juillet 2005 maintient la terminologie des *nullités*. Quant au droit de l'OHADA, l'Acte uniforme portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif (AUPC) s'inscrit au contraire dans le prolongement de la doctrine du début du XX^e siècle. Il consacre dans ses articles 67 à 71 la notion d'*inopposabilité à la masse des créanciers*. Ces révocations⁴⁵² —nullité ou inopposabilité— dans leur ensemble visent dans l'immédiat à neutraliser les actes suspectés. Mais au-delà de la technique juridique, la considération de l'effet des nullités et des inopposabilités révèle la hiérarchie des intérêts qui inspire les lois modernes. Il s'agit pour le droit de l'OHADA comme pour le droit français antérieur à 1985 de protéger les créanciers en écartant à leur égard, la validité des actes frauduleux posés par le débiteur

⁴⁴⁹ Erwan LE GALL, « Les effets du jugement ouvrant la procédure de liquidation ou de renflouement des entreprises sur la situation des créanciers », in *Faillites, op. cit.*, n° 50.

⁴⁵⁰ Pour ces aspects historiques v., G. RIPERT et R. ROBLOT, par Philippe DELEBECQUE et Michel GERMAIN, *Traité de droit commercial*, t. 2, 17^e éd., LGDJ, Paris 2004, n° 3108.

⁴⁵¹ *Supra*, n° 55.

⁴⁵² Par extension, la révocation est l'« *anéantissement d'un acte qui résulte, pour des causes spécifiées par la loi, soit de plein droit de leur survenance, soit, moyennant une appréciation, d'une décision de justice* » : *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, Paris, 2014, Gérard CORNU, Association Henri Capitant. Le terme « *révocation* » n'est pas très adéquat pour désigner l'*inopposabilité*. Mais par souci de commodité dans la comparaison des sanctions en droit OHADA et en France, nous décidons de le consacrer pour désigner ensemble la *nullité* et l'*inopposabilité*.

pendant la période suspecte ; d'où la consécration de l'inopposabilité à la masse⁴⁵³. En revanche en droit positif français, l'objectif est la protection de l'entreprise en difficulté car l'action en nullité, au-delà de la sanction des actes frauduleux, a pour effet de reconstituer l'actif du débiteur⁴⁵⁴ afin de maintenir l'activité.

La révocation des actes suspectés est donc concomitamment profitable à la défense de l'intérêt collectif des créanciers et à la sauvegarde de l'entreprise. Elle est inhérente à la discipline collective qui se manifeste dans la restauration du gage commun des créanciers à travers des inopposabilités et nullités ; ces dernières frappent indistinctement chirographaires et privilégiés, et aboutissent à reconstituer l'actif de l'entreprise en même temps que les moyens de son redressement.

152. C'est ici un principe classique du Droit des procédures collectives qui, par sa polyvalence et quel que soient les objectifs des législations modernes, tend à rapprocher les droits OHADA et français. La convergence se manifeste tant dans l'identité des actes révocables (**Sous-section 1**), que dans l'identité des effets de la sanction sur les créanciers (**Sous-section 2**). Le principe, identiquement applicable dans les procédures de redressement et de liquidation, demeure étranger à la procédure française de Sauvegarde pour laquelle, faute de cessation des paiements, il n'existe pas de période suspecte.

Sous-section 1 : Les situations à rétablir

153. Ces situations concernent donc des actes accomplis avant le jugement d'ouverture et pendant la période suspecte⁴⁵⁵. Aux termes de l'article 67 AUPC, les actes suspectés « *sont inopposables de droit ou peuvent être déclarés inopposables à la masse des créanciers* ». Le juge est donc tenu, dans certains cas, de prononcer la révocation de l'acte dès que celui-ci est accompli pendant la période suspecte. Traditionnellement, et selon les termes même employés par le législateur, la doctrine évoque une inopposabilité de droit. Cela ne signifie pas pour autant que l'acte visé soit inopposable de plein droit.

⁴⁵³ Art. 67 AUPC.

⁴⁵⁴ Article L 632-4 Code de commerce français (art. 96, loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005).

⁴⁵⁵ L'art. 67 AUPC en droit de l'OHADA consacre expressément « *...les actes passés par le débiteur pendant la période suspecte...* ». En revanche en France, il est question d'actes intervenus « *depuis la date de cessation des paiements* » : articles 29, 107 et 93 respectivement des lois du 13 juillet 1967, 25 janvier 1985 et 26 juillet 2005 (art. L 632-1 Code de commerce). On pourrait penser, en France, que les nullités concernent également des actes intervenus après le jugement d'ouverture. Mais la Cour de cassation précise que « *la nullité (...) ne peut atteindre que des actes accomplis au cours de la période suspecte, et non ceux que le débiteur a passé après le jugement d'ouverture* » : Cass. com., 19 janvier 1999, *RJDA*, 1999, n° 316.

L'inopposabilité doit être prononcée, mais elle l'est nécessairement en fonction de la date et de la nature de l'acte, même si le cocontractant du débiteur a été de bonne foi.

Dans les autres cas, l'inopposabilité est facultative et la loi laisse au juge un certain pouvoir d'appréciation.

L'évolution en France (avec la substitution de la notion d'inopposabilité par celle de nullité) n'a pas entamé ces catégories traditionnelles fondées sur le caractère plus ou moins suspect des actes visés⁴⁵⁶. On peut ainsi distinguer en droits OHADA et français une catégorie d'actes révocables de droit (**paragraphe 1**) et une autre catégorie facultative (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1- Le rétablissement de droit : le fait du caractère anormal de l'acte

154. La protection des créanciers par la rétroaction de la discipline collective trouve ici tout son sens. Les dispositions législatives sont uniquement axées sur la réparation des fraudes à la loi du concours. La révocation sanctionne des actes qui traduisent une volonté du débiteur de s'appauvrir aux dépens de ses créanciers, ou de donner la priorité à l'un d'eux sur les autres. C'est ainsi que les mêmes actes sont frappés par les articles 68 AUPC et L 632-1, I du Code de commerce français. Ces actes peuvent être réunis en trois catégories. Une dernière catégorie est toutefois introduite en France par la loi du 26 juillet 2005 et par l'ordonnance du 18 décembre 2008⁴⁵⁷.

I- LES ACTES SANS CONTREPARTIE OU À CONTREPARTIE INSUFFISANTE

155. S'il faut revenir sur certains actes qui sont préjudiciables à la collectivité des créanciers et qui sont accomplis pendant la période suspecte, c'est à coup sûr les libéralités et les contrats lésionnaires qui présentent un terrain de choix à la suspicion et à la répression. Il est légitime de s'étonner de la bienveillance dont fait preuve un débiteur qui ne peut pas payer ses créanciers et qui, dans le même temps, se montre généreux ou négligeant.

⁴⁵⁶ G. RIPERT et R. ROBLOT, par Philippe DELEBECQUE et Michel GERMAIN, *Traité de droit commercial*, t. 2, 17^e éd., *op. cit.*, n° 3112.

⁴⁵⁷ D. GIBIRILA, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 440.

A) Les actes à titre gratuit

156. Sont ainsi révocables de droit, en droits OHADA et français, « *tous les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière* »⁴⁵⁸.

Bien que les textes ne le précisent pas, il est certain qu'il ne s'agit que des donations car les libéralités pour cause de mort n'ont d'effet qu'au décès du gratifiant. En outre, les créanciers viennent toujours avant les légataires, comme d'ailleurs avant les héritiers dans les successions *ab intestat*⁴⁵⁹. Mais la généralité des termes visent indifféremment toutes les donations qu'elles soient directes⁴⁶⁰ ou indirectes⁴⁶¹, par acte authentique⁴⁶² ou manuelle, ostensibles (apparente) ou déguisée⁴⁶³, des donations-partages.

Sont aussi visés les constitutions de dot. En France, la Cour de cassation plus protectrice à l'égard du ménage doté que des créanciers du constituant, considérait en principe le caractère onéreux de la constitution de la dot, et par là, la nécessité de recourir aux textes relatifs à l'inopposabilité facultative pour la rendre sans effet à l'égard de la masse⁴⁶⁴. Ce caractère onéreux est cependant abandonné par l'article 29 alinéa 1-1° de la loi du 13 juillet 1967 qui inclut dans les actes à titre gratuit et, comme tels, inopposables de droit à la masse, « *les constitutions de dot* »⁴⁶⁵. Si l'institution de la dot se pose différemment en Afrique —en l'occurrence au Burkina Faso— le futur époux fait des libéralités aux parents de la futur épouse, il nous paraît certainement plus artificiel qu'en France de soutenir qu'il s'agit là d'acte à titre onéreux⁴⁶⁶. Il convient, à notre sens, de suivre l'idée du législateur de 1967 qui met fin à l'injustice et à la fraude de cette pratique consistant à richement doter ces enfants (ou ses beaux parents en Afrique) alors que ses créanciers ne sont pas payés.

⁴⁵⁸ Art. 68, 1° AUPC ; Art. L 632-1, I, 1° Code de commerce français (art. 93 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005).

⁴⁵⁹ F. M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 234.

⁴⁶⁰ Cass. com., 23 septembre 2003, *Act. pro. Coll.*, 2003/19, n° 246.

⁴⁶¹ Telle une remise de dette, Req. 6 Août 1867, *DP*, 1868, I, p. 86 ; un cautionnement sans contrepartie, Cass. com., 25 février 1986, *D.* 1986, IR, 241, obs. A. HONORAT ; *Rev. proc. coll.*, 1986, p. 64, n° 4, obs. Y GUYON.

⁴⁶² Cass. com., 17 décembre 1985, *D.* 1986, p. 102, obs. F. DERRIDA.

⁴⁶³ Cass. civ. 4 janvier 1947, *D.* 1947, I, p. 30 : déguisement sous forme de vente ; Poitiers, 27 mars 1984, *D. P.*, 1986, II, p. 17 : déguisement sous forme de transaction.

⁴⁶⁴ Pour la dot constituée au profit de la femme, Req. 22 mars 1845, *D. P.*, 1845, I, 174 ; Cass. civ., 18 décembre 1895, *D. P.*, 98, I, 195 ; Pour la dote constituée au profit du mari, CA Orléans, 8 juin 1898, *D. P.*, II, 283, Cour de renvoi contredisant Cass. civ., 18 décembre 1895 précité.

⁴⁶⁵ V. sur la question Erwan LE GALL, *op. cit.*, n° 55.

⁴⁶⁶ F. M. SAWADOGO, *op. cit.*, n° 234.

En somme, la révocation concerne tous les actes d'appauvrissement sans contrepartie telles que la renonciation à une part de communauté ou à une succession⁴⁶⁷, ainsi que l'attribution consentie dans le cadre d'une convention de divorce⁴⁶⁸ ou à la suite d'un changement de régime matrimonial. La jurisprudence française manifeste cependant une grande indulgence à l'égard des primes d'assurance sur la vie contractée au profit d'un tiers. De telles primes constituent une dépense normale et non une donation, sous réserve qu'elles ne soient pas manifestement exagérées par rapport aux facultés normales de l'assuré. Cette solution classique favorable au développement de l'assurance n'est pas remise en cause par le Code CIMA⁴⁶⁹ applicable dans la plupart des États parties au Traité OHADA.

B) Les contrats lésionnaires

157. En plus des actes sans contrepartie, « *tout contrat commutatif dans lequel les obligations du débiteur excèdent notablement celles de l'autre partie* »⁴⁷⁰ tombe sous le coût des actes révocables de droit. Deux conditions sont ici exigées :

Il doit s'agir d'un contrat commutatif. Un contrat est dit commutatif « *lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle* »⁴⁷¹. Cela suppose que l'avantage que chacune des parties retire du contrat est susceptible d'être évalué dès sa conclusion. De ce fait, les contrats aléatoires échappent à la sanction car les parties s'engagent sans pouvoir évaluer, par hypothèse, la contrepartie qu'elles recevront.

Ensuite, il doit s'agir d'un déséquilibre notable, voir même une donation déguisée. Il est vrai qu'il peut paraître dangereux de permettre la remise en cause des engagements contractuels sur la simple base d'un déséquilibre des prestations. Mais la sanction de la fraude et le rétablissement du gage commun des créanciers est un impératif. Ainsi il est exigé que l'ampleur du déséquilibre soit manifestement excessive. Celle-ci est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond qui doivent déterminer la valeur objective des

⁴⁶⁷ Lyon, 1^{re} ch. 17 février 2000, *Gaz. pal.*, 4/6 août 2002, jur., p. 11, obs. GOUAZIOU.

⁴⁶⁸ Cass. civ., 25 janvier 2000, *Act. proc. coll.*, 2000/6, n° 68.

⁴⁶⁹ Conférence Internationale de Marchés d'Assurance : Bénin, Burkina, Cameroun, Centrafrique, Congo, Côte d'Ivoire, Gabon, Guinée Bissau, Guinée Équatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad, Togo.

⁴⁷⁰ Art. 68, 2° AUPC ; Art. L 632-1, I, 2° Code de commerce français (art. 93 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005).

⁴⁷¹ Art. 1104 C. civ.

prestations ou des biens⁴⁷². Tout comme en matière de lésion dans le droit commun, le déséquilibre notable doit être apprécié en se plaçant au jour de la conclusion du contrat.

II- LES PAIEMENTS SUSPECTS

158. Les actes suspects sujets à révocation sont des actes accomplis par le débiteur en cessation des paiements ; c'est-à-dire qu'il est dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec l'actif disponible. Il est dans ce cas logique que les paiements effectués par ce débiteur puissent aussi être suspectés dans la mesure où il confère au créancier qui en bénéficie un avantage exorbitant préjudiciable aux autres créanciers. Par principe, le paiement⁴⁷³ à l'échéance par la remise de l'objet même de l'obligation reste valable même intervenu en période suspecte ; il en est ainsi sous réserve d'une révocation facultative dans le cas où les conditions sont remplies. Le paiement sera en revanche suspecté et encourra la révocation de droit s'il concerne des dettes non échues (**A**), ou lorsque, bien qu'il porte sur des dettes échues, il est réalisé par des procédés anormaux (**B**).

A) Le paiement de dettes non échues

159. La hâte du débiteur qui, confronté à des difficultés financières, s'acquitte d'une dette non exigible est d'autant plus suspecte qu'il est par hypothèse en cessation des paiements. Il y a là une manifestation concrète de la volonté de favoriser certains créanciers ; aussi, les droits OHADA et français permettent-ils de sanctionner tout paiement de dettes non échues quel qu'en soit le mode⁴⁷⁴.

C'est donc le caractère anticipé du règlement qui fonde la révocation peu en importe le mode. Il s'agit indistinctement d'un paiement en espèce, par virement bancaire ou électronique, par cession de créance⁴⁷⁵ ou par novation, ou encore par compensation conventionnelle. L'AUPC excepte de cette sanction le paiement d'un effet de commerce ; disposition qui trouve son répondant en droit français dans l'article L 632-3 al 1 du Code de commerce —il s'agit non du paiement effectué au moyen d'un effet de commerce, mais du règlement des effets en période suspecte. La validité du paiement d'une lettre de change, d'un billet à ordre ou d'un chèque échappe donc à la sanction en raison de la

⁴⁷² Cass. soc., 15 juin 2004 *Bull. civ.* V, n° 163 ; *JCP E*, 2004, n° 44, p. 1743, obs. N. LOUIT-MARTINOD ; *RTD com.*, 2005, p. 416, obs. A. MARTIN-SERF ; CA Grenoble 28 juin 2007, CA Nancy, 6 novembre 2007, CA Paris, 21 février 2007, et 14 mai 2008 : *Rev. proc. coll.*, 2008, n° 155, obs. G. BLANC.

⁴⁷³ Le paiement a un sens plus large en droit que la remise d'une somme d'argent au créancier.

⁴⁷⁴ Art. 68, 3° AUPC ; Art. L 632-1, I, 3° Code de commerce français (art. 93 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005).

⁴⁷⁵ Cass. com. 22 janvier 2002, *Rev. proc. coll.*, 2002, p. 276, obs. G. BLANC.

rigueur du droit cambiaire. Cette dérogation est justifiée du fait que le porteur du titre a le droit au paiement⁴⁷⁶.

Il importe peu que l'échéance des dettes concernées soit antérieure ou postérieure au jugement d'ouverture de la procédure collective. Précisons toutefois qu'il convient que le paiement illicite soit effectué par le débiteur et non par un tiers.

B) Le paiement de dettes échues par des procédés anormaux

160. Les législations OHADA et française sanctionnent aussi les règlements par des moyens inhabituels qui confèrent un avantage à l'un des créanciers par rapport aux autres. Sont révoqués « *tout paiement de dettes échues, fait autrement qu'en espèces, effet de commerce, virement, prélèvement, carte de paiement ou de crédit ou compensation légale, judiciaire ou conventionnelle de dettes ayant un lien de connexité entre elles* »⁴⁷⁷. Cette disposition prévue par l'article 447 du Code de Commerce de 1807 n'a pas fondamentalement changé malgré les évolutions législatives en France et dans l'espace de l'OHADA avant la réforme. Elle a tout de même tenu compte de l'évolution des instruments de crédit et de paiement en validant les règlements fait en espèces, virement, et en France, par le bordereau de cession visés par la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises. De manière générale, elle valide aux termes de l'article L 632-1, I, 4° du Code de commerce français, « *tout (autre) mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires* »⁴⁷⁸. La liste n'est donc pas exhaustive. Sont révocables de droit les paiements, lorsque le mode de règlement utilisé modifie l'objet de l'obligation du débiteur. En droit de l'OHADA l'expression consacrée par l'article 68, 4° AUPC — s'inspirant de l'article 29, al 1-4° de la loi de 1967— est : « *tout autre mode normal de paiement* ». Le législateur français de 1985 en abandonnant cette expression pour celle de paiement « *communément admis dans les relations d'affaires* », a voulu faire échapper à la nullité, les règlements qui réalisés par des procédés usuels dans la vie des affaires tels que les paiements par cessions de créance⁴⁷⁹. Celles-ci, par conséquent, risquent d'être déclarées inopposables à la masse en droit de l'OHADA, au même titre que la délégation parfaite ou imparfaite.

⁴⁷⁶ Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 1037.

⁴⁷⁷ Art. 68, 4° AUPC.

⁴⁷⁸ Art. L 632-1, I, 4° Code de commerce français (art. 93 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005).

⁴⁷⁹ Cass. com., 30 mars 1993, *JCP E* 1993, p. 149, 453, obs. Y. GUYON.

Sont considérés comme paiements interdits les datations en paiement, puisque le débiteur se libère par la remise d'un bien autre que celui qui était prévu ; et en général, par une chose à la place d'espèces⁴⁸⁰. La jurisprudence française a ainsi sanctionné une convention intervenue en période suspecte et ayant pour objet la résolution amiable d'une vente et la restitution de la chose vendue. Elle y a vu une dation en paiement, le débiteur restituant la chose achetée pour éteindre la partie du prix dont il reste encore redevable⁴⁸¹.

161. S'agissant de la compensation intervenue en période suspecte, elle est admise en droit de l'OHADA. En France, même si la compensation n'est pas consacrée expressément par la loi, elle est admise en ce qui concerne la compensation légale et la compensation judiciaire. Dans ces deux cas, la compensation a lieu de plein droit et à l'insu même des parties. Elle ne peut être inspirée par une volonté de fraude. En revanche, lorsqu'elle n'a pas été convenue de bonne foi entre les parties avant la date de la cessation des paiements⁴⁸² et si les dettes compensées ne présentent pas entre elles un lien de connexité, la compensation conventionnelle encourt l'annulation. Seule cette dernière condition de connexité est exigée en droit de l'OHADA.

III- LES GARANTIES SUSPECTES

A) Les sûretés réelles constituées en garantie d'une dette antérieure

162. En principe une sûreté est consentie conjointement à l'opération génératrice de la créance. Elle devient suspecte lorsqu'elle est constituée postérieurement à la dette garantie : le créancier conscient des difficultés du débiteur réclame et obtient une sûreté ; ou bien le débiteur, pour éviter une poursuite en paiement qui peut être révélera un état de cessation de ses paiements, propose une sûreté au créancier qui l'accepte. L'article 68-5°(AUPC) sanctionne « *toute hypothèque conventionnelle ou nantissement conventionnel, toute constitution de gage, consentie sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractée* ». Cette disposition trouve son répondant en France dans l'article L 632-1, I, 6° : « *toute hypothèque conventionnelle, toute hypothèque judiciaire ainsi que l'hypothèque légale des époux et tout droit de nantissement ou de gage constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées* ».

⁴⁸⁰ Dation d'une licence pour solder le prix d'achat d'un fonds de commerce : Lyon, 22 mars 2002, *Bull. inf. C. cass.*, 2004, n° 621.

⁴⁸¹ Cass. com. 16 février 1993, *Bull. civ.*, IV, n° 65 ; D., 1994, somm. 80, obs. A. HONORAT.

⁴⁸² Cass. com. 16 octobre 2007, *Rev. proc. coll.*, 2008, n° 70, p. 70, obs. G. BLANC.

163. D'une part, il s'agit dans les deux législations de sûretés réelles, à l'exclusion des sûretés personnelles : le nantissement, le gage, et les hypothèques. Mais le droit de l'OHADA est plus restrictif que le droit français. Il met à l'abri les sûretés légales — privilèges, droit de rétention— ou judiciaires ; seules les sûretés conventionnelles sont donc concernées⁴⁸³ par la révocation.

Aux sûretés classiques ci-dessus évoquées, le droit français complète un autre type de sûreté inconnue en droit OHADA : la fiducie⁴⁸⁴. Est donc révocable « *tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire, à moins que ce transfert ne soit intervenu à titre de garantie d'une dette concomitamment contractée* »⁴⁸⁵. Est également révocable l'« *avenant à un contrat de fiducie affectant des droits ou biens déjà transférés dans un patrimoine fiduciaire à la garantie de dettes contractées antérieurement à cet avenant* »⁴⁸⁶.

Le droit de l'OHADA, depuis une réforme intervenue le 15 décembre 2010, connaît un nouveau type de garantie : le transfert fiduciaire d'une somme d'argent. Il s'agit d'une convention par laquelle un constituant cède des fonds en garantie de l'exécution d'une obligation⁴⁸⁷. En tant que garantie, cette sûreté doit suivre le régime juridique de l'article 68-5° AUPC. En cela, les observations évoquées à propos de la fiducie en France lui sont applicables.

164. D'autre part, la sûreté quelle que soit sa nature n'est révocable de droit que si elle a été constituée au cours de la période suspecte pour garantir une dette antérieurement contractée. La révocation ne s'applique pas lorsque la sûreté est antérieure ou concomitante à la dette. Il convient donc de comparer la date de naissance de la créance avec celle de la constitution de la sûreté et non celle de sa publicité. Pour une hypothèque conventionnelle, il s'agira de la date de la convention d'hypothèque, même si une promesse d'hypothèque a été convenue avant la date de la cessation des paiements⁴⁸⁸. En France, pour une hypothèque judiciaire, il s'agira de la date du jugement de condamnation. Toujours dans ce pays, la jurisprudence admet qu'une sûreté puisse être substituée à une

⁴⁸³ F. M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 238.

⁴⁸⁴ La fiducie est introduite dans le Code civil français (articles 2011 et ss) par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007. Art. 2011 C. civ. : *La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires.*

⁴⁸⁵ Art. L 632-1, I, 9° Code de commerce français (art. 88 ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008).

⁴⁸⁶ Art. L 632-1, I, 10° Code de commerce français (art. 93 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005).

⁴⁸⁷ Art. 87 de l'Acte Uniforme portant Organisation des Sûretés, adopté le 15 décembre 2010.

⁴⁸⁸ Cass. com., 12 novembre 1997, *RTD civ.*, 1998, p. 704, obs. CROCQ ; *RTD com.*, 1999, p. 196, obs. A. MARTIN-SERF.

autre au cours de la période suspecte si la nouvelle sûreté n'est « *supérieure ni dans sa nature, ni dans son étendue* » à l'ancienne⁴⁸⁹.

B) Les inscriptions (OHADA) et mesures (France) conservatoires

165. L'acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures collectives prévoit la révocation de droit de « *toute inscription provisoire d'hypothèque judiciaire conservatoire ou de nantissement judiciaire conservatoire* » prise pendant la période suspecte⁴⁹⁰. Cette disposition, qui autrefois était en vigueur en France⁴⁹¹, ne vise que les seules inscriptions de sûretés judiciaires conservatoires⁴⁹² mais non les saisies conservatoires. Il s'agit d'inscriptions provisoires d'hypothèque ou du nantissement conservatoire, destinées à garantir une créance non assortie de titre exécutoire et mise en péril.

La révocation se justifie dans le sens où le créancier, sentant la cessation des paiements de son débiteur, demande l'inscription provisoire d'une hypothèque ou d'un nantissement afin de garantir le paiement de ses droits non encore judiciairement reconnus. De fait, l'inscription provisoire autorisée par le juge serait une garantie pour une dette antérieure. Elle donne au créancier demandeur les prérogatives essentielles du créancier hypothécaire ou nanti face aux autres créanciers⁴⁹³. En effet, l'inscription définitive qui doit être procédée en cas de succès de l'instance en validité ou de l'instance au fond rétroagit au jour de l'inscription provisoire. Ce qui justifie que la révocation en droit de l'OHADA se limite à la seule inscription provisoire. Si celle-ci est faite avant la date de la cessation des paiements, l'inscription définitive pourra valablement être prise après cette date du fait de sa rétroaction à la date de l'inscription provisoire.

166. En droit positif français, « *toute mesure conservatoire —est révocable de droit—, à moins que l'inscription ou l'acte de saisie ne soit antérieur à la date de cessation de paiement* »⁴⁹⁴. Cette disposition légale est beaucoup plus générale qu'en droit de l'OHADA dans la mesure où elle embrasse *toute mesure conservatoire*, et non plus

⁴⁸⁹ Cass. com., 20 janvier 1998, *RTD com.*, 1998, p. 386, obs. M. CABRILLAC ; *D.P.*, Juillet 1998, p. 77, obs. M.-H. MONSÉRIÉ-BON.

⁴⁹⁰ Art. 68, 6° AUPC.

⁴⁹¹ V. art. 29, 7° loi du 13 juillet 1967 et art. 107, 7° loi du 25 janvier 1985.

⁴⁹² V. art. 213 à 221 AUS (issus de la réforme du 15 décembre 2010 [anciens art. 136 à 144 AUS]) pour l'hypothèque, et les art. 142, 158 et 164 AUS (issus de la réforme du 15 décembre 2010 [anciens art. 66 et 71 AUS]) pour ce qui concerne le nantissement.

⁴⁹³ Erwan LE GALL, *op. cit.*, n° 88.

⁴⁹⁴ Art. L 632-1, I, 7° du Code du commerce (art. 93 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005).

seulement les inscriptions d'hypothèque et de nantissement judiciaires. Il a même été jugé que la saisie conservatoire effectuée en période suspecte ne produisait aucun effet, même si elle a été convertie en saisie-attribution avant le jugement d'ouverture⁴⁹⁵. Cette solution a cependant été abandonnée car la saisie-attribution est une mesure d'exécution forcée⁴⁹⁶.

C) Les dépôts et consignations en droit français

167. En France l'article L 632-1, I, 5° révoque « *tout dépôt et toute consignation de sommes effectués en application de l'article 2075-1 du Code civil* ». Ce dernier article a trait au dépôt ou à la consignation de sommes, effets, ou valeurs, ordonnés judiciairement à titre de garantie ou à titre conservatoire. L'acte est certes effectué en vertu d'une décision de justice, mais celle-ci est prise à l'initiative d'un créancier qui veut se donner tardivement et artificiellement une position préférentielle⁴⁹⁷. Cependant, la consignation ou le dépôt demeure valable s'il a lieu en application *d'une décision de justice ayant acquis force de chose jugée*.

IV- LES OPÉRATIONS SUR LES OPTIONS EN DROIT FRANÇAIS

168. La loi du 26 juillet 2005 crée un nouveau cas de révocation de droit applicable à « *toute autorisation et levée d'options définies aux articles L. 225-177 et suivants* » du Code de commerce⁴⁹⁸. Il s'agit la levée des « stock-options » pendant la période suspecte. Cet acte de certains membres de l'équipe dirigeante qui ont pu avoir parfaitement connaissance des difficultés graves que rencontre l'entreprise est emprunt d'immoralité.

Paragraphe 2- Le rétablissement facultatif : le fait des circonstances suspectes

169. La rétroaction de la discipline collective aux actes accomplis pendant la période suspecte doit tenir compte des tiers qui ont pu de bonne foi ignorer la cessation des paiements du débiteur. L'application égalitaire de la discipline collective est ici mise en échec par le souci d'une sécurité juridique. Le caractère facultatif de la révocation permet d'éviter une sanction systématique des actes du débiteur. Il s'agit, pour la juridiction

⁴⁹⁵ Cass. com., 12 octobre 1999, *D.*, 1999, p. 45, obs. A. LIÉNHARD ; *act. pro. Coll.*, 1999, n° 243, obs. C. REGNAUT-MOUTIER.

⁴⁹⁶ Cass. com., 10 décembre 2002, *D.*, 2003, act. jur., p. 68, obs. A. LIÉNHARD.

⁴⁹⁷ Yves GUYON, *Droit des affaires, Entreprises en difficulté redressement judiciaire – faillite*, *op. cit.*, n° 1331.

⁴⁹⁸ Art. L 632-1, I, 8° Code du commerce (art. 94 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005).

ouvrant la procédure, d'une simple faculté et non d'une obligation. La révocation facultative vise traditionnellement à neutraliser les tentatives de fraude du débiteur ou du créancier ; c'est le cas en droit de l'OHADA. En droit positif français, outre cet objectif de sanctionner la fraude, la révocation doit permettre d'atteindre des actes qui, simplement, nuisent à l'intérêt de l'entreprise. La mise en œuvre de l'action requiert toutefois, en France et dans l'espace OHADA, la réunion de conditions subjective (I) et objective (II) que le juge apprécie souverainement.

I- L'ÉLÉMENT SUBJECTIF CONVERGENT

A) Le principe : la connaissance par le tiers de la cessation des paiements

1) *Les généralités*

170. La révocation facultative ne peut être prononcée que si le tiers qui a perçu, agit ou traité avec le débiteur « *a eu connaissance de la cessation des paiements* »⁴⁹⁹. Les actes qui échappent à la révocation de plein droit se trouvent ici piégés dès lors qu'il apparaît que leurs auteurs avaient connaissance de la situation de cessation des paiements.

Sont ainsi communément visés en droit de l'OHADA et en droit français, « *les actes à titre onéreux et les paiements volontaires des dettes échues* »⁵⁰⁰. Les actes onéreux dont il s'agit sont *a priori* réguliers et ne sont pas entachés de lésion, tandis que les paiements pour dettes échues le sont par un procédé normal. Toutefois, une légère divergence de législation apparaît dans les actes visés.

D'une part en droit de l'OHADA, tombe sous le coup des révocations facultatives, « *les inscriptions des sûretés réelles mobilières ou immobilières, consenties ou obtenues pour des dettes concomitantes lorsque leur bénéficiaire a eu connaissance de la cessation des paiements du débiteur* »⁵⁰¹. Si l'on raisonne par rapport à la catégorie des actes révocables de droit — qui ne visent que les seules inscriptions de sûretés judiciaires conservatoires—, de telles sûretés sont normales. Une telle disposition n'est pas prévue en France, et cela se comprend d'autant plus qu'elle est de nature à dissuader de traiter avec un débiteur qui rencontre des difficultés.

⁴⁹⁹ Art. 69 AUPC ; Art. L 632-2 (art 89 ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008) et L 632-3 du Code de commerce français ; Art. 31 et 32 loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 ; Art. 108 et 109 loi n° 85-98 du 25 janvier 1985.

⁵⁰⁰ Art. 69, 1, 3° et 4° AUPC ; Art. L 632-2 al 1 (art 89 ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008) du Code de commerce français.

⁵⁰¹ Art. 69, 1, 2° AUPC.

D'autre part en France, la loi du 26 juillet 2005 dispose la possible révocation de « tout avis à tiers détenteur, toute saisie attribution ou toute opposition (...) lorsqu'il a été délivré ou pratiqué par un créancier à compter de la date de cessation des paiements... »⁵⁰². Des mesures d'exécution forcée entrent désormais dans le champ d'application des actes suspectés. L'avis à tiers détenteur est une variante de la saisie-attribution à la seule disposition du trésor public. L'opposition quant à elle est faite par un créancier remplissant les conditions exigées pour pratiquer une saisie-vente, et qui se joint à une saisie-vente déjà opérée sur les biens du débiteur pour participer à la distribution des deniers issus de la vente⁵⁰³. Le droit de l'OHADA ne prévoit pas une telle disposition.

Tous ces actes *a priori* réguliers ne sont incriminés que par la connaissance de la cessation des paiements du débiteur par leur bénéficiaire. Des précisions sont à faire quant à l'objet de cette connaissance et les modalités de preuve.

171. Il n'est pas exigé d'intention frauduleuse du tiers comme en matière d'action paulienne. La mauvaise foi, si mauvaise foi il y a, se résume dans la connaissance d'un fait, à savoir la cessation des paiements du débiteur. Cette connaissance qui doit exister au moment où l'acte litigieux est passé doit être personnelle à celui qui a traité avec le débiteur ; il ne suffit donc pas d'établir que la cessation des paiements était de notoriété publique⁵⁰⁴. Une connaissance postérieure à l'acte ne saurait logiquement justifier le prononcé de la révocation⁵⁰⁵. La connaissance du mandataire vaut pour le mandant⁵⁰⁶.

Le tiers doit exactement savoir que l'actif du débiteur est insuffisant pour faire face au passif exigible. C'est le cas par exemple lorsque le tiers assigne le débiteur en vue de l'ouverture d'une procédure collective qui constitue l'objet principal de l'assignation et non un moyen subsidiaire utilisé pour faire pression sur le débiteur afin d'obtenir paiement⁵⁰⁷. C'est aussi le cas pour le créancier qui a été la banque du groupe auquel a appartenu la société débitrice et qui est intervenu pour restructurer le pôle dont il a fait

⁵⁰² Art. L 632-2 al 2 (art 89 ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008) du Code de commerce français.

⁵⁰³ D. GIBIRILA, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 461, p. 386.

⁵⁰⁴ Cass. civ., 18 avril 1866, *D. P.*, 1966, I, p. 260 ; Cass. civ., 20 novembre 1911, *D.P.*, 1912, I, p. 120.

⁵⁰⁵ La révocation est inapplicable si l'opération effectuée en période suspecte correspond à l'exécution pure et simple d'un contrat antérieur à la cessation des paiements, telle une convention-cadre de cession de créances professionnelles : Cass. com., 20 janvier 1998, n° 95-16718, *RTD. com.*, 1998, p. 396, obs. M. CABRILLAC, *op. cit.* ; Cass. com. 26 juin 2001, *Act. proc. coll.*, 2001-17, p. 1, obs. R. BONHOMME. Mais si la convention-cadre, comme il est plus fréquent, laisse toute liberté aux cocontractants quant à l'existence et au montant des opérations à venir, l'opération intervenue pendant la période suspecte peut tomber sous le coup des révocations : Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, *op. cit.*, n° 524.

⁵⁰⁶ Cass. civ., 15 juin 1898, *Sirey*, 1899, 209, obs. TISSIER.

⁵⁰⁷ Cass. com., 12 mai 1959, *D.* 1959, p. 418.

partie⁵⁰⁸. A été jugé comme ayant connu la cessation des paiements le créancier qui a élaboré avec le débiteur un montage complexe pour assurer le paiement de ses créances⁵⁰⁹.

A l'inverse, la simple conscience par le tiers de la situation difficile ou embarrassée du débiteur ne suffit pas à établir la connaissance de la cessation des paiements⁵¹⁰. De même, le fait pour le créancier d'être informé de l'existence d'impayés à la date du paiement litigieux ne suffit pas à caractériser la connaissance de la cessation des paiements⁵¹¹. Également, la seule participation à une assemblée générale ne portant pas sur l'état de cessation des paiements de la société débitrice n'a pu donner connaissance de cet état au créancier associé minoritaire de ladite société, dans la mesure où il n'a exercé aucune fonction de gestion ou de direction⁵¹².

172. La connaissance du tiers est souverainement appréciée par les juges du fond qui doivent motiver leur décision avec précision. S'agissant d'établir un fait juridique, la preuve peut être faite par tous moyens et est à la charge de l'auxiliaire de justice qui intente l'action. C'est l'aspect le plus délicat de cette mise en œuvre des révocations facultatives. La preuve est souvent facilitée parce que le débiteur et le créancier sont unis par des liens de parenté⁵¹³ ou d'affaires⁵¹⁴, desquels la jurisprudence déduit que le tiers ne pouvait ignorer la cessation des paiements. Mais la Cour de cassation française tend récemment à exiger que la connaissance par le tiers soit clairement caractérisée⁵¹⁵.

2) Les cas particuliers du chèque et des effets de commerce : l'action en rapport

173. Traditionnellement, les paiements faits par chèque ou par effet de commerce ne sont pas concernés par les révocations. Cela se justifie par la sécurité qu'offre le mécanisme cambiaire grâce à la facilitation de la circulation des effets de commerce. Le droit au paiement du porteur de l'effet s'en trouve ainsi protégé. Les droits OHADA et français reprennent ce principe en déclarant inattaquable le paiement fait par le débiteur en cessation des paiements au porteur « *diligent d'une lettre de change, d'un billet à ordre ou d'un chèque* »⁵¹⁶. Peu importe donc que l'effet de commerce ait circulé ou soit resté entre

⁵⁰⁸ Cass. com., 2 mai 2001, *RJDA*, 10/2001, n° 1003.

⁵⁰⁹ CA, Orléans, 28 avril 2005, *RJDA*, 10/2005, n° 1132.

⁵¹⁰ Cass. com., 26 février 2008, n° 06-19.132, 27 mai 2008, n° 07-15.405, *Rev. proc. coll.*, 27/29 juillet 2008, p. 25, note Ph. ROUSSEL-GALLE.

⁵¹¹ Cass. com., 18 septembre 2007, *RJDA*, 12/2007, n° 1276.

⁵¹² CA Paris, 17 septembre 1999, *RJDA*, 12/1999, n° 1362.

⁵¹³ Cass. com. 21 juillet 1959, *Bull. civ.* 1959, III, 283 ; Rennes, 2^e ch. 5 juillet 1981, *Juris-Data*, n° 400527.

⁵¹⁴ Rouen, 2^e ch. 17 mars 1988, *Rev. proc. coll.*, 1992, p. 68, obs. Y. GUYON.

⁵¹⁵ Cass. com., 21 juin 2005, *RTD. com.*, 2005, p. 847, obs. A. MARTIN-SERF.

⁵¹⁶ Art. 69, 2, AUPC ; Art. L 632-3 du Code de commerce français.

les mains du tireur⁵¹⁷. Peu importe également la nature de l'opération dont l'émission de l'effet assure le paiement.

Toutefois, il n'est pas juste que cette règle aboutisse au tirage systématique, par un créancier, de lettres de change sur son débiteur en cessation des paiements. L'emploi d'un effet de commerce ne devrait pas permettre au créancier, en tirant une traite qu'il ferait accepter par le débiteur, de se procurer un paiement qu'il ne pourrait recevoir directement. À cet effet, les droits OHADA et français envisagent de manière quasi identique un régime particulier pour les paiements effectués sur présentation d'un titre cambiaire ou bancaire. En effet, ces législations n'autorisent pas en principe l'action en rapport contre le dernier porteur de l'effet, mais contre le tireur ou le premier endosseur « *qui a eu connaissance de la cessation des paiements* » du débiteur au moment de signer l'effet. Ainsi, dès lors que cette dernière condition est remplie, peut être poursuivi en rapport le tireur de la lettre de change ou, dans le cas de tirage pour compte, le donneur d'ordre. De même, peut également être poursuivi en rapport le premier endosseur d'un billet à ordre —encore appelé bénéficiaire⁵¹⁸—. À ceux-ci, le droit OHADA complète le tireur d'un chèque. Le porteur dernier de l'effet de commerce ou du chèque, ainsi protégé, jouit d'une véritable immunité.

Une exception surprenante est cependant constatée en matière de chèque. L'action en rapport est autorisée par les législateurs OHADA et français contre le bénéficiaire du chèque, alors que celui-ci est le correspondant exact du tiers bénéficiaire de la lettre de change⁵¹⁹. En droit de l'OHADA, il est exigé que le bénéficiaire du chèque ait eu connaissance, au moment de l'émission du chèque, de la cessation des paiements du tireur ou du tiré. L'action en rapport peut également prospérer si au moment du paiement du chèque, le bénéficiaire avait connaissance de la cessation des paiements du tiré⁵²⁰.

B) L'exception : les actes révocables sans condition

174. Il s'agit des actes à titre gratuits. En rappel, ces actes sont révocables de droit lorsqu'ils ont été passés en période suspecte. Ils sont traités avec sévérité par les législateurs OHADA et français. Ceux-ci prévoient que la révocation puisse être

⁵¹⁷ Cass. com., 28 janvier 2004, *Act. proc. coll.*, 2004-7, n° 89, obs. J.-Ch. BOULAY.

⁵¹⁸ En France le texte de l'art. L 632-3 al 2 consacre les termes « *premier endosseur d'un billet à ordre* ». En droit de l'OHADA, c'est plutôt les termes « *bénéficiaire du billet à ordre* » qui sont employés.

⁵¹⁹ Erwan LE GALL, *op. cit.*, n° 101.

⁵²⁰ Art. 69-2, 4° et 5°.

facultativement prononcée si les actes à titre gratuit translatifs de propriété mobilière ou immobilière sont intervenus *dans les six mois précédant la date de la cessation des paiements*⁵²¹. Les conditions de la révocation sont toutefois ici différentes de celles des autres révocations facultatives. D'abord l'acte à titre gratuit, pour être révoqué, doit être passé non pendant la période suspecte mais dans les six mois qui l'ont précédée. Ensuite, et cela est logique, la connaissance que le créancier doit avoir eue de la situation du débiteur n'est évidemment pas la cessation des paiements —qui n'est pas encore survenue. Une simple connaissance de l'éventualité prochaine de cette situation est suffisante⁵²². Le juge dispose ici d'un pouvoir d'appréciation plus large par rapport aux actes effectués pendant la période suspecte proprement dite.

II- L'ÉLÉMENT OBJECTIF DIVERGENT : « PAS D'INTÉRÊT PAS D'ACTION »

175. La connaissance de la situation de cessation des paiements du débiteur par le créancier n'est pas suffisante pour la révocation d'un acte passé pendant la période suspecte. À cette exigence, le droit de l'OHADA complète la nécessité d'un préjudice causé à la masse. Cette dernière condition, du fait de la disparition de la masse, semble ne plus être d'actualité en France. Par delà cette disparité des législations, il faut ici observer une manifestation des finalités poursuivies par chaque législation, à savoir la protection des créanciers en droit de l'OHADA, et la protection du débiteur (de l'entreprise) en droit français. Cette dernière législation permet en effet qu'en vertu des intérêts de l'entreprise (mais non exclusivement des intérêts des créanciers comme en droit de l'OHADA), un acte puisse être révoqué dès lors qu'il satisfait les conditions de sa survenance pendant la période suspecte, ainsi que la connaissance par le cocontractant de la situation de cessation des paiements du débiteur.

A) L'exigence d'un préjudice de la masse ou la volonté de protection des créanciers en droit de l'OHADA

176. Si cette condition expressément posée l'article 69 AUPC⁵²³ résulte de l'application de la règle « *pas d'intérêt pas d'action* »⁵²⁴, cela signifie que pour le législateur africain, il ne peut y avoir d'intérêt à agir en révocation facultative que pour le préjudice subi par la

⁵²¹ Art. 69, 1, 1° AUPC ; Art. L 632-1, II, du Code de commerce français.

⁵²² Erwan LE GALL, *op. cit.*, n° 102.

⁵²³ « *Peuvent être déclarés inopposables à la masse des créanciers, s'ils lui ont causé un préjudice...* ».

⁵²⁴ F. M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 241 ; Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 8^e éd., *op. cit.*, n° 1137.

collectivité des créanciers. Si cet intérêt est plus évident dans la catégorie des révocations de droit, il ne ressort pas ici de la simple analyse des actes ; le juge doit chercher l'existence du préjudice. La jurisprudence française antérieure à 1985 avait une large conception du préjudice. Elle tranchait que le préjudice était suffisamment caractérisé par le remplacement, dans le patrimoine du débiteur, d'un corps certain qui était aisément identifiable par le prix qui a pu être dissimulé⁵²⁵.

B) La suppression de l'exigence d'un préjudice ou la volonté de protection du débiteur (l'entreprise) en droit français

177. Le droit positif français ne dispose pas expressément la nécessité d'un préjudice. La suppression de celle-ci tient dans la dissolution de la masse des créanciers. Ce motif est cependant discutable car, s'agissant d'un acte qui appauvrit le débiteur, tous les créanciers en supportent les conséquences et peuvent avoir tous subi le préjudice. Dans ce cas, malgré la disparition de la masse, on peut toujours percevoir un préjudice à caractère collectif. En outre, l'exigence d'un préjudice découle du principe « *pas d'intérêt pas d'action* » ; toute chose qui justifie dans l'absolue que certains arrêts, rendus après la suppression de la masse, aient jugé nécessaire la preuve d'un préjudice⁵²⁶.

La vérité est que la suppression de l'exigence d'un préjudice de la masse permet d'instrumentaliser l'action en révocation à des fins de redressement de l'entreprise. En effet, le principe « *pas d'intérêt pas d'action* » implique que le titulaire de l'action en révocation doit justifier d'un intérêt à agir. Cet intérêt peut exister théoriquement en dehors d'un préjudice subi au sens strict du terme (abstraction faite des actes à titre gratuit). Il pourrait tout autant s'agir d'intérêts des créanciers, ou d'intérêts de l'entreprise. Or la Cour de cassation estime que « *les juges du fond ne sont pas tenus de constater l'existence d'un préjudice subi par le débiteur ou par ses créanciers* »⁵²⁷. En revanche, la Cour considère la finalité nouvelle de l'action en révocation (nullité), c'est-à-dire, la reconstitution de l'actif du débiteur. Ainsi, l'acte est révoqué en France dès lors qu'il est consenti dans des conditions qui ont nui à l'entreprise.

⁵²⁵ Cass. com. 14 février 1968, *Bull. civ.*, IV, n° 72 ; Cass. com., 19 février 1985, *Gaz. pal.*, 1985, Panorama, 203.

⁵²⁶ Toulouse 21 décembre 1988, CGF 2, I, c/KFB, *Bor. Bourdet*, inédit ; Cass. com., 8 mars 1988, *Rev. proc. coll.*, 1988, p. 409, obs. Y. GUYON ; Renne 26 avril 1989, *Rev. proc. coll.* 1990, p. 163, obs. Y. GUYON ; Versailles, 14 septembre 1989, *Rev. proc. coll.*, 1991-1, p. 103, obs. Y. GUYON.

⁵²⁷ Cass. com., 16 février 1993, *Bull. civ.*, IV, n° 62 ; D. 1993, IR 77 ; *JCP E*, 1993, I, 273, n° 9, obs. M. CABRILLAC et P. PÉTEL ; *Rev. proc. coll.*, 1994, p. 254, obs. B. LEMISTRE.

Sous-section 2 : Les situations rétablies

178. Les actes suspectés en droits OHADA et français sont sanctionnés par la révocation. Celle-ci, même lorsque les conditions précédemment évoquées sont réunies, doit être prononcée par la juridiction de la procédure. Elle est à la fois profitable pour le paiement des créanciers et pour le redressement de l'entreprise en difficulté. Si la préoccupation du législateur français est de reconstituer l'actif de l'entreprise en remettant en cause les actes inutiles à son redressement, celle du législateur de l'OHADA est surtout la protection des créanciers contre les fraudes du débiteur. Cette divergence des objectifs explique que la nature juridique de la sanction frappant les actes du débiteur soit différente dans l'espace OHADA et en France (**paragraphe 1**). Mais, cela n'exclut pas des similitudes dans les effets juridiques résultant de l'application des sanctions (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1- La nature juridique du rétablissement : la révocation⁵²⁸ des actes

179. Les articles 67 et suivants de l'AUPC sanctionnent d'une inopposabilité à la masse des créanciers les actes suspectés de la période suspecte (**I**). En France, les mêmes actes sont depuis 1985 frappés de nullité par les articles L 632-1 et suivants du Code de commerce (**II**).

I- L'INOPPOSABILITÉ À LA MASSE DES CRÉANCIERS EN DROIT DE L'OHADA : L'EFFET RELATIF DE LA RÉVOCATION

180. L'inopposabilité se dit de l'« *inefficience d'un acte à l'égard d'un tiers permettant à ce tiers de méconnaître l'existence de l'acte et d'en ignorer les effets, qui tient non pas au fait que le tiers, étranger à l'acte, n'est pas directement obligé par celui-ci (...) mais à la circonstance que l'acte manque de l'une des conditions de son intégration dans l'ordre juridique* »⁵²⁹. Cette condition dans les actes de la période suspecte est l'absence de fraude. Dans ce sens, il s'agit en droit de l'OHADA d'invalider des actes du débiteur dont la fraude est présumée de façon irréfragable ou établie par la connaissance de la cessation des paiements du débiteur par le créancier. L'invalidité de l'acte ne profite qu'à la masse des

⁵²⁸ Nous notions plus haut (v. *supra*, note 452) que nous employons le terme « *révocation* » par commodité dans notre approche comparée des sanctions en France en OHADA.

⁵²⁹ Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 6^e éd., PUF, Paris, 1996.

créanciers dont la protection est la première préoccupation du législateur⁵³⁰. L'inopposabilité aboutit donc à neutraliser à l'égard de la masse seulement⁵³¹, les actes accomplis par le débiteur pendant la période suspecte, lorsqu'ils ont rompu gravement l'égalité des créanciers. Les actes attaqués demeurent valables dans les rapports du débiteur et de celui qui a traité avec lui, ainsi qu'à l'égard des tiers autres que la masse⁵³². Les résultats de l'action tombent dans le patrimoine de la masse⁵³³.

Seul le syndic peut agir en déclaration d'inopposabilité des actes faits pendant la période suspecte devant la juridiction ayant prononcé l'ouverture de la procédure collective. Cela est logique d'autant plus qu'il est l'organe représentant la masse. L'action est soumise à une condition de délai. Elle ne peut être exercée après le dépôt par le syndic, de l'arrêté de l'état des créances au greffe⁵³⁴.

II- LA NULLITÉ EN DROIT FRANÇAIS : L'EFFET *ERGA OMNES*

181. Cette sanction produit un anéantissement rétroactif qui frappe, une fois l'annulation prononcée, l'acte suspecté. Ce dernier ne produit plus en outre d'effets dans l'avenir. Contrairement à l'inopposabilité qui permet à la masse seule d'ignorer les actes faits par le débiteur en contravention des règles légales, la nullité opère *erga omnes* c'est-à-dire, à l'égard de tous. Elle est donc opposable au débiteur, à la collectivité des créanciers et aux tiers, même de bonne foi. Le débiteur revenu à meilleur fortune n'est donc pas tenu d'exécuter son obligation à l'égard de son cocontractant.

Le législateur français, à l'opposé de son homologue africain, entend par cette nullité protéger principalement l'entreprise. La nullité est relative car il s'agit de sanctionner une atteinte à l'ordre public de protection économique et social⁵³⁵. L'action est donc réservée aux représentants des intérêts protégés : l'administrateur, le mandataire

⁵³⁰ Art. 71 AUPC ; *Idem* pour le droit français sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967 : Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 1052.

⁵³¹ Art. 67 AUPC.

⁵³² *Vocabulaire juridique*, Gérard CORNU, Association Henri Capitant, *op. cit.*

⁵³³ *Supra*, n° 87.

⁵³⁴ Art. 70 AUPC.

⁵³⁵ Certains auteurs trouvent en revanche que le statut —largement dérogatoire par rapport au droit commun— de cette nullité de la période suspecte, l'apparente au régime de la nullité absolue fondé sur le respect de l'ordre public : F. DERRIDA, P. GODÉ, J.-P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, *op. cit.*, n° 254 ; Mais contrairement à l'ordre public classique ou à l'ordre public économique de direction sanctionnés par la nullité absolue, l'ordre public économique de protection est sanctionné par la nullité relative : François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *Droit civil les obligations*, *op. cit.*, n° 384 et spéc. n° 385.

judiciaire, le commissaire à l'exécution du plan, le liquidateur ou le ministère public⁵³⁶. On assiste ainsi à un éclatement de l'initiative de l'action entre les différents mandataires, là où est reconnu au syndic, en droit OHADA, le monopole de l'exercice. Aucune hiérarchie n'existe entre ces différents détenteurs du droit d'agir en nullité qui, du fait d'être placés sur un pied d'égalité, peuvent intervenir de manière autonome. Aucune autre personne, en dehors de celles ci-dessus évoquées, ne saurait réclamer l'annulation d'un acte effectué au cours de la période suspecte. Le principe est celui d'une compétence exclusive des mandataires de justice, auxquels se rajoutent le ministère public et les contrôleurs (en cas d'inertie du mandataire)⁵³⁷, grâce à la loi du 26 juillet 2005.

L'introduction de l'instance n'est soumise à aucune condition de délai et la doctrine admet que l'action puisse intervenir avant la clôture de la procédure collective et la reddition des organes de la procédure. Toutefois, un arrêt de la Cour de cassation⁵³⁸ retient que l'action ne peut plus être exercée après l'admission des créances en raison de l'autorité de la chose jugée qui s'attache à la décision du juge-commissaire.

Paragraphe 2- Les effets du rétablissement prononcé

182. Bien que la nature juridique de la révocation soit différente en droit OHADA et en France, les effets vis-à-vis de la collectivité des créanciers et du tiers qui a traité avec le débiteur restent quasiment identiques. L'ignorance par la masse de l'acte suspecté en droit de l'OHADA tout comme l'anéantissement rétroactif dudit acte en France emporte, de la part du cocontractant du débiteur, restitution de la chose objet de l'acte. Toutefois, ce tiers ne pourra opposer une compensation entre la dette de restitution, consécutive au prononcé de la révocation, et sa propre créance déclarée à la procédure⁵³⁹. L'impossibilité de la compensation tient dans l'affectation réservée par chaque législation aux sommes et biens récupérés. En France la reconstitution de l'actif du débiteur justifie que le résultat de l'action en nullité rentre dans l'actif de celui-ci pour servir au redressement⁵⁴⁰. En droit de

⁵³⁶ Art. L 632-4 du Code de commerce français (art. 96 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, et art. 89, Ord. n° 2008-1345 du 18 déc. 2008).

⁵³⁷ *Supra*, n° 84.

⁵³⁸ Cass. com., 12 novembre 1991, *Bull. civ.* IV, n° 342 ; *RJDA* 2/1992, n° 200 ; *JCP E*, 1992, I, 136, n° 13, obs. M. CABRILLAC et Ph. PÉTEL ; *D.* 1992, Somm. p. 183, obs. A. HONORAT ; *RTD com*, 1992, p. 692, obs. A. MARTIN-SERF.

⁵³⁹ Orléans, 28 avril 2005, *RJDA*, 10/05, n° 1132, p. 984 ; S'agissant de la nullité d'une dation en paiement d'une dette non échue : Cass. com., 19 février 2008, *Gaz. proc. coll.*, 2008, n° 2, p. 25, obs. Ph. ROUSSEL GALLE.

⁵⁴⁰ C'est cette affectation du résultat de l'action qui empêche le jeu de la compensation : v. *supra*, n°s 90-91.

l'OHADA, le résultat de l'action en inopposabilité est affecté au règlement du passif de la masse. Les sommes et biens récupérés tombent donc dans l'actif de celle-ci⁵⁴¹.

Le rétablissement des situations suspectées de fraude produit deux effets majeurs sur la situation juridique du tiers qui a traité avec le débiteur, ou du sous acquéreur : soit le tiers intègre la collectivité des créanciers (I), soit il est tout simplement ignoré par la procédure collective (II).

I- L'INTÉGRATION DES TIERS AYANT ÉCHAPPÉ À LA COLLECTIVITÉ DES CRÉANCIERS

183. Il s'agit des actes à titre onéreux révoqués de la période suspecte. Ces actes sont privés d'effets s'ils n'ont pas été exécutés. S'ils sont exécutés, leurs effets sont anéantis à l'égard de tous ou à l'égard de la masse. Dans le premier cas [lorsque l'anéantissement a lieu à l'égard de tous], l'effet rétroactif de la nullité entre les parties remet en cause leurs prestations, de sorte qu'elles se retrouvent dans leur situation initiale. Les choses doivent en principe être remises en l'état. Mais les règles, d'une part du dessaisissement qui interdit tout paiement au débiteur, d'autre part, de l'interdiction des poursuites individuelles, [ces règles] mettent souvent le débiteur en situation de ne pas restituer la chose ou le prix au cocontractant. Dans le second cas [hypothèse de l'anéantissement des effets de l'acte à l'égard uniquement de la masse], la prestation du tiers qui a traité avec le débiteur en procédure collective n'est pas remise en cause. Seule la prestation du débiteur est ignorée par la masse ; ce qui implique que la situation du débiteur revienne à l'état initial. Le cocontractant doit donc rapporter la chose ou le prix reçu, mais il ne peut exiger pareille de la part du débiteur car le contrat reste valide à leur égard.

Qu'il s'agisse de nullité ou d'inopposabilité, le cocontractant doit restitution. Il devient, à la suite de la révocation, titulaire d'une simple créance contre le débiteur. Cette créance est une créance antérieure et à ce titre, doit être déclarée dans le cadre de la procédure. La similitude OHADA-France tient dans ce fait que le tiers qui avait échappé à la discipline collective —par un acte frauduleux— se voit rattraper par elle grâce à la révocation.

184. Ainsi, lorsque l'acte a pour objet un bien en nature, il fait l'objet d'un rapport. En cas d'impossibilité, le cocontractant devra payer la valeur du bien. Si celle-ci est dépréciée,

⁵⁴¹ *Supra*, n° 87 ; Sur l'ensemble de la question en France, v. G. RIPERT et R. ROBLOT, par Philippe DELEBECQUE et Michel GERMAIN, *Traité de droit commercial*, t. 2, 17^e éd., *op. cit.*, n° 2996.

le cocontractant s'oblige à rembourser une somme équivalente au prix du matériel au jour de l'acte⁵⁴² ; il pourra ensuite déclarer sa créance. Dans le cas de la révocation d'un contrat commutatif déséquilibré, le cocontractant ne produira que pour seulement la juste valeur de la prestation qu'il a fournie⁵⁴³. En cas de sous aliénation à titre gratuit, le sous acquéreur est tenu de restituer le bien sans recours contre le débiteur. En revanche si cette sous-aliénation a lieu à titre onéreux, une légère différence existe entre les législations. En droit de l'OHADA le sous-acquéreur n'est tenu de rapporter le bien et déclarer sa créance au passif que « *si au moment de l'acquisition du bien par lui, il avait connaissance du caractère inopposable de l'acte de son auteur* »⁵⁴⁴. En France le sous-acquéreur ne peut se prévaloir de la méconnaissance de la cessation des paiements du débiteur qui a cédé le bien litigieux, pour échapper à la restitution. « *Ni l'erreur commune, ni l'apparence, ne saurait faire échapper les tiers sous-acquéreurs même de bonne foi, aux conséquences de la nullité...* »⁵⁴⁵. Il semble en outre qu'en cas de cession de meuble le sous-acquéreur ne peut, du fait de la nullité, invoquer valablement l'article 2279 du Code civil⁵⁴⁶.

Lorsque l'acte porte sur une somme d'argent, le cocontractant doit la rapporter⁵⁴⁷ majorée des intérêts de retard⁵⁴⁸. Cette restitution du paiement est exigée même si en droit français le mandataire judiciaire a payé indument le créancier⁵⁴⁹.

Lorsque l'acte a pour objet une sûreté, l'inopposabilité en droit de l'OHADA emporte la collocation de la masse à la place du créancier. En France, cette sûreté est nulle pour le tout, même si elle grève un bien commun⁵⁵⁰. Dans tous les cas, la révocation signifie en droit de l'OHADA et en France, que le créancier bénéficiaire perd les droits qui s'attachent à l'acte révoqué et se trouve relégué au rang de chirographaire.

185. Il faut noter que la déclaration de la créance du créancier ou du sous-acquéreur peut susciter en France certaines difficultés. Étant une créance antérieure au jugement

⁵⁴² S'agissant d'une dation en paiement : Cass. com., 15 mars 1982, *Bull. civ.* IV, n° 100 ; CA Paris, 26 février 1991, *Rev. proc. coll.*, 1992, p. 65, obs. Y. GUYON.

⁵⁴³ Art. 71, 4° AUPC.

⁵⁴⁴ Art. 71, 5° AUPC ; Par « *connaissance du caractère inopposable de l'acte de son auteur* », il faut entendre la connaissance par le sous-acquéreur de la cessation des paiements du débiteur en procédure collective (il faut rapprocher le 5° et le 2° de l'art. 71 AUPC).

⁵⁴⁵ Cass. com., 3 février 1998, *Bull. civ.* IV, n° 53 ; *RJDA*, 6/1998, n° 773 ; *D.* 1999, jurispr. p. 185, note A. BÉNABENT.

⁵⁴⁶ Cass. com., 30 juin 2004, *Cohen c/ Cardenti*, *Bull. civ.*, IV, n° 137 ; *Act. proc. coll.*, 15/2004, n° 191, obs. J. VALLANSAN.

⁵⁴⁷ Cass. com., 30 octobre 2000, *RTD. com.*, 2001, p. 236, obs. A. MARTIN-SERF.

⁵⁴⁸ Cass. com. 17 novembre 1992, *RTD com.*, 1993, p. 719, obs. A. MARTIN-SERF.

⁵⁴⁹ Cass. com., 31 mars 1998, *RJDA*, 1998, n° 1016.

⁵⁵⁰ Cass. com. 12 avril 2005, *RJDA* 8-9/2005, n° 102 ; *RTD com.*, 2005, p. 848, obs. A. MARTIN-SERF.

d'ouverture, elle doit être déclarée dans les délais⁵⁵¹. Si tel n'est pas le cas, la créance doit donner lieu à une action en relevé de forclusion au plus tard dans le délai de six mois à compter de la date à laquelle il est établi que le créancier ne pouvait ignorer l'existence de sa créance. La Cour de cassation française considérait qu'une telle « *créance ayant son origine antérieurement au jugement d'ouverture, n'ayant pas été déclarée et n'ayant pas donné lieu à un relevé de forclusion dans le délai d'un an à compter de ce jugement, est éteinte* »⁵⁵². Il s'agissait en l'espèce d'une demande d'admission de créance au passif de la procédure formée reconventionnellement en réponse à l'action en nullité —du remboursement anticipé du solde d'un prêt— intentée par le mandataire de justice plus de deux ans après le jugement d'ouverture de la procédure. Une telle solution sévère pour les créanciers profitait à l'entreprise car elle participait à l'allègement de la dette.

Cette situation, conjuguant à la fois les mécanismes implacables des révocations de droit de la période suspecte et de l'extinction des créances non déclarées et non relevées de forclusion, est quasiment impossible en droit de l'OHADA. Cette impossibilité est justifiée par le fait que dans cette législation les délais de la demande en relevé de forclusion et de l'action en inopposabilité sont identiques.

Toutefois ce piège procédural —résultant pour le créancier de l'expiration du délai d'un an— dans la législation française est condamné par l'ordonnance du 12 mars 2014. Désormais, l'article L 622-26 al 3 du Code de commerce ouvre expressément un nouveau délai de déclaration plus favorable au créancier qui a obtenu d'être relevé de sa forclusion par le juge-commissaire. Ce délai préfix de six mois ne commence à courir que du jour où le créancier « *ne pouvait [plus] ignorer l'existence de sa créance* »⁵⁵³.

Si les effets de la révocation des actes à titre onéreux sont globalement limités parce qu'ils permettent néanmoins au tiers de déclarer sa créance, cela n'est pas le cas des actes à titre gratuit déclarés suspects.

II- LA NÉGATION PAR LA PROCÉDURE COLLECTIVE DES ACTES SANS CONTREPARTIE

186. La révocation des actes à titre gratuits produit des effets plus énergiques à l'égard du tiers qui a reçu du débiteur. La révocation de la libéralité entraîne pour le bénéficiaire,

⁵⁵¹ Délai en principe de deux mois à partir de la publication du jugement d'ouverture au BODACC ; V. *supra*, n° 114.

⁵⁵² Cass. com., 30 octobre 2000, D. 2000, act. jurispr., 247, obs. A. LIENHARD.

⁵⁵³ L 622-26 al 3 du Code de commerce (modifié par l'art. 29-2° de l'ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014) ; *Supra* n° 115.

non seulement la restitution le bien, mais surtout, il ne lui est pas permis de produire au passif afin de participer aux distributions de dividendes. Le bénéficiaire d'une libéralité n'est pas autant protégé que les créanciers car il est supposé lutter de *lucro captando* — pour conserver un gain—, alors que les créanciers luttent de *damno vitando*, c'est-à-dire pour éviter une perte⁵⁵⁴. Le rapport du bien à lieu même si le donataire est de bonne foi ou même s'il a déjà cédé le bien à titre gratuit à un tiers également de bonne foi. Cette solution est toujours vraie en France alors même qu'il y a sous-aliénation à titre onéreux du bien. La nullité de la période suspecte ayant des aspects déroatoires au droit commun⁵⁵⁵, la bonne foi du tiers —qui en outre ne peut se prévaloir de l'article 2279 du Code civil— ne peut faire obstacle à la restitution du bien. C'est là une volonté ferme du législateur français de redresser l'entreprise en difficulté, même au prix d'une insécurité dans le commerce juridique. La restitution s'opère en nature, mais dans l'impossible elle a lieu par équivalent c'est-à-dire par le remboursement d'une somme égale à la valeur du bien reçu.

En droit de l'OHADA en revanche, le tiers n'est tenu au rapport du bien objet de la sous-aliénation à titre onéreux que s'il avait connaissance de la cessation des paiements du débiteur⁵⁵⁶. L'objectif de paiement des créanciers ne saurait porter atteinte à la sécurité dans le commerce juridique. Dans tous les cas, le bénéficiaire principal de l'acte à titre gratuit reste tenu du paiement de la valeur du bien si le sous-acquéreur ne peut ou ne doit rapporter le bien.

⁵⁵⁴ F. M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 244.

⁵⁵⁵ Elle vise en effet la reconstitution de l'actif du débiteur.

⁵⁵⁶ Art. 75, 2° AUPC.

TITRE SECOND : LE MAINTIEN DE L'ACTIVITÉ

187. Le redressement de l'entreprise s'insère dans le cadre général des objectifs assignés par les législateurs aux procédures collectives. Dans un système comme celui de l'OHADA où l'objectif des procédures vise « *l'apurement collectif du passif* »⁵⁵⁷ du débiteur, le redressement est envisagé comme le meilleur moyen de payer la masse des créanciers tout comme la liquidation. Or dans un système comme celui issu de la réforme française de 1985, le redressement s'inscrit dans le cadre plus global de la restructuration de l'économie nationale ; l'idée force se traduisant par le fait que l'activité ne doit plus être poursuivie au nom et pour le compte des créanciers, mais dans l'intérêt de l'entreprise⁵⁵⁸. La précision n'est pas inutile lorsqu'elle révèle dans les deux systèmes un intérêt législatif pour la sauvegarde de l'entreprise. Cet intérêt se réalise par des procédures d'expectative qui donnent une chance de survie aux entreprises, et une chance de paiement au moins partiel aux créanciers. Il constitue un élément de rapprochement des législations OHADA et française. Mais contrairement au rapprochement induit par la loi du concours⁵⁵⁹, il se révèle ici une difficile conciliation entre les exigences imposées par la survie de l'entreprise et les intérêts des créanciers qui permettent cette survie.

188. En effet, une entreprise est une organisation de moyens humains et matériels exerçant une activité économique de production, de transformation et de distribution de biens ou de services⁵⁶⁰. Ces fonctions impliquent des contrats liant l'entreprise et lui

⁵⁵⁷ Art. 1^{er} AUPC ; V. modèle contractuelle de la *faillite*, *supra*, n° 12.

⁵⁵⁸ Exposé des motifs de la loi du 25 janvier 1985, in *Projet de loi n° 1578* relatif au règlement judiciaire, juin 1983, par le garde des Sceaux ministre de la justice, M. Robert BADINTER.

⁵⁵⁹ La convergence des législations engendrée par la loi du concours est liée à la remarquable conjonction entre « Paiement » et « Sauvetage » ; V. *supra*, n°s 32 à 35.

⁵⁶⁰ PAILUSSEAU Jean, « Qu'est-ce que l'entreprise ? », *L'entreprise : nouveaux apports*, Paris, Économica, 1987, n°s 28 et ss.

permettant d'avoir des outils, de la main d'œuvre, de se ravitailler et de ventiler les biens et services. Le maintien de l'activité revient donc à maintenir les contrats en cours au moment du jugement d'ouverture de la procédure, et donc à les protéger. Or, un débiteur confronté à une procédure collective éprouve vis-à-vis de ses cocontractants une double difficulté liée à son état d'endettement : d'une part, il doit conserver la confiance de ses anciens partenaires. À cette difficulté, les droits OHADA et français interviennent en faveur de l'entreprise contre le risque de rupture des relations contractuelles par les cocontractants. Cela n'est pas sans opérer un bouleversement des principes directeurs en matière contractuelle car l'ordre public s'invite dans le contrat, imposant aux cocontractants des normes extérieures à leur volonté (**Chapitre I**). D'autre part, le débiteur doit maintenir ses marchés et le cas échéant conquérir de nouveaux marchés. Dans cette perspective, les deux législations disposent des mesures incitatives afin d'encourager la participation au maintien de l'activité grâce à l'octroi d'un droit de préférence aux nouveaux créanciers (**Chapitre II**).

189. La convergence des législations OHADA et française dans l'idée de poursuite de l'exploitation est ainsi dictée par un impératif d'ordre pratique. Cette convergence sera moins parfaite que celle liée à la loi du concours du fait de la résurgence de l'antagonisme « Paiement des créanciers - Sauvetage de l'entreprise ». La vie de l'entreprise pendant cette étape de la procédure est étroitement liée à la signification *in fine* que revêt une procédure de sauvetage judiciaire : un instrument de paiement des créanciers comme en droit de l'OHADA, ou un instrument de sauvegarde de l'entreprise comme en droit français. Cela explique que la protection de l'entreprise soit à son paroxysme en France alors qu'elle est relativisée dans le droit OHADA.

CHAPITRE 1 : LE MAINTIEN DE L'ACTIVITÉ PAR L'AMÉNAGEMENT DES CONTRATS

190. Comme la loi du concours, la poursuite de l'exploitation reste un lieu de convergence des législations en matière de redressement, tant il est vrai qu'on ne redresse efficacement que des entreprises *vivantes*. À cet effet, l'article L 622-9 du Code du commerce français énonce que « *l'activité de l'entreprise est poursuivie pendant la période d'observation* »⁵⁶¹ ; disposition trouvant son répondant dans l'article 112 de l'AUPC en droit de l'OHADA : « *en cas de redressement judiciaire, l'activité est continuée ... pour une durée indéterminée sauf décision contraire du Juge-commissaire* ». Cette poursuite de l'activité suppose de principe la continuation des contrats en cours au moment du jugement d'ouverture de la procédure.

Un contrat est en cours aussi longtemps qu'il n'a pas été définitivement rompu ou qu'il n'est pas parvenu à son terme, sans qu'il soit besoin d'une continuation expresse. Ainsi, constituent indubitablement des contrats en cours les contrats à exécution successive qui ne sont pas arrivés à leur terme et qui ne sont pas résiliés avant le jugement d'ouverture. La situation est cependant plus délicate pour les contrats d'habitude à exécution instantanée, mais dont certains effets ne s'étaient pas produits au jour du jugement d'ouverture. La jurisprudence française refuse la qualification de contrat en cours pour le contrat de prêt de fonds intégralement remis à l'emprunteur avant l'ouverture de sa procédure collective⁵⁶². La banque prêteuse est un créancier antérieur qui devra déclarer sa créance au passif. Il en a été de même pour la vente pour laquelle le transfert de propriété a déjà été réalisé alors qu'il reste quelques mensualités à payer⁵⁶³. Ce faisant, la jurisprudence semble reconnaître qu'un contrat n'est plus en cours dès lors qu'il a produit ses effets essentiels, même si certaines obligations n'ont pas encore été exécutées.

⁵⁶¹ Art. 27 Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005.

⁵⁶² Cass. com., 13 avril 1999 : *Bull. civ. IV*, n° 87 ; *LPA* 25 mai 1999, n°103, p. 10, obs. P. M ; *JCP E*, 1999, p. 738 ; *D.*, 2000, jurispr. p. 257, obs. LIPINSKI. Cet arrêt reprend une jurisprudence constante.

⁵⁶³ Cass. 3^e civ., 18 juillet 1995, *D.*, 1996, p. 70, obs. DERRIDA.

Si la poursuite de l'exploitation est systématique, celle de la plupart des contrats en cours ne l'est pas. Principe pilier du maintien de l'activité, la poursuite de ces derniers ne peut se concevoir sans l'intervention de règles particulières imposant aux cocontractants du débiteur l'exécution de leurs obligations, quelles qu'aient été les conditions d'exécution antérieures et les clauses du contrat. Mais la continuation de l'exploitation peut aussi nécessiter pour le débiteur de se débarrasser de contrats non indispensables au bon fonctionnement de l'entreprise. Pour répondre à ces deux impératifs, les droits OHADA et français consacrent un droit d'option permettant le choix entre les bons et les mauvais contrats. L'exercice de ce droit d'ordre public est confié au mandataire de justice représentant ou assistant le débiteur⁵⁶⁴, et qui peut engager sa responsabilité. Si ce régime juridique s'applique globalement aux contrats en cours (**Section 1**), quelques situations particulières existent et méritent une attention particulière (**Section 2**).

SECTION 1 : L'AMÉNAGEMENT GÉNÉRAL DU CONTRAT

191. Au droit d'option du mandataire de justice, répond l'obligation pour le cocontractant de poursuivre le contrat en cours. Cette faculté d'imposer le maintien des contrats, malgré leur inexécution antérieure à l'ouverture de la procédure, déroge au droit commun des contrats qui dispose le respect de la parole donnée et qui permet au créancier d'opposer, à son débiteur défaillant, l'exception d'inexécution ou la résiliation pour inexécution (**Sous-section 1**). Notons cependant que le cocontractant n'est pas totalement abandonné à la volonté de mandataire de justice. L'obligation de poursuivre les contrats en cours connaît ainsi des limites (**Sous-section 2**).

⁵⁶⁴ Cet autre mandataire de justice représente le débiteur et son entreprise. En cela, il est différent du premier mandataire invoqué au chapitre 1^{er} et qui représente les créanciers. En France, ce second mandataire est appelé administrateur. À défaut de sa désignation, c'est le débiteur qui exerce cette charge ainsi que le droit d'option, mais après avis conforme du mandataire judiciaire (art. L 627-2 Code de commerce). En droit de l'OHADA, c'est le syndic qui incarne à la fois les charges de représentant des créanciers et de représentant du débiteur.

Sous-section 1 : Le principe de l'obligation de poursuite des contrats en cours par les créanciers : un principe plus affirmé en France qu'en droit de l'OHADA

192. La crainte de la défaillance d'une partie au contrat conduit le cocontractant à adopter des mesures préventives. Celles-ci peuvent consister en l'aménagement d'échappatoires spécifiques à l'ouverture d'une procédure collective, dans le but de cesser les relations contractuelles avec le défaillant. Le foisonnement de telles pratiques est de nature à empêcher, dès lors que la cessation des paiements est déclarée, toute poursuite de l'exploitation. C'est ce qui justifie que les législations OHADA et française soient amenés à protéger le contrat en neutralisant, dès l'ouverture de la procédure, toute tentative de remise en cause par le cocontractant du débiteur⁵⁶⁵ (**Paragraphe 1**). Cette préservation du contrat permet ensuite au mandataire de justice, dont les pouvoirs sont accrus, d'exercer de manière sélective son droit d'option (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1- L'empêchement de la rupture du contrat en cours

193. « *Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, résiliation ou résolution d'un contrat en cours ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde* ». C'est en ces termes de l'article L 622-13-I, al 1 du Code de commerce⁵⁶⁶ que le législateur français consacre la neutralisation de toute rupture du contrat en cours. Cette disposition est aussi applicable à la procédure du redressement judiciaire⁵⁶⁷. En droit de l'OHADA, c'est l'article 107 AUPC qui dispose que « (...) *la cessation des paiements déclarée par décision de justice n'est pas une cause de résolution et toute clause de résolution pour un tel motif est réputée non écrite* ».

Il n'est pas question, dans les deux législations, d'interdire de principe toute rupture de contrat dès le prononcé de la décision d'ouverture, mais bien d'empêcher que cette

⁵⁶⁵ V. en France Marie-Hélène MONSÉRIÉ, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, Litec, 1994 ; en droit de l'OHADA, v. Aziber Seïd ALGADI, *Contrats et droit O.H.A.D.A. des procédures collectives*, thèse Toulouse1, 4 juillet 2007.

⁵⁶⁶ Art. 27 Ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008.

⁵⁶⁷ V. art. L 631-14 du Code de commerce (issu de l'art. 80 Ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008) qui rend applicable à la procédure de redressement judiciaire, l'art. L 622-13-I, al 1 précité du Code de commerce.

rupture ne soit pas le fait de ladite décision et *a fortiori* de la cessation des paiements déclarée. La superposition des deux textes révèle une très forte inclination du texte français à la protection du contrat en cours. Ce texte, outre la clause résolutoire (I) et la résolution judiciaire (II) également neutralisées en droit de l'OHADA, paralyse toutes les dispositions légales pouvant permettre la résolution du contrat (III). Ce faisant, le législateur français accorde une très large portée à la règle de la continuation des contrats en cours, bien que cette règle puisse apporter de sérieuses restrictions aux principes de liberté contractuelle et de force obligatoire du contrat ; l'idée étant d'augmenter les chances du redressement de l'entreprise. Au contraire, en droit de l'OHADA, le législateur ne perd pas de vue que le redressement de l'entreprise a lieu dans l'intérêt des créanciers. L'atteinte aux principes du contrat s'en trouve donc limitée.

I- LA PARALYSIE DE LA RUPTURE CONVENTIONNELLE DU CONTRAT : L'INEFFICACITÉ DE LA CLAUSE RÉOLUTOIRE EN DROITS OHADA ET FRANÇAIS

194. Une clause résolutoire fondée sur l'ouverture d'une procédure collective judiciaire ne saurait être efficace. Cette disposition est introduite par l'article 37 alinéa 5 de la loi française n° 85-98 du 25 janvier 1985 et va inspirer l'article 107 de l'Acte uniforme de l'OHADA sur les procédures collectives. En droit positif français, bien que le texte de l'article L 622-13-I alinéa 1 du Code de commerce ne fasse pas expressément allusion à l'état de cessation des paiements⁵⁶⁸, ils excluent néanmoins *la validité d'une clause résolutoire fondée sur l'état de cessation des paiements du cocontractant, dès lors que la constatation d'un tel état par le tribunal saisi (...) le conduit nécessairement à ouvrir la procédure de redressement judiciaire*⁵⁶⁹.

195. La clause résolutoire est une clause qui prévoit qu'en cas de manquement à une obligation contractuelle par l'une des parties, la résolution du contrat intervient de plein droit, c'est-à-dire sans l'intervention du juge⁵⁷⁰.

Concernant l'existence du manquement contractuel, on note que la clause résolutoire dont la paralysie est édictée par le droit des procédures collectives n'est pas subordonnée, dans sa mise en œuvre, à l'inexécution par l'une des parties de ses

⁵⁶⁸ Le texte, applicable en redressement judiciaire sur renvoi de l'art. L 631-14, évoque seulement l'ouverture d'une procédure de sauvegarde comme cause d'inefficacité de la clause résolutoire. Or l'ouverture de la procédure de Sauvegarde n'implique pas nécessairement l'état de cessation des paiements du débiteur.

⁵⁶⁹ Cass. com. 2 mars 1993 : *Bull. civ.* IV, n° 87 ; *D.* 1993, IR. 77 *Rev. huiss.* 1993, 866, obs. VIDAL.

⁵⁷⁰ François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *Droit civil les obligations*, 8e éd., Dalloz 2002, n° 662.

obligations. En réalité cette clause réalise une anticipation sur l'inexécution future liée aux difficultés rencontrées par le cocontractant après l'ouverture de la procédure. Le domaine d'application de la paralysie est donc limité aux clauses dont peut se prévaloir un contractant lorsque son partenaire fait l'objet d'une procédure collective. Il ne s'agit pas de neutraliser toute clause résolutoire, mais davantage celles qui viseraient expressément la situation économique défavorable du débiteur. Une clause résolutoire fondée sur une inexécution devrait ainsi pouvoir prospérer si elle est acquise avant le jugement d'ouverture⁵⁷¹.

Quant à la résolution de plein droit, elle assure au cocontractant qui en bénéficie un moyen radical de se soustraire aux rigueurs du régime juridique de la procédure judiciaire de sauvetage. C'est notamment en raison de cette rupture automatique du contrat que ce type de clause présente un danger pour le redressement de l'entreprise. Le fondement d'une telle clause —l'ouverture d'une procédure judiciaire— est indépendant de la volonté des parties et ne permet pas à celles-ci d'éviter la résiliation, comme cela peut se produire pour les clauses résolutoires de droit commun⁵⁷².

196. En présence d'une clause résolutoire spécifiant expressément sa mise en œuvre lors de l'ouverture d'une procédure collective, le droit OHADA la répute non écrite. Une telle clause est nulle du fait qu'elle enfreint une règle d'ordre public qu'est le droit d'option du mandataire de justice⁵⁷³. Les juridictions OHADA et française ne peuvent que refuser toute efficacité à ce type de clause *sous peine de voir le principe de la poursuite des contrats en cours, pièce maitresse du maintien de l'activité, devenir totalement inopérant*⁵⁷⁴. Cette attitude de refus est également observée à l'égard de l'action en résolution judiciaire pour cause de « *faillite* ».

II- LA PARALYSIE DE LA RÉOLUTION⁵⁷⁵ JUDICIAIRE DU CONTRAT

197. La résolution sanctionne l'inexécution par l'un des contractants de son obligation et donne lieu à paiement de dommages-intérêts. Elle est une mesure grave qui entraîne l'anéantissement rétroactif du contrat synallagmatique. C'est sans doute la raison pour

⁵⁷¹ En effet, le jugement d'ouverture suspend (art. 75 al 5 AUPC) ou interrompt (art. L 622-21 III Code de commerce français) les délais impartis à peine de résolution des droits.

⁵⁷² V. pour tout ce qui précède v. Marie-Hélène MONSÉRIÉ, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, op. cit., n°61 et ss.

⁵⁷³ *Ibid.*, n°62, p. 66.

⁵⁷⁴ *Ibid.*

⁵⁷⁵ Sur notre préférence sémantique du terme « résolution » en lieu et place de « résiliation », v. *infra*, note n° 578.

laquelle le Code civil pose le principe de son caractère judiciaire : « *La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances* »⁵⁷⁶. Cela permet au juge de vérifier que l'importance de l'inexécution justifie le prononcé d'une telle mesure. Si l'ouverture d'une procédure collective ne doit pas, en principe, empêcher de critiquer les contrats simplement inexécutés⁵⁷⁷, il n'en résulte pas moins que l'objectif du redressement puisse justifier la neutralisation de la résolution fondée sur le seul fait de cette ouverture (A). Cette neutralisation semble par ailleurs devenir le principe en droit français (B).

A) La paralysie en droits OHADA et français de l'action en résolution fondée sur l'ouverture de la procédure collective

198. En droit de l'OHADA, « *...la cessation des paiements déclarée par décision de justice n'est pas une cause de résolution* ». En droit français, « *...Aucune (...), résiliation ou résolution (...) ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure* ». La portée des articles 107 AUPC et L 622-13-I, al 1 du Code de commerce français est claire par rapport à l'action en résolution pour le seul fait de l'ouverture de la procédure. Cette action ne peut prospérer. La précision de la nature de la sanction —à savoir la résolution ou la résiliation— par le législateur français démontre la volonté de conférer une portée juridique absolue à la neutralisation de la rupture du contrat en cours. Cette précision semble cependant quelque peu superflue car la résiliation est juridiquement une variante de la résolution, mais s'en diffère par l'absence de rétroactivité⁵⁷⁸.

L'ouverture d'une procédure collective n'est pas en soit une inexécution ; le motif permet cependant, comme en matière de clause résolutoire, d'anticiper l'inexécution future du débiteur. La résolution judiciaire n'est proscrite que lorsqu'elle est exclusivement motivée par l'ouverture de la procédure collective. Le contrat est ainsi protégé en vu de sa continuation.

⁵⁷⁶ Art. 1184 al 3 Code civil.

⁵⁷⁷ *Supra*, n° 127.

⁵⁷⁸ Nous disons que la résiliation est une variante de la résolution (sans pour autant les confondre) car l'anéantissement du contrat pour inexécution trouve son siège à l'article 1184 du Code civil qui consacre, en son alinéa 2, le terme « résolution » (mais non « résiliation ») : « *La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté a le choix (...) d'en demander la résolution avec dommages et intérêts* » ; V. Marie-Hélène MONSÉRIÉ, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, op. cit., n° 30. Certains auteurs font le choix sémantique de la « résiliation » dans la mesure où elle traduit une suppression pour l'avenir du contrat. La « résolution » (rupture ayant un effet rétroactif comme la nullité) ne serait pas, selon eux, appropriée : V. dans ce sens Aziber Seïd ALGADI, *Contrats et droit O.H.A.D.A. des procédures collectives, étude à la lumière du droit français*, thèse Toulouse1, 4 juillet 2007, publiée chez l'Harmattan, 2009, note 57 page 34.

B) L'exacerbation de la paralysie en droit français

199. En France, la résolution judiciaire du contrat est fondamentalement contraire aux objectifs des réformes, des procédures collectives, entamées depuis 1985. Les contrats doivent être préservés pour le maintien de l'activité et de l'emploi. Aussi, le législateur français étend le domaine de la neutralisation des atteintes au contrat du fait de l'ouverture d'une procédure collective, pour y inclure la résolution fondée sur le défaut de paiement antérieur d'une somme d'argent **(1)**, ainsi que l'indivisibilité **(2)**.

1) L'inefficacité de l'action en résolution pour défaut de paiement d'une somme d'argent

200. « *Le jugement d'ouverture interrompt ou interdit toute action en justice (...) tendant : À la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent* ». Cette disposition de l'article L 622-21-I- 2° du Code de commerce français⁵⁷⁹ traduit le refus, à compter du jugement d'ouverture, de toute résolution du contrat en cours pour non paiement des créances antérieures. Les demandes en résolution introduites avant le jugement d'ouverture doivent être suspendues. Elles ne sont efficaces que si elles ont déjà produit leurs effets antérieurement audit jugement. S'agissant des nouvelles demandes, elles sont tout simplement rejetées. Le droit de rompre le contrat, accordé au créancier en droit commun par l'article 1184 du Code civil⁵⁸⁰, se trouve ainsi largement paralysé dès lors que l'inexécution concerne une obligation antérieure de paiement d'une somme d'argent. A contrario, le créancier pourrait exercer son droit de résolution si l'inexécution antérieure au jugement d'ouverture consiste en autre chose qu'un défaut de paiement d'une somme d'argent. Il pourrait notamment s'agir de l'inexécution d'une obligation de faire ou de ne pas faire.

Cependant, même dans de telles hypothèses, la jurisprudence assimile l'obligation « de faire » à une obligation de payer une somme d'argent, toutes les fois que l'exécution de l'obligation en nature implique un coût pour le débiteur. Ces aspects ont déjà fait l'objet de développements antérieurs⁵⁸¹.

Après cette analyse, on peut remarquer qu'il ne reste plus grand-chose du droit pour le cocontractant de rompre le contrat pour inexécution [droit] prévu à l'article 1184 du

⁵⁷⁹ Art. 35 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005.

⁵⁸⁰ Art. 1184 al 1 du Code civil : « *La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement* ».

⁵⁸¹ *Supra*, n° 134.

Code civil. Le législateur français neutralise ainsi la cause essentielle de rupture du contrat ; cause généralement invoquée dans les procédures collectives. En droit de l'OHADA, la situation est plutôt perméable à la résolution tant que celle-ci n'est pas motivée par la cessation des paiements déclarée⁵⁸². Cependant, la résolution du contrat instantané opérant rétroactivement, la question pourrait se poser à savoir si le débiteur devrait restituer les sommes perçues. Une réponse négative s'impose. D'une part, cette restitution violerait le principe de l'égalité dans la masse car elle aboutirait à désintéresser un créancier. D'autre part, l'AUPC prévoit que les dommages-intérêts, résultant du défaut par le syndic d'user de sa faculté d'option ou de fournir la prestation promise dans le délai imparti par la mise en demeure du créancier, [ces dommages-intérêts] doivent être produits au passif (art 109 al 1 AUPC). Or, ces dommages-intérêts sont accessoires à la résolution du contrat par cette faute du syndic ; il en est de même de la créance de restitution. On voit donc mal comment cette créance de restitution peut suivre un sort différent de celui des dommages-intérêts.

2) L'inefficacité de l'indivisibilité

201. Le pouvoir de l'administrateur judiciaire de choisir librement les contrats pour l'avenir est renforcé par la neutralisation de l'indivisibilité. Cette neutralisation est d'une portée pratique : « *Nonobstant toute disposition légale ou toute clause contractuelle, aucune indivisibilité, ... ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure...* »⁵⁸³ (L 622-13-I, al 1 précité du Code de Commerce). La neutralisation permet le rejet sans équivoque de la prétention, émise par certains fournisseurs, de subordonner le maintien de leurs prestations au paiement intégral de l'arriéré dû par le débiteur, au motif d'une indivisibilité entre toutes les prestations. Sous la loi du 13 juillet 1967, la jurisprudence statuant exclusivement sur ces demandes de paiement écartait l'argument tiré de l'indivisibilité des obligations.

Mais l'indivisibilité ne sert pas qu'à donner un fondement à l'exception d'inexécution du créancier. Elle sert aussi et surtout de fondement à la rupture du contrat

⁵⁸² Le droit OHADA n'interdit pas l'action en résolution pour défaut de paiement de sommes d'argent contrairement aux analyses de certains auteurs : dans ce sens, Souleymane TOÉ, *Approche critique de l'application judiciaire du droit des procédures collectives dans l'espace OHADA*, thèse Perpignan, 30 avril 2010, n° 168, p. 185 ; v. aussi Jean René GOMEZ, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 125, p. 162.

⁵⁸³ La maladresse de cette formulation qui, prise à la lettre n'a aucun sens, nous amène à noter la remarque faite à juste titre par certains auteurs : l'indivisibilité en réalité n'est pas le fait de l'ouverture de la procédure collective. Les obligations sont indivisibles préalablement à cette ouverture, et le créancier ne fait que s'en prévaloir pour échapper à la rigueur de la procédure. V. dans ce sens Marie-Hélène MONSÉRIÉ, op. cit., n° 67.

par le créancier. C'est la raison pour laquelle elle est envisagée dans le texte de l'article L 622-13-I al 1 en même temps que la paralysie de la résolution et de la résiliation. En effet, dans le droit français, « *le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture* »⁵⁸⁴. Le cocontractant qui n'obtient qu'une exécution partielle pourrait être tenté de demander la rupture du contrat en raison de l'indivisibilité des obligations. Ce fondement juridique particulier lui permettrait d'éviter les restrictions de l'article L 622-21-I- 2° du Code de commerce neutralisant la résolution pour défaut de paiement d'une somme d'argent⁵⁸⁵. L'indivisibilité se présente donc comme un obstacle à la poursuite du contrat par l'administrateur. Cela justifie qu'elle soit rendue inefficace dès l'ouverture de la procédure, qu'elle ait sa source dans la volonté des parties ou qu'elle puisse s'imposer en raison de la nature des obligations nées du contrat. Dans ce dernier cas d'indivisibilité naturelle, il peut toutefois arriver que le cocontractant soit autorisé à exiger du débiteur le paiement de la totalité de la prestation ; cela en raison de l'impossibilité de dissocier dans cette prestation entre ce qui est fait avant et ce qui est fait après le jugement d'ouverture. C'est le cas du cabinet d'expertise comptable qui pourra réclamer la totalité de sa créance d'honoraire due pour l'élaboration des comptes du débiteur sans distinguer entre les travaux antérieurs et les travaux postérieurs⁵⁸⁶.

En droit de l'OHADA, aucune disposition de l'AUPC n'empêche le jeu de l'indivisibilité. Si la demande en paiement tirée de cette indivisibilité est vouée à l'échec du fait qu'elle touche à l'égalité des créanciers dans la masse⁵⁸⁷, l'action en résolution fondée sur l'indivisibilité ne saurait en revanche être rejetée. Les principes de l'autonomie de la volonté et de la force obligatoire du contrat se trouvent ainsi mieux ménagés dans l'espace OHADA qu'en France. Dans ce pays, le législateur pour protéger l'entreprise, neutralise les dispositions légales permettant la rupture du contrat pour cause d'ouverture de procédure collective.

⁵⁸⁴ « ...à l'exception du paiement par compensation de créances connexes. Il emporte également, de plein droit, interdiction de payer toute créance née après le jugement d'ouverture, non mentionnée au I de l'article L. 622-17. Ces interdictions ne sont pas applicables au paiement des créances alimentaires » : article L 622-7 Code de commerce.

⁵⁸⁵ Marie-Hélène MONSÉRIÉ, *op. cit.*, n^{os} 67 à 72.

⁵⁸⁶ André JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, 6^e édition, Paris, 2009, n^o 380.

⁵⁸⁷ V. *infra*, n^o 209.

III- LA PARALYSIE EN FRANCE DE LA RUPTURE LÉGALE DU CONTRAT

202. En vertu de l'article L 622-13-I al 1, aucun texte quel que soit son origine ou son domaine d'application ne peut échapper à la paralysie de la rupture du contrat du fait de la seule ouverture de la procédure. Toutes les dispositions légales instituant une telle rupture perdent donc de leur efficacité. La portée de la paralysie démontre le caractère d'ordre public conféré au droit d'option de l'administrateur. Elle permet de mesurer tout l'intérêt que porte le législateur au maintien de l'activité en droit français.

Traditionnellement, certains contrats sont légalement rompus par le jugement ouvrant une procédure collective : ainsi les sociétés de personnes, le mandat ou le contrat de compte courant⁵⁸⁸. Les dispositions du droit commun relatives à ces contrats avaient servi le fondement juridique à l'exclusion des contrats conclus *intuitu personae* du champ d'application de la règle de la poursuite des contrats en cours de l'article 38 de la loi du 13 juillet 1967. Cependant, la loi du 25 janvier 1985, dans sa volonté de redressement des entreprises, va remettre en cause cette exclusion. Son article 37 alinéa 5 imprime la nouvelle version en disposant que « *nonobstant toute disposition légale ... aucune résiliation ou résolution du contrat ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire* ». La Cour de cassation en tire la conséquence « *que l'administrateur [...] a la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours lors du prononcé du redressement judiciaire sans qu'il puisse être fait de distinction selon que les contrats ont été ou non conclus en considération de la personne* »⁵⁸⁹. Le principe général du maintien des contrats en cours, que ceux-ci aient ou non un caractère personnel, est ainsi posé.

Il est clair que cette évolution est liée au nouvel objectif du droit des procédures collectives voulu par le législateur français. Cet objectif crée un obstacle à la considération de la personne dans les contrats poursuivis. Certains auteurs y voient une conséquence de la disparition de la masse qui, autrefois, était considérée comme continuant le contrat. Désormais c'est le débiteur, cocontractant initial⁵⁹⁰, qui continue le contrat. Cependant, l'argument ne convainc pas tout à fait car l'*intuitu personae* se fonde essentiellement sur la personne du cocontractant, de sorte que tout changement intervenu dans les qualités de

⁵⁸⁸ Yvonne LAMBERT-FAIVRE, « La vie de l'entreprise pendant la première phase de la procédure », in *Faillites, op. cit.*, p. 291.

⁵⁸⁹ Cass. com., 8 décembre 1987, *JCP G* 1987, II, 20927, obs. M. JEANTIN ; *D.* 1988, jurispr. p. 52, obs. F. DERRIDA ; *RTD civ.*, 1988, p. 347, obs. J. MESTRE ; *RTD com.* 1989, p. 307, obs. Y. CHAPUT.

⁵⁹⁰ Deen GIBIRILA, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 403.

cette personne emporte droit de résolution unilatérale. Ainsi, quand bien même le débiteur poursuivrait le contrat, le fait qu'il ne soit plus *in bonis* et qu'il perde la confiance du cocontractant constituerait un élément pour la résolution⁵⁹¹. Seul le motif fondé sur l'objectif légal de protection des contrats en cours nous paraît infaillible pour justifier la neutralisation de la rupture du contrat par la loi⁵⁹². Le contrat *intuitu personae* est continué en raison de l'élimination de ses effets dans la relation d'affaire, par la volonté législative de sauver les entreprises en difficulté.

203. Le maintien de l'activité en droit de l'OHADA et en droit français n'a pas la même portée. La neutralisation de la rupture du contrat en cours reste exceptionnelle en droit de l'OHADA. Elle est cantonnée à la seule résolution fondée sur le motif exclusif de l'ouverture de la procédure collective. En droit français, l'atteinte à la considération de la personne dans le contrat, aux principes de la liberté contractuelle et de la force obligatoire du contrat se trouve exacerbée. Toute tentative de résolution du contrat après l'ouverture d'une procédure collective se révèle très difficile, si non impossible.

Le contrat en cours est maintenu tant que le mandataire de justice, assistant ou représentant le débiteur, n'a pas exprimé de volonté quand au sort du contrat.

Paragraphe 2- La continuation du contrat en cours

204. La continuation du contrat en cours n'est pas automatique. Le contrat maintenu n'est pas nécessairement poursuivi. La continuation est sélective en fonction de l'intérêt de l'activité et des ressources du débiteur. La faculté d'exiger l'exécution du contrat est d'ordre public ; elle ne peut être contournée de quelque façon que ce soit par le

⁵⁹¹ Pour une opinion contraire, v. in Marie-Hélène MONSÉRIÉ, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, op. cit., n^{os} 186 à 195 spéc. n^o 190.

⁵⁹² Certains auteurs sont arrivés à vider l'*intuitu personae* de ses éléments —la solvabilité et la confiance— au motif que ceux-ci sont une permanence dans tout contrat où une des obligations consiste dans le paiement d'une somme d'argent. Cela expliquerait la continuation du contrat par le débiteur en procédure de redressement judiciaire. En revanche, sur la question délicate de la poursuite de l'activité en liquidation judiciaire, il est fait appel aux notions d'« *intuitu firmae* », « *intuitu rei* ». La relation classique entre le contrat et les parties devient secondaire, le contrat étant désormais rattaché à l'entreprise. Un arrêt isolé de la Cour de Paris (Paris 29 janv. 1979, Gaz. Pal., 1979, II, 360) tranche d'ailleurs que l'*intuitu personae* peut être attaché aux qualités de l'entreprise plus qu'à celle de l'exploitant. Les changements juridiques subis par ce dernier reste sans conséquence sur l'exécution du contrat.

Mais de telles positions sont hardies et accordent indirectement la personnalité juridique à l'entreprise entité économique ; ce qui est difficilement acceptable. M.-H. MONSÉRIÉ conclut que l'entreprise ne peut servir de fondement à une nouvelle forme d'*intuitu personae*. Pour tout ce qui précède v. Marie-Hélène MONSÉRIÉ, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, op. cit., n^{os} 193-194.

cocontractant. En plus de favoriser le redressement de l'entreprise pour l'intérêt général et/ou l'intérêt collectif des créanciers, la décision de poursuivre le contrat en cours peut être utile pour éviter les dommages-intérêts qui pourraient résulter de la résolution du contrat. Cette décision relève du pouvoir exclusif du mandataire de justice (I), et oblige le cocontractant à s'exécuter (II).

I- LE CHOIX DES CONTRATS À POURSUIVRE PAR LE MANDATAIRE DE JUSTICE

205. Les droits OHADA et français consacrent un monopole du mandataire de justice — représentant ou assistant le débiteur— dans l'exercice du droit d'opter pour la continuation du contrat. L'article 108 AUPC dispose que « *le syndic conserve seul, quelle que soit la procédure ouverte, la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours à charge de fournir la prestation promise à l'autre partie* ». En France, cette disposition se retrouve dans les termes de l'article L 622-13-II du Code de commerce : « *l'administrateur a seul la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise au cocontractant du débiteur* ». Le mandataire de justice est donc détenteur d'un pouvoir exclusif de toute délégation. En droit français, ce pouvoir est strictement réservé à l'administrateur judiciaire dès lors que celui-ci a été nommé, et quelque soit la mission à lui confiée par le tribunal⁵⁹³.

Le mandataire de justice exerce donc souverainement la faculté d'exiger la poursuite des contrats en cours et ce, quelle que soit la procédure ouverte⁵⁹⁴. Si en principe l'exercice du droit d'option est spontané (A), il peut néanmoins résulter d'une mise en demeure du cocontractant du débiteur (B).

A) Le choix spontané du mandataire de justice

206. Lorsque le syndic ou l'administrateur use du droit d'option, sa décision de continuer le contrat en cours peut être expresse ou tacite. Dans le premier cas, cette décision est formulée par une notification adressée au cocontractant. Dans le second, la

⁵⁹³ Même dans l'hypothèse où la mission de l'administrateur consiste dans la simple surveillance du débiteur dans sa gestion (quand bien même le débiteur conserverait sur son patrimoine le libre exercice des actes de disposition et d'administration), ce dernier ne peut disposer de la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours. Voir l'art. L 622-3 alinéa 2 du Code de commerce.

⁵⁹⁴ En France le même pouvoir est reconnu aussi bien à l'administrateur dans le redressement judiciaire, qu'au liquidateur qui exerce les attributions conférées à l'administrateur judiciaire par l'article L 622-13 du Code de commerce. Notons que la procédure de liquidation judiciaire n'entraîne pas de plein droit la résiliation des contrats en cours, même si l'activité de l'entreprise n'est pas maintenue : Cass. com., 15 février 2005, Sté Saimlease c/ Serrano, *Bull. civ.* IV, n° 28 ; *D.* 2005 act. jur. P. 641, obs. A. LIENHARD.

décision résulte le plus souvent de l'exécution spontanée du contrat après le jugement d'ouverture⁵⁹⁵ ; il suffit dans ce cas, que le comportement du mandataire de justice manifeste clairement sa volonté de poursuivre le contrat.

S'agissant des critères du contrat à choisir, l'on suppose que le mandataire de justice doit prendre en compte son utilité dans la perspective du redressement de l'entreprise. L'Acte uniforme de l'OHADA ne soumet le choix du syndic à aucun critère. Celui-ci semble bénéficier d'une liberté assez large. En revanche en France, l'article L 622-13, II, alinéa 2 du Code de commerce pose une exigence fondamentale à savoir que l'administrateur doit s'assurer, au vu des documents prévisionnels dont-il dispose, des moyens dont dispose le débiteur pour fournir au cocontractant la prestation promise. Dans tous les cas, le mandataire de justice peut engager sa responsabilité s'il ne fait pas preuve de vigilance.

En France, il peut arriver que le débiteur exerce lui-même le droit d'option reconnu à l'administrateur. Cette hypothèse n'est toutefois envisageable qu'en procédure de sauvegarde. En effet, en l'absence de cessation des paiements, la nomination d'administrateur judiciaire est facultative⁵⁹⁶. En l'absence de celui-ci, c'est le débiteur qui « *exerce, après avis conforme du mandataire judiciaire, la faculté ouverte à l'administrateur de poursuivre des contrats en cours... . En cas de désaccord, le juge-commissaire est saisi par tout intéressé* »⁵⁹⁷. Précisons toutefois que l'avis du mandataire judiciaire ne s'impose que pour exiger la continuation des contrats en cours, mais non pour renoncer à leur poursuite⁵⁹⁸. À défaut de ce formalisme, la décision de continuer le contrat est nulle et ne saurait constituer un acte de gestion courante de l'entreprise⁵⁹⁹.

B) Le choix provoqué par une mise en demeure du cocontractant

207. Le choix du mandataire de justice n'est pas enfermé dans un délai fixe. Cela trouve explication dans la complexité des facteurs que le mandataire doit prendre en considération. Ces facteurs sont inhérents à la conjoncture économique générale, à l'état de l'entreprise, à la nature ou à l'importance du contrat. Ainsi, dès lors qu'aucune décision n'a

⁵⁹⁵ Cass. com. 6 décembre 1994, *RJDA* 4/95, n° 504.

⁵⁹⁶ Elle n'est obligatoire dans la procédure de sauvegarde que si l'entreprise dépasse deux seuils : 3 millions d'euro de chiffre d'affaires, et vingt salariés (art. L 621-4 al 4). En revanche dans la procédure de redressement judiciaire la nomination d'administrateur judiciaire est obligatoire car le débiteur ne peut être l'objet d'une simple surveillance. Il est nécessairement assisté ou représenté.

⁵⁹⁷ Art. L 627-2 du Code de commerce.

⁵⁹⁸ Cass. com. 9 janvier 1996, *Bull. civ. IV*, n° 13 ; *RJDA* 4/96, n° 549 ; *JCP E*, 1997, I, 681, Ph. PÉTEL.

⁵⁹⁹ Cass. com. 6 mai 1997, *Bull. civ. IV*, n° 125 ; *RJDA* 8-9/ 1997, n° 1104.

été prise par la mandataire de justice, le contrat continue de lier les parties. Toutefois, afin d'éviter au créancier une trop longue période d'incertitude, les droits OHADA et français admettent que le titulaire du droit d'option soit mis en demeure *de prendre parti sur la poursuite du contrat*⁶⁰⁰. Cette interpellation solennelle sur le sort du contrat en cours est, pour le cocontractant du débiteur, une faculté qu'il exerce selon ses intérêts. Elle permet de mettre sous pression le mandataire de justice en l'obligeant à répondre rapidement s'il entend ou non continuer le contrat.

L'absence de réponse expresse dans le délai légalement prévu entraîne la résolution du contrat. Ce délai est sensiblement identique en droit de l'OHADA et en droit français. « *Le syndic —en droit de l'OHADA— peut être mis en demeure, par lettre recommandée ou par tout moyen laissant trace écrite, d'exercer son option ou de fournir la prestation promise, dans un délai de trente jours, sous peine de résolution, de plein droit, du contrat* »⁶⁰¹.

En France, le texte de l'article L 622-13-III 1° consacre la résiliation de plein droit du contrat « *après une mise en demeure (...) adressée par le cocontractant à l'administrateur et restée plus d'un mois sans réponse* ». Mais contrairement au législateur africain, le législateur français permet au juge-commissaire avant l'expiration de ce délai, de le réduire ou le prolonger de deux mois au plus, en fonction des besoins⁶⁰². Outre cette souplesse du délai, celui-ci peut être suspendu dans la procédure de sauvegarde, en l'absence d'administrateur judiciaire. En effet dans cette procédure, la décision du débiteur de poursuivre le contrat doit préalablement requérir l'avis conforme du mandataire judiciaire dont copie de la mise en demeure est adressée. En l'absence de réponse dans les quinze jours, le débiteur saisit le juge-commissaire qui tranche du désaccord. Dans ce cas, la saisine suspend le délai d'exercice du droit d'option du débiteur et le greffier en avertit le cocontractant.

208. Dès lors que la décision de poursuivre le contrat est régulièrement prise, le cocontractant est tenu d'exécuter sa part de l'obligation.

⁶⁰⁰ Art. L 622-13, III, 1° du Code de commerce.

⁶⁰¹ Art. 108 al. 3 AUPC.

⁶⁰² Pour un aperçu comparé de l'évolution en France et en droit de l'OHADA, v. Aziber Seïd ALGADI, *op. cit.*, n°s 289-291.

II- L'OBLIGATION POUR LE CRÉANCIER D'EXÉCUTER LE CONTRAT

209. L'objectif et le mécanisme du droit d'option lui permettent, à lui seul, d'empêcher le cocontractant d'invoquer les prestations non exécutées et antérieures au jugement d'ouverture. Le régime des contrats en cours a été conçu à partir de 1967 afin d'empêcher le cocontractant, victime d'une inexécution avant le jugement d'ouverture, d'opposer l'exception d'inexécution pour échapper à l'exécution du contrat dès l'ouverture de la procédure collective. Cela n'exclut pas toutefois, en droit positif français, d'interdire expressément au débiteur le paiement de toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture⁶⁰³. L'article L 622-13-I renchérit que « *le cocontractant doit remplir ses obligations malgré le défaut d'exécution par le débiteur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture* ». Ce défaut du débiteur n'ouvre droit, au profit des créanciers, qu'à déclaration au passif.

L'inopposabilité de l'exception d'inexécution ne concerne donc, en France comme en droit OHADA, que l'inexécution par le débiteur de ses engagements antérieurs. S'agissant par exemple d'un contrat à exécution successive, le cocontractant ne peut subordonner son exécution au règlement des dettes antérieures au jugement d'ouverture. Il ne peut que déclarer sa créance au passif, mais reste tenu d'exécuter ses engagements pour l'avenir. Un problème apparaît cependant en droit de l'OHADA. En effet, pour n'avoir pas neutralisé les clauses d'indivisibilité du fait de l'ouverture de la procédure collective, l'AUPC ouvre une voie pour les créanciers de conditionner l'exécution de leurs engagements au paiement par des arriérés dus. La jurisprudence française sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, en statuant sur des demandes de paiement de créances antérieures au jugement d'ouverture, écartait invariablement l'argument tiré de l'indivisibilité des obligations⁶⁰⁴. Or, à l'instar de l'AUPC, cette loi du 13 juillet 1967 ne prévoyait pas expressément l'inefficacité de l'indivisibilité. Par analogie, nous pensons que le principe d'égalité des créanciers dans la masse doit conduire le juge OHADA à rejeter toute prétention fondée sur l'indivisibilité des obligations et subordonnant la poursuite du contrat en cours au paiement des arriérés.

⁶⁰³ Art. L 622-7, I al 1 du Code de commerce.

⁶⁰⁴ Cass. com. 22 janvier 1974, *D.* 1974, 514 obs. F. DERRIDA ; *Gaz. pal.*, 1974, 1, 445, obs. LE GALCHER-BARON ; Cass. com., 17 juillet 1981, *D.* 1982, IR, 399, obs. A. HONORAT ; Cass. com. 20 octobre 1981, *D.* 1982, IR, 193, obs. VASSEUR.

Le cocontractant qui s'exécute bénéficie d'un régime de faveur pour sa créance. Il jouit d'un privilège de paiement sur les créances antérieures. En droit de l'OHADA, il devient créancier de la masse⁶⁰⁵.

Sous-section 2 : Les tempéraments au principe du maintien des contrats en cours : des limites plus élargies en droit de l'OHADA qu'en France

210. Le principe du maintien des contrats en cours, source de distorsion avec le droit commun des contrats, n'est fort heureusement pas absolu. En effet, une forte érosion de la volonté des cocontractants serait une grave injustice qui risque "*d'achever*" le crédit déjà *fortement "menacé"*⁶⁰⁶. Il a ainsi paru nécessaire pour les droit OHADA et français de ménager la cohabitation entre l'impératif de continuation du contrat en cours et les intérêts du créancier ; ce en limitant les prérogatives du titulaire du droit d'option, ainsi que la paralysie systématique des motifs de rupture du contrat. L'approche comparée des législations révèle que ces limites sont plus poussées en droit OHADA qu'en droit français.

En effet, si le maintien de l'activité implique la faculté pour le mandataire de justice d'opter pour la continuation du contrat —indépendamment de la volonté des cocontractants—, la mise en œuvre concrète de cette faculté laisse transparaître l'objectif final poursuivi par chaque législation. Le maintien de l'activité en droit de l'OHADA étant dicté par l'intérêt collectif des créanciers, l'atteinte aux principes contractuels ne saurait être excessive dès lors que le sort définitif de l'entreprise est tributaire de la volonté collective de ses créanciers⁶⁰⁷. En revanche en France, le sort définitif de l'entreprise dépasse la volonté des créanciers car son redressement est envisagé dans l'intérêt général. On ne peut donc s'attendre, dans cette législation, à une restriction du principe du maintien des contrats en cours. Quand bien même des restrictions existeraient, il s'agit le plus souvent d'écarter certains contrats nuisibles au redressement, mais non d'une volonté législative de ménager des créanciers.

⁶⁰⁵ *Infra*, n° 253.

⁶⁰⁶ Marie-Hélène MONSÉRIÉ, *op. cit.*, n° 482.

⁶⁰⁷ Le concordat de redressement fait l'objet d'un vote des créanciers du débiteur ; V. *infra*, n° 387.

Pour des raisons de commodité de l'analyse, nous examinerons les limites tenant à l'exécution du contrat en cours (**paragraphe 1**) et les limites tenant à sa rupture (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1- Les limites tenant à l'exécution du contrat synallagmatique

211. En droit de l'OHADA comme en France, la décision de poursuivre le contrat en cours emporte logiquement le respect des conditions du contrat par le mandataire de justice (**I**). Par ailleurs, cette décision n'empêche pas l'invocation de l'exception d'inexécution par le cocontractant vendeur de meuble (**II**).

I- LES OBSTACLES À LA LIBERTÉ DU MANDATAIRE DE JUSTICE

212. La condition pour le mandataire de justice d'exiger l'exécution d'un contrat en cours est de fournir la prestation promise au cocontractant. En outre, les paiements incombant au débiteur ne peuvent en principe se faire à crédit.

A) L'impossibilité de modifier le contrat initial

213. La contrainte mise à la charge du mandataire de justice lorsqu'il use de son pouvoir d'option est de fournir la prestation promise au cocontractant du débiteur⁶⁰⁸. Le contrat poursuivi doit donc en principe s'exécuter normalement dans sa totalité et conformément aux prévisions contractuelles. Le principe de la force obligatoire des contrats retrouve son plein effet et le mandataire de justice ne peut « *s'immiscer dans les relations des parties et (...) modifier les termes de leur convention* »⁶⁰⁹. Le respect de l'intégralité du contrat s'impose, y compris l'application des clauses contractuelles. Sous l'empire de l'article 38 de la loi du 13 juillet 1967⁶¹⁰ la jurisprudence imposait au syndic de respecter la clause compromissoire ou la clause attributive de compétence⁶¹¹. Le syndic ou l'administrateur ne peut opérer un choix entre les clauses pour écarter celles qui lui paraissent inopportunes. Il ne peut modifier unilatéralement le contrat. Il lui a ainsi été reproché d'avoir poursuivi un

⁶⁰⁸ Art. 108 AUPC ; L622-13-II du Code du commerce.

⁶⁰⁹ TGI Laon, 9 mars 1988, *D.* 1990, somm. p. 11, obs. F. DERRIDA ; *JCP G*, 1989, II, 21243, obs. Christian GAVALDA.

⁶¹⁰ Art. 38 al 1 : « *Le syndic conserve en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens la faculté d'exiger l'exécution des contrats en cours en fournissant la prestation promise à l'autre partie* ».

⁶¹¹ Cass. com., 12 juillet 1982, *JCP CI* 1983, II, 11273, obs. M. CABRILLAC et D. VIVANT.

contrat sans respecter les conditions de règlement convenues⁶¹², d'avoir voulu résoudre un contrat au motif qu'il ne présentait plus d'intérêt pour l'entreprise⁶¹³, ou encore, poursuivant un contrat d'agence commerciale, d'avoir limité la commission de l'agent⁶¹⁴.

Le terme prévu par le contrat en faveur du cocontractant du débiteur doit aussi être respecté. La Cour de cassation française estime qu'une clause pénale insérée dans un contrat de crédit-bail dont les parties avaient pu librement convenir lors de la signature du contrat, n'était pas contraire au principe de l'égalité des créanciers⁶¹⁵.

B) L'obligation de payer comptant le cocontractant

214. L'obligation de payer comptant est contraire au principe de non-déchéance du terme des contrats du fait de l'ouverture d'une procédure judiciaire de sauvetage⁶¹⁶.

215. En France, l'article L 622-13, II, alinéa 2⁶¹⁷ énonçait que « *lorsque la prestation porte sur le paiement d'une somme d'argent, celui-ci doit se faire au comptant, sauf pour l'administrateur à obtenir l'acceptation, par le cocontractant du débiteur, de délais de paiement* ». L'effet mécanique de cette règle est de rendre exigibles des créances qui ne le sont pas encore. Le débiteur perd donc de principe les facilités de paiement que le cocontractant lui accordait avant l'ouverture de la procédure. Ces facilités ne peuvent être maintenues qu'avec l'accord du créancier qui ne peut être contraint à accepter un paiement à crédit. Une telle position du législateur est surprenante au regard de l'objectif de sauvegarde. Elle pourrait en effet compromettre la poursuite de l'activité puisqu'elle emporte, pour le créancier, un paiement plus rapide que si le débiteur était *in bonis*⁶¹⁸.

Une ordonnance intervenue le 12 mars 2014⁶¹⁹ et entrée en vigueur le 1er juillet de la même année vient cependant modifier l'article L 622-13, II, alinéa 2. Elle entérine le vœu de la doctrine de voir supprimer de la procédure de sauvegarde cette obligation de payer comptant. Il est opportun en procédure de sauvegarde —dans laquelle il convient de

⁶¹² Cass. com. 17 février 1998, *RJDA*, 6/98, n° 758, p. 537.

⁶¹³ Cass. com. 19 octobre 1970, *Bull. civ.* IV, n° 271.

⁶¹⁴ Cass. com. 22 juin 1982, *D.* 1983, IR, p. 62 obs. F. DERRIDA.

⁶¹⁵ Cass. com. 10 juillet 1990, *RJC*, 1990, 345, obs J.-M. CALENDINI ; Cass. com. 9 mai 1995, *Bull. civ.* IV, n° 132.

⁶¹⁶ Art. 76 AUPC, et art. L 622-29 Code de commerce.

⁶¹⁷ Article L 622-13, II, alinéa 2 en vigueur avant la réforme de l'ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014, portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

⁶¹⁸ Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, *op. cit.*, n° 297-2.

⁶¹⁹ Ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014, portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

privilégier la liberté contractuelle—, que les stipulations contractuelles antérieures relatives aux échéances soient maintenues, en les assimilant à des délais de paiement acceptés par le cocontractant dans le sens de l'article L 622-13, II, alinéa 2 ancien⁶²⁰. Ainsi, la règle du paiement comptant est désormais exclue en procédure de sauvegarde⁶²¹, mais retrouve toute sa vigueur en redressement judiciaire⁶²². Cette dernière procédure permet néanmoins (fort heureusement), que le cocontractant puisse consentir à l'administrateur un délai de paiement.

216. En droit de l'OHADA, l'AUPC ne présente pas cette clarté du texte français. Il n'est pas expressément énoncé une obligation pour le syndic de payer comptant le créancier. L'article 108 alinéa 2 dispose que « *si le contrat est synallagmatique et si le syndic n'a pas fourni la prestation promise, l'autre partie peut soulever l'exception d'inexécution. Si l'autre partie s'exécute sans avoir reçu la prestation promise, elle devient créancière de la masse* ». Cette disposition, outre son silence sur l'éventuelle obligation de payer comptant, jette un doute sur l'impossibilité pour le cocontractant d'exiger préalablement du syndic le règlement des créances antérieures au jugement d'ouverture⁶²³. Quel sens donner à cette possibilité de soulever l'exception d'inexécution par le cocontractant ?

Il est en effet important d'opérer une distinction entre les prestations antérieures au jugement d'ouverture de la procédure collective, et les prestations postérieures audit jugement⁶²⁴. Pour ces dernières, rien n'empêche le cocontractant d'invoquer l'exception d'inexécution de l'article 108 alinéa 2 (AUPC). Dans un contrat synallagmatique, si l'une des parties réclame l'exécution de ce qui lui est dû sans pour autant payer ce qu'il doit, l'autre partie peut refuser d'exécuter sa propre prestation en lui opposant l'exception d'inexécution. En revanche, s'agissant des prestations antérieures au jugement d'ouverture, le cocontractant ne peut soulever l'exception d'inexécution. Une telle interprétation est acceptable, faute de quoi c'est l'existence même du droit d'option du syndic qui est remise en cause. Le pouvoir d'exiger l'exécution du contrat en cours ne peut être effectif que si le cocontractant ne dispose pas de moyens légaux de résistance. Quid de l'éventualité d'une obligation faite au syndic, d'avoir à payer comptant ?

⁶²⁰ J.-L. VALLENS, « Les « effets pervers » de la loi de sauvegarde des entreprises », *RTD com.*, 2007, 604.

⁶²¹ Art. L 622-13, II, al 2 (issu de l'ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014).

⁶²² Nouvel alinéa 4 de l'article L 631-14 du Code de commerce introduit par l'article 53 de l'ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014 ; v. Jean-Luc VALLENS, « Une réforme efficace et mesurée du livre VI du Code de commerce », *Revue Lamy Droit des Affaires* – 2014, n° 93, p. 24-30.

⁶²³ *Supra*, n° 209.

⁶²⁴ Jean René GOMEZ, *Entreprises en difficulté, op. cit.*

La réponse à cette question est délicate car il s'agit de savoir si de principe le débiteur conserve ou non le bénéfice des délais de paiement consentis avant le jugement d'ouverture. Supposons par hypothèse⁶²⁵ que l'exception d'inexécution puisse être invoquée pour des prestations antérieures au jugement d'ouverture. Dans ce cas, on ne saurait tirer des dispositions de l'article 108 AUPC une quelconque obligation pour le syndic d'avoir à payer comptant. Dès lors que les prestations antérieures du débiteur sont remplies, le cocontractant devrait exécuter sa part du contrat et ne pourrait en exiger la contrepartie qu'à l'échéance des délais contractuels, même si cette échéance a lieu bien après le jugement d'ouverture. Il ne pourrait à nouveau invoquer l'article 108 pour exiger l'exécution préalable du syndic qui use du droit d'option. Une telle interprétation n'est cependant pas satisfaisante au regard des développements du paragraphe précédent — relatifs à l'impossibilité pour le cocontractant de soulever l'exception d'inexécution pour des prestations antérieures.

En effet, l'exception d'inexécution traduit la réaction instinctive d'un contractant qui ne fait pas confiance à son partenaire. Cela explique qu'elle soit très logiquement écartée lorsque le cocontractant a fait crédit au débiteur⁶²⁶. Si l'article 108 AUPC autorise le cocontractant à soulever l'exception d'inexécution pour des prestations postérieures au jugement d'ouverture, c'est bien parce que le législateur exclut de principe le paiement à crédit après ledit jugement. Les obligations doivent donc s'exécuter simultanément et il n'est pas prévu que le cocontractant puisse être contraint de s'exécuter sans avoir reçu paiement⁶²⁷. Néanmoins, les dispositions de l'article 108 ne sont pas d'ordre public. Il ne s'agit que d'une faculté offerte au cocontractant ; ce qui signifie que celui-ci peut accorder des délais de paiement au syndic, et donc renoncer à user de l'exception d'inexécution.

II- L'INVOCATION DE L'EXCEPTION D'INEXÉCUTION PAR LE VENDEUR DE MEUBLE AVANT LA LIVRAISON

217. En principe le jugement d'ouverture n'emporte ni résolution, ni déchéance du terme du contrat. Le sort de celui-ci est désormais entre les mains du mandataire de justice. Toutefois, dans certains cas, le créancier peut invoquer l'exception d'inexécution à l'encontre du débiteur en procédure collective.

⁶²⁵ Sans considérer les développements du paragraphe précédent.

⁶²⁶ « Pour que l'exception d'inexécution puisse jouer, il faut non seulement que les obligations soient réciproques et interdépendantes, mais encore qu'elles doivent s'exécuter simultanément, trait pour trait » : V. François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *Droit civil les obligations*, 8e éd., Dalloz 2002, n^{os} 630 et ss, spéc. n^o 637.

⁶²⁷ F. M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n^o 192.

L'exception d'inexécution est une justice privée admettant le droit, pour chaque partie à un contrat synallagmatique, de refuser d'exécuter la prestation à laquelle elle est tenue tant qu'elle n'a pas reçu la prestation qui lui est due⁶²⁸. L'hypothèse est celle du vendeur de marchandises non encore livrées au débiteur. En effet, le droit d'option du mandataire de justice est ici inopérant puisqu'il ne s'agit pas d'un contrat en cours, mais d'un contrat déjà exécuté ; le transfert de propriété étant intervenu dès la conclusion du contrat. C'est donc logiquement que les droits OHADA et français admettent que le vendeur de marchandises puisse se prévaloir de certains droits aussi longtemps que les marchandises ne sont pas encore expédiées ou arrivées.

A) Le droit de rétention des marchandises vendues

218. Lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'encontre de l'acheteur, le vendeur qui se trouve encore en possession des marchandises et objets mobiliers vendus parce qu'il ne les a pas délivrés ou expédiés au débiteur ou au tiers agissant pour le compte de ce dernier, peut exercer un droit de rétention au vue d'en obtenir le paiement⁶²⁹. Cette solution vaut également lorsque les marchandises sont retenues par un tiers pour le compte du vendeur, peu importe que le prix soit stipulé payable à crédit et le transfert de propriété opéré avant la délivrance ou l'expédition⁶³⁰. La situation est originale au regard du droit commun car, en principe, l'*exceptio non adimpleti contractus* est écartée en cas de vente à crédit⁶³¹.

Néanmoins, le mandataire de justice a la faculté d'exiger la livraison des marchandises à condition d'en payer intégralement le prix⁶³². À défaut, le vendeur aura droit de conserver les marchandises et d'obtenir dommages-intérêt. En effet l'action en résolution est possible en France malgré l'article L 622-19 du Code de commerce qui interdit les actions en justice visant la résolution d'un contrat pour défaut de paiement d'une somme d'argent.

⁶²⁸ François TERRÉ, Philippe SIMLER, Yves LEQUETTE, *op. cit.*

⁶²⁹ Art ; 104 al 1 AUPC ; art. L 624-14 du Code du commerce.

⁶³⁰ Cass. req. 24 avril 1903, *DP*. 1904, I, 229, rapp. E. ALFANDARI ; En droit de l'OHADA v. art. 104 al 2.

⁶³¹ Art. 1612 Code civil.

⁶³² Art. 106 al 3 AUPC ; art L 624-16 al 4 Code de commerce.

B) Le droit de revendication des marchandises vendues

219. « *Peuvent être revendiquées les marchandises (et les objets mobiliers) expédiées au débiteur tant que la tradition n'en a point été effectuée dans ses magasins ou dans ceux du commissionnaire chargé de les vendre pour son compte (ou d'un mandataire chargé de les recevoir)* »⁶³³. C'est en ces termes quasi identiques que les droits OHADA et français ouvrent le droit de revendication au vendeur de meubles lorsque le destinataire est soumis à une procédure judiciaire. Ce dernier n'étant pas rentré en possession, les tiers n'ont pu croire qu'il en est devenu propriétaire. La revendication porte ainsi, non pas sur la propriété des marchandises, mais sur leur possession qui a été perdue à la suite de l'expédition. C'est le stoppage « *in transitu* » qui suppose que les biens soient individualisés et que le prix n'en ait pas été payé. Sur le commandement du vendeur, le transporteur quand bien même serait-il indépendant, est contraint de suspendre la livraison des biens.

Toutefois, et toujours en des termes quasi identiques, les deux législations suppriment ce droit de revendication à une condition : « *la revendication n'est pas recevable si, avant leur arrivée, les marchandises (et objets mobiliers) ont été revendues, sans fraude, sur factures ou titres de transport réguliers* »⁶³⁴.

Paragraphe 2- Les limites tenant dans la rupture du contrat

220. Si l'invocation de l'exception d'inexécution n'est qu'un moyen de défense provisoire qui suspend l'exécution sans éteindre les effets du contrat, la résolution elle, constitue une solution définitive. Elle est encourue en cas de refus tacite ou expresse du mandataire de justice de poursuivre le contrat en cours, ou pour le motif d'inexécution antérieure au jugement d'ouverture, ou encore pour le motif d'ouverture de procédure collective.

I- LA RUPTURE CONSÉCUTIVE À L'EXERCICE DU DROIT D'OPTION

221. Le droit d'option déroge au droit commun de la résolution du contrat pour inexécution. Le syndic en droit OHADA ou l'administrateur judiciaire en France peut, soit

⁶³³ Art. 105 al 1 AUPC ; art. L624-13 al 1 Code de commerce.

⁶³⁴ Art. 105 al 2 AUPC ; art. L624-13 al 2 Code de commerce.

exiger l'exécution normale du contrat, soit en accepter la résolution et ses conséquences. Il peut en outre engager sa responsabilité civile dans l'exercice de cette mission⁶³⁵. L'état de cessation des paiements —et *a fortiori* celui justifiant une procédure de sauvegarde— ne constituant pas un cas de force majeure, l'inexécution du débiteur peut donner lieu à des dommages-intérêts⁶³⁶. Ceux-ci peuvent résulter d'une clause pénale insérée dans le contrat⁶³⁷ car leur détermination relève du droit commun. Ils trouvent leur fondement dans l'inexécution du contrat, alors même que le mandataire de justice ne commet aucune faute en faisant usage de son droit de ne pas le poursuivre.

Cette rupture du contrat tient d'une part à l'usage, par le mandataire de justice, de la faculté de ne pas poursuivre le contrat en cours, d'autre part à la résolution du contrat continué.

A) La rupture du contrat en cours

222. En principe, en cas d'ouverture d'une procédure collective judiciaire, le cocontractant ne peut résoudre le contrat qu'après avoir mis en demeure le mandataire de justice, représentant du débiteur, d'avoir à exercer son droit d'option. Il peut également procéder à la résolution du contrat en cours lorsque le mandataire de justice a opté pour la renonciation ; cette renonciation n'étant pas la résolution du contrat⁶³⁸. En droit positif français, il est cependant offert la possibilité à l'administrateur judiciaire de demander la résolution du contrat en cours. Les hypothèses de résolution du contrat en cours sont donc envisageables selon que le syndic en droit OHADA ou l'administrateur en France est mis ou non en demeure d'avoir à exercer son droit d'option.

1) La résolution⁶³⁹ en présence d'une mise en demeure par le cocontractant

223. En rappel, pour éviter une très longue attente au cocontractant face à l'indécision du mandataire de justice, les législations prévoient la possibilité pour lui de mettre en demeure le mandataire afin qu'il exerce son droit d'option sous le délai d'un mois —trente jours en France—. Si à l'expiration de ce délai le mandataire de justice n'a pas expressément exigé

⁶³⁵ V. pour la responsabilité du syndic en droit de l'OHADA, Aziber Seïd ALGADI, *Contrats et droit O.H.A.D.A. des procédures collectives*, op. cit., n° 179 et ss, spéc. n°182.

⁶³⁶ Art. 109 al 1 AUPC ; Art. L 622-13-V du Code de commerce.

⁶³⁷ Cette solution, bien que discutable au nom de l'égalité entre les créanciers, a été validée par le Cour de cassation française : Cass com. 10 déc. 1991, *JCP E*, 1992, I, 138, n° 24, obs. P. P.

⁶³⁸ En renonçant à la poursuite du contrat, l'initiative de la résolution revient au cocontractant qui saisit le juge : *infra*, n° 225.

⁶³⁹ Sur notre préférence sémantique du terme « résolution » en lieu et place de « résiliation », v. *Supra*, note 578.

l'exécution du contrat, celui-ci encourt la résolution de plein droit⁶⁴⁰. La même résolution est admise avec raison en cas de renonciation expresse du mandataire de justice mis en demeure. La résolution prend effet dans ce cas à la date de la réception, par le cocontractant, du refus exprès du mandataire⁶⁴¹. Cependant, en France, le juge commissaire peut diminuer ou prolonger (sans excéder deux mois) le délai imparti à l'administrateur pour se prononcer.

Toujours en France, la résolution du contrat suite à une mise en demeure et en l'absence d'administrateur judiciaire n'est pas spécialement envisagée par les textes. Toutefois, vu que l'accord du mandataire judiciaire est indispensable en matière de continuation du contrat, certains auteurs estiment qu'il serait logique et opportun que la non-réponse à la mise en demeure soit soumise à la même formalité, avec l'arbitrage du juge commissaire en cas de désaccord⁶⁴².

2) La résolution en l'absence de mise en demeure par le cocontractant

224. En l'absence d'une mise en demeure, le droit OHADA ne prévoit pas expressément la rupture du contrat en cours. Il en est de même en France, sous le régime antérieur à l'ordonnance du 18 décembre 2008. Pourtant en créant un droit d'option au syndic (en droit OHADA) ou à l'administrateur judiciaire (en France), il est prévisible que celui-ci puisse aussi renoncer à poursuivre un contrat. Nous distinguerons la résolution du contrat à l'initiative du cocontractant, et celle à l'initiative du mandataire de justice.

a) La résolution à l'initiative du cocontractant, commune au droit de l'OHADA et au régime français antérieur à l'ordonnance du 18 décembre 2008⁶⁴³

225. En France, il était admis que l'administrateur ne pouvait pas, de sa propre initiative résilier le contrat en cours. La Cours de cassation considérait que la renonciation spontanée à l'exécution du contrat pour simple convenance, entraînait en conséquence le droit pour le cocontractant de faire prononcer en justice la résiliation de la convention, sans que l'administrateur ne puisse s'y opposer⁶⁴⁴. Cette solution qui n'en est pas véritablement une

⁶⁴⁰ Art. Art. 108 al 3 AUPC et Art. L 622-13-III, 1° du Code de commerce ; V. aussi *supra*, n° 207.

⁶⁴¹ Cass. com. 18 mars 2003, *D.* 2003, 972 obs. A. LIENHARD.

⁶⁴² Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement, op cit.*, n° 299-2.

⁶⁴³ Ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, art. 27.

⁶⁴⁴ Cass. com., 25 janvier 1994, n° 91-16.776 : *RJDA* 6/94, n° 706. V. aussi Cass. com., 19 mai 2004, n° 01-13542 ; *D.* 2004, 1668, obs. LIENHARD ; *JCP E*, 2004, 1292, n° 13, obs. PÉTEL.

en pratique⁶⁴⁵ ne trouve aucune issue pour les prestations fournies par le cocontractant au débiteur après le refus manifesté par l'administrateur de poursuivre le contrat. Dans une espèce où l'administrateur —en l'absence de mise en demeure— a notifié aux sociétés bailleuses son intention de ne pas poursuivre les contrats de location, celles-ci ont été en justice afin de le voir condamné au paiement du montant des loyers échus entre le jour de la renonciation à la poursuite des contrats et le jour de la restitution des avions. Appelé à se prononcer sur le sort des créances des cocontractants du débiteur, la Cour de cassation précise que ceux-ci ne bénéficiaient pas du régime de faveur pour les prestations fournies postérieurement à la renonciation de l'administrateur de poursuivre les contrats⁶⁴⁶. Ces créances ne peuvent donc être payées en priorité et doivent être déclarées. Cela dit, les effets du contrat sont en quelque sorte suspendus et il n'y a ni exécution ni résiliation jusqu'à la résiliation judiciaire. Selon certains auteurs, cette solution de la Cour constitue un revirement de jurisprudence car à l'analyse, les effets de la renonciation spontanée de l'administrateur à poursuivre le contrat en cours sont identiques à ceux d'une résiliation de plein droit de la convention à son initiative⁶⁴⁷.

La solution, dans le silence des textes, est en parfaite adéquation avec l'idée d'un droit d'option. Il est donc à prévoir qu'elle soit retranscrite par le juge de l'OHADA. La renonciation du syndic à poursuivre le contrat en cours ne saurait juridiquement résilier le contrat dans le silence de l'acte uniforme. Pour le Professeur Marie-Hélène MONSÉRIÉ, ce refus opère uniquement une rupture de fait du contrat mais ne peut, à l'égal des décisions judiciaires, entraîner une rupture juridique⁶⁴⁸. La seule issue envisageable pour le cocontractant est de demander la résolution judiciaire du contrat.

b) La résolution à l'initiative de l'administrateur en France depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008

226. Contrairement au droit antérieur, l'article 27 de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 confère à l'administrateur un pouvoir d'initiative qui lui permet de suggérer un véritable tri entre les contrats en cours. Ainsi, à sa demande, la résiliation peut être prononcée par le juge-commissaire, à la double condition que cette résiliation soit

⁶⁴⁵ Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement, op. cit.*, n° 300.

⁶⁴⁶ Cass. com., 18 septembre 2007, *Segui ès qual. c/ Sté Finiva capital limited*, n° 06-13-13824 ; D. 2007, 2393, note LIENHARD, et 2767, n° 5, obs. ORSINI ; *RJDA*, 1/2008, n° 58.

⁶⁴⁷ Deen GIBIRILA, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 418, p. 354 ; *RJDA*, 1/2008, n° 58.

⁶⁴⁸ Marie-Hélène MONSÉRIÉ, *op. cit.*, n° 415.

« nécessaire à la sauvegarde du débiteur et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant »⁶⁴⁹. Il s'agit d'éviter, comme en matière de non-réponse à la mise en demeure du cocontractant, que l'entreprise se retrouve prisonnière d'un contrat qui ne lui serait plus d'aucune utilité.

B) La rupture du contrat continué

227. Le contrat continué est le contrat en cours préalablement poursuivi par le mandataire de justice de manière tacite ou expresse. Il prend fin dans les conditions du droit commun, mais le droit français prévoit d'autres possibilités de résolution le rendant plus précaire.

1) La fin du contrat dans les conditions du droit commun en droit de l'OHADA et en France

228. Le contrat poursuivi peut prendre fin pour non-renouvellement ou pour résiliation unilatérale s'agissant d'un contrat à durée indéterminée, ou encore par le jeu d'une clause résolutoire. La défaillance du débiteur ou de l'administrateur rend possible l'application des règles du droit commun en matière de résolution. Le cocontractant, pour sa créance née de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du contrat, est soustrait à la discipline collective. Dans le cas où l'exécution n'intervient pas dans les termes convenus, le cocontractant pourra en obtenir la résolution judiciaire. Par ailleurs, rien ne fait obstacle au jeu des clauses pénales, ou à la possibilité de réclamer des dommages-intérêts pour le préjudice subi par le cocontractant. Celui-ci peut d'ailleurs, en plus du droit d'agir en justice que lui confère la règle du paiement à l'échéance, user de toutes les voies d'exécution possibles.

2) La fin du contrat dans des conditions propres au droit français des procédures collectives

229. Outre l'application des règles du droit commun, le législateur français prévoit deux mesures spéciales pour la rupture du contrat préalablement poursuivi dont l'une en faveur de l'administrateur, et l'autre en faveur du cocontractant. Indépendamment de ces mesures, la nécessité de sauvegarde de l'entreprise peut justifier la résiliation du contrat continué en droit français.

⁶⁴⁹ Art. L. 622-13, IV du Code de commerce.

D'abord, en faveur du cocontractant, l'art L 622-13, III, 2° du Code de commerce prévoit que le contrat est résilié de plein droit en l'absence de paiement à l'échéance ou au terme du délai de paiement qu'il a pu consentir. Il n'en est autrement que si le cocontractant accepte de poursuivre les relations commerciales. Ainsi, à défaut de paiement comptant ou selon les délais consentis, le contrat régulièrement poursuivi est automatiquement résilié. En présence de doute ou de contestation sur la survenance de cette résiliation de plein droit, le cocontractant peut solliciter du juge-commissaire qu'il constate cette résiliation ainsi que sa date. Le ministère public, l'administrateur, le mandataire judiciaire ou un contrôleur pourra saisir le tribunal aux fins de mettre fin à la période d'observation.

S'agissant ensuite de l'administrateur, il n'est pas exclu qu'après avoir choisi de continuer le contrat il constate un manque de fonds ne lui permettant pas d'assurer sa prestation en argent. L'article L 622-13, II, alinéa 2 du Code de commerce lui offre dans ce cas une possibilité de résilier pour *inexécution anticipée*⁶⁵⁰. Cette faculté est dérogatoire au droit commun puisqu'elle anticipe l'inexécution du débiteur. Elle devient cependant une obligation pour l'administrateur dès lors qu'il constate, s'agissant d'un contrat à exécution ou paiement échelonné dans le temps, qu'il ne disposera pas des fonds nécessaires pour remplir les obligations du terme suivant. L'administrateur doit mettre fin au contrat sans attendre que l'inexécution soit consommée ; à défaut, il engage sa responsabilité si le cocontractant n'est pas payé.

230. Enfin, s'agissant de la résiliation pour les besoins du redressement de l'entreprise, elle est prononcée par le juge-commissaire sur demande de l'administrateur. Il s'agit, comme évoqué ci-dessus en matière de contrat en cours⁶⁵¹, de permettre à l'entreprise de se dégager d'un contrat poursuivi, mais qui ne lui serait plus d'aucune utilité. L'article L 622-13, IV subordonne cette résiliation à deux conditions de fonds cumulatives : la nécessité pour la sauvegarde du débiteur, et la non-atteinte excessive aux intérêts du cocontractant.

⁶⁵⁰ Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *op. cit.*, n° 298.

⁶⁵¹ *Supra*, n° 226.

II- LA RUPTURE NON CONSÉCUTIVE À L'EXERCICE DU DROIT D'OPTION

A) La résolution⁶⁵² pour inexécution antérieure à l'ouverture de la procédure : une possibilité élargie en droit de l'OHADA

231. En principe, l'arrêt et l'interdiction des poursuites individuelles n'empêchent pas la résolution des contrats inexécutés ou mal exécutés⁶⁵³. Cependant le législateur français, pour favoriser la sauvegarde de l'entreprise, neutralise toute action en résolution du cocontractant pour *défaut de paiement d'une somme d'argent*⁶⁵⁴. Ce qui signifie *a contrario* que l'inexécution par le débiteur d'une obligation de faire ou de ne pas faire pourrait donner lieu à la résolution du contrat. L'article L 624-12 alinéa 2 admet d'ailleurs l'action en résolution du contrat de vente intentée antérieurement au jugement d'ouverture —bien que la résolution ait pu intervenir par décision de justice postérieurement au jugement ouvrant la procédure—, sauf pour défaut de paiement du prix. Toutefois, la Cour de cassation en interprétant largement la notion de *défaut de paiement d'une somme d'argent*, a pu réduire la possibilité de critiquer les contrats mal exécutés : toute action en résolution fondée sur une obligation de faire impliquant un coût pour le débiteur ne peut plus être admise⁶⁵⁵. Le principe en droit français semble donc devenir l'interdiction de toute action en résolution pour inexécution antérieure à l'ouverture de la procédure.

Cette analyse ne vaut pas en droit de l'OHADA où le défaut de paiement ne constitue pas un empêchement à l'action en résolution pour inexécution. L'article 75 AUPC en son alinéa 3 dispose expressément que « *la suspension des poursuites individuelles ne s'applique pas aux actions... en résolution* » ; et cette disposition ne souffre pas d'exception. Le législateur admet d'ailleurs que la résolution d'une vente de meuble puisse être prononcée postérieurement à la décision ouvrant la procédure, alors que l'action a été intentée antérieurement à ladite décision⁶⁵⁶.

⁶⁵² *Supra*, note 578.

⁶⁵³ *Supra*, n° 127.

⁶⁵⁴ *Supra*, n° 200.

⁶⁵⁵ *Supra*, n° 134.

⁶⁵⁶ Art. 106 al. 2 AUPC.

232. Quid à présent du créancier qui agit en résolution pour inexécution antérieure au jugement d'ouverture, alors que le mandataire de justice, administrant la procédure, exige la poursuite du contrat⁶⁵⁷ ?

La Chambre civile de la Cour de cassation française tranche que le droit d'option de l'administrateur « *ne fait pas obstacle à la poursuite de l'action en résiliation... pour une cause antérieure au jugement de redressement judiciaire, autre que le défaut de paiement d'une somme d'argent* »⁶⁵⁸. En conséquence, l'exercice de la faculté ouverte à l'administrateur ne peut arrêter le cours d'une instance en résiliation engagée avant le jugement d'ouverture par le cocontractant, dès lors que la résiliation n'était pas demandée pour inexécution d'une obligation de payer une somme d'argent⁶⁵⁹.

Cette solution est logique et devrait être admise en droit de l'OHADA, sans être pour autant limitée par l'exigence d'une cause autre que le défaut de paiement d'une somme d'argent. Comparé au droit français, l'action en résolution du cocontractant pour cause d'inexécution antérieure au jugement d'ouverture est donc plus largement admise en droit de l'OHADA.

B) La résolution de plein droit pour cause d'ouverture de la procédure collective : une spécificité du droit de l'OHADA

233. Dire qu'il s'agit d'une spécificité du droit de l'OHADA peut sembler excessif. En effet, le droit français antérieur à la loi du 25 janvier 1985 consacrait l'exclusion de principe des contrats conclus *intuitu personae* du domaine des contrats poursuivis après ouverture d'une procédure collective⁶⁶⁰. En droit positif, le législateur français renonce à ce principe dès 1985, et la jurisprudence étend le domaine de la faculté d'exiger l'exécution de contrats en cours par l'administrateur⁶⁶¹. En droit de l'OHADA, la cessation des paiements est une cause de rupture du contrat *intuitu personae* (1). En outre, il est loisible aux États-parties au traité OHADA de prévoir la résolution systématique de certains contrats pour motif de cessation des paiements (2).

⁶⁵⁷ L'option de continuer le contrat en cours emporte l'obligation pour le cocontractant de l'exécuter sans pouvoir agir en résiliation pour inexécution, ni obtenir des dommages intérêts.

⁶⁵⁸ Civ. 3^e, 21 juillet 1999, *D.*, 1999, IR 229 ; *JCP E*, 2000, n° 4, obs. PÉTEL.

⁶⁵⁹ Cass. com., 28 mai 1996, *Bull. civ.*, IV, n° 149 ; *JCP E*, 1996, I, 584, n° 13, obs. PÉTEL.

⁶⁶⁰ Cass. civ., I, 17 juin 1975, *Bull. civ.* I, n° 199. On note toutefois une décision rendue sous le régime de la loi de 1967 qui consacrait qu'un contrat de mandat lié à l'activité professionnelle du débiteur pouvait être continué : CA Paris, 21 mai 1985, *D.*, 1986, IR, p. 8, obs. F. DERRIDA.

⁶⁶¹ *Supra*, n° 202.

1) La résolution des contrats intuitu personae

234. « *Hormis pour les contrats conclus en considération de la personne du débiteur (...) la cessation des paiements déclarée par décision de justice n'est pas une cause de résolution...* ». Cette disposition de l'article 107 de l'AUPC exclut sans équivoque du domaine du maintien des contrats en cours, les contrats conclus *intuitu personae*. Ceux-ci sont résolus de plein droit en cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation des biens. L'acte uniforme s'inscrit ce faisant dans la même logique que les articles 2003 (le contrat de mandat) et 1865 (contrat de société) anciens du Code civil, qui faisaient de la déconfiture du débiteur une cause de rupture du contrat de mandat ou de société.

Toutefois, un certain courant doctrinal tend à réduire la portée de cette résolution de plein droit des contrats *intuitu personae* en raison de la timidité et de l'absence d'homogénéité des textes de l'OHADA sur le sujet⁶⁶². Pour ce courant, l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de règlement préventif n'est pas prévue par l'article 291 AUDSG⁶⁶³ comme un élément de rupture du contrat de société en nom collectif. En outre s'agissant de la fin d'une société en commandite simple, l'article 308 AUDSG est muet sur le cas de la *déconfiture* ou de la faillite d'un associé commandité.

Quand à notre position, nous pensons que juridiquement le silence de ces textes ne pourrait être interprété comme une exception à la résolution de plein droit du contrat *intuitu personae* de l'article 107 AUPC. Il serait cependant souhaitable que la jurisprudence permette au contrat de société de personne d'échapper à la résolution du fait de la survenance de la cessation des paiements d'un associé commandité. Notre souhait vaut également pour la convention de compte-courant.

2) La résolution des contrats prévus expressément par la loi de chaque État-partie au traité de l'OHADA

235. « *Hormis pour les contrats (...) prévus expressément par la loi de chaque État-partie, la cessation des paiements déclarée par décision de justice n'est pas une cause de résolution...* ». Cette disposition de l'article 107 AUPC indique que les États-parties au traité de l'OHADA peuvent prévoir que la règle du maintien des contrats en cours ne

⁶⁶² Jean René GOMEZ, *Entreprises en difficulté*, op. cit. n°170, p. 201 ; Aziber Seïd ALGADI, *Contrats et droit O.H.A.D.A. des procédures collectives*, op. cit., n°s 30 et 31.

⁶⁶³ Acte Uniforme du 17 avril 1997, réformé le 30 janvier 2014 (entré en vigueur le 05 mai de la même année), et relatif au Droit des Sociétés commerciales et du Groupement d'intérêt économique.

s'appliquera pas à certains contrats qu'ils auront expressément désignés. Quel peut être la nature de tels contrats ?

Pour certains auteurs, il s'agit surtout des marchés publics⁶⁶⁴. Ceux-ci sont résiliés de plein droit par l'autorité signataire et sans indemnité en cas de liquidation des biens ou de redressement judiciaire, si le cocontractant de l'administration n'est pas autorisé par le tribunal à continuer l'exploitation de son entreprise.

Mais cette latitude laissée aux États-parties peut conduire à des dérives dans la mesure où elle crée une diversité législative préjudiciable à l'optique d'harmonisation du droit OHADA⁶⁶⁵.

SECTION 2 : LES AMÉNAGEMENTS SPÉCIFIQUES DES CONTRATS

236. Certains contrats connaissent un régime particulier dérogeant plus ou moins au régime général. Ces dérogations s'observent soit dans la poursuite du contrat, soit dans la mise en œuvre de sa rupture. Dans tous les cas, la poursuite de plein droit du contrat en cours en cas d'ouverture d'une procédure collective de sauvetage reste un principe. L'analyse se focalisera sur les sorts du contrat de travail (**Sous-section 1**) et du contrat de bail (**Sous-section 2**).

Sous-section 1 : Le contrat de travail

237. Le contrat de travail en cas de procédure collective, se poursuit de plein droit et sa résiliation peut intervenir unilatéralement pour les raisons du redressement de l'entreprise.

⁶⁶⁴ J. M. NYAMA, *OHADA, droit des entreprises en difficulté*, éd. CERFOD, 2004, n° 79, cité par Aziber Seïd ALGADI, *op. cit.*, n° 39.

⁶⁶⁵ V. pour la critique Jean René GOMEZ, *op. cit.* n°170, p. 202 ; Aziber Seïd ALGADI, *op. cit.*, n° 40 à 43 ; F. M. SAWADOGO, *OHADA droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 191.

Paragraphe 1- La poursuite de plein droit du contrat

238. Le régime général des contrats en cours ne s'applique pas au contrat de travail⁶⁶⁶. En effet, les travailleurs font partie de l'entreprise et en constituent une des composantes indispensables. En outre, ils ne sont pas des cocontractants ordinaires à cause du caractère alimentaire du salaire. Ces éléments justifient un régime plus protecteur pour les travailleurs que pour les autres cocontractants fournisseurs de biens, de service ou de crédit qui ont accordé leur confiance au débiteur. Les contrats de travail en cours doivent ainsi se poursuivre de plein droit à l'ouverture d'une procédure collective de sauvetage. Leur exécution doit se poursuivre quel que soit le mode de la continuation de l'exploitation de l'entreprise (par continuation, cession, ou location-gérance). Cette poursuite automatique dispense même les travailleurs d'interroger l'employeur sur son intention de poursuivre ou non le contrat. Il en est ainsi du fait de l'étroite liaison entre le contrat de travail et le maintien de l'activité de l'entreprise. La poursuite du contrat permet d'éviter une dégradation des capacités de production pendant la phase préparatoire de la procédure. Toutefois, bien qu'elle soit légitime, cette poursuite n'est pas toujours pleinement compatible avec les solutions qu'appelle la procédure collective. Une entreprise en situation financière précaire ne peut se permettre de conserver en son sein des effectifs en surnombre ou inadaptés. Dès lors, des allègements sont admis pour la rupture des contrats de travail en faveur du débiteur en procédure collective.

Paragraphe 2- La rupture unilatérale du contrat : le licenciement pour motif économique

239. Le redressement de l'entreprise passe presque toujours par un meilleur contrôle de ses charges et notamment par une restriction des coûts salariaux ; certains licenciements étant la condition *sine qua non* de la préservation du reste de l'activité et de l'emploi⁶⁶⁷. Ces licenciements sont toutefois étroitement encadrés par l'ordre public social qui définit des procédures stricts. Celles-ci sont déroatoires au droit commun de la résiliation du contrat à exécution successive. Même sous procédure collective, la rupture du contrat de travail ne saurait être soumise aux règles régissant la rupture des contrats en cours. Par

⁶⁶⁶ En France c'est l'article L 622-13, IV qui exclut expressément de son domaine le contrat de travail.

⁶⁶⁷ Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement, op. cit.*, n° 407.

ailleurs selon les difficultés de l'entreprise, la résiliation du contrat pourrait connaître une procédure plus allégée.

I- LA DÉROGATION AUX RÈGLES SPÉCIALES DE RUPTURE DU CONTRAT EN COURS

240. Les difficultés de l'entreprise n'exonèrent pas celle-ci de l'application des règles du Code du travail. Le licenciement pour motif économique est le licenciement effectué par un employeur pour un ou plusieurs motifs non inhérents à la personne du travailleur, et résultant d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification substantielle du contrat de travail, consécutive à des difficultés économiques, à des mutations technologiques ou à des restructurations internes⁶⁶⁸. Les règles du Code du travail trouvent donc à s'appliquer à l'entreprise en difficulté mais connaissent, sous certaines conditions, un allègement lorsque l'entreprise est en cessation des paiements.

A) L'application du droit commun du licenciement économique

241. La différence d'une part, entre le règlement préventif et le redressement judiciaire (en droit de l'OHADA), d'autre part, entre la sauvegarde et le redressement judiciaire (en droit français), est une question de situation économique et financière de l'entreprise. Sur ce plan, le débiteur en redressement judiciaire connaît la cessation des paiements ; situation qui implique un encadrement plus étroit du législateur sur le déroulement de la phase préparatoire du sauvetage. Les contraintes du droit des faillites —qui imposent une rapidité dans la prise en charge de l'entreprise— justifient dans ce cas l'assouplissement de la procédure de licenciement pour motif économique. Or il n'y a pas, au moins en principe, une différence notable entre la situation du débiteur en sauvegarde ou en règlement préventif, et la situation de l'entrepreneur « *in bonis* ». Rien ne justifie dans ce cas une différence de traitement : application donc du droit commun du licenciement pour motif économique⁶⁶⁹. Il en résulte que le régime simplifié de licenciement pour motif économique ne s'applique en Afrique et en France qu'à l'entreprise en cessation des paiements.

⁶⁶⁸ V. en substance les articles 98 du Code du travail du Burkina Faso, et L 1233-3 du Code du travail de la France.

⁶⁶⁹ Albert ARSEGUÉL et Thierry MÉTEYÉ, « Les aspects sociaux de la procédure de sauvegarde », *Rev. proc. coll.*, n° 2, Avril 2008, spéc. n° 6.

B) L'application très exceptionnelle d'un régime simplifié du licenciement économique

242. Dès lors qu'il est envisagé le sauvetage de l'entreprise, le régime simplifié du licenciement économique n'est envisageable qu'en procédure de redressement judiciaire et seulement si les licenciements présentent un caractère « urgent, inévitable et indispensable ».

1) L'exclusion de l'entreprise in bonis

243. L'application du droit commun du licenciement économique, sauf en cas de procédure collective de redressement et de liquidation judiciaires, découle des dispositions expresses du législateur, mais aussi de ses silences.

En droit de l'OHADA, l'article 27 AUPC évoque concernant les mesures envisagées par le débiteur dans le projet de concordat de redressement judiciaire, « *les licenciements pour motif économique qui doivent intervenir dans les conditions prévues par les articles 110 et 111 du présent Acte uniforme* ». Mais l'article 7 AUPC relatif au règlement préventif dispose, s'agissant du concordat préventif, des « *licenciements pour motif économique qui doivent intervenir dans les conditions prévues par les dispositions du droit du travail* ». Le législateur africain —contrairement à la confusion faite par certains auteurs⁶⁷⁰— consacre ainsi exclusivement et sans équivoque l'application du régime spécial des articles 110 et 111 AUPC aux seules procédures de redressement judiciaire ou de liquidation des biens⁶⁷¹.

En France, l'absence de dispositions relatives aux licenciements dans la procédure de sauvegarde conduit la doctrine à déduire qu'ils relèvent du droit commun du travail. En revanche l'article L 631-17, siège de la procédure allégée du licenciement économique, se trouve placé sous le titre III du livre VI du Code de commerce relatif au redressement judiciaire. Ce qui permet de déduire que seule la période d'observation de la procédure de redressement judiciaire peut permettre l'usage du régime simplifié de licenciement. Les licenciements intervenus en période d'observation dans une procédure de sauvegarde ne connaissent donc aucun traitement dérogatoire au droit commun du licenciement économique.

⁶⁷⁰ Aziber Seïd ALGADI, *op. cit.*, n° 132.

⁶⁷¹ Joseph ISSA-SAYEGH, « Le sort des travailleurs dans les entreprises en difficulté : droit OHADA », *Penant*, janvier 2010, n° 870, p. 80-102 ; *ohadata D-09-41*.

2) *L'exigence du caractère strictement nécessaire des licenciements*

244. Si des dérogations au droit commun du licenciement ont été introduites, c'est parce qu'il y a nécessité ; des licenciements pouvant apparaître très urgents. L'AUPC exige du licenciement un caractère « urgent et indispensable », auquel le Code de commerce français ajoute un caractère « inévitable »⁶⁷². Ces notions sont extrêmement restrictives car insistant sur l'usage très exceptionnel de la procédure simplifiée de licenciement. C'est aussi le signe d'une volonté de préserver l'emploi même en période de difficulté. La vitesse de la dégradation de la situation financière de l'entreprise a pu justifier en France l'autorisation donnée de licencier près du tiers du personnel⁶⁷³. Rien de tel en procédure de sauvegarde puisque le débiteur est « *in bonis* » et tente justement, par sa saisine du juge, d'éviter l'état de cessation des paiements. Dans tous les cas, l'appréciation de la nécessité urgente du licenciement revient au juge-commissaire.

II- LE DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE SIMPLIFIÉE DE LICENCIEMENT ÉCONOMIQUE

245. La procédure de licenciement pour motif économique dans le régime spécial est *mutatis mutandis* similaire en droit de l'OHADA et en France. Elle est initiée par le mandataire représentant du débiteur ou le débiteur⁶⁷⁴ sur autorisation du juge-commissaire. Globalement, le demandeur doit préalablement à la saisine du juge-commissaire consulter les représentants du personnel. Il doit en outre informer l'autorité administrative compétente. Celle-ci est en droit de l'OHADA l'Inspection du Travail, et en France la Direction Départementale du Travail et de l'Emploi. Le demandeur doit ensuite joindre à l'appui de la demande qu'il adresse au juge-commissaire, l'avis recueilli et les justifications de ses diligences. Il joint également à sa demande, en droit de l'OHADA, l'ordre des licenciements préalablement établi.

Le juge-commissaire, sur constat de l'urgente nécessité de licencier, autorise les licenciements envisagés ou certains d'entre eux s'ils s'avèrent nécessaires au redressement de l'entreprise. Sa décision, en droit de l'OHADA, est signifiée aux travailleurs dont le licenciement est autorisé et au contrôleur représentant les travailleurs s'il en est nommé⁶⁷⁵. En France, elle indique le nombre de salariés et les catégories d'emplois concernées. Elle est en outre notifiée aux représentants du personnel et transmise au ministère public, à

⁶⁷² Art. 110 AUPC et art. L 631-17 Code de commerce.

⁶⁷³ Trib. com., Versailles, 17 novembre 1986, *Droit ouvrier*, 1979, p. 251, obs. GRINSNIR.

⁶⁷⁴ En France en l'absence d'administrateur (art. L 631-21 du Code de commerce).

⁶⁷⁵ Art. 111 al. 2 AUPC.

l'administrateur, et au mandataire⁶⁷⁶. C'est sur cette base que l'administrateur ou le débiteur établit la liste nominative des salariés licenciés, dans le respect des dispositions légales ou conventionnelles relatives à l'ordre des licenciements.

La décision du juge-commissaire est susceptible de recours. En Droit de l'OHADA, l'opposition doit avoir lieu dans les quinze jours de la signification, devant la juridiction ayant ouvert la procédure ; laquelle doit rendre sa décision sous quinzaine. En France, le recours doit avoir lieu dans les dix jours de la communication ou de la notification⁶⁷⁷.

Sous-section 2 : Le contrat de bail d'immeubles affectés à l'activité du débiteur

246. Le régime spécial s'applique en France au « *bail des immeubles donnés à bail au débiteur et affectés à l'activité de l'entreprise* »⁶⁷⁸. Tous les autres baux portant sur d'autres immeubles du débiteur preneur (non affectés à son activité), ainsi que les baux conclus par un bailleur soumis à une procédure collective sont régis par le régime général des contrats en cours de l'article L 622-13⁶⁷⁹. En droit de l'OHADA ce régime spécial s'applique aussi au « *bail des immeubles affectés à l'activité professionnelle du débiteur* », mais englobe en plus « *les locaux qui, dépendant de ces immeubles, servent à l'habitation du débiteur ou de sa famille* ».

Quant à son contenu, le régime spécial prévoit, comme en matière de contrats en cours, un principe de poursuite du contrat de bail (**paragraphe 1**) qui cependant peut être rompu par les parties (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1- Le principe de poursuite du contrat de bail

247. Le contrat de bail est un élément clé de l'exploitation d'une entreprise ; aussi fait-il l'objet d'une protection particulière des législateurs OHADA et français. Il en résulte que

⁶⁷⁶ Art. R 631-26 du Code du commerce (art. 194 du décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005).

⁶⁷⁷ Art. R 621-21 du Code de commerce (art. 67 décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005).

⁶⁷⁸ Art. L 622-14 al 1 du Code de commerce.

⁶⁷⁹ Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement, op. cit.*, n° 280.

le mandataire de justice représentant ou assistant le débiteur⁶⁸⁰ peut, nonobstant les inexécutions antérieures, exiger la poursuite du bail. Celui-ci *a priori* s'exécute tant qu'une décision prononçant ou constatant la résiliation n'est pas définitivement acquise. On retrouve ici le droit d'option reconnu au mandataire de justice dans le régime général des contrats en cours. Ce droit d'option connaît une survivance qui, du reste, est bien circonscrite en droit positif français ; l'article L 622-14, siège du régime spécial applicable aux baux affectés à l'activité du débiteur, renvoie en effet expressément aux dispositions du régime général de l'article L 622-13 I et au II. En droit de l'OHADA, la survivance du régime général n'est pas tout à fait catégorique ; des ambiguïtés existent⁶⁸¹. Cependant sur la poursuite systématique du contrat de bail et la survivance du droit d'option du syndic, l'article 79 al 2 et 3 AUPC, siège du régime spécial, ne souffre pas de difficulté d'interprétation. Précisons tout de même qu'à la différence du régime spécial, l'exercice du droit d'option en matière de contrat de bail revient concurremment au débiteur et au syndic en cas de redressement judiciaire.

L'ouverture d'une procédure collective ne saurait donc entraîner de plein droit la résiliation du bail, et toute stipulation contraire est réputée non écrite⁶⁸². En cas de poursuite du bail, le contrat s'exécute normalement et il peut être cédé dans les conditions éventuellement conclues avec le bailleur (dans le contrat) et avec tous les droits et obligations qui s'y rattachent⁶⁸³. Quelques restrictions existent cependant en droit français.

D'une part, il faut préciser qu'en cas de cession du bail, toute clause imposant au cédant des dispositions solidaires avec le cessionnaire est réputée non écrite⁶⁸⁴. Il s'agit pour le législateur français de faciliter la cession du bail en dispensant le débiteur de garantir la solvabilité du cessionnaire.

D'autre part, l'article L 622-16 alinéa 3 prévoit que le bailleur ne peut pas exiger le paiement des loyers à échoir lorsque les sûretés qui lui ont été données lors du contrat sont maintenues, ou lorsque celles qui ont été fournies depuis le jugement d'ouverture sont jugées suffisantes.

⁶⁸⁰ Ou encore en France, en l'absence d'administrateur judiciaire, le débiteur lui-même après avis conforme du mandataire judiciaire.

⁶⁸¹ V. notamment la question de la résiliation de plein droit du bail en cas de silence du syndic à la mise en demeure du bailleur : *infra*, n° 251.

⁶⁸² Art. 97 al 1 AUPC ; Art L 622-13, I et II, sur renvoi exprès de l'art. L 622-14 al 1.

⁶⁸³ Art. 97 al 2 AUPC.

⁶⁸⁴ Art. L 622-15 du Code de commerce.

Paragraphe 2- L'aménagement de la rupture du contrat par les parties

248. Le maintien de l'activité de l'entreprise par l'aménagement du contrat de bail des immeubles donnés à bail au débiteur pour son activité peut aussi impliquer sa résiliation. Celle-ci est très encadrée par le régime spécial. En France elle est essentiellement régit par l'article L 622-14⁶⁸⁵ comme le résume bien un auteur : « *le bail se continue dans les termes de l'article L 622-13 et se résilie dans ceux de l'article L 622-14* »⁶⁸⁶. Le silence de l'acte uniforme en droit de l'OHADA ne permet pas d'affirmer l'exclusivité de l'application du régime spécial à la résiliation du bail.

Quoi qu'il en soit, la résiliation est globalement aménagée dans un sens favorable au débiteur. Le législateur français est encore plus protecteur du débiteur que son homologue africain, plus soucieux quant à lui de ménager les intérêts du bailleur. L'initiative de la résiliation appartient au mandataire de justice et /ou au débiteur, et au bailleur sous certaines conditions.

I- LA RÉSILIATION À L'INITIATIVE DU MANDATAIRE DE JUSTICE ET/OU DU DÉBITEUR : UNE PROCÉDURE PLUS SOUPLE EN DROIT FRANÇAIS

249. Le contrat de bail peut être résilié unilatéralement à tout moment. En droit de l'OHADA, cette résiliation est le fait du débiteur assisté du syndic. En cas de décision de ne pas poursuivre le bail, celui-ci est résilié sur simple congé formulé par acte extrajudiciaire. Un préavis qui ne saurait être inférieur à trente jours est toutefois nécessaire. La résiliation prend donc effet à l'expiration du délai de préavis notifié au bailleur. Ce dernier, selon le régime général des contrats en cours, peut demander des dommages-intérêts et obtenir, de la juridiction compétente, une compensation de sa créance [de dommages-intérêts] avec les acomptes du débiteur qu'il avait perçus.

En France, la résiliation est le fait de l'administrateur ou du débiteur après avis conforme du mandataire judiciaire⁶⁸⁷. Elle a lieu sans aucun préavis. Elle prend effet au jour où le bailleur est informé de la décision de ne pas continuer le bail. C'est en cela que réside la souplesse de la résiliation du bail en droit français. L'inexécution peut donner lieu

⁶⁸⁵ Partiellement réécrit par l'article 28 de l'ordonnance du 18 décembre 2008.

⁶⁸⁶ KENDÉRIAN, *Gaz. Proc. Coll.*, 7 mars 2009, p. 31, n° 11, cité par Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *op. cit.*, n° 302.

⁶⁸⁷ Art. L627-2 du Code de commerce.

à des dommages et intérêts au profit du cocontractant. Celui-ci peut différer la restitution de l'excédent des sommes versées en par le débiteur en exécution du contrat jusqu'à ce qu'il soit statué sur les dommages-intérêts.

Ainsi, dès qu'elle prend effet, la résiliation en droit de l'OHADA comme en France met fin à l'obligation du preneur de verser des loyers. Ce dernier cependant pourrait être tenu de payer des indemnités d'occupation tant que l'occupation du local se poursuit. La grande différence des deux législations reste néanmoins l'exigence ou non du préavis de résiliation.

II- LA RÉSILIATION À L'INITIATIVE DU BAILLEUR : UNE PROCÉDURE PLUS SOUPLE EN DROIT DE L'OHADA

250. Le bailleur, pour des motifs antérieurs ou postérieurs au jugement d'ouverture, peut souhaiter la résiliation du bail affecté à l'activité professionnelle du débiteur.

A) La résiliation pour motif antérieur au jugement d'ouverture de la procédure

251. S'agissant d'une résiliation pour motif antérieur, le bailleur en France ne peut exercer ou continuer son action que si celle-ci est fondée sur une cause antérieure autre que le défaut de paiement du débiteur. En outre, cette résiliation est étroitement encadrée par le régime spécial de l'article L 622-14 qui exclut la résiliation de plein droit pour défaut de réponse à la mise en demeure du cocontractant. Le silence de l'administrateur n'a aucune conséquence juridique⁶⁸⁸. Le législateur veut protéger le débiteur car le risque est grand, surtout en l'absence d'administrateur, de voir un bail résilié par surprise ou ignorance en cas d'omission de réponse à la mise en demeure du bailleur⁶⁸⁹.

En droit de l'OHADA, le bailleur peut demander ou faire constater la résiliation pour des causes antérieures à la décision d'ouverture. Il doit à cet effet, s'il ne l'a déjà fait, introduire sa demande dans le mois suivant la deuxième insertion au Journal Officiel ou dans un journal d'annonces légales, de la décision d'ouverture de la procédure collective⁶⁹⁰. Cette incitation à la vigilance et à la célérité se justifie afin éviter que le local dans lequel le débiteur exploite son activité ne soit retiré à un moment où la procédure connaît des

⁶⁸⁸ Au contraire, dans le régime général des contrats en cours, le silence de l'administrateur en cas de mise en demeure d'avoir à exercer son droit d'option emporte résolution de plein droit du contrat : v. *supra*, n°223.

⁶⁸⁹ Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *op. cit.*, n° 302.

⁶⁹⁰ Art. 97 al 4 AUPC.

avancées significatives. La résiliation de plein droit en cas de non-réponse à la mise en demeure du bailleur trouve-t-elle application pour le contrat de bail ?

Cette question est pertinente d'autant plus que l'article 97 AUPC, siège du régime spécial applicable au contrat de bail, n'envisage pas la possibilité de résiliation après mise en demeure du bailleur. Juridiquement, le régime général des contrats en cours doit trouver à s'appliquer en cas de silence du régime spécial, ce dans la mesure où celui-là ne contrevient pas aux dispositions de celui-ci. Cela est logique d'autant plus que le législateur ne délimite pas expressément le domaine d'application du régime spécial du bail, comme le fait son homologue en France. Il est clair que l'exclusion du régime général, notamment la possibilité de mettre en demeure le syndic, serait favorable au maintien de l'activité. Aussi faudrait-il souhaiter que la CCJA tranche dans le sens de l'exclusivité du régime spécial de l'article 97 AUPC pour la résiliation du bail.

B) La résiliation pour motif postérieur au jugement d'ouverture de la procédure

252. S'agissant des causes de résiliation postérieures au jugement d'ouverture, le bailleur en France ne peut agir ou faire constater la résiliation du bail pour défaut de paiement des loyers et charges afférents à l'occupation, qu'au terme d'un délai de trois mois à compter dudit jugement⁶⁹¹. La résiliation de plein droit pour défaut de paiement comptant ne s'applique pas dans le cas du bail. Le bailleur en France se trouve donc plus mal traité qu'un autre cocontractant. L'exigence du délai de trois mois préalable pour la recevabilité de la demande en résiliation est excessive. Elle est de nature à grossir l'impayé alors même que le débiteur, incapable de payer des loyers, bénéficie de l'arrêt des poursuites⁶⁹². Si le paiement des sommes dues intervient avant l'expiration du délai prévu pour la recevabilité de la demande, il n'y a pas lieu à résiliation. La situation du bailleur est telle qu'il ne peut non plus prétexter un défaut d'exploitation des immeubles loués pendant la période d'observation pour demander résiliation. Il s'agit pour le législateur d'éviter qu'une interruption momentanée de l'activité ne conduise à la perte du local, compromettant ainsi le redressement. Le débiteur ce faisant est nettement très protégé par le législateur français.

En droit de l'OHADA, le bailleur qui entend former une demande en résiliation du bail pour des causes nées postérieurement à la décision d'ouverture doit l'introduire dans un

⁶⁹¹ Art. L 622-14, 2°.

⁶⁹² Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *op. cit.*, n° 302-6, spécialement note n° 400.

délai de quinze jours à dater de la connaissance par lui de la cause de résiliation. Cette limitation du délai de l'action en résiliation par l'article 97 alinéa 5 de l'AUPC implique une vigilance du bailleur. Si celui-ci ne respecte pas ce délai, il ne lui serait plus possible de résilier le bail, du moins jusqu'à l'adoption du concordat ; mesure sévère car de nature à augmenter l'impayé. Mais quand bien même il aurait agi dans le délai, le bailleur ne pourra voir prononcer la résiliation du contrat que lorsque les garanties offertes par le débiteur sont jugées insuffisantes, par la juridiction compétente, pour garantir son privilège.

Malgré tout, le bailleur en droit de l'OHADA connaît moins de contraintes que son homologue en droit français.

CHAPITRE 2 : LE MAINTIEN DE L'ACTIVITÉ PAR LE MÉNAGEMENT DES CONTRACTANTS

253. Le maintien de l'activité est d'une nécessité pratique car toute cessation, même provisoire de l'exploitation, serait préjudiciable à une reprise économiquement prospère de l'activité. La dispersion de la clientèle diminuerait considérablement la valeur du fonds de commerce et c'est le redressement lui-même qui s'en trouverait compromis. Ce maintien de l'activité engendre toutefois un nouveau passif en sus de celui qui a conduit à l'ouverture de la procédure. On imagine la nature du conflit qui peut exister entre les créanciers antérieurs au jugement d'ouverture et les nouveaux créanciers. Ces derniers, par rapport aux premiers, ont cependant toujours reçu un traitement préférentiel dans les procédures collectives, que celles-ci soient prioritairement orientées vers la recherche du paiement des créanciers ou au contraire, vers le maintien de l'activité et de l'emploi.

Ainsi dans le droit de l'OHADA et dans le droit français antérieur à 1985, les créanciers qui contractent régulièrement avec le débiteur après le jugement d'ouverture de la procédure sont dits créanciers contre la masse ou créanciers de la masse par opposition aux créanciers antérieurs qualifiés de créanciers dans la masse. Le traitement favorable des premiers ne se fondait, dans le droit français antérieur à 1985, sur aucun texte précis mais était admis par une jurisprudence séculaire⁶⁹³. En droit de l'OHADA il trouve par contre un fondement légal dans les articles 108, 166 et 167 de l'AUPC. Quoiqu'il en soit on estime, pour justifier la primauté des créanciers nouveaux, que leurs prestations profitent à la masse. La reconnaissance même d'une personnalité morale à la masse permet aux créanciers de la masse d'être réglés avant ceux dans la masse⁶⁹⁴. Ces derniers ont intérêt à la poursuite de l'activité dont le succès peut leur permettre d'obtenir un dividende plus

⁶⁹³ Cass. civ., 7 avril 1857, *D.P.*, 1857, 1, 171 ; Cass. com., 16 mars 1965, *D.* 1966, p. 63.

⁶⁹⁴ B. SOINNE, « Le bateau ivre », *RPC*, 1997, p. 105, spéc., n°17.

élevé⁶⁹⁵. Rappelons ici que l'objectif ultime du redressement de l'entreprise est le paiement des créanciers dans la masse.

En droit positif français et depuis 1985, la disparition de la masse ne permet plus que son intérêt fonde la primauté des créanciers postérieurs. Cela est vrai d'autant plus que le redressement ne vise pas en priorité le paiement des créanciers antérieurs, mais le maintien de l'activité et de l'emploi. La primauté des créanciers postérieurs se justifie désormais par le besoin de financement des coûts engendrés pour le maintien de l'activité. Personne n'a de toute évidence envie de prêter à un débiteur en difficulté ; c'est la raison pour laquelle, afin d'« *appâter* » les fournisseurs de crédit⁶⁹⁶, les nouveaux créanciers bénéficient d'un statut juridique privilégié.

254. Malgré la divergence des finalités, les droits OHADA et français présentent ainsi des similitudes dans le traitement du passif occasionné par les besoins du redressement. Sans les créanciers nouveaux, il serait impossible de poursuivre, voire d'ouvrir la procédure de redressement ; d'où la légitimité qu'ils ont à être payés avant les créanciers antérieurs. Dans la logique de cette idée, il est pratiquement important que le périmètre des créances éligibles à ce traitement préférentiel se recentre sur son fondement (originel) ou sa finalité (nouvelle) à savoir, le financement de l'entreprise permettant son sauvetage (**Section 1**). L'élargissement de ce périmètre présente des risques de dévoiement du mécanisme qui, du reste, consiste à payer les créances postérieures dès leur échéance et le cas contraire, à procéder à leur paiement prioritaire (**Section 2**).

SECTION 1- LES CRÉANCES ÉLIGIBLES AU TRAITEMENT PRÉFÉRENTIEL

255. En droit de l'OHADA, « *toutes les dettes nées régulièrement, après la décision d'ouverture, de la continuation de l'activité et de toute activité régulière du débiteur ou du syndic, sont des créances contre la masse, sauf celles nées de l'exploitation du locataire-gérant qui restent exclusivement à sa charge sans solidarité avec le propriétaire du fonds* ». Ces dispositions de l'article 117 AUPC trouvent leur correspondance en droit

⁶⁹⁵ Yvonne LAMBERT-FAIVRE, « La vie de l'entreprise pendant la première phase de la procédure », in *Faillites, op. cit.*, p. 289.

⁶⁹⁶ Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement, op. cit.*, n° 303.

français dans l'article L 622-17, I du Code de commerce⁶⁹⁷ : « les *créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période, sont payées à leur échéance* ». La superposition des deux textes présente une quasi-similitude des législations quant aux conditions à remplir par la créance nouvelle afin d'acquérir la primauté sur les créances antérieures à l'origine de l'ouverture de la procédure. Il est traditionnellement admis que la primauté soit appliquée à la créance postérieure au jugement d'ouverture de la procédure collective. Ce critère temporel présente cependant l'inconvénient d'être trop large en permettant à des créances qui, à tout point de vu, ne répondent pas aux motifs justifiant le traitement préférentiel d'en profiter. En outre et surtout, il ne règle pas la question préalable et délicate de la date de naissance des créances (**Sous-section 1**). C'est fort de ce constat que la loi française du 26 juillet 2005, à la suite de l'acte uniforme de l'OHADA sur les procédures collectives, initie le critère de « lien nécessaire de la créance avec la procédure ». Ce dernier, combiné au critère plus classique de « régularité de la créance », simplifie l'identification des créances éligibles au traitement préférentiel et réduit par ce biais la portée du critère chronologique (**Sous-section 2**).

L'institution d'un traitement préférentiel des créances ne s'applique pas à celles qui naissent de l'exploitation du locataire-gérant et qui restent exclusivement à sa charge sans solidarité avec le propriétaire du fonds⁶⁹⁸. En France, la loi du 26 juillet 2005 ne contient aucune disposition sur le recours à la location-gérance pendant la période d'observation. Des auteurs en concluent l'interdiction légale de donner le fonds en location-gérance car les procédures de sauvegarde et de redressement impliquent une exploitation par le débiteur ou le dirigeant lui-même, le cas échéant assisté ou représenté voire surveillé par l'administrateur, mais sans autres alternatives⁶⁹⁹.

⁶⁹⁷ Art. 33 de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, modifié par l'art. 29 de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008.

⁶⁹⁸ Art. 117 AUPC.

⁶⁹⁹ André JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., Litec, Paris, 2011, n° 377-378.

Sous-section 1- La naissance postérieure à l'ouverture de la procédure : un critère flottant

256. La postériorité de la créance repose sur l'analyse du fait générateur de la créance c'est-à-dire, l'évènement qui engendre la créance. Ce fait générateur sur un plan chronologique délimite la catégorie des créances antérieures et celle des créances postérieures au jugement d'ouverture. Cependant, malgré la survenance postérieure —au jugement d'ouverture— du fait générateur, celui-ci doit avoir lieu dans une certaine fourchette temporelle pour permettre le bénéfice du traitement préférentiel à la créance.

La Cour de cassation française tranche en effet, dans un arrêt de principe⁷⁰⁰, que les créances nées après le jugement arrêtant le plan de continuation ne sont pas admises au droit de priorité. Cette solution est transposable aux créances nées au cours de la phase d'exécution du plan de sauvegarde. En revanche, en cas de plan de cession, la Cour estime que les créances nées pendant la période intermédiaire entre l'arrêt du plan et la passation des actes de la cession bénéficient du traitement préférentiel⁷⁰¹. En cas d'extension de la procédure collective, la créance née entre le jugement d'ouverture de la procédure et le jugement d'extension de cette procédure —pour confusion des patrimoines— n'est pas une créance postérieure dans la seconde procédure collective⁷⁰².

En droit de l'OHADA, l'ouverture de la procédure collective entraîne le dessaisissement du débiteur avec son corollaire, l'« ensaisinement » de la masse⁷⁰³. Cela explique l'idée que la masse, profitant des crédits apportés par les créanciers nouveaux à l'entreprise, ne puisse prétendre à une primauté de paiement. Dès la fin de l'« ensaisinement » de la masse, le débiteur recouvre la libre administration et disposition de ses biens, et le fondement du traitement préférentiel des créanciers nouveaux disparaît.

Sont donc exclus du domaine des créances postérieures, les créances qui naîtraient après la clôture de la procédure résultant du jugement homologuant le concordat en droit

⁷⁰⁰ Cass. Com., 3 avril 1990, *D.* 1990, p. 385, note JEANTIN ; *RTD com.* 1990, p. 497, n° 3, note A. MARTIN-SERF.

⁷⁰¹ Cass. com., 31 mars 1998, *JCP E.*, 1998, n° 36, p. 1357, obs. Michel CABRILLAC ; *RJDA* 8/9, 1998, n° 1004. Certains auteurs estiment que cette solution doit être maintenue, v. Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 602.

⁷⁰² Cass. com., 15 mars 2005, n° 03-19223, *RTD com.*, 2006, p. 480, obs. A. MARTIN-SERF.

⁷⁰³ L'« ensaisinement » de la masse emporte en cas de liquidation des biens la représentation du débiteur, et l'assistance de celui-ci en cas de redressement judiciaire. V. Filiga Michel SAWADOGO, *op. cit.*, n°s 185 à 188.

de l'OHADA⁷⁰⁴ ou du jugement arrêtant le plan de sauvegarde ou de redressement en France, ou encore de la passation des actes de la cession d'entreprise en France.

257. Pour qu'une créance ait droit de priorité, il convient ainsi qu'elle ait acquis date certaine dans la fourchette de temps entre le jugement d'ouverture et la clôture de la procédure. Or s'agissant de l'origine d'une créance, un problème apparaît quand à l'élément déterminant à prendre exactement en compte dans le processus de naissance de la créance. C'est bien ici la question du fait générateur qui est au cœur des difficultés inhérentes à la matière et qui divise la doctrine. Le fait générateur ne doit cependant pas être confondu avec certaines notions voisines que sont l'« origine », ou l'« exigibilité » de la créance. L'origine est en effet le commencement, la première apparition ou la première manifestation d'un fait. C'est le fait qui est « la source première » de la créance⁷⁰⁵. Quant à l'exigibilité, elle est le fait pour une créance d'être échu. Le fait générateur d'une créance est l'élément qui va lui permettre d'accéder à la vie juridique. La détermination de sa date est délicate et reste indifférente de l'origine de la créance ou de son exigibilité. Elle est précisée par la jurisprudence à partir de la nature de chaque créance. Il en résulte une divergence des solutions jurisprudentielles⁷⁰⁶ et leur grande instabilité ; ce qui ne favorise pas l'émergence de quelques récurrences permettant la déduction d'un principe général de la naissance des créances unanimement accepté⁷⁰⁷. Ce contexte impose ainsi une approche casuistique du problème. Il convient de distinguer selon que la créance est d'origine contractuelle (**paragraphe 1**), ou au contraire, d'origine extracontractuelle (**paragraphe 2**).

L'acte uniforme de l'OHADA sur les procédures collectives ne définit que très partiellement le domaine des créanciers contre la masse. Le législateur a certainement entendu laisser une grande marge de manœuvre à la jurisprudence dans une matière aussi complexe. En attendant la partition de la jurisprudence de la CCJA, nous nous inspirerons de la jurisprudence française pour étayer notre propos.

⁷⁰⁴ Art. 136 AUPC.

⁷⁰⁵ J. Vallansan, *Act. proc. coll.*, 3 octobre 1993, n° 196, cité par Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, « La date de naissance des créances en droit des procédures collectives », *LPA*, 09 novembre 2004, n° 224, P. 11.

⁷⁰⁶ Divergences de solutions entre plusieurs chambres de la Cour de cassation, ou divergences dans la jurisprudence d'une même chambre. V. dans ce sens Martine BEHAR-TOUCHAIS, « La date de naissance de la créance issue d'un contrat synallagmatique à exécution successive », *Petites affiches*, 09 novembre 2004 n° 224, P. 41.

⁷⁰⁷ Pour un essai théorique sur la naissance des créances contractuelles, v. Frédéric BARON « La date de naissance des créances contractuelles à l'épreuve du droit des procédures collectives », *RTD com.*, 2001 p. 1.

Paragraphe 1- La naissance incohérente des créances d'origine contractuelle

258. La créance d'origine contractuelle est-elle directement engendrée par la conclusion du contrat qui l'exprime, ou sa naissance juridique est-elle sous la dépendance de circonstances ultérieures ? En principe, il est classiquement admis que la créance contractuelle trouve sa source dans le contrat. Ainsi, dans bon nombre de cas, la date de naissance de la créance n'est pas difficile à déterminer lorsque le contrat est instantanément exécuté. Cependant des difficultés peuvent apparaître lorsque le contrat conclu avant l'ouverture d'une procédure collective est exécuté après, au moins partiellement, ou lorsqu'un fait délictueux commis avant cette ouverture donne lieu à un jugement de réparation prononcé après. Nous examinerons les créances contractuelles de rémunération et les créances de réparation en cas de manquement contractuel.

I- LA DÉTERMINATION INCERTAINE DE LA DATE DE NAISSANCE DES CRÉANCES D'EXÉCUTION DU CONTRAT

259. Le contrat comme fait générateur de la créance contractuelle ne fait pas l'unanimité de la doctrine dont une partie revendique le fait juridique de l'exécution du contrat comme l'élément donnant naissance à la créance. L'ambivalence de la jurisprudence elle-même n'éclaire pas sur le sujet. Faut-il rattacher la créance à la date de conclusion du contrat ou de son exécution ? Si le doute semble ne pas se poser pour le contrat dont les obligations réciproques s'exécutent simultanément, cela n'est pas le cas s'agissant de contrats en cours d'exécution. Pour ces derniers, le législateur et la jurisprudence —sans prendre partie dans ce débat théorique— semblent privilégier l'exécution comme fait générateur de la créance de rémunération.

A) Le principe civiliste de la naissance de la créance à la date de formation du contrat

260. C'est la thèse dite « volontariste »⁷⁰⁸ qui considère que les obligations des parties prennent naissance à la date de formation du contrat. Cette idée est exprimée dans l'article 1101 du Code civil qui définit le contrat comme la « *convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne*

⁷⁰⁸ M. BEHAR-TOUCHAIS, « La date de naissance de la créance issue d'un contrat synallagmatique à exécution successive », *op. cit.* ; Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement, op. cit.*, n° 238.

pas faire quelque chose ». L'obligation donc est un rapport de force juridique entre deux personnes ; c'est le lien de droit en vertu duquel une personne peut exiger d'une autre l'exécution d'une prestation. Selon que le lien est perçu sous l'angle de celle qui s'exécute, il prend l'appellation de dette. Sous l'angle de celle qui exige la prestation, l'obligation prend le nom de créance. Ainsi, la créance contractuelle selon cette théorie volontariste tire son principe et sa force de l'accord de volontés qui la façonne, et doit logiquement apparaître dès l'instant même où se joignent les consentements réciproques fondateurs du contrat⁷⁰⁹. La Cour de cassation française considère dans une formule générale, que « *les obligations contractuelles prennent naissance, sauf convention contraire, au jour de la conclusion du contrat et non au jour de leur exécution* »⁷¹⁰.

Partant de ce principe consensualiste définissant le contrat comme créateur d'obligations, les contrats initiés après l'ouverture de la procédure collective ne peuvent qu'engendrer des créances postérieures. À l'inverse et symétriquement, les contrats conclus avant cette ouverture engendrent *a priori* des créances antérieures. Ainsi la créance en remboursement d'une caution qui a payé la dette postérieurement à l'ouverture de la procédure collective de son cofidélisé prend naissance à la date de l'engagement de la caution mais non à la date du paiement par cette caution de la créance garantie⁷¹¹. En revanche, des ristournes nées de ventes effectuées à une société après le jugement d'ouverture sont des créances postérieures⁷¹².

S'agissant de contrats en cours —c'est-à-dire de contrats souscrits antérieurement au jugement d'ouverture et continués après ledit jugement—, le législateur et la jurisprudence envisagent cependant qu'ils puissent engendrer des créances postérieures en sus des créances engendrées avant le jugement d'ouverture.

⁷⁰⁹ Nicolas THOMASSIN, « La date de naissance des créances contractuelles », *RTD com.* 2007 p. 655, spéc. n^{os} 1,7 et 10.

⁷¹⁰ Cass. 1^{re} civ., 16 juill. 1986, *Bull. civ.* I, n^o 212, p. 203 ; *RTD civ.* 1987.748, note J. Mestre.

⁷¹¹ Cass. com., 30 septembre 2008, *LPA* 21 septembre 2009, obs. SORTAIS ; Cass. com., 16 juin 2004 et 30 juin 2004, *Act. proc. coll.*, 15/2004, n^o 185, obs. D. LEGEAIS, p. 1.

⁷¹² Lyon 3 décembre 1993, *Rev. proc. coll.*, 1995, 301, obs. SAINT-ALARY-HOUIN.

B) Le cas des contrats en cours

1) La prise en compte de l'exécution du contrat comme fait générateur de la créance

261. Si les principes classiques du droit des obligations conduisent à fixer le fait générateur des créances contractuelles au jour de la formation du contrat⁷¹³, leur lecture rigoureuse conduirait à ce que chaque créance issue d'un contrat à exécution successive conclu avant le jugement d'ouverture et vital pour l'entreprise soit soumise au régime des créances antérieures. Ainsi, pour bénéficier du traitement préférentiel, la créance devrait naître d'un contrat conclu postérieurement au jugement d'ouverture. Telle n'a cependant pas été la lecture de la jurisprudence qui, sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, admettait déjà que les prestations effectuées avant le jugement déclaratif faisaient naître des dettes dans la masse, alors que celles qui étaient réalisées postérieurement audit jugement à l'ouverture de la procédure s'analysaient en dette de la masse⁷¹⁴.

Cette position n'a pas varié en France. Seules les créances correspondant aux prestations faites après l'ouverture de la procédure, et elles seules, peuvent bénéficier du traitement de faveur. L'article L. 631-14 alinéa 4 (issu de l'art. 53 de l'ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014) du Code de commerce impose à l'administrateur, qui exige la poursuite du contrat, de payer comptant lorsque la prestation promise porte sur le paiement d'une somme d'argent. Certes cette disposition ne concerne que la procédure de redressement judiciaire ; tout de même, l'idée que les créances correspondant aux prestations faites après le jugement d'ouverture échappent à l'interdiction des paiements est aussi valable en procédure de sauvegarde (art. L. 622-13, II, al. 2 du Code de commerce modifié par l'art. 23 de l'ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014). Ainsi, les créances de prix de vente prennent naissance par l'exécution des commandes⁷¹⁵, les créances de salaire par la mise à disposition de la force de travail⁷¹⁶, les créances de loyer par la mise à disposition du bien loué⁷¹⁷. Ces créances ne peuvent Toutefois bénéficier du traitement de faveur —sauf faute du débiteur⁷¹⁸— lorsqu'elles sont issues de prestations fournies au débiteur après la date de

⁷¹³ Sophie SABATHIER, *Le droit des obligations à l'épreuve du droit des procédures collectives*, thèse Toulouse 1, 25 mai 2000.

⁷¹⁴ Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 600.

⁷¹⁵ Cass. com., 15 févr. 2000, *Bull. civ. IV*, n° 32.

⁷¹⁶ Cass. com., 19 mars 1991, *Bull. civ. IV*, n° 108 ; Soc. 12 mars 2003, *RJS* 2003/5, n° 613.

⁷¹⁷ Cass. com. 27 oct. 1998, *Bull. civ. IV*, n° 263 ; *D. Affaires* 1999. 33, obs. A. LIENHARD.

⁷¹⁸ Cass. com., 11 juillet 1995, pourvoi n° 93-16.176 ; Cass. com., 24 juin 2003, pourvoi n° 00-13.003.

renonciation à la poursuite du contrat décidée par l'administrateur, sans mise en demeure de la part du créancier⁷¹⁹.

En droit de l'OHADA, l'AUPC consacre aussi cette jurisprudence inspirée par la loi française du 13 juillet 1967. Le cocontractant qui n'a pas reçu la prestation promise par le syndic devient créancier de la masse⁷²⁰. De même le bailleur est créancier de la masse pour les loyers échus ou à échoir après la décision d'ouverture⁷²¹.

262. Une ventilation doit par conséquent être faite chaque fois que des prestations sont réalisées avant et après le jugement d'ouverture. Pour la Cour de cassation française *la redevance prévue par un contrat à exécution successive poursuivi par l'administrateur est une créance de la procédure pour la prestation afférente à la période postérieure au jugement d'ouverture et constitue une créance née antérieurement au jugement d'ouverture pour la prestation afférente à la période antérieure à ce jugement et soumise à déclaration au passif, peu important la date à laquelle la redevance est devenue exigible*⁷²².

L'analyse purement civiliste qui suppose que les contrats antérieurs n'engendrent que des créances antérieures semble mal adaptée au droit des procédures collectives. Celui-ci, mû par la nécessité pratique du maintien de l'activité —dans l'optique du paiement des créanciers ou du redressement de l'entreprise—, tient compte de la réalité de l'exécution du contrat. En admettant la fourniture de la prestation due au débiteur comme le fait générateur de la créance, le droit des procédures collectives crée des divergences au sein de la Cour de cassation et divise la doctrine. Sans être exhaustif, nous tenterons l'examen de quelques thèses s'ordonnant autour des doctrines dites « matérialiste » d'une part et « volontariste » d'autre part.

2) La controverse doctrinale

a) La thèse « matérialiste » : la nécessité d'un fait juridique dans la naissance de la créance contractuelle

⁷¹⁹ Cass. com. 18 septembre 2007, *op. cit.*, D. 2007, 2393 LIENHARD, et 2767 n° 5 obs. ORSINI.

⁷²⁰ Art. 108 al 2 AUPC, *op. cit.*

⁷²¹ Art. 98 al 2 AUPC.

⁷²² Cass. com., 28 mai 2002 : *bull. civ. IV*, n° 94 ; *Act. Proc. coll.*, 2002, n° 172, Obs. VALLANSAN et GOLHEN ; JCP E, 2003, n° 6, p. 269, obs. PÉTEL.

263. Pour cette partie de la doctrine, le droit des procédures collectives agit comme le révélateur d'un principe relevant de la théorie générale du contrat⁷²³ : la nécessité d'un fait juridique dans la naissance des créances contractuelles. Selon les auteurs matérialistes, les obligations naissent de l'exécution de la contreprestation⁷²⁴. Le contrat constitue certes la source des obligations contractuelles, mais la rencontre des volontés n'est pas à elle seule suffisante pour déclencher la naissance des créances. *Est également nécessaire un fait juridique, véritable fait générateur de la créance*⁷²⁵.

Cette thèse procède d'une analyse économique du contrat. L'idée a été défendue que « *l'obligation de verser le loyer dans le bail ou le salaire dans le contrat de travail, est en réalité une succession d'obligations, contenues en germe dans le contrat mais naissant véritablement aux dates successives fixées pour les paiements, parce que chaque prestation partielle de jouissance des lieux ou d'accomplissement du travail, dont la créance de somme d'argent est la contrepartie, remplirait une fonction économique propre* »⁷²⁶. Pour G. Endréo, « *le point capital dans le contrat est le passage d'une valeur économique d'un patrimoine dans l'autre, c'est l'échange des prestations* »⁷²⁷ ; « *tant que la contre-prestation n'est pas effectuée, la créance de prix n'a pas de cause* » et cela « *suspend la naissance du droit à rémunération* »⁷²⁸.

Il a cependant été soulevé la contradiction de cette interprétation à la théorie de la cause. S'agissant par exemple d'un contrat de travail, contrat synallagmatique, l'obligation du salarié serait dépourvue de cause car l'obligation de l'employeur ne serait pas encore née⁷²⁹. Mais l'idée a été justifiée à partir d'une analyse de l'obligation dissociant le rapport d'obligation du rapport obligatoire. La cause de l'obligation associerait deux principes, de finalité et d'efficience. Au moment de la conclusion du contrat, laquelle formerait le rapport d'obligation, jouerait le principe de finalité selon lequel l'engagement serait suffisamment causé dès l'instant que sont déterminés le but et les données de fait qui permettent d'y atteindre. Ainsi l'obligation du travailleur —chronologiquement la

⁷²³ Frédéric BARON, « La date de naissance des créances contractuelles à l'épreuve du droit des procédures collectives », *op. cit.*, n° 6.

⁷²⁴ M. BEHAR-TOUCHAIS, *op. cit.*, n° 21.

⁷²⁵ F. BARON, *op. cit.*, n° 7.

⁷²⁶ J.-M. Verdier, *Les droits éventuels : contribution à l'étude de la formation successive des droits*, Thèse Paris 1953, n° 382-384, cité par Emmanuel PUTMAN, « Rapport introductif », n° 18, Colloque sur la date de naissance des créances, *Petites affiches*, 09 novembre 2004 n° 224.

⁷²⁷ G. ENDRÉO, « Fait générateur des créances et échange économique », *RTD com.* 1984, p. 237 et ss, spéc., p. 242.

⁷²⁸ *Ibid.*, note 11, p. 242.

⁷²⁹ Analyse de l'obligation qualifiée de « moniste » par F. BARON, *op. cit.*, n° 31.

première— aurait bien une cause, laquelle se rattacherait à la cause finale. Puis, avec l'exécution de son obligation par le salarié, le rapport obligatoire se formerait conformément à la notion de cause efficiente⁷³⁰.

264. Si la thèse matérialiste peut rendre compte des solutions du droit positif, elle est cependant contraire à l'analyse de la Chambre mixte de la Cour de cassation du 22 novembre 2002 sur la question de savoir si un procédé translatif des créances d'un contrat successif continue de produire ses effets après l'ouverture de la procédure collective⁷³¹. Il s'agissait pour la haute formation de mettre un terme à la divergence entre la deuxième Chambre civile et la Chambre commerciale. Pour la première, les créances du contrat successif naissent au jour du contrat. D'où qu'une saisie-attribution continuait de produire ses effets même après l'ouverture de la procédure, car le transfert s'était opéré intégralement avant ladite procédure⁷³². Ainsi, toutes les créances étaient déjà nées, seule leur exigibilité étant suspendue dans le temps. En revanche pour la Chambre commerciale, la saisie-attribution ou l'avis à tiers détenteur⁷³³ cessait de produire leurs effets dès l'ouverture de la procédure ; ce qui impliquait que les créances naissent successivement au fur et à mesure de l'écoulement du temps. Il en était de même pour la cession de créance⁷³⁴.

La position de la Chambre commerciale, conforme à la thèse matérialiste⁷³⁵, n'a cependant pas été suivie par la Chambre mixte. Celle-ci a relevé en effet que « *la saisie-attribution d'une créance à exécution successive, pratiquée... avant la survenance d'un jugement [ouvrant une procédure collective]... poursuit ses effets sur les sommes échues en*

⁷³⁰ F. BARON, « La date de naissance des créances contractuelles à l'épreuve du droit des procédures collectives », *op. cit.*, n° 31 ; Pour une critique sévère de cette théorie, v. N. THOMASSIN, *op. cit.*, n°s 14-15 ; également Emmanuel PUTMAN, *op. cit.*, n° 19.

⁷³¹ Il faut noter qu'en France, l'ouverture d'une procédure collective entraîne interdiction pour le débiteur de payer non seulement les créances antérieures, mais aussi les créances postérieures non élues au traitement préférentiel (art. L. 622-7 du Code de commerce). De ce fait, « *si toutes les créances du contrat successif sont nées au jour du contrat (...), le transfert a bien un effet immédiat sur toutes ces créances, effet immédiat que la procédure collective postérieure ne peut remettre en cause* ». En revanche, « *si les créances du contrat successif naissent au fur et à mesure de l'écoulement du temps, le transfert antérieur à la procédure collective peut voir ses effets limités au transfert des créances nées avant ladite procédure* » : M. BEHAR-TOUCHAIS, *op. cit.*

⁷³² Cass. civ. 2e, 10 juillet 1996, *Bull. civ.* II, n° 209, *D.* 1996, 625, note P. ANCELI, *JCP* 1996. II. 22723, note E. PUTMAN.

⁷³³ Cass. com., 24 octobre 1995, *Bull. civ.* IV, n° 255, *D.* 1996, p. 155, obs. DERRIDA, *JCP* 1996. II. 22578, note E. PUTMAN.

⁷³⁴ Cass. com., 26 avril 2000, *Bull. civ.* IV, n° 84, *D.* 2000, p. 717, note Christian LARROUMET, *JCP* 2000. II. 269, obs. Philippe PÉTEL ; Cass. com., 22 mai 2002 inédit, pourvoi n° 99-11.052.

⁷³⁵ M. BEHAR-TOUCHAIS, *op. cit.*, n° 9.

vertu de cette créance, après ledit jugement »⁷³⁶. La haute formation affirme clairement ainsi qu'il n'y a qu'une créance qui a plusieurs échéances, et non plusieurs créances qui naissent successivement dans le temps. Cette analyse remet en cause la théorie de la nécessaire « complémentarité des actes et des faits juridiques dans la naissance des créances contractuelles »⁷³⁷ et la chambre commerciale s'y conformera par la suite pour la saisie-attribution⁷³⁸. L'analyse est ainsi plutôt favorable à la thèse volontariste.

b) La thèse volontariste : la suffisance de la volonté dans la naissance de la créance contractuelle

265. Pour les tenants de la théorie volontariste, l'obligation ne pourrait avoir une autre date de naissance que celle du contrat, c'est-à-dire celle de l'accord de volonté. Mais pour rendre compte du droit positif sur la situation des contrats en cours, la doctrine se divise.

266. Pour certains auteurs, toutes les obligations nées du contrat à durée indéterminée ne naissent pas au jour du contrat mais naissent au fur et à mesure de l'écoulement du temps⁷³⁹. La reconnaissance de la volonté comme source suffisante de l'obligation n'empêche pas que, dans le contrat à durée indéterminée, les obligations naissent de façon périodique. Pour le professeur Martine BEHAR-TOUCHAIS, du fait de la faculté de résiliation dans le contrat à durée indéterminée, « *c'est la permanence de la volonté à l'issue de chaque période qui permet au contrat de continuer ou non à faire naître les obligations de la période suivante* ». Ainsi, une créance de prix naît à chaque période non pas en raison de l'exécution de la contrepartie de la période précédente, mais en raison de la persistance de la volonté pour cette nouvelle période du fait de l'absence de résiliation⁷⁴⁰. Cette analyse, comme la thèse matérialiste, est en contradiction avec l'arrêt du 22 novembre 2002 rendue par la Chambre mixte.

267. Pour d'autres auteurs, le caractère successif des prestations affecterait uniquement l'exigibilité des créances de rémunération et non leur naissance, cette dernière étant toujours corrélative à la formation du contrat. Selon le professeur Jacques MESTRE « *c'est bien dans l'accord initial de volontés que trouvent directement leur source les obligations,*

⁷³⁶ Cass. ch. mixte, 22 novembre 2002, *Bull. civ.*, ch. mixte, n° 7, *D.* 2003, p. 445, note Ch. LARROUMET, *JCP E* 2003, p. 469, note D. LEGEAIS, *RTD civ.* 2003, p. 331, obs. P. CROCQ.

⁷³⁷ Cette appellation qui est la nôtre résume l'essentiel de cette théorie.

⁷³⁸ Cass. com., 8 juillet 2003, *Bull. civ.* IV, n° 132 ; 3 décembre 2003 inédit, pourvoi n° 01-03.803 ; 5 décembre 2003, pourvoi n° 99-20.223.

⁷³⁹ M. BEHAR-TOUCHAIS, *op. cit.*, n° 21, citant Pascal ANCEL.

⁷⁴⁰ M. BEHAR-TOUCHAIS, *op. cit.*, n° 21

d'ores et déjà parfaitement connues et déterminées ; et c'est simplement leur exigibilité (...) qui se trouvera souvent conventionnellement retardée à la date d'exécution de telle ou telle prestation »⁷⁴¹. Dans ce sens, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence pose qu'« il n'est pas contestable que les créances à exécution successive résultent d'un contrat unique, que la saisie-attribution n'a pas à être renouvelée à chaque échéance et qu'elle ne cesse de produire ses effets que par l'extinction de la dette du saisi ou lorsque le tiers cesse d'être tenu vis-à-vis du saisi... ». La Cour précise que « le redressement judiciaire à lui seul ne modifie en rien les obligations du tiers vis-à-vis du saisi »⁷⁴². Cette position est conforme à l'arrêt du 22 novembre 2002 de la Chambre mixte. Pour les tenants de cette thèse, l'opinion selon laquelle la créance naîtrait de l'exécution du contrat est « hérétique » en dehors des procédures collectives et procède d'une confusion entre la naissance et l'exigibilité de la créance⁷⁴³. Ainsi, les solutions du droit positif sur les contrats en cours sont une exception au principe du droit commun de naissance des obligations contractuelles et se justifie par « l'impérialisme du droit des procédures collectives ».

Cette analyse volontariste a notre préférence. Elle pourrait être consolidée par une approche plus conciliante entre la vérité proclamée par le Chambre mixte de la Cour de cassation et les solutions du droit positif. Cela pourrait être de considérer les dispositions sur l'exécution des contrats en cours⁷⁴⁴ comme des textes autonomes sur la base desquels, il est possible et suffisant de fonder le paiement du cocontractant indépendamment de l'analyse de la date de naissance des créances des articles L 622-17 en France et 117 AUPC en droit de l'OHADA. Peu importera dans ce cas que les créances soient théoriquement antérieures⁷⁴⁵.

II- LA DÉTERMINATION INCERTAINE DE LA DATE DE NAISSANCE DES CRÉANCES DUES À L'INEXÉCUTION DU CONTRAT

268. Il s'agit de créances issues d'une inexécution ou d'une mauvaise exécution du contrat. La nature contractuelle de ces créances continue de nourrir la controverse doctrinale et l'incertitude de la jurisprudence quant à leur date exacte de naissance. Aussi, selon la théorie de la « complémentarité des actes et des faits juridiques dans la naissance

⁷⁴¹ J. Mestre, *RTD civ.* 1987.750 ; V. également N. THOMASSIN, *op. cit.*, spéc. n° 9.

⁷⁴² CA Aix-en-Provence, 20 juillet 1994, *JCP* 1995 éd. G.II.22408, note E. PUTMAN.

⁷⁴³ Ch. LARROUMET, note sous Com. 26 avril 2000, *op. cit.*, n° 7.

⁷⁴⁴ Art. L 622-13 Code de commerce français et art. 108 al 2 et 98 al 2 AUPC en droit de l'OHADA.

⁷⁴⁵ Jocelyne VALLANSAN, « Quelques observations sur les créanciers antérieurs dans les procédures de sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires », *RPC*, n° 2, Avril 2008, spéc. n° 12 ; Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement, op. cit.*, n° 306-2.

de l'obligation contractuelle », la créance d'inexécution —corrélativement à la créance d'exécution— naît au moment de l'inexécution de l'obligation. Dès lors, si l'inexécution survient avant l'ouverture de la procédure collective, la créance de réparation devra être déclarée au passif. À l'inverse, si l'inexécution est postérieure à cette ouverture, le créancier bénéficiera du traitement préférentiel⁷⁴⁶. La Cour de cassation française fait application de cette théorie. Ce qui, à l'inverse des créances de rémunération, gonfle le passif postérieur sans contrepartie pour l'entreprise⁷⁴⁷. Fort heureusement le législateur intervient contre cette tendance extensive en excluant du traitement de faveur les créances issues de la résolution du contrat (A). Hors mis celles-ci, les solutions jurisprudentielles restent contradictoires (B).

A) Les créances résultant de la résolution du contrat

269. Il s'agit des créances d'indemnités, dommages-intérêts, pénalités, compensation d'un manque à gagner⁷⁴⁸. En France, ces créances sont en principe légalement exclues du domaine des créances prioritaires. Le professeur Philippe ROUSSEL-GALLE en déduit qu'il s'agit de créances antérieures ou, à tout le moins, de créances postérieures assimilées à des créances antérieures⁷⁴⁹. Semble donc prévaloir dans ce domaine la thèse volontariste ; le fait générateur de la créance étant le contrat conclu par le débiteur et non la décision de renonciation du mandataire de justice⁷⁵⁰. Pourtant, la jurisprudence antérieure affirmait l'inverse⁷⁵¹.

En droit de l'OHADA, le législateur distingue selon que la créance résulte d'un contrat poursuivi ou non.

1) La résolution du contrat non poursuivi

270. En droit de l'OHADA, l'article 109 alinéa 1 de l'AUPC dispose que « *faute par le syndic d'user de sa faculté d'option ou de fournir la prestation promise dans le délai imparti par la mise en demeure, son inexécution peut donner lieu, outre la résolution, à*

⁷⁴⁶ F. BARON, *op. cit.*, n° 35 et 40.

⁷⁴⁷ Cass. com., 20 juin 2000, *RJDA*, 11/00, n° 1108, *Bull. civ.* IV, n° 129.

⁷⁴⁸ En France, la créance fondée sur le manque à gagner résultant de la renonciation par le mandataire judiciaire à la poursuite des contrats de crédit-bail équivaut à une créance au titre de la résiliation de ces contrats. Cette créance est exclue de la priorité de paiement instituée par l'article L. 621-32 du Code de commerce : Cass. com. 18 septembre 2007, n° 06-13824.

⁷⁴⁹ Philippe ROUSSEL-GALLE, *Réforme du droit des entreprises en difficulté*, Litec, 2^e éd., Paris 2007, n° 446.

⁷⁵⁰ Cass. com. 15 octobre 2002, pourvoi n° 00-10.898 : *D.* 2002, Act. jurispr., p. 2942, obs. A. LIENHARD.

⁷⁵¹ Cass. com. 9 juillet 1996, pourvoi n° 94-11.856.

des dommages-intérêts dont le montant sera produit au passif au profit de l'autre partie ». Sur ce point, le droit français ne déroge pas. Le législateur prévoit ainsi que le défaut d'exécution de ses engagements antérieurs par le débiteur n'ouvre droit au profit des créanciers qu'à déclaration au passif⁷⁵². De même, lorsque l'administrateur n'utilise pas de la faculté de poursuivre le contrat, le montant des dommages-intérêts dus au fait de son inexécution doit être produit au passif⁷⁵³.

2) La résolution du contrat poursuivi

271. Lorsque le contrat a été poursuivi par le mandataire de justice chargé de l'administration de l'entreprise, les droits OHADA et français divergent.

272. En France, les indemnités et pénalités dues en cas de résiliation d'un contrat régulièrement poursuivi sont légalement exclues du traitement de faveur⁷⁵⁴. Il en est de même des dommages-intérêts lorsque l'administrateur met fin au contrat⁷⁵⁵. Notons cependant que le contrat de travail fait exception à cette règle⁷⁵⁶. Lorsque le licenciement intervient après le jugement d'ouverture, l'indemnité de licenciement et les autres créances indemnitaires nées de la rupture du contrat de travail (indemnités de préavis et de congés payés) sont, pour leur globalité, des dettes de procédure⁷⁵⁷. Il en est ainsi en pratique lorsque les salariés licenciés dans ces conditions n'ont pas été payés (ou seulement partiellement) par l'employeur ou par l'AGS⁷⁵⁸. Tel est aussi le cas des licenciements prononcés conformément au plan de cession. Ce n'est donc pas le contrat de travail qui est retenu comme fait générateur de la créance, mais la date de prononcé du licenciement⁷⁵⁹.

273. En droit de l'OHADA, la solution n'est clairement posée que pour le contrat de bail du débiteur locataire. Aux termes de l'article 98 al 1 de l'AUPC « *si le bail est résilié, le bailleur... est en outre, créancier de la masse pour tous les loyers échus et les dommages-intérêts prononcés postérieurement à la décision d'ouverture* ». Cette solution est globale s'agissant du bail, dans la mesure où elle ne distingue pas selon le motif du prononcé des dommages-intérêts ; celui-ci pouvant être le fait d'une faute contractuelle ou d'une

⁷⁵² Art. L 622-13, I du Code de commerce (Ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, art. 27).

⁷⁵³ Art. L 622-13, V du Code de commerce.

⁷⁵⁴ Art. L 622-17-III, 2° in fine du Code de commerce (Ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, art. 29).

⁷⁵⁵ Art L 622-13, V préc.

⁷⁵⁶ Geoffroy BERTHELOT, « Les créanciers postérieurs méritants » (1re partie), *RPC*, n° 3, Mai-Juin 2011, p. 83, n° 39.

⁷⁵⁷ Note sous Cass. soc., 2 octobre 2001, *D.* 2001, AJ, p. 3122.

⁷⁵⁸ Sur la prise en charge de ces indemnités par l'AGS voir Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., *op. cit.*, n° 1001.

⁷⁵⁹ Cass. soc., 2 octobre 2001, *Bull. civ.* V, n° 290 ; *D.* 2001, AJ, p. 3122.

résiliation du contrat. Nous pensons, pour notre part, que cette solution doit être étendue aux autres contrats en cours régulièrement poursuivis pour éviter une inégalité de traitement. D'ailleurs sous l'empire de la loi française du 13 juillet 1967, il était admis que la décision de poursuivre le contrat pour le compte de la masse impliquait pour celle-ci d'en reprendre les charges. Autrement et sans adopter la thèse matérialiste, le bénéfice du traitement préférentiel par les créances d'indemnité de résiliation se trouve justifié⁷⁶⁰.

B) Les créances autres que celles issues de la résolution du contrat

274. L'analyse des solutions concernant les créances contractuelles autres que celles résultant de la résolution du contrat présente quelques incohérences. Au gré des opportunités, la jurisprudence fait application tantôt de la thèse matérialiste (naissance de la créance au moment de l'inexécution), tantôt de la thèse volontariste (naissance de la créance dès la conclusion du contrat).

- La créance de remise en état des lieux loués naît de la dégradation des locaux, indépendamment de la date de restitution prévue⁷⁶¹.

- Les pénalités stipulées par jour de retard calendaire reçoivent une solution « matérialiste ». Seule constitue une créance postérieure « *la partie de la créance constituées par les indemnités de retard acquises à compter du jugement d'ouverture* »⁷⁶². La Cour de cassation considère que cette créance naît progressivement au fur et à mesure du retard pris dans l'exécution du contrat de sorte que les pénalités acquises avant le jugement d'ouverture sont soumises à la déclaration au passif. La créance née de la clause pénale ne se rattache pas au contrat la contenant mais à son inexécution périodique.

- S'agissant des créances de restitution, la jurisprudence est très hésitante. Elle considère d'une part la remise des fonds ou biens à restituer⁷⁶³ comme le fait générateur de la créance. Certains auteurs trouvent ce fait générateur pertinent au motif que la « procédure » ne devrait être tenue de restituer que des sommes qu'elle a indûment reçues, et non des sommes qu'avait à tort reçu le débiteur *in bonis*⁷⁶⁴. S'agissant par exemple du remboursement d'un prêt, le fait générateur est constitué par la remise des fonds par le

⁷⁶⁰ Pour une opinion contraire, v. Aziber Seïd ALGADI, *Contrats et droit O.H.A.D.A. des procédures collective*, *op. cit.*, n° 283. Mais l'article 109 AUPC sur lequel se fondent les arguments de l'auteur ne s'applique qu'aux contrats non poursuivis et n'implique pas les contrats poursuivis.

⁷⁶¹ Cass. com., 13 mars 2007, pourvoi n° 05-21504.

⁷⁶² Cass. com., 26 avril 2000, *D.* 2000, act. jurispr., p. 293, obs. Alain LIENHARD.

⁷⁶³ Cass. com., 24 novembre 1998 : *JCP E* 1999, 814, obs. CABRILLAC et PETEL.

⁷⁶⁴ Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *op. cit.*, n° 239.

prêteur. Cela se justifie par la qualification juridique de contrat réel. Mais notons que cette qualification en France n'est pas retenue pour les prêts régis par les articles L 312-7 et suivants du Code de la consommation qui n'ont pas la nature de contrat réel et prennent effet par la seule acceptation de l'offre⁷⁶⁵.

La jurisprudence considère d'autre part le fait générateur de la créance de restitution au jour de l'évènement provoquant l'obligation de restituer. Ainsi les créances et dettes de restitution ont pu avoir comme fait générateur l'annulation ou la résolution du contrat parce que la Cour de cassation considère les restitutions comme une conséquence légale de la résolution⁷⁶⁶ ou de l'annulation⁷⁶⁷. Mais le contrat lui-même a pu être considéré comme le fait générateur de la créance de restitution. La Cour de cassation a en effet cassé un arrêt qui statuait que l'obligation de restitution d'un dépôt de garantie versé au bailleur naît de la fin du bail⁷⁶⁸. La même année, la Cour a pu préciser que « *le contrat de bail ayant donné naissance à la créance de restitution du dépôt de garantie avait été conclu antérieurement à l'ouverture de la procédure collective du bailleur* »⁷⁶⁹.

- La créance née de la garantie des vices cachés a son origine au jour de la conclusion de la vente mais non au jour de la révélation du vice⁷⁷⁰.

275. A travers le critère temporel, l'intention du législateur est d'éviter que des créances issues de contrats à exécution successive conclus antérieurement au jugement d'ouverture mais vitaux pour l'entreprise soient soumises au régime des créances antérieures, quand n'importe quelle créance postérieure pourrait être privilégiée. C'est la raison pour laquelle, selon les tenants de la doctrine volontariste, les juges dans la procédure collective refusent de raisonner à partir de la naissance juridique des créances, pour lui préférer un pseudo fait

⁷⁶⁵ Cass. 1^{re} civ., 27 mai 1998 : *D.* 1999, jurispr. P. 194 ; Cass. com., 11 février 2004 : *D. affaires* 2004, act. jurispr. p. 567.

⁷⁶⁶ Cass. com., 6 mars 2001, Act. proc. coll. 2001, n° 89 ; Cass. civ. 3e, 22 juillet 1992, *Deffrénois* 1993, p. 732, n° 57, obs. J.-L. Aubert ; Cass. com., 20 mai 1997, Bull. civ. 1997, IV, n° 149 : *RTD com.*, 1998, p. 420, obs. A. MARTIN-SERF; v. jurispr. citée par C. SAINT-ALARY-HOUIN, « créanciers postérieurs », spéc. n° 3, *RPC*, n° 3 septembre 2007, p. 144.

⁷⁶⁷ Cass. com., 20 janvier 2009, n° 08-11098, *RPC*, 2009, n° 6, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN ; Cass. civ. 1^{re}, 24 septembre 2002, Bull. civ. I, n° 218, *Deffrénois* 2003, article 37664, note. J.-L. Aubert, décidant que « Les restitutions consécutives à une annulation ne relèvent pas de la répétition de l'indu mais seulement des règles de la nullité ».

⁷⁶⁸ Cass. com., 23 janvier 2007, pourvoi n° 05-13.995, Loeuille c/ Sté Xerox Europ limited : *Juris-Data*, n° 2007-037049 ; *RPC*, n° 3, Septembre 2007, p. 144, spéc. n° 3, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN (erratum dans cet article : remplacer Cass. com., 13 mars 2007 par Cass. com., 23 janvier 2007, n°05-13.995).

⁷⁶⁹ Cass. com. 5 juin 2007, n° 06-14151, *RPC*, 2008, 67, obs. C. LEBEL.

⁷⁷⁰ Cass. com., 8 juin 1999, pourvoi n° 96-18.840, *Petites affiches*, 01 novembre 1999, n° 217, p. 14, obs. Jean-Loup COURTIER.

générateur économique⁷⁷¹. La détermination de celui-ci, plus qu'en matière contractuelle, comporte une part d'arbitraire en matière extracontractuelle et alourdit inutilement le passif prioritaire.

Paragraphe 2- Les créances extracontractuelles : l'inutile élargissement des dettes de la procédure⁷⁷²

276. S'agissant des créances extracontractuelles, les mêmes flottements sont constatés. La casuistique, davantage qu'en matière contractuelle, prend ici tout son sens et les solutions restent éloignées des préoccupations du sort de l'entreprise à redresser. Le régime des créances en arrive assez souvent à dépendre des aléas du calendrier de la juridiction compétente. L'analyse non exhaustive portera sur les sanctions pécuniaires et sur certaines obligations légales et administratives.

I- LES SANCTIONS PÉCUNIAIRES

277. La difficulté se présente lorsqu'un délit ou quasi-délit a été commis avant le jugement d'ouverture par le débiteur alors que le jugement de condamnation n'est intervenu qu'après. Le régime juridique de la créance qui en découle est fonction de la nature de la décision la prononçant. Selon que celle-ci est déclarative ou constitutive de droit, la créance est antérieure ou postérieure au jugement d'ouverture de la procédure. Dans la première hypothèse la décision constate une situation juridique préexistante. Dans la seconde, elle entraîne la naissance même de la créance.

A) Les sanctions pécuniaires à caractère indemnitaires

278. On retrouve ici les dommages-intérêts délictuels. Ceux-ci naissent à la date de réalisation du dommage⁷⁷³ ou du fait dommageable et non de la décision qui détermine le montant de la réparation. Il en sera ainsi des dommages-intérêts dus à la victime d'un accident provoqué par le débiteur avant le jugement d'ouverture. La créance est antérieure même si la condamnation intervient pendant la période d'observation. Cependant, lorsque l'accident constitue un sinistre couvert par une assurance comportant une franchise, la

⁷⁷¹ Nicolas THOMASSIN, *op. cit.*, n° 15.

⁷⁷² Par allusion aux « *dettes de la masse* » en droit de l'OHADA et dans le régime de la loi française du 13 juillet 1967, le droit positif français revient en quelque sorte à la notion de « *dettes de la procédure* » : Philippe ROUSSEL GALLE, *Réforme du droit des entreprises en difficulté*, 2^e éd., Litec, 2007, n° 461.

⁷⁷³ Cass. com., 7 décembre 2004, pourvoi n° 02-13804, *Act. proc. coll.*, 2005-2, n° 18, obs. TRÉBULLE ; *D.* 2005. 358, obs. A. LIENHARD ; *JCP E*, 2005. 639, n° 14, obs. M. CABRILLAC.

Chambre commerciale décide que la créance de l'assureur sur son assuré au titre de cette franchise contractuelle trouve son origine dans le contrat d'assurance⁷⁷⁴. Une exception concerne aussi les créances de dommages-intérêts pour procédure abusive qui ont pour fait générateur la décision les prononçant⁷⁷⁵.

On retrouve également les créances de dépens et d'indemnité procédurale mises à la charge du débiteur. La jurisprudence antérieure à juin 2002 considérait que la créance de dépens, apparaissant au stade final de l'action tendant à la mise en œuvre d'un droit préexistant, tenait son origine de ce droit⁷⁷⁶. Elle considère désormais, depuis un arrêt du 11 juin 2002, que la créance de dépens trouve son origine dans la décision qui statue sur son sort⁷⁷⁷ mais non dans l'exercice de l'action. Cette solution est critiquable car la nature postérieure ou antérieure de la créance est tributaire de la longueur des procédures.

B) Les sanctions pécuniaires à caractère répressif

279. Elles frappent des agissements répréhensibles commis par le débiteur avant l'ouverture de la procédure mais pour lesquels il est condamné après celle-ci. La jurisprudence connaît une divergence entre la Chambre criminelle et la Chambre commerciale. La première décide que les agissements du débiteur constituent le fait générateur de la créance du trésor public ; celle-ci est donc antérieure⁷⁷⁸. En revanche, selon la Chambre commerciale, la créance naît de la décision de condamnation constitutive de droit et a donc le statut de créance postérieure⁷⁷⁹.

⁷⁷⁴ Cass. com., 3 février 2009, pourvoi n° 08-11121 ; Cass. com., 5 juillet 2005, pourvoi n° 04-12.185, *Act. proc. coll.*, 2005-16, n° 203, obs. RÉGNAUT-MOUTIER. Cette solution est qualifiée de déficit au bon sens par le Professeur PÉROCHON, v. Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement, op. cit.*, n° 235-1.

⁷⁷⁵ Cass. com., 11 juin 2003 : *Bull. civ.* 2003, IV, n° 96 ; *D.* 2003, p. 2174, obs. A. LIENHARD.

⁷⁷⁶ Cass. Com., 9 décembre 1997, n° 95-18.300 : *Bull. civ.*, 1997, IV, n° 328 ; *D.* 1998, obs. M. PASTUREL ; Cass. com., 4 janvier 2000, n° 97-12.628 ; Cass. com., 3 avril 2002, n° 99-15.174 : *RPC*, 2002, p. 265, n° 13, obs. M.-P. DUMONT.

⁷⁷⁷ Cass. com., 11 juin 2002, n° 00-12.289 ; Cass. 3^e civ., 12 juin 2002, n° 00-19.038 : *Bull. civ.*, 2002, IV, n° 104, et III, n° 138 ; *JCP E*, 2003, 231, n° 13, obs. M. CABRILLAC et P. PÉTEL ; *D.* 2002, p. 2121, obs. A. LIENHARD, et p. 2642, obs. N. FRICERO.

⁷⁷⁸ Cass. crim., 5 février 1998, *R. soc.*, 1998, 421, BOULOC ; *JCP E*, 1998, 1400, n° 19, obs. M. CABRILLAC et P. PÉTEL.

⁷⁷⁹ Cass. com., 14 janvier 2004, n° 01-10107, inédit ; Cass. com., 4 mars 1997, *Bull. civ.* n° 62 ; *D.* 1998, obs. Carole SOUWEINE.

II- LES OBLIGATIONS LÉGALES ET ADMINISTRATIVES

A) Les créances sociales

280. Il s'agit principalement des cotisations de Sécurité sociale et des indemnités de licenciement. À quelle date naît la créance de cotisation Sécurité sociale afférente à un travail fourni avant le jugement d'ouverture mais rémunéré après ? La Cour de cassation considère que le fait générateur de la cotisation est le travail effectué mais non le versement du salaire intervenu après le jugement d'ouverture⁷⁸⁰. Cette jurisprudence est étendue aux indemnités de licenciement des salariés. C'est en effet le licenciement qui en constitue le fait générateur mais non la conclusion du contrat de travail⁷⁸¹.

B) Les créances fiscales

281. La Cour de cassation invite à identifier le moment exact de la naissance de l'impôt, se référant très souvent à l'évènement nécessaire à son exigibilité⁷⁸². Ainsi, l'impôt sur le revenu et l'impôt sur les sociétés ont respectivement pour fait générateur non pas la perception des revenus, mais l'expiration de l'année au cours de laquelle ces revenus ont été perçus⁷⁸³ et la clôture de l'exercice comptable⁷⁸⁴. Il suffit que l'année s'expire au cours de la période d'observation pour que la créance d'impôt bénéficie du traitement prioritaire ; solution tout à fait arbitraire dans la procédure collective.

La TVA assise sur des prestations de service a pour fait générateur l'exécution de la prestation tandis que pour la TVA assise sur les ventes, il faut rechercher la date de livraison qui est non seulement le fait générateur mais aussi le moment d'exigibilité de l'impôt.

C) La créance environnementale

282. Il s'agit notamment de la créance de remise en état d'un site d'exploitation pollué, dont le trésor public est bénéficiaire. La jurisprudence considère que cette créance naît, non pas de la pollution, mais de l'arrêté préfectoral ordonnant au débiteur la consignation des

⁷⁸⁰ Cass. com., 8 novembre 1988 : *D.* 1989, jurispr. p. 36, note A. HONORAT.

⁷⁸¹ Cass ; soc. 19 décembre 1990, *Bull. civ.*, V, 1990, n° 679 ; Cass. soc., 16 juin 2010, *RPC*, 2010, comm. 245, obs. G. BERTHELOT.

⁷⁸² V. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., note n° 469, sous n° 601.

⁷⁸³ Cass com., 14 janvier 2004, *RPC*, 2004, p. 244, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN ; Cass. com., 12 juillet 1994, *D.*, 1995, somm., p. 9, obs. F. DERRIDA.

⁷⁸⁴ Cass. com., 16 décembre 2008, n° 08-12142, *D.* 2009, 164, obs. A. LIENHARD.

fonds correspondant aux travaux à réaliser⁷⁸⁵. La Cour confond la sanction de l'obligation de réparer, avec l'obligation de réparer elle-même⁷⁸⁶. Pourtant, une créance ne saurait prendre naissance au moment où elle est sanctionnée. Dans un arrêt plus récent, la Cour semble revenir sur sa solution. Elle estime que la créance de dépollution prend naissance à la date de fermeture du site⁷⁸⁷. Dans tout les deux cas, elle ne s'attache pas à la date de la pollution elle-même.

Sous-section 2- Le lien nécessaire avec la procédure : un critère fonctionnel

283. En associant au critère de la date de naissance de la créance celui de son lien étroit ou nécessaire avec la procédure, c'est la portée de la controverse sur la date de naissance d'une créance qui est réduite. Désormais, qu'il s'agisse de contrat conclu antérieurement à la procédure ou non, qu'il soit à exécution successive ou pas, que la créance de rémunération soit considérée à partir de son fait générateur économique ou de sa date de naissance juridique n'a plus de véritable incidence sur le régime applicable⁷⁸⁸. Le lien nécessaire de la créance avec la procédure la fait rentrer à lui seul dans la catégorie des créances postérieures bénéficiant du traitement de faveur. Ce critère fonctionnel comporte un aspect organique (**paragraphe 1**) et un aspect téléologique (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1- Une créance née régulièrement

284. Ce critère s'apprécie par rapport aux règles gouvernant la répartition des pouvoirs entre le débiteur et les organes de la procédure.

285. S'agissant d'abord d'un acte juridique, celui-ci doit être posé en conformité avec les règles du dessaisissement qui frappent le débiteur, règles qui s'avèrent variables selon les cas. Ainsi, le débiteur pourrait contracter ou agir seul en justice. Il pourrait également avoir besoin du consentement du mandataire de justice chargé de son assistance ou du consentement du juge-commissaire. Dans le droit de l'OHADA, en dehors des « *actes conservatoires et ceux de gestion courante entrant dans l'activité habituelle de l'entreprise*

⁷⁸⁵ Cass. com., 17 septembre 2002, *Bull. civ.* n° 125 ; *D.*, 2002, p. 2735, obs. A. LIENHARD ; *RTD com.*, 2003, 167, obs. A. MARTIN-SERF.

⁷⁸⁶ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *RPC*, 2003, n°2, p. 147, n° 7.

⁷⁸⁷ Cass. com., 19 novembre 2003, *D.*, 2004, p. 629, obs. D. VOINOT.

⁷⁸⁸ Nicolas THOMASSIN, *op. cit.*, spéc. n° 16.

conformément aux usages de la profession », l'acte juridique nécessite à la fois le concours du débiteur en redressement judiciaire et du syndic⁷⁸⁹. Le pouvoir d'exiger la poursuite d'un contrat en cours relève toutefois de la seule prérogative du syndic⁷⁹⁰. En France, l'acte juridique peut être passé par le seul débiteur tant qu'il n'est pas interdit ou n'est pas compris dans la mission de l'administrateur⁷⁹¹. Par exemple, la décision de poursuivre un contrat en cours relève du pouvoir de l'administrateur, et en l'absence de celui-ci, du débiteur avec avis conforme du mandataire judiciaire⁷⁹². Tout ce qui précède est vrai pour l'acte juridique initié après le jugement d'ouverture.

Concernant des créances nées de prestations effectuées par le cocontractant dans l'attente de la décision à intervenir sur la poursuite du contrat en cours, elles sont régulières en droit de l'OHADA comme en France. Il en est ainsi car la quasi-totalité des contrats se poursuit de plein droit après l'ouverture de la procédure collective. Quant aux créances naissant au cours d'une procédure devenue irrégulière⁷⁹³, la Cour de cassation tranche que le droit de priorité leur est applicable si elles sont conformes aux règles gouvernant les pouvoirs du débiteur ou du mandataire de justice⁷⁹⁴.

286. S'agissant ensuite des conséquences pécuniaires des faits juridiques, la solution est controversée car le concept de régularité semble ne concerner que des créances d'origine contractuelle. La créance délictuelle de la victime d'un accident de la route ou de la pollution causé par le débiteur doit-elle bénéficier du traitement de faveur ? Si la morale et l'équité imposent une réponse affirmative, il faut reconnaître pourtant qu'une telle créance ne contribue pas au redressement du débiteur. C'est en ce sens que le Professeur Filiga Michel SAWADOGO opinait, en droit de l'OHADA, que les créances de réparation de délits et quasi-délits commis par le débiteur après le jugement d'ouverture devaient être inopposables à la masse⁷⁹⁵. Mais tel ne semble pas être l'avis de la Cour de cassation française. Dans un arrêt du 13 octobre 1998 relatif à la créance de réparation d'un acte de

⁷⁸⁹ Art. 52 AUPC.

⁷⁹⁰ Art. 108 AUPC ; v. *supra*, n° 205.

⁷⁹¹ Art. L 622-1 (art. 23 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005) et L 622-3 Code de commerce. Les actes interdits sont ceux de l'art. L 622-7 (art. 22 Ord n° 2008-1345 du 18 décembre 2008). Les actes relevant de la mission et des pouvoirs de l'administrateur sont ceux fixés par la loi ou définis par le tribunal (mission d'assistance ou de surveillance du débiteur) ; v. pour plus de précisions Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement, op. cit.*, n°s 270 à 277-2.

⁷⁹² *Supra*, n° 206 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n°s 511 et ss.

⁷⁹³ En dehors des délais de la période d'observation par exemple en France.

⁷⁹⁴ Cass. com., 9 juin 1992, *Bull. civ.* n° 96, p. 8095 ; *D.* 1993, somm. p. 5, obs. F. DERRIDA.

⁷⁹⁵ Car le dessaisissement a pour effet de bloquer le patrimoine du débiteur dans sa consistance au jour du jugement d'ouverture : Filiga Michel SAWADOGO, *OHADA droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n° 175.

contrefaçon, elle pose qu'il faut rechercher si la créance est née régulièrement après le jugement d'ouverture, « *c'est-à-dire conformément aux règles gouvernant les pouvoirs du débiteur ou, le cas échéant, de l'administrateur* »⁷⁹⁶. La Cour casse pour défaut de base légale l'arrêt de la Cour d'appel de Paris⁷⁹⁷ qui avait admis le bénéfice du traitement préférentiel à la créance de réparation du délit commis par le débiteur en liquidation judiciaire. Le dessaisissement ne permettait pas en effet au débiteur de faire naître une créance opposable à la procédure. Se trouve ainsi consacré « *le critère des pouvoirs* » afin d'apprécier la régularité de la naissance d'une créance délictuelle. Appliqué à un débiteur en redressement judiciaire lors de la commission de l'acte dommageable, ce critère suscite des solutions qui dépendent de la mission conférée à l'administrateur⁷⁹⁸.

Pour le professeur Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, s'il est concevable d'appliquer le traitement de faveur à des dettes délictuelles nées à l'occasion de l'exercice de la profession ou de la procédure, cela paraît exclu pour des dettes délictuelles personnelles. Selon le professeur, « *la victime sera le plus souvent protégée puisqu'elle pourra agir contre l'assureur par le biais d'une action directe* »⁷⁹⁹. Cet argument trouverait parfaitement à s'appliquer en droit de l'OHADA. Cependant, dans l'optique d'exclure les dettes délictuelles personnelles au débiteur, la solution posée par la Cour de cassation n'est pas d'un grand secours. En effet, si la référence *aux pouvoirs* peut être pertinente en matière d'actes juridiques, elle ne l'est pas en matière extracontractuelle. Il a été toutefois objecté que ce critère des « *pouvoirs* » s'applique de sorte que la créance doit être tenue pour régulière lorsque le fait fautif ou dommageable est survenu à l'occasion d'une activité permise⁸⁰⁰. Dans les faits de notre espèce, les actes de contrefaçon se rattachaient à une activité étrangère à la liquidation judiciaire et apparemment à des fonctions salariées au sein d'une autre société⁸⁰¹. Le liquidateur, débouté en appel, contestait l'application de la priorité de paiement à la créance délictuelle en faisant valoir que les faits étaient « *étrangers à la liquidation judiciaire* » et par là même irréguliers. Le critère du moyen était donc que l'acte, n'ayant pas été posé dans le cadre de la procédure, était une dette personnelle. La haute juridiction reçoit le moyen mais retient une formule

⁷⁹⁶ Cass. com., 13 octobre 1998, n° 95-21.988, *Juris-Data*, n° 003811 ; *JCP E*, 1998, n° 48, p. 1858.

⁷⁹⁷ Paris, 29 septembre 1995.

⁷⁹⁸ Michel CABRILLAC et Philippe PÉTEL, obs. sous Cass. com., 13 octobre 1998 : *JCP E* 1998, n° 52, p. 2069, § 18.

⁷⁹⁹ Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., Montchrestien, Paris, 2011, n° 595.

⁸⁰⁰ Michel de JUGLART et Benjamin IPPOLITO, par Eric KERCKHOVE, *op. cit.* n° 487.

⁸⁰¹ Patrick ROSSI, « Naissance irrégulière des créances délictuelles et répartition des pouvoirs », obs. sous Cass. com., 13 octobre 1998, *JCP E*, n° 24, 17 Juin 1999, p. 1060.

plus abstraite où toute référence à un intérêt quelconque est écartée⁸⁰² ; à moins d'entendre « *les pouvoirs du débiteur* » comme s'exerçant dans l'intérêt de la procédure. Récemment, la Chambre commerciale dans un arrêt du 30 mars 2005 considère que la créance d'occupation sans droit ni titre d'un immeuble par le débiteur en liquidation judiciaire est née régulièrement⁸⁰³. On se retrouve pourtant dans la même configuration où une créance postérieure naît d'un fait du débiteur dessaisi. Ce fait n'est cependant pas survenu dans l'intérêt de la procédure. Plus récemment encore, elle admet que la créance de réparation issue d'un comportement fautif du liquidateur naît régulièrement⁸⁰⁴ ; ce qui signifie en d'autres termes qu'une dette délictuelle est régulière si elle a été engagée par les organes compétents⁸⁰⁵.

287. Enfin, les créances nées d'actes irréguliers ne sont pas nulles. En France ces créances dites « *hors procédures* » sont inopposables à la procédure collective et de ce fait ne peuvent être déclarées⁸⁰⁶. Il n'est pas en outre évident que les titulaires de ces créances puissent en réclamer le paiement à la clôture de la procédure. En effet, le jugement de clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif ne fait pas recouvrer aux créanciers l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur⁸⁰⁷. En droit de l'OHADA, ces créances sont dites « *créances hors la masse* » ; ce qui signifie qu'elles sont inopposables à la masse. Dans toutes les deux législations, ces créances ne peuvent bénéficier du traitement préférentiel des créances postérieures et sont ignorées dans l'apurement du passif du débiteur. À l'issue de la procédure collective, elles pourront le cas échéant faire l'objet de poursuites mais cela ne présentera un intérêt concret que si le débiteur revient à meilleure fortune.

Paragraphe 2- Une créance née utilement

288. Ce critère téléologique semble décisif pour la détermination du périmètre des créances éligibles au traitement préférentiel. Il est en outre plus raisonnable dans la mesure

⁸⁰² *Ibid.*

⁸⁰³ Cass. com., 30 mars 2005, n° 01-11.620, *RTD com.*, 2006, p. 478, obs. A. MARTIN-SERF.

⁸⁰⁴ Cass. com., 2 mars 2010, n° 09-10039.

⁸⁰⁵ Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.*

⁸⁰⁶ Il s'agit de la sanction de la violation du dessaisissement définie par la jurisprudence en matière de liquidation judiciaire où le dessaisissement du débiteur est systématique.

⁸⁰⁷ Art. L 643-11 (art. 78-1°, Ord. n° 2014-326, du 12 mars 2014). Ce texte ne concernait avant 2005, que les créances antérieures. On peut s'attendre à la consécration de la solution aux créances postérieures hors procédure : Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., *op. cit.*, n° 606 ; v. aussi Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, *op. cit.*, n° 501.

où il limite considérablement ce périmètre aux créances qui favorisent le redressement de l'entreprise. La philosophie des législations OHADA (1998) et française (depuis la réforme de 2005) est que le régime prioritaire de la créance de somme d'argent contre le débiteur en difficulté soit déterminé par le lien étroit ou l'utilité avec la procédure.

En effet, l'article 40 de la loi française du 25 janvier 1985⁸⁰⁸ ne consacrait que les critères de naissance régulière et de postériorité de la créance. Une analyse trop littérale de ce texte par la jurisprudence a conduit au gonflement du passif prioritaire très critiqué par la doctrine. Le législateur de l'OHADA va tirer la conséquence de cette errance du droit français en innovant dans les dispositions de l'article 117 AUPC sur le paiement préférentiel. Aux critères chronologique et organique, il adjoindra les notions de créances « *nées de la continuation de l'exploitation et de toute activité régulière du débiteur ou du syndic* ». Cette innovation nous paraît à la fois sibylline et insuffisante car elle ne consacre pas la stricte utilité de la créance à la finalité de la procédure (II).

En France, l'article L. 622-17 du Code de commerce⁸⁰⁹ introduit un critère téléologique issu de l'utilité de la créance. Celle-ci, en procédure de sauvegarde ou de redressement, doit être engagée pour « *les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période* ». Outre ces deux éléments, la créance doit en procédure de liquidation judiciaire être née pour les besoins du maintien provisoire de l'activité en vue de la « *cession totale ou partielle de l'entreprise* »⁸¹⁰. Cette réforme est bien aboutie lorsqu'elle permet une contraction importante du périmètre du régime de faveur sans toutefois rendre inopposables les créances régulières jugées inutiles à la procédure (I).

I- LA CRÉANCE AYANT POUR OBJET LE DÉROULEMENT DE LA PROCÉDURE « OU » LA CONTREPRESTATION DU DÉBITEUR : UNE RÉFORME ABOUTIE EN FRANCE

289. Il faut d'emblé noter que ces deux critères d'utilité de la créance sont alternatifs. Ils trouvent donc à s'appliquer en toute indépendance⁸¹¹. Ils sont en outre en conformité avec la finalité recherchée par le législateur à savoir, favoriser le crédit au débiteur en difficulté afin de favoriser le redressement. L'article L. 641-13 relative à la créance issue du

⁸⁰⁸ Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, *op. cit.*, art. 40 : « *Les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture sont payées à leur échéance lorsque l'activité est poursuivie...* »

⁸⁰⁹ Art. 33 de la loi du 26 juillet 2005 modifié par l'article 29 de l'ordonnance du 18 décembre 2008, *op. cit.*

⁸¹⁰ Art. L 641-13, rédaction issue de l'art. 107 de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008.

⁸¹¹ Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *op. cit.*, n° 312-1, p. 308.

maintien provisoire de l'activité en procédure de liquidation ne fera pas l'objet de développements particuliers lorsque sa formulation n'est que très légèrement différente de celle de l'article L. 622-17.

A) La contrepartie d'une prestation fournie au débiteur

290. Ce critère vise à favoriser l'approvisionnement du débiteur au cours de la procédure collective et met en exergue la relation étroite entre le régime des contrats en cours et celui du traitement préférentiel⁸¹². Sont donc concernées les créances nées de la poursuite régulière de contrats en cours et celles nées de la conclusion régulière de contrats après le jugement d'ouverture. La prestation doit être entendue objectivement, économiquement. Pour le Professeur F. PÉROCHON, elle pourrait même déborder le cadre contractuel. Ce sera le cas si le débiteur a joui d'un local, la créance naissant en contrepartie pouvant indifféremment être une créance de loyers (contrepartie contractuelle de l'occupation licite) ou une indemnité en cas d'occupation illicite mais effective du local par le débiteur après l'expiration du contrat⁸¹³.

Il n'est pas exigé que la créance se rattache à l'activité professionnelle du débiteur et cela est perçu par la doctrine comme une « régression »⁸¹⁴. En effet, cette carence dénoncée est de nature à élargir le périmètre du traitement de faveur à des créances contractuelles destinées à satisfaire des besoins personnels privés du débiteur tel que le loyer d'un bail d'habitation. Ce qui est regrettable car l'effectivité du paiement des créanciers qui ont investi dans le redressement de l'entreprise du débiteur pourrait être compromise.

B) Les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation

291. La difficulté pour la jurisprudence sera de *déterminer l'intensité du lien d'utilité qui doit exister entre la créance et la procédure*⁸¹⁵. Entrent incontestablement dans cette catégorie des créances utiles les frais de justice et honoraires dus aux greffiers, mandataires de justice, avocats, experts. Certains auteurs estiment qu'il faut prendre en considération non pas la créance elle-même mais sa source au sens de la thèse *matérialiste*⁸¹⁶. Dans ce

⁸¹² Geoffroy BERTHELOT, « Les créanciers postérieurs méritants » (1re partie), *op. cit.*, n° 71 et 72.

⁸¹³ Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, *op. cit.*, n° 312-1.

⁸¹⁴ *Ibid.*, n° 312-2

⁸¹⁵ *Ibid.*, n° 313, citant le professeur ROUSSEL-GALLE.

⁸¹⁶ *Supra*, n°s 263-264.

sens, la créance doit naître d'un acte ou d'une opération potentiellement utile à la procédure⁸¹⁷.

292. En matière contractuelle, doivent être considérées comme utiles les créances engagées pour l'exécution d'un contrat synallagmatique régulièrement continué ou conclu ; il en est de même des indemnités et pénalités de résiliation d'un contrat régulièrement conclu après le jugement d'ouverture⁸¹⁸. Il est ici considéré non pas la créance qui en elle-même ne naît pas pour les besoins de la procédure, mais plutôt la décision de résiliation. Celle-ci selon le professeur F. PÉRONCHON sera généralement fondée sur les besoins de la procédure car la résiliation a lieu parce que le contrat n'est plus utile à la procédure ou excède les moyens du débiteur. Cette interprétation étroite tend donc à exclure du traitement de faveur la créance simplement née à l'occasion de la procédure ou de la période d'observation. Il en sera ainsi des créances d'indemnité contractuelle pour mauvaise exécution ou pour retard intervenus postérieurement au jugement d'ouverture. Ce sera aussi le cas en principe des créances délictuelles et fiscales.

Pour d'autres auteurs, la naissance pour les « *besoins* » de la procédure ne signifie pas que la créance doive être utile. Le critère de l'utilité « *paraît perturbateur et ajouter à la loi* ». Pour eux, il faut que la naissance de la créance soit « *justifiée par les exigences de la procédure* ». La créance délictuelle pourra dans cet entendement connaître un traitement préférentiel si elle prend naissance à l'occasion de la poursuite de l'activité ou dans un cadre autorisé⁸¹⁹. Cette interprétation est large. Il est certain que les créances issues de fautes commises par le débiteur antérieurement au jugement d'ouverture seront exclues des « *besoins* » de la procédure, peu important qu'elles naissent ou non du jugement de condamnation. Par contre une créance de réparation par suite d'un accident causé en livrant de la marchandise ou une créance née du comportement fautif d'un mandataire de justice sera considérée comme née pour les « *besoins* » de la procédure. Cette solution n'a pas droit de cité dans la conception restrictive qui privilégie la notion d'utilité. Pour le professeur F. PÉROCHON, le régime de faveur pourrait s'appliquer à la créance issue de la faute du débiteur « *non pas contingente, mais véritablement inhérente à l'activité au cours de la procédure parce qu'elle en constitue le moyen ou l'objet* ». Ce serait par exemple, dans l'un des cas, le maintien illicite dans les locaux après renonciation au bail, et

⁸¹⁷ Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, op. cit., n° 313.

⁸¹⁸ Pour la créance de pénalité ou d'indemnité de résiliation d'un contrat en cours, elle est exclue du régime de faveur que le contrat ait ou non été poursuivi : v. *supra*, n° 272.

⁸¹⁹ Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 603, p. 385.

dans l'autre, la vente de produits issus de la contrefaçon ou un recours à des pratiques anticoncurrentielles⁸²⁰.

293. S'agissant des créances fiscales, une interprétation large de l'article L. 622-17 conduirait à les inclure toutes dans les « *besoins* » du déroulement de la procédure. Mais cette conception favorable au droit de la concurrence ne devrait prendre en compte les créances fiscales qu'au prorata de la durée de la procédure. Il en sera de même pour les amendes. Une interprétation restrictive, donc plus favorable au redressement, conduirait à l'inverse à ne retenir que les créances fiscales et les obligations légales directement issues d'opérations et d'actes utiles à la procédure⁸²¹. Il s'agirait des « *impôts et taxes qui ont pour assiette les produits et charges de l'entreprise à courir du jugement d'ouverture* »⁸²². On y retrouve au moins la TVA qui frappe les ventes du débiteur, ou l'impôt sur les sociétés ou sur le revenu qui est relatif aux bénéfices au cours de la procédure. Mais si la créance d'impôt est indépendante du déroulement de la procédure ou n'est pas assise sur des opérations de la période d'observation, elle ne peut entrer dans le domaine du régime de faveur. Il en sera ainsi de la taxe d'habitation ou de l'impôt foncier relatif au logement personnel du débiteur.

C) Le sort des créances régulières inutiles

294. Les créances postérieures régulières qui ne naissent pas pour les besoins du déroulement de la procédure ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur ne sont pas ignorées par la procédure. L'article L. 622-24 alinéa 6 du Code de commerce⁸²³ dispose qu'elles doivent être déclarées au passif dans un délai de 2 mois à compter de la date d'exigibilité de la créance. Elles sont par ailleurs traitées comme des créances antérieures car elles obéissent aux règles de l'interdiction des paiements et de l'arrêt des poursuites individuelles. Leur sort est donc bien différent de celui des créances irrégulières qui sont hors procédure.

Ces réformes du législateur français constituent incontestablement un progrès longtemps appelé par la doctrine. En droit de l'OHADA, le législateur qui partage la même vision s'y prend maladroitement.

⁸²⁰ Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *op. cit.*, n° 314.

⁸²¹ *Ibid.*, n° 314-1.

⁸²² Bernard LAGARDE, « Le trésor public : un créancier comme les autres », *Gaz. Pal.*, 10 septembre 2005, p. 28, spéc. p. 32.

⁸²³ Art. 37 Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, modifié par l'art. 33 de l'Ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008.

II- LA CRÉANCE ISSUE DE LA CONTINUATION DE L'ACTIVITÉ « ET » DE L'ACTIVITÉ RÉGULIÈRE DU DÉBITEUR : UNE INNOVATION SIBYLLINE ET INSUFFISANTE EN DROIT DE L'OHADA

295. Sous l'empire de la loi française de 1967, les dettes de la masse résultaient le plus souvent de la poursuite directe de l'activité ou de la continuation des contrats en cours. La jurisprudence recherchait déjà une finalité puisque ces dettes devaient être nées « *pour le compte* », « *dans l'intérêt* » ou encore « *au profit* » de la masse⁸²⁴. Théoriquement, le domaine du régime de faveur se résume à savoir si la masse profite de l'acte qui a engendré le nouveau passif. L'idée donc d'une utilité de la créance est présente et le législateur du droit de l'OHADA ne s'en détourne point. Mieux, en tirant les leçons de l'interprétation prétorienne élargie de l'article 40 de la loi française de 1985, le législateur va explicitement exiger que les dettes postérieures régulières soient « *nées de la continuation de l'exploitation et de toute activité régulière du débiteur ou du syndic* ». Cette disposition de l'article 117 AUPC pose deux conditions cumulatives c'est-à-dire dépendantes, mais sa formulation manque de clarté et nous paraît doublement redondante. Toutefois, ce qui peut sembler redondant peut dissimuler quelques subtilités dont nous tenterons l'exégèse en attendant l'éclairage de la jurisprudence.

A) Une dette née de la continuation de l'activité après le jugement d'ouverture

296. La formulation de l'article 117 AUPC quant à cette première exigence peut paraître redondante lorsque l'expression « *de la continuation de l'activité* » aurait à lui seul suffi pour traduire la volonté du législateur. Mais que faut-il donc entendre de cette exigence ?

Contrairement au législateur français qui délimite le « critère d'utilité » par rapport à l'objet de la créance, le législateur en droit de l'OHADA définit ce critère par rapport à la cause de la créance engagée. Autrement dit, la créance doit trouver sa source dans la « *continuation de l'activité* » ; elle doit en être la conséquence. Cette formulation du texte conduit à une large interprétation du domaine des créances éligibles au traitement de faveur. Il s'agit non seulement des créances qui répondent aux exigences de la poursuite d'activité, c'est-à-dire qui procurent un avantage à cette dernière, mais aussi de celles qui

⁸²⁴ Cass. com., 21 novembre 1972 : *D.* 1974, p. 213, note RODIÈRE ; *Gaz. pal.*, 1973, II, p. 603 ; Cass. com., 15 janvier 1973 : *Bull. civ.*, 1973, IV, n°21 ; *Banque* 1973, p. 1053, note MARTIN ; Cass. com., 17 décembre 1973 : *Bull. civ.*, 1973, IV, n° 364 ; *D.* 1974, *IR*, p. 70 ; *RTD com.*, 1973, p. 883, n° 16, obs. HOUIN.

sont simplement engagées dans le cadre de la procédure, qui naissent à l'occasion de la poursuite de l'activité sans résulter d'une décision fondée sur les besoins de celle-ci.

Cette exigence a toutefois le mérite d'exclure toutes les créances postérieures nées de décisions de condamnation pour des faits ou actes antérieurs au jugement d'ouverture de la procédure. Il en est ainsi des sanctions pécuniaires à caractère répressif ou indemnitaire, des créances de dépens et indemnités procédurales, des créances de vices cachés etc. Mais le critère inclut, et il faut le regretter, les créances extracontractuelles nées de faits du débiteur et postérieures au jugement d'ouverture. Or ces créances ne servent pas le redressement de l'entreprise.

B) Une dette née régulièrement de toute activité régulière du débiteur ou du syndic

297. Il peut sembler difficile en effet de concevoir une créance naissant régulièrement d'une activité irrégulière du débiteur ou l'inverse, une créance naissant irrégulièrement d'une activité régulière du débiteur. Mais si la première exigence de régularité, comme nous l'avons précédemment envisagée, considère le respect des règles gouvernant les pouvoirs du débiteur⁸²⁵, la seconde pourrait avoir une toute autre signification liée à la licéité même de l'activité du débiteur ou du syndic. L'activité doit être entendue comme une succession d'opérations dirigées vers une finalité. Ainsi, la vente des produits issus de la contrefaçon ou le recours à des pratiques anticoncurrentielles pour écouler les stocks ou désorganiser un concurrent, le maintien illicite dans les locaux après renonciation au bail⁸²⁶ peuvent donner lieu à des créances nées de la continuation de l'activité, mais qui seront exclues du traitement de faveur. Ces créances bien que conformes aux règles de gestion de la procédure, donc régulières, seront exclues parce que n'étant pas issues d'une activité régulière du débiteur. Également, il convient d'écarter une dette née d'une prestation fournie au débiteur en violation de la volonté clairement manifestée par le syndic de ne pas continuer le contrat. Cette dette ne naît pas d'une activité régulière du débiteur. Par contre la dette née d'une mauvaise exécution du contrat par le débiteur intègre le domaine des créances contre la masse parce qu'elle ne naît pas d'une activité irrégulière.

Faut-il écarter toutes les dettes délictuelles et quasi délictuelles nées après le jugement d'ouverture ? La réponse est négative sauf lorsqu'elles sont engagées à l'issue

⁸²⁵ *Supra* n^{os} 284 et ss.

⁸²⁶ Créance d'indemnité d'occupation.

d'une activité irrégulière. Ainsi la créance d'indemnité de réparation de la victime d'un accident de la route causé lors de la livraison de marchandises par le chauffeur de l'entreprise est une créance contre la masse. Il est clair que l'article 117 AUPC donnera lieu à une abondante jurisprudence du fait de sa formulation obscure.

C) L'insuffisance du texte dans la délimitation du domaine du régime de faveur

298. Cette insuffisance tient tout d'abord dans le fait que certaines créances inutiles au redressement de l'entreprise viennent gonfler le passif prioritaire. C'est le cas des créances délictuelles engagées à l'occasion de la poursuite de l'activité. C'est aussi le cas des dommages-intérêts issus de la résiliation du contrat non poursuivi, mais qui heureusement sont écartés par l'article 109 AUPC. En France la loi du 26 juillet 2005 a plus que clarifié le périmètre des créances de procédure en consacrant expressément la notion de « *besoins* » de la procédure. Ceci a le mérite d'exclure les créances ne répondant pas à l'objectif de favoriser le crédit au débiteur soumis à une procédure collective, et dans le meilleur des cas le redressement de l'entreprise.

L'insuffisance de l'innovation du législateur de l'OHADA réside ensuite dans son mutisme sur le sort des créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture, mais d'une activité irrégulière du débiteur ou du syndic, ou en dehors de la continuation de l'activité. Ces créances seront traitées comme des créances hors la masse alors qu'elles méritent, pour des raisons d'équité, d'être prises en compte dans la distribution du dividende. Elles le méritent d'autant plus que l'activité irrégulière du débiteur ou du syndic aurait profité à l'entreprise. Il serait donc juste de prévoir comme en droit français, un délai spécial de déclaration de créances pour ces créanciers.

SECTION 2 : LE TRAITEMENT PRÉFÉRENTIEL

299. Le passif engendré pour le redressement de l'entreprise soumise à une procédure collective connaît un traitement favorable par rapport au passif qui a justifié l'ouverture de cette procédure. En rappel, cette préférence du passif nouveau trouve sa légitimité en droit

de l'OHADA dans le fait qu'il profite à la masse⁸²⁷. En France, cette légitimité réside dans le fait qu'il faut encourager le crédit à l'entreprise afin de parvenir au maintien de l'activité et de l'emploi.

S'agissant du contenu même du traitement favorable accordé au passif nouveau, il est frustrant de relever en droit de l'OHADA que le législateur, qui prend le soin de circonscire le périmètre des « *créances contre la masse* », ne définit pas clairement leur statut. Celui-ci est éparpillé sur l'ensemble de l'AUPC et demande un effort de synthèse des différents articles relatifs aux créances de la masse afin d'en tirer un régime juridique uniforme. Mais pour l'essentiel, dans cette législation comme en droit français, on peut retenir que ce régime juridique préférentiel implique un paiement à l'échéance des créances nouvelles (**Sous-section 1**), et en cas d'insuffisance des fonds disponibles, un paiement relativement prioritaire sur les autres créances (**Sous-section 2**).

Sous-section 1- Le paiement à l'échéance

300. L'admission du paiement à l'échéance des créances postérieures élues au traitement préférentiel est un principe constant du droit des procédures collectives. Ces créances sont soumises au droit commun et leur titulaire échappe à la discipline collective qui encadre les créanciers antérieurs. Elles sont donc payées au fur et à mesure de leurs échéances (**paragraphe 1**) et peuvent faire l'objet de poursuites individuelles et de voies d'exécution en vue du paiement (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1- Le principe du paiement à l'échéance

301. Le principe du paiement à l'échéance prend toute sa valeur par contraste avec la situation des créances antérieures et des créances postérieures non élues au traitement préférentiel. Celles-ci sont soumises à l'arrêt des poursuites individuelles, à l'arrêt du cours des inscriptions des sûretés réelles, à l'arrêt du cours des intérêts. En France, leur paiement est en outre interdit au débiteur par l'article L. 622-7⁸²⁸ de Code de commerce. Ces suspensions et interdictions tendent à augmenter la chance des créances postérieures élues

⁸²⁷ Le rôle salvateur des créanciers de la masse est reconnu et récompensé par un statut préférentiel. Ils sont créanciers de la masse dont ils peuvent contribuer à accroître le patrimoine : Yvonne LAMBERT-FAIVRE, *op. cit.*

⁸²⁸ Art. 21 de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008.

d'être payées à l'échéance ; paiement dont la portée peut être quelque peu entamée par la concurrence de certaines créances antérieures.

I- L'AFFIRMATION DE LA RÈGLE DU PAIEMENT À L'ÉCHÉANCE DES CRÉANCES ÉLUES AU TRAITEMENT PRÉFÉRENTIEL

302. En France, l'article Article L 622-17, I, pose clairement le principe que les créances élues au traitement préférentiel « *sont payées à leur échéance* ».

En droit de l'OHADA, ce principe se déduit du régime juridique des contrats en cours. En effet, il est imposé au syndic qui exige l'exécution d'un contrat en cours de fournir la prestation promise à l'autre partie. Cette dernière peut dans le cas contraire soulever l'exception d'inexécution et devient créancière de la masse (article 108 AUPC)⁸²⁹. S'agissant par exemple du contrat de bail, il est prévu en cas de non résiliation que le bailleur, créancier de la masse, puisse exiger le paiement des loyers échus ou à échoir « *au fur et à mesure de leurs échéances* ». Cette disposition de l'article 98 alinéa 2 AUPC nous semble aussi valable pour tous les contrats à exécution successive.

Le principe de paiement à l'échéance en droit de l'OHADA se déduit également du fait que les créances postérieures ne soient pas soumises à la discipline collective de l'article 75 AUPC. Ainsi et selon l'adage qu'*il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi de distingue pas*, le régime juridique des *créances contre la masse* ou *créances de la masse* est uniforme, peu importe que la créance soit issue d'acte ou de fait juridique.

303. En France comme en droit de l'OHADA, les créanciers postérieurs peuvent donc à l'échéance exiger le paiement intégral de leur créance, et le débiteur et/ou le mandataire de justice doit s'exécuter s'il dispose des fonds nécessaires. Le débiteur ou le mandataire ne peut exciper du fait que le créancier ne l'a pas informé de sa créance. Il doit payer dès lors que la créance est certaine, liquide et exigible. Il doit payer le principal de la créance mais aussi les intérêts dont elle peut être assortie dans la mesure où les créanciers postérieurs élus au traitement préférentiel ne subissent pas l'arrêt du cours des intérêts. Ces créanciers peuvent prétendre à des intérêts en cas de retard dans le paiement.

304. Le paiement à l'échéance à lieu selon les règles du droit commun. Il s'effectue par tous les moyens de paiement légaux et même par le jeu de la compensation. Dans ce cas, il

⁸²⁹ *Supra*, n^{os} 214 et ss, spéc. n^o 216.

n'est plus nécessaire —contrairement à ce qui a lieu s'agissant de créances antérieures— que les deux obligations réciproques présentent un lien de connexité⁸³⁰.

II- L'ATTÉNUATION DE LA PORTÉE DU PRINCIPE PAR LA CONCURRENCE DE CERTAINES CRÉANCES ANTÉRIEURES

305. La règle du paiement à l'échéance est affectée par la concurrence d'autres normes accordant des droits similaires à d'autres catégories de créances antérieures au jugement d'ouverture.

306. Tout d'abord, il y a les créances garanties par le superprivilège des salaires. Ces créances en France sont constituées des rémunérations de toute nature dues aux salariés pour les soixante derniers jours de travail avant l'ouverture de la procédure jusqu'à concurrence d'un plafond mensuel fixé par voie réglementaire et identique pour toutes les catégories de bénéficiaires⁸³¹. En droit de l'OHADA, le législateur se réfère à la législation du travail des États parties au traité⁸³² ainsi qu'aux dispositions de l'Acte uniforme sur les sûretés. Par exemple au Burkina Faso, le superprivilège garantit la fraction insaisissable du salaire⁸³³ due aux travailleurs durant les douze derniers mois précédents l'ouverture de la procédure collective⁸³⁴.

Les créances superprivilégiées doivent donc, dans les 10 jours du jugement prononçant l'ouverture de la procédure, être payées sur décision du juge-commissaire nonobstant l'existence de toute autre créance. À défaut des fonds nécessaires, ces créances doivent être acquittées sur les premières rentrées de fonds⁸³⁵. En France, le débiteur ou l'administrateur doit immédiatement, avant même tout établissement du montant de ces créances, verser aux salariés à titre provisionnel une somme égale à un mois de salaire impayé dans la mesure des fonds disponibles. Ainsi, la priorité des créances superprivilégiées sur les fonds disponibles et à défaut sur les premières rentrées de fonds est absolue⁸³⁶, même face à une créance élue au traitement préférentiel et objet d'un titre exécutoire⁸³⁷.

⁸³⁰ Cass. com., 7 septembre 2010, n° 09-66.595, inédit ; *Act. proc. coll.*, 2010-15, comm. 214.

⁸³¹ Art. L 3253-2 (ancien art. 143-10) du Code du travail.

⁸³² Le droit du travail ne fait pas l'objet d'harmonisation dans le traité de l'OHADA.

⁸³³ Art. 203 de la loi n° 028 -2008/AN, portant Code du travail au Burkina Faso.

⁸³⁴ Art. 180 AUIS ; V. Joseph ISSA-SAYEGH, note sous article 148 AUPC, in *OHADA, traité et actes uniformes commentés et annotés*, 2^e éd., Juriscope, 2002.

⁸³⁵ Art. L 625-8 al 1 et 3 du Code de commerce français ; Art. 96 al 1 et 2 AUPC.

⁸³⁶ Cass. com., 6 juillet 1993 (n° 91-14.269), *D.* 1993, p. 530, obs. Michel RAMACKERS.

⁸³⁷ Cass. com., 13 octobre 1998 (pourvoi n° 94-19.892), *Juris-Data* n° 003812, *JCP E* 1998, n° 52, p. 2063, obs. Michel CABRILLAC : dans cet arrêt, le titulaire du superprivilège ne peut s'opposer à la délivrance du

307. Il y a ensuite les situations où, pour obtenir le retour dans le patrimoine du débiteur de biens ou droits (gagés ou légitimement retenus⁸³⁸, ou encore transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire), le juge-commissaire autorise le paiement de créances antérieures. C'est aussi le cas lorsque le paiement est autorisé par le juge commissaire⁸³⁹ ou réalisé par le syndic⁸⁴⁰ pour faire cesser une action en revendication ou pour lever l'option d'achat d'un contrat de crédit-bail.

308. Enfin, notons le jeu de la compensation de créances antérieures. Celle-ci est admise à condition que les créances réciproques aient un lien de connexité⁸⁴¹.

309. Toutes ces situations évoquées nuisent à l'efficacité du paiement à l'échéance réservé aux créanciers postérieurs élus au traitement préférentiel. En France, l'interdiction légale de paiement des créances antérieures et postérieures (excepté celles bénéficiant du paiement à l'échéance de l'article L 622-17⁸⁴²) constitue un rempart contre d'éventuelle rupture du principe d'égalité entre les créanciers antérieurs. L'inexistence d'une telle règle en droit de l'OHADA est source d'insécurité pour la masse lorsque le syndic peut librement payer un créancier antérieur sans autorisation préalable du juge-commissaire⁸⁴³.

L'affirmation du principe de paiement à l'échéance laisse entier le problème né de l'impossibilité pour le débiteur de payer pour cause d'insuffisance des fonds disponibles.

Paragraphe 2- L'exercice possible des poursuites individuelles et voies d'exécution

310. Les créanciers élus au traitement favorable doivent être payés par le débiteur, et/ou le mandataire de justice compétent, sur les fonds disponibles au fur et à mesure que leurs créances sont échues. Ils ne sont pas en outre soumis à l'arrêt des poursuites individuelles. Ainsi, dès lors que les fonds ne sont pas suffisants pour honorer les échéances, ces

titre exécutoire ; *en revanche comme le suggère l'arrêt, le jugement de condamnation n'astreint pas nécessairement l'administrateur ou le liquidateur à payer sur les fonds disponibles le créancier qui a obtenu ce jugement.*

⁸³⁸ Art. L 641-3 du Code de commerce français.

⁸³⁹ Art. L 624-16 du Code de commerce français.

⁸⁴⁰ Art. 103 al 3 et 106 al 3 AUPC.

⁸⁴¹ *Supra*, n° 109.

⁸⁴² Art. L 622-7 Code de commerce.

⁸⁴³ TGI de Ouagadougou, jugement n° 87/2005 qui valide une cession de créance faite par le débiteur avec l'assistance du syndic après ouverture d'une procédure de redressement judiciaire. Il y a ici violation du principe d'égalité des créanciers tant cher aux procédures collectives. V. Souleymane TOË *Approche critique de l'application judiciaire du droit des procédures collectives dans l'espace OHADA*, thèse Perpignan, 30 avril 2010, n° 173, p. 190 et s.

créanciers peuvent selon le droit commun exercer leur droit de poursuite et toutes voies d'exécution afin de recouvrer leur créance. Ils ont tout intérêt à le faire sans tarder — éventuellement sans attendre l'échéance (par des mesures conservatoires)— car, entre eux, le paiement est le prix de la course.

I- LA CONSÉCRATION DU PRIX DE LA COURSE POUR LE PAIEMENT⁸⁴⁴

311. La possibilité d'exercer une poursuite individuelle par un créancier postérieur élu au traitement préférentiel mais impayé à l'échéance a été consacrée pour la première fois par la Chambre commerciale dans un arrêt de cassation du 20 juin 1989. Une Cour d'appel déclarait de nul effet des avis à tiers détenteur notifiés pour le recouvrement de créances d'impôt au motif qu'ils avaient empêché les administrateurs judiciaires de poursuivre leur mission par le règlement des créances salariales en cours. La Chambre commerciale casse et annule l'arrêt en posant que, « *si une créance d'impôt née régulièrement après le jugement d'ouverture du redressement judiciaire n'est pas payée à l'échéance lorsque l'activité est poursuivie, les dispositions de l'article 40 ... de la loi du 25 janvier 1985 (...) n'interdisent pas le comptable du trésor (...) d'exercer son droit de poursuite individuelle...* »⁸⁴⁵. Dans un autre arrêt, la Chambre commerciale affirmait que « *le droit d'être payé à l'échéance de la créance est indissociable du droit d'exercer des poursuites* »⁸⁴⁶. Si cette faculté de poursuite individuelle s'impose avec la plus grande évidence, notamment parce qu'elle est le corollaire de l'obligation de paiement à l'échéance, il n'en est pas moins difficile d'en ménager la coexistence avec la hiérarchisation légalement établie entre les créances postérieures élues et les autres créances⁸⁴⁷. Plus précisément, la question se pose avec les créances superprivilégiés dont la priorité sur les fonds disponibles et à défaut sur les premières rentrées de fonds est absolue. La question se pose aussi spécialement en France où l'article L 622-17, III du Code de commerce établie une hiérarchie entre les créances postérieures élues, une sorte de règlement collectif.

312. Il est *a priori* permis de penser que le droit de poursuite individuelle doit être suspendu lorsque le règlement collectif du passif postérieur élu au traitement préférentiel

⁸⁴⁴ A. LIENHARD, obs. sous Cass. com., 13 novembre 2002, n° 00-11.200, *D.* 2002, p. 3206.

⁸⁴⁵ Cass. com., 20 juin 1989, *Bull. civ.*, IV, n° 196.

⁸⁴⁶ Cass. com., 25 juin 1996, *D. jurispr.*, 1996, p. 615, note Fernand DERRIDA.

⁸⁴⁷ En France cette hiérarchisation est prévue par l'art. L 622-17, II et III du Code de commerce. En droit de l'OHADA, ce sont les articles 166 et 167 AUPC qui disposent ce classement des créances.

s'impose parce que les disponibilités sont insuffisantes pour en assurer la totalité⁸⁴⁸. Mais la Cour de cassation, par différentes arrêts, pose que le titulaire d'une créance postérieure demeurée impayée peut exercer librement son droit de poursuite individuelle⁸⁴⁹. Ce titulaire peut dans ce cadre obtenir un titre exécutoire et faire exécuter ce titre indépendamment de l'ordre dans lequel s'exercent les privilèges⁸⁵⁰. Dans un arrêt du 13 mai 2003 la Cour tranche clairement à propos d'un avis à tiers détenteur notifié à un liquidateur que : « *l'ordre de paiement des créances ... ne vise qu'à départager les créanciers qui viendraient en concours au même moment de sorte que l'existence d'un créancier de meilleur rang... (comme le superprivilège des salaires), qui n'a pratiqué aucune saisie avant la notification de l'avis à tiers détenteur litigieux, ne saurait priver d'effet celui-ci* »⁸⁵¹.

Ainsi le créancier qui a exercé le premier son droit de poursuite individuelle est le premier payé ; peu importe l'ordre des paiements⁸⁵² et peu importe que les fonds disponibles ne permettent pas de payer d'autres créances de meilleur rang mais non encore exigibles. Le classement légal ne s'applique que dans l'hypothèse de concours sur un bien déterminé. « *Lorsqu'il est possible de régler un créancier qui le demande, tout concours est exclu* »⁸⁵³. Une partie de la doctrine, sans contester cette interprétation, en déplore la conséquence. Pour elle, il est malsain que les créances postérieures au jugement d'ouverture soient soumises à cette « *loi de la jungle* » qui est celle du paiement du prix de la course⁸⁵⁴. Aussi souhaite-t-elle la mise en place d'un régime des paiements faits par l'entreprise en difficulté après le jugement déclaratif qui permettrait de respecter leur classement.

II- L'EFFICACITÉ DES POURSUITES INDIVIDUELLES ET DES VOIES D'EXÉCUTIONS

313. L'exercice des poursuites individuelles et des voies d'exécution, lorsqu'il n'y a plus de fonds disponibles, peut être incertain pour les créanciers postérieurs. En effet, les

⁸⁴⁸ Cass. com., 20 juin 1989, *op. cit.* ; *JCP E*, n° 1, 4 Janvier 1990, 15658, paragraphe n° 5, obs. Michel CABRILLAC.

⁸⁴⁹ Cass. com., 25 juin 1996, *op. cit.*

⁸⁵⁰ Cass. com., 7 septembre 2010, n° 09-66.595, inédit, *op. cit.* ; Cass. com., 13 octobre 1998, *op. cit.*, *Petites affiches*, 19 novembre 1999, n° 231, p. 18, obs. Georges TEILLIAIS.

⁸⁵¹ Cass. com., 13 mai 2003, n° 98-22.741, *Bull. civ. IV*, 2003, n° 72 p. 81.

⁸⁵² Cass. com., 13 novembre 2001, n° 98-22.230, *Juri Data*, n° 2001-011799 ; *Act. proc. coll.*, 2002-3, n° 41.

⁸⁵³ Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *op. cit.*, n°317-2, p. 316, citant Derrida Godé et Sortais.

⁸⁵⁴ Michel CABRILLAC, obs. sous Cass. com., 13 novembre 2002, Trésorier principal de Metz c/ Penet-Weiller, *JCP E*, n° 20, 15 mai 2003, 760, paragraphe 8-9 ; *JCP E* 2003, 29 ; *Juris-Data* n° 2002-016330.

atteintes croissantes à la théorie de l'unicité du patrimoine réduisent le gage des créanciers postérieurs surtout en droit français⁸⁵⁵. Toutefois, l'effet attributif immédiat de l'avis à tiers détenteur et de la saisie attribution constitue incontestablement un moyen efficace pour le créancier.

A) Une efficacité réduite par les atteintes croissantes à la théorie de l'unicité du patrimoine

314. En France et en droit de l'OHADA, l'assiette du gage de la collectivité des créanciers et des créanciers postérieurs ayant droit au paiement à l'échéance peut se trouver diminuée par certains mécanismes juridiques institués par le législateur pour protéger le débiteur ou garantir le paiement d'une dette. Ces mécanismes, plus nombreux en France, sont d'apparition récente en droit de l'OHADA.

315. En droit français le législateur, d'abord par une loi du 1^{er} août 2003⁸⁵⁶, a institué la « *déclaration d'insaisissabilité* » permettant à l'entrepreneur individuel de déclarer ses droits sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale insaisissables. Cette déclaration d'insaisissabilité a été étendue à tout bien foncier bâti ou non bâti mais non affecté à l'usage professionnel de l'entrepreneur par une loi du 4 août 2008⁸⁵⁷. Cette déclaration n'a d'effet qu'à l'égard des créanciers dont les droits naissent postérieurement à sa publication et à l'occasion de l'activité professionnelle du déclarant⁸⁵⁸.

Ensuite, la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL) crée un statut pour permettre à l'entrepreneur individuel de créer un patrimoine professionnel distinct de son patrimoine personnel sans pour autant devoir créer une société.

Enfin, notons l'institution de la fiducie en France par la loi du 19 février 2007⁸⁵⁹. Cet instrument juridique est défini aux articles 2011 et suivants du Code civil français comme « *l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent*

⁸⁵⁵ Geoffroy BERTHELOT, *op. cit.*, n° 90.

⁸⁵⁶ Loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003.

⁸⁵⁷ Art. 14-I, loi n° 2008-776 du 4 août 2008.

⁸⁵⁸ Art. L 526-1 du Code de commerce.

⁸⁵⁹ Loi n° 2007-211.

dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ». Les biens ou droit transférés dans le patrimoine fiduciaire échappent ainsi aux poursuites des créanciers.

316. En droit de l'OHADA, une réforme intervenue le 15 décembre 2010 introduit une nouvelle sûreté : le transfert fiduciaire de sommes d'argent⁸⁶⁰. Celui-ci permet d'inscrire des fonds sur un compte bloqué ouvert au nom du créancier en garantie de l'exécution d'une obligation. Le transfert fiduciaire régulièrement constitué devient opposable aux tiers, ce qui le fait échapper aux poursuites en cas de procédure collective.

La réforme des sûretés introduit également l'agent des sûretés. L'article 9 de l'Acte Uniforme portant organisation des sûretés (AUS) prévoit la création d'un patrimoine d'affectation à la mission de l'agent des sûretés et séparé de son patrimoine propre, pour les cas de constitution ou de réalisation d'une sûreté entraînant un transfert de propriété à son profit. Il en sera de même de l'affectation des paiements que l'agent des sûretés reçoit à l'occasion de l'accomplissement de sa mission. Les fonds ou les biens affectés ne peuvent alors être saisis que par les titulaires de créances nées de leur conservation et de leur gestion, y compris en cas d'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif à l'encontre de l'agent des sûretés.

Toutes ces dérogations aux articles 2092 et 2093⁸⁶¹ du Code civil consacrant le patrimoine du débiteur comme gage de ses engagements constituent des obstacles à l'efficacité du paiement des créanciers.

B) L'efficacité incontestable de l'avis à tiers détenteur et de la saisie-attribution

317. Lorsque les fonds disponibles sont insuffisants, les créances élues au traitement préférentielles se voient le plus souvent⁸⁶² concurrencées par le superprivilège des salaires. Rappelons que le mandataire de justice administrant la procédure à l'obligation de payer ces superprivilèges sur les fonds disponibles ou sur les premières rentrées de fonds avant tout autre créance. Si le droit au paiement à l'échéance n'empêche pas au créancier postérieur impayé la délivrance d'un titre exécutoire, il ne contraint pas le mandataire de justice à payer ce créancier sur les fonds disponibles. Le concours sur ces fonds implique nécessairement la prise en compte du classement hiérarchisé des créances. Ainsi la créance

⁸⁶⁰ Art. 87 à 91 AUS issus de la réforme du 15 décembre 2010.

⁸⁶¹ Ces articles 2092 et 2093 Code civil de 1804 sont désormais respectivement repris dans le Code civil français aux nouveaux articles 2284 et 2285.

⁸⁶² En atteste l'abondance de la jurisprudence sur ce sujet.

garantie par le superprivilège des salaires est-elle payée en priorité absolue face à un créancier postérieur titulaire d'un droit de paiement à l'échéance. Cette priorité ne vaudra pas cependant face à un créancier postérieur pratiquant une saisie-attribution ou un avis à tiers détenteur sur une créance dont est titulaire le débiteur. L'effet attributif immédiat qu'opèrent ces voies d'exécution permet de contourner le classement. En effet, entre le créancier saisissant et le titulaire du superprivilège, il ne se pose pas un problème de classement mais un problème d'assiette. Cet élément d'actif qu'est la créance visée par l'avis à tiers détenteur ou la saisie-attribution est sorti du patrimoine du débiteur et par là même, de l'assiette du superprivilège⁸⁶³. Ainsi, l'attribution immédiate au profit du saisissant est irrévocable et ne peut être remise en cause par l'existence de créances garanties par le superprivilège des salaires⁸⁶⁴.

318. La saisie-attribution et l'avis à tiers détenteur a donné lieu en France à un contentieux abondant en raison de leur efficacité. Une question est vite apparue : celle de savoir dans quelle mesure les organes de la procédure collective peuvent être des tiers saisis car la saisie-attribution, tout comme l'avis à tiers détenteur, suppose nécessairement l'existence d'un tiers saisi, lui-même débiteur du débiteur. La difficulté ne se pose pas en ce qui concerne les organes du redressement judiciaire lorsque ceux-ci n'ont pas de pouvoir de représentation du débiteur. Dans ce cas, la qualité de tiers saisi ne peut faire de doute ; ces organes ne peuvent détenir des fonds appartenant au débiteur qu'en qualité de tiers⁸⁶⁵. Tout autre est cependant la situation du mandataire de justice chargé de la représentation du débiteur en redressement judiciaire ou surtout en liquidation (procédure dans laquelle le débiteur est totalement dessaisi). Peut-il être considéré comme un tiers par rapport au débiteur ?

S'agissant tout d'abord de l'avis à tiers détenteur, la Cour de cassation tranche que le mandataire de justice est un tiers par rapport au débiteur soumis à la procédure. La réunion en sa personne des pouvoirs correspondant à ses qualités de représentation du débiteur et d'organe de la procédure ne saurait constituer un obstacle à la différenciation qui en résulte. Selon les termes d'un auteur, représentation ne signifie pas identification⁸⁶⁶.

⁸⁶³ Michel CABRILLAC, obs. sous Cass. com., 13 novembre 2002, *op. cit.*

⁸⁶⁴ Cass. com., 20 juin 1989, *op. cit.* ; Cass. com., 25 juin 1996, *op. cit.* ; Cass. com., 13 novembre 2001, *op. cit.* ; Cass. com., 13 novembre 2002, *op. cit.*

⁸⁶⁵ Mamadou KÉITA, « L'exercice des voies d'exécution par les créanciers de l'article L. 621-32 du Code de commerce : évolutions récentes », *Petites affiches*, 07 octobre 2004, n° 201, p. 5.

⁸⁶⁶ Fernand DERRIDA, obs. sous Cass. com., 25 juin 1996, *op. cit.*

S'agissant ensuite de la saisie-attribution, la Cour de cassation refuse dans un premier temps de lui transposer la solution dégagée à propos de l'avis à tiers détenteur. Le motif est que le mandataire de justice « *ne détient pas en son nom personnel mais en qualité d'organe de la procédure les sommes d'argent appartenant au débiteur qui lui sont remises dans l'exercice de ses fonctions* »⁸⁶⁷. La réticence de la Cour tient du fait que l'article 55 du décret du 31 juillet 1992 (relativement à la saisie attribution) définit le tiers saisi comme une personne tenue, au jour de la saisie, d'une obligation portant sur une somme d'argent envers le débiteur. Or ce tiers saisi dans l'avis à tiers détenteur vise « les dépositaires, détenteurs ou débiteurs de sommes appartenant ou devant revenir aux redevables d'impôts »⁸⁶⁸. Dans un second temps, la Cour de cassation revient sur sa position et valide la saisie en considérant le double rôle du mandataire, tantôt débiteur saisi en tant que représentant de la personne liquidée, tantôt tiers saisi en tant que liquidateur dépositaire des sommes qu'il a recouvrées⁸⁶⁹. Dans un arrêt du 5 avril 2001, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation précise l'articulation de la signification et de la dénonciation de la saisie-attribution lorsque débiteur saisi et tiers saisi ne font qu'un. L'arrêt attaqué devant la Chambre civile affirmait en effet que la dénonciation de la saisie au débiteur dans un délai de huit jours était indispensable pour sa validité, même si le débiteur saisi et le tiers saisi sont les mêmes personnes. Cette arrêt est cassé au motif que le mandataire de justice « polycéphale » (en l'espèce le liquidateur) « *est habilité à recevoir l'acte par lequel lui est, à la fois, signifiée la saisie en sa qualité de tiers saisi et lui est dénoncée la saisie en sa qualité de représentant du débiteur* »⁸⁷⁰.

319. En somme, dans le droit français, le mandataire de justice à la fois représentant légal du débiteur totalement dessaisi et dépositaire des fonds dans le cadre de sa mission (en l'espèce la réalisation de l'actif et la répartition des sommes entre les créanciers) est un tiers saisi⁸⁷¹. La solution est envisageable dans les mêmes termes en droit de l'OHADA ou le syndic « polycéphale » joue à la fois le rôle de mandataire de justice, de représentant de la masse et, selon les pouvoirs conférés par le juge ou la procédure, de représentant du débiteur. La solution est transposable d'autant plus qu'en France, sous l'empire du régime

⁸⁶⁷ Cass. com., 3 févr. 1998, *D.* 1998, IR p. 62 ; *Dalloz Affaires* 1998, p. 338, obs. A. L. ; *JCP E* 1998, n° 17, p. 654, obs. Cabrillac et Pétel ; *Rev. proc. coll.* 1999, p. 111, obs. Canet.

⁸⁶⁸ Mamadou KÉITA, *op. cit.*

⁸⁶⁹ Cass. com., 5 mai 1998, *D.* 1998, IR p. 152 ; *Dalloz Affaires* 1998, p. 961, obs. A. LIENHARD.

⁸⁷⁰ Cass. civ. 2^e, 5 avril 2001 (n° 98-14.107), *Juris-Data* n° 2001-009017 ; *Bull. civ.* II, n° 73, p. 49 ; *D.* 2001, Act. jur., p. 1467, obs. A. LIENHARD.

⁸⁷¹ Cass. com., 13 mai 2003 (n° 98-22.741), *op. cit.*

de 1967, il n'avait jamais été contesté qu'un avis à tiers détenteur ou qu'une saisie-arrêt⁸⁷² pût être adressé au syndic par un créancier de la masse⁸⁷³.

320. L'efficacité de l'avis à tiers détenteur et de la saisie-attribution trouve cependant limite en France où l'article L 662-1 du Code de commerce dispose qu'« *aucune opposition ou procédure d'exécution de quelque nature qu'elle soit sur les sommes versées à la Caisse des dépôts et consignations n'est recevable* ». Ce principe met ces sommes à l'abri des poursuites des créanciers postérieurs. En effet, toute somme perçue par l'administrateur ou le mandataire judiciaire qui n'est pas portée sur les comptes bancaires ou postaux du débiteur, pour les besoins de la poursuite d'activité, doit être versée immédiatement en compte de dépôt à la Caisse des dépôts et consignations⁸⁷⁴. Il appartient donc au mandataire de se hâter de déposer les sommes qu'il détient à ladite caisse afin d'éviter qu'une saisie soit pratiquée entre ses mains. Notons que les sommes déposées à la Caisse des dépôts et consignations au jour de la notification de l'avis à tiers détenteur ne sont pas incluses dans la créance saisie-attribuée⁸⁷⁵.

Sous-section 2- Le paiement prioritaire

321. La priorité de paiement est le second volet du régime juridique des créances postérieurs ayant concouru au maintien de l'activité de l'entreprise pour son redressement. Elle trouve à s'appliquer dès lors que ces créances ne sont pas payées à leur échéance. Cette priorité de paiement va toutefois dépendre de l'orientation téléologique de chaque législation.

Dans une conception subjective du *Droit des faillites* comme le droit de l'AUPC, la sécurité du crédit oblige que les nouveaux créanciers ne soient pas primés au détriment des créanciers antérieurs titulaires de sûretés réelles spéciales. Le législateur de l'OHADA, comme précédemment évoqué, identifie les créanciers de la masse mais n'en donne pas clairement le statut. Néanmoins, il est prévu un ordre de paiement assez intéressant si la majeure partie des biens composant l'actif du débiteur n'est pas affectée à des sûretés

⁸⁷² La saisie-attribution est la nouvelle forme de l'ancienne saisie-arrêt en droit de l'OHADA : Anne-Marie ASSI-ESSO, note sous Titre IV AUPSRVE, *OHADA traité et actes uniformes commentés et annotés, op. cit.*

⁸⁷³ F. DERRIDA, note sous Cass. com., 25 juin 1996, *op. cit.*, p. 616.

⁸⁷⁴ Art. L 622-18 Code de commerce ; v pour le commissaire à l'exécution du plan art. L 626-25 Code de commerce ; pour le liquidateur, v. art. L. 641-8 Code de commerce.

⁸⁷⁵ Cass. com., 13 mai 2003 (n° 98-22.741), *op. cit.*

spéciales⁸⁷⁶. Dans l'hypothèse inverse, cette priorité de paiement se révèle insuffisamment protectrice pour le créancier postérieur (**paragraphe 2**).

Dans une conception objective du *Droit des faillites* comme en France depuis 1985, le législateur a tendance à généraliser la priorité de paiement des créanciers postérieurs sur les créanciers antérieurs nonobstant toute sûreté ; ceci afin d'« appâter »⁸⁷⁷ les fournisseurs de crédit. Le redressement de l'entreprise prévaut sur le paiement du passif antérieur. Depuis la réforme du 26 juillet 2005, il est même consacré un rang de privilège aux créances postérieures et régulières nées utilement. Celles-ci jouissent d'une priorité de paiement particulièrement attractive en procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire (**paragraphe 1**).

Paragraphe 1- Une priorité de paiement attractive en France : le choix d'encourager les fournisseurs de crédit

322. L'article 40 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 disposait que lorsque les créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture ne sont pas payées à l'échéance en cas de continuation, « *elles sont payées par priorité à toutes les autres créances...* ». Une partie de la doctrine en a déduit la nature juridique d'un « privilège » qu'elle nomme abusivement « *privilège de l'article 40* » dans la mesure où il emprunte à la technique du droit de préférence. La Cour de cassation, par un arrêt du 5 février 2002⁸⁷⁸, juge cependant que cette priorité de paiement ne constitue pas un privilège au sens de l'article 2095 du Code civil⁸⁷⁹ car elle ne dépend pas de la qualité de la créance. Cette qualification de la Cour est désormais écartée par l'article L 622-17 du Code de commerce issu de la réforme du 26 juillet 2005 qui restaure la qualification de « *privilège* ». L'incidence de cette restauration est modeste. Elle permet de sécuriser la garantie dans l'hypothèse d'ouverture d'une seconde procédure collective en cas de résolution du plan de sauvegarde ou de redressement. Les créanciers titulaires du privilège ne seront pas dans cette seconde procédure considérés comme de simples créanciers antérieurs. Ils conserveront la priorité

⁸⁷⁶ F. M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 208.

⁸⁷⁷ Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, op. cit., n° 303.

⁸⁷⁸ Cass. com., 5 février 2002, (n° 98-18.018), D., 2002 p. 805, obs. Alain LIENHARD ; *RTD civ.* 2002 p. 337, Pierre CROCQ.

⁸⁷⁹ L'article 2095 du Code civil de 1804 est désormais repris dans le Code civil français au nouvel article 2324 : « *Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créances, même hypothécaires* ».

de leur rang sur les créanciers antérieurs de la première et de la seconde procédure⁸⁸⁰ (titulaires de créances nées entre le jugement arrêtant le plan et sa résolution).

Le privilège a pour assiette l'ensemble des biens meubles et immeubles du débiteur et confère à son titulaire un droit de préférence sur le prix de vente de ces biens. Il peut s'exercer sur les biens existants mais aussi sur ceux qui réintègrent le patrimoine du débiteur à la suite des actions en responsabilité ou en nullité de la période suspecte (dans la procédure de redressement) exercées contre les tiers par le mandataire de justice. Ce privilège n'est pas de premier rang mais son classement est en apparence enviable par rapport aux créances de la masse en droit de l'OHADA (I). Cet avantage sur le droit de l'OHADA est toutefois à relativiser en liquidation judiciaire et surtout si l'on considère le risque de perte du privilège non porté à la connaissance du mandataire de justice (II).

I- LE RANG DE PRIVILÈGE DES CRÉANCES POSTÉRIEURES ÉLUES : UN CLASSEMENT EN APPARENCE ENVIABLE

323. Dans les procédures de sauvegarde ou de redressement judiciaire⁸⁸¹, le législateur prévoit un ordre de paiement des créances antérieures et postérieures (classement externe) et un classement des créances postérieures entre elles (classement interne). L'attractivité du rang des créances postérieures régulièrement nées et utiles tient surtout à sa priorité sur la quasi-totalité des créances antérieures y compris les créances garanties par des sûretés réelles spéciales. Ainsi, lorsque ces créances postérieures ne sont pas payées à l'échéance, l'article L 622-17, II dispose qu'elles sont payées par privilège avant toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges ou sûretés, à l'exception seulement des créances suivantes :

1- le superprivilège des créances de salaire qui échappe au sort commun et qui est payé avant toutes les autres créances,

2- les «*frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure*»,

3- les créances portées dans un accord de conciliation homologué⁸⁸².

324. Entre les créances postérieures privilégiées, l'article L 622-17, III établit une hiérarchie correspondant à leur classement interne. Sont d'abord payées les sommes dues

⁸⁸⁰ Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *op. cit.*, n° 388-2.

⁸⁸¹ Art. L 631-14 sur le redressement judiciaire renvoyant à l'art. L 622-17 qui concerne la sauvegarde.

⁸⁸² Privilège établi par l'article L 611-11 du Code de commerce en faveur des créanciers qui ont apporté de l'argent frais à l'entreprise dans la procédure de conciliation.

aux salariés au titre des salaires de la période d'observation ; ensuite les prêts consentis ainsi que les créances résultant de l'exécution des contrats poursuivis conformément aux dispositions de l'article L. 622-13 et dont le cocontractant accepte de recevoir un paiement différé⁸⁸³ ; enfin viennent les autres créances selon leur rang en tenant compte des causes de préférence du droit commun⁸⁸⁴.

II- LE RANG DE PRIVILÈGE DES CRÉANCES POSTÉRIEURES ÉLUES : UN CLASSEMENT RELATIVEMENT ATTRACTIF

325. Il convient de relativiser l'attractivité du classement externe des créances postérieures élues au traitement préférentiel. En effet, la hiérarchie établie par l'article L 622-17 du Code de commerce ne concerne que les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire. Dans ces procédures, le rang avantageux qu'occupent les créances élues n'a guère l'occasion de s'appliquer en fait dans la mesure où le débiteur doit en principe régler ces créances selon l'échéance prévu par le plan⁸⁸⁵. Or, si le plan est adopté, le débiteur devient *in bonis*. En cas de cessation des paiements, une nouvelle procédure sera ouverte ; ce qui d'office écarte le classement de l'article L 622-17 pour ces créances qui deviennent des créances antérieures dans la nouvelle procédure, même si elles ne perdent pas leur privilège. À l'inverse, si la période d'observation n'aboutit pas à l'adoption d'un plan mais conduit au prononcé de la liquidation judiciaire, le rang des créances postérieures élues se dégrade fortement. Les titulaires de sûretés réelles antérieures recouvrent une priorité sur les créanciers postérieurs en sus des créanciers qui pendant la sauvegarde ou le redressement les ont toujours primés. La hiérarchisation en procédure de liquidation judiciaire est faite par l'article L 641-13, II du Code de commerce (modifié par l'ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014, art. 68-2°) de la façon suivante :

- 1- le superprivilège des créances de salaire,
- 2- les « *frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure* »,
- 3- les créances garanties par le privilège de la conciliation,

⁸⁸³ Art. L 622-17, III, 2° « ...*Ces prêts* (l'expression est entendue largement au sens de concours financier) *et délais de paiement sont autorisés par le juge-commissaire dans la limite nécessaire à la poursuite de l'activité pendant la période d'observation et font l'objet d'une publicité* ».

⁸⁸⁴ Les créances fiscales et sociales postérieures élues au traitement préférentiel : Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement, op. cit.*, n° 322-3.

⁸⁸⁵ *Ibid.*, n° 322-1.

4- les créances garanties « *par des sûretés immobilières* » ou par des sûretés mobilières spéciales assorties d'un droit de rétention opposé à la procédure collective.

5- Enfin les créances postérieures élues au traitement préférentiel indépendamment de la procédure au cours de laquelle elles ont pris naissance (sauvegarde, redressement judiciaire ou liquidation judiciaire)⁸⁸⁶.

326. Le privilège des créanciers postérieurs passe ainsi du quatrième rang au cinquième rang. Ce qui relativement n'est pas un très grand avantage par rapport au droit OHADA. Les créanciers contre la masse dans cette dernière législation occupent les quatrième et septième rangs pour la distribution des deniers provenant respectivement de la réalisation des immeubles et de meubles du débiteur⁸⁸⁷.

327. La relativisation de l'attractivité du classement des créances postérieures privilégiées tient également dans le fait que le privilège se perd s'il n'a pas été porté à la connaissance de l'administrateur et, à défaut, du mandataire judiciaire ou, lorsque ces organes ont cessé leurs fonctions, à la connaissance 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'observation⁸⁸⁸. Le même délai trouve à s'appliquer en cas de cession d'entreprise à compter de la publication du jugement arrêtant le plan de cession⁸⁸⁹. Cette innovation de la loi du 26 juillet 2005 vise à permettre au mandataire de procéder sereinement aux distributions sans risquer de voir surgir après coup un créancier postérieur mieux classé. Elle est distincte de l'obligation de déclaration des autres créances qui doit être systématique et préalable à toute reconnaissance des droits du créancier. L'obligation d'information exigée au créanciers postérieurs est résiduelle, ne concernant que les créances qui n'ont pas pu être payées à l'échéance et demeurant impayées un an après la fin de la période d'observation. Elle ne conditionne donc ni le paiement, ni l'octroi du privilège.

⁸⁸⁶ *Ibid.*, n° 323-1.

⁸⁸⁷ Il n'est pas erroné d'affirmer que les créances contre la masse occupent un meilleur rang que celui de leur correspondant en droit français. En effet s'agissant des deniers provenant de la réalisation des immeubles ils occupent le quatrième rang. S'agissant des meubles, on remarquera que les quatrième, cinquième et sixième rangs réunis peuvent correspondre au rang numéro quatre de l'article L 641-13, II du Code de commerce français. De la sorte, les créances contre la masse occuperaient *mutatis mutandis* le cinquième rang comme leur correspondant français.

⁸⁸⁸ Art. L 622-17, IV du Code de commerce.

⁸⁸⁹ Art. L 641-13, IV. Le délai en liquidation est de six mois à compter de la publication du jugement ouvrant ou prononçant la liquidation.

Passant sur les difficultés liées à la combinaison des délais et à leur durée, aux modalités de cette information⁸⁹⁰, notons les conséquences liées au manquement à l'obligation d'informer. La créance postérieure privilégiée qui n'est pas portée à la connaissance des mandataires de justice en temps utile perd automatiquement son privilège et il n'est pas prévu de relevé de forclusion. Elle ne perd donc pas sa qualité de créance élue au traitement préférentiel mais seulement son privilège. En conséquence, cette créance n'est pas inopposable à la procédure mais doit être payée au même rang que les créances antérieures de même nature en concours avec elles. En outre, elle n'est pas privée de son droit de poursuite et donc peut (et doit) être payées à l'échéance sinon elle pourrait faire l'objet de poursuites même après clôture de la procédure de liquidation⁸⁹¹.

Enfin, il était regrettable que les créanciers postérieurs privilégiés fussent moins bien traités que ceux dont ils avaient contribué à favoriser le paiement, dans la mesure où ils risquaient d'être piégés par l'échec du plan⁸⁹². En effet, alors que les créanciers antérieurs étaient dispensés de déclarer leurs créances et sûretés en cas de résolution du plan et d'ouverture d'une nouvelle procédure collective, les créanciers postérieurs privilégiés étaient soumis à l'obligation de déclaration⁸⁹³. Cette situation est désormais corrigée par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 qui étend le bénéfice de la dispense de déclaration aux créanciers postérieurs élus au traitement préférentiel⁸⁹⁴.

Paragraphe 2- Une priorité insuffisamment protectrice en droit de l'OHADA : le choix de la sécurité juridique

328. Contrairement au droit positif français, il n'est pas prévu en droit de l'OHADA un privilège pour les créances contre la masse. Celles-ci ne jouissent donc que d'une priorité de paiement ; ce qui les rend vulnérables en cas d'ouverture d'une seconde procédure (I). En outre, au regard de leur rang dans la distribution des deniers provenant de la réalisation des meubles et des immeubles, les créanciers contre la masse ont une situation non enviable vis-à-vis de leurs homologues français et vis-à-vis des titulaires d'une sûreté réelle spéciale (II).

⁸⁹⁰ Pour plus de détails, v. Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *op. cit.*, n°s 319 à 319-2.

⁸⁹¹ V. pour tout ce qui précède, *ibid.*, n° 320.

⁸⁹² *Ibid.*, n° 388-1.

⁸⁹³ Art. L 626-27, III ancien du Code de commerce.

⁸⁹⁴ Art. L 626-27, III nouveau du Code de commerce (art. 42-2° de l'ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014).

I- LA CONSÉCRATION D'UN SIMPLE PAIEMENT PRIORITAIRE

329. L'AUPC ne consacre qu'une simple priorité de paiement pour les créanciers de la masse.

D'abord sur un plan purement théorique, le raisonnement soutenu à propos de l'article 40 de la loi du 25 janvier 1985 trouve droit de cité en droit de l'OHADA. L'affirmation, de la Cour de cassation française, que la priorité de paiement instituée par l'article 40 n'était pas un privilège est motivée en cela qu'elle ne dépend pas de la qualité de la créance comme le prévoit l'article 2095 du Code civil. La solution se justifie par le fait que l'article 40 ne garantit pas un type de créance particulier déterminé d'après sa nature, mais des créances de toute nature déterminées seulement par une période de référence où elles auront pris naissance. Certes on objecterait que la variété des privilèges et des raisons qui en justifient l'octroi par le législateur est telle que l'on ne peut pas exclure d'une manière catégorique l'existence d'une qualité particulière bénéficiant aux créances nées après le jugement d'ouverture⁸⁹⁵. Telle qualité peut en réalité découler suffisamment de la volonté du législateur de récompenser tels créanciers⁸⁹⁶. Cependant, le fait qu'une même créance (créance de loyers) puisse ou non bénéficier de la priorité de paiement selon qu'elle est née avant ou après l'ouverture de la procédure collective montre nettement que cette priorité de paiement n'est pas la conséquence d'une qualité inhérente à la créance elle-même. Elle procède plutôt de la prise en compte par le législateur d'un élément extérieur à la créance⁸⁹⁷ qui est la date de naissance de celle-ci, sa régularité, son utilité.

Ensuite, sur le plan de l'exégèse, les articles 166 et 167 AUPC desquels découle la priorité de paiement dont jouissent les créanciers contre la masse sont de simples règles de paiement. Ces articles ne prévoient qu'un classement, un ordre de paiement des créances. Ils ne consacrent aucunement le terme « privilège » s'agissant des créances contre la masse. L'article 142 alinéa 3 de l'AUPC énonce à propos de ces créances un « droit de préférence ». Or le droit de préférence n'est pas le seul propre des « privilèges » pour lesquels il est inhérent à la qualité de la créance. Tout mécanisme juridique qui a pour résultat de conférer à une personne un droit donnant un avantage sur un autre qui doit attendre, constitue un droit de préférence ; et le législateur préfère cette notion de « droit de préférence » à celle de « privilège ».

⁸⁹⁵ Pierre CROCQ, obs. sous cass. com., 5 février 2002, *op. cit.*

⁸⁹⁶ Alain LIENHARD, obs. sous cass. com., 5 février 2002, *op. cit.*

⁸⁹⁷ V. pour plus de développement dans ce sens, Pierre CROCQ, *op. cit.*

330. Cette analyse est de moindre portée en droit de l'OHADA. En effet, le refus par la Cour de cassation française de reconnaître un privilège aux "*créances de l'article 40*"⁸⁹⁸ a abouti au fait qu'en cas d'ouverture d'une seconde procédure collective, le bénéfice du droit au paiement prioritaire est écarté pour les créanciers de la période d'observation de la première procédure collective⁸⁹⁹. À l'inverse, si le bénéfice de l'article 40 avait été analysé comme constituant un privilège, le statut particulier reconnu à la créance ne devrait pas disparaître lors de la survenance d'une nouvelle procédure collective.

La solution du droit antérieur français n'est pas transposable en droit de l'OHADA. En effet, en cas de survenance d'une seconde procédure collective, l'article 142 al 3 AUPC sur renvoi de l'article 144 AUPC dispose que « *les titulaires de créances contre la première masse conservent leur droit de préférence par rapport aux créanciers composant cette masse* ». Le créancier de la masse en droit de l'OHADA se trouve sur ce point mieux loti que sont correspondant français sous l'empire de la loi de 1985, parce qu'il échappe à la perte de sa priorité de paiement. En revanche, en tant que créancier antérieur, il subit la discipline collective imposée par la nouvelle procédure collective, perdant ainsi son droit de poursuite individuelle. Il subit l'arrêt du cours des intérêts et devra déclarer sa créance⁹⁰⁰ alors même que les créances antérieurement admises dans la première procédure sont reportées d'office au nouvel état des créances⁹⁰¹.

Ainsi la hiérarchie antérieurement acquise est respectée. Les créances de la masse de la première procédure doivent, fût-ce dans le cadre de la seconde, être payées avant les créances antérieures au premier jugement et avant les créances apparues entre l'homologation du concordat et l'ouverture de la nouvelle procédure. Elles ne subissent

⁸⁹⁸ Cass. com., 5 février 2002, *op. cit.*

⁸⁹⁹ Cass. com., 28 juin 1994, *URSSAF du Lot c/ Kittikhoun*, et Cass. com., 28 juin 1994, *URSSAF de Paris c/ SA Boucherie Carteau et autres*, *Rev. proc. coll.*, 1995, p. 297, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN ; Cass. com., 12 juill. 1994, *Percepteur de Hoerdts c/ M. Stoll et autre*, *Recueil Dalloz*, 1995 p. 9, obs. Fernand DERRIDA ; *RTD com.* 1995 p. 486, obs. Arlette MARTIN-SERF ; *JCP G*, n° 2, 11 janvier 1995, I 3815, § 5, obs. M. CABRILLAC et P. PÉTEL.

⁹⁰⁰ Art 141, 2°, al 3 AUPC sur renvoi de l'article 144.

⁹⁰¹ Sous déduction bien sûr des sommes qui auraient été perçues par les créanciers au titre des dividendes : Art. 141, 2°, al 5 AUPC.

que la priorité des créances contre la nouvelle masse de la seconde procédure⁹⁰² et des autres créances qui leur ont toujours été préférées⁹⁰³.

II- LE CLASSEMENT NON ENVIABLE DES CRÉANCES CONTRE LA MASSE

331. En droit de l'OHADA, la priorité de paiement des créanciers de la masse ne s'exerce pas au détriment des créanciers antérieurs titulaires de sûretés spéciales. Ceux-ci conservent le plein bénéfice de leur sûreté. Le législateur de l'OHADA a donc fait le choix de ne pas bouleverser la chronologie et les prévisions des parties pour la sécurité du crédit. Il est vrai que l'appellation « créancier de la masse » ou « créancier contre la masse » trahit quelque peu la réalité en matière de distribution des deniers provenant de la vente des biens du débiteur en liquidation. En effet, les créanciers antérieurs titulaires de sûretés réelles font partie de la masse en droit de l'OHADA contrairement à la masse en droit français sous l'empire de la loi de 1967. Dans cette dernière législation, la masse des créanciers se limitait aux créanciers chirographaires ; ce qui traduisait l'idée que les créances de la masse ne pouvaient primer que les créances antérieures chirographaires. Le législateur de l'OHADA, tout en englobant les créanciers munis de sûretés réelles dans la masse, va cependant les soustraire de la primauté des créances de la masse.

332. Dans la distribution des deniers provenant de la réalisation des immeubles, les créances de la masse viennent au quatrième rang après les créances suivantes⁹⁰⁴ :

1- les créances des frais de justice engagées pour parvenir à la réalisation du bien vendu et à la distribution elle-même du prix,

2- les créances de salaires superprivilégiées en proportion de la valeur de l'immeuble par rapport à l'ensemble de l'actif,

3- les créances hypothécaires et séparatistes inscrites dans le délai légal, chacune selon le rang de son inscription au livre foncier.

⁹⁰² Les créances antérieures de la seconde procédure ont en effet le même rang que les créances antérieures de la première procédure. Si les titulaires de créances contre la première masse conservent leur droit de préférence par rapport aux créanciers composant cette masse, ils seront nécessairement primés sur les créanciers composant la nouvelle masse.

⁹⁰³ Les créances des frais de justice engagées pour parvenir à la réalisation du bien vendu et à la distribution du prix, les créances de frais engagées pour la conservation du bien, le superprivilege des salaires, et les créances garanties par une sûreté réelle spéciale.

⁹⁰⁴ Art. 166 AUPC.

333. S'agissant par contre des deniers provenant de réalisation des meubles, les créances de la masse viennent en septième rang⁹⁰⁵ après les créances suivantes :

1- les créances des frais de justice engagées pour parvenir à la réalisation du bien vendu et à la distribution elle-même du prix,

2- les créances de frais engagées pour la conservation du bien du débiteur dans l'intérêt du créancier dont les titres sont antérieurs en date,

3- les créances de salaires superprivilégiées en proportion de la valeur du meuble par rapport à l'ensemble de l'actif,

4- les créances garanties par un gage selon la date de constitution du gage,

5- les créances garanties par un nantissement ou par un privilège soumis à publicité, chacune suivant le rang de son inscription au registre du commerce et du crédit mobilier,

6- les créances munies d'un privilège mobilier spécial, chacune sur le meuble supportant le privilège.

334. Cette solution de l'acte uniforme peut être de nature à dissuader les créanciers de faire crédit à l'entreprise en difficulté mais présente l'avantage de ne pas compromettre la sécurité du crédit. Par ailleurs, elle incite les créanciers de la masse à se montrer vigilants et, à défaut de paiement à l'échéance, à tenter immédiatement des poursuites pour obtenir le recouvrement de leurs créances.

⁹⁰⁵ Art. 167 AUPC.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

335. Le professeur Catherine LABRUSSE affirmait que « *si la faillite en tant qu'institution du droit existe, c'est bien parce que la cessation des paiements (...) exige que soient évitées l'anarchie et l'injustice des poursuites individuelles* »⁹⁰⁶. Cette double exigence se reflète dans les deux caractéristiques majeures de l'institution : l'aspect collectif du traitement judiciaire des entreprises en difficulté, et le nivellement de la situation juridique des créanciers. Il s'agit donc pour les législateurs, d'une part de préserver l'ordre public en organisant de manière collective la défense de l'intérêt commun des créancier, d'autre part, de prévenir et de résoudre le conflit d'intérêts entre créanciers du fait de l'insuffisance de l'actif disponible. Partant de là, et dès lors qu'il est envisagé le redressement du débiteur, l'institution maintien les créanciers dans l'expectative. Cette situation lui impose deux autres exigences : le maintien des relations contractuelles du débiteur et le traitement préférentiel de son passif nouveau.

336. À travers cette étude, l'histoire et le droit comparé démontrent que malgré les conceptions différentes et les fins variées qu'on puisse assigner à l'institution, ces caractères généraux restent permanents. Ils sont maintenus en droit de l'OHADA où le paiement des créanciers est l'objectif prioritaire du législateur ; ils sont loin d'avoir été anéantis en France par le changement de priorité et la disparition de la masse imposés par la réforme de 1985. Les contingences législatives n'ont pu entamer des règles qui, nées des usages des marchands et des nécessités de la pratique, constituent le socle des procédures collectives. Cela signifie qu'il n'y a pas nécessairement conflit entre les objectifs de

⁹⁰⁶ Catherine LABRUSSE, « L'évolution du droit français de la faillite depuis le Code de commerce », in *Faillites*, Dalloz, Paris, 1970, n° 1, p. 6.

« Paiement des créanciers » et de « Sauvetage de l'entreprise », traduisant ainsi la convergence des législations OHADA et française.

337. L'universalisme et la permanence d'une norme pouvant témoigner de son excellence, nous considérons la similarité de ces caractères généraux de l'institution en droit de l'OHADA et en droit français comme une preuve de leur efficacité au traitement des difficultés liées à l'endettement. Toutefois, les similitudes ne doivent pas cacher la réelle divergence des solutions envisagées dans les deux types de conception des procédures collectives.

PARTIE SECONDE : LA DIVERGENCE DES LÉGISLATIONS AU REGARD DES SOLUTIONS DE LA PROCÉDURE

« Le droit des procédures collectives est un microcosme où se reflètent toutes les idées et toutes les orientations. Il a toujours résulté du heurt de deux modes de pensées, l'une individualiste et particulariste, l'autre collective pour une finalité commune par la réduction ou la soumission des intérêts particuliers ».

Bernard SOINNE⁹⁰⁷

⁹⁰⁷ Bernard SOINNE « Le bateau ivre (à propos de l'évolution récente du droit des procédures collectives) 1^{re} partie », *Les Petites Affiches*, 14 mai 1997, n° 58, p. 12.

338. Sans loi spéciale de faillite, toute défaillance d'entreprise déboucherait inéluctablement sur sa disparition par la réalisation du gage commun des créanciers, et sans le respect des causes légitimes de préférence. Le paiement se ferait au prix de la course. Aussi lorsqu'une loi de faillite existe, sa première vocation est d'éviter tout désordre et de garantir le respect des droits individuels par l'organisation de procédures de concours. Cette organisation prend un caractère collectif qui impose aux créanciers une certaine discipline.

Dans une conception contractuelle ou subjective, les créanciers rassemblés pour leur paiement peuvent éventuellement accorder au débiteur de poursuivre ses activités, s'il apparaît que ce moyen peut permettre un paiement bien meilleur que ce qui résulterait d'une réalisation immédiate de leurs gages. C'est un contexte de primauté du droit individuel où la question du maintien de l'activité doit au préalable profiter aux créanciers. Cette vision économique qui est celle du législateur de l'OHADA implique que le maintien de l'activité et de l'emploi cède devant la légitime protection du crédit⁹⁰⁸. Le choix d'une politique juridique libérale par ce législateur impose que l'État ou le juge n'intervienne pas ou ne s'imisce que très peu dans la procédure collective. Ceux-ci se contentent d'arbitrer et surveiller la réalisation de procédures conçues à l'aune du binôme créancier-débiteur (deux parties privées). Le « *combat* » reste loyal entre les parties qui sont à égalité. Le débiteur recherche l'adhésion de ses créanciers à un projet de solution. Ce projet est par la suite soumis au juge impartial pour homologation. Le redressement n'est donc pas celui de l'entreprise, entité autonome, mais du débiteur qui doit payer tout son passif au moyen d'un concordat.

Dans une conception institutionnelle ou objective des procédures collectives, le rassemblement des créanciers et la discipline collective doivent servir une cause dépassant celle des parties au litige. Il s'agit de résoudre les problèmes socio-économiques qu'engendrent les défaillances d'entreprise⁹⁰⁹. Aussi la décision de poursuivre l'activité du débiteur est-elle soustraite au pouvoir des créanciers en faveur du juge. Cette autre vision économique qui est celle du droit positif français est marquée par l'asservissement du paiement des créanciers, en tant qu'intérêt particulier, au maintien de l'activité viable en tant qu'intérêt général. On remarquera l'immixtion prononcée du législateur et du juge en faveur du maintien de l'activité, qu'il s'agisse du contenu du projet de solution, des

⁹⁰⁸ Gilles RECASENS, « Faut-il adopter un système pro-créanciers de défaillances ? Une revue de la littérature », *Finance Contrôle Stratégie* – volume 6, n° 1, mars 2003, p. 127 et 128.

⁹⁰⁹ *Ibid.*

négociations, de l'adoption de la solution elle-même jusqu'à son exécution. Il en découle un recul du rôle du débiteur et des créanciers par rapport au droit de l'OHADA. La solution s'éloigne du binôme créancier-débiteur et la liberté contractuelle, de même que la force exécutoire du contrat, trouvent difficilement à s'exprimer. Loin de l'impartialité qui prévaut dans le droit de l'OHADA, l'ordre public et le dirigisme judiciaire s'imposent en France comme cadre des procédures collectives pourvues d'une majorité d'interdictions et d'actes soumis à autorisation⁹¹⁰. Au final, toutes les procédures ont en priorité le redressement de l'entreprise ; et le plan de sauvegarde, de redressement ou de cession qui en découle est une décision du tribunal qui s'impose à toutes les parties.

339. Ces divergences de solutions dans les procédures collectives sont révélatrices de l'antinomie des fondements de ce droit. Cette antinomie, qui a tendance à s'éclipser devant la loi du concours et la nécessité —dans l'expectative— de maintenir les affaires du débiteur en activité, est irréductible dès lors qu'il s'agit de trouver un dénouement au litige. Les politiques et techniques juridiques mises en œuvre sont par conséquent divergentes aussi bien lorsque le débiteur est laissé à la tête de ses affaires (**Titre I**), que lorsque la poursuite de l'entreprise est le fait d'un tiers repreneur de l'activité (**Titre II**).

⁹¹⁰ Olivier TIQUANT, *La contractualisation des procédures collectives*, Thèse, Paris 1 Panthéon – Sorbonne, 7 septembre 1999, p. 30.

TITRE PREMIER : LE REDRESSEMENT

DU DÉBITEUR

340. La solution judiciaire pour le sauvetage de l'entreprise en procédure collective dans le droit de l'OHADA est le concordat homologué. En droit français il est question de plan.

Le professeur René RODIÈRE dans son *Cours élémentaire de droit* définissait le concordat comme « *une convention conclue entre le débiteur et ses créanciers aux termes de laquelle le premier s'engage à payer à ses créanciers des sommes déterminées à des échéances précisées, moyennant quoi il est remis à la tête de ses affaires* »⁹¹¹. Cette solution contractuelle qui prévalait aussi en France jusqu'en 1985 consacre une liberté au débiteur et à ses créanciers afin d'organiser le maintien de l'activité. À partir de la réforme du 25 janvier 1985, le vote majoritaire d'un concordat par les créanciers réunis en assemblée est supprimé. Le pouvoir décisionnel pour le redressement du débiteur est transféré au tribunal qui, après une consultation purement formelle des créanciers, arrête un plan de redressement. Avec la loi du 26 juillet 2005, on assiste comme à un retour en arrière avec un système à mi-chemin entre le concordat et le plan strictement arrêté par le juge. Cette loi crée le plan de sauvegarde quasiment soumis au même régime juridique et judiciaire que le plan de redressement. Elle crée également et surtout des *comités de créanciers* avec un véritable rôle moteur dans l'adoption des plans, mais réserve leur intervention aux seules entreprises importantes. Le vote des créanciers est rétabli, mais pour autant, cela n'altère pas la nature du plan qui se veut être un outil d'interventionnisme législatif dans les procédures collectives. Toutes les fois que la volonté individuelle ou collective constitue un obstacle au redressement de l'entreprise, le législateur par le biais des tribunaux intervient dans la procédure afin de neutraliser le pouvoir des parties. En

⁹¹¹ René RODIÈRE, *Droit commercial : contrats commerciaux, faillites*, Sirey 1972, n° 167, p.77.

revanche, lorsque le législateur respecte la volonté exprimée, c'est que celle-ci est favorable au redressement de l'entreprise⁹¹².

L'élément le plus pertinent dans la divergence entre le concordat et le plan réside dans le fait que les projets de solution (**Chapitre 1**), tout autant que leur adoption (**Chapitre 2**), connaissent des acteurs et des modalités juridiques différents.

⁹¹² C'est le cas lorsque les délais de paiement stipulés par les parties avant l'ouverture de la procédure et supérieurs à la durée du plan sont maintenus ; en revanche lorsque ces délais sont plus courts que la durée du plan, ils sont substitués par ceux décidés par le juge si le créancier oppose un refus aux propositions de délais et remises faites par le débiteur (art. L 626-18 al 3 et 4).

CHAPITRE 1 : L'ÉLABORATION DU PROJET DE SOLUTION

341. Les divergences dans l'élaboration des solutions se résument dans le fait qu'en France, l'entreprise en difficulté fait plus l'objet d'attention dans sa restructuration qu'en droit de l'OHADA. En effet, dans cette dernière législation, le débiteur est abandonné à lui-même pour la proposition des solutions et pour leurs négociations. En droit français où le redressement est d'intérêt public, les projets du débiteur et leurs négociations avec les créanciers connaissent un encadrement strict de la part du législateur qui intervient en faveur de l'entreprise sans aucun égard aux parties.

342. C'est à travers le contenu du projet de solution (**Section 1**) et des négociations qui s'ensuivent (**Section 2**) que cette analyse sera développée.

SECTION 1- LE PROJET DE SOLUTION

343. La proposition de solution en droit français est précédée, sauf dans la procédure sans administrateur⁹¹³, par la réalisation d'un diagnostic de la situation globale de l'entreprise. Ce diagnostic consiste dans un bilan économique social et environnemental dressé par l'administrateur avec le concours du débiteur et l'assistance éventuelle d'un ou plusieurs experts⁹¹⁴. Il vise à éclairer les acteurs dans l'élaboration des solutions adéquates au redressement de l'entreprise. En droit de l'OHADA, le bilan économique et social est postérieur au dépôt de l'offre de concordat⁹¹⁵. Il n'a donc pas pour objet d'aider dans l'élaboration de l'offre de concordat mais d'éclairer le juge et le ministère public dans la phase d'adoption de la solution. Cela dénote d'emblée de l'intérêt qu'accorde chaque législation au projet de redressement de l'entreprise.

⁹¹³ En rappelle la nomination d'un administrateur n'est pas obligatoire dans la procédure de sauvegarde.

⁹¹⁴ Art. L 623-1 al 1.

⁹¹⁵ Art. 66 et 55 AUPC.

Si dans l'ensemble les propositions de solutions vont des perspectives de restructuration de l'entreprise à l'apurement du passif antérieur au jugement d'ouverture, l'offre de concordat semble se résigner à un acte du débiteur qui cherche à retrouver la confiance de ses créanciers (**paragraphe 1**), tandis que le projet de plan est l'expression d'une combinaison de volontés dépassant le clivage créancier-débiteur (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1- L'offre de concordat en droit de l'OHADA : un engagement du débiteur visant à retrouver la confiance des créanciers

344. En définissant l'offre de concordat comme un acte du débiteur visant à retrouver la confiance perdue, nous voulons marquer le fait qu'elle reste uniquement l'affaire du débiteur et de ses créanciers antérieurs et qu'en conséquence, elle ne prend en compte que des éléments intrinsèques à eux. La solution ne porte que sur les seuls aspects patrimoniaux. L'offre de concordat emprunte d'ailleurs des allures du droit commun de l'offre de contrat.

A) Le débiteur, seul initiateur du projet de concordat

345. La proposition de solution est le seul fait du débiteur contrairement au droit français où, d'une part elle inclut les créanciers ainsi que l'assistance de l'administrateur, et d'autre part, dépasse le simple cadre de l'affaire du débiteur⁹¹⁶. En effet, en droit de l'OHADA il n'y a pas de période d'observation et la question du choix de la procédure se pose dès le jugement d'ouverture. La juridiction compétente ne peut prononcer le redressement judiciaire que s'il apparaît qu'un concordat sérieux a été proposé⁹¹⁷. L'offre de concordat ne peut émaner que du débiteur puisqu'elle est le préalable à l'ouverture de la procédure, et donc à toute possibilité de nomination d'un expert *ad hoc* par le juge. Elle est au plus tôt concomitante à la déclaration de cessation des paiements, et au plus tard déposée dans les quinze jours qui suivent celle-ci lorsque le débiteur est demandeur à l'instance⁹¹⁸. Lorsqu'il s'agit d'une saisine d'office par la juridiction compétente ou d'une assignation, l'offre de concordat doit être faite dans les trente jours⁹¹⁹.

⁹¹⁶ *Infra*, n° 354.

⁹¹⁷ Art. 33 al 2 AUPC.

⁹¹⁸ Art. 27 al 1.

⁹¹⁹ Art. 29-2 al 1.

Les créanciers sont irrecevables à faire des propositions concordataires pour le compte du débiteur. Ils ne peuvent notamment sur le fondement d'une action oblique, prendre des engagements au nom du débiteur. L'action oblique ne permet au créancier que d'exercer les droits et actions du débiteur destinés à faire entrer un bien dans le patrimoine du débiteur ou éviter qu'un bien n'en sorte. Or l'offre de concordat constitue pour le débiteur un engagement en vue du règlement de ses créanciers. Elle ne saurait par conséquent entrer dans le domaine d'application de l'article 1166 du Code civil⁹²⁰, siège de l'action oblique.

346. L'abandon total du projet de concordat au débiteur est très critiquable. En effet, deux impératifs doivent être respectés afin de voir la juridiction compétente ouvrir une procédure de redressement judiciaire. D'une part le débiteur doit s'exécuter, dans le meilleur des cas⁹²¹, dans un délai maximum de quarante cinq jours à compter de la cessation des paiements, puisqu'il dispose d'un délai de trente jours à compter de celle-ci pour déclarer sa situation à la juridiction compétente (à partir de la déclaration le débiteur dispose en outre quinze jours de plus pour déposer l'offre de concordat⁹²² ; d'autre part il, doit proposer un concordat sérieux, c'est-à-dire crédible et à même de permettre son redressement. À défaut de proposition de concordat en temps utile (art. 119 al 1) ou de sérieux de l'offre (art. 33 al 2), la juridiction compétente prononce l'ouverture de la liquidation des biens. Sans assistance d'expert et sans un bilan préalable réalisé sur la situation globale de l'entreprise, il serait difficile pour un débiteur en détresse de pouvoir honorer les exigences de l'AUPC. Même dans l'hypothèse où le débiteur serait assisté par un expert, les délais pourraient être trop courts pour réaliser un concordat sérieux après un bilan complet de sa situation. Un délai de trente à quarante cinq jours à compter de la déclaration de cessation des paiements aurait été plus indiqué afin de permettre au débiteur de déposer un concordat sérieux avec ou sans assistance d'un expert.

⁹²⁰ Paris, 24 juin 1977, *D.*, 1977 IR, p. 405, obs. F. DERRIDA.

⁹²¹ C'est l'hypothèse en cas de déclaration spontanée de cessation des paiements. On suppose ici que le débiteur qui prend les devants est mieux préparé et a pu murir un projet de concordat. Dans les autres cas, c'est-à-dire lorsque la procédure est ouverte sur demande d'un créancier ou en cas de saisine d'office par la juridiction compétente, le délai est d'un mois suivant l'assignation (art. 28 al 3 AUPC) ou la saisine (art. 29-2 AUPC).

⁹²² Art. 25 lu conjointement avec l'art. 27 AUPC.

B) Une offre de restructuration du débiteur limitée aux seuls aspects patrimoniaux

347. Le contenu de l'offre de concordat est fixé par l'article 27 AUPC. Il s'agit d'une part, des mesures et conditions envisagées pour le redressement de l'entreprise et son assainissement, d'autre part, des modalités et garanties du règlement de son passif. L'acte uniforme n'envisage donc que le traitement d'un conflit considéré comme celui du débiteur et ses créanciers, mais non celui de toute la société. Les perspectives de solutions sont par conséquent limitées aux intérêts en causes et ne semblent pas envisager une cession totale de l'entreprise en difficulté.

1) Les perspectives de restructuration limitées au clivage créancier-débiteur

348. Deux observations dans le contenu de l'offre de concordat permettent de confirmer la tendance du législateur africain à entrevoir dans les procédures collectives une solution collective à un conflit privé.

Dans un premier temps il est intéressant de noter, à la lecture de l'article 27 AUPC, comment le législateur confond perspectives de redressement de l'entreprise et mesures de règlement de son passif. Quelques reprises du texte suffisent à étayer le propos :

- le débiteur doit déposer une offre de concordat précisant « *les modalités de continuation de l'entreprise telles que la demande ou l'octroi de délais et de remises* ». Autrement dit les remises et délais demandés par le débiteur sont des modalités de continuation de l'entreprise,

- l'offre de concordat doit préciser les « *...engagements souscrits... et nécessaires au redressement de l'entreprise...* », ainsi que « *les garanties fournies pour en assurer l'exécution* ». Le texte poursuit que « *ces engagements et garanties peuvent consister, notamment, en la souscription d'une augmentation du capital social par les anciens associés ou par de nouveaux, l'ouverture de crédits par des établissements bancaires ou financiers, la poursuite de l'exécution de contrats conclus antérieurement à la décision d'ouverture, la fourniture de cautions* ».

349. Cette confusion des mesures de restructuration de l'entreprise proprement dites et des mesures de règlement du passif explique que pour le législateur, le redressement d'une entreprise se perçoit en termes d'engagements et de garanties pour les créanciers dans la masse. Cela est d'autant plus vrai que ceux-ci sont amenés à décider sans contrainte aucune, s'ils accordent ou non leur confiance au projet du débiteur. Ainsi, toute mesure de

restructuration au sens stricte participe directement ou indirectement au règlement des créances, et une entreprise redressée est une entreprise qui s'exécute de ses obligations (renégociées ou pas) vis-à-vis de ses créanciers.

350. Dans un second temps, il n'est pas inintéressant de constater l'absence de perspectives pour l'emploi. Il n'est aucunement exigé au débiteur des solutions pour le maintien de l'emploi. Bien au contraire, lorsque l'article 27 aborde le volet social, il ne s'agit pour le débiteur que de préciser les licenciements pour motif économique à intervenir. En France le volet social est l'un des éléments essentiels du projet de solution qui déterminera la thérapeutique de l'entreprise.

2) L'impossibilité d'une restructuration sans le débiteur : une opinion de la doctrine majoritaire

351. Le redressement judiciaire en droit de l'OHADA semble être celui du débiteur. La précision peut paraître triviale mais dans un Droit des entreprises en difficulté, le redressement est plutôt celui de l'entreprise. Cette entité économique s'appréhende juridiquement comme une chose, précisément comme un bien. Elle n'a donc pas la personnalité morale. Le principe de séparation de l'homme et de l'entreprise implique que le traitement judiciaire des difficultés soit appliqué à l'entité économique indépendamment du sort de son titulaire personne physique ou morale. Aussi, une des solutions heureuses de la procédure, sous certaines garanties, pourrait consister dans la cession d'entreprise : une cession d'actifs en bloc susceptibles d'exploitation autonome et permettant d'assurer le maintien d'une activité économique et des emplois qui lui sont attachés. Cette solution, connue en droit de l'OHADA, est organisée par les articles 131 à 133 AUPC. Cependant, on constate que ces articles traitent principalement d'un concordat comportant une cession partielle d'actif pouvant [éventuellement] constituer une entreprise ou un établissement⁹²³. La doctrine dans sa majorité en a conclu l'impossibilité d'une cession totale de l'entreprise en redressement judiciaire⁹²⁴, autrement dit, l'impossibilité d'une restructuration de l'entreprise sans le débiteur personne physique ou morale⁹²⁵. L'argument trouve aussi une légitimité car on voit mal un débiteur lui-même proposer l'expropriation de son entreprise.

⁹²³ V. *infra*, n° 435.

⁹²⁴ F. M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 288 ; Le même auteur note sous art. 131 AUPC, in *OHADA, traité et actes uniformes commentés et annotés*, 3^e éd., Juriscope, 2008 ; Steve Marian ALILI, « La reprise des entreprises en difficulté dans l'espace OHADA », *Ohadata D-06-38*, spéc. n° 22 ; Aziber Seïd ALGADI, *Contrats et droit O.H.A.D.A. des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 339 ; Jean René GOMEZ, *Entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 296, p. 331.

⁹²⁵ *Infra*, n°s 451 à 454.

En somme, il faut retenir que l'affirmation du principe de la séparation de l'homme et de l'entreprise ne trouve pas toute sa pleine expression en droit de l'OHADA. La position du législateur se comprend d'autant plus qu'un tel principe poussé à l'extrême aboutirait à mépriser la liberté contractuelle et la neutralité du juge dans un conflit jugé plus d'intérêt collectif que d'intérêt général. L'entreprise deviendrait la fin du droit, transformant les autres principes juridiques en règles secondaires, accessoires, devant se soumettre au redressement de l'entreprise. Concrètement, le principe de séparation de l'homme et de l'entreprise pourrait aboutir à la cession forcée l'entreprise si le débiteur ne peut pas de façon optimale en assurer la restructuration ; ce qui ne correspond pas à la vision libérale de l'OHADA.

352. L'impossibilité d'une restructuration sans le débiteur semble toutefois connaître un grief consistant dans la possibilité de mettre la totalité de l'entreprise sous location-gérance forcée⁹²⁶. La conclusion d'un contrat de location-gérance est possible même en présence d'une clause contraire dans le bail de l'immeuble. Elle est autorisée par la juridiction compétente à la demande du représentant du Ministère Public, du syndic ou d'un contrôleur s'il en a été nommé. Cette possibilité ne constitue pas cependant une solution définitive de la procédure collective. Elle n'est donc pas soumise au concordat. Elle est transitoire et ne peut pas excéder une durée renouvelable de deux ans. Il s'agit d'une solution d'attente, surtout lorsque les difficultés résultent essentiellement de la mauvaise gestion du débiteur ou des dirigeants sociaux⁹²⁷.

Paragraphe 2- La proposition de plan en droit français : le dépassement du clivage créancier-débiteur

353. En France, contrairement au droit de l'OHADA, les solutions portent sur la situation d'ensemble de l'entreprise et non sur les seuls aspects patrimoniaux. Le dépassement du clivage créancier-débiteur caractérisant le plan se manifeste tant dans l'initiative du projet, dans la prise en compte par celle-ci d'éléments extrinsèques aux parties, qu'au travers de mesures de restructuration indépendantes de la personne du débiteur.

⁹²⁶ Art. 115 à 117 AUPC.

⁹²⁷ F. M. SAWADOGO, note sous art. 115 AUPC, in OHADA, traité et actes uniformes commentés et annotés, *op. cit.*

A) Le projet de plan : une initiative dépassant la charge unique du débiteur

354. Contrairement au droit de l'OHADA où le débiteur est esseulé dans l'élaboration du projet de solution, il retrouve en droit français une grande assistance de l'administrateur judiciaire et d'experts qui, assez souvent, le supplantent dans l'exercice de cette mission⁹²⁸.

Le bilan économique social et le cas échéant environnemental, au vu duquel le projet de plan est élaboré, est le fait de l'administrateur sur concours du débiteur et avec l'assistance éventuelle d'un ou de plusieurs experts. Lorsqu'il s'agit d'une procédure de sauvegarde, l'élaboration du projet est laissée aux soins du débiteur avec le concours de l'administrateur⁹²⁹. En l'absence de ce dernier le débiteur établit le projet avec l'assistance éventuelle d'un expert nommé par le tribunal⁹³⁰. C'est dire combien il est indispensable, pour le législateur français, que le débiteur bénéficie de toute l'expertise nécessaire à l'élaboration d'un projet solide de restructuration de son entreprise. S'il s'agit d'une procédure de redressement judiciaire, le débiteur se voit même supplanté par l'administrateur à qui il incombe la responsabilité d'établir les propositions de solution avec son concours.

Mieux encore qu'en droit de l'OHADA, le législateur français élargit l'initiative des solutions en vue de l'élaboration du projet de plan. Déjà, avant l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014, il était reconnu un pouvoir de suggestion au créancier membre d'un comité ; ce créancier pouvait soumettre, par tout moyen, des propositions au débiteur et à l'administrateur en vue d'élaborer le projet de plan⁹³¹. Il renait cependant à ces derniers d'apprécier la pertinence des propositions, ainsi que l'opportunité de les soumettre au comité des créanciers⁹³². Désormais, avec l'ordonnance du 12 mars 2014, tout créancier membre d'un comité dispose d'un pouvoir d'initiative concurrent au débiteur. Il peut soumettre « *un projet de plan qui fera l'objet d'un rapport de l'administrateur* »⁹³³. Ce projet, tant dans son contenu que pour son adoption par les comités, obéit aux mêmes règles juridiques que le projet soumis par le débiteur avec le concours de l'administrateur. L'idée est de permettre aux créanciers de présenter des plans alternatifs en cas d'inertie

⁹²⁸ Art. L 623-1 al 1 du Code de commerce.

⁹²⁹ Art. L 626-2 al 1 du Code de commerce (art. 52 ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008).

⁹³⁰ Art. L 627-3 al 1 du Code de commerce (art. 86 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005).

⁹³¹ Ancien art. L 626-30-2 al 1 du Code de commerce (art. 66 ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008).

⁹³² Art. R 626-57-2 (art. 43 décr. n° 2009-160 du 12 février 2009).

⁹³³ Art. L 626-30-2 al 1 nouveau du Code de commerce (issu de l'art. 43-1° et 2° de l'ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014).

(mauvaise volonté) du débiteur, ou des plans concurrents susceptibles d'entraîner l'éviction des actionnaires.

Même si ce pouvoir d'initiative n'est réservé qu'aux seuls créanciers membres d'un comité, l'on retiendra que le droit français invite à une large participation aux initiatives de redressement de l'entreprise.

B) La prise en compte d'éléments extrinsèques aux parties

355. Le plan dépasse le simple cadre du litige privé du débiteur et ses créanciers, pour prendre en compte des aspects environnementaux et sociaux.

1) La prise en compte de l'environnement

356. Dans le diagnostic de l'entreprise, il est prévu en plus du bilan économique et social, un bilan environnemental. Cette dernière exigence ne vaut que dans le cas où l'entreprise exploite une ou des installations classées au sens du titre Ier du livre V du Code de l'environnement⁹³⁴. Il s'agit des usines, ateliers, dépôts, chantiers et, d'une manière générale, des installations exploitées ou détenues par toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui peuvent présenter des dangers ou des inconvénients soit pour la commodité du voisinage, soit pour la santé, la sécurité, la salubrité publiques, soit pour l'agriculture, soit pour la protection de la nature, de l'environnement et des paysages, soit pour l'utilisation rationnelle de l'énergie, soit pour la conservation des sites et des monuments ainsi que des éléments du patrimoine archéologique. Il s'agit aussi des exploitations de carrières au sens des articles L 100-2 et L 311-1 du Code minier⁹³⁵.

Le bilan porte sur l'identification et la description du ou des sites où sont exploités la ou les installations classées et de leur environnement, l'existence de pollutions potentielles, les mesures d'urgence de mise en sécurité déjà prises, prévues ou à prendre, et les mesures réalisées afin de surveiller l'impact de l'exploitation sur l'environnement⁹³⁶. La finalité d'un tel bilan est « *d'évaluer les risques que fait courir l'exploitation à l'environnement et de chiffrer les coûts éventuels d'une remise en état ou de mesures d'urgence qui peuvent peser sur les chances de sauvetage de l'entreprise* »⁹³⁷.

⁹³⁴ Art. L 623-1 al 3 (art. 24-I, loi n° 2003-699 du 30 juillet 2003).

⁹³⁵ Art. L511-1 du Code de l'environnement.

⁹³⁶ Art. R 623-2 du Code de commerce (art. 102 al 2 à 4 décr. n° 2005-1677 du 28 décembre 2005).

⁹³⁷ Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., op. cit., n° 829-1, p. 561.

Dans le modèle de l'OHADA, l'environnement n'est pas une donnée du litige. Cette omission est très regrettable d'autant plus qu'avec l'épanouissement des industries minières sur le continent, notamment l'or, le pétrole et l'uranium, les questions de dépollution et de remise en état des lieux abritant ces activités se poseront de plus en plus avec acuité. Il est souhaitable que les coûts environnementaux soient directement pris en compte par l'OHADA et non les États, afin que les investisseurs aient bonne conscience du bien être des populations.

2) L'importance accordée au social

357. L'un des éléments extrinsèques au parties mais fondamental pour le législateur français est la protection de l'emploi. Les travailleurs sont considérés comme un intérêt à part entière et distinct des intérêts du débiteur et du créancier. C'est tout l'opposé en droit de l'OHADA où les employés sont quasiment étrangers au conflit. Le projet de plan doit en effet exposer et justifier le niveau et les perspectives d'emploi ainsi que les conditions sociales envisagées pour la poursuite d'activité. Ce qui est ici exigé n'est rien d'autre qu'un plan de sauvegarde de l'emploi. À défaut, s'il est prévu des licenciements pour motif économique, le projet doit rappeler les mesures déjà intervenues et définir les actions à entreprendre en vue de faciliter le reclassement et l'indemnisation des salariés dont l'emploi est menacé⁹³⁸. En d'autres termes l'employeur doit, préalablement aux licenciements, s'attacher à reclasser les salariés dans l'entreprise ou, le cas échéant, dans le groupe auquel appartient l'entreprise.

S'agissant d'une procédure de sauvegarde, il faut rappeler que les licenciements économiques intervenus ne bénéficient pas de la procédure spéciale de licenciement, mais relèvent du droit commun⁹³⁹. Ceci pour éviter que la sauvegarde ne soit un faux prétexte à des compressions du personnel. Ces licenciements ne figurent donc pas dans le contenu du plan. S'agissant par contre d'une procédure de redressement judiciaire, le plan doit préciser les licenciements qui doivent intervenir dans le délai d'un mois après le jugement⁹⁴⁰, et selon la procédure spéciale⁹⁴¹.

⁹³⁸ Art. L 626-2 al 3 du Code de commerce.

⁹³⁹ *Supra*, n° 241.

⁹⁴⁰ Art. L 631-19, II al 2 du Code de commerce (art. 92 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005).

⁹⁴¹ *Supra*, n°s 245.

C) Les perspectives de restructuration indépendantes de la personne du débiteur

358. En fonction des possibilités et des modalités d'activités, de l'état du marché et des moyens de financement disponibles, le projet de plan détermine les perspectives de redressement (L 626-2 al 2). Ces perspectives vont au-delà de la personne du débiteur qui peut être totalement évincé. En effet, contrairement au droit de l'OHADA, le droit français offre dès l'ouverture de la procédure la possibilité de présenter une ou plusieurs offres de reprise totale de l'entreprise émanant de tiers⁹⁴². Le législateur conçoit donc que la restructuration puisse échapper au débiteur selon les chances de redressement de l'entreprise. C'est ainsi qu'il confère un pouvoir souverain aux juges du fond sur le choix d'une telle solution⁹⁴³.

Toutefois, il faut préciser que cette solution bénéficie d'un encadrement strict de la loi afin d'éviter des abus. D'abord elle ne vaut qu'en redressement judiciaire et est exclue en procédure de sauvegarde. Cela se justifie par le fait que la procédure de sauvegarde constitue une incitation du débiteur non encore en cessation des paiements, d'avoir à se placer sous la protection du tribunal afin de réorganiser son entreprise. Vu son caractère anticipé et volontaire, cette procédure ne saurait aboutir à la cession forcée de l'entreprise, sauf l'accord du débiteur pour des cessions partielles portant sur une ou plusieurs activités⁹⁴⁴. Ensuite, la cession totale ne doit pouvoir être adoptée qu'à titre subsidiaire. Elle ne peut être ordonnée par le tribunal que « *si le débiteur est dans l'impossibilité d'en assurer lui-même le redressement* »⁹⁴⁵. Ainsi, à valeur égale, le plan de restructuration par le débiteur doit être préféré au plan de cession totale⁹⁴⁶.

La possibilité pour un tribunal d'ordonner la cession de l'entreprise du débiteur indépendamment de la volonté de ce dernier révèle le dépassement des aspects patrimoniaux d'une procédure collective. En réalité, le fil conducteur de la démarche du législateur français est le maintien, la sauvegarde de l'entreprise en tant qu'activité économique génératrice d'emplois et de profits. C'est aussi le dépassement d'une vision privatiste du droit des procédures collectives.

⁹⁴² Art. L 631-13 du Code de commerce (art. 92 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005).

⁹⁴³ Cass. com., 10 juillet 1990, *Bull. civ.* IV, n° 208.

⁹⁴⁴ Art. L 626-2 al 5 du Code de commerce.

⁹⁴⁵ Art. L 631-22 du Code du commerce (art. 87 ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008).

⁹⁴⁶ André JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 735.

SECTION 2- LA NÉGOCIATION DE LA SOLUTION

359. L'élaboration du projet de solution est précédée ou suivie d'une négociation avec les différents acteurs intervenant dans sa réalisation. La procédure et les conditions de cette négociation peuvent restreindre la liberté des parties.

En France, le retrait aux créanciers du pouvoir décisionnel sur le redressement de leur débiteur avait pour objet de permettre à l'État, par le biais des tribunaux, d'influencer l'issue de la procédure collective. Cela explique que les négociations connaissent une forte immixtion du législateur et du juge, dans le but d'inciter ou d'obliger les parties à agir dans un sens favorable au redressement de l'entreprise. La liberté de négocier des partenaires se voit de *facto* réduite. À l'inverse, en droit de l'OHADA, l'AUPC offre une grande liberté aux parties dans la conduite des négociations. Il serait en effet incohérent d'exercer certaines pressions sur les créanciers et attendre d'eux un vote favorable du concordat.

C'est cette divergence législative sur la liberté contractuelle qui se verra mis en exergue dans l'examen des conditions de la négociation dans l'AUPC (**paragraphe 1**) et en droit français (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1- Une négociation d'intérêts particuliers en droit de l'OHADA

360. L'AUPC maintient la logique du binôme créancier-débiteur. La négociation est circonscrite entre le débiteur et ses créanciers, les travailleurs étant insuffisamment impliqués dans la recherche de solution. Si la procédure collective est perçue comme un conflit d'intérêts privés, la procédure et les conditions de la négociation doivent consacrer une totale liberté aux parties. Cette liberté, qui vaut tant pour le débiteur que pour ses créanciers (**B**), connaît toutefois quelques limitations dont la portée nous semble négligeable (**A**).

A) Une atténuation de portée négligeable de la liberté contractuelle

361. Ces limitations de moindre portée de la liberté contractuelle concernent les créanciers de salaire et les créances publiques. Il s'agit dans le premier cas de protéger une partie faible, et dans le second de défendre l'intérêt public.

362. S'agissant des travailleurs, leur avis n'est pas toujours recueilli à propos des offres que le débiteur envisage pour le redressement de l'entreprise. Ils ne sont consultés que pour les mesures de licenciement pour motif économique⁹⁴⁷. En dehors de ce domaine, les salariés ne peuvent jouer de rôle dans la procédure que lorsqu'il a été nommé un contrôleur pour les représenter⁹⁴⁸. Or la nomination de ce contrôleur est facultatif sauf quand elle est demandée par des créanciers représentant au moins la moitié du total des créances même non vérifiées⁹⁴⁹.

Aux termes de l'article 134 al 3 AUPC, « *les travailleurs ne peuvent se voir imposer aucune remise ni des délais excédant deux ans* ». Ce qui signifie que le concordat adopté collectivement par les parties peut être imposé aux travailleurs dès lors qu'il ne comporte ni remise de dettes, ni délais de paiement dépassant deux ans. Cette limitation de la portée contractuelle du concordat est cependant à relativiser. D'abord les créanciers de salaire ne prennent pas part à la consultation collective de la masse. S'il est permis d'envisager la participation des créanciers munis de privilèges généraux à l'assemblée concordataire⁹⁵⁰, celle des salariés ne peut être accueillie. Cela se justifie d'une part par le fait que l'acte uniforme ne consacre pas une telle participation, d'autre part et surtout, par le fait que le paiement de leur créance fait l'objet d'une réglementation stricte en leur faveur : le défaut de production ne peut leur être opposé jusqu'à l'assemblée concordataire⁹⁵¹, et l'acte uniforme impose le paiement rapide de leur créances, du moins en ce qui concerne la fraction insaisissable des salaires⁹⁵². Ensuite, l'atteinte à la liberté contractuelle est négligeable d'autant plus qu'elle n'empêche pas le consentement des travailleurs à des remises ou délais excédant deux ans. Rien n'empêche de négocier

⁹⁴⁷ Art. 110 et 111 AUPC.

⁹⁴⁸ Sur la nomination des contrôleurs, v. art. 48 al 3 AUPC. Les contrôleurs ont pour mission d'assister le juge commissaire dans la surveillance du déroulement de la procédure collective, et de veiller aux intérêts de ceux qu'ils représentent (art. 48 AUPC). Ils assistent à la vérification des créances par le syndic (art. 84 AUPC), et leur mission peut comporter la surveillance de l'exécution du concordat (art. 128 AUPC) ou le paiement de dividendes aux créanciers (art. 138 al 2).

L'avis du contrôleur est requis dans certaines décisions importantes, notamment sur la proposition de concordat du débiteur (art. 119 al 2 AUPC), en cas d'homologation du concordat sans vote des créanciers (art. 122 al 3 et art. 127 al 3 AUPC), sur la fixation de la mise à prix dans la réalisation d'immeuble (art. 150 al 1), sur les offres d'acquisition en cas de cession globale d'actif (art. 160 AUPC), et lorsqu'une poursuite pénale est envisagée par le syndic au nom de la masse (art 234 al 2 AUPC)

Le contrôleur peut contraindre le syndic, par décision du juge-commissaire, à assister le débiteur pour l'accomplissement d'un acte d'administration ou de disposition (art. 52 al 4 AUPC), ou à accomplir un acte ou exercer un droit ou une action concernant le patrimoine du débiteur (art. 53 al 4). Il dispose d'un pouvoir d'initiative pour la conclusion (art. 115 al 1 AUPC) ou la résiliation (art. 116 al 2 AUPC) d'un contrat de location-gérance, et pour la résolution du concordat (art. 139 al 2).

⁹⁴⁹ Art. 48 al 2 AUPC.

⁹⁵⁰ F. M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 281.

⁹⁵¹ Art. 83 al 3 AUPC.

⁹⁵² Art. 96 AUPC.

spécialement avec les salariés : consultation sur les licenciements, recours à la transaction ou à la négociation collective ou individuelle pour des modifications substantielles des contrats de travail, en contrepartie du maintien de l'emploi.

Par comparaison, dans la procédure de règlement préventif, « *les créanciers de salaires ne peuvent consentir aucune remise ni se voir imposer un délai qu'ils n'ont pas consenti eux-mêmes* »⁹⁵³. L'atteinte à la liberté contractuelle est ici considérable car elle interdit le consentement des travailleurs pour des remises de dette. Des délais de paiement peuvent être consentis, mais cette liberté de consentir est également limitée car elle ne peut accorder un délai excédant un an⁹⁵⁴. La négociation semble donc moins libre en procédure de règlement préventif qu'en procédure de redressement judiciaire. Cette lecture est en parfaite adéquation avec l'esprit du texte car il faut éviter le dévoiement du règlement préventif. Celui-ci ne doit pas offrir le prétexte facile à l'employeur *in bonis* de se débarrasser des dettes sociales, ou de renégocier les contrats de travail.

363. S'agissant ensuite des créances publiques, l'acte uniforme leur permet d'échapper également à la portée obligatoire du concordat, dès lors que des dispositions législatives particulières interdisent à l'administration de consentir des remises ou des délais⁹⁵⁵. Autrement dit, l'administration en tant que créancier dans la masse peut ne pas consentir des remises et des délais sans que le concordat lui soit opposable. Le concordat ayant les allures d'une convention collective, celle-ci devrait trouver à s'appliquer à tous les créanciers dans la masse y compris à la minorité dissidente. Il s'agit donc là d'une atteinte imposée par la loi à la liberté de négocier de l'administration et que l'AUPC entend respecter. Cette atteinte doit aussi, il nous semble, être relativisée dans la mesure où l'interdiction faite à l'administration de contracter n'est pas le fait de l'AUPC. C'est une mesure régissant l'action administrative, une norme du fonctionnement interne de l'administration en tant que personne morale, et qui ne peut donc pas être considérée comme une limitation de sa liberté d'agir.

B) Le principe d'une liberté des parties dans la négociation

364. La négociation en droit de l'OHADA connaît très peu d'immixtion du législateur ou du juge. La liberté des parties ne connaît de limitations que celles classiques du droit des contrats. Le débiteur et son entreprise ne bénéficient pas, contrairement au débiteur en

⁹⁵³ Art. 15 AUPC.

⁹⁵⁴ *Ibid.*

⁹⁵⁵ Art. 134 al 1.

droit français, de mesures favorables pouvant porter atteinte au droit d'un créancier. À la limite peuvent-ils avoir une aide du syndic. Celui-ci peut mettre à profit les délais de production et de vérification des créances pour rapprocher les positions du débiteur et des créanciers sur l'élaboration du concordat⁹⁵⁶. La libre négociation des offres du débiteur est aussi vraie pour des personnes internes à l'entreprise (1) que pour les créanciers qui lui sont extérieurs (2).

1) La négociation avec les associés : les modifications statutaires

365. Des modifications statutaires peuvent être salutaires pour le redressement de l'entreprise. Il en est ainsi de la souscription d'une augmentation du capital social par les anciens associés ou par de nouveaux afin de financer le maintien de l'activité (Art. 27 AUPC). Toute modification apportée au contrat de société ne peut avoir lieu qu'avec un accord des cocontractants c'est-à-dire des associés⁹⁵⁷. Le consentement unanime de ces derniers est même quelques fois exigé ; c'est le cas pour la société Anonyme lorsque l'augmentation du capital a lieu par majoration du montant nominal des actions. Il s'agit d'une décision collective obéissant à une procédure légale stricte⁹⁵⁸. L'assemblée générale est donc la seule instance à en avoir le pouvoir, et toute clause contraire conférant au conseil d'administration ou à l'administrateur général, selon le cas, le pouvoir de décider l'augmentation de capital est réputée non écrite⁹⁵⁹.

L'aspect consensuel des modifications statutaires est respecté par le législateur et le juge en dépit du fait que l'entreprise soit en cessation des paiements, et bien que cette modification soit nécessaire ou vitale. Lorsqu'il est envisagé une augmentation de capital, celle-ci, pour une société anonyme, doit être réalisée dans le délai de trois ans à compter de l'assemblée générale qui l'a décidée ou autorisée⁹⁶⁰. Ce délai est très long lorsque l'entreprise a immédiatement besoin d'argent frais⁹⁶¹. En France, le législateur prévoit dans ce cas que le juge peut souverainement fixer le délai dans lequel les associés ou actionnaires sont tenus de libérer le capital qu'ils souscrivent⁹⁶². Mieux, il est prévu la possibilité de modifier le capital social de la société à la simple majorité des voix lors

⁹⁵⁶ Art. 119 al 4 AUPC.

⁹⁵⁷ Aziber Seïd ALGADI, *Contrats et droit O.H.A.D.A. des procédures collectives*, *op. cit.*, n^{os} 96 et ss.

⁹⁵⁸ Art. 357 AUDSG et ss relatifs à la SARL, et art. 551 AUDSG et ss relatifs à la société anonyme.

⁹⁵⁹ Art. 569 AUDSG.

⁹⁶⁰ Art. 571 AUDSG.

⁹⁶¹ Aziber Seïd ALGADI, *op. cit.*, n^o 99.

⁹⁶² Art. L 626-17 Code de commerce.

d'une première assemblée, quelles que soit les dispositions des statuts⁹⁶³. En procédure de redressement judiciaire, le législateur français répute non écrites les clauses d'agrément⁹⁶⁴. En outre, pouvoir est donné à l'administrateur, en cas de refus d'associés ou d'actionnaires de voter la modification du capital, de demander la désignation d'un mandataire *ad hoc* chargé de voter cette modification en lieu et place des opposants⁹⁶⁵. Toutes ces mesures sont inexistantes en droit de l'OHADA⁹⁶⁶. Dans cette législation, les clauses d'agrément figurant dans les statuts trouvent leur plein effet même si elles peuvent constituer un obstacle en cas d'augmentation de capital souscrite par un tiers.

2) La négociation avec les créanciers autres que les salariés : les remises et délais de paiement

366. Le syndic et le greffe de la juridiction ayant ouvert la procédure sont associés à la consultation des créanciers dans la masse sur les offres concordataires du débiteur. Mais la négociation avec la masse n'est pas uniforme. Elle sera individuelle ou collective selon qu'il s'agisse ou non de créancier munis de sûreté réelle spéciale. La forme de la négociation n'est donc pas laissée à la discrétion des mandataires de justice comme en droit français.

367. Les créanciers munis de sûretés réelles spéciales font l'objet d'une consultation individuelle. Dès le dépôt de l'état des créances, ils sont immédiatement avertis par le greffier d'avoir à faire connaître, au plus tard à l'expiration d'un délai de quinze jours suivant la réception dudit avertissement, s'ils acceptent les propositions concordataires. L'AUPC exige en outre que cette consultation prenne la forme d'un écrit ; elle est faite personnellement par lettre recommandée avec accusé de réception ou par tout moyen laissant trace écrite contenant un exemplaire des propositions concordataires.

Les créanciers titulaires d'une sûreté réelle spéciale jouissent d'une grande liberté dans la négociation des offres du débiteur. L'acte uniforme leur reconnaît la possibilité de discuter les offres en accordant des délais et des remises différents de ceux proposés⁹⁶⁷. Ils

⁹⁶³ Art. L 626-16-1 (art. 38, ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014).

⁹⁶⁴ Art. L 631-19, II du Code de Commerce (issu de l'art 54 de l'ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014). L'article 37 de l'ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014, modifiant l'art. L 626-3 al 4 du Code de commerce (rédaction issue de l'art 61 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005), a supprimé de la procédure de sauvegarde la disposition qui réputait non écrites les clauses d'agrément.

⁹⁶⁵ *Infra*, n° 377.

⁹⁶⁶ Pour un avis contraire, sur l'impossibilité du juge OHADA, de fixer souverainement des délais de libération du capital souscrit : voir Aziber Seïd ALGADI, *op. cit.*, n° 99, p.77. Il y a lieu de noter la confusion que fait l'auteur entre le droit français et le droit de l'OHADA.

⁹⁶⁷ Art. 119 al 3 AUPC.

ne peuvent être obligés que par les délais et remises particuliers consentis par eux⁹⁶⁸. Leur réponse, fût-elle une acceptation, un refus ou une contre-proposition aux sollicitations du débiteur, est soumise aux mêmes exigences de forme que l'avertissement du greffier : une lettre recommandée avec accusé de réception ou tout moyen laissant trace écrite⁹⁶⁹.

Le défaut de souscription à l'avertissement du greffier est présumé constituer une acceptation de l'offre de concordat. Le silence vaut donc acceptation. Toutefois cette intrusion du législateur dans la sphère des négociations connaît une double limitation. D'abord la présomption ne vaut que lorsque, dûment appelés, les créanciers ne participent pas au vote de l'assemblée concordataire⁹⁷⁰. Ces créanciers ont donc à nouveau l'occasion de faire entendre leur voix lors de cette assemblée. Tout en prenant part au vote, ils peuvent encore ainsi consentir des délais et remises différents de ceux proposés par le débiteur. Ensuite, cette présomption ne saurait en aucun cas aboutir à la perte du bénéfice de leur sûreté par les créanciers, sauf renonciation expresse de leur part⁹⁷¹.

368. En dehors des créanciers dont la créance est garantie par une sûreté réelle spéciale, tous les autres créanciers dans la masse font l'objet d'une consultation collective. Ces derniers sont moins libres dans la négociation que les premiers, car ils ne peuvent pas en effet discuter les offres du débiteur. Celles-ci sont fermes et les créanciers doivent seulement décider par vote si oui ou non ils acceptent le projet de concordat. En outre, les créanciers concordataires subissent la loi de la majorité, ce qui signifie qu'ils peuvent à titre individuel rejeter l'offre du débiteur mais se voir imposer le vote favorable des autres⁹⁷².

La consultation des créanciers constituant l'assemblée concordataire n'est donc pas soumise au même formalisme que les créanciers munis de sûreté réelle spéciale. Ils sont en effet d'abord informés des offres du débiteur par la publication de celles-ci dans un journal d'annonces légales⁹⁷³. Ils sont ensuite convoqués pour le vote du concordat par lettres adressées individuellement par le greffier⁹⁷⁴. Le projet du débiteur est enfin adopté par la

⁹⁶⁸ Art. 134 al 2 AUPC.

⁹⁶⁹ Art. 120 al 1 AUPC.

⁹⁷⁰ Art. 125 al 4 AUPC.

⁹⁷¹ Art. 121 AUPC.

⁹⁷² Art. 134 al 1 AUPC.

⁹⁷³ Art. 119 al 2 AUPC.

⁹⁷⁴ Art. 122 al 1 AUPC.

majorité en nombre des créanciers admis définitivement ou provisoirement, et représentant la moitié au moins du total des créances⁹⁷⁵.

Paragraphe 2- L'irruption de l'intérêt général dans la négociation en droit français

369. Le plan est un concept abstrait difficile à définir. Pour reprendre une définition descriptive et générale, le plan en droit privé est d'une part l'expression d'une volonté étatique qui fait nécessairement appel d'autre part, à l'intervention d'une volonté ayant pour vocation de donner plein effet juridique à la volonté étatique initiale. Cette autre volonté peut acquérir la dimension d'un acte juridique, c'est-à-dire l'expression d'une volonté individuelle ou d'une combinaison de volontés individuelles. Elle peut aussi transcender l'acte juridique pour devenir un acte juridictionnel qui fera à nouveau intervenir la volonté de l'État non plus de manière générale et impersonnel, mais d'une manière spéciale et personnelle⁹⁷⁶. Cette définition mettant en exergue le concours des volontés permet d'appréhender globalement les plans de sauvegarde et de redressement en droit français. Ceux-ci consacrent l'irruption massive de l'intérêt général dans la sphère des négociations, réduisant très souvent l'expression de la liberté de négocier. Le plan, contrairement au concordat, connaît une grande implication du législateur tant en ce qui concerne l'élargissement de la procédure au-delà du binôme créancier-débiteur (**A**) que par son immixtion directe dans la procédure (**B**). Le plan connaît aussi une grande implication du juge (**C**).

A) Une consultation élargie au-delà des acteurs de la procédure

370. Contrairement au droit de l'OHADA où la procédure est axée sur le clivage créancier-débiteur, le droit français implique tous les acteurs et toute personne susceptible d'éclairer les mesures de redressement de l'entreprise. Cette position du législateur français s'explique, comme précédemment évoqué, par la vision que les procédures collectives n'impliquent pas que les intérêts privés des créanciers et du débiteur. Les procédures débordent en effet dans la sphère publique et ne sauraient être conçues selon une logique

⁹⁷⁵ Art.125 al 5 AUPC.

⁹⁷⁶ Pour tout ce qui précède, v. Sébastien NEUVILLE, *le plan en droit privé*, op. cit., n° 8, p. 14.

placée sous la tutelle du droit des obligations⁹⁷⁷. Les consultations vont donc au-delà des parties en conflit.

371. Si l'élaboration du plan est le fait du débiteur et/ou de l'administrateur, la négociation avec les créanciers est du rôle du mandataire judiciaire à l'exception de la consultation des travailleurs. Sur la forme de la consultation des créanciers, elle est laissée au choix du mandataire judiciaire. Elle peut donc être individuelle ou collective, avec ou sans écrit. Les seules exceptions pour lesquelles il est imposé une forme particulière sont : l'hypothèse où la proposition porte sur une conversion de la créance en titre donnant ou pouvant donner accès au capital social, et l'hypothèse des entreprises importantes⁹⁷⁸ où il est prévu la réunion de comités de créanciers pour le vote du projet de plan. Dans le premier cas, la loi impose une consultation individuelle et par écrit ; dans le second, la consultation est collective.

La consultation des créanciers est impérative sur les propositions de règlement des dettes portant sur des délais ou des remises. Mais *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*⁹⁷⁹. Le défaut de consultation peut entraîner l'annulation du jugement adoptant le plan de continuation⁹⁸⁰.

372. Le droit français prévoit aussi la consultation des travailleurs par l'intermédiaire de leurs représentants qui, selon le cas, sont le comité d'entreprise ou à défaut, les délégués du personnel. Contrairement au droit de l'OHADA, cette consultation est indépendante de toute perspective de licenciement et embrasse tous les aspects à toutes les étapes de la procédure. Il s'agit pour le législateur d'impliquer, au plus haut niveau, les salariés dans la recherche de solution pour le redressement de l'entreprise. Ainsi les travailleurs sont informés et consultés sur le bilan économique et social⁹⁸¹ et sur les mesures que le débiteur envisage de proposer dans le projet de plan⁹⁸². Cette consultation est placée sous la

⁹⁷⁷ Aldo RIZZI, *op. cit.*, n° VI, p. 16.

⁹⁷⁸ Entreprises employant 150 salariés ou réalisant 20 millions d'euro de chiffre d'affaires.

⁹⁷⁹ V. pour tout ce qui précède, Art. L 626-5 du Code de commerce (art. 63 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, modifié par l'art. 58-I-1° de la loi n° 2020-1249 du 22 octobre 2010 et par l'art. 54 de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008).

⁹⁸⁰ Cass. com., 17 mars 1998, *JCP E*, n° 40, 1^{er} Octobre 1998, p. 1549, note Jean-Pierre REMERY ; v. pour plus de développement, André JACQUEMONT, *op. cit.*, n° 708 ; Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 839.

⁹⁸¹ Art. L 626-8 al 1 et 2 (art. 56 ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008).

⁹⁸² Art. L 626-5 al 1 (art. 63 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 modifié par l'art. 58-I-1° de la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010) ; v. en l'absence d'administrateur judiciaire l'art. L 627-3 al 2.

surveillance du parquet, du tribunal, ainsi que de l'autorité administrative compétente en matière de droit du travail. Le procès-verbal de la réunion à l'ordre du jour de laquelle a été inscrite la consultation des représentants du personnel doit être transmis à ces destinataires. Les travailleurs doivent être informés, au même titre que le mandataire judiciaire, de l'avancement des travaux de l'administrateur⁹⁸³. Enfin, le tribunal ne peut arrêter le plan ou statuer sur toute modification substantielle dans les objectifs ou les moyens du plan, qu'après avoir entendu ou dûment appelé certaines personnes dont les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel⁹⁸⁴.

373. D'autres organismes ou personnes non parties à l'instance sont consultés. Dans le cadre de l'élaboration du bilan économique social et environnemental, l'administrateur consulte et entend toute personne susceptible de l'informer sur la situation et les perspectives de redressement de l'entreprise, les modalités de règlement du passif et les conditions sociales de la poursuite de l'activité. Est également consulté l'ordre professionnel ou l'autorité compétente dont relève le débiteur, lorsque celui-ci exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire, ou dont le titre est protégé. Enfin, il convient de noter l'omniprésence des contrôleurs à toutes les étapes de la procédure afin d'exprimer l'opinion des créanciers et de palier, le cas échéant, à l'inaction du mandataire. Les contrôleurs sont à cet effet régulièrement consultés et informés par les acteurs de la procédure.

B) L'immixtion du législateur

374. Le législateur français s'implique positivement dans la recherche de solutions en faveur du redressement de l'entreprise en difficulté. Cette immixtion va globalement dans le sens de l'incitation des créanciers à soutenir l'effort de sauvetage de l'entreprise **(1)** quitte à interpréter leur silence **(2)**, ou à limiter la liberté contractuelle dans le contrat de société **(3)**. L'intervention législative va également dans le sens de la protection de catégories de créanciers, consacrant ainsi une certaine inégalité des créanciers antérieurs **(4)**.

⁹⁸³ Art. L 623-3 al 4 du Code de commerce.

⁹⁸⁴ Pour l'arrêté du plan, v. art. L 626-9 (art. 65, loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005) ; Pour la modification substantielle dans les objectifs ou les moyens du plan, v. art. L 626-26 (art. 80 al 2, loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005).

1) Des mesures incitatives au redressement

375. Les mesures incitatives au redressement de l'entreprise en difficulté concernent d'une part des incitations fiscales à des remises de dettes, d'autre part des incitations au financement de la société en difficulté.

S'agissant des remises de dettes, l'article 39-1 nouveau du Code général des impôts issue de la loi du 26 juillet 2005 admet le droit, pour les fournisseurs ou prestataires de services, de déduire fiscalement les abandons de créances à caractère commercial qu'ils consentent ou supportent, en les inscrivant en charge pour la détermination de leur bénéfice. Cette disposition permet ainsi d'atténuer le « sacrifice » consenti ou imposé aux créanciers dans le cadre du plan.

Quant à l'incitation au financement de l'entreprise objet d'un plan de poursuite de l'activité, elle est consacrée par la possibilité offerte aux créanciers de se faire payer par conversion de la dette en titre donnant ou pouvant donner accès au capital. Cette possibilité est également ouverte aux associés ou actionnaires⁹⁸⁵. Le consentement du créancier est recueilli par écrit et les différents accords de conversion doivent être homologués par le tribunal. Ce dernier vérifie que les intérêts des autres créanciers sont respectés⁹⁸⁶. Cette mesure est encourageante pour le créancier, notamment le créancier chirographaire qui, sachant la très faible probabilité de recouvrer sa créance, peut accepter le risque de réinvestir dans le capital du débiteur ; ce qui constitue un pari pour le redressement.

2) La présomption du consentement aux remises et délais en cas de silence du créancier

376. Le silence vaut acceptation⁹⁸⁷. En effet, lorsque la proposition porte sur des délais et remises, le mandataire judiciaire recueille individuellement ou collectivement l'accord de chaque créancier qui a déclaré sa créance conformément à l'article L. 622-24. En cas de consultation par écrit, le défaut de réponse dans le délai de trente jours à compter de la réception de la lettre du mandataire judiciaire vaut acceptation. Cette présomption irréfutable de l'article L 626-5 du Code de commerce tient d'une volonté législative d'impliquer les créanciers à la procédure, mais surtout, de donner l'avantage au redressement de l'entreprise vu l'absence fréquente de réponse des petits créanciers⁹⁸⁸. Ainsi, la consultation des créanciers est assortie d'une sanction. Cette grave atteinte à

⁹⁸⁵ Art. L 626-3 al 4 du Code de commerce (rédaction issue de l'art. 37 de l'ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014).

⁹⁸⁶ Art. L 626-5 du Code de commerce.

⁹⁸⁷ Le législateur déroge ainsi au principe civiliste qui veut que le silence ne vaille pas acceptation.

⁹⁸⁸ André JACQUEMONT, *op. cit.*, n° 705.

l'intérêt du créancier ne joue cependant qu'en cas de consultation par écrit. En outre, il doit s'agir de délais et de remises, ce qui exclut d'office les propositions de règlement des dettes par conversion en titres de capital ou pouvant donner accès au capital. Enfin, la présomption ne concerne les créanciers publics que lorsque la proposition qui leur est soumise porte exclusivement sur des délais de paiements⁹⁸⁹.

3) La neutralisation des obstacles à la modification du capital social en redressement judiciaire

377. L'augmentation du capital social prévu dans le projet de plan est décidée en faveur d'une ou de plusieurs personnes qui s'engagent à exécuter le plan. À cet effet, l'assemblée générale extraordinaire et/ou les assemblées compétentes sont convoquées dans des conditions définies par décret en Conseil d'État⁹⁹⁰. Cette augmentation peut être impérativement précédée d'une reconstitution des capitaux propres de la société, lorsque, du fait des pertes constatées dans les documents comptables, ces capitaux sont inférieurs à la moitié du capital social. Dans ce cas, la reconstitution a lieu à concurrence du montant proposé par l'administrateur et qui ne peut être inférieur à la moitié du capital social.

Afin de favoriser l'augmentation du capital social, le législateur va, comme précédemment évoqué, d'abord permettre aux créanciers de convertir leurs créances en titre de capital ou pouvant donner accès au capital de la société en difficulté. Il va ensuite et surtout, en procédure de redressement judiciaire, faciliter cette conversion en levant les obstacles à l'entrée de tiers dans le capital. C'est dans ce sens que la loi prévoit expressément que les clauses d'agrément figurant dans les statuts sont réputées non écrites⁹⁹¹. C'est également dans ce sens qu'il est prévu, en cas reconstitution du capital, la possibilité pour l'administrateur de demander la désignation d'un mandataire *ad hoc* chargé de convoquer l'assemblée compétente et surtout, de voter à la place des associés ou actionnaires opposants⁹⁹². C'est ici l'occasion offerte aux créanciers —favorables à une conversion de leur créance en titre donnant ou pouvant donner accès au capital— de passer

⁹⁸⁹ La présomption s'applique par contre à l'AGS pour les propositions de remises et de délais, même si sa créance n'est pas encore déclarée (art. L 626-5 al 2 *in fine*).

⁹⁹⁰ L 626-3 al 2 du Code de commerce : art. 61 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005.

⁹⁹¹ Art. 631-19, II. du Code de Commerce (issu de l'art 54 de l'ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014). L'article 37 de l'ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014, modifiant l'art. L 626-3 al 4 du Code de commerce (rédaction issue de l'art 61 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005), a supprimé de la procédure de sauvegarde la disposition qui réputait non écrites les clauses d'agrément.

⁹⁹² Art. L 631-9-1 du Code de commerce (art. 52 de l'ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014). V. A. LIENHARD, « ordonnance de réforme : mesures relatives au redressement judiciaire », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 663.

outre le refus des associés ou actionnaires, pour prendre le contrôle de leur débiteur⁹⁹³. Dès lors que les personnes en faveur desquelles a lieu la modification du capital s'engagent à respecter le plan, il est possible, dans l'intérêt de l'entreprise, de porter atteinte au droit fondamental de l'associé que constitue son droit de vote. En permettant ainsi aux tiers d'entrer dans le capital par conversion de leur créance, toute limitation de la liberté contractuelle et du droit de vote des associés va également permettre une transmission d'entreprise qui ne prend pas la forme d'un plan de cession⁹⁹⁴.

4) La limitation du champ des négociations

378. La négociation n'a lieu que pour les créances dont le projet de plan modifie les modalités du paiement, ou dont-il n'est pas prévu un paiement intégral en numéraire dès l'arrêté du plan ou dès leur admission. Le mandataire judiciaire n'est donc pas tenu de consulter les titulaires des autres créances⁹⁹⁵, et ceux-ci ne peuvent pas prendre part aux votes des comités de créanciers⁹⁹⁶. Cela n'est pas seulement le fait de la loi, mais est aussi une question de bon sens. Il existe cependant des créances que la loi écarte formellement du champ des négociations. Ces créances ne peuvent être l'objet ni de remises ni de délais de paiement. Cette immixtion du législateur français dans la négociation rompt la loi de l'égalité des créanciers. Elle vise cependant à protéger deux catégories de créances d'inégale importance.

Il s'agit tout d'abord des créances garanties par le super-privilège des salaires, ainsi que des créances résultant d'un contrat de travail et garanties par le privilège général des salariés lorsque leur montant n'a pas été avancé par l'AGS, ou n'a pas été l'objet d'une subrogation. Toutefois, la récente réforme du 12 mars 2014 entrée en vigueur le 1^{er} juillet de la même année réintroduit ces créances dans le champ des négociations. Les titulaires de ces créances peuvent désormais consentir des remises ou des délais sans que ceux-ci ne puissent leur être imposés par le tribunal⁹⁹⁷. De même, ne peuvent être l'objet de remises ou de délais non consentis, les créances garanties par le privilège de conciliation⁹⁹⁸.

⁹⁹³ Reinhard DAMMANN et Gilles PODEUR, « Le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers résultant de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Recueil Dalloz*, 2014 p. 752 ; v. aussi dans ce sens l'étude de Sophie VERMEILLE, « Peut-on prêter pour posséder (« *loan to own* ») en droit français », *JCP E* 2009, 1709.

⁹⁹⁴ André JACQUEMONT, *op. cit.*, n° 733.

⁹⁹⁵ Art. L 626-5 al 4 du Code de commerce.

⁹⁹⁶ Art. L 626-30-2 al 5 du Code de commerce (art. 58-I-4° loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010).

⁹⁹⁷ Art. L 626-20, I, du Code de commerce (modifié par l'art. 40-1°, ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014).

⁹⁹⁸ Art L 626-20, I, 3° du Code de commerce (art. 40-2°, ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014).

Il s'agit ensuite des créances les plus faibles dans la limite de 5 % du passif estimé, prises dans l'ordre croissant de leur montant et sans que chacune puisse excéder un montant fixé par décret (300 euro). Pour éviter des fraudes, l'impossibilité de négocier ces créances est écartée lorsque le montant des créances détenues par une même personne excède 0,5 % du passif estimé, ou lorsqu'une subrogation a été consentie ou un paiement effectué pour autrui⁹⁹⁹. La justification de ce traitement préférentiel serait l'évitement des frais afférents aux paiements échelonnés de toutes petites sommes¹⁰⁰⁰.

C- L'immixtion indirecte du juge

379. Le pouvoir conféré au tribunal de décider du sort de l'entreprise constitue en lui-même un moyen de pression sur les créanciers. Nous parlons d'immixtion indirecte parce qu'elle va déterminer par anticipation le consentement du créancier. L'impacte sur le créancier va plus dans le sens de la contrainte que de l'incitation à la prise de décision ; ce qui va très certainement limiter sa liberté de négocier. Si le créancier conserve néanmoins un certain pouvoir sur sa créance, puisqu'il est consulté, l'intervention du juge rend souvent cette consultation purement formelle¹⁰⁰¹. C'est le cas notamment lorsque le juge peut imposer des délais de paiement longs (1), puis ensuite imposer des remises de créance en contrepartie de délais plus brefs (2).

1) La menace d'imposer des délais à défaut d'acceptation des propositions par les créanciers

380. Le consentement des créanciers, qu'ils soient publics ou privés, n'est pas requis pour la détermination des délais de paiement qui seront fixés dans le plan arrêté par le tribunal¹⁰⁰². Lorsque les propositions faites par le débiteur sont consenties par un créancier, le tribunal prend acte de ce soutien à l'entreprise, avec toutefois la possibilité de réduire les délais et remises¹⁰⁰³. En revanche en cas de refus par le créancier des offres du débiteur, le tribunal a plein pouvoir pour imposer les délais de paiement proposés ou d'autres délais¹⁰⁰⁴. Cette prérogative judiciaire constitue un moyen de pression sur les créanciers qui n'ont pas vraiment toute la liberté de négocier. Ceux-ci peuvent ainsi, par crainte de se

⁹⁹⁹ Art. L 626-20, II du Code de commerce.

¹⁰⁰⁰ André JACQUEMONT, *op. cit.*, n° 786, p.450.

¹⁰⁰¹ *Ibid.*, n° 703.

¹⁰⁰² *Ibid.*, n° 709.

¹⁰⁰³ Art. L 626-18 al 1 du Code de commerce (art. 58-I-2°, loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010).

¹⁰⁰⁴ Art. L 626-18 al 4.

voir contraint par des délais plus longs que ceux du débiteur, accepter les délais du projet de plan.

Par ailleurs, cette possibilité d'imposer des délais assez longs allant jusqu'à dix ans voir quinze ans pour un agriculteur selon la durée du plan, aboutit en réalité à un paiement partiel des créanciers à raison de l'érosion monétaire. La réduction des créances est d'autant plus accentuée que le cours des intérêts a été arrêté par le jugement d'ouverture. Ainsi, la menace voilée de fixation de longs délais de paiement peut également être perçue comme un moyen de pression détourné, en vue d'amener les créanciers à consentir des remises¹⁰⁰⁵.

2) Le dilemme entre paiement rapide et paiement intégral du montant de la créance

381. « *Le plan peut prévoir un choix pour les créanciers comportant un paiement dans des délais uniformes plus brefs mais assorti d'une réduction proportionnelle du montant de la créance* ». En pratique cette disposition de l'article L 626-19 est mise en œuvre dans ce qui est appelé des « propositions tiroirs » ; les créanciers se voient par exemple proposer le choix entre un paiement à 100% sur dix ans, un paiement à 50% sur six ans ou un paiement à 20% dans l'année¹⁰⁰⁶. Ce dilemme d'un paiement rapide en contrepartie d'une réduction proportionnelle du montant de la créance limite à n'en pas douter la liberté contractuelle du créancier. Dans tous les deux cas, la créance connaîtra un paiement partiel du fait de l'érosion monétaire et de l'absence d'intérêt. Aussi, le créancier est-il bon gré mal gré amené à valider les offres du débiteur. Notons que la réduction de créance n'est définitivement acquise qu'après versement, au terme fixé, de la dernière échéance prévue par le plan pour son paiement.

382. Si le tribunal et le législateur en France exercent une influence incontestable dans les négociations et en général dans la préparation de la solution, ils deviennent omniprésents à l'étape d'adoption de la solution. Ce qui est tout l'opposé du droit de l'OHADA où le juge n'intervient que dans une moindre mesure.

¹⁰⁰⁵ Michel VASSEUR, « Le crédit menacé, brève réflexion sur la nouvelle législation relative aux entreprises en difficulté », *J.C.P.*, E, 1985, II, 14569, n° 9, p. 568.

¹⁰⁰⁶ André JACQUEMONT, *op. cit.*, n° 779.

CHAPITRE 2 : LE CONCORDAT ET LES PLANS DE SAUVEGARDE ET DE REDRESSEMENT

383. L'adoption de la solution est le révélateur par excellence de la nature du dispositif des procédures collectives adoptées par le droit national. Elle est l'aboutissement de toute la politique juridique et économique irriguant le dispositif législatif. Selon que cette politique est érigée au travers du prisme du meilleur recouvrement des créances ou de celui du maintien durable de l'activité et de l'emploi, l'édifice juridique donnera le pouvoir de déterminer le sort de l'entreprise débitrice soit aux parties en litige, soit à l'État par le biais des tribunaux. La photographie des mécanismes respectivement mis en place dans l'espace OHADA et en France met en lumière la nature des conceptions contractuelles —d'essence libérale— (**section 1**) et institutionnelle —d'essence dirigiste— (**section 2**) des procédures collectives.

SECTION 1- LE PRINCIPE D'UNE SOLUTION CONVENTIONNELLE EN DROIT DE L'OHADA : LE CONCORDAT

384. Le concordat est une solution entièrement fondée sur l'expression de la volonté du débiteur et de ses créanciers. La source de son obligation procède principalement des volontés individuelles mues par des intérêts particuliers. Il y a reprise du schéma du droit commun des obligations : offre du débiteur et acceptation des créanciers. Le model de l'OHADA, tout comme celui de la loi française de 1967, est un système au service du paiement des créanciers. Il est clair qu'en laissant le soin à ces derniers de décider, leur choix sera nécessairement motivé par le paiement de leur créance, ou déterminé par le désir de poursuivre des relations commerciales avec le débiteur. Pour qu'il y ait

redressement de l'entreprise, l'offre du débiteur doit en effet rencontrer un avis favorable des créanciers dans la masse, notamment les créanciers les plus vulnérables à savoir « les chirographaires ». Par conséquent, sur un plan économique, la poursuite de l'exploitation est fonction du fait que les offres du débiteur nourrissent nécessairement l'espoir d'un paiement satisfaisant des créances non garanties par une sûreté réelle spéciale. L'opération est consentie en considération du paiement des dividendes proposés. Toutefois, si le consentement des créanciers est requis pour la validité de la solution, l'unanimité n'est pas exigée (**paragraphe 1**). Une intervention *a posteriori* de la juridiction compétente permettra la protection des créanciers dissidents, mais dans le respect de la volonté collective de la masse (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1- L'acceptation de l'offre de concordat par les créanciers dans la masse

385. Reprenant le schéma de base du Professeur Arlette MARTIN-SERF, nous convenons que le concordat puisse se présenter comme *une association de deux ou plusieurs contrats unis par une identité d'objet, le redressement de l'entreprise débitrice*¹⁰⁰⁷.

En effet l'offre de concordat du débiteur peut être perçue comme une offre de contracter. Tant qu'elle n'a pas été acceptée, son auteur peut toujours la modifier. Sous l'empire de la loi française de 1967, il était courant que le débiteur modifiât ses propositions avant l'assemblée concordataire, ou même au cours de celle-ci, voire dans l'intervalle entre les deux réunions lorsqu'une deuxième assemblée était nécessaire. La solution est validée par la Chambre commerciale qui, sur le fondement de l'article 1108 du Code civil, précise que seule l'acceptation de l'assemblée concordataire rend les offres concordataires irrévocables¹⁰⁰⁸. L'AUPC reprend cette solution puisqu'il concède à l'article 119 al 1 que le débiteur puisse, après l'avoir déposée, retirer sa proposition de concordat. Cela signifie que les offres concordataires déposées au greffe, même après leur notification aux créanciers intéressés —afin de leur permettre de se faire une opinion sur le parti à prendre—, ne sont pas irrévocables.

¹⁰⁰⁷ Arlette MARTIN-SERF, « Réflexion sur la nature contractuelle du concordat », *R.J.C.*, 1980, p. 294, n° 4.

¹⁰⁰⁸ Cass. com., 14 décembre 1976, *Bull. civ.*, IV, n° 325, p. 271.

Pour que le concordat soit formé, l'offre du débiteur doit rencontrer l'acceptation des créanciers. Il faut noter que l'offre contient deux types de propositions : d'une part, des propositions individuelles faites aux créanciers munis de sûretés réelles spéciales, d'autre part une proposition unique faite aux créanciers formant l'assemblée concordataire. Toutefois et comme ci-dessus précisé, seule l'acceptation de cette dernière proposition entraîne l'irrévocabilité de l'offre du débiteur. Le consentement des créanciers munis de sûretés réelles spéciales aux propositions du débiteur n'est donc pas essentiel à la validité du concordat. Ce consentement et l'accord qui en découle sont subsidiaires et dépendantes (A) par rapport à l'accord du débiteur avec l'assemblée concordataire (B).

A) Les acceptations individuelles et subsidiaires des titulaires de sûretés réelles spéciales

386. L'acceptation des créanciers munis de sûretés réelles spéciales est individuelle¹⁰⁰⁹. Contrairement à la loi française de 1967 sous l'empire de laquelle l'initiative de la convention revenait aux créanciers¹⁰¹⁰, l'offre de contracter en droit de l'OHADA émane du débiteur. Les créanciers l'acceptent purement et simplement, mais peuvent accorder des délais et remises différents de ceux du débiteur. On est dans cette dernière hypothèse en présence de contre-propositions qui ne nécessitent pas un consentement exprès du débiteur, puisque faites dans l'intérêt exclusif de ce dernier¹⁰¹¹. Ainsi, autant il y a des créanciers consentant des remises ou des délais, autant il y aura de contrats. Mais ces contrats ne suffisent pas et ne sont pas indispensables à la validité du concordat. Nous pouvons théoriquement considérer l'analyse du Professeur Arlette MARTIN-SERF qui, par l'idée de groupes de contrats unis par la théorie de l'accessoire, rend pertinemment compte du concordat : « *la convention passée par le créancier titulaire d'une sûreté trouve à la fois sa cause et une condition suspensive dans la première convention unissant le débiteur et les créanciers chirographaires, mais l'inverse ne se produit pas, la première convention peut exister et subsister sans la conclusion de la deuxième* »¹⁰¹².

Ce caractère subsidiaire des accords individuels des créanciers titulaires de sûretés réelles spéciales avec le débiteur peut se révéler néfaste pour les premiers. C'est en effet au vu des propositions concordataires que ceux-ci se déterminent pour accorder des délais ou

¹⁰⁰⁹ V. *supra*, n° 367.

¹⁰¹⁰ Le greffier n'avait d'ailleurs pas à communiquer aux créanciers munis de sûretés les propositions concordataires : Cass. com., 11 juin 1974, *Bull. civ.*, IV, n° 189.

¹⁰¹¹ Req., 29 mars 1938, *DP*. 1939. I. 5, note VOIRIN.

¹⁰¹² Arlette MARTIN-SERF, « Réflexion sur la nature contractuelle du concordat », *op.cit.*, n° 16.

des remises. Ainsi, leur sera par exemple opposable le retrait (avant l'assemblée concordataire) par un tiers de son engagement à se porter caution des offres du débiteur. Les créanciers ne pourraient en aucun cas poursuivre ce tiers en exécution de son engagement¹⁰¹³ ; ce qui pourrait constituer une incitation à la fraude.

B) L'acceptation collective et essentielle de l'assemblée concordataire

387. Le vote du concordat, lors de l'assemblée concordataire, constitue l'acceptation de l'offre de contracter du débiteur. Il a lieu après un rapport du syndic sur l'état du redressement judiciaire, les formalités qui ont été remplies, les opérations qui ont eu lieu, ainsi que sur les résultats obtenus pendant la durée de la continuation de l'activité. Est aussi présenté un état de situation mentionnant l'actif disponible ou réalisable, le passif chirographaire et celui garanti par une sûreté réelle spéciale ou un privilège général, ainsi que l'avis du syndic sur les propositions concordataires. Cet état est établi et arrêté au dernier jour du mois écoulé. Il faut noter la présence à l'assemblée concordataire, du représentant du ministère public. Celui-ci est entendu en ses conclusions orales et écrites¹⁰¹⁴. Contrairement à la loi française de 1967 qui interdisait le vote par correspondance, celui-ci est admis dans l'AUPC, ainsi que le vote par procuration. Il s'agit pour le législateur OHADA de favoriser une large participation au vote.

388. L'idée d'un concordat est en cohérence parfaite avec l'objectif de paiement des créanciers. Si le redressement doit être le moyen de parvenir à un meilleur paiement, il devrait être consenti par les créanciers chirographaires. On part de l'idée que ces derniers sont les plus exposés à la défaillance du débiteur et par conséquent, qu'ils sont les mieux placés pour apprécier l'offre du débiteur. C'est la raison pour laquelle le concordat dépend intrinsèquement de la décision des créanciers chirographaires, créanciers les plus vulnérables dans la masse. Cependant, cette idée n'est pas tout à fait celle du législateur de l'AUPC qui compte dans l'assemblée concordataire, les créanciers privilégiés (1). En outre, les majorités exigées pour les délibérations ne sont pas efficaces au regard de l'objectif recherché (2).

¹⁰¹³ Cass. com., 14 décembre 1976, préc.

¹⁰¹⁴ Art. 124 AUPC.

1) L'incohérence de la composition de l'assemblée concordataire vis-à-vis de l'atteinte de l'objectif de paiement

389. L'assemblée concordataire est convoquée par le président de la juridiction compétente sur saisine du juge commissaire. En France, sous l'empire de la loi de 1967, le droit de participer au vote était réservé aux créanciers chirographaires auxquels s'assimilaient les créanciers dont seulement le privilège ou l'hypothèque était contesté¹⁰¹⁵, ainsi que les titulaires de sûretés qui renonçaient à leurs privilèges ou sûretés réelles¹⁰¹⁶. Les créanciers titulaires d'une sûreté ou d'un privilège en étaient exclus. En droit de l'OHADA, l'AUPC élargit la catégorie des créanciers prenant part au vote du concordat.

Aux créanciers chirographaires (art. 122 al 1) et assimilés, c'est-à-dire les créanciers dont seulement la sûreté réelle est contestée (art. 123 al 3), l'assemblée concordataire inclut deux autres catégories de créanciers. D'une part, il s'agit des créanciers munis de sûretés réelles spéciales qui n'ont donné aucune suite aux consultations individuelles du débiteur. Ceux-ci peuvent prendre part au vote sans renoncer à leur sûreté, et consentir des délais et remises différents de ceux proposés par le débiteur. D'autre part, il s'agit des créanciers munis de privilèges généraux. Leur situation est énigmatique puisque l'AUPC ne fournit aucun éclairage à leur sujet. L'interprétation de l'article 134 qui rend le concordat obligatoire pour tous les créanciers antérieurs quelle que soit la nature de leurs créances —sauf à l'administration¹⁰¹⁷ et aux titulaires de sûretés réelles spéciales¹⁰¹⁸—, permet de déduire que les créanciers munis de privilèges généraux sont autorisés à prendre part aux délibérations de l'assemblée concordataire sans que cela n'entraîne la perte de leurs sûretés¹⁰¹⁹.

Cette innovation de l'AUPC par rapport à la loi de 1967 fausse la logique liée à l'institution du concordat. En effet, sous la loi de 1967 et sous le régime antérieur, le créancier privilégié (titulaires d'une sûreté réelle ou d'un privilège) qui prenait part au vote était censé, de manière irréfragable, renoncer à sa sûreté. En ouvrant le vote à ces créanciers sans renoncement à leurs sûretés, les délibérations de l'assemblée concordataire peuvent être dévoyées. En outre, se pose la question du sens à donner au vote de créanciers titulaires de sûretés réelles spéciales qui, dans le même temps, consentent des délais et

¹⁰¹⁵ Art. 67 al 3, Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967.

¹⁰¹⁶ Art. 66 al 3, du décret du 22 décembre 1967.

¹⁰¹⁷ En cas de disposition législative particulière interdisant à l'administration de consentir des remises ou des délais.

¹⁰¹⁸ Les créanciers bénéficiant de sûretés réelles spéciales ne sont obligés que par les délais et remises particuliers consentis par eux.

¹⁰¹⁹ F. M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 281.

remises différents de ceux proposés par le débiteur. Initialement, leur réponse à la consultation individuelle du débiteur s'analyse en une acceptation ou à une contre-proposition ne nécessitant pas une acceptation du débiteur¹⁰²⁰. Il serait incohérent que les titulaires de sûretés réelles puissent à la fois accorder des remises dans l'intérêt exclusif du débiteur, et consentir aux demandes de remises adressées (par le débiteur) aux créanciers chirographaires.

2- L'incohérence des délibérations de l'assemblée concordataire

a) Le calcul des majorités

390. Le concordat dans le droit de l'OHADA « *est voté par la majorité en nombre des créanciers¹⁰²¹ admis définitivement ou provisoirement représentant la moitié, au moins, du total des créances¹⁰²² »¹⁰²³. Le droit français sous le régime de 1967 disposait que : le concordat « *s'établit par le concours de la majorité en nombre des créanciers présents ou représentés, admis définitivement ou par provision, représentant les deux tiers au moins du montant total de leurs créances* ». Il était aussi entendu que « *les créances de ceux qui n'ont pas pris part au vote sont déduites pour le calcul des majorités, tant en nombre qu'en sommes* »¹⁰²⁴. Le rapprochement des deux législations permet de tirer quelques enseignements.*

On pourrait *a priori* noter un allègement de la majorité exigée en droit de l'OHADA par rapport à celle exigée dans le régime français de 1967. Il s'agit, pour une partie de la doctrine, de favoriser le vote du concordat¹⁰²⁵. Cette vision est cependant illusoire car en pratique, il sera plus difficile d'obtenir le vote du concordat en droit de l'OHADA, qu'avec la loi française de 1967. En effet, alors que les titulaires de sûretés réelles spéciales qui ont répondu aux offres concordataires¹⁰²⁶ ne sont pas pris en compte dans le calcul de la majorité en nombre, leurs créances le sont pour le calcul de la majorité en sommes. Ce qui en soi est incohérent, d'autant plus que l'issue du vote peut d'avance, dans certains cas, être déterminée à partir du total de ces créances détenues par les titulaires de sûretés réelles spéciales. Ce serait l'hypothèse lorsque ceux-ci, représentant 10% en

¹⁰²⁰ *Supra*, n° 386.

¹⁰²¹ Plus de 50%.

¹⁰²² Au moins 50%.

¹⁰²³ Art. 125 AUPC.

¹⁰²⁴ Art. 70 al 1 et 2, Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967.

¹⁰²⁵ F. M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 283.

¹⁰²⁶ Cette réponse fût-elle une acceptation, un refus, ou une contre-proposition aux sollicitations du débiteur (déclaration obligatoire de l'art. 120 AUPC).

nombre des créanciers, détiennent 56% de la majorité en sommes des créances. Bien qu'ils aient pu majoritairement accorder des remises et des délais importants au débiteur et en dépit du vote favorable en nombre de l'assemblée concordataire, le juge constatera la non-réunion des conditions d'adoption du concordat. Or, visiblement la majorité des créanciers, toutes catégories confondues, détenant la majorité des créances admises définitivement ou provisoirement ont consenti au projet de concordat.

On peut noter ensuite que le calcul des majorités dans l'AUPC est plus réaliste que celui de la loi française de 1967. En effet, cette dernière déduisait les absents ainsi que leur créance pour le calcul des majorités en nombre et en sommes. Aussi était-il concevable, sous l'empire de cette législation, qu'un concordat soit accepté par une majorité valable en droit mais ridicule en fait¹⁰²⁷. En droit de l'OHADA, une telle situation est évitée. En effet les créanciers chirographaires et ceux titulaires de sûretés réelles n'ayant pas donné de suite aux offres concordataires sont présumés accepter le concordat si, dûment appelés, ils ne participent pas à l'assemblée concordataire¹⁰²⁸. Ainsi, ces absents ne sont ni déduits pour le calcul des majorités, ni comptés dans le nombre des dissidents. Si le concordat est voté, c'est qu'il réunit nécessairement la majorité en nombre et au moins la moitié du total des créances. La présomption d'acceptation trouve essentiellement son sens dans le fait que le législateur accorde une importance capitale à la collaboration des créanciers. Le créancier dissident est donc tenu d'être présent à l'assemblée concordataire s'il veut faire entendre sa voix.

B) Le report sous huitaines

391. Si une seule des majorités est acquise, la délibération est continuée à huitaine pour tout délai et sans autre formalité. Mais l'article 125 dernier alinéa poursuit que « *les créanciers présents ou régulièrement représentés ayant signé le procès-verbal de la première assemblée, ne sont pas tenus d'assister à la seconde ; les résolutions par eux prises et les adhésions données restent définitivement acquises* ». La question se pose du sens à donner à la deuxième réunion. Faut-il en effet comprendre que le vote favorable ou dissident à la première réunion est définitivement acquis ? Dans l'affirmatif, l'obtention de la majorité manquante sera quasi impossible si le créancier n'a pas la possibilité de

¹⁰²⁷ Nooman M. K. GOMAA, « Le concordat », in *Faillites, op. cit.*, n° 9.

¹⁰²⁸ Le régime de 1967 ne présumait pas du silence des créanciers titulaires de sûretés réelles ou de privilèges, leur acceptation des offres concordataires. Ces créanciers subissaient néanmoins les délais et les remises du concordat lorsqu'ils ne souscrivent pas à l'avertissement du greffier d'avoir à faire connaître s'ils accordent au débiteur des délais ou des remises au cas où le concordat serait homologué.

modifier son vote dans un sens favorable au débiteur. La réunion est privée de son utilité même pour les créanciers absents à la première assemblée, dans la mesure où ceux-ci sont présumés accepter le concordat. Il s'agit sans doute de maladresse du législateur. *De lege ferenda*, l'esprit du report sous huitaine est de préserver la majorité obtenue lors du premier vote ; celle-ci est en quelque sorte définitivement acquise, même si elle est seule insuffisante pour l'adoption du concordat. Ainsi, le second vote ne concernerait que la majorité manquante. L'entre-deux assemblées a en réalité pour objet la poursuite des négociations. Jusqu'à l'obtention (à la deuxième assemblée) de la majorité manquante, les créanciers réfractaires doivent pouvoir évoluer dans leurs positions et adhérer à l'offre de concordat. Une révision de l'AUPC serait souhaitable sur les dispositions de l'article 125 afin de les rendre plus cohérentes et intelligibles.

Paragraphe 2- L'homologation du concordat : le respect de la volonté collective

392. L'obtention de la double majorité par les offres concordataires, fait du concordat un acte juridique obligatoire, en ce sens qu'il est définitif et irrévocable. Ni le débiteur, ni les créanciers ne peuvent retirer ou modifier leurs engagements. Cette force obligatoire du concordat n'a cependant qu'une portée limitée¹⁰²⁹ ; l'exécution du concordat n'est possible qu'après un contrôle judiciaire qui en principe ne peut le modifier (A). Exceptionnellement, le juge peut sous certaines conditions valider les offres du débiteur sans le consentement des créanciers (B).

A) Le respect de principe de la volonté de la masse et son intérêt collectif

393. L'homologation est la constatation judiciaire de l'acte voté par l'assemblée concordataire. L'acte concordataire lie donc le juge dont l'homologation vient se greffer à un acte juridique préexistant. Ainsi, une offre de concordat rejetée par les créanciers ne peut être homologuée ; c'est ici la reconnaissance, à l'assemblée des créanciers, d'un pouvoir souverain, un *veto insurmontable*¹⁰³⁰ qui défend au juge d'en apprécier la portée. Par ailleurs, lorsque l'offre du débiteur obtient les deux majorités requises, la juridiction compétente ne peut en modifier le contenu. Le concordat est intangible et le juge ne peut

¹⁰²⁹ Nooman M. K. GOMAA, « Le concordat », in *Faillites*, n° 13.

¹⁰³⁰ Fatoma THERA, *L'application et la réforme de l'acte uniforme de l'OHADA organisant les procédures collectives d'apurement du passif*, Thèse, Lyon 3, 2010, p. 237.

créer d'obligations en dehors de celles créées par les volontés individuelles. Le juge a seulement le pouvoir de refuser ou d'accorder en bloc l'homologation, selon les critères de l'article 127 alinéa 1 AUPC : « *La juridiction compétente n'accorde l'homologation du concordat que :*

1° si les conditions de validité du concordat sont réunies ;

2° si, aucun motif, tiré de l'intérêt collectif ou de l'ordre public, ne paraît de nature à empêcher le concordat ;

3° si le concordat offre des possibilités sérieuses de redressement de l'entreprise et de règlement du passif ;

4° si, en cas de redressement judiciaire d'une personne morale, la direction de celle-ci n'est plus assurée par les dirigeants dont le remplacement a été proposé dans les offres concordataires ou par le syndic ou contre lesquels ont été prononcées, soit la faillite personnelle, soit l'interdiction de diriger, gérer ou administrer une entreprise commerciale ».

394. Le juge n'aurait donc qu'un pouvoir de contrôle. Les conditions de l'article 127 alinéa 1 sont à l'évidence assez claires sauf peut-être celles qui évoquent l'intérêt collectif et l'ordre public. Le législateur n'en donne pas de définition, mais le rapprochement de ces critères avec ceux de l'article 72 de la loi française du 13 juillet 1967 permet d'en mesurer la portée. L'article 72 disposait en effet que le tribunal n'accorde l'homologation que :

« 1. si les conditions de validité du concordat sont réunies ;

2. si, aucun motif, tiré de l'intérêt public, ne paraît de nature à empêcher le concordat ;

3. si les offres faites conformément à l'article 68 font du concordat voté un concordat sérieux ;

4. si, en cas de règlement judiciaire d'une personne morale, la direction de celle-ci n'est plus assurée par les dirigeants contre lesquels ont été prononcées, soit la faillite personnelle, soit l'interdiction de diriger, gérer ou administrer une entreprise commerciale ».

Les conditions de l'homologation sont quasi identiques dans les deux législations. Toutefois, dans le mimétisme juridique, le législateur de l'AUPC a quelque peu modifié ou précisé, selon son entendement, le texte de référence [c'est-à-dire l'article 72 français].

395. D'une part, à la notion d'« *intérêt public* » prévue dans la loi française, l'AUPC lui substitue « *l'intérêt collectif et l'ordre public* ». Si les critères des notions d'« intérêt public et intérêt collectif » peuvent converger parce que faisant appel à la notion plus large d'« intérêt général », leur nuance permet de préciser l'intention du législateur de l'OHADA. L'intérêt public désigne sur un plan organique l'intérêt supérieur d'une institution que ce soit une institution étatique (pouvoir législatif, exécutif ou administratif) ou une institution communautaire¹⁰³¹. Ainsi, le juge français pouvait sous l'empire de la loi de 1967, prendre en considération l'intérêt de la région où l'entreprise se trouve implantée¹⁰³² pour homologuer ou refuser le concordat. L'intérêt public appartient à la sphère publique. En revanche l'intérêt collectif, tout comme l'intérêt individuel, constitue un intérêt privé parce qu'il appartient à la sphère privée. C'est l'intérêt des groupements collectifs ayant ou non la personnalité morale¹⁰³³. Cet intérêt ne se réduit pas à la somme des intérêts individuels de ses membres. Elle est, en droit de l'OHADA, l'intérêt de la masse¹⁰³⁴. L'acte uniforme rappelle d'ailleurs utilement à l'article 118 alinéa 1 que l'intérêt collectif est bien celui des créanciers¹⁰³⁵.

Ces observations révèlent une fois de plus le caractère privé des procédures collectives instituées par l'AUPC. Aucune référence n'est faite, pour l'homologation du concordat, à un intérêt national encore moins à l'intérêt d'une collectivité locale. La mission de contrôle du juge en droit de l'OHADA est limitée à l'intérêt particulier des parties au conflit. Le juge doit prendre en considération l'intérêt de l'ensemble des créanciers y compris les absents aux assemblées concordataires.

S'agissant de la conformité à « l'ordre public », cette exigence est superflue car elle n'est pas le propre du concordat mais de toutes conventions. Elle découle de l'article 6 du Code civil qui interdit toute dérogation, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public. La précision du législateur n'était donc pas nécessaire.

396. D'autre part, la notion de « *concordat sérieux* » consacrée par la loi de 1967 est précisée dans l'AUPC. Dans ce dernier, le concordat doit offrir des « *possibilités sérieuses*

¹⁰³¹ Mustapha MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, op. cit., n° 40.

¹⁰³² Nooman M. K. GOMAA, « Le concordat », in *Faillites*, op. cit., n° 15.

¹⁰³³ Mustapha MEKKI, op. cit., n° 42.

¹⁰³⁴ V. supra, n° 65.

¹⁰³⁵ Art. 118 al 1 : « *Les tiers, créanciers ou non, qui, par leurs agissements fautifs, ont contribué à retarder la cessation des paiements ou à diminuer l'actif ou à aggraver le passif du débiteur peuvent être condamnés à réparer le préjudice subi par la masse sur action du syndic agissant dans l'intérêt collectif des créanciers* ».

de redressement de l'entreprise et de règlement du passif». Autrement dit, pour le législateur de l'OHADA, le concordat n'est concevable que lorsque l'objectif de restructuration de l'entreprise est sanctionné par un paiement des créanciers.

397. En somme, l'homologation consiste en une mission de contrôle en vue d'assurer la légalité de l'acte juridique collectif. La juridiction compétente est liée par la décision collective des créanciers et doit —mis à part le respect de la légalité— l'homologuer sauf si l'intérêt collectif lui impose un refus. Cette hypothèse est surtout le cas où le concordat est voté par une majorité fictive, dans la mesure où l'acceptation des absents est présumée. L'intérêt collectif de la masse s'assimilant à un « *intérêt majoritaire* »¹⁰³⁶, le jeu de la présomption d'approbation des créanciers absents peut fausser la réalité de cet intérêt collectif.

Dans le cas où l'homologation est refusée, le redressement judiciaire est converti en liquidation des biens. Cette décision de la juridiction compétente ne peut faire l'objet que d'un appel formé dans les quinze jours par le représentant du Ministère Public ou le débiteur¹⁰³⁷. En cas d'homologation, l'acte concordataire aura une force obligatoire parfaite. Ce jugement ne peut faire l'objet que d'un appel formé dans les quinze jours par le représentant du Ministère Public uniquement¹⁰³⁸.

B) Le contournement exceptionnel de la volonté des créanciers : l'homologation sans vote concordataire

398. Aux termes de l'article 122 alinéa 3 de l'AUPC, dans le cas où la proposition de concordat de redressement ne comporte aucune demande de remise ni des demandes de délai excédant deux ans, « *il n'y a pas lieu à convocation de l'assemblée concordataire* ». Cette convocation n'a pas lieu même si d'autres mesures juridiques, techniques et financières sont proposées. L'article 122 alinéa 3 est complété par l'article 127 alinéa 4 qui dispose que « *la juridiction compétente peut prononcer l'homologation* » après avoir reçu communication des rapports du syndic et du Juge-commissaire et entendu les contrôleurs, s'il en a été nommé, en leurs observations sans que les créanciers soient appelés à voter. Le représentant du ministère public est également entendu.

¹⁰³⁶ V. *supra*, n° 65.

¹⁰³⁷ Art. 129 al 1 AUPC.

¹⁰³⁸ Art. 129 al 2 AUPC.

En effet, si l'article 127 alinéa 4 n'invoque qu'une simple faculté pour le juge, l'article 122 alinéa 3 rend impérative l'homologation puisqu'il exclut toute convocation de l'assemblée concordataire. À notre sens, la lecture combinée des deux dispositions impose à la juridiction compétente d'homologuer d'office l'offre de concordat qui ne comporte que des délais de paiement n'excédant pas deux ans. On est bien loin du schéma contractuel du concordat. Il n'y a pas ici d'accord de volontés préalable à l'homologation et s'imposant à celle-ci. La rigidité du texte n'offre pas au juge des possibilités d'apprécier l'ensemble de toutes les offres concordataires. Or, le sérieux d'une offre de concordat ne saurait uniquement se mesurer au fait qu'elle n'envisage ni remises, ni délais de paiement excédant deux ans. Une souplesse du législateur serait mieux indiquée afin de permettre une appréciation en opportunité avant l'homologation.

Cette omnipotence du juge est du reste suspecte pour une législation tant soucieuse du paiement des créanciers. Un examen plus attentif fait cependant relativiser le propos. D'abord, l'hypothèse à notre sens ne concerne que de petites entreprises ou des situations dans lesquelles les difficultés de l'entreprise ne sont pas très importantes. Ensuite, il faut noter que le mécanisme n'est pas inconnu des catégories juridiques. En effet, sans se laisser abuser par la terminologie et les considérations inadéquates du législateur de l'OHADA¹⁰³⁹, on remarque que l'homologation sans vote concordataire présente des traits de délais de grâce judiciaire prévus à l'article 1244 du Code civil¹⁰⁴⁰. En matière de paiement, le juge civil peut dans la limite de deux années, reporter ou échelonner le paiement des sommes dues en considérant les besoins du créancier et en tenant compte de la situation du débiteur. Il s'ensuit par analogie que le juge OHADA, en homologuant les offres concordataires sans vote de la masse, ne ferait qu'appliquer aux procédures collectives un pouvoir consacré au juge en droit commun.

¹⁰³⁹ Dans l'idée de l'AUPC, le concordat de redressement est homologué sans vote de l'assemblée concordataire (art. 127 al 4). Or en réalité, c'est bien l'offre de concordat du débiteur qui est homologué (mais non le concordat). Une offre sans vote ne peut aboutir à un concordat par le simple fait de l'homologation. « *On peut concevoir un concordat sans homologation et non pas le contraire* » : Nooman M. K. GOMAA, « Le concordat », in *Faillites, op. cit.*, n° 21.

¹⁰⁴⁰ Art. 1244-1 du Code civil français issu de la modification de l'article 83 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991.

SECTION 2- LE PRINCIPE D'UNE SOLUTION JURIDICTIONNELLE EN DROIT FRANÇAIS : LE PLAN

399. La réforme issue des lois du 1^{er} mars 1984 et du 25 janvier 1985 a connue l'irruption massive de l'intérêt général dans les procédures collectives. Ce *foisonnement* de l'intérêt général au détriment de la liberté contractuelle est à l'origine du phénomène de publicisation du droit des procédures collectives¹⁰⁴¹. Le phénomène se manifeste d'une part dans la « *déjuridicisation* »¹⁰⁴² de la procédure, c'est-à-dire la soustraction du sort de l'entreprise à l'acte juridique collectif du concordat. Il se manifeste d'autre part et essentiellement dans la « *judiciarisation* »¹⁰⁴³ de la procédure, en d'autres termes la réalisation judiciaire du traitement de la défaillance du débiteur. Le rôle du tribunal s'en trouve principalement accru puisque le pouvoir de sceller le sort de l'entreprise est désormais de sa mission. Le législateur confie directement au juge le soin d'apprécier l'opportunité d'une solution à partir de directives, dont les finalités lui imposent de prendre parti¹⁰⁴⁴. L'État par l'intermédiaire des tribunaux, joue le rôle de régulateur indirect de l'activité économique¹⁰⁴⁵. Le caractère judiciaire s'accompagne d'un accroissement du rôle du ministère public, ouvrant aussi la voie à une intervention de l'administration.

La réforme issue de la loi du 26 juillet 2005 maintient ces grands principes posés par les lois du 1^{er} mars 1984 et du 25 janvier 1985, mais va quelque peu revaloriser le rôle des créanciers dans le processus d'adoption du projet de solution. Elle rétablit, à l'instar du droit antérieur à 1985, les assemblées de créanciers dans les procédures de sauvetage judiciaire des entreprises importantes¹⁰⁴⁶. Elle dispose respectivement en ses articles 12 et 45, que les procédures de sauvegarde et de redressement donnent lieu « à un *plan arrêté par jugement à l'issue d'une période d'observation et, le cas échéant, à la constitution de deux comités de créanciers* »¹⁰⁴⁷. En cas de constitution des comités de créanciers, une grande liberté de négocier est laissée aux parties dans la mesure où aucune condition n'est

¹⁰⁴¹ Olivier TIQUANT, *La contractualisation des procédures collectives*, *op. cit.*, p.18.

¹⁰⁴² Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e éd., *op. cit.*, n° 47.

¹⁰⁴³ *Ibid.*, n° 49.

¹⁰⁴⁴ Sébastien NEUVILLE, *le plan en droit privé*, *op. cit.*, n° 145, spéc. p. 141-142.

¹⁰⁴⁵ *Ibid.*, n° 66, p. 69-70.

¹⁰⁴⁶ Pour bénéficier de la réunion de comités de créanciers, l'entreprise doit dépasser certains seuils en nombre de salariés et en chiffre d'affaire.

¹⁰⁴⁷ Art. 12 et 88 de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 (respectivement art. 620-1 et 631-1 du Code de commerce).

fixée *a priori* pour les remises ou les délais pouvant être prévus dans le plan. Pour autant, cette solution ne met pas le tribunal dans une situation où il se contente d'avaliser un ensemble d'engagements réunis par l'administrateur. Si le plan intègre des actes juridiques résultant de volontés individuelles¹⁰⁴⁸, il correspond avant tout à un acte juridictionnel¹⁰⁴⁹ dans la forme. L'arrêt du plan est donc en principe une décision qui n'appartient qu'au tribunal (**paragraphe 2**) même si la présence de comités de créanciers accentue son caractère négocié (**paragraphe 1**).

Paragraphe 1- Le plan impliquant la réunion d'assemblées de créanciers antérieurs : le renforcement de l'aspect volontaire

400. La réintroduction des assemblées de créanciers dans les solutions des procédures collectives de sauvegarde et de redressement judiciaire vise à favoriser une discussion collective entre le débiteur et ses principaux créanciers ; l'idée étant d'aboutir à l'adoption, sous contrôle judiciaire, d'un projet de plan par la majorité de ces créanciers. On y reconnaît quelques traits de la masse dans le vote concordataire qui a pu exister dans la procédure du règlement judiciaire de la loi du 13 juillet 1967, et qui existe encore en droit de l'OHADA. En droit positif français, les assemblées de créanciers sont au nombre de trois à savoir, principalement, le comité des établissements de crédit et le comité des principaux fournisseurs de biens et services, auxquels peut s'ajouter le cas échéant l'assemblée générale des obligataires. Ces différentes assemblées votent en toute liberté les propositions de plan du débiteur. Une telle consultation des créanciers, proche —mais sans s'identifier— d'un contrat collectif (**A**), se distingue toutefois du concordat car elle ne jouit pas d'un pouvoir souverain sur le sort de l'entreprise (**B**).

A) Une source d'obligations procédant de volontés individuelles

401. A l'instar du concordat, le plan impliquant la réunion d'assemblées des principaux créanciers antérieurs procède de la totale liberté de négociation des parties. Cette

¹⁰⁴⁸ Ces volontés peuvent résulter d'engagements du débiteur, les garanties constituées par lui, les offres de concours ou d'acquisition présentées par des tiers. Elles peuvent aussi résulter d'accords tels que les accords donnés par les créanciers pour le règlement du passif, l'accord des associés pour augmenter le capital social ou pour le souscrire.

¹⁰⁴⁹ Paul Le CANNU, Jean-Michel LUCHEUX, Michel PITRON, Jean-Pierre SÉNÉCHAL, *Entreprises en difficulté*, éd., GNL JOLY, Paris, 1994, spéc. n° 871.

négociation qui échappe à l'intervention judiciaire (1) est collective, ce qui signifie que le vote majoritaire engage l'ensemble des membres des assemblées (2).

1) La non-soumission des assemblées aux contraintes légales et au pouvoir contraignant du juge

402. Contrairement au plan ordinaire très légalement encadré et tolérant des incursions du tribunal, le plan arrêté après réunion d'assemblées de créanciers antérieurs est très marqué par son caractère volontaire. Déjà, le projet du plan connaît la participation des créanciers membres des comités, qui peuvent soumettre au débiteur et à l'administrateur des propositions en vue de son élaboration¹⁰⁵⁰. Les comités de créanciers ont donc toute liberté pour définir le contenu du plan et pour en négocier les dispositions avec le débiteur. Les assemblées de créanciers peuvent accorder des délais de paiement et des remises facilitant le plan. L'administrateur ou le dirigeant peuvent aussi proposer des conversions de créances en titres donnant ou pouvant donner accès au capital, lorsque le débiteur est une société par actions dont tous les actionnaires ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports. Le projet de plan peut établir « *un traitement différencié entre les créanciers si les différences de situation le justifient* » ; ce qui constitue un abandon du principe de l'égalité des créanciers, en la faveur du vote majoritaire. Le projet prend en compte les accords de subordination entre créanciers conclus avant l'ouverture de la procédure¹⁰⁵¹.

Dans cet esprit libéral, le plan adopté par les assemblées de créanciers échappe aux dispositions qui limitent d'ordinaire la durée du plan à dix ans, et qui imposent des modalités de paiement à savoir une période de franchise d'un an ainsi que des annuités minimales¹⁰⁵². Outre le fait que le tribunal ne peut pas imposer des délais, il ne peut non plus modifier, même par allègement, le contenu du projet voté par les créanciers. Le principe de cette intangibilité, comme en matière de concordat, confère indéniablement un aspect contractuel au plan soumis aux assemblées de créanciers.

¹⁰⁵⁰ Art. L 626-30-2 al 1 Code de commerce (art. 66 ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008).

¹⁰⁵¹ Art. 58-I-4° loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010 pour le vote des comités de créanciers, et art. 28-I-1°, loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 pour le vote de l'assemblée des obligataires.

¹⁰⁵² Art. L626-30-2 al 2 Code de commerce modifié par l'art. 58-I-4° de la loi n° 2010-1249 du 22 octobre 2010.

2) *Le vote majoritaire : l'aboutissement d'un accord collectif*

403. Après négociation entre le débiteur, l'administrateur et chacun des deux comités, le cas échéant avec l'assemblée générale des obligataires, ceux-ci vont pouvoir statuer séparément sur le projet de plan.

Tout d'abord, les deux comités se prononcent chacun sur le projet, amendé le cas échéant par le débiteur, dans un délai de vingt à trente jours suivant la transmission des propositions. À la demande du débiteur ou de l'administrateur, le juge-commissaire peut augmenter ou réduire ce délai qui ne peut toutefois être inférieur à quinze jours. Le vote a lieu à « *la majorité des deux tiers du montant des créances détenues par les membres ayant exprimé un vote, tel qu'il a été indiqué par le débiteur et certifié par son ou ses commissaire aux comptes ou, lorsqu'il n'en a pas été désigné, établi par son expert-comptable* »¹⁰⁵³. On remarque qu'à la différence du concordat en droit de l'OHADA, il est exigé en droit français une seule majorité, celle relative au montant des créances. Cette majorité des deux tiers des votes exprimés est en outre plus élevée que celle exigée pour le vote du concordat en droit de l'OHADA¹⁰⁵⁴. Il en résulte que la majorité en nombre qui favorise les petits créanciers et les trafics de créances disparaît, de même que le risque d'avoir à une majorité fictive (les absences ne sont pas présumées être des votes positifs ou négatifs).

Ensuite et seulement dans le cas où les deux comités ont voté en faveur du projet de plan, il est convoqué, le cas échéant, l'assemblée générale des créanciers obligataires. Cette assemblée est appelée afin de délibérer sur le projet adopté. Elle statue spécialement sur le traitement des créances obligataires avec le même éventail de mesures de restructuration que les comités. Les conditions de majorité sont aussi les mêmes, « *nonobstant toute clause contraire et indépendamment de la loi applicable au contrat d'émission* »¹⁰⁵⁵. De la sorte, l'assemblée générale des créanciers obligataires constitue un troisième comité en retrait cependant par rapport aux *deux comités officiels*¹⁰⁵⁶.

Le projet de plan adopté par les deux comités et le cas échéant l'assemblée générale des obligataires s'impose au tribunal qui, en principe, doit arrêter le plan. Toute modification ultérieure substantielle dans les objectifs ou les moyens du plan ainsi arrêté

¹⁰⁵³ Art. L 626-30-2 al 4 Code de commerce (art. 66 ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008).

¹⁰⁵⁴ Pour la comparaison avec le concordat, v. *supra*, n° 390.

¹⁰⁵⁵ Art. L 626-32 al 3 Code de commerce (art. 68 ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008).

¹⁰⁵⁶ Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement, op. cit.*, n° 340-1.

doit obéir à un parallélisme des formes ; c'est-à-dire qu'une telle modification ne peut intervenir qu'à la suite d'un nouveau vote des comités des créanciers et de l'assemblée générale des obligataires, mais non au gré du tribunal. Ce qui fait dire que les comités sont « *l'instrument d'une certaine contractualisation du plan* »¹⁰⁵⁷.

Au-delà de ce mode particulier de consultation collective des créanciers, l'adoption du plan reste judiciaire. De même, si les propositions acceptées par chacune des assemblées n'engagent que leurs seuls membres, les effets du plan quant au règlement des autres créances sont également arrêtés par le tribunal. Ce qui réduit fortement la composante contractuelle du plan.

B) Une source volitionnelle limitée et sans véritable pouvoir souverain

404. La contractualisation dans le plan comportant réunion d'assemblées de créanciers connaît de grandes limites qui entament fortement sa composante contractuelle. Ces limites tiennent d'une part aux conditions de leur mise en place et à la composition des comités (1) d'autre part à l'intervention du tribunal qui du reste n'est pas lié par le résultat de leur vote (2).

1) L'atténuation de l'aspect volontaire du plan impliquant une réunion d'assemblées de créanciers

405. La portée contractuelle limitée des assemblées de créanciers en droit français tient au fait qu'elles ne concernent qu'un petit nombre de débiteurs c'est-à-dire les plus grandes entreprises, et au fait que tous les créanciers n'y participent pas.

En effet, l'adoption du plan par constitution d'assemblées de créanciers n'est obligatoire que lorsque le débiteur réuni certaines conditions. Aux termes de l'article L 626-29¹⁰⁵⁸ les comptes du débiteur doivent avoir été certifiés par un commissaire aux comptes ou établis par un expert-comptable. Le débiteur doit en outre avoir un nombre de salariés ou un chiffre d'affaire respectivement supérieur à 150 salariés et 20 millions d'euro¹⁰⁵⁹. À l'évidence, peu de débiteurs remplissent ces seuils élevés. La procédure est donc réservée à une minorité d'entreprises, même si le juge-commissaire peut autoriser la constitution de comités en deçà des seuils requis, à la condition dans ce cas, que les comptes soient certifiés et que le débiteur ou l'administrateur en fasse la demande.

¹⁰⁵⁷ *Ibid.*, n° 343-1.

¹⁰⁵⁸ Art. 83 de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005.

¹⁰⁵⁹ Art. R 626-52 Code de commerce (art. 162 décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005).

406. Lorsque les conditions relatives à l'entreprise sont remplies, seuls quelques créanciers antérieurs parmi les plus importants ou les plus solides peuvent participer aux comités. S'agissant du comité des établissements de crédit, sont membres de droit « *les établissements de crédit et ceux assimilés, ainsi que tous les titulaires d'une créance acquise auprès de ceux-ci ou d'un fournisseur de biens ou de services* »¹⁰⁶⁰. Concrètement, tout cessionnaire d'une créance antérieure sur le débiteur est membre de droit du comité des établissements de crédit, peu important le procédé d'acquisition¹⁰⁶¹. Une sorte de droit de suite sur la créance est ainsi consacré ; ce que reprend l'article L 626-30-1 al 1 Code de commerce : « *l'obligation ou, le cas échéant, la faculté de faire partie d'un comité constitue un accessoire de la créance née antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure et se transmet de plein droit à ses titulaires successifs nonobstant toute clause contraire* »¹⁰⁶². Le transfert doit cependant être porté à la connaissance de l'administrateur par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Si la qualité de membre du comité des établissements de crédit est indépendante du volume et de la source de la créance, il n'en est pas ainsi pour le comité des principaux fournisseurs de biens et de services. N'en sont membres de droit que les fournisseurs de biens ou de services dont la créance représente plus de 3% du total des créances des fournisseurs.

S'agissant enfin de l'assemblée générale des obligataires, elle est constituée par l'ensemble des créanciers titulaires d'obligations émises en France ou à l'étranger. Les créanciers obligataires sont convoqués afin de délibérer sur le projet de plan en une assemblée unique et mondiale, par dérogation aux règles du droit des sociétés¹⁰⁶³.

407. La non-prise en compte de tous les créanciers antérieurs dans la constitution des comités de créanciers limite la portée contractuelle des obligations du plan. En effet outre ceux qui ne remplissent pas les conditions pour en être membres, certains créanciers sont expressément exclus de la participation aux comités. Ainsi en est-il des collectivités territoriales et de leurs établissements publics lorsque ceux-ci ont la qualité de fournisseurs, des salariés du débiteur, des créanciers bénéficiaires d'une fiducie-sûreté

¹⁰⁶⁰ Art. L 626-30 Code de commerce (issu de l'art. 65 ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008).

¹⁰⁶¹ Cela entraîne logiquement que le comité des principaux fournisseurs de biens et de services soit essentiellement constitué de créanciers originaires dont la créance n'a jamais circulée. Cette démarche du législateur semble judicieuse puisque les fournisseurs de biens et de services ont une vision économique, industrielle, et commerciale de la situation du débiteur, par opposition à la vision financière des membres du comité des établissements de crédit : en ce sens v. Françoise PÉROCHON, *op. cit.*, n° 340.

¹⁰⁶² Art. 66 ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008.

¹⁰⁶³ Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *op. cit.*, n° 340-1.

mais seulement pour la partie de leurs créances garanties par cette sûreté. Sont également exclus les créanciers pour lesquels le projet de plan ne prévoit pas de modification des modalités de paiement, ou prévoit un paiement intégral en numéraire dès l'arrêté du plan ou dès l'admission de leurs créances¹⁰⁶⁴.

Les dispositions du plan relatives à tous ces créanciers échappent au vote des assemblées. Elles leur sont judiciairement imposées en cas de refus des propositions individuelles du débiteur. L'omnipotence du juge en droit français semble donc insurmontable. Ce qui à tous égards accentue la divergence du plan et du concordat en droit de l'OHADA.

2) L'autorité in fine du tribunal

408. Le tribunal en droit français, contrairement au droit de l'OHADA, n'est pas lié par l'issue du vote des comités de créanciers. La *résurrection* des assemblées de créanciers et leur étroite implication dans la procédure en France n'a donc pas conféré à celles-ci un droit de vie ou de mort sur l'entreprise du débiteur. Leur vote favorable ou défavorable au projet de plan ne s'impose aucunement au juge qui peut s'en affranchir.

Le tribunal peut ainsi passer outre l'approbation des créanciers. Lorsque le projet de plan est voté par les deux comités et l'assemblée des obligataires dans les délais impartis par la loi, le tribunal doit en principe arrêter le plan sans pouvoir en modifier le contenu. Cependant, il bénéficie d'un pouvoir d'appréciation qui lui permet de rejeter le plan ainsi voté. Certes ce pouvoir de contrôle est théoriquement très encadré mais est réel et déterminant. Le tribunal peut refuser d'arrêter le plan en se fondant sur la protection insuffisante des intérêts des créanciers minoritaires membres des comités ou des autres créanciers dont le vote des comités peut affecter indirectement. Les créanciers minoritaires doivent être protégés contre un abus de majorité. Le tribunal peut aussi refuser d'entériner le projet voté lorsqu'une modification de capital, prévue dans le projet, n'est pas régulièrement votée par les assemblées compétentes.

En sens inverse, et toujours contrairement au droit de l'OHADA, le veto des assemblées de créanciers en droit positif français n'est pas insurmontable. Le rejet du projet de plan peut être outrepassé par le tribunal. En l'absence de vote positif de l'un ou l'autre des comités et le cas échéant, de l'assemblée des obligataires, ou en l'absence de

¹⁰⁶⁴ Ces créanciers ne peuvent être membres de comités pour la simple raison qu'ils ne peuvent pas prendre part au vote.

vote à l'issue d'un délai de six mois à compter du jugement d'ouverture de la procédure, la préparation du plan est poursuivie dans les conditions du droit commun¹⁰⁶⁵. Les règles habituelles retrouvent leur vigueur avec la consultation individuelle de tous les créanciers et l'imposition judiciaire de délais en cas de refus des propositions du débiteur.

Le vote positif des comités et de l'assemblée générale des obligataires n'est donc pas une condition indispensable à l'arrêt du plan, de même que l'échec de la méthode conventionnelle ne scelle pas son échec. Le dernier mot revient au tribunal qui est érigé en défenseur d'un ordre économique conçu par le législateur.

Paragraphe 2- Le principe de l'arrêté judiciaire du plan : le dépassement des volontés individuelles

409. Le plan élaboré sans constitution de comités de créanciers est le cas le plus fréquent en pratique, notamment pour les petites et moyennes entreprises. La solution des procédures collectives est une prérogative du tribunal qui jouit en droit français de pouvoirs très importants par rapport à ceux de la juridiction qui homologue le concordat en droit de l'OHADA. Ces pouvoirs exorbitants du juge français sont imposés par la finalité que poursuivent les procédures judiciaires : permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi, et l'apurement du passif¹⁰⁶⁶. Une telle hiérarchisation des objectifs, selon l'entendement du législateur, ne saurait être suivie d'effets si elle est laissée aux soins du débiteur et des créanciers. Une autorité s'avère donc nécessaire pour en garantir l'effectivité, et l'autorité judiciaire est désignée pour la cause. Ainsi, même si le plan est dans quelques aspects l'aboutissement d'une négociation avec les créanciers et un certain nombre de tiers (établissements de crédit nouveaux associés...) qui participeront à son exécution, il reste avant tout un acte juridictionnel (**A**). Le tribunal a par ailleurs le pouvoir d'intervenir dans la gestion même de l'entreprise soumise aux procédures (**B**).

A) La prise en compte et le dépassement des volontés individuelles

410. Après élaboration et négociation, le plan est arrêté par le tribunal si le projet permet l'atteinte des objectifs définis par le législateur, c'est-à-dire, lorsqu'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée ou redressée. Le plan considère et intègre

¹⁰⁶⁵ Art. L 626-34 Code de commerce (art. 47, ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014).

¹⁰⁶⁶ Art. 620-1 et art. 631-1 du Code de commerce respectivement pour la sauvegarde et pour le redressement judiciaire.

donc les manifestations de volonté issues des négociations avec les créanciers. Cette prise en compte des volontés individuelles réside tant dans la situation où le juge est tenu de recueillir une manifestation de volonté, que dans celle où il est tenu par l'objet de cette volonté.

La mandataire judiciaire doit ainsi, en l'absence de comités, procéder à une consultation des créanciers¹⁰⁶⁷ sur les propositions de règlement des dettes. Ne sont pas consultés 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 la créance¹⁰⁶⁸. La consultation, s'adressant individuellement à chaque créancier, demeure la procédure de droit commun qu'il s'agisse de délais de paiement, de remises ou de conversions en titres donnant ou pouvant donner accès au capital. Elle est obligatoire et doit, à peine de nullité du jugement, avoir lieu en principe dans tous les cas où est présenté un projet de plan¹⁰⁶⁹.

Le mandataire judiciaire doit en outre, en cas de vente d'un bien grevé d'un privilège, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque, requérir l'accord du créancier titulaire de la sûreté afin de pouvoir lui substituer une autre garantie¹⁰⁷⁰.

Les consultations ne se limitent pas par ailleurs qu'aux créanciers. Elles concernent aussi les associés d'une personne morale, s'agissant de mesures envisagées en vue de favoriser sa réorganisation, notamment la modification du capital. Ces mesures relèvent exclusivement du pouvoir des associés, et en aucun cas le tribunal ou l'administrateur ne peut les imposer. De ce fait, il est prévu la convocation de l'assemblée générale extraordinaire ou de l'assemblée des associés ainsi que, lorsque leur approbation est nécessaire, des assemblées spéciales¹⁰⁷¹.

La sécurité juridique des personnes qui s'engagent pour la sauvegarde ou le redressement du débiteur est assurée par l'interdiction faite au tribunal de leur imposer, même s'il s'agit d'associés de la personne morale débitrice, des charges autres que les engagements qu'elles ont souscrits au cours de la préparation du plan¹⁰⁷².

¹⁰⁶⁷ Il s'agit des créanciers antérieurs et assimilés (ces derniers sont les titulaires de créance postérieures régulières qui ne sont pas nées pour les besoins de la procédure au sens large et qui doivent être déclarées).

¹⁰⁶⁸ Art. L 626-5 du Code de commerce *op. cit.*

¹⁰⁶⁹ Analyse posée sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985, et transposable au plan de sauvegarde ou de redressement issu de la réforme de 2005 : Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *op. cit.*, n° 335.

¹⁰⁷⁰ Art. L 626-22 al 3 du Code de commerce *a contrario*.

¹⁰⁷¹ Art. L 626-3 al 1 du Code de commerce (art. 61 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005).

¹⁰⁷² Art. L 626-10 al 3 du Code de commerce (ancien art. L 621-63).

411. Au-delà de ces aspects du plan trouvant leur source dans la volonté individuelle, nombreuses sont les hypothèses où le juge français écarte la volonté exprimée. En effet, aux créanciers qui ont accepté des délais et remises au débiteur, le tribunal peut modifier l'effort consenti mais uniquement dans le sens de l'allègement. Les délais et remises peuvent donc être réduits¹⁰⁷³. Aux créanciers qui expressément ont refusé les offres de règlement du passif à la suite de la consultation individuelle, le tribunal leur impose des délais de paiement pouvant atteindre une décennie¹⁰⁷⁴. Les délais ne doivent pas en effet excéder la durée du plan qui peut aller jusqu'à dix ans et même quinze ans pour les agriculteurs¹⁰⁷⁵. Le tribunal impose des délais uniformes sous réserve des délais conventionnels stipulés avant l'ouverture de la procédure, et supérieurs à la durée du plan¹⁰⁷⁶. S'il n'est pas permis théoriquement au tribunal d'accorder des remises de dettes, l'imposition de délais aussi longs aboutit en termes financiers à une réduction de la créance. Le principe de l'exclusion de toute remise de dette d'origine judiciaire, absolu dans le système concordataire, est donc relativiser en pratique dans le système de planification. Le plan en droit français peut d'ailleurs, au gré du tribunal, comporter un choix pour les créanciers de se faire payer uniformément dans de plus brefs délais, en contrepartie d'une réduction proportionnelle du montant de la créance¹⁰⁷⁷.

Le consentement des créanciers peut également être outrepassé en cas de désaccord pour une substitution de sa garantie. En cas de vente du bien grevé d'un privilège spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque, il est possible de libérer ce bien en substituant, au profit du créancier bénéficiaire, une autre garantie présentant des avantages équivalents. Il s'agit de permettre au débiteur d'améliorer sa trésorerie en disposant de la totalité du prix, au lieu de procéder au désintéressement du créancier (paiement anticipé). Lorsque le créancier s'oppose à cette substitution de garantie, le tribunal peut la lui imposer dans le jugement adoptant le plan¹⁰⁷⁸ sans qu'il ne puisse faire appel de la décision¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷³ Art. L 626-18 al 1 du Code de commerce.

¹⁰⁷⁴ Art. L 626-18 al 4 et 6 du Code de commerce.

¹⁰⁷⁵ Art. L 626-12 du Code de commerce (art. 68 loi 2005-845 du 26 juillet 2005).

¹⁰⁷⁶ Le tribunal ordonne le maintien de ces délais pour se conformer aux délais contractuels (art. L 626-18 al 3 du Code de commerce). Il est ici important de souligner que ce respect du contrat s'explique par le fait que les volontés exprimées ne constituent pas un obstacle au redressement de l'entreprise.

¹⁰⁷⁷ Art. L 626-19 du Code de commerce *op. cit.*

¹⁰⁷⁸ Art. L 626-22 al 3 du Code de commerce (ancien article L 621-80).

¹⁰⁷⁹ Art. L 661-1, I, 6° du Code de commerce.

Le tribunal, s'il ne peut imposer aux associés ou actionnaires les modifications statutaires mentionnées dans le plan, peut néanmoins en faciliter l'adoption. Il peut en effet décider quel que soient les dispositions statutaires, « *que l'assemblée compétente statuera sur première convocation, à la majorité des voix dont disposent les associés ou actionnaires présents ou représentés dès lors que ceux-ci possèdent au moins la moitié des parts ou actions ayant le droit de vote* »¹⁰⁸⁰.

412. Enfin, notons que l'obligation faite de consulter les différents acteurs du conflit n'a, dans la plupart des cas, qu'une portée informative pour le tribunal. Suivant l'article L 626-9 du Code de commerce¹⁰⁸¹, le plan n'est arrêté par le tribunal que s'il a préalablement entendu le ministre public, le débiteur, l'administrateur, le mandataire judiciaire, les contrôleurs ainsi que les représentants du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Il s'agit pour le tribunal de recueillir, sous peine de nullité de la procédure, les avis émis ; mais en aucun cas ceux-ci ne peuvent l'obliger. De même, la consultation des créanciers par le mandataire judiciaire —sur les propositions de règlement des dettes— cesse d'être un préalable obligatoire de la procédure de redressement judiciaire¹⁰⁸² si le plan de continuation proposé apparaît irréalisable¹⁰⁸³. La consultation des créanciers est ainsi conditionnée par l'existence de chances sérieuses de redressement de l'entreprise par le débiteur lui-même, au moyen d'un plan de redressement. Dès lors que cette solution est d'emblée écartée par le tribunal, la consultation des créanciers cesse d'être obligatoire et, par conséquent, devient inutile¹⁰⁸⁴.

B) L'intervention judiciaire dans la gestion et la direction de l'entreprise

413. L'objectif de poursuite de l'activité fonde les prérogatives exorbitantes du juge français. Le tribunal n'a plus un rôle passif mais s'immisce, par le plan qu'il arrête, dans les modalités de redressement de l'entreprise et dans sa gestion à venir ; ce qui a pu faire dire que le tribunal est investi d'une fonction créatrice et sa décision opère novation¹⁰⁸⁵. La comparaison avec le droit OHADA à travers quelques illustrations permet la mise en

¹⁰⁸⁰ Art. L 626-16-1 du Code de commerce (art. 38 de l'ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014).

¹⁰⁸¹ Art. 65 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005.

¹⁰⁸² Cette jurisprudence ne devrait pas s'appliquer à la procédure de sauvegarde puisque l'absence de cessation des paiements conduit normalement à une perspective de plan de sauvegarde : v. André JACQUEMONT, *op. cit.*, n° 708.

¹⁰⁸³ Cass. com., 17 mars 1998, *J.C.P. E*, n° 40, 1^{er} Octobre 1998, p. 1549, note Jean-Pierre RÉMERY.

¹⁰⁸⁴ Caen, 8 avril 2010, *JCP E*, n° 24, 17 Juin 2010, p. 1585, note Christine LEBEL

¹⁰⁸⁵ Jean-Pierre GASTAUD, « La nature juridique du plan arrêté judiciairement », *L.P.A.*, n° 72, 16 juin 1993, p. 15.

évidence de ce caractère exorbitant (du droit commun) des pouvoirs du juge français. Toute volonté individuelle est inopérante.

Le tribunal en France peut dans le jugement arrêtant le plan ou le modifiant, décider que les biens qu'il estime indispensables à la continuation de l'entreprise ne pourront être aliénés sans son autorisation, et pour une durée qu'il fixe. La durée de l'inaliénabilité ne peut excéder celle du plan, et toute aliénation en violation de l'interdiction judiciaire encourt la nullité¹⁰⁸⁶. Cette prérogative du juge est inconnue du droit de l'OHADA. L'AUPC prévoit une inaliénabilité de plein droit mais en matière de cession d'entreprise. Les biens de l'entreprise ne peuvent être cédés par le repreneur tant que le prix de cession n'a pas intégralement été payé¹⁰⁸⁷. Ainsi, tandis que la mesure vise dans cette dernière législation à garantir le paiement des créanciers par la protection de leur gage commun, elle tend en France à protéger l'activité en assurant le maintien des actifs nécessaires à l'exploitation.

Lorsque le redressement de l'entreprise le requiert, le juge français, sur demande du ministère public, peut subordonner l'adoption du plan au remplacement d'un ou plusieurs dirigeants de l'entreprise¹⁰⁸⁸. Cette immixtion judiciaire dans la direction de la personne morale est une prérogative exorbitante dans la mesure où elle relève des pouvoirs de l'assemblée générale. L'éviction des dirigeants est connue en droit de l'OHADA¹⁰⁸⁹. Toutefois, cette éviction n'a lieu que pour les dirigeants contre lesquels ont été prononcées, soit la faillite personnelle, soit l'interdiction de diriger, gérer ou administrer une entreprise commerciale. Dans ce cas il n'y a pas de pouvoir exorbitant du juge dans la mesure où l'éviction se trouve justifiée par le prononcé de l'incapacité juridique d'exercer du dirigeant. L'éviction des dirigeants peut également avoir lieu lorsqu'elle figure dans les offres concordataires. Là aussi, il n'y a pas d'exorbitance des prérogatives du tribunal qui ne fait que constater une décision des organes compétents de la personne morale débitrice. On notera au passage qu'une telle éviction est irréaliste dans la mesure où l'offre de concordat est le fait uniquement du débiteur, donc des dirigeants de la personne morale. On voit difficilement ceux-ci proposer leur propre éviction. Toute autre est enfin le cas où l'éviction a lieu sur proposition du syndic. En subordonnant l'homologation du concordat

¹⁰⁸⁶ Art. L 626-14 du Code de commerce (modifié par l'art. 70 de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005).

¹⁰⁸⁷ Art. 133 AUPC.

¹⁰⁸⁸ Art. L 631-19-1 al 1 du Code de commerce (art. 84 de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008).

¹⁰⁸⁹ Art. 127 al 1, 4° AUPC.

au changement des dirigeants sur proposition du syndic, le juge OHADA exerce, à l'instar du juge français, un pouvoir exorbitant du droit commun.

En France, le tribunal peut en procédure de redressement judiciaire prononcer, à la demande du ministère public, l'incessibilité des droits sociaux détenus par un ou plusieurs dirigeants de droit ou de fait. Le tribunal décide dans ce cas que le droit de vote attaché à ces droits sociaux sera exercé pour une durée qu'il fixe par un mandataire de justice désigné à cet effet. Ces mesures visent à neutraliser ces dirigeants en supprimant tout leur pouvoir dans la société. Cette privation des droits de vote, qui neutralise des prérogatives normalement attachées à ces parts et actions¹⁰⁹⁰, est inconnue du juge en droit de l'OHADA. L'incessibilité des parts sociales est plutôt de plein droit, et le juge ne peut qu'autoriser une dérogation. Elle est cependant motivée par le paiement des créanciers, par l'idée d'empêcher les dirigeants d'échapper aux sanctions pécuniaires qui pourraient être prononcées à leur encontre¹⁰⁹¹.

Lorsque le redressement de l'entreprise le requiert et dans les mêmes conditions que l'incessibilité des droits sociaux, le juge français peut ordonner la cession de ces droits à un prix fixé par dire d'expert¹⁰⁹². Ce qui constitue une véritable expropriation des dirigeants sans utilité publique¹⁰⁹³. En droit de l'OHADA, la cession forcée des droits sociaux vise le paiement des créanciers. En effet, elle n'est envisageable que pour les dirigeants à la charge desquels a été mis tout ou partie du passif de la personne morale¹⁰⁹⁴. Il s'agit donc d'une saisie, application pure et simple du principe civiliste du gage commun des créanciers sur le patrimoine de leur débiteur. Ce pouvoir ne saurait donc être qualifié de prérogative exorbitante du droit commun.

414. L'adoption du plan dépend en somme de toutes ces mesures ouvertes au juge français. Derrière l'apparent maintien du fonctionnement démocratique des sociétés, se cache donc un impérialisme judiciaire, car ces prérogatives du juge français relèvent toutes des pouvoirs des associés¹⁰⁹⁵. Cette intervention massive du tribunal constitue le trait saillant des conceptions institutionnelles des procédures collectives.

¹⁰⁹⁰ Hervé LE NABASQUE, « La cession de l'entreprise en redressement judiciaire », *JCP E*, n° 19, 10 Mai 1990, 15770, spéc. n° 3.

¹⁰⁹¹ Art. 57 AUPC.

¹⁰⁹² Art. L 631-19-1 al 2 du Code de commerce, *op. cit.*

¹⁰⁹³ Sébastien NEUVILLE, *Le plan en droit privé, op. cit.*, n°131, p. 132-133.

¹⁰⁹⁴ Art. 185 AUPC.

¹⁰⁹⁵ Pierre-Michel LE CORRE, « 1807-2007, 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise », *Gazette du Palais*, 21 juillet 2007, n° 37.

TITRE SECOND : LE REDRESSEMENT

DE L'ENTREPRISE

415. Le concordat et le plan de sauvegarde ou de redressement envisagent le redressement du débiteur personne physique ou morale, c'est-à-dire, l'apurement de son passif tout en lui permettant la poursuite de ses affaires. Le concordat comportant une cession partiel d'actifs ou d'entreprise et le plan de cession d'entreprise permettent, quant à eux, la poursuite des affaires sans le débiteur. Il en découle que le point commun de ces deux facettes du redressement (de ces deux techniques) est le maintien de l'activité dont la survie est menacée par la dette de son auteur. Le redressement qui prévaut dans la première technique passe nécessairement par le redressement des affaires du débiteur en tant qu'élément de son patrimoine. La cession de l'activité du *failli* qui prévaut dans la seconde technique ne se distingue donc pas de la première par sa finalité qui est de maintenir l'activité et l'emploi, ainsi que de payer les créanciers. Elle ne s'en distingue pas non plus par l'instrument de sa mise en œuvre, ni par son mode d'élaboration ou d'adoption : la cession d'entreprise tout comme le redressement du débiteur est mise en œuvre par le biais du même instrument juridique qu'est le concordat homologué en droit de l'OHADA, et le plan en droit français.

L'évocation de ces deux mécanismes juridiques suffit à percevoir la nature divergente des législations OHADA et française, quant à l'instrumentalisation de la cession d'entreprise pour l'atteinte des objectifs économiques assignés aux procédures collectives. Il faut à ce titre rappeler que le concordat est de nature conventionnelle tandis que le plan est de nature juridictionnelle. Cette nature juridique va absolument déteindre sur l'organisation et la finalité de la cession.

Afin de donner pleine valeur à la comparaison des droits OHADA et français sur la cession d'entreprise (**Chapitre 2**), il est utile de préalablement la définir et, par un détour historique, déterminer sa place dans un droit des procédures collectives (**Chapitre 1**).

CHAPITRE 1 : LA CESSION D'ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ

416. La cession d'entreprise appliquée à l'entreprise en difficulté, est analysée comme une voie de redressement qui rompt nettement avec l'idée longtemps prévalue de redresser le débiteur en cessation des paiements. Le redressement recherché par la cession de l'entreprise en difficulté n'est donc pas celui du débiteur mais de l'entreprise elle-même. Si le sauvetage de l'entreprise par un tiers est bien connu en droit des procédures collectives, ce mode de sauvetage n'a pendant longtemps été considéré qu'en tant que mécanisme du droit des sociétés : la reprise par augmentation de capital souscrite par un tiers par voie de prise de contrôle¹⁰⁹⁶. Sans se laisser abuser par les termes, ce type de cession vise en effet la cession de contrôle, et l'acquéreur n'acquiert pas directement un droit de propriété sur un bien. La consécration légale de l'entreprise en tant qu'objet de cession est apparue avec la loi française du 25 janvier 1985 instituant le plan de cession. L'entreprise devient dès lors un concept que le droit tente de s'approprier sans toutefois oser la définition (**section 1**). Sa cession en tant que technique de redressement de l'entreprise en difficulté acquiert se faisant une autonomie vis-à-vis du redressement du débiteur (**section 2**).

SECTION 1- LA CESSION D'ENTREPRISE

417. Bien que des lois visent l'« entreprise », aucune d'elles n'en donne une définition. Le concept même d'entreprise n'est pas juridique mais appartient au domaine économique et social¹⁰⁹⁷. Juridiquement, l'entreprise n'est pas en droit OHADA et français une personne. Elle n'a pas la personnalité morale. Cependant, un certain nombre de dispositions de l'AUPC emploient cette notion en l'identifiant assez souvent au débiteur.

¹⁰⁹⁶ Michel JEANTIN, note sous CA Poitiers, 18 février 1983, *D.* 1983, p. 405.

¹⁰⁹⁷ Fernand DERRIDA, Pierre GODE, Jean-Pierre SORTAIS, avec la collaboration de Adrienne HONORAT, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985, 3^e éd., Dalloz, 1991, n°6 ; Jean PAILLUSSEAU, Jean Jacques CAUSSAIN, Henry LAZARSKI et Philippe PEYRAMAURE, *Cession d'entreprise*, 4^e éd., Dalloz, Paris, 1999, n°4.

C'est ainsi que l'entreprise est parfois traitée comme sujet de droit¹⁰⁹⁸, et d'autres fois comme objet de droit¹⁰⁹⁹. Mais, cette ambiguïté attachée à la nature de l'entreprise n'est pas un obstacle majeur à l'organisation de son traitement par les législateurs OHADA et français. Ceux-ci, à l'instar de la pratique judiciaire, utilisent plus souvent le terme « entreprise » par « *commodité de langage* »¹¹⁰⁰, que comme un concept juridique. Néanmoins, la notion d'entreprise devra toutefois être précisée juridiquement (**paragraphe 1**) quand il s'agit de qualifier des opérations qui pourraient être analysées comme une cession d'entreprise (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1- La notion d'entreprise

418. Les doctrines de l'entreprise sont nombreuses. Dans leurs éléments essentiels, elles s'ordonnent autour de deux groupes de thèses : les thèses matérialistes et les thèses personalistes ; les premières voyant dans l'entreprise un objet de droit, et les secondes tendant à en faire un sujet de droit.

Pour les objectivistes (thèses matérialistes), l'entreprise n'est qu'un ensemble de biens affectés à une production. Elle fait partie du patrimoine de la personne privée ou publique, personne physique ou morale titulaire du droit de propriété sur ces biens. Les membres du personnel sont extérieurs à l'entreprise et sont liés au propriétaire (l'entrepreneur) par des contrats. C'est une conception purement patrimoniale de l'entreprise qui ne peut être gérée que dans l'intérêt de son propriétaire ; l'entreprise ne peut en aucun cas avoir un intérêt propre distinct du sien. Il est évident dans cette approche que l'entreprise ne peut avoir la personnalité morale.

Quant aux subjectivistes (thèses personalistes), l'entreprise est une collectivité formée par les apporteurs de capital et les apporteurs de travail. C'est un être collectif doté d'une personnalité propre. L'entreprise n'est plus ici un objet de droit mais un sujet de droit, et en tant que tel, est dotée d'un patrimoine propre, d'une autonomie de décision et

¹⁰⁹⁸ En droit de l'OHADA, les alinéas 1 et 2 de l'art. 2 AUPC font de l'entreprise l'auteur du passif. Pourtant, les articles 1 et 2 al. 3 font état de l'apurement du passif du débiteur. Il y a de ce fait confusion entre le débiteur et l'entreprise. En France l'article L 622-4 du Code de commerce (art. 163-1 ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008) évoque « la conservation des droits de l'entreprise » et l'inscription de sûretés au « nom de l'entreprise » ; l'article L 622-14, 2° al 3 évoque des « immeubles loués par l'entreprise »...

¹⁰⁹⁹ Il en est ainsi notamment à propos de la cession d'entreprise qui ne peut s'appliquer qu'à un bien : art. 131 AUPC en droit de l'OHADA, et art. 631-21-1 du Code de commerce (art. 86 ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008) ; V. aussi l'intitulé de la section 1 du second chapitre du titre IV du livre VI du Code de commerce en droit français.

¹¹⁰⁰ DERRIDA, GODE, SORTAIS, *op. cit.*, p. 17, citant Serlooten.

d'un intérêt propre¹¹⁰¹. Cette conception se heurte toutefois au droit positif qui ne reconnaît pas la personnalité juridique de l'entreprise. En dépit de quelques dispositions qui semblent la personnaliser, l'entreprise n'a jamais été reconnue comme une personne juridique jouissant d'un patrimoine propre, ni par la loi, ni par les tribunaux. En conséquence, chaque fois que des droits sont conférés ou des obligations sont imposées par la loi à une entreprise, ceux-ci doivent être attribués à la personne physique ou morale qui a la qualité d'exploitant, puisque seule cette personne est susceptible de personnifier juridiquement l'entreprise. Bien qu'elle ne soit pas une personne juridique, l'entreprise correspond néanmoins à une réalité juridique, par le simple fait que diverses dispositions légales font dépendre l'application de la règle de droit à l'existence d'une entreprise.

419. La thèse matérialiste, si elle paraît plus acceptable au regard du droit positif, il n'en résulte pas moins qu'elle cache ce qui est essentiel dans l'entreprise et qui constitue tout l'intérêt de notre travail : l'activité. En effet, en rendant le personnel extérieur à l'entreprise, celle-ci serait incapable par elle-même de mener une quelconque activité économique. Or, l'existence de l'entreprise est liée à l'existence d'une demande, de besoins et de désirs à satisfaire. Ceux-ci émanent des hommes et s'expriment pour la plupart en termes de demande de produits et de services destinés à les satisfaire. La réponse à ces attentes implique des activités de production, de transformation, de distribution de produits et de prestation de services. C'est pour entreprendre et exercer ces activités qu'apparaît l'entreprise¹¹⁰².

Le législateur OHADA, sans se risquer dans une définition de l'entreprise, dispose en son art. 131 al. 3 que la cession d'entreprise est toute cession de biens susceptibles d'exploitation autonome, permettant d'assurer le maintien d'une activité économique et les emplois qui y sont attachés. En droit français, cette disposition trouve son répondant dans l'article L 642-1 du Code de commerce qui définit la cession d'entreprise dans des termes quasi identiques : la cession d'entreprise a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, et de tout ou partie des emplois qui y sont attachés. On peut déduire, de ces définitions légales, qu'une entreprise se composerait d'un ensemble de biens susceptibles d'exploitation autonome et exercerait, nécessairement, une activité économique.

¹¹⁰¹ V. pour tout ce qui précède Jean PAILUSSEAU, « Qu'est-ce que l'entreprise ? », in *L'entreprise : nouveaux apports*, Paris, Economica, 1987, n° 6 à 9.

¹¹⁰² *Ibid.*, n° 28 et ss.

420. Les théoriciens du droit, avec une certaine prudence, s'inspirent largement des définitions données par les économistes. L'entreprise constitue une organisation de moyens matériels et humains exerçant une activité économique de production, de transformation et de distribution de biens ou de services, ou de certaines de ces fonctions¹¹⁰³. À cette conception économique de l'entreprise à laquelle adhèrent les législateurs, le professeur Jean PAILLUSSEAU complète l'aspect des multiples intérêts qui naissent de son apparition. Il s'agit des intérêts des fondateurs, de ceux des travailleurs, de ceux des apporteurs de capitaux, et enfin de ceux de l'État et des collectivités publiques. L'entreprise est ainsi un « centre d'intérêts » marqués par une convergence globale et des oppositions catégorielles¹¹⁰⁴. Tous ont intérêt à ce que l'entreprise marche de la meilleure façon possible, mais cela ne signifie guère qu'il n'y ait aucune divergence d'intérêts. Cette seconde conception de l'entreprise, tout aussi importante, n'est qu'une conséquence de la première (conception économique). De ce fait, et pour les raisons de notre étude, nous retiendrons la définition de l'entreprise en tant qu'activité ; définition qui, du reste, est partagée par les droits OHADA et français. Dans tous les cas, on peut affirmer de façon globale que l'entreprise a pour finalité la production de biens ou de services et suppose une organisation spécifique avec un personnel affecté à la mise en œuvre des éléments de l'exploitation. En outre, les deux conceptions (celle économique et celle du professeur PAILLUSSEAU) ne s'excluent nullement. Deux éléments essentiels peuvent donc être retenus dans l'approche de l'entreprise :

- **L'activité** : elle doit être exercée de façon autonome. Il est exigé, pour qu'il y ait cession d'entreprise, que les biens cédés soient susceptibles d'exploitation autonome¹¹⁰⁵. Cette activité doit en outre avoir une nature économique c'est-à-dire, une activité (ou des activités) de production, de transformation, de distribution de biens et de prestation de services, ou de certaines de ces fonctions. L'activité peut être aussi bien industrielle que commerciale, financière, libérale, et peu importe qu'elle soit exercée dans une intention lucrative ou avec un but désintéressé. Il est précisé que l'activité ne doit pas être exercée pour les besoins personnels de celui qui s'y livre, mais en vue de satisfaire les besoins de tiers (la clientèle) exprimés sur un marché¹¹⁰⁶.

¹¹⁰³ *Ibid.*, n° 21 ; Jérôme BONNARD, La transmission de la PME, aspects juridiques et fiscaux, Hachette Livre, 2004, p. 6.

¹¹⁰⁴ Jean PAILLUSSEAU, « Qu'est-ce que l'entreprise ? », *op. cit.*, n° 22 et ss.

¹¹⁰⁵ Sur cette notion d'autonomie, v. *infra*, n° 424.

¹¹⁰⁶ Mémento pratique : Droit des affaires, contrats et droits de l'entreprise, éd. Francis LEFEBVRE, 2005, n° 3984.

- **Les moyens de l'entreprise** : l'exercice d'une activité est inconcevable sans l'utilisation des moyens appropriés à la nature de l'activité en cause. Il s'agit de l'outil de travail et du personnel. La réunion de ces moyens et leur organisation sont faites par rapport à l'activité de l'entreprise et à la réalisation de son objet.

Les moyens matériels sont les biens de production de transformation et de distribution nécessaires à l'activité. Ils peuvent être constitués des installations immobilières (terrains, usines...), du matériel, du mobilier, des savoir-faire, des brevets, des licences, etc. Ils dépendent évidemment, pour chaque entreprise, de la nature de son activité. Au regard du droit, ces biens entrent dans les catégories juridiques classiques : corporels ou incorporels, mobiliers ou immobiliers. Il n'est pas nécessaire que la personne qui sert de support à l'entreprise ait la propriété de ces biens. Il suffit qu'elle puisse en avoir la jouissance, en possédant sur eux des droits réels ou des droits de créance (location, crédit-bail, concession de licence...). Ces biens et droits constituent l'actif du patrimoine de cette personne. Il est important de préciser que l'entreprise peut ne pas se confondre avec le fonds de commerce, et celui-ci, inversement, peut ne pas être assimilé à l'entreprise. En effet, contrairement au fonds de commerce, l'entreprise peut ne pas comporter de clientèle. Par ailleurs, une entreprise civile (agriculteur, artisan) peut avoir une clientèle sans être titulaire d'un fonds de commerce. Le fonds de commerce suppose une clientèle acquise par l'accomplissement d'actes de commerce, alors que la clientèle d'une entreprise civile se constitue à partir d'actes civils¹¹⁰⁷. En outre l'entreprise peut comporter des immeubles à la différence du fonds de commerce.

Quant aux moyens humains, il s'agit des hommes et des femmes compétents et motivés à tous les niveaux de l'entreprise. C'est d'eux que dépendent l'efficacité et la compétitivité de l'entreprise. De plus en plus de nos jours, le besoin en matière grise dans l'entreprise se substitue à son besoin en énergie physique, cette dernière étant satisfaite par des machines.

Paragraphe 2- Portée de la définition de l'entreprise sur sa cession

421. L'approche ci-dessus faite de l'entreprise permet d'appréhender concrètement l'opération de cession d'entreprise.

¹¹⁰⁷ *Ibid.*, n°3988.

A) Intérêt de la définition

422. Tout l'intérêt de notre acception de l'entreprise en tant qu'activité de production, de transformation et de distribution de biens et de services, réside dans la conception de la cession d'entreprise. Le souci de préserver les emplois et d'encourager l'investissement a amené le législateur à concevoir une existence de l'entreprise distincte de son titulaire personne physique ou personne morale. La vision présente un double avantage.

D'abord, elle répond aux besoins de la pratique des affaires. En effet, il est courant dans les milieux d'affaires qu'une entreprise soit objet de cession entre vifs ou à cause de mort. Or, comment transmettre le personnel si celui-ci ne fait pas partie de l'entreprise cédée ? Renégocier chaque contrat de travail avec le repreneur ou procéder à d'autres recrutements seraient des procédures lourdes et coûteuses et de nature à troubler l'ordre public. La solution dans ce cas est de rattacher le personnel aux actifs cédés, en faisant de celui là un accessoire de ceux-ci. Cette définition de l'entreprise, mélangeant activité économique et moyens matériels et humains, s'inscrit dans l'optique d'en faciliter la transmission. Elle s'accommode cependant difficilement avec les différents procédés d'acquisition de la propriété en droit. Aucun de ces procédés ne permet en effet de vendre ou de donner un ensemble composé d'activités, de machines et de personnes. Un palliatif pourrait être trouvé en matière sociale. Dans ce domaine, tous les contrats de travail en cours subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise s'il survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, reprise sous une nouvelle appellation, vente, fusion, transformation de fonds, mise en société¹¹⁰⁸. Cette transmission systématique des contrats de travail avec l'entreprise constitue une atteinte légale au principe juridique de l'effet relatif des conventions (art. 1101 C. civ) ; atteinte justifiée par l'ordre public¹¹⁰⁹ et la nécessité des affaires.

Ensuite, la nécessité de distinguer l'entreprise de son titulaire est dictée par des impératifs sociaux et économiques de traitement adéquat des défaillances des entreprises. L'entreprise est saisie en tant qu'un élément du patrimoine du débiteur. Sa cession est un moyen pour la préserver, plutôt que de l'éliminer de la vie économique par une cession isolée des actifs.

¹¹⁰⁸ Art. 91 al. 1 loi n°028-2008/AN portant Code du travail au Burkina Faso ; art. 37 de l'avant-projet d'Acte uniforme OHADA relatif au droit du travail inédit.

¹¹⁰⁹ La non-transmission des contrats en cours sera l'occasion pour le nouvel employeur de ne pas reprendre certains employés, notamment leurs représentants (délégués du personnel) que protègent des dispositions d'ordre public.

B) L'élément essentiel dans la cession d'entreprise

423. Il découle de la définition de l'entreprise qu'un transfert d'activité est nécessaire pour qu'il y ait cession d'entreprise. Il est de ce fait évident que la transmission de l'actif affecté à la production ne saurait emporter à elle seule celle de l'entreprise. Les biens matériels ne sont que des moyens de l'activité ; tout au plus constitueraient-ils un fonds de commerce. Ils ne forment d'ailleurs pas nécessairement une composante essentielle de l'entreprise. Dans certaines activités tertiaires, la matière grise des membres de l'entreprise constitue l'essentiel de ses actifs ; ainsi en est-il des activités de conseil. La cession de l'entreprise suppose ainsi, en plus du matériel qui constitue le support de l'activité, la transmission de l'activité elle-même. La poursuite de cette activité est le but et la condition de la cession d'entreprise.

1) Les éléments de support de l'activité

424. Ce sont les éléments objet de la cession. Il s'agit des moyens de production et de commercialisation. En général, ils comprennent les éléments suivants : clientèle, enseigne, droit au bail, matériel de toute nature, mobilier, outillage, etc. Il est aussi fréquent d'y trouver la propriété d'immeubles affectés à l'exploitation : usines, locaux commerciaux, bureaux, etc. Font aussi partie des moyens de production, les stocks, les valeurs réalisables et disponibles. D'un point de vue juridique, ces éléments se répartissent en trois catégories¹¹¹⁰ : le fonds de commerce composé d'éléments incorporels et corporels¹¹¹¹, les immeubles, les créances et les disponibilités.

L'entreprise n'étant pas en Droit une personne, il est indispensable qu'une personne physique ou morale l'assume, c'est-à-dire, la personnalise juridiquement : l'exploitant. Cette qualité appartient à toute personne en mesure d'user et de jouir des biens affectés à l'exploitation de l'entreprise. L'exploitant peut ainsi être propriétaire personnel ou indivis de ces biens, ou simplement usufruitier ou locataire. La cession d'entreprise consisterait, pour l'exploitant propriétaire, à transmettre au cessionnaire les droits qu'il détient sur les actifs cédés ; ceux-ci peuvent consister par exemple en un droit de propriété sur le fonds de commerce, un droit à un crédit-bail sur tel ou tel élément d'actif. L'une des caractéristiques de cette vente est qu'elle peut comprendre, soit le fonds de commerce à l'exclusion de tout

¹¹¹⁰ Jean PAILLUSSEAU, Jean Jacques CAUSSAIN, Henry LAZARSKI et Philippe PEYRAMAURE, *op.cit.*, n° 212 à 224.

¹¹¹¹ En droit de l'OHADA, c'est le fonds commercial (clientèle enseigne et nom commercial qui sont obligatoires) et les autres éléments (installations, le matériel, le mobilier, le droit au bail...) qui doivent être nommément désignés : art. 104 et 105 AUDCG.

autre élément, soit le fonds de commerce et les immeubles. Les créances et les disponibilités servent en général au paiement du passif et ne sont pas cédés.

La question pourrait se poser quant à la consistance de l'ensemble cédé. L'acte uniforme dispose que l'ensemble cédé doit être susceptible d'exploitation autonome. Il ne s'agit donc pas de céder les actifs dans le but d'une opération patrimoniale permettant une meilleure valorisation individuelle des biens. L'ensemble doit pouvoir fonctionner par ses propres moyens. L'autonomie doit être entendue ici comme une simple autonomie physique¹¹¹², c'est-à-dire la capacité de l'ensemble à produire, transformer ou distribuer des biens ou des services.

425. Si la détermination des éléments composant l'entreprise objets de la cession est plus aisée dans l'entreprise exploitée en société, elle s'avère plutôt compliquée pour l'entreprise individuelle. Celle-ci est soumise à la règle de l'unité de patrimoine qui confond l'entité économique au patrimoine du dirigeant personne physique propriétaire. Ce dernier, contrairement à la personne morale, n'a pas d'objet social. Il a des charges familiales, peut faire des donations et même transmettre son entreprise à titre gratuit. Quels sont les biens qui sont transférés en cas de cession ? S'agirait-il uniquement des biens exclusivement affectés à l'exploitation ? Faut-il y inclure des biens nécessaires à l'exploitation mais aussi affectés à des usages personnels du débiteur ? À notre sens, l'entreprise étant constituée par tous les biens affectés à l'activité exercée mais seulement par eux, la cession portera sur l'ensemble de ces biens, laissant de côté tous les autres appartenant au débiteur mais qui ne sont pas nécessaires à la continuité de l'activité. Par exemple, si l'acquéreur de l'entreprise possède déjà en propre une partie des moyens indispensables au maintien de l'activité ou peut se les procurer par ailleurs, il n'est pas nécessaire, au moins sur le plan économique, que lui soit transmise la maîtrise de tous les moyens conditionnant le maintien de l'activité pour qu'il y ait cession d'entreprise.

2) Le transfert de l'activité

426. La cession de l'entreprise doit permettre la poursuite de l'activité économique. Si celle-ci disparaît, il n'y a pas transmission d'entreprise mais tout au plus, transmission de certains moyens de l'entreprise ; c'est ce qui définit du reste l'entreprise et la singularise des concepts et catégories traditionnels. La consistance de l'ensemble cédé doit pouvoir

¹¹¹² Par opposition à une autonomie économique qui est la capacité à mettre en œuvre à la fois le processus de production, et celui de commercialisation : Jean PAILLUSSEAU, Jean Jacques CAUSSAIN, Henry LAZARSKI et Philippe PEYRAMAURE, *op. cit.*, n° 2763.

continuer à fonctionner. À défaut, il n'y a pas d'entreprise. Pour la Cour de Justice des Communautés Européennes, le critère décisif pour établir l'existence d'un transfert consiste à savoir si l'entité économique¹¹¹³, objet de ce transfert, garde son identité. Cette identité résulte du fait que l'exploitation est effectivement poursuivie ou reprise par le nouveau chef d'entreprise avec les mêmes activités économiques ou des activités analogues¹¹¹⁴.

La poursuite de l'activité s'analyse plus en termes de cession de contrats. En effet, la transmission de certains contrats s'avère nécessaire à la poursuite de l'activité. Le cédant transmet au cessionnaire les droits qu'il détient de ces contrats, soit avec l'accord du cocontractant en raison de l'effet relatif des conventions, soit sans son accord quand la cession du contrat résulte de la loi elle-même (les contrats de travail) ou du juge (le plan de cession en droit français). La conséquence principale du transfert de l'activité est que le personnel du vendeur devient obligatoirement et automatiquement le personnel de l'acquéreur ; ni le vendeur, ni l'acquéreur, ni aucun des membres du personnel ne peuvent s'y opposer. Le maintien des contrats de travail est d'ailleurs l'objectif fondamental de la cession d'entreprise en difficulté.

C) La portée juridique de la définition

427. La disparité des éléments composant l'entreprise fait que sa cession n'est pas soumise à un régime juridique qui lui est propre. Chaque élément pourra se voir appliqué le régime juridique qui est le sien.

D'une part, la cession requiert autant d'actes qu'il y a d'éléments cédés. L'opération est intellectuellement indivisible mais se matérialise par autant de cessions obéissant à des régimes juridiques propres, qu'il n'y a de biens de nature différente à transmettre (immeuble, fonds de commerce, droits de propriété industrielle, etc.).

D'autre part, si l'entreprise est en société, la personnalité morale disparaît. La société cédante est dissoute dès lors que la cession est totale, à moins qu'elle ne décide autrement de poursuivre la réalisation de son objet social. La société cessionnaire acquiert seulement des actifs.

¹¹¹³ La notion d'« entité » est préférée à celle d'« entreprise » afin d'éviter toute confusion avec la personne juridique de l'employeur et pour souligner qu'il peut y avoir transfert sans que toute l'entreprise soit affectée.

¹¹¹⁴ Antoine LYON-CAEN, notes sous Ass. plén, 16 mars 1990, *D.* 1990, p. 307.

SECTION 2- LA CESSION D'ENTREPRISE SOUMISE À UNE PROCÉDURE COLLECTIVE

428. L'évolution de la cession (d'entreprise) comme moyen de sauvetage de l'entreprise en difficulté est inhérente à celle du droit des procédures collectives. Cette évolution est marquée par le passage d'une finalité de paiement des créanciers à une finalité de maintien de l'activité et de l'emploi.

En effet, la philosophie du droit des procédures collectives est originellement d'assurer, dans les conditions les moins mauvaises possibles, le remboursement des créanciers de l'entreprise défaillante ; remboursement aussi large que possible, mais plus encore, remboursement égalitaire des créanciers sous la seule réserve des droits de préférence légitimes que certains peuvent invoquer¹¹¹⁵. Dans un tel contexte, une cession de l'entreprise défaillante ne peut que rechercher l'intérêt collectif des créanciers. Cession de l'entreprise sera résiduelle, comme c'est le cas en droit de l'OHADA, en ce qu'elle reste accessoire à une cession des biens du débiteur pour le paiement de ses créanciers (**paragraphe 1**).

429. L'intérêt du droit pour l'entreprise va cependant prendre une importance croissante à partir de la loi du 13 juillet 1967. Cette loi, dans le souci de sauvegarder autant que faire se peut l'entreprise, sépare le traitement patrimonial de cette entreprise des sanctions personnelles qui peuvent être encourues par les dirigeants. L'ordonnance du 23 septembre 1967 qui introduit la suspension provisoire des poursuites va davantage accuser la même préoccupation en plaçant le sauvetage de l'entreprise en première ligne dans l'intérêt de l'économie nationale ou régionale¹¹¹⁶. La cession d'entreprise, corrélativement, commence à prendre une autonomie en tant que moyen de sauvetage de l'entreprise, et de plus en plus dans le strict intérêt de cette dernière (**paragraphe 2**).

¹¹¹⁵ Lucien M. MARTIN, obs. sous Trib. com. de Paris, 6 octobre 1980, *Banque*, 1980, p. 1437, spéc. p. 1438.

¹¹¹⁶ *Ibid.*

Paragraphe 1- Le caractère résiduel de la cession pour le strict intérêt des créanciers

430. Dans les années 1970, la reprise d'affaires en difficulté commence à se développer, et la pratique et les tribunaux vont rechercher le moyen de transmettre un ensemble d'actifs constituant une entreprise. Le droit des procédures collectives, avant la législation française de 1985, n'envisageait pas le rachat d'une entreprise par un tiers dans un dessein de redressement. Depuis le Code de commerce de 1807, il n'était consacré que la cession en bloc d'un ensemble d'actifs comme technique de réalisation des biens du débiteur : le « traité à forfait ». Cette technique qui demeurait subsidiaire et essentiellement utilisée pour céder des actifs résiduels de la liquidation, devient plus tard l'*ancêtre* du plan de cession d'entreprise en difficulté. Elle en est d'ailleurs la forme *embryonnaire* car, tout comme la cession d'entreprise, elle vise une cession globale d'actifs mobiliers et ou immobiliers.

La cession en bloc d'actifs d'une affaire en difficulté n'était pas toutefois le seul propre de la cession à forfait. En effet, une loi du 17 juillet 1956 consacrait dans le Code de commerce le « concordat par abandon total ou partiel d'actifs », une forme de transaction terminant la faillite. Ce concordat consistait dans la cession de tout ou partie des actifs constituant l'affaire du débiteur sans prononcé de « l'union » (la liquidation pour défaut de concordat).

Ainsi, si la cession en bloc d'actifs dans la cession à forfait reste une technique résiduelle de liquidation (A), le concordat par abandon d'actif lui, est une solution à part entière de la faillite. Ce dernier contrat inspirera d'ailleurs le concordat comportant une cession partielle d'actif en droit de l'OHADA (B).

A) Le traité à forfait dans l'ancien droit français

431. L'article 570 du Code de commerce¹¹¹⁷ issu de la loi du 28 mai 1838 disposait que : « *L'union pourra se faire autoriser par le tribunal de commerce, le failli dûment appelé, à traiter à forfait de tout ou partie des droits et actions dont le recouvrement n'aurait pas été opéré, et à les aliéner ; en ce cas, les syndics feront tous les actes nécessaires.*

¹¹¹⁷ Ancien art. 563 du Code de commerce de 1807 qui ne comportait que le premier paragraphe de l'article 570 issu de la loi du 28 mai 1838 (M. THIERIET, *Code des faillites et des banqueroutes, ou recueil des travaux préparatoires de la loi du 28 mai 1838*, Paris, 1840, p. 22).

Tout créancier pourra s'adresser au juge-commissaire pour provoquer une délibération de l'union à cet égard »¹¹¹⁸.

Il apparaît que le traité à forfait est purement et simplement une aliénation. Elle ne peut prétendre à une autre nature juridique, notamment transactionnelle¹¹¹⁹. Il s'agit d'une vente s'appliquant de manière ponctuelle à des créances douteuses ou litigieuses. Il est rapporté que ces créances d'occasions étaient rachetées en dessous de leur valeur nominale par des « carotteurs » qui s'efforçaient d'en assurer le recouvrement intégral. Deux conditions sont exigées : d'une part, la cession doit comporter un aléa pour le cessionnaire en raison de l'incertitude des droits qu'il acquiert ou de l'incertitude de la consistance du matérielle et de la valeur vénale du ou des biens cédés ; d'autre part, l'opération est faite à forfait, c'est-à-dire sans garantie aucune pour l'acquéreur qui traite à ses risques et périls¹¹²⁰. Le traité à forfait a donc pour but de permettre à l'union de liquider, rapidement et sans risque, les droits litigieux ou les créances conditionnelles, aléatoires ou à termes du débiteur.

432. Un décret-loi du 25 Août 1937 étend l'objet de la cession à « *tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier dont le recouvrement n'aurait pas été opéré* »¹¹²¹. La cession à forfait peut désormais aussi bien porter sur des droits mobiliers, qu'immobiliers, écartant de principe —du fait de son caractère global— l'application des règles ordinaires de liquidation de la faillite¹¹²². L'article 570 du Code de commerce connaît donc un régime particulier différent de celui applicable aux éléments d'actif présentant une valeur certaine

¹¹¹⁸ M. THIERIET, *Code des faillites et des banqueroutes, ou recueil des travaux préparatoires de la loi du 28 mai 1838*, Paris, 1840, p. 362.

¹¹¹⁹ G. TOUJAS, « De la cession à forfait en période d'union », *JCP*, 1940, p. 163.

¹¹²⁰ François GISSER, « La cession à forfait », *JCP E*, 1984, II, 14259, spéc. n^{os} 3 et 4.

¹¹²¹ Art. 570 du Code de commerce modifié par le décret-loi du 25 août 1937 :

« *L'union pourra se faire autoriser par le tribunal de commerce, le failli dûment appelé, à traiter à forfait de tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier dont le recouvrement n'aurait pas été opéré et à l'aliéner ; en ce cas, les syndics feront tous les actes nécessaires.*

Tout créancier pourra s'adresser au juge-commissaire pour provoquer une délibération de l'union à cet égard.

Le failli pourra également adresser requête au tribunal à l'effet de faire autoriser le syndic ou le liquidateur, sur l'avis conforme de l'union, à céder à forfait tout ou partie de l'actif mobilier et immobilier.

Par jugement non susceptible d'appel, le tribunal règlera les modes de cession et de paiement du prix.

En outre, au cas où le vote de l'union aurait été obtenu à la double majorité en voix et des trois quarts en sommes des créanciers délibérants, ce traité forfaitaire pourrait valoir au débiteur quitus opposable à tous » (Décret-loi du 25 Août 1937 modifiant les articles 541 et 570 du Code de commerce relatifs aux cessions forfaitaires d'actif en cas de faillite et de liquidation judiciaire, *JORF*, 27 Août 1937, p. 9830-9831).

¹¹²² Sont écartées les dispositions des articles 486 et ss (relatives à l'aliénation des meubles), et celles des articles 571 et ss (relatives à la vente des immeubles) du Code de commerce de 1838. La mise aux enchères ne peut être employée pour la cession prévue par l'article 570. Il s'agit d'un traité, c'est-à-dire un accord intervenu à la suite d'une discussion entre les parties intéressées ; G. TOUJAS, « De la cession à forfait en période d'union », *op. cit.*, n^o 24.

et actuelle. La mise aux enchères publique ne peut trouver à s'appliquer car aléatoire et trop souvent contrôlée¹¹²³. La cession de l'article 570 est résiduelle et présente plus de sécurité pour les créanciers du failli (qui échappent à toute obligation de garantie). Ce sont d'ailleurs ces derniers qui décident de la réalisation de l'actif au moyen du traité à forfait.

L'initiative du traité appartient initialement au syndic et aux créanciers. Si, plus tard en la faveur du décret-loi du 25 août 1937 elle est reconnue au débiteur, l'union des créanciers reste néanmoins l'organe souverain qui approuve le recours à la cession à forfait. Cela est justifié car l'opération a lieu dans le seul intérêt des créanciers. L'union délibère à la simple majorité arithmétique, et la voix des créanciers n'ayant pas pris part au vote n'est pas prise en compte. Il n'est pas non plus exigé une majorité en sommes. C'est à l'issue de l'expression de sa volonté par l'union que le tribunal autorise le traité à forfait. La cession reste donc conditionnelle tant que les créanciers et le tribunal ne se sont pas prononcés. La décision du tribunal prend des allures d'un véritable jugement d'homologation. Le décret-loi du 25 Août 1937 précise que ce jugement n'est pas susceptible d'appel et le tribunal doit régler « *les modes de cession et de paiement du prix* » (art. 570 al 4). Ce décret-loi introduit par ailleurs une innovation majeure dans le droit de la faillite en permettant au failli, auquel ses créanciers n'ont pas accordé de concordat, d'obtenir au cours de l'union un « *quitus opposable à tous* » (art. 570 al 5). Ce quitus signifie que les créanciers renoncent à toute action contre le failli dont la dette est éteinte. Le failli est quitte, par conséquent, définitivement libéré. Une condition est toutefois exigée pour le quitus : le vote de l'union doit avoir été obtenu à la double majorité en voix et des trois-quarts en sommes des créanciers délibérants. Ce qui rappelle profondément le vote du concordat —notamment le concordat par abandon d'actif— et son effet libératoire du débiteur¹¹²⁴.

B) Le concordat par abandon d'actif du Code de commerce et le concordat comportant une cession partielle d'actif en droit de l'OHADA

433. L'ancien droit français, comme le droit de l'OHADA, consacre deux types de concordat : le concordat ordinaire et le concordat offrant une cession en bloc des actifs du débiteur. Le concordat tend au règlement des dettes du failli et à sa réhabilitation. À la différence du traité à forfait qui est une aliénation, le concordat est de nature transactionnel

¹¹²³ François GISSER, « La cession à forfait », *op. cit.*, n° 10.

¹¹²⁴ Sur cette analogie avec le concordat par abandon d'actif et pour tout ce qui précède, v. G. TOUJAS, « De la cession à forfait en période d'union », *op. cit.*, respectivement n^{os} 10 et ss et n^{os} 20 à 23.

car terminant un litige. La cession en bloc d'actifs intervenant dans le cadre du concordat est donc l'accessoire du redressement du débiteur, quand bien même elle ne serait pas résiduelle dans le concordat par abandon total d'actif de l'ancien régime français (1). En droit de l'OHADA, en plus d'être l'accessoire du redressement du débiteur, la cession en bloc reste résiduelle car il s'agit de vendre des éléments d'actif non rentables et qui pourraient constituer une entreprise (2).

1) Le concordat par abandon total ou partiel d'actif

434. Introduit par une loi du 17 juillet 1856¹¹²⁵, le concordat par abandon d'actif est « *un traité par lequel le failli fait à ses créanciers l'abandon de tout ou partie de ses biens, en échange de sa libération, pour le cas où les biens abandonnés ne suffiraient pas à les désintéresser complètement* »¹¹²⁶. Il s'agit d'un contrat librement consenti entre le débiteur et ses créanciers et qui est assujéti aux mêmes conditions de formes que le concordat ordinaire. Il est exigé le concours de la majorité des créanciers¹¹²⁷ et l'homologation du tribunal.

Ce contrat est né de la pratique qui avait trouvé un état intermédiaire entre, d'une part le contrat d'union, et d'autre part le concordat. Comme le contrat d'union, le concordat par abandon d'actif donne aux créanciers la totalité ou une partie des biens appartenant à leur débiteur (totalement dessaisi). La réalisation de l'actif abandonné s'opère, comme en matière de liquidation, sous le régime de l'union¹¹²⁸. C'est ici une différence fondamentale avec le traité à forfait dont le régime juridique est spécial.

Comme le concordat ordinaire, le concordat par abandon d'actif contient un pacte de remise qui libère le failli de toute poursuite ultérieure de ses créanciers, dès lors que les

¹¹²⁵ Art. 541 du Code de commerce (loi du 17 juillet 1856) :

« *Aucun débiteur commerçant n'est recevable à demander son admission au bénéfice de cession de biens.*

Néanmoins un concordat par abandon total ou partiel de l'actif du failli peut être formé, suivant les règles prescrites par la section II du présent chapitre.

Ce concordat produit les mêmes effets que les autres concordats ; il est annulé ou résolu de la même manière.

La liquidation de l'actif abandonné est faite conformément aux paragraphes 2, 3 et 4 de l'art. 529, aux art. 532, 533, 534, 535, et 536, et aux paragraphes 1^{er} et 2^e de l'art. 537.

Le Concordat par abandon est assimilé à l'union pour la perception des droits d'enregistrement ».

¹¹²⁶ Édouard DALLOZ fils, Ch. VERGÉ fils, Charles VERGÉ, Gaston GRIOLET, *Les Codes annotés, supplément au Code de commerce*, Paris 1896, n°17854.

¹¹²⁷ Majorité en nombre et majorité en somme des trois quart avant la loi du 4 mars 1889, et des deux tiers depuis cette loi.

¹¹²⁸ Bordeaux, 24 déc. 1866, J.G.S., *Faillites et banqueroutes, liquid. judic.*, 986 : L'article 572 du Code de commerce qui règle la forme des ventes des immeubles en cas d'union est applicable en cas de concordat par abandon.

dividendes promis ont été touchés¹¹²⁹. Il n'y a point concordat par abandon d'actif dès lors qu'après abandon de son actif à ses créanciers, le failli s'engage à leur payer dans un certain délai ce qui leur restera dû¹¹³⁰.

Dans le fond, le concordat par abandon d'actif s'apparente à la « cession de biens », vieille institution¹¹³¹ qui a disparu du Code de commerce après la loi du 28 mai 1838. La « cession de biens » était l'abandon de tous les biens du débiteur. Tout comme le concordat par abandon d'actif, il y avait lieu à cession en bloc d'actifs dans les formes prescrites pour les ventes faites par union des créanciers¹¹³². Toutefois, les deux opérations diffèrent. La « cession de biens » devait en effet être acceptée à l'unanimité des créanciers et ne libérait le débiteur qu'à concurrence de la valeur des biens cédés. Elle était une faveur que la loi accordait au débiteur malheureux mais de bonne foi, afin se soustraire de la contrainte par corps¹¹³³.

2) Le concordat comportant une cession partielle d'actif en droit de l'OHADA

435. Le concordat comportant une cession partielle d'actif trouve un antécédent dans le concordat par abandon d'actif issu du Code de commerce tel qu'il a été rendu applicable en Afrique pendant la période coloniale¹¹³⁴. Il est formé suivant les mêmes règles, produit les mêmes effets, est annulé et résolu pour les mêmes causes que le concordat simple¹¹³⁵. Comme le concordat par abandon d'actif, le concordat comportant une cession partielle d'actif est destiné à payer les créanciers grâce à la cession en bloc des actifs du débiteur. Ces actifs peuvent concerner des biens corporels ou incorporels, des biens meubles ou immeubles (art. 131 al 2 AUPC). Le législateur de l'OHADA, à la suite du législateur français de 1985, conçoit la cession d'entreprise en difficulté comme une solution heureuse de la procédure collective. Il admet ainsi, contrairement au concordat par abandon d'actif, que la cession en bloc dans le concordat comportant une cession partielle d'actif puisse concerner des biens susceptibles d'exploitation autonome permettant d'assurer le maintien d'une activité économique. C'est ici une innovation du droit de l'OHADA.

¹¹²⁹ I. ALAUZET, *Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale*, 2^e éd., tome IV (1^{re} partie), Des faillites et banqueroutes, Paris 1871, n° 2751 à 2753.

¹¹³⁰ Amiens, 6 janvier 1883, *D. P.* 85. 2. 205.

¹¹³¹ Institution parce qu'elle pouvait être volontaire ou judiciaire.

¹¹³² M. THIERIET, *op. cit.*, p. 24.

¹¹³³ P. BRAVARD-VEYRIÈRES, *Manuel de droit commercial*, 2^e éd., Paris 1840, p. 572-576.

¹¹³⁴ F. M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 287.

¹¹³⁵ *Supra*, n°s 385 à 397.

Ce nouveau type de concordat emprunte aussi au traité à forfait. En effet, contrairement au concordat par abandon d'actif —qui obéit au régime juridique de la liquidation—, le traité à forfait obéit à un régime spécial. Les règles de la liquidation des biens sont ainsi écartées quand il s'agit du concordat comportant une cession partielle d'actif. La cession est globale, et des garanties sont instituées afin de protéger les créanciers.

Il est clair, après ces analogies, que l'entreprise dans la cession n'est pas la finalité du droit de l'OHADA. Sa cession est résiduelle dans la mesure où la vente est partielle et ne concerne qu'une branche d'activité dont la rentabilité est médiocre. Ceci dit, l'essentiel de l'entreprise reste entre les mains du débiteur. La cession d'entreprise est en outre accessoire dans la mesure où l'opération vise principalement et d'abord la vente d'actifs, ces actifs pouvant éventuellement constituer une entreprise (c'est-à-dire des actifs exploitables de façon autonome, et toujours en activité). L'objectif est de redresser le débiteur en payant les dettes par la vente de ses actifs. Cette vision contraste avec celle du législateur français, qui fait de l'entreprise la finalité du redressement.

Paragraphe 2- L'autonomie de la cession dans l'intérêt primordial de l'entreprise

436. L'évolution des procédures collectives est fondamentale dans l'analyse de la cession d'entreprise comme technique de sauvetage de l'entreprise en difficulté. Un auteur évoque le passage du « *droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise* », pour résumer une évolution qui se recentre sur l'entreprise¹¹³⁶. Le principe de la « distinction de l'homme et de l'entreprise », essentiel dans cette évolution contemporaine du droit des procédures collectives, fait son apparition dans la législation du 13 juillet 1967. Selon ce principe, les sanctions qui peuvent frapper le débiteur ou les dirigeants ne peuvent retentir sur le sort de l'entreprise débitrice. La procédure de règlement judiciaire —procédure qui aboutit au concordat— n'est ouverte qu'au débiteur qui est en mesure de proposer un concordat sérieux¹¹³⁷. Avant cette législation, le règlement judiciaire instituée par le décret du 20 mai 1955 était réservée au commerçant de

¹¹³⁶ Pierre-Michel LE CORRE, « 1807-2007, 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise », *op. cit.*

¹¹³⁷ Art 7 loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement Judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes.

bonne moralité ; ce qui signifiait que le critère du redressement du débiteur n'était pas fonction de son aptitude à se redresser. Une telle vision n'est pas pertinente sur un plan économique. Elle condamne certaines entreprises saines qui ne peuvent accéder au concordat sous le prétexte que leur dirigeant est malhonnête¹¹³⁸. Avec l'affirmation de la séparation de l'homme et de l'entreprise, peuvent désormais bénéficier du règlement judiciaire les affaires susceptibles de se redresser ; *a contrario*, sont vouées à la liquidation des biens les affaires non susceptibles de redressement. Le critère du redressement n'est plus la bonne ou mauvaise foi du débiteur mais plutôt la viabilité de son affaire. On ne redresse plus le débiteur, on redresse le « *patrimoine* » de celui-ci¹¹³⁹. Derrière cette volonté de sauvegarder le patrimoine du débiteur, se cachent mal les préoccupations sociales et économiques du législateur car il est bien ici question de l'entreprise ; entité exerçant une activité économique de production, de transformation, de distribution de biens ou de services, ou de certaines de ces fonctions¹¹⁴⁰. L'entreprise est en passe de devenir l'objet principal du droit des procédures collectives, et le traitement du débiteur devient l'objet accessoire. Les procédures sont d'ailleurs étendues aux personnes morales même non commerçantes (art. 1^{er} loi du 13 juillet 1967).

Le critère de viabilité de l'entreprise a le mérite d'envisager que le succès ou l'échec du concordat ne tienne plus en la personne du dirigeant, mais en des éléments objectifs qui lui sont extérieurs¹¹⁴¹. Cependant, le grief économique fait à la loi du 20 mai 1955 est tout aussi opposable à la loi du 13 juillet 1967. En effet, le sort de l'entreprise étant lié au concordat souverainement accordé par les créanciers, le redressement d'entreprises viables pourraient être suspendues aux humeurs de la masse. De plus, la séparation de l'homme et de l'entreprise est partielle dans la mesure où une entreprise individuelle viable ne peut pas bénéficier d'un concordat dès lors que l'entrepreneur est de mauvaise foi et frappé de faillite personnelle. Il en résulte que la moralité du débiteur peut toujours avoir un impacte sur le redressement de l'entreprise économiquement viable. Le dispositif législatif mis en place est donc insuffisant pour une effectivité du principe de distinction de l'homme et de l'entreprise. Pour aller dans le sens d'une plénitude du principe, la forme juridique de l'entreprise (individuelle ou sociétale) doit être perçue

¹¹³⁸ Pierre-Michel LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 6^e éd., Dalloz, Paris 2011, n° 042.34.

¹¹³⁹ « *Le tribunal qui constate la cessation des paiements prononce le règlement judiciaire du patrimoine du débiteur ou la liquidation des biens de ce dernier...* » Art. 6 al 1, loi n° 67-563 du 13 juillet 1967.

¹¹⁴⁰ L'application du règlement judiciaire est d'ailleurs étendue au-delà des commerçants, à toute personne morale de droit privée même non commerçante (art. 1^{er} loi du 13 juillet 1967).

¹¹⁴¹ Par exemple l'environnement économique, le marché, la masse salariale...

comme un contenant, l'entreprise étant elle-même le contenu. En cas de difficultés conduisant à une cessation des paiements, il y a lieu de discerner si ces difficultés proviennent du contenant ou du contenu. L'idéal serait le redressement de l'entreprise avec le débiteur à sa tête. Tout de même, lorsque le redressement du débiteur — dont l'entreprise n'est qu'un élément du patrimoine — se révèle impossible, il y a lieu de changer le contenant c'est-à-dire, d'envisager le redressement seul de l'entreprise.

Une telle vision du principe de séparation de l'homme et de l'entreprise est extrême car le redressement pourrait avoir lieu par dépossession du débiteur, c'est-à-dire par la cession forcée de son entreprise à un tiers supposé plus capable. La doctrine et la jurisprudence vont pourtant aller dans ce sens avec la complicité du législateur. Elles vont permettre, par une *perversion* du mécanisme de la cession à forfait¹¹⁴², l'utilisation de cette technique comme un véritable mode de sauvetage de l'entreprise. Ainsi s'opère une socialisation de la cession à forfait¹¹⁴³ (A).

Ce *forcing juridique* présente toutefois le mérite de dissimuler l'expropriation du débiteur en la faisant intervenir après le dessaisissement total du débiteur. En effet, la cession d'entreprise a lieu après l'ouverture de la procédure de liquidation des biens. Le législateur de 1985 n'aura pas cette délicatesse (de la dissimulation), mais va pleinement tirer conséquence du principe de distinction de l'homme et de l'entreprise en consacrant la prééminence de l'entreprise. Celle-ci apparaît comme le principe directeur premier situé au sommet de l'édifice législatif, ravalant la protection des créanciers et leur paiement à un second rôle¹¹⁴⁴. La solution du redressement est désormais propre à l'entreprise indépendamment de toute considération pour son exploitant, c'est-à-dire le débiteur. S'opère ici selon un auteur¹¹⁴⁵, le passage d'un *Droit des procédures collectives* vers un *Droit des entreprises en difficulté*. La cession d'entreprise est consacrée comme une solution autonome et une alternative au même titre que la continuation de l'entreprise avec le débiteur (B).

¹¹⁴² Michel JEANTIN, note sous CA Poitiers, 18 février 1983, *op.cit.*

¹¹⁴³ François GISSER, « La cession à forfait », *op. cit.* n° 33.

¹¹⁴⁴ Aldo RIZZI, *La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives*, *op. cit.*, n° VI, p. 15.

¹¹⁴⁵ Pierre-Michel LE CORRE, « 1807-2007, 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise », *op. cit.* n° 34.

A) De la cession à forfait à la cession d'entreprise : l'évolution depuis la loi française du 13 juillet 1967

437. L'évolution du traité à forfait s'est faite par dénaturation du mécanisme. Initialement institué pour faciliter la liquidation résiduelle de créances douteuses du débiteur, le traité à forfait va subir une métamorphose pour perdre, sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, sa nature contractuelle et subsidiaire¹¹⁴⁶.

La perte de sa nature contractuelle est un fait du législateur. L'article 88 de la loi de 1967 dispose que « *le tribunal peut, à la demande d'un créancier, du débiteur, ou du syndic, autoriser ce dernier à traiter à forfait de tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier et à l'aliéner* ». Il en résulte que la juridiction consulaire perd son rôle supplétif pour devenir l'organe décisionnel en matière de cession à forfait. Le vote des créanciers est supprimé et la décision du tribunal n'est susceptible ni d'opposition, ni d'appel, ni de recours en cassation¹¹⁴⁷. La loi de 1967 imprime une nouvelle vision du traité à forfait marqué par le recul des intérêts des créanciers et du débiteur. Le syndic qui prend l'initiative de saisir le tribunal n'est d'ailleurs nullement tenu d'informer les créanciers ou le débiteur. Des correctifs vont être apportés à cette situation des parties. Un revirement de la Chambre commerciale de la cour de cassation en date du 6 janvier 1982¹¹⁴⁸ ouvre en effet au débiteur ainsi qu'aux créanciers et au syndic, des voies de recours contre les décisions autorisant la cession à forfait, à la condition que ces recours contestent l'existence même du traité à forfait et non pas le caractère avantageux ou non de celui-ci. L'appel sera plus tard ouvert au ministère public par la loi du 15 octobre 1981 et le décret du 9 avril 1982¹¹⁴⁹. Ce décret, en son article 16, réintroduit l'obligation préalable de requérir les observations du débiteur en cas de demande d'autorisation de cession à forfait émanant du syndic¹¹⁵⁰. Malgré ces correctifs, la cession à forfait est passée d'une nature conventionnelle à une nature judiciaire.

438. Sous l'empire de la loi de 1967, la cession perd également son caractère résiduel dans la liquidation des biens. L'opération, initialement une technique de paiement des créanciers, change de finalité pour devenir un mécanisme d'évitement de la dispersion des

¹¹⁴⁶ Sur les caractères contractuelle et subsidiaire du traité à forfait, v. *supra*, n° 431.

¹¹⁴⁷ Art. 103, 5° (loi n° 67-563 du 13 juillet 1967).

¹¹⁴⁸ Cass. com. 6 janvier 1982 : *Bull. civ.* IV, n° 5, p. 4 ; *D.* 1982, p. 107, note F. DERRIDA ; *JCP* 1982, éd. C.I., 10800, n° 7, obs. CABRILLAC et VIVANT.

¹¹⁴⁹ Loi n° 81-927 du 15 octobre 1981 et décret n° 82-327 du 9 avril 1982.

¹¹⁵⁰ Pour tout ce qui précède v. François GISSER, « La cession à forfait », *op. cit.* n°s 27 à 30.

éléments constitutifs de l'entreprise¹¹⁵¹. En donnant au juge l'exclusivité de la décision de céder à forfait et à défaut de mode d'emploi prévu par le législateur, toute latitude est laissée aux juridictions pour faire évoluer la cession à forfait vers une cession d'entreprise. En effet, le règlement judiciaire qui est la seule procédure de redressement du débiteur n'envisage pas la possibilité de cession de l'entreprise. La cession à forfait, permettant une cession en bloc des actifs, est cependant exclusivement liée au prononcé de la liquidation des biens. Ainsi, dès lors qu'un repreneur se présente, le président du tribunal de commerce convertit rapidement le règlement judiciaire en liquidation des biens afin de permettre une cession d'entreprise¹¹⁵² par le biais de la cession à forfait. Si pour la jurisprudence antérieure l'existence d'un aléa est la condition de validité de la cession à forfait¹¹⁵³, la jurisprudence sous l'empire de la loi de 1967 fait preuve d'un très grand libéralisme dans l'exigence de ce caractère aléatoire. Pourtant, l'élargissement de la notion d'aléa fait perdre toute spécificité au traité à forfait, car c'est en effet cet aléa qui justifie l'exclusion de toute garantie dans l'opération. Initialement, l'aléa était lié à l'incertitude des droits, du matériel et de la valeur vénale des biens cédés. Une Cour d'appel a cependant retenu que l'aléa résulterait des difficultés que le repreneur rencontre dans sa tâche de redressement. Un tel aléa est pourtant présent dans toute cession de biens productifs et ne saurait, seul, caractériser la vente à forfait¹¹⁵⁴.

La cession à forfait, malgré sa localisation dans la procédure de liquidation des biens, n'est donc plus un accessoire de la liquidation du patrimoine du débiteur. Elle est devenue un accessoire du redressement des affaires de ce dernier. Le but de la cession n'est pas tant la transmission d'éléments patrimoniaux, que la reprise de l'activité d'une entreprise en difficulté¹¹⁵⁵. Le choix de l'offre est motivé par les garanties financières et techniques du repreneur, dans le but de permettre une reprise rapide de l'activité de l'entreprise¹¹⁵⁶. Des considérations d'opportunité sont désormais prises en compte par la jurisprudence qui s'inscrit dans le dépassement de la conception strictement patrimoniale de la faillite dont la loi du 13 juillet 1967 n'a pu totalement se détacher. Le choix de l'offre doit cependant être conforme à l'intérêt collectif des créanciers. Le jugement doit donc

¹¹⁵¹ Fernand DERRIDA, note sous CA Paris, 3^e ch, 21 décembre 1976, *Journal de Agrées (RJC)*, 1977, Jurispr. n° 806, p. 212.

¹¹⁵² Alain COURET, « La cession de l'entreprise dans le cadre d'une procédure collective », *Bulletin Joly Sociétés*, 1^{er} mars 1986, n° 3, p. 289, spéc. n° 4.

¹¹⁵³ *Supra*, n° 431.

¹¹⁵⁴ Michel JEANTIN, note sous CA Poitiers, 18 février 1983, *D.* 1983, p. 405, *op. cit.*

¹¹⁵⁵ *Ibid.*

¹¹⁵⁶ *Ibid.* (CA Poitiers, 18 février 1983, *D.* 1983, p. 404, *op. cit.*).

réaliser le meilleur compromis : « *la cession à forfait (étant) le seul moyen pour réaliser l'actif (du débiteur) au mieux de l'ensemble des intérêts concernés, tant des créanciers que des salariés et même de l'économie régionale* »¹¹⁵⁷. Cependant les faits ne permettent malheureusement pas toujours au tribunal d'exercer son choix en toute liberté. Des personnes dont le rôle n'est pas prévu par le législateur interviennent souvent de façon décisive pour imposer un choix au juge. Il s'agit des syndicats et de l'État. Le Tribunal de commerce de Paris a pu ainsi refuser l'offre du candidat qui lui paraissait à même de réaliser le meilleur compromis, pour valider celle du candidat soutenu par le personnel de l'entreprise. En l'espèce, une mauvaise information avait laissé croire que les pouvoirs publics avaient marqué leur préférence à un candidat. Le personnel avait dès lors fait savoir que le refus du tribunal de donner la préférence à ce candidat entraînerait une grève illimitée. La situation ainsi créée réduisant à néant les tentatives de sauvetage de l'entreprise, le tribunal a suivi le choix du personnel de l'entreprise après avoir constaté qu'il était lui-même soumis à des pressions affectant sa liberté de décision¹¹⁵⁸.

439. Les imperfections de la loi du 13 juillet de 1967 ont conduit la doctrine à souhaiter l'avènement d'un droit autonome de la cession d'entreprise en difficulté qui soit détaché du clivage créancier-débiteur et du droit de la vente (afin d'imposer des obligations spécifiques à l'acquéreur). Ce souhait est entendu par le législateur de 1985 qui érige la cession d'entreprise comme une procédure autonome occupant une place importante à côté du règlement judiciaire et de la liquidation des biens, respectivement rebaptisés redressement et liquidation judiciaires.

B) L'autonomie de la cession d'entreprise et la subsidiarité du paiement des créanciers en France à partir de 1985

440. La loi du 25 janvier 1985 pousse la distinction de l'homme et de l'entreprise jusqu'à son paroxysme et focalise toutes les procédures sur la sauvegarde de l'entité économique. Elle substitue en effet au règlement judiciaire et à la liquidation des biens une procédure unique 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* »¹¹⁵⁹. Une hiérarchisation des finalités est ainsi définie. La priorité est accordée au sauvetage de

¹¹⁵⁷ *Ibid.*

¹¹⁵⁸ Trib. com. de Paris, 6 octobre 1980, obs. Lucien M. MARTIN, Banque, 1980, p. 1437.

¹¹⁵⁹ Art. 1^{er} Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

l'entreprise par le maintien de l'activité et de l'emploi, et un intérêt subsidiaire est prêté à l'apurement du passif. Le paiement des créanciers « *devient officiellement le cadet des soucis du législateur* »¹¹⁶⁰. La tentative de redresser l'entreprise est d'ordre public, quitte à la débarrasser —si nécessaire— de son exploitant. Une « *forme d'expropriation sans indemnité pour cause d'utilité privée* »¹¹⁶¹ est ainsi consacrée, et toute entreprise en redressement judiciaire est à vendre¹¹⁶². La vente a lieu selon des règles spéciales qui garantissent la sauvegarde de l'entreprise et le respect de ses engagements par le cessionnaire¹¹⁶³. Le tribunal dispose donc, en matière de redressement, de deux modalités autonomes mais cumulables : soit il arrête un plan de continuation, soit il arrête un plan de cession, soit il arrête un plan de continuation assorti d'un plan de cession partielle.

Le plan de continuation est celui présenté par le débiteur, personne physique ou morale, à l'encontre de laquelle a été ouverte la procédure collective. Le plan de cession quant à lui opère de façon chirurgicale et sans le consentement du débiteur cédant. Elle s'apparente à une saisie. « *Alors que la continuation tend à guérir le patient, la cession recherche la survie de ses organes sains, greffés sur un meilleur porteur, le cessionnaire* »¹¹⁶⁴. L'option entre le plan de continuation et le plan de cession est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond¹¹⁶⁵. Ceux-ci se fondent pour opérer le choix, sur la hiérarchie des finalités de la loi : le maintien de l'activité, de l'emploi, et l'apurement du passif. Ainsi, pour le maintien de l'activité, le débiteur se retrouve concurrencé par les candidats à la reprise de l'entreprise. Pour une partie de la doctrine, en cas d'hésitation, la préférence doit être accordée par les juges du fond au plan de continuation présenté par le débiteur¹¹⁶⁶. Ce plan conduit généralement à des perspectives plus favorables pour les créanciers et le débiteur. Pour cette doctrine, il n'est pas acceptable que la sauvegarde de quelques emplois puisse prévaloir sur le règlement possible de la totalité du passif¹¹⁶⁷. Toutefois, certaines juridictions consulaires plaçant à égalité le plan de continuation et le

¹¹⁶⁰ Françoise PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 9^e éd., L.G.D.J., Paris, 2012, n° 13.

¹¹⁶¹ Pierre-Michel LE CORRE, « 1807-2007, 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise », *op. cit.* n° 21.

¹¹⁶² Art. 21 al 1 Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985.

¹¹⁶³ Avant la réforme du 25 janvier 1985, c'est au syndic qu'il revenait de subordonner la cession à des clauses ou conditions de nature à atteindre l'objectif recherché par l'opération : Poitiers, 18 février 1983, *D.* 1983, p. 404, *op. cit.*

¹¹⁶⁴ Françoise PÉROCHON, Régine BONHOMME, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, 4^e édition, Paris, L.G.D.J., 1999, n° 333.

¹¹⁶⁵ Cass. com., 10 juillet 1990, *JCP* 1990, éd. G, IV, 344 ; *Rev. proc. coll.*, 1991-3, n° 5, p. 289, obs. B. SOINNE.

¹¹⁶⁶ Yves GUYON, *Droit des affaires, Entreprises en difficulté redressement judiciaire – faillite*, *op. cit.*, n° 1275.

¹¹⁶⁷ Bernard SOINNE, *Traité des procédures collectives*, *op. cit.*, n°1548.

plan de cession, privilégient plus l'aspect relatif à l'emploi par rapport à celui concernant le remboursement des créances¹¹⁶⁸. Cette position n'est pas contraire à la volonté du législateur qui multiplie les occasions de maintenir l'emploi par voie de cession d'entreprise, en instituant une possibilité permanente de recourir à cette technique dès que le débiteur est en cessation des paiements. En effet, dès l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, les tiers sont admis à soumettre à l'administrateur des offres tendant au maintien de l'activité de l'entreprise, y compris par voie de cession¹¹⁶⁹. La cession d'entreprise est possible aussi bien en redressement qu'en liquidation judiciaires.

Si la réforme de 1985 fait coexister une procédure autonome et une procédure résiduelle de la cession d'entreprise (1), il faut attendre la réforme de 2005 pour une procédure unifiée et une hiérarchisation entre continuation et cession (2).

1) La coexistence d'une cession autonome et d'une cession résiduelle de l'entreprise

441. L'une des innovations les plus marquantes de la loi du 25 janvier 1985 est d'avoir conçu et concrètement organisé la cession d'entreprise en difficulté comme une solution autonome de redressement. Cette cession a pour but « *d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif* »¹¹⁷⁰. La priorité donnée au redressement de l'entité économique (par le maintien de l'activité et de l'emploi) conduit le législateur à envisager une cession permanente et multiforme de l'entreprise. Deux types de cession sont envisagés : le plan de cession d'entreprise avec ses variantes et la cession d'unité de production en liquidation judiciaire.

442. La cession d'entreprise opérée en exécution d'un plan de redressement est une modalité autonome du redressement judiciaire. Elle peut être totale ou se conjuguer avec un plan de continuation ; on parlera dans ce dernier cas de cession partielle. Les appellations cession totale et cession partielle ne sont pas fonction de l'étendu des biens ou de l'exploitation cédés, mais du régime juridique applicable. Il n'est donc pas nécessaire que le plan de cession embrasse l'ensemble des activités du débiteur —et porte sur les principaux biens affectés à ces activités— pour être qualifié de « totale ». De même, il ne

¹¹⁶⁸ Paris 11 juillet 1990, *Rev. proc. coll.*, 1993-2, p. 301, n° 3, obs. B. SOINNE.

¹¹⁶⁹ Art. 21 al 1 loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 précité.

¹¹⁷⁰ Art. 81 al 2 loi n° 85-98 du 25 janvier 1985.

suffit pas pour ce plan de porter sur une partie de ces mêmes activités pour être qualifié de « cession partielle »¹¹⁷¹.

La cession totale est celle qui n'est pas assortie d'un plan de continuation, et qui par conséquent entraîne certains effets de la liquidation judiciaire. À l'instar du jugement qui prononce la liquidation judiciaire¹¹⁷², le jugement qui arrête le plan de cession totale de l'entreprise rend exigibles les dettes non échues¹¹⁷³. Il y a répartition du prix entre les créanciers suivant leur rang, sous réserve des dispositions applicables aux biens grevés d'un privilège spécial, d'un nantissement ou d'une hypothèque. Une quote-part du prix de la cession est dans ce cas affectée par le tribunal à chacun de ces biens pour la répartition du prix et l'exercice du droit de préférence¹¹⁷⁴. Parallèlement, le jugement de clôture des opérations de cession entraîne le recouvrement par les créanciers de leur droit de poursuite individuelle dans les conditions fixées par l'article 169 de la loi¹¹⁷⁵. Cet article est relatif au jugement de clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif. Enfin, l'article 1844-7-7° du Code civil dans sa rédaction issue de la loi du 5 janvier 1988, prévoit la dissolution de la personne morale soumise à la procédure de redressement judiciaire par l'effet du jugement ordonnant la cession totale des actifs¹¹⁷⁶. Les biens non compris dans le plan de cession sont vendus selon les modalités prévues dans la procédure de liquidation judiciaire. Il n'y a cependant pas lieu de prononcer la liquidation judiciaire¹¹⁷⁷.

La cession partielle est celle qui s'accompagne nécessairement d'un plan de continuation. Elle porte sur un ensemble d'éléments d'exploitation qui forment une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activités¹¹⁷⁸. Elle s'accorde avec les règles relatives au plan de continuation et exclut les dispositions qui en sont incompatibles. Est à ce titre exclue la règle de l'exigibilité immédiate des créances à terme. De même, il n'y a pas répartition du prix de cession qui est versé à l'entreprise afin d'aider au financement de la continuation d'exploitation¹¹⁷⁹. Les créanciers titulaires de sûreté réelle sur les actifs cédés sont toutefois payés. Mais il est d'ailleurs possible, même dans cette dernière hypothèse, d'éviter le paiement des créanciers inscrits en substituant aux sûretés grevant

¹¹⁷¹ Pour une opinion contraire, v. Hervé LE NABASQUE, « La cession de l'entreprise en redressement judiciaire », *JCP E*, n° 19, 10 Mai 1990, 15770, spéc. n°s 16 à 18.

¹¹⁷² Art. 160 loi n° 85-98 du 25 janvier 1985.

¹¹⁷³ Art. 91 loi n° 85-98 du 25 janvier 1985.

¹¹⁷⁴ Art. 93 al 1 loi n° 85-98 du 25 janvier 1985.

¹¹⁷⁵ Art. 92 al 3 loi n° 85-98 du 25 janvier 1985.

¹¹⁷⁶ Bernard SOINNE, *Traité des procédures collectives*, op. cit., n°1652 et 1654.

¹¹⁷⁷ Art. 81 al 4 loi n° 85-98 du 25 janvier 1985.

¹¹⁷⁸ Art. 81 al 3 loi n° 85-98 du 25 janvier 1985.

¹¹⁷⁹ Art. 79 loi n° 85-98 du 25 janvier 1985.

les biens cédés, une autre garantie présentant des avantages équivalents. Enfin, en cas de plan de cession partiel d'entreprise, il n'y a pas recouvrement par les créanciers de leur droit de poursuite individuelle, et encore moins dissolution de la personne morale.

L'autonomie de la cession d'entreprise permet tous les cas de figure possibles. Le tribunal peut ainsi prononcer une cession totale en la faveur d'un ou plusieurs repreneurs, ou encore prononcer une ou plusieurs cessions partielles assorties d'un plan de continuation.

443. La cession d'unités de production dans le cadre de la liquidation judiciaire est une modalité résiduelle de la procédure de liquidation judiciaire. Il s'agit du cas où se trouvent à l'intérieur de l'entreprise en liquidation, des unités de production viables dont il convient d'éviter le démantèlement. La cession d'unités de production est un moyen de sauvegarde de l'activité et de l'emploi. Le liquidateur choisit l'offre qui lui paraît la plus sérieuse et permettant, dans les meilleures conditions, d'assurer durablement l'emploi et le paiement des créanciers¹¹⁸⁰. Le tribunal de commerce de Paris a jugé que l'unité de production suppose l'existence « *d'un ensemble de moyens matériels et humains permettant la poursuite ou la naissance d'une activité économique* »¹¹⁸¹. Il y a donc cession d'unité de production lorsque celle-ci permet, soit la continuation d'une exploitation, soit la naissance ou la renaissance d'une activité économique, et ce à l'aide des seuls éléments cédés¹¹⁸². La cession obéit au même régime que la cession d'entreprise opérée en exécution d'un plan de redressement : « *Dans un cas on décide de liquider, et on cède certains éléments. Dans l'autre cas, on décide de céder certains éléments et on liquide les autres* »¹¹⁸³. Toutefois, contrairement à la cession d'entreprise qui est décidée par le tribunal, la cession d'unité de production est décidée par le juge-commissaire. En outre, il n'est pas prévu la transmission des contrats nécessaires au maintien de l'activité comme cela est le cas en matière de cession d'entreprise en redressement judiciaire.

La liquidation judiciaire ne se traduit donc pas forcément par une dispersion de l'ensemble de l'entreprise.

¹¹⁸⁰ Art. 155 al 5 loi n° 85-98 du 25 janvier 1985.

¹¹⁸¹ Paris 27 février 1990, *Rev. proc. coll.*, 1990-4, p. 418, obs. B. DUREIL ; *RTD com.*, 1990, 479, obs. HAEHL.

¹¹⁸² Bernard SOINNE, *Traité des procédures collectives*, op. cit., n° 2386.

¹¹⁸³ Yves GUYON, *Droit des affaires, Entreprises en difficulté redressement judiciaire – faillite*, op. cit., 2003, n° 1298.

2) La consécration d'une cession unique autonome de l'entreprise par la loi du 26 juillet 2005

444. La loi du 26 juillet dite « de sauvegarde des entreprises », met un terme à la rivalité entre le plan de cession en procédure de redressement et la cession d'unité de production en procédure de liquidation. Elle repense la cession d'entreprise en raisonnant prioritairement par rapport au débiteur, mais non plus par rapport à l'entreprise. En effet, cette loi localise formellement le plan de cession dans la procédure de liquidation judiciaire et y transfère toute sa réglementation. La réalisation de l'actif a lieu, soit par la cession d'entreprise, soit par la cession d'actifs isolés du débiteur. Cette nouvelle architecture du plan de cession semble un retour en arrière, à la loi du 13 juillet 1967 consacrant la cession à forfait¹¹⁸⁴. Ce contrat, qui avait permis des cessions d'entreprise, était originellement une technique résiduelle de la liquidation des biens du débiteur. Le bouleversement apporté par la loi de sauvegarde des entreprises pose nécessairement la controverse sur la nature du plan de cession. La cession d'entreprise est-elle une technique du redressement de l'entreprise ou est-elle de nature liquidative ?

La nature liquidative de la cession d'entreprise en difficulté a été soutenue par une partie de la doctrine. Aucun plan de cession total ne peut être arrêté en procédure de sauvegarde, tout au plus peut-il être envisagé des cessions partielles. Le projet originel de la loi avait même totalement banni la cession totale de la procédure du redressement judiciaire, imposant une liquidation judiciaire préalable. Le rapporteur à l'Assemblée nationale M. Xavier de Roux, dans son rapport soutenait que « *la possibilité actuelle de cession globale d'une entreprise en redressement judiciaire peut être considérée comme une fiction juridique, puisque ce procédé obéit à une logique de liquidation. Il s'agit bien d'une vente globale des biens du débiteur afin d'apurer le passif, et non d'un redressement de l'entreprise existante, puisque les dirigeants et les propriétaires changent* »¹¹⁸⁵. La cession forcée d'un patrimoine étant par essence de nature liquidative, il est logique que les règles relatives au plan de cession soient inscrites dans le titre sur la liquidation judiciaire¹¹⁸⁶.

¹¹⁸⁴ *Supra*, n° 437.

¹¹⁸⁵ X. de ROUX, rapport Ass. nat. n° 2095 (24 février 2005), 6464.

¹¹⁸⁶ Jérôme DEHARVENG, « Le plan de cession dans la nouvelle architecture des procédures collectives – Un événement et non plus une issue du cours de la procédure », *D.*, 2006, p. 1047, spéc. p. 1048 ; V. dans ce sens aussi Philippe FROEHLICH (mandataire judiciaire), « L'ambivalence du plan de cession totale dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Recueil Dalloz*, 2005 p. 2878.

445. Cette vision ne fait pas l'unanimité lorsqu'il est analysé le régime et les finalités du plan de cession.

D'abord dans la forme, la loi de sauvegarde, à l'issue d'une modification du projet de loi, maintient la possibilité d'adopter un plan de cession totale ou partielle de l'entreprise en phase de redressement judiciaire. L'Assemblée nationale n'a pas voulu cantonner le plan de cession à la procédure de liquidation judiciaire. Pour autant, le principe selon lequel le plan de cession devrait être arrêté en liquidation judiciaire est conservé¹¹⁸⁷. Il n'y a pas toutefois, comme dans la législation antérieure, deux types de cession : « une cession-redressement » et « une cession-liquidation ». Techniquement, l'application du plan de cession en redressement judiciaire a lieu sur renvoi aux dispositions relatives à la procédure de liquidation¹¹⁸⁸. « *Il n'existe [donc] dans la loi de sauvegarde qu'une seule et unique cession, mais qui peut être mise en œuvre dans deux procédures différentes* »¹¹⁸⁹. En procédure de redressement judiciaire, la cession d'entreprise présente un caractère subsidiaire car elle n'est ordonnée que si le débiteur est dans l'impossibilité d'en assurer lui-même le redressement¹¹⁹⁰. Les tiers, qui sont admis à soumettre dès l'ouverture de la procédure des offres de reprise totale ou partielle de l'entreprise¹¹⁹¹, n'entrent plus théoriquement en concurrence avec le débiteur comme dans le régime de 1985¹¹⁹².

Ensuite dans le fond, pour être des règles de la liquidation judiciaire, les dispositions relatives à la cession d'entreprise devraient logiquement avoir vocation à ne prendre en compte que les intérêts des créanciers. Or, ces règles sont presque exclusivement centrées sur l'entreprise et non sur les créanciers. La cession conserve le même but : « *assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif* »¹¹⁹³. Le choix de l'offre se fait par conséquent comme par le passé, c'est-à-dire, en considération de la continuation de l'activité, de la conservation des emplois et subsidiairement, du paiement des

¹¹⁸⁷ Pour une critique de l'impertinence de ce principe v. Corinne PEROT-REBOUL, « Les plans dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Petites affiches*, 17 février 2006, n° 35, p. 30.

¹¹⁸⁸ Art. L 631-22 al 1 du Code de commerce (art. 87 ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008).

¹¹⁸⁹ Philippe FROEHLICH, *op. cit.*

¹¹⁹⁰ Art. L 631-22 al 1 du Code de commerce (art. 87 ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008).

¹¹⁹¹ Art. L 631-13 du Code de commerce (art. 92, loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005).

¹¹⁹² Françoise PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 9^e éd., L.G.D.J., Paris, 2012, n° 1067 ; Sur cette concurrence des tiers sous le régime de la loi de 1985, v. *supra*, n° 440.

¹¹⁹³ Art. L 642-1, al 1 du Code de commerce (art. 111, loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005).

créanciers¹¹⁹⁴. Un auteur observe justement à ce propos que « *les objectifs du plan de cession sont ceux de la procédure de sauvegarde et ceux du redressement, ils se distinguent nettement des objectifs de la liquidation* »¹¹⁹⁵.

En conclusion, la loi du 26 juillet 2005 n'a pas opéré un changement de la nature du plan de cession malgré sa localisation formelle dans la procédure de liquidation judiciaire. Bien au contraire, elle a accru l'autonomie de la cession d'entreprise par un renforcement de la dissociation de l'homme et de l'entreprise.

446. Le redressement judiciaire est désormais la procédure du débiteur qui apure son passif. Il exclut en conséquence et normalement un changement dans la direction et dans l'actionnariat majoritaire¹¹⁹⁶. En droit positif, l'arrêté d'un plan de cession totale de l'entreprise pendant le redressement judiciaire n'entraîne plus de plein droit l'ouverture d'une procédure de liquidation. La période d'observation est poursuivie après la cession totale pour aboutir à l'arrêté d'un plan de redressement, et dans l'impossible, au prononcé de la liquidation judiciaire du débiteur¹¹⁹⁷. Un tel plan de redressement ne tendrait donc exclusivement qu'à l'apurement du passif puisque, par hypothèse, la totalité des activités ayant vocation à perdurer a été cédée¹¹⁹⁸. On ne saurait plus dès lors parler de plan de continuation.

En revanche, le bouleversement de la place de la cession d'entreprise dans la liquidation judiciaire change la nature de cette dernière procédure. Celle-ci n'est plus uniquement comme par le passé destinée à répartir entre les créanciers le produit de la réalisation des actifs du débiteur. Elle devient également, à l'issue de la réforme de 2005, une procédure destinée à permettre le maintien de l'activité et de l'emploi¹¹⁹⁹.

La cession d'entreprise en difficulté sous la loi du 26 juillet 2005 devient unique, acquiert plus d'autonomie tout en conservant une remarquable polyvalence comme l'observe un auteur ; selon la nature de la procédure à l'occasion de laquelle il est arrêté, le plan de cession peut constituer : « *tantôt une mesure au service de la liquidation du*

¹¹⁹⁴ Pierre-Michel LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 6^e éd., *op. cit.*, n° 530.09, spéc. p. 1116 et 1117.

¹¹⁹⁵ L.-C. Henry, « Le plan de cession et la loi de sauvegarde des entreprises », *Gaz. Pal.*, 7-8 sept. 2005, p. 39, spéc. n° 1.

¹¹⁹⁶ Corinne PEROT-REBOUL, *op. cit.*

¹¹⁹⁷ Art. L 631-22 al 3 du Code du commerce (art. 87 ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008).

¹¹⁹⁸ V. les développements du Professeur Françoise PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 9^e éd., *op. cit.*, n° 1072 à 1074.

¹¹⁹⁹ Gaël COUTURIER, « Le plan de cession, instrument de restructuration des entreprises défaillantes », *Bulletin Joly Sociétés*, 01 février 2008, n° 2, p. 142.

patrimoine du débiteur ; tantôt une mesure au service de son redressement, tantôt enfin une mesure de nature à permettre la réorganisation de son activité »¹²⁰⁰. Ainsi, même intervenue en liquidation judiciaire, la cession d'entreprise en droit français est certes une cession des biens du débiteur, mais n'a pas une finalité liquidative en ce sens qu'elle n'est pas résiduelle.

¹²⁰⁰ Marie-Laure COQUELET, « Le plan de cession : Faut-il déjà réformer ? », *RPC*, 2008-2, p. 128, n° 5.

CHAPITRE 2 : LE CONCORDAT COMPORTANT UNE CESSION PARTIELLE D'ACTIF ET LE PLAN DE CESSION D'ENTREPRISE

447. La cession d'activité comme mode de traitement des affaires défaillantes est le fruit d'une évolution allant d'une simple cession de biens, à la cession d'un ensemble composé de biens et de contrats permettant une activité autonome. Cette évolution de la cession globale d'actifs, qui est aussi celle des procédures collectives, est le passage d'une priorité de paiement des créanciers à une priorité de maintien de l'activité. En cela, on pourrait théoriquement résumer la comparaison de la cession d'activité en droit de l'OHADA et en droit français par une comparaison entre le droit positif et le droit antérieur français.

En effet, le concordat comportant cession partielle d'actif en droit de l'OHADA, tout comme toutes les formes primitives du plan de cession en droit français, poursuit un objectif de paiement des créanciers. La notion d'« entreprise » n'a pas une réelle portée juridique et ne peut être détachée du patrimoine du débiteur, gage commun des créanciers. Une cession décidée par la masse est une cession qui sert les intérêts des créanciers. Une cession dans le cadre d'un concordat est une cession pour le redressement du débiteur. Ainsi, si cession d'entreprise il doit y avoir, celle-ci est d'abord une cession d'actifs et reste, avant tout, l'accessoire d'une mesure de redressement du débiteur en procédure collective.

En droit positif français, le plan de cession est le *sacre* de l'autonomie de l'entreprise. L'ensemble cédé a une portée juridique distincte des autres biens composant le patrimoine du débiteur en procédure collective. Cet ensemble est perçu comme un patrimoine autonome, un patrimoine d'affectation qui échappe à la maîtrise de son auteur et au gage commun de ses créanciers. L'élément générateur de cette agrégation de biens du débiteur est la capacité de l'ensemble à générer de façon autonome une activité économique. L'élément déclencheur de l'autonomie juridique de cet agrégat est

l'impossibilité du débiteur à assurer lui-même le maintien de l'activité. L'ensemble est cédé. Cette cession est autonome car elle échappe aux règles du droit commun de la vente. L'autonomie juridique est renforcée par l'objectivation de liens contractuels du débiteur cédant. Le contrat, qui traditionnellement a une dimension personnelle¹²⁰¹, se retrouve comme un bien intégré à l'agrégat et cédé avec lui indépendamment des consentements des cocontractants. Il y a autonomie de l'opération de cession¹²⁰², autonomie de l'ensemble cédé¹²⁰³, et autonomie des contrats¹²⁰⁴. C'est ici une réception par le droit d'une notion, issue de la nomenclature des Sciences économiques, qu'est l'« entreprise ». En rendant l'entreprise autonome, le plan de cession exclut de sa finalité le redressement du débiteur. Il rend en outre subsidiaire le paiement des créanciers.

La place de la cession d'entreprise dans le droit des procédures collectives est ainsi mitigée. Elle peut aussi bien être un accessoire du redressement du débiteur et du paiement des créanciers comme en droit de l'OHADA (**section 1**), qu'une mesure autonome de redressement des affaires indépendamment du débiteur, comme en droit positif français (**section 2**).

SECTION 1- LA CESSION D'ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ EN DROIT DE L'OHADA : UNE PROCÉDURE COLLECTIVE DE PAIEMENT DES CRÉANCIERS¹²⁰⁵

448. La cession d'entreprise en droit de l'OHADA est avant tout une cession partielle d'actif. Elle est accessoire car elle ne concerne pas principalement l'activité, élément essentiel dans la notion d'entreprise, mais une cession d'actif globale. Elle est subsidiaire car l'objectif d'une telle opération, bien qu'intervenant en procédure de redressement judiciaire, n'est pas prioritairement le maintien de l'emploi et de l'exploitation. Cet objectif

¹²⁰¹ Les articles 1101 et ss du Code civil lient le contrat à une personne.

¹²⁰² La cession obéit à des règles propres à maintenir l'activité et l'emploi.

¹²⁰³ Les actifs cédés doivent nécessairement permettre de maintenir une exploitation autonome.

¹²⁰⁴ Les contrats essentiels se voient rattachés à l'entreprise et cédés avec elle. L'étendue de l'autonomie des contrats est à la mesure de l'atteinte portée à l'autonomie de la volonté des parties contractantes.

¹²⁰⁵ Sur la notion de procédure collective et celle de Droit des Entreprises en Difficulté, v. Pierre-Michel LE CORRE, « 1807-2007, 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise », *op. cit.*, spéc. n° 39.

concerne plutôt la réalisation, c'est-à-dire la transformation en liquidités, en espèces, des biens du débiteur. La cession est enfin une solution pour le débiteur défaillant, et non une solution pour l'entreprise en difficulté. La cession d'entreprise a lieu dans l'intérêt du débiteur et des créanciers, tous désireux que l'actif soit réalisé dans les meilleures conditions afin d'éponger le passif de la faillite pour le premier, et se voir intégralement rembourser leurs créances pour les seconds. La cession d'entreprise en droit de l'OHADA est une technique du redressement du débiteur (**paragraphe 1**) par/pour l'apurement de son passif (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1- Une cession d'entreprise accessoire d'une cession partielle des actifs du débiteur

449. La cession d'entreprise ou d'établissement est organisée dans le cadre plus global du concordat comportant cession partielle d'actif. Le concordat est une convention entre le débiteur et ses créanciers visant à trouver une solution favorable au débiteur par le maintien de son activité. Le concordat comportant cession partielle d'actif, comme en matière de concordat par abandon d'actif, est une mesure par laquelle la masse consent un remboursement au moins partiel par la liquidation immédiate d'éléments du patrimoine du débiteur. La cession partielle d'actif, qui accessoirement peut constituer une entreprise, vise alors avant tout la satisfaction des créanciers ; cela explique que les dispositions qui l'organisent soient quelque peu impropres à une cession d'entreprise (**B**). Le débiteur bénéficiaire du concordat cède donc une partie de ses actifs, certainement non rentables, tout en maintenant une activité économique lui permettant d'échapper à la liquidation judiciaire (**A**).

A) Une perspective du concordat de redressement¹²⁰⁶ du débiteur

450. L'article 2 deuxièmement de l'AUPC définit le redressement judiciaire comme une procédure destinée à la sauvegarde de l'entreprise et à l'apurement de son passif au moyen d'un concordat de redressement. Cet énoncé traduit mal la réalité de l'AUPC qui ne fait pas assez souvent la différence entre l'entreprise et le débiteur¹²⁰⁷. La procédure de redressement judiciaire a pour objectif en effet de redresser le débiteur par la sauvegarde

¹²⁰⁶ Au concordat de redressement adopté en procédure de redressement judiciaire, il faut opposer le concordat préventif adopté en procédure de règlement préventif.

¹²⁰⁷ *Supra*, n° 417, spécialement les notes 1098 et 1099.

de l'entreprise. Cette lecture, qui est la nôtre, est juste parce que le législateur ne conçoit pas de solution de maintien de l'exploitation (ou des exploitations) tout en éliminant le débiteur comme c'est le cas en droit français. Cela est d'autant plus vrai que la cession de l'exploitation est soumise à une offre préalable du débiteur et ne peut, en outre, être que partielle. La cession de l'intégralité de l'exploitation (ou des exploitations) est perçue comme une procédure essentiellement liquidative. Effectivement dans la procédure de liquidation des biens, tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier, comprenant éventuellement des unités d'exploitation, peut faire l'objet d'une cession globale (art. 160 AUPC). Or, la liquidation des biens a pour objet la réalisation de l'actif du débiteur pour apurer son passif (Art. 2, 3° AUPC). La question pourrait se poser de savoir s'il est possible, par le biais de cette procédure, de redresser l'entreprise sans le débiteur. Autrement dit, peut-on céder l'entreprise en difficulté en procédure de liquidation des biens ? (2). Au préalable, examinons la place de la cession d'entreprise dans le concordat (1).

1) L'impossibilité d'une cession totale et forcée de l'entreprise en redressement judiciaire

a) Une cession partielle

451. C'est ici la problématique de la possibilité d'une cession totale de l'entreprise admise en redressement judiciaire. En effet, aux termes de l'article 27 de l'AUPC, le débiteur peut au titre des mesures et conditions qu'il envisage pour le redressement de l'entreprise, proposer la cession de la totalité de son entreprise. Cependant, le législateur envisage formellement l'organisation de cette cession au cœur d'une Sous-Section II intitulée « concordat comportant une cession partielle d'actif » (art. 131). La doctrine majoritaire¹²⁰⁸ en conclut une restriction de l'article 27, et légitimement y observe une impossibilité rédhibitoire de la cession totale de l'entreprise ; admettre le contraire aboutirait à découdre l'ensemble du texte de l'article 131. La démarche du législateur est tout de même cohérente. À partir du moment où l'offre de concordat est abandonnée à la seule initiative du débiteur¹²⁰⁹, il sera difficile que celui-ci propose une cession de la

¹²⁰⁸ F. M. SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 288 ; Le même auteur, note sous art. 131 AUPC, in *OHADA, traité et actes uniformes commentés et annotés*, 3^e éd., Juriscope, 2008 ; Steve Marian ALILI, « La reprise des entreprises en difficulté dans l'espace OHADA », *Ohadata D-06-38*, spéc. n° 22 ; Aziber Seïd ALGADI, *Contrats et droit O.H.A.D.A. des procédures collectives*, op. cit., n° 339 ; Jean René GOMEZ, *Entreprises en difficulté*, op. cit., n° 296, p. 331.

¹²⁰⁹ *Supra*, n°s 345 et 346.

totalité de l'entreprise qu'il a lui-même créée, ou à laquelle il a consacré toute sa vie. La cession d'entreprise en droit de l'OHADA ne saurait ainsi constituer une modalité autonome de la procédure de redressement judiciaire comme c'est le cas en France depuis 1985.

452. En revanche, cession partielle d'actif ne signifie pas nécessairement une cession partielle d'entreprise. En France, une partie de la doctrine considérait que la cession partielle d'entreprise est celle qui accompagne un plan de continuation. Dans le cas contraire, il y aurait cession totale¹²¹⁰. C'est l'hypothèse où il n'y a pas de plan de continuation, alors que le seul repreneur désigné ne reprend qu'une partie des actifs du débiteur. Si le débiteur n'avait qu'une seule activité sur un seul site, il y a cession totale¹²¹¹. En droit de l'OHADA, ce serait l'hypothèse d'une reprise partielle de biens constituant une entreprise, alors que les biens résiduels du débiteur ne sont pas susceptibles d'exploitation autonome. Le débiteur n'exerçant que la seule activité, la cession partielle d'actif serait en réalité une cession de la totalité de l'entreprise. Les biens résiduels sont par conséquent ultérieurement réalisés dans les conditions prévues pour la liquidation des biens. En attendant une position de la CCJA, il nous est théoriquement permis d'entendre que le débiteur puisse demander et obtenir une cession de la totalité de son entreprise, et ce sans préjudice des articles 131 à 133 de l'acte uniforme (siège du concordat comportant une cession partielle d'actif).

b) Une cession conventionnelle

453. Du fait qu'il s'agisse d'un concordat comportant cession partielle d'actif, on pourrait penser que les deux conventions sont liées dans leur nature juridique. Il n'en est cependant rien, et la cession est une opération distincte du concordat. Elle reste certes un élément du concordat, mais possède un régime autonome. De fait, lors de l'assemblée concordataire, deux votes ont lieu : le vote de la cession d'entreprise qui permet le choix de l'offre du repreneur (art. 132 al 1), et le vote du concordat lui-même. Deux homologations ont également lieu : l'homologation de la cession partielle d'actif d'une part (art. 132 al 2), et l'homologation du concordat d'autre part. Le concordat est voté puis la cession est organisée.

¹²¹⁰ *Supra*, n° 442.

¹²¹¹ Pierre-Michel LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 2^e éd., Dalloz, 2003, n° 55.32.

En effet, la cession partielle d'actif, telle qu'organisée par l'AUPC, est un véritable contrat de vente entre le débiteur et un tiers repreneur. Le débiteur a l'initiative de l'opération¹²¹² mais le contrat est formé par l'offre de reprise émanant du tiers¹²¹³. Formellement, selon l'article 132 de l'AUPC, les offres d'acquisition sont reçues par le débiteur assisté du syndic et portées à la connaissance de l'assemblée concordataire. Celle-ci, par un vote, choisit l'offre d'acquisition qui réalise la cession. Il n'est nul doute que ce choix soit fonction du prix fixé dans l'offre¹²¹⁴. Pour autant, ce vote ne constitue pas l'acceptation qui forme le contrat de cession d'entreprise. Il ne s'agit pas d'un contrat conclu avec la masse des créanciers comme cela a été le cas dans le concordat par abandon d'actif de la loi française du 17 juillet 1856¹²¹⁵. En droit de l'OHADA, le débiteur n'est pas dessaisi des biens concernés par la cession ; en cas de résolution de la cession partielle d'actif, ces biens retournent en effet dans son patrimoine. Le concordat se présente en effet comme une transaction¹²¹⁶ entre le débiteur et ses créanciers en vertu de laquelle, le cas échéant, ces derniers choisissent le cocontractant du débiteur pour la cession partielle d'actif. L'opération de cession est donc conclue avec le débiteur qui, assisté du syndic, accomplit toutes les formalités de la cession (art. 132 al 3). L'acceptation qui forme le contrat tire donc sa source du consentement du débiteur. Ce consentement est préalablement acquis sur le principe même d'une cession partielle d'actif¹²¹⁷. Cependant, il est acquis sous la condition suspensive d'une part, de la validation de l'opération par l'assemblée concordataire, et d'autre part, du choix du cocontractant du débiteur par cette assemblée. Le débiteur ne peut refuser de passer les actes de la cession parce que, d'une part son consentement est déjà acquis, d'autre part l'homologation de la juridiction compétente rend le concordat obligatoire. Néanmoins, dans le cas où il serait défaillant ou refuserait sa collaboration, le syndic pourrait seul y procéder sur autorisation du juge commissaire (art. 52).

Cette analyse est conforme à l'acte uniforme qui dispose la possibilité pour le débiteur d'agir en résolution du contrat en cas de non paiement intégral du prix de vente

¹²¹² Contrairement au droit OHADA, la loi Française envisage la cession d'entreprise sous forme d'expropriation du débiteur. La cession est le fait du tribunal.

¹²¹³ L'auteur de l'offre se distingue à la fois de celui qui a pris l'initiative du contrat et de celui qui l'a rédigé. L'offre qui forme le contrat est celle qui fait l'objet d'une acceptation pure et simple : V. Jacques GHESTIN, *traité de droit civil, la formation du contrat*, 3^e éd., LGDJ, Paris, 1993, n^{os} 298 et 299.

¹²¹⁴ *Infra*, n^{os} 468 et 469.

¹²¹⁵ *Supra*, n^o 434.

¹²¹⁶ Une transaction permettant d'obtenir des remises et délais de paiement.

¹²¹⁷ C'est en effet le débiteur lui-même qui propose une cession partielle d'actif dans le cadre de son offre de concordat.

(art. 133 al 5). Après l'homologation du concordat, le débiteur recouvre en effet la liberté d'agir en justice sans l'assistance du syndic. L'action en résolution lui est donc reconnue en sa qualité vendeur.

454. L'autonomie du concordat et de l'opération de cession partielle d'actif ou d'entreprise emporte des conséquences importantes. Le concordat n'est pas une condition de validité de la cession d'actif ; ce n'est pas son homologation qui forme la cession. Celle-ci n'est parfaite qu'à l'accomplissement des formalités de la cession par le débiteur assisté du syndic, transférant ainsi la propriété et les risques de la chose. À l'opposé, l'annulation du concordat ou sa résolution ne doit pas entraîner celle de la cession d'entreprise. De fait, le retrait de son offre par le repreneur ne peut engager sa responsabilité contractuelle mais plutôt délictuelle¹²¹⁸. Le droit commun se voit donc consacré et avec lui, l'obligation de garantie des troubles d'éviction et des vices cachés de la chose par le vendeur. Il en est de même des vices du consentement et de la possibilité pour le débiteur d'agir en rescision de la vente pour cause de lésion si la cession d'entreprise comporte des immeubles¹²¹⁹.

2) La cession d'unité d'exploitation en liquidation des biens : Une possible cession forcée et totale de l'entreprise ?

a) La possibilité d'une véritable cession d'entreprise

455. Il s'agit d'examiner si une cession d'unité d'exploitation saurait déguiser une cession d'entreprise. Autrement dit, une unité d'exploitation pourrait-elle constituer une entreprise ?

456. Aux termes de l'article 160 de l'AUPC « *tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier comprenant, éventuellement, des unités d'exploitation, peut faire l'objet d'une cession globale* ». En France, le juge avait trouvé dans cette cession globale, intervenant en procédure de liquidation, une véritable cession d'entreprise. L'article 155 de la loi française de 1985¹²²⁰ disposait que « *des unités de production composées de tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier peuvent faire l'objet d'une cession globale* ». La différence entre l'article 155 français —qui a connu une importante jurisprudence— et

¹²¹⁸ La responsabilité délictuelle suppose une faute qui peut se déduire de l'abus du droit de révoquer l'offre ; Jacques GHESTIN, *op. cit.*, n° 310.

¹²¹⁹ En rappelle, l'entreprise n'est pas un bien au sens juridique du terme.

¹²²⁰ Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985. Notre référence à cette loi se justifie à deux égards : d'abord, comme l'AUPC, elle fait la différence entre cession d'entreprise dans le cadre de la procédure de redressement, et cession globale intervenant en procédure de liquidation ; ensuite cette loi a connu une importante jurisprudence et une doctrine foisonnante qui ont beaucoup influencé la réforme du 26 juillet 2005, actuellement droit positif français des entreprises en difficulté.

l'article 160 de l'AUPC réside dans les notions « d'unité de production » et « d'unité d'exploitation ». Cependant, une approche des deux notions révèle qu'elles peuvent recouvrir en partie la même réalité ; tandis que la production n'est qu'un maillon dans la chaîne de circulation de biens et services, l'exploitation elle, peut aussi bien porter sur une unité de production que sur une unité de transformation ou de distribution. Ainsi, une production constitue une exploitation, mais l'inverse n'est pas nécessairement vrai car l'exploitation peut embrasser d'autres fonctions de l'activité économique. La précision entre ces deux notions étant faite, la question se pose à présent de savoir si elles peuvent constituer des entités qualifiables d'entreprise.

457. En France, la question est résolue en partie par l'article 155 lui-même en son alinéa 4 qui dispose que « *le juge-commissaire (...) choisit l'offre qui lui paraît la plus sérieuse et qui permet dans les meilleures conditions d'assurer durablement l'emploi et le paiement des créanciers* ». Un jugement du tribunal de commerce de Lyon en avait tiré la conclusion que l'unité de production est « *un ensemble de biens de production qui, nécessairement associé à une force humaine de travail, concourt par elle-même soit à transformer de la matière première en produit fini ou semi-fini, soit plus généralement à générer de la valeur ajoutée hors le seul profit de la vente* »¹²²¹. Le tribunal relevait en l'espèce que les objets vendus ne permettaient pas de continuer l'activité de la société en liquidation judiciaire.

Pour certains auteurs, cette définition de l'unité de production est large car elle correspondrait à celle de l'entreprise¹²²². Or, il est certain que l'unité de production c'est autre chose que l'entreprise. Pour eux, la différence entre la cession d'entreprise et la cession d'unité de production est que la première concerne un ensemble « *vif* », tandis que la seconde s'intéresse à un ensemble « *mort ou nu* ». Le critère de distinction se trouve ainsi « *dans la poursuite de l'activité même exercée par le débiteur ; celle-ci est inhérente à la cession même partielle de l'entreprise ; (...) en revanche, elle est non seulement indifférente, mais totalement étrangère à la notion d'unité de production* ». Cette position exclut de la cession globale, le fonds de commerce qui comprend nécessairement la clientèle. Or, si l'acheteur acquiert tout ou partie de la clientèle, c'est qu'il entend reprendre au moins partiellement l'activité de son prédécesseur.

Pour d'autres auteurs en revanche, l'application de l'article 155 peut aussi bien concerner tout ou partie de l'entreprise, une vente globale d'actifs, ou un ensemble « *mort*

¹²²¹ Trib. Com. Lyon, 29 juillet 1986, obs. Fernand DERRIDA, *D.* 1987, sommaire, p. 94.

¹²²² *Ibid.*

ou nu ». Selon cette doctrine, « si l'activité est maintenue dans les strictes limites prévues par l'article 153¹²²³, et si les contrats de travail sont poursuivis, il s'agira bien d'une cession de l'entreprise. À défaut, seul une masse de biens sera cédée, et le cessionnaire prendra l'engagement d'embaucher un certain nombre de salariés »¹²²⁴. Ainsi, la notion d'unité de production est à contenu variable et doit être interprétée avec une nécessaire souplesse. La cession d'unités de production ne peut être envisagée que si l'ensemble des biens cédés permet une poursuite ou une reprise d'activité même non identique à celle du débiteur. Elle devrait en outre s'accompagner d'un maintien, ou d'une création immédiatement ou à terme, d'emplois.

458. Cette dernière doctrine a notre faveur. Ce faisant, sous l'angle des fonctions de l'activité économique, la définition du tribunal de commerce de Lyon est restrictive¹²²⁵ de l'objet de la cession de l'article 155 qui, au-delà du terme « production », peut aussi concerner les fonctions de distribution de biens ou de services. La Cour d'appel de Paris, quelques années plus tard, définira plus généralement l'unité de production comme « un ensemble de moyens matériels et humains permettant la poursuite ou la naissance d'une activité économique »¹²²⁶. Cette définition vient élargir le domaine de la cession d'unité de production à celle d'une cession d'entreprise.

Si l'Acte uniforme de l'OHADA sur les procédures collectives a le mérite de ne pas restreindre le domaine de la cession globale, il ne donne cependant pas d'indication précise sur la possibilité pour l'entité vendue d'avoir la qualité d'entreprise. Bien qu'il ne retienne pas le terme d'entreprise ou ne fasse pas allusion à la reprise ou à la création d'emplois, l'article 160 de l'AUPC ne rejette pas moins cette possibilité¹²²⁷ ; mieux, la cession globale d'actif produit les mêmes effets que la cession partielle d'actif ou d'entreprise prévue dans la procédure de redressement judiciaire¹²²⁸. La cession concernerait ainsi les cas où l'on trouve à l'intérieur de l'entreprise en liquidation, des unités d'exploitation rentables dont il convient d'en assurer la survie.

¹²²³ L'art. 153 de la loi française de 1985 est relatif au maintien exceptionnel de l'activité après le prononcé de la liquidation judiciaire ; ce maintien étant dicté par l'intérêt public et celui des créanciers, et par les besoins de la liquidation. Cet article français correspond dans l'OHADA à l'art. 113 AUPC.

¹²²⁴ Jean-Philippe HAEHL, « cession globale d'unité de production », *RTD com.* 1989, p. 310.

¹²²⁵ Jean-Pierre GARÇON, « cession d'unité de production de l'article 155 de la loi du 25 janvier 1985 », *JCP*, éd. N.I., 1994, n° 7, p. 178.

¹²²⁶ *Ibid.*, n° 8 ; Paris 27 février 1990, *Rev. proc. coll.*, 1990-4, p. 418, obs. B. DUREIL ; *RTD com.*, 1990, 479, obs. HAEHL.

¹²²⁷ Steve Marian ALILI, *op. cit.*

¹²²⁸ Art. 163 al. 1 AUPC.

Il n'est pas en outre hardi d'affirmer la possibilité d'une cession d'entreprise par le biais de l'article 160. Sous le couvert de l'article 88 de la loi de 1967¹²²⁹ —texte dont la rédaction est plus lacunaire que l'AUPC—, le juge français a permis le sauvetage d'entreprises en liquidation des biens. Pourtant, cet article dans sa lettre ne fait aucune mention au maintien d'une quelconque activité, encore moins à la sauvegarde du moindre emploi.

459. Nous faisons donc nôtre la doctrine suggérant un objet multiforme de la cession globale : cession totale ou partielle d'entreprise, vente globale d'actif, ensemble « *mort ou nu* ». Ce qui a été dit à ce propos, relativement à la cession d'unité de production en France, pourrait bien être valable pour la cession d'unité d'exploitation en droit de l'OHADA, en attendant l'éclairage de la CCJA.

b) Une cession forcée et autonome

460. En liquidation des biens, le dessaisissement du débiteur est total et il ne saurait être le cocontractant du repreneur (art. 53 al 2). C'est le juge-commissaire qui ordonne la cession après avoir examiné l'offre choisie par le syndic, ainsi que les avis du débiteur et des contrôleurs. Autant dire que la cession est judiciaire car l'initiative et la réalisation de celle-ci échappe au débiteur. La relative similitude des textes français (de 1985) et OHADA nous conduit à faire un détour par le droit comparé.

La Cour de cassation française, sans préciser la nature juridique de la cession globale d'unité de production, affirme qu'il s'agit non pas d'une vente de droit commun librement contractée entre les parties mais d'une opération dont le caractère forfaitaire implique l'existence d'un aléa exclusif de l'application des garanties prévues dans le droit commun de la vente¹²³⁰. Sur la question de cette nature juridique, la doctrine française s'est montrée divisée.

Une partie de la doctrine se refuse à y voir un contrat aléatoire même si la cession comporte un aléa. Selon elle, la cession ne fait pas partie de la liste des contrats aléatoires par nature de l'article 1964 du Code civil ; en outre, elle ne répond pas à la définition du contrat aléatoire de l'alinéa 2 de l'article 1104 du même Code. Il s'agit d'un contrat commutatif, plus précisément de la cession d'une universalité qui, à l'instar de la cession

¹²²⁹ Art. 88 de la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967, *JORF*, 14 juillet 1967 : « *Le tribunal peut, à la demande d'un créancier, du débiteur, ou du syndic, autoriser ce dernier à traiter à forfait de tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier et à l'aliéner* ». V. nos développements *supra*, n° 437 et ss.

¹²³⁰ Cass. com. 12 octobre 1993, *LPA*, 10 novembre 1993, n° 135, obs. Bernard SOINNE.

de droit successif, rend impossible la garantie de chacun des éléments constituant la cession (art. 1696 à 1698 du Code civil)¹²³¹. D'autres auteurs y voient une forme intermédiaire entre la vente volontaire et la vente forcée aux enchères publiques, un engagement unilatéral entériné par une juridiction¹²³². D'autres en revanche se refusent à toute idée d'adjudication aux enchères publiques¹²³³, mais y voient une vente avec l'applicabilité corrélative de la théorie des vices du consentement et de l'obligation de garantie¹²³⁴. Certains concluent qu'il s'agit d'une opération *sui generis* parce qu'elle emprunte à la vente en dépassant ce cadre contractuel classique, et parce qu'il y a soustraction partielle au régime légal de ce contrat spécial¹²³⁵. D'autres enfin approuvent simplement la décision de la Cour de cassation en affirmant que « *toute cession envisagée dans ce cadre (celui de l'art. 155) doit donc par nature être un contrat aléatoire* »¹²³⁶.

Pour l'essentiel de ces divergences doctrinales, on retient qu'elles écartent pour la plupart la thèse de la réduction à une vente ordinaire. Il semble effectivement difficile de contester le caractère hybride de l'opération. D'une part, quel que soit l'objet de l'intervention du juge, la *faillite* a toujours été une voie d'exécution collective et la réalisation de l'actif a lieu par voie d'autorité. D'autre part, bien qu'elle ne soit pas librement négociée, la mutation n'en reste pas moins une vente. Même si elle devrait échapper au droit commun du fait de son aspect judiciaire, l'aspect contractuel ne peut toutefois pas être ignoré.

461. La cour de cassation française écarte l'application des garanties prévues dans le droit commun au motif d'une part, que la cession globale présente un caractère forfaitaire impliquant l'existence d'un aléa, d'autre part, que l'opération obéit « *à des règles propres édictées en vue du maintien au moins partiel de l'activité par une loi d'ordre publique* ». En attendant la solution du juge OHADA, l'examen succinct des motifs de la Cour nous permettra de vérifier en droit OHADA l'éventuelle possibilité d'écarter le droit commun des contrats.

¹²³¹ Jean-Loup COURTIER, « Liquidation judiciaire et cession des unités de production », *LPA*, 20 juillet 1994, n° 86, p. 29.

¹²³² Yves GUYON, *op. cit.*, n° 1277.

¹²³³ Fernand DERRIDA, Pierre GODE, Jean-Pierre SORTAIS, *op. cit.*, n° 449, p. 324.

¹²³⁴ Aimé AMALVY, Fernand DERRIDA, « Plan de cession de l'entreprise et vices du consentement », *D.*, 1988, chronique p. 208.

¹²³⁵ Jean-Pierre GARÇON, *op. cit.*, n° 14.

¹²³⁶ Bernard SOINNE, « L'autonomie des règles relatives à la transmission d'entreprise en situation de redressement ou de liquidation judiciaire », *LPA*, 10 novembre 1993, n° 135, p. 12.

D'abord, s'agissant de l'aléa caractérisant la cession, il vient d'être démontré qu'il ne s'agit pas, malgré tout, d'un contrat aléatoire tel que défini par le Code civil. Cet aléa découlerait de l'impossibilité de déterminer sur le plan économique les résultats que l'on pourrait raisonnablement escompter de l'opération¹²³⁷ ; certes, mais un auteur d'ajouter que « *tout contrat est, plus ou moins marqué d'aléa* »¹²³⁸. Pour la quasi-totalité de la doctrine, l'opération instituée par l'article 155 de la loi du 25 janvier 1985 ne présente aucun aspect aléatoire car elle procède d'une négociation avec l'administrateur, excluant de ce fait tout aléa¹²³⁹. La position du juge français est pourtant la reprise d'une ancienne jurisprudence adoptée à propos de la cession à forfait de l'article 88 de la loi du 13 juillet 1967.

S'agissant ensuite du second motif, il faut dire que la finalité de l'opération justifie que la cession soit globale. Certes, cette finalité n'est pas la même en droit Français et en droit OHADA. Tandis qu'en France l'objectif est clairement affiché par l'article 155 al 5 d'assurer durablement l'emploi et le paiement des créanciers, l'AUPC est muet sur la finalité de l'article 160¹²⁴⁰. Cependant, cette finalité de la cession importe peu ; l'essentiel est qu'elle impose —pour être atteinte— que la cession soit globale. La cession est globale en ce sens qu'il est impossible de lui appliquer les règles spécifiques régissant l'un ou l'autre des éléments qui la compose. Chaque élément compris dans l'opération ne peut se voir appliquer isolément les règles juridiques qui le concernent¹²⁴¹. Le caractère d'ordre public des procédures collectives aidant, ce second argument de la cour de cassation française pourrait valablement justifier qu'un acte hybride comme la cession d'unité d'exploitation intervenant en procédure de liquidation, soit exclut des garanties résultant de l'application du droit commun. Cet argument semble aussi bien valoir en procédure de redressement judiciaire ; mais comment refuser à un acte (la cession partielle d'actif), qui à tout point de vue est un contrat, l'application du régime juridique qui est le sien ? Les cessions d'entreprises existent et se pratiquent en dehors de procédures collectives mais se voient appliquer le droit commun de la vente ; chaque élément est soumis au régime juridique qui est le sien. L'exclusion du droit commun ne peut donc être évoquée dans la cession intervenant en redressement judiciaire. En revanche, s'agissant de la cession

¹²³⁷ *Ibid.*

¹²³⁸ M. MALAURIE, cité par Jean-Loup COURTIER, « Liquidation judiciaire et cession des unités de production », *op. cit.*, p. 29.

¹²³⁹ Aimé AMALVY, Fernand DERRIDA, *op. cit.*, n° 5.

¹²⁴⁰ Néanmoins, l'AUPC confie à la liquidation des biens le but de réaliser l'actif du débiteur afin d'apurer son passif (art. 2 et 3 AUPC).

¹²⁴¹ Bernard SOINNE, « L'autonomie des règles relatives à la transmission d'entreprise en situation de redressement ou de liquidation judiciaire », *op. cit.*, p. 13.

d'unité d'exploitation intervenant en liquidation des biens, l'acte uniforme a voulu lui-même qu'elle ait un régime juridique global. Il y a donc lieu d'approuver une exclusion du droit commun.

Cette solution serait-elle absolue de sorte à écarter l'application de la théorie des vices du consentement ? La réponse négative semble s'imposer car le caractère judiciaire d'un acte n'est nullement exclusif de l'application de cette théorie¹²⁴², encore moins le caractère global d'une cession. Les différents caractères de la cession globale ne sauraient entériner le dol, la violence ou la démence viciant le consentement du repreneur lors de la présentation de l'offre¹²⁴³.

B) L'absence d'une réglementation propre à une cession d'entreprise

462. La cession d'entreprise suppose une cession d'activité ; ce qui implique le transfert au repreneur de tout ou partie des contrats qui lient l'exploitation à l'entrepreneur cédant. Faire de la cession d'entreprise un instrument de sauvegarde de l'entreprise en difficulté revient, pour le législateur, à faciliter si non à imposer la cession de certains contrats en cours. C'est ce qui a lieu en France où le législateur, très sensible à la question de l'emploi, en fait un critère fondamental de choix du repreneur par le tribunal. Puisqu'en droit de l'OHADA la cession d'entreprise est l'accessoire d'une simple réalisation d'actif (fût-elle globale), le législateur focalise toute l'attention sur l'opération de vente, négligeant les aspects liés à l'emploi (1) et à la poursuite d'activité jugés subsidiaires (2).

1) L'indifférence de la dimension de l'emploi et de l'activité dans les conditions relatives à l'offre de reprise

463. Les objectifs de l'opération rejaillissent naturellement dans les conditions de l'offre de reprise. Le rapprochement avec les exigences de l'offre en droit français permet de mesurer l'indifférence de la dimension sociale en droit de l'OHADA.

En France, du fait que le débiteur est libéré du passif non payé à la clôture des procédures collectives, il y a lieu d'éviter que la cession devienne un moyen détourné pour le débiteur de reprendre ses biens et son activité en se débarrassant du passif. Or s'il y a cession de l'entreprise, c'est bien parce que le débiteur se trouve dans l'impossibilité d'en assurer lui-même le redressement. Par conséquent, seuls les tiers sont admis —dès

¹²⁴² Aimé AMALVY, Fernand DERRIDA, *op. cit.*, n° 4 ; Pour un avis contraire, v. P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 7^e éd., Paris 2013, spéc. n° 531.22.

¹²⁴³ Rennes, 1^{re} ch., B, 2 mai 2002, *Bull. Joly*, 2002, 1291, § 273 note LUCAS.

l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire— à soumettre à l'administrateur des offres tendant au maintien de l'activité de l'entreprise par une cession totale ou partielle de celle-ci¹²⁴⁴. Sont exclus de la catégorie des tiers : le débiteur personne physique au titre de l'un quelconque de ses patrimoines, les dirigeants de droit ou de fait de la personne morale en liquidation judiciaire, les parents ou alliés jusqu'au deuxième degré inclusivement de ces dirigeants ou du débiteur personne physique. Sont aussi exclus les personnes ayant ou ayant eu la qualité de contrôleur. L'intérêt de l'activité impose que toutes ces personnes ne puissent, directement ou par personne interposée, présenter une offre. Toutefois, l'ordonnance du 12 mars 2014 prévoit désormais la possibilité, encadrée¹²⁴⁵, de déroger à ces exclusions en cas de cession intervenue en procédure de sauvegarde¹²⁴⁶. Mais ces dérogations ne sont pas ouvertes aux contrôleurs et au débiteur au titre de l'un quelconque de ses patrimoines.

Le législateur en droit de l'OHADA ne prévoit pas de telles exclusions. Il ne s'agit pas pour nous de simplement souligner une divergence vis-à-vis du droit français, mais de montrer que ces mesures d'exclusion ne sont pas opportunes en droit de l'OHADA. La raison n'est pas tant le fait que le droit de poursuite individuel des créanciers est maintenu après clôture de la procédure, mais surtout le fait que la priorité recherchée est le prix le plus élevé¹²⁴⁷. La qualité de l'auteur de l'offre et le contenu de celle-ci sont donc subsidiaires. L'offre de reprise, empruntant son objectif à l'opération de cession partielle d'actif, va ainsi prioritairement rechercher l'apurement du passif.

464. Le mutisme de l'AUPC sur les conditions de l'offre est d'ailleurs très symptomatique. Aucune disposition ne garantit la poursuite ou la reprise de l'activité par le repreneur. Les seules exigences sont relatives au prix¹²⁴⁸. Le candidat repreneur est pourtant tenu en France d'indiquer les prévisions d'activité et de financement, ainsi que le niveau et les perspectives d'emploi justifiés par l'activité considérée¹²⁴⁹. Le choix de l'offre

¹²⁴⁴ Art. L 631-13 (art. 92, loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005).

¹²⁴⁵ Le tribunal doit en effet spécialement motiver le jugement, après avoir recueilli l'avis du ministère public et demandé celui des contrôleurs : art. L 626-1 al 3 du Code de commerce (rédaction issue de l'art. 36 de l'ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014).

¹²⁴⁶ En redressement judiciaire ces exclusions sont maintenues (v. nouvelle rédaction de l'art. L 631-19 du Code de commerce issue de l'art. 54 de l'ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014).

¹²⁴⁷ V. *infra*, n°s 468 et 469.

¹²⁴⁸ Des conditions d'homologation de la cession de l'article 132 AUPC, on peut induire que le prix doit être suffisant pour désintéresser les titulaires de sûreté spéciales sur les biens cédés, et doit être payé comptant. V. *infra*, n°s 468 et 469.

¹²⁴⁹ Art. 642-2, II, 2° et 5° du Code du commerce (art. 111 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005).

par le tribunal est d'ailleurs prioritairement fonction du maintien durable de l'emploi attaché à l'ensemble cédé¹²⁵⁰.

Le débiteur qui prend l'initiative de l'opération, en droit de l'OHADA, détermine les biens qui en sont l'objet. Le syndic en établit un état descriptif et la liste des emplois qui y sont **éventuellement** attachés (art. 131 al 4). Cette éventualité de l'emploi, ajoutée au fait que le choix de l'offre est une prérogative de la masse, témoigne du faible intérêt porté à la cession d'entreprise. Il faut du reste regretter l'absence de publicité des offres de reprises qui ne favorise pas la concurrence.

465. Il existe comme un paradoxe entre la cession d'entreprise en redressement judiciaire, et la cession globale d'unité d'exploitation en liquidation des biens. Pour cette dernière, un minimum de réglementation est esquissé par le législateur quant à l'auteur de l'offre (qualité de tiers), à la forme (écrite) et au fond de l'offre (prix, modalité de paiement et garanties, et la date de réalisation de la cession). Pour une cession globale d'actif ou une cession d'entreprise, la liquidation des biens — par le simple fait de l'encadrement des conditions de l'offre — semble présenter bien plus de garanties que le redressement judiciaire. L'offre de reprise (en procédure de liquidation) est soumise à publicité par son dépôt au greffe de la juridiction compétente où tout intéressé peut en prendre connaissance ; toute chose qui ouvre la concurrence entre candidats repreneurs (160 alinéa 4 AUPC). Il est choisi l'offre la plus sérieuse qui est soumise à l'appréciation du juge commissaire. Si le critère du sérieux n'est pas défini, rien n'exclut qu'il prenne en compte le maintien durable d'emplois. Ce qui confirme notre opinion quant à l'adéquation de la cession globale d'unité d'exploitation pour la réalisation d'une cession sauvetage d'entreprise en difficulté. Le choix de l'offre dans cette procédure échappe en outre et surtout aux créanciers ; ce qui est une occasion pour privilégier la reprise d'emploi par rapport au paiement des créanciers.

2) L'absence de cession des contrats en cours nécessaires à la poursuite de l'activité

466. La cession d'entreprise suppose le maintien des liens contractuels pour garantir une poursuite de l'exploitation cédée. En droit commun, certains contrats sont attachés à l'entreprise et sont systématiquement transmis avec elle. C'est le cas du contrat de travail sous réserve des licenciements effectués, du bail d'immeuble vendu¹²⁵¹, mais aussi, en

¹²⁵⁰ V. *infra*, n^{os} 489 et ss.

¹²⁵¹ Art. 1743 du C. civ.

France, du contrat d'assurance¹²⁵². En dehors de cette transmission de plein droit, les contrats qui se révèlent nécessaires au maintien de l'activité sont conventionnellement négociés. En droit des procédures collectives, il est permis au mandataire de justice assistant le débiteur d'exiger la poursuite des contrats en cours. Pour autant, l'ordre public dans cette matière autorise-t-il la cession des contrats pour la réussite de l'opération de cession d'entreprise ?

En droit français, le jugement qui arrête le plan de cession emporte cession des contrats de crédit-bail, de location ou de fourniture de biens ou services nécessaires au maintien de l'activité. Ces contrats, qui sont préalablement déterminés par le tribunal, doivent être exécutés aux conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure¹²⁵³. La solution présente l'efficacité de contourner l'éventuel refus du cocontractant cédé. La loi du 25 janvier 1985 en son article 86 permettait même au juge d'imposer des délais de paiement aux cocontractants.

L'AUPC en droit de l'OHADA n'envisage pas cette perspective. Une certaine doctrine appelle de ses vœux le législateur à autoriser une cession judiciaire des contrats. Elle reconnaît certes qu'il y aurait atteinte au principe de l'effet relatif des conventions, mais que la force obligatoire des conventions gagnerait en renforcement de sorte que l'équilibre contractuel soit maintenu¹²⁵⁴. D'un point de vue pratique, cette cession des contrats évite au débiteur d'avoir à supporter le coût des indemnités de résolution ou des dommages intérêts (art. 109) qui, le cas échéant, augmenteraient le passif. Mais une telle cession des contrats serait incohérente en droit de l'OHADA. On ne saurait imposer la poursuite de contrat au cocontractant créancier dans la masse, et dans le même temps espérer de lui un vote favorable de la cession d'entreprise. En effet, faut-il le rappeler, l'objet de la cession vise principalement des actifs non rentables pour le débiteur, et accessoirement une entreprise (non rentable). Comme en matière de concordat par abandon d'actif, le débiteur offre à ses créanciers de payer une partie des créances par la cession d'actifs. En contrepartie, il espère le maintien de son activité, et par ricochet son redressement. On voit mal comment une cession forcée du contrat peut être envisagée avec une cession d'entreprise suspendue au vote d'une assemblée concordataire. Cela reviendrait, sur un plan purement théorique, à accorder un pouvoir exorbitant à la masse

¹²⁵² Cass. 2^e civ., 13 juillet 2005, *Act. proc. coll.*, 2005-17, n° 218, obs. M.-H. MONSÉRIÉ-BON.

¹²⁵³ Art. 642-7 du Code de commerce (art. 111, loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005).

¹²⁵⁴ Aziber Seid ALGADI, *Contrats et droit O.H.A.D.A. des procédures collectives*, *op. cit.*, n° 389 et 438.

qui, outre ses droits sur le patrimoine du débiteur, fait naître des obligations pour le compte de tiers que sont le cessionnaire et le cocontractant du débiteur.

Paragraphe 2- Une cession d'actifs pour l'apurement du passif du débiteur

467. Si la cession d'entreprise est une décision des créanciers du débiteur en cessation des paiements, il est certain que la solution leur est très favorable. Lorsqu'elle est décidée, la cession ne peut que privilégier le meilleur traitement de leurs créances. L'acte uniforme portant organisation des procédures collectives en droit de l'OHADA est cohérent sur ce point. Il laisse en effet le soin à la masse de déterminer le cocontractant du débiteur selon le critère du prix offert (A). En outre, des mesures sont prises afin de garantir le paiement des créanciers munis de sûretés réelles spéciales sur les biens cédés (B).

A- La recherche du prix le plus élevé par le mécanisme du concordat

468. La recherche du prix le plus élevé est la finalité de la cession partielle d'actif constituant éventuellement une cession d'entreprise ou d'établissement. Le choix de l'offre et les conditions de l'homologation permettent de vérifier cette finalité.

S'agissant du choix de l'offre formant le contrat de cession, l'article 132 alinéa 1^{er} de l'AUPC dispose que « *les offres d'acquisition sont reçues par le débiteur assisté du syndic et portées à la connaissance de l'assemblée concordataire qui décide, aux conditions de majorité prévues par l'article 125 ci-dessus, de retenir l'offre d'acquisition la plus avantageuse* ». Si la notion d'offre d'acquisition la plus avantageuse n'est pas définie, la qualité de l'auteur de la décision et la procédure décisionnelle ne laissent aucun doute sur son sens. L'assemblée concordataire, en plus du vote du concordat, doit déterminer dans les mêmes conditions le cocontractant du débiteur. Le vote a donc lieu à la majorité en nombre des créanciers définitivement ou provisoirement admis et représentant la moitié au moins du total des créances, avec un report sous huitaine dans le cas où seule une de ces deux conditions est acquise¹²⁵⁵. L'intérêt des créanciers étant le paiement le plus complet possible de leurs créances, l'offre la plus avantageuse est celle qui au mieux remplit cet intérêt. Tout se présente comme dans le concordat par abandon d'actif dans l'ancien droit français. Le débiteur abandonne tout ou partie de ses biens à ses créanciers qui

¹²⁵⁵ V. *supra*, n° 389 et ss.

l'acceptent¹²⁵⁶. Cette acceptation, en droit de l'OHADA, se matérialise par le choix du cessionnaire par la masse. Celle-ci peut aussi opposer un refus à la cession d'actif lorsqu'aucune offre ne lui paraît satisfaisante. Le débiteur, dans ce cas, retire sa proposition de cession d'actif. En cas de non retrait, la cession est réalisée dans les conditions prévues pour la cession d'unité d'exploitation en procédure de liquidation des biens (art. 132 al. 4 AUPC) ; ce qui permet de contourner le veto de l'assemblée concordataire.¹²⁵⁷

469. Si l'offre la plus avantageuse est celle qui présente le prix le plus élevé, un seuil minimal est néanmoins fixé par l'AUPC relativement à ce prix. Ainsi, la juridiction compétente ne peut homologuer la cession partielle d'actif que si le prix est suffisant pour désintéresser les créanciers munis de sûretés réelles spéciales sur les biens cédés. Aucune cession partielle d'actif ou d'entreprise ne peut donc avoir lieu tant qu'elle ne permet pas de payer intégralement les créanciers inscrits sur l'actif cédé. Il est toutefois prévu que ces créanciers peuvent renoncer à cette condition en acceptant d'être traité comme créanciers chirographaires pour le reliquat non payé de leurs créances¹²⁵⁸.

Le prix, en outre, doit être payable au comptant. Des délais de paiement peuvent néanmoins être accordés à l'acquéreur mais ceux-ci ne peuvent excéder deux ans pour la cession partielle d'actif, et douze mois pour la cession globale d'actif. Ces délais doivent par ailleurs être garantis par le cautionnement solidaire d'un établissement bancaire.

Le prix de la cession et le paiement des créanciers, précisément des titulaires de sûreté sur les biens cédés, sont clairement la priorité du législateur. Même dans l'hypothèse où l'offre désignée par l'assemblée concordataire est celle qui garantit au mieux la reprise d'emplois, elle doit au préalable garantir le paiement des créanciers et offrir des garanties suffisantes quant au versement effectif du prix. La cession d'entreprise est bien subsidiaire à une opération de réalisation d'actif pour l'apurement du passif du débiteur.

¹²⁵⁶ *Supra*, n° 434.

¹²⁵⁷ Cette possibilité de procéder à la cession partielle d'actif dans les conditions de la liquidation des biens conforte notre opinion sur la possibilité d'une véritable cession d'entreprise par le biais de la cession globale d'actif. En effet, lorsque le débiteur envisage une cession partielle d'actif dans ses offres concordataires, il est prévu un état descriptif des emplois attachés aux biens cédés (art. 131 al 4 AUPC). Si cette cession est réalisée par la suite selon les règles de la procédure liquidation, les emplois seront aussi cédés avec les biens. Il s'agit par conséquent d'une cession d'entreprise.

¹²⁵⁸ Art. 132 al 2 AUPC.

B) La protection intransigeante des titulaires de sûretés réelles spéciales sur les biens vendus

470. La protection des créanciers en droit de l'OHADA, notamment ceux titulaires de sûretés réelles spéciales, est très remarquable. S'agissant d'une cession partielle d'actif ou cession d'entreprise ou d'établissement, l'AUPC impose le transfert inconditionnel des sûretés (1) et l'incessibilité des biens cédés (2) dans le but de payer les créances garanties par une sûreté spéciales (3).

1) Le transfert inconditionnel de toute sûreté spéciale grevant les biens cédés

471. En principe, la cession d'entreprise stricto sensu ne porte que sur des éléments d'actifs, à l'exclusion de toute dette. Il ne peut en être qu'ainsi car l'entreprise, pas plus que le fonds de commerce, ne possède pas un patrimoine proprement dit comportant un actif et un passif¹²⁵⁹. L'acquéreur ne prend en charge aucune des obligations ni aucune des dettes du vendeur. C'est une cession d'actifs nets de tout passif. Il y a application stricte du principe de l'effet relatif des contrats, parce que l'entreprise, n'étant pas un sujet de droit, c'est son propriétaire qui reste titulaire des dettes. Même si les dettes sont garanties par des sûretés grevant les biens cédés, les créanciers du vendeur ne peuvent poursuivre l'acquéreur en paiement.

Ce principe de non transmission du passif fléchit toutefois en matière de procédures collectives en droit de l'OHADA. L'AUPC impose, en matière de cession partielle d'actifs ou d'entreprise et de cession globale d'actifs¹²⁶⁰, la transmission des sûretés réelles spéciales grevant les biens cédés. Ces sûretés sont transmises jusqu'à paiement intégral du prix et désintéressement des créanciers qui en sont titulaires. Dès cet instant, la purge des sûretés intervient légalement. Mais cette idée de purge de plein droit n'est pas tout à fait une purge forcée. On peut en effet présumer que les titulaires des sûretés ont pu tacitement accepter une purge de leur sûreté. Cette acceptation est acquise lors de la désignation du repreneur. C'est ici une fois de plus l'intransigeance du législateur africain quant à la protection des droits des créanciers. En effet, leur désintéressement doit être total. La démarche peut être critiquable surtout lorsque les dettes contractées ne l'ont pas été pour l'exploitation ou n'ont pas réellement profité à l'entreprise en procédure collective. Le problème se pose avec acuité en Afrique où la confusion de patrimoine est fréquente aussi

¹²⁵⁹ Jean PAILLUSSEAU, Jean Jacques CAUSSAIN, Henry LAZARSKI et Philippe PEYRAMAURE, *op. cit.*, n° 213 ; Fernand DERRIDA, Pierre GODE, Jean-Pierre SORTAIS, *op. cit.*, n° 460.

¹²⁶⁰ Les effets de la cession globale sont ceux définis pour la cession partielle d'actif (art. 163 AUPC qui renvoie à l'art. 133 AUPC).

bien dans les entreprises individuelles que dans les entreprises revêtant la forme de société¹²⁶¹. Les sûretés contractées pour une cause personnelle de l'entrepreneur doivent-elle occulter le sauvetage de l'entreprise par un tiers repreneur ? La question présente encore plus d'intérêt lorsque l'incompétence ou l'incurie de l'entrepreneur individuel ou du dirigeant social est la cause directe de la défaillance de l'exploitation ?

472. En France, la loi du 10 juin 1994 a renforcé la distinction entre les sûretés réelles spéciales consenties par l'entreprise en vu du financement des biens cédés, et les autres sûretés grevant lesdits biens. Seules les premières sont transmises au cessionnaire¹²⁶². La Commission des lois n'a pas voulu que les sûretés attachées à un bien sans avoir servi à son financement soient transmises au cessionnaire. La raison en est qu'« *une telle solution aurait rendu les reprises très difficiles en raison de l'absence de lien entre la sûreté et le financement du bien transmis* »¹²⁶³. Transposé en droit de l'OHADA, seuls les gages¹²⁶⁴ et hypothèques consentis au bénéfice du vendeur ou du tiers ayant prêté les fonds nécessaires à l'acquisition des biens devraient être transmis. Il en va de même pour le tiers ayant garanti les engagements de l'acquéreur envers le vendeur par cautionnement, aval ou tout autre engagement ayant le même objet. Il pourrait aussi s'agir, comme l'analyse le professeur Yves GUYON, des sûretés contractées pour l'entretien ou l'amélioration des biens transmis¹²⁶⁵.

473. La question pourrait se poser par ailleurs quant aux intérêts légaux et conventionnels sur ces dettes transmises. À ce propos, l'article 77 de l'acte uniforme arrête à l'égard de la masse le cours de ces intérêts, ainsi que le cours des intérêts et majorations de retard de toutes les créances, qu'elles soient ou non garanties par une sûreté. Cette règle

¹²⁶¹ Il est en effet fréquent que certains événements, notamment familiaux, touchant l'entrepreneur ou le dirigeant mettent l'entreprise en difficulté : les mariages spécialement polygamiques, l'accroissement des charges de famille dû au nombre des naissances, les funérailles, les pèlerinages... : V. F. M. SAWADOGO *Droit des entreprises en difficulté, op. cit.*, n°33.

¹²⁶² L'art. 93 de la loi du 25 janvier 1985 restreignait le bénéfice de la transmission des sûretés au nantissement garantissant, vis-à-vis du vendeur ou du prêteur, le prix d'acquisition de l'outillage ou du matériel d'équipement professionnel. L'art. 55 de la loi du 10 juin 1994 étend ce bénéfice à toute sûreté immobilière et mobilière spéciale garantissant le remboursement d'un crédit consenti à l'entreprise pour lui permettre le financement desdits biens (Loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, *JORF* 11 juin 1994, p. 8445).

¹²⁶³ Rapport de la Commission des lois, rattaché au procès-verbal de séance du Sénat du 27 janvier 1994 enregistré à la présidence du Sénat le 31 mars 1994, p.108, cité par François Sage / Danièle Chabbi, *op. cit.*, p. 270.

¹²⁶⁴ Art. 118 AUS. En droit de l'OHADA, depuis la réforme de l'AUS adopté le 15 décembre 2010 à Lomé, le nantissement s'applique désormais aux biens meubles incorporels et le gage aux biens meubles corporels. Avant cette réforme, le gage supposait une dépossession, et le nantissement une sûreté mobilière sans dépossession.

¹²⁶⁵ Yves GUYON, *op. cit.*, n° 1289.

classique des procédures collectives est logique car il n'est pas raisonnable de réclamer des intérêts là où le recouvrement du capital est compromis¹²⁶⁶. Elle est aussi bien appliquée aux créances chirographaires qu'à celles qui sont garanties par une sûreté. Elle comporte toutefois des exceptions : « *s'agissant d'intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus, le cours des intérêts se poursuit si la décision a ouvert une procédure de redressement judiciaire* » (art. 77). Le cours des intérêts sera-t-il dans ce cas transmis au cessionnaire avec la sûreté sanctionnant le contrat ?

La réponse affirmative s'impose à notre avis. La dette étant transmise avec le bien, l'acquéreur aura à supporter en plus du capital, les intérêts à échoir ; ce qui n'est pas de nature à faciliter la reprise de l'entreprise en redressement judiciaire. Toutefois, la règle de l'arrêt du cours des intérêts est absolue en liquidation des biens, atténuant ainsi la charge d'un éventuel repreneur.

2) L'incessibilité des biens par le repreneur jusqu'au complet paiement du prix

474. Afin d'assurer aux créanciers le paiement du prix de cession, l'AUPC pose la règle suivante : « *l'acquéreur ne peut céder les éléments d'actif qu'il a acquis, sauf en ce qui concerne les marchandises, tant que le prix n'est pas intégralement payé* ». La mesure vise spécifiquement à protéger les créanciers de la *faillite* en interdisant toute cession totale ou partielle. Si l'acquéreur ne peut céder les biens, il ne pourra non plus les affecter à titre de sûreté. En France, la mesure est élargie car elle interdit aussi toute location ou location-gérance¹²⁶⁷ ; les biens acquis sont donc indisponibles.

L'incessibilité en droit de l'OHADA, en dehors des marchandises, est absolue. Contrairement au droit français, elle ne peut être judiciairement levée. Elle doit en outre être publiée au registre du commerce et du crédit mobilier (dans les mêmes conditions que celles prévues pour le privilège du vendeur de fonds de commerce¹²⁶⁸), ainsi qu'au livre foncier (conformément aux dispositions organisant la publicité foncière pour les éléments immobiliers¹²⁶⁹).

¹²⁶⁶ Filiga Michel SAWADOGO, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., n° 207.

¹²⁶⁷ « *Tant que le prix de cession n'est pas intégralement payé, le cessionnaire ne peut, à l'exception des stocks, aliéner ou donner en location-gérance les biens corporels ou incorporels qu'il a acquis* » Art. 89 al. 1 loi du 25 janvier 1985, exactement reprise par l'art. L 642-9 al. 1 du Code de commerce.

¹²⁶⁸ Art. 47 de l'AUDCG.

¹²⁶⁹ Art. 461 à 489 du décret 97-54 du 6 février 1997 portant conditions et modalités d'application de la loi sur la réorganisation agraire et foncière au Burkina Faso, p. 765 du c. civ.

La méconnaissance de l'inaliénabilité est sanctionnée par la nullité. La nature d'une nullité est déterminée par le but de la règle de droit méconnue lors de la formation du contrat. Or en droit de l'OHADA, l'incessibilité des éléments d'actif protège un intérêt d'ordre public de direction : il s'agit du paiement des créanciers. L'acquéreur (le débiteur) ne peut pas, vis-à-vis du sous-acquéreur, paralyser la mise en œuvre de la nullité —par la confirmation de l'acte— car l'intérêt protégé lui est extérieur et impératif. La nullité est donc absolue. Elle pourrait être demandée par toute personne intéressée y compris le débiteur, ainsi que les créanciers dans la masse dissoute par l'homologation du concordat.

3) Le paiement intégral et immédiat des titulaires de sûretés réelles spéciales sur les biens cédés

475. Aux termes de l'article 133 alinéa 1, le prix de la cession partielle d'actif est versé dans l'actif du débiteur. Cela revient à dire que ce prix, comme en droit français, sert au financement de la partie non cédée de l'entreprise, et dont l'exploitation reste entre les mains du débiteur¹²⁷⁰. Toutefois, l'alinéa 4 de l'article 133 réserve le jeu de la quote-part du prix de cession, permettant ainsi l'exercice des droits de préférence des créanciers inscrits sur les biens cédés. Ce paiement de l'article 133 déroge aux règles générales de paiement des créanciers dans le concordat ordinaire ; paiement qui intervient selon le moratoire accordé par chacun d'eux au débiteur¹²⁷¹.

Le prix, dans la cession partielle d'actif, est donc d'abord affecté au désintéressement des créanciers inscrit sur les biens cédés suivant l'ordre de préférence prévu dans la procédure de liquidation des biens. La fraction du prix excédant le paiement des créances garanties est ensuite immédiatement remise au débiteur. Par le mécanisme de l'affectation de la quote-part de chaque bien dans le prix de cession¹²⁷², le législateur de l'OHADA adapte aux créanciers titulaires de sûretés spéciales le caractère global de la cession d'actif.

476. En France, la quote-part affectée aux créanciers titulaires de sûretés réelles spéciales a été qualifiée d'« *outil absolu d'écrasement du passif* »¹²⁷³. Elle altère en effet profondément la sûreté dont dispose le créancier. Celui-ci est en effet, d'une part, réduit à n'exercer qu'un simple droit de préférence dans la limite de la quote-part fixée par le

¹²⁷⁰ Art. L 626-23 du Code de commerce (art. 77 de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005).

¹²⁷¹ *Supra*, n° 386.

¹²⁷² Art. 131 al 4 AUPC.

¹²⁷³ SÉNÉCHAL, in Menjucq, SÉNÉCHAL, SONIER et THÉVENOT, « Les cent jours de la réforme des procédures collectives : premier bilan », *Rev. Proc. Coll.* 2009/3, p. 52 et suiv., spéc. p. 55.

tribunal ; quote-part qui, nécessairement, reste inférieure à la valeur marchande du bien grevé¹²⁷⁴. Il convient, en outre, de tenir compte des créances de rang préférable sur cette quote-part du prix. Rappelons à ce propos que, s'agissant d'une cession partielle d'entreprise (ce qui suppose que le débiteur a obtenu un plan de redressement¹²⁷⁵), le créancier inscrit sur le prix de cession subit la concurrence non seulement des créanciers qui le priment classiquement¹²⁷⁶, mais aussi et surtout celle des créanciers postérieurs élus au traitement préférentiel¹²⁷⁷. D'autre part, le droit de suite du créancier inscrit sur les biens est supprimé à l'encontre du cessionnaire dès lors que le prix de cession est intégralement payé ; et ce, même en l'absence de désintéressement intégral du créancier.

477. En droit de l'OHADA, la cession partielle d'actif ou d'entreprise ne peut être valide que si la quote-part du prix de cession prévue pour chaque bien cédé est suffisante pour désintéresser les titulaires de sûretés réelles spéciales. Faut-il entendre par cette disposition de l'article 132 al 2 de l'AUPC un désintéressement total du créancier ? La réponse est affirmative. Il ne peut en être autrement que dans l'hypothèse d'une renonciation à sa sûreté par le créancier, et acceptation par lui d'être traité, pour le reliquat de sa créance, en créancier chirographaire¹²⁷⁸. Cette position du législateur se comprend car elle évite que le bien soit cédé à un prix inférieur à sa valeur marchande. Elle protège par ailleurs les titulaires de sûreté dont la présence n'est pas obligatoire à l'assemblée concordataire. Contrairement donc au créancier inscrit en droit français, le créancier en droit de l'OHADA doit en principe être intégralement payé. Ce dernier échappe en outre à la concurrence des créanciers postérieurs car le paiement a lieu selon le rang prévu dans la procédure de liquidation des biens. Or dans cette procédure, le titulaire de sûreté est nettement préféré à tout créancier postérieur¹²⁷⁹.

478. En conclusion, la spécificité de la cession d'entreprise en droit de l'OHADA tient dans la volonté d'en obtenir le prix le plus avantageux, de garantir le paiement du prix dans des délais rapprochés, et de protéger les créanciers munis de sûretés réelles spéciales sur les biens cédés.

¹²⁷⁴ Pierre-Michel LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.* n° 542.33.

¹²⁷⁵ *Supra*, n° 442.

¹²⁷⁶ Le superprivilège des créances de salaire, les créanciers de frais de justice, les créanciers d'argent frais apporté à l'entreprise dans la procédure de conciliation (créances de l'art. 611-11 Code de commerce) : v. *supra*, n° 325.

¹²⁷⁷ *Supra*, n° 323.

¹²⁷⁸ *Supra*, n° 469.

¹²⁷⁹ *Supra*, n°s 332 - 333.

SECTION 2- LA CESSION D'ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ EN FRANCE : UN « DROIT » DE L'ENTREPRISE

479. La doctrine française a qualifié d'émergence d'un Droit des entreprises en difficulté, l'évolution de cette branche traditionnelle du droit commercial qu'était la faillite. Celle-ci a en effet amorcé, depuis les réformes de 1967, une mutation qui poursuit avec des moyens renouvelés un objectif prioritairement économique¹²⁸⁰. Il n'est plus essentiellement question de punir le débiteur et payer ses créanciers, mais d'assurer en priorité la permanence de l'entreprise. La cession de l'entreprise en difficulté participe inéluctablement de cette vision renouvelée de la matière. Vu sous cet angle, la cession d'entreprise en difficulté peut se comprendre, dans l'intitulé de notre section, comme une sous discipline du droit : « le droit de la cession d'entreprise en difficulté ». En revanche, dès lors que le mot « Droit » n'est plus entendu comme une discipline mais plutôt comme une prérogative, notre énoncé pourrait paraître très contradictoire.

Parler en effet de cession de l'entreprise sous-entend que celle-ci est objet du droit. Évoquer par la suite cette opération comme une prérogative attribuée à l'entreprise dans son intérêt exclusif et indépendamment de son auteur —une prérogative qui s'impose à tous—, revient à envisager l'entreprise comme sujet de droit. Cette ambivalence de l'énoncé est à l'image de la vision, qu'a le législateur contemporain, de l'entreprise en difficulté. Bien que l'entreprise ne soit pas un concept juridique, tout l'arsenal juridique qui l'entoure, ainsi que l'impératif de sa sauvegarde, ne semblent pas moins l'ériger en véritable entité du droit. L'entreprise aurait un intérêt qui lui est propre¹²⁸¹, distincte de celui du débiteur, mais elle ne serait pas un sujet de droit. Cet intérêt que seul le tribunal sur les directives du législateur pourrait identifier, justifierait par ailleurs la cession de l'entreprise sans que celle-ci soit un bien. L'opération est certes une expropriation de l'entrepreneur¹²⁸², mais l'intérêt qui la fonde ne saurait s'assimiler à l'utilité publique, sauf

¹²⁸⁰ Jean PAILLUSSEAU, « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté (ou quelques réflexions sur la renaissance (?)... d'un droit en dérive) », *Mélanges Roger HOUIN*, Dalloz-Sirey, Paris, 1985, p. 109 ; Pierre-Michel LE CORRE, « 1807-2007, 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise », *op. cit.*, spéc. n° 39 ; Françoise PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 9^e éd., *op. cit.*, n° 6.

¹²⁸¹ Pour une approche de l'intérêt de l'entreprise, v. Jacques BARTHÉLÉMY, « L'intérêt de l'entreprise », *Les Cahiers du DRH*, n°146, 09-2008.

¹²⁸² Expropriation à laquelle ni ses créanciers, ni ses cocontractants, encore moins ses salariés, ne peuvent s'opposer.

à reconnaître la réalisation d'une mission d'utilité publique à toute entreprise privée ; ce qui est inadmissible. C'est donc tout naturellement que notre intitulé se laisse saisir par ce paradoxe d'une cession d'entreprise perçue comme un droit, celui de l'entreprise en cessation des paiements, d'être cédé dans son intérêt exclusif.

480. La primauté de l'entreprise s'impose donc, même en procédure de liquidation judiciaire où la satisfaction des créanciers a désormais perdu l'exclusivité¹²⁸³. La préservation de l'entité économique, tant qu'elle est possible, est permanente. Elle présente, contrairement au droit de l'OHADA, une très grande autonomie vis-à-vis du traitement réservé au débiteur (**paragraphe 1**). Elle constitue un devoir pour le juge, tant elle transcende toutes les procédures et tous les intérêts privés en cause (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1- Une mesure de préservation de l'entreprise indépendante de son titulaire

481. Traditionnellement, les affaires du débiteur (l'entreprise) sont un élément de son patrimoine et doivent, en tant qu'actif, répondre du passif. Le sort de l'entreprise en cas de défaillance dépend de l'importance de la dette. En droit positif français, cette dépendance est supprimée car les dettes restent très attachées à la personne du débiteur. Le traitement désormais réservé au débiteur en cessation des paiements est le plan de redressement ou la liquidation judiciaire. Le traitement applicable à l'entreprise viable est le plan de cession, dès lors que le débiteur est incapable d'en assurer lui-même la sauvegarde. Cette autonomisation de la cession d'entreprise en difficulté constitue sa singularité : la cession, n'étant ni une saisie-vente¹²⁸⁴, ni une cession consentie¹²⁸⁵, est soustraite à l'application des règles du droit commun des obligations et de la vente, pour être soumise à des règles qui lui sont propres (**A**) ; en outre, son objet principal n'est pas le transfert de propriété ou sa contrepartie, mais plutôt le maintien durable de l'entité économique (**B**).

A) Une cession autonome de l'entreprise

482. L'autonomisation de la cession comme technique de sauvegarde de l'entité économique est corrélative à la montée en puissance du rôle du tribunal dans la procédure collective. Dans le traité à forfait comme dans le concordat par abandon d'actif de l'ancien

¹²⁸³ *Supra*, n^{os} 444 et ss.

¹²⁸⁴ La cession n'intervient pas nécessairement à l'occasion de la liquidation judiciaire du débiteur.

¹²⁸⁵ La cession n'est pas une initiative du débiteur et n'a pas pour finalité le débiteur.

droit français, ou encore dans le concordat comportant une cession partielle d'actif en droit de l'OHADA, c'est la collectivité des créanciers (l'union ou la masse) qui vote la cession globale de l'actif¹²⁸⁶. En droit positif français, ce pouvoir décisionnel est transféré au juge. L'opération ne saurait donc être une cession conventionnelle et son envergure échappe au débiteur et à la collectivité des créanciers.

483. La cession est intimement liée au plan. Il a été dit en droit de l'OHADA que la cession d'entreprise a une nature juridique contractuelle et que le tribunal, par son homologation, donne acte à la convention des parties. En France, le tribunal « arrête » le plan de cession¹²⁸⁷. Il *ne donne pas acte de l'offre de reprise, pas plus qu'il ne l'homologue*¹²⁸⁸. L'offre du candidat repreneur ne rencontre pas la volonté du débiteur. Celui-ci connaît en effet un dessaisissement quasi total sur certains biens dès lors que leur cession est envisageable en tant qu'entreprise. Ce dessaisissement a des allures d'expropriation puisque le débiteur, quoique bénéficiant d'un plan de redressement, ne voit pas le retour des biens dans son patrimoine en cas de résolution du plan. L'offre de reprise rencontre plutôt la volonté du tribunal qui ne se contente pas de retenir l'offre présentée, mais plus globalement, d'arrêter un plan. Il ne s'agit pas dès lors d'acceptation d'une offre au sens du droit des obligations, ce du fait que le tribunal dispose d'un pouvoir d'aménagement partiel de l'opération¹²⁸⁹. La cession d'entreprise a donc une nature judiciaire. L'adoption du plan est la condition de validité de la cession. Même si le transfert de propriété n'a lieu qu'à l'accomplissement des formalités¹²⁹⁰, c'est bien le jugement arrêtant le plan qui définit l'étendue de l'opération. Les actes de cession ne sont que des actes d'exécution de la décision de justice et ne sauraient, par conséquent, en modifier les termes. Il en résulte que la résolution du plan emporte aussi celle de la cession.

La cession n'est pas librement consentie¹²⁹¹ par le débiteur qui n'en a pas en outre l'initiative, comme en matière de concordat. L'action en résolution en cas d'inexécution de ses engagements par le repreneur n'est d'ailleurs pas exclusivement réservée au débiteur, mais à tout intéressé, au ministère public, aux créanciers, et même d'office au tribunal¹²⁹².

¹²⁸⁶ V. *Supra*, n^{os} 431, 434 et 453, respectivement pour le traité à forfait, le concordat par abandon d'actif et le concordat comportant cession partielle d'actif.

¹²⁸⁷ Art. L 642-5 du Code de commerce.

¹²⁸⁸ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 7^e éd., *op. cit.*, n^o 531.21.

¹²⁸⁹ Par exemple le tribunal peut prévoir dans le jugement arrêtant le plan de cession que tout ou partie des biens cédés ne pourront être aliénés, pour une durée qu'il fixe, sans son autorisation (art. L 642-10 du Code de commerce).

¹²⁹⁰ Cass. com., 6 décembre 1994, *RJDA*, avril 1995, n^o 502.

¹²⁹¹ Cass. com. 12 octobre 1993, *RJDA*, février 1994, n^o 221.

¹²⁹² Art. L 642-11 al 2 du Code de commerce (art. 111 loi n^o 2005-845 du 26 juillet 2005).

La cession est forcée et le tribunal est libre de retenir, soit une offre de cession globale ou partielle, soit une ou plusieurs offres de cession et dans ce cas, arrête un ou plusieurs plans de cession. C'est ce qui fait dire que toute entreprise en redressement judiciaire est à vendre.

484. La nature judiciaire de la cession d'entreprise justifie une exonération de la responsabilité contractuelle lorsque, même en dehors de tout cas fortuit ou de force majeure, l'inexécution d'une obligation résulte de la décision prise par le tribunal. Dans une espèce, une clause d'inaliénabilité concernant des biens ultérieurement inclus dans un plan de cession a été déclarée inefficace, le plan n'étant pas une vente volontaire¹²⁹³. Une tendance jurisprudentielle conduit à écarter les règles du droit commun des obligations, notamment les vices du consentement¹²⁹⁴, en raison du caractère judiciaire de la cession. Il en est ainsi par exemple de l'erreur sur le chiffre d'affaire¹²⁹⁵.

Le caractère judiciaire de la cession justifie également l'exclusion du droit commun de la vente, et l'application de règles propres édictées en vue du maintien au moins partiel de l'activité par une loi d'ordre public. Le caractère forfaitaire de l'opération, impliquant l'existence d'un aléa¹²⁹⁶, justifie aux yeux de la Cour de cassation l'exclusion de la garantie d'éviction¹²⁹⁷ et de celle des vices cachés¹²⁹⁸.

B) Un mécanisme spécial pour une sauvegarde autonome de l'entreprise

485. « *La cession de l'entreprise a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif* ». C'est en ces termes que l'article L 642-1 al 1 du Code de commerce définit l'objectif de la cession. Il ne s'agit pas, comme en droit de l'OHADA, de renflouer le débiteur en redressement judiciaire ou d'alléger la charge de son passif par le paiement des titulaires de sûreté. L'objet de la cession en droit français, pour reprendre l'expression du professeur Françoise PÉROCHON, porte sur « *des actifs actifs* » c'est-à-dire, un *ensemble d'actifs en exploitation et normalement destiné à le demeurer*¹²⁹⁹. Les actes de cession et le régime de l'opération doivent être compatibles avec l'objectif recherché. Ce qui est

¹²⁹³ Cass. com., 12 octobre 1999, *RTD com.*, 2000, p. 451, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN

¹²⁹⁴ V. pour avis et jurisprudence contraires : *supra*, n° 461.

¹²⁹⁵ Riom, 15 janvier 1997, *Rev. proc. coll.*, 2001, 97, n° 54, obs. B. SOINNE ; Paris, 14 septembre 2001, *RTD com.*, 2002, p. 156, n° 6, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN.

¹²⁹⁶ V. *supra*, n°s 460 - 461.

¹²⁹⁷ Cass. com., 12 octobre 1993, *op. cit.*

¹²⁹⁸ Cass. com., 22 octobre 1996, *D.* 1997, p. 3, obs. Fernand DERRIDA.

¹²⁹⁹ Françoise PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 9^e éd., *op. cit.*, n° 1185.

transmis ne se résume donc pas seulement à un ensemble de biens, mais d'outils de productions (1) et de contrats considérés comme de véritables valeurs économiques indispensables au maintien de l'activité de l'entreprise¹³⁰⁰ (2).

1) Une cession d'actifs susceptibles d'exploitation autonome

486. La cession peut être totale ou partielle¹³⁰¹. Elle porte sur des éléments corporels et incorporels. Elle doit porter sur une entreprise, c'est-à-dire sur un ensemble d'éléments d'exploitation qui forment une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activités¹³⁰². La cession doit donc présenter un caractère global. Ce caractère dans le concordat comportant cession partielle d'actif (en droit de l'OHADA) vise à en tirer le meilleur prix. En droit français, la cession est globale parce qu'elle a pour objet principal le support d'une activité à exploiter. L'opération tend au redressement d'une entreprise et non l'addition de ventes relatives aux divers biens cédés. Aussi, la dislocation des biens doit autant que possible être évitée.

A cet effet, l'article L 642-5 al 4 du Code de commerce¹³⁰³ neutralise les droits de préemption institués par le Code rural et de la pêche maritime et le Code de l'urbanisme. Ces droits ne peuvent s'exercer sur un bien compris dans le plan, aussi bien en phase de redressement qu'en liquidation judiciaire¹³⁰⁴. Il en est ainsi, même en l'absence de cessation de paiement, pour la cession partielle dans le cadre de la sauvegarde¹³⁰⁵. Cette paralysie permet au tribunal, en raison de l'objectif de la cession, de préférer un autre candidat reprenneur au titulaire du droit de préemption¹³⁰⁶. L'opération de cession est également soustraite à l'exercice du droit de surenchère du sixième du prix principal lorsqu'elle comprend un fonds de commerce¹³⁰⁷. La solution certes vaut pour toutes les ventes judiciaires de fonds de commerce¹³⁰⁸, mais il s'agit en l'occurrence de ne pas disloquer l'ensemble cédé¹³⁰⁹. C'est ici une divergence avec le droit de l'OHADA qui prévoit

¹³⁰⁰ Marie-Hélène MONSÉRIÉ, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, op. cit., n° 13.

¹³⁰¹ Sur les notions de plan de cession totale et de plan de cession partielle v. *supra*, n° 442.

¹³⁰² Art. L 642-1 al 2 du Code de commerce (art. 111 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005).

¹³⁰³ Art. 112 ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008.

¹³⁰⁴ Cass. 3e civ., 19 mai 2010, n° 09-14.167.

¹³⁰⁵ Art. L 626-1 al 5 du Code de commerce (art. 51 de l'ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008).

¹³⁰⁶ Ch. LEBEL, « Liquidation judiciaire d'un agriculteur (Loi 2005) : cession de l'exploitation agricole et droit de préemption de la SAFER », *Rev. proc. coll.*, n° 5, Septembre 2010, comm. 196, note sous Cass. 3e civ., 19 mai 2010.

¹³⁰⁷ Art. L 642-8 al 2 Code de commerce (art. 111 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005).

¹³⁰⁸ Art. L 141-19 al 2 et 3 du Code de commerce (art. 165-V, loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005).

¹³⁰⁹ Françoise PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, op. cit., 9^e éd., n° 1191.

l'exercice du droit de préemption, notamment en cas de vente forcée du fonds¹³¹⁰ ; toute chose qui confirme la volonté, dans cette dernière législation, d'*optimiser* la valeur totale des recettes tirées de la vente des biens du débiteur pour l'apurement de son passif.

487. Dans l'idée toujours de préserver le caractère global de la cession en droit Français, les droits des tiers sur les biens composant l'ensemble ne peuvent faire obstacle à la vente.

D'une part, la cession des biens est accompagnée des contrats qui consacrent les droits des tiers, ou qui sont à la source de la possession des biens par le débiteur cédant. Exception doit toutefois être faite des situations où les droits du tiers ne sont pas issus d'un contrat ou d'un contrat cessible, ou encore lorsque le consentement du tiers est requis pour la cession du contrat. C'est le cas notamment, sur ce dernier point, de *la convention en exécution de laquelle le débiteur constituant conserve l'usage ou la jouissance de biens ou droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire*¹³¹¹.

D'autre part, et si besoin est, il est possible de contourner l'obstacle que peut représenter le droit des tiers sur les biens, dès lors que ce contournement peut éviter une fragmentation de l'ensemble cédé. Afin d'inclure dans la cession un bien grevé d'une sûreté, il est possible de substituer à cette sûreté une autre garantie présentant des avantages équivalents. Cette substitution de garantie s'applique uniquement lorsque la cession d'entreprise s'accompagne d'un plan de redressement du débiteur¹³¹². Elle vise initialement, dans la cession partielle d'actifs, à favoriser le renflouement du débiteur en redressement judiciaire, en évitant de payer le créancier inscrit sur le bien cédé. Mais en l'occurrence, elle permet aussi de contourner la charge de la sûreté grevant le bien. Il faut en revanche et tout de suite préciser que le droit de rétention fictif (gage sans dépossession) peut faire échec à cette technique. Au terme de l'article L 622-7 I al. 2, le droit de rétention fictif est opposable à la procédure collective dès lors que le bien objet de la rétention est compris dans une cession d'activité¹³¹³.

Pour parer à l'efficacité du droit de rétention et éviter l'éclatement qui pourrait résulter d'une demande d'attribution judiciaire, il est possible de procéder au retrait du

¹³¹⁰ Art. 131 AUDCG.

¹³¹¹ Art. L 642-7 al 5 du Code de commerce (art. 113 de l'ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008).

¹³¹² Art. L 626-22 et L 626-23 du Code de commerce applicables au redressement judiciaire sur renvoi de l'art. L 631-19.

¹³¹³ L'opposabilité du droit de rétention au cessionnaire de l'entreprise (dans une cession intervenant dans le cadre d'un redressement) résulte de la combinaison de l'article L 631-14 al 1 qui rend applicable en redressement judiciaire l'article L 622-7, et de l'article L 631-19 qui rend applicable en redressement judiciaire l'article L 626-1 (cet article soumet toute cession d'entreprise aux dispositions de la liquidation judiciaire).

gage ou de la chose légitimement retenue. Il est aussi possible d'obtenir le retour de biens et droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire. Le retrait ou le retour a lieu en contrepartie du paiement de la créance antérieure, sur autorisation du juge commissaire¹³¹⁴. L'impératif de poursuite de l'activité l'emporte ici sur le principe d'égalité des créanciers, cher aux procédures collectives¹³¹⁵.

2) Une cession d'actifs accessoire d'une cession d'activité

488. Il a été examiné qu'en droit de l'OHADA, la cession d'entreprise n'a d'autres fins que le redressement du débiteur et/ou le paiement de ses créanciers¹³¹⁶. La cession sert d'argument au débiteur afin d'obtenir, par la négociation, un concordat. Ce rappel est important pour rendre compte de l'opposition des législations française et OHADA, à propos d'une même solution consacrée en cas de cessation des paiements d'une entreprise. Dans le droit français, l'autonomie de la cession d'entreprise implique que l'opération ait pour fin ultime l'entreprise elle-même, c'est-à-dire l'activité et prioritairement l'emploi. La cession d'actifs est donc nécessairement secondaire. La valeur des biens ne détermine d'ailleurs pas la valeur de l'opération, contrairement à ce qui prévaut dans le droit de l'OHADA. La Cour de cassation a d'ailleurs dans ce sens admis que la nature de l'opération, qui implique un engagement de maintenir un certain nombre d'emplois salariés, entraîne une réduction de la valeur des biens cédés¹³¹⁷. Le transfert de l'activité consiste fondamentalement donc en une transmission de contrats. Ceux-ci se voient juridiquement rattachés à l'entreprise —et non plus au débiteur— et peuvent, de ce fait, être cédés en même temps que celle-ci. Une cession globale d'actifs —dans le cadre d'une procédure collective— non suivie d'une transmission des contrats ne saurait être une technique du redressement de l'entreprise. Dès lors, l'offre n'ayant pour objet que la reprise d'actifs devrait être irrecevable dans le cadre du plan de cession¹³¹⁸. La cession d'entreprise en difficulté traduit ainsi des préoccupations sociales d'un législateur **(a)** qui, pour maintenir l'activité à laquelle sont affectés les salariés, envisage la cession judiciaire des contrats nécessaires **(b)**.

¹³¹⁴ Art. L 622-7 II al 2 applicable au redressement judiciaire sur renvoi de l'article L 631-14 al 1, et art. L 641-3 al 2 applicable en liquidation judiciaire.

¹³¹⁵ Il faut noter que le retrait contre paiement est aussi envisagé en liquidation judiciaire pour les besoins de la liquidation (art. L 641-3 al 2).

¹³¹⁶ *Supra*, n° 449 et ss.

¹³¹⁷ Cass. com., 16 juin 1998, *RJDA*, Août/Septembre 1998, n° 1012.

¹³¹⁸ Cass. com., 22 avril 1997, n° 94-22.144, *Rev. proc. coll.*, 1998, 330, n° 2, obs. B. SOINNE.

a) L'attachement du contrat de travail à l'ensemble cédé : la priorité de l'emploi durable

489. Si le concordat comportant cession partielle d'actif est indifférent au maintien de l'emploi, la reprise de salariés reste cependant le critère essentiel de la cession d'entreprise. La cession d'un fonds de commerce ne peut être purement et simplement assimilée à une cession d'entreprise¹³¹⁹.

En France, le plan de cession constitue un réel projet social. D'une part il est exigé du candidat repreneur, qu'il indique dans son offre les prévisions d'activité et de financement, la durée de chacun des engagements pris, et surtout le niveau et les perspectives d'emploi justifiés par l'activité considérée¹³²⁰. D'autre part, la désignation de l'offre qui réalise la cession n'est pas laissée aux soins des créanciers. Ce choix est exercé par le tribunal qui « *retient l'offre 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*** »¹³²¹. Remarquons d'emblée une hiérarchisation des critères de désignation de l'offre, dont celui relatif à l'emploi a la priorité. En effet, une Cour d'appel a infirmé un jugement qui, pour écarter une offre concurrente proposant la reprise du même nombre de salariés, a retenu celle qui présentait plus de garanties sur le plan financier compte tenu du prix de cession proposé. Pour la Cour, l'offre retenue était « *moins à même de sauvegarder les emplois de manière pérenne, ...alors que le plan de charge... (de l'offre concurrente) [était] conséquent et déjà planifié sur le court et le moyen terme, assurant du travail aux salariés en plein emploi, supposant même des embauches pour répondre aux besoins de leur carnet de commande* »¹³²². L'emploi considéré tant qualitativement que quantitativement semble donc plus déterminant, dans le choix de l'offre, que le paiement des créanciers.

490. Les candidats à la reprise d'entreprise en cessation des paiements contractent ainsi en France, en plus de leurs engagements financiers, des engagements sociaux justifiant la résolution du plan en cas d'inexécution¹³²³. Ces engagements sociaux sont destinés à démarquer leur offre de celle de leurs concurrents au-delà du simple prix proposé pour la

¹³¹⁹ Paris 19 avril 1988, D. 1991, somm. 5, obs. F. DERRIDA.

¹³²⁰ Art L 642-2, II, 2°, 5° et 8° du Code de commerce (art. 111 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005).

¹³²¹ Art L 642-5 al 1 du Code de commerce (art. 111 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005).

¹³²² CA Poitiers, 2° ch. civ., 25 mars 2009, n° 09/00530, *JurisData* n° 2009-022757 ; *Rev. proc. coll.*, n° 6, Novembre 2010, comm. 236, Jean-Jacques FRAIMOUT.

¹³²³ Art. L 642-11 al 2 du Code commerce (art. 111 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005).

reprise des actifs. Font partie des engagements unilatéraux, classiques en la matière, le maintien d'un certain nombre d'emplois pendant une période déterminée, le maintien de l'activité sur un site industriel pendant une certaine période, les investissements destinés à moderniser l'outil de production¹³²⁴. C'est plus précisément sur la durée du maintien de l'emploi que devraient porter les principaux engagements, dans la mesure où la prise de possession de l'actif par le cessionnaire entraîne le transfert automatique des contrats de travail affectés à l'activité cédée. Ce transfert s'opère au moment de la modification de la situation juridique de l'employeur en application de l'article L 1224-1 du Code du travail. Il a lieu même si le cessionnaire en ignorait légitimement l'existence¹³²⁵. Les contrats sont transmis avec les obligations qui incombaient à l'ancien employeur¹³²⁶ y compris, selon une jurisprudence constante, les usages et engagements unilatéraux¹³²⁷. Même en procédures collectives, les conditions fixées dans l'offre retenue par le tribunal de commerce ne peuvent faire obstacle à la transmission des engagements unilatéraux¹³²⁸. En revanche, et sauf disposition contraire du plan de cession, les dettes antérieures du cédant envers les salariés ne sont pas transmises au repreneur¹³²⁹.

491. Le transfert automatique des contrats de travail affecté à l'activité cédée connaît cependant une exception. À la demande du cessionnaire, le plan de cession peut délimiter le nombre des salariés dont le contrat est transféré en autorisant des licenciements pour motif économique. Le coût de ces licenciements reste à la charge du débiteur. En effet, le cessionnaire ne peut se voir imposer *des charges autres que les engagements qu'il a souscrits au cours de la préparation du plan*¹³³⁰. Or, s'il précise le niveau et les perspectives d'emploi justifiés par l'activité considérée, cela indique le nombre de licenciements requis par son offre. Pour le Professeur Françoise PÉROCHON, cette précision de l'offre doit s'accompagner d'une condition suspensive claire relative aux licenciements corrélativement indispensables¹³³¹. Il est essentiel, pour le repreneur, que le

¹³²⁴ Nicolas MORELLI, « Plan de cession et clause de garantie d'emploi », note sous Cass. soc., 17 mai 2011, *Bull. Joly Sociétés*, 01 octobre 2011 n° 10, P. 826.

¹³²⁵ Françoise PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 9^e éd., *op. cit.*, n° 1201.

¹³²⁶ Le repreneur ne peut diminuer le salaire du chef d'entreprise (titulaire d'un contrat de travail) même s'il se borne simplement à calquer celui-ci sur la rémunération allouée par le juge commissaire au cours de la période d'observation : Cass. soc., 9 décembre 1998, *Dr. soc.*, mai 1999, comm. 77.

¹³²⁷ Cass. soc., 4 février 1997, n° 95-41.468, Société Total raffinage distribution c/ Consorts Rocaboy et autres, n° *Lexbase* : A2094ACK.

¹³²⁸ Cass. soc., 12 mars 2008, n° 06-45.147, *Lexbase*, n° A3995D74, *Lexbase Hebdo éd. sociale*, n° 298 du 27 mars 2008, obs. Christophe RADÉ.

¹³²⁹ Art. L 1224-2.

¹³³⁰ Art. L 661-6, III du Code de commerce (art. 151 ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008).

¹³³¹ Françoise PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 9^e éd., *op. cit.*, n° 1203.

jugement arrêtant le plan précise le nombre des salariés dont le licenciement est autorisé, ainsi que les activités et catégories professionnelles concernées. Le jugement qui se borne à mentionner les contrats repris ainsi que la liste des postes concernés ne satisfait pas aux exigences légales et donc, ne peut déroger au transfert de plein droit des contrats de travail¹³³². De même, la clause qui prévoit le maintien du contrat de travail d'un salarié nommément désigné est inopposable à l'égard des autres salariés relevant de la même catégorie professionnelle dont le licenciement est autorisé par le plan. L'autorisation de licencier, fût-elle une condition de l'offre, ne saurait ainsi violer l'ordre légal de licenciements¹³³³.

492. En dehors du jugement arrêtant le plan de cession, le cessionnaire ne peut de son propre chef procéder à des licenciements. Il est tenu, non seulement par les obligations inhérentes aux contrats de travail légalement transférés, mais aussi par les engagements qu'il a lui-même souscrits dans l'offre de reprise, notamment sur la durée du maintien de l'emploi. La clause obligeant le cessionnaire à ne pas licencier pendant une période déterminée ne concerne que les licenciements prononcés pour motif économique¹³³⁴. Elle ne peut donc faire obstacle à des licenciements pour motif disciplinaire¹³³⁵.

Mis à part ce pouvoir disciplinaire, les licenciements ultérieurs peuvent entraîner la résolution du plan pour inexécution¹³³⁶ et engager la responsabilité civile du repreneur. Il en est ainsi sauf si les licenciements sont imposés par « *une modification substantielle dans les objectifs et les moyens du plan* », [modification] décidée à la demande du cessionnaire par le tribunal¹³³⁷. Une Cour d'appel a dans ce sens tranché que le licenciement de quatre salariés sur treize, moins de trois mois après l'arrêté du plan, constituait une modification substantielle de celui-ci. Le repreneur qui n'a pas soumis ces licenciements à la censure de la juridiction consulaire engage sa responsabilité civile du fait du préjudice subi par les salariés¹³³⁸.

¹³³² Cass. soc., 22 mars 2011, n° 09-72.751, *JurisData* n° 2011-004398 ; *Rev. proc. coll.*, n° 6, Novembre 2011, comm. 186, Jean-Jacques FRAIMOUT.

¹³³³ Cass. soc., 29 janvier 2008, pourvoi n° 06-42.712, *Revue de droit du travail*, 2008, p. 310, obs. Alexandre FABRE.

¹³³⁴ Cass. soc., 16 mai 2007, n° 06-40.496, *Revue de droit du travail*, 2007, p. 457, Yves CHAGNY.

¹³³⁵ Cass. soc., 17 mai 2011, n° 09-43003, *Bulletin Joly Sociétés*, 01 octobre 2011 n° 10, p. 826, obs. Nicolas MORELLI ; *D.*, 2011, p. 2249, obs. Sandie LACROIX-DE SOUSA.

¹³³⁶ Art. L 642-11 al 2 du Code de commerce *op. cit.*

¹³³⁷ Art. L 642-6 (art. 111 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005).

¹³³⁸ CA Nancy, 2^e ch. 3 avril 1996, *Juris-data* n° 056150, *JCP E*, 1998, n° 7, 12 février 1998, *Panorama rapide*, p. 250.

b) Le transfert mesuré des autres contrats : la nécessité du maintien de l'activité par le cessionnaire

493. Vu le rôle essentiel des contrats dans l'activité d'une entreprise, les liens contractuels du débiteur en cessation des paiements doivent être transférés au repreneur. À l'inverse des contrats de travail et de quelques autres contrats qui connaissent une transmission systématique, le reste des contrats conclus par le débiteur connaît une transmission nominative. Si les premiers sont transmis légalement, les seconds le sont judiciairement. Le point commun de ces deux modes de transmission du contrat est l'arbitrage du tribunal de commerce, à l'exception d'une certaine catégorie de contrats directement transférés. Ces derniers échappent en effet au contrôle du tribunal, sur le fondement de la puissance du lien qui existe entre certains contrats, ou entre certains contrats et les actifs cédés. C'est le cas notamment du contrat de bail pour lequel l'article 1743 du Code civil institue un lien indissociable avec l'immeuble, « *de sorte que le contrat de location est automatiquement transféré en cas de vente du bien loué* »¹³³⁹. C'est aussi le cas du contrat d'assurance qui, en cas d'aliénation de la chose assurée, continue de plein droit au profit de l'acquéreur¹³⁴⁰.

Hormis donc l'exception de ces contrats directement transférés, le tribunal, selon le critère de « *la nécessité pour le maintien de l'activité* », exerce son contrôle sur le transfert du contrat au cessionnaire de l'entreprise. S'agissant des contrats de travail légalement transmis, le tribunal autorise ainsi des licenciements pour motifs économiques. Quant aux autres contrats, il en détermine exceptionnellement la transmission au repreneur par une désignation nominative. Dans ce derniers cas, c'est le tribunal lui-même qui cède les contrats (mais non la loi).

494. Cette cession judiciaire du contrat dans le cadre du plan de cession, contrairement à une cession conventionnelle, permet de passer outre l'obstacle qu'aurait été le refus du cocontractant cédé¹³⁴¹. Il s'agit d'une cession par voie d'autorité. L'ordre public qui la caractérise justifie que soient tenues en échec les clauses contractuelles qui en écarte ou en aménage le jeu. Il en est ainsi des clauses d'incessibilité ou de cessibilité conditionnelle, des clauses d'agrément, des pactes de préférence et notamment, en matière de bail, des

¹³³⁹ Cass. com., 4 janvier 2005, n° 01-14687, inédit.

¹³⁴⁰ Art. L 121-10 du Code des assurances.

¹³⁴¹ « À défaut d'une autonomie de la volonté que l'on associe à la volonté exprimée par les parties, c'est à une manifestation de l'autonomie du contrat comme « bien » de l'entreprise que l'examen des textes nous invite à découvrir », Aldo RIZZI, *op. cit.*, n° 227, p. 221.

clauses de préemption. Le jeu de ces dernières avait pu être admis par certains juges du fond, sur le motif que le contrat se trouvait cédé dans toutes ses conditions, au nombre desquelles figurait le droit de préemption du bailleur¹³⁴². Cette position, qui était celle de la Cour d'appel de Paris, connaît cependant un revirement. La Cour considère désormais que « le caractère d'ordre public de la cession judiciaire des contrats (...) conduit à réputer non écrites les clauses de préemption et toute autre clause restrictive de cession »¹³⁴³. La Cour rejoint se faisant la jurisprudence dominante¹³⁴⁴ aussi bien sous l'empire de la législation antérieure à la loi du 26 juillet 2005¹³⁴⁵, que sous l'empire de la législation issue de cette loi¹³⁴⁶. L'inefficacité des clauses restrictives des pouvoirs du tribunal devrait au demeurant permettre de neutraliser toute clause enfermant la cession du bail dans quelques formes que ce soit¹³⁴⁷.

La cession opérant d'ordre public et contre le gré des contractants, il semble que le caractère *intuitu personae* du contrat ne puisse pas constituer un obstacle. Cette interprétation de la doctrine majoritaire est toutefois nuancée par certains auteurs pour lesquels, seul l'*intuitu personae* lié à l'exécution du contrat mais non à sa formation devrait faire obstacle à la cession¹³⁴⁸.

La cession judiciaire des contrats peut même neutraliser certaines restrictions légales¹³⁴⁹. Il en va ainsi du droit de préemption de la commune en cas de cession de fonds de commerce, de fonds artisanaux et des baux commerciaux¹³⁵⁰. En revanche, les

¹³⁴² CA Paris, 14 septembre 1993, n° 93/002 754, n° Lexbase : A5645DHK ; Rev. proc. coll., 1994, p. 227, n° 39, obs. B. SOINNE ; LPA, 20 avril 1994, n°47, p. 23, obs. Jean-Michel CALENDINI.

¹³⁴³ CA Paris, 15 janvier 2013, n° 12/17 592, n° Lexbase : A1232I3Z ; Lexbase Hebdo éd. affaires, n°333 du 4 avril 2013, obs. Fabien KENDÉRIAN.

¹³⁴⁴ Jacques VAROCLIER, « Le bailleur, mal-aimé des procédures collectives », *Gaz. Pal.*, 02 avril 2011 n° 92, p. 4.

¹³⁴⁵ CA Aix-en-Provence, 8e ch. A, 29 août 1990, *JurisData* n° 1990-048954 ; CA Chambéry, 13 nov. 1995, *Rev. proc. coll.*, 1998, p. 380, n° 46, obs. Bernard SOINNE ; CA Caen, 1re ch. civ. et com., 30 juin 1994, *Rev. proc. coll.*, 1995, p. 170, n° 43, obs. B. SOINNE.

¹³⁴⁶ CA Caen, 9 nov. 2010, RG n° 10/02643, *JurisData* n° 2010-025157, (n° Lexbase : A6754GIY), *JCP E*, n° 13, 31 Mars 2011, 1265, obs. Fabien KENDÉRIAN.

¹³⁴⁷ *V. a contrario* un arrêt consacrant l'efficacité de telles clauses en dehors d'un plan cession : Cass. com., 26 octobre 1993, n° 91-15.877, *Bull. civ. IV*, n° 362.

¹³⁴⁸ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 7^e éd., *op. cit.*, n° 542.56 ; Françoise PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 9^e éd., *op. cit.*, n° 1196.

¹³⁴⁹ Les droits de préemption institués par le Code rural et de la pêche maritime ou le Code de l'urbanisme (Art. L. 642-5 al 4 du Code de commerce dans sa rédaction issue de l'article 112 de l'ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008).

¹³⁵⁰ Solène RINGLER, « Cessions de fonds de commerce, de fonds artisanaux et de baux commerciaux : il faut dorénavant compter avec les communes », *Petites affiches*, 03 avril 2008 n° 68, p. 4.

autorisations ou agréments administratifs nécessaires à l'exercice d'une activité ne peuvent être écartée¹³⁵¹.

Il existe toutefois un cas où l'ordre public ne peut l'emporter sur la volonté des parties au contrat. Ainsi, « *la convention en exécution de laquelle le débiteur constituant conserve l'usage ou la jouissance de biens ou droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire ne peut être cédée au cessionnaire de l'entreprise, sauf accord des bénéficiaires du contrat de fiducie* »¹³⁵².

495. Contrairement à la cession légale, inadaptée du fait de son caractère systématique, la cession judiciaire présente l'avantage de ne cibler que certains contrats. À ce propos, l'article L 642-7 alinéa 1 du Code de commerce dispose que « *le tribunal détermine les contrats de crédit-bail, de location ou de fourniture de biens ou services nécessaires au maintien de l'activité* »¹³⁵³. Cette nécessité s'apprécie au regard de l'offre du repreneur dans la mesure où, en dehors des contrats désignés, le tribunal ne saurait imposer un contrat non désiré sans aggraver les charges du cessionnaire. Le réalisme voudrait en outre que le véritable titulaire du choix des contrats à céder soit le repreneur, qui seul en connaît l'utilité pour son entreprise. Conformément à la finalité du plan de cession, le champ d'action du tribunal est large afin de donner toutes ses chances au redressement. Ainsi, contrairement à l'impression réductrice qu'on peut avoir de l'énumération exhaustive de l'article L 642-7 alinéa 1, la cession judiciaire concerne un vaste ensemble de contrats synallagmatiques conclus par le débiteur, et qui sont en cours. Peuvent toutefois y échapper les contrats unilatéraux, tel que le contrat de cautionnement¹³⁵⁴ ou de prêt¹³⁵⁵.

Pour être cédés, les contrats doivent nécessairement être en cours, c'est-à-dire exister au jour du jugement d'ouverture de la procédure¹³⁵⁶. Le contrat résilié au jour du jugement d'ouverture ne peut ainsi être cédé¹³⁵⁷. Il en va de même du contrat résilié de plein droit après mise en demeure du cocontractant, ainsi que du contrat dont la résiliation est judiciairement prononcée sur demande du cocontractant ou de l'administrateur

¹³⁵¹ CA Paris, 3^e ch. B, 17 octobre 1991, *RJDA*, 1992/5, p. 408 ; CA Bordeaux, 2^e ch., 7 octobre 1993, *Rev. proc. coll.*, 1995, 170, n° 42, obs. Bernard SOINNE.

¹³⁵² Art. L 642-7 al 5 (art. 113 ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008).

¹³⁵³ Art. 111, loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005.

¹³⁵⁴ Le débiteur n'ayant d'ailleurs pas la qualité de partie dans le cautionnement conclu entre le créancier et la caution, ce contrat ne peut être cédé.

¹³⁵⁵ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 7^e éd., *op. cit.*, n° 542.51.

¹³⁵⁶ L'art. L 642-7 al 3 poursuivant que les contrats cédés doivent être exécutés aux conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure, on peut en déduire que seuls les contrats existant à ce jour pourront être cédés.

¹³⁵⁷ CA Paris, 3^e ch. A, 28 juin 2005, RG n° 2005/3177.

judiciaire¹³⁵⁸. Le contrat dont la continuation est renoncée par l'administrateur ne peut être cédé dès lors que le cocontractant, du fait de la renonciation, a un droit acquis à la résiliation¹³⁵⁹. Cependant, la nécessité d'élargir le champ d'action du tribunal justifie quelques atteintes à l'exigence d'une existence du contrat au jour du jugement d'ouverture de la procédure. Ainsi, la doctrine dominante considère qu'il est possible de céder un contrat conclu après le jugement d'ouverture¹³⁶⁰ ; privilégiant donc l'esprit sur la lettre de l'article L 642-7. Dans la même logique, la Cour d'appel de Lyon admet que, malgré la rupture acquise d'un contrat, un client du cocontractant cédé ne peut se prévaloir de cette résiliation alors que ce dernier n'a manifesté aucune opposition à la cession du contrat¹³⁶¹.

496. La cession judiciaire des contrats obéit enfin à un régime juridique très favorable à une sauvegarde autonome de l'entreprise. Les contrats cédés « *doivent être exécutés aux conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure, nonobstant toute clause contraire* ». Cette disposition de l'article L 642-7 alinéa 3 implique que la cession n'a pas d'effet novatoire. La cession n'emporte pas extinction de l'obligation préexistante et le remplacement de celle-ci par une obligation nouvelle. Le contrat devrait donc pouvoir être cédé avec ses qualités mais aussi avec ses défauts¹³⁶² ; d'où l'absence de purge des motifs de résiliation¹³⁶³ et des vices de formation du contrat.

Telle n'est cependant pas la lecture de la Chambre commerciale de la Cour de cassation. Pour elle, le cessionnaire n'a pas à répondre d'éventuels manquements imputables au débiteur cédant¹³⁶⁴. La cession opère donc uniquement un transfert des obligations initiales contractées par le débiteur, sur la tête du repreneur. Il n'y a pas transfert des obligations nées de l'exécution ou de l'inexécution du contrat par le débiteur. À ce niveau, il se produit une rupture des obligations dont le moment est déterminé à partir de la date de conclusion des actes de cession¹³⁶⁵, ou de la date d'entrée en jouissance du

¹³⁵⁸ Sur ces résiliations, v. *supra*, n^{os} 222 et ss.

¹³⁵⁹ Françoise PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 9^e éd., *op. cit.*, n^o 1197.

¹³⁶⁰ *Ibid.* ; P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 7^e éd., *op. cit.*, n^o 542.52.

¹³⁶¹ Lyon, 3^e ch., 8 décembre 1995, *Rev. proc. coll.*, 1998, 832, n^o 48, obs. Bernard SOINNE.

¹³⁶² DELEBECQUE, « Le régime des contrats cédés en application de l'article 86 de la loi du 25 janvier 1985 », *RJC*, n^o spéc., nov. 1992, p. 134 et ss.

¹³⁶³ Cass. civ. 3^e, 12 juillet 2000, n^o 98-21.945, *Bull. civ.* III, n^o 140, p. 97 ; *Petites affiches*, 16 mai 2001 n^o 97, p. 17, obs. Charles-Henri GALLET.

¹³⁶⁴ Cass. com., 1^{er} octobre 1997, n^o 94-22.145, *Bull. civ.* IV n^o 237 ; *JCP E*, n^o 1, 8 Janvier 1998, obs. Michel CABRILLAC. Si une décision plus récente de la chambre civile (Cass. civ. 3^e, 12 juillet 2000, n^o 98-21.945, *op. cit.*) semble aller dans un sens contraire, il faut préciser que dans l'affaire soumise à la Chambre, le plan de cession incluant le contrat cédé avait été déclaré caduc et le débiteur, retrouvant la libre administration de ses affaires, était redevenu *in bonis*.

¹³⁶⁵ La jurisprudence considère cette date malgré la lettre de l'article L 642-7 al 2 qui prévoit que « *Le jugement qui arrête le plan emporte cession de ces contrats, même lorsque la cession est précédée de la*

repreneur si celle-ci est antérieure à la date de conclusion des actes de cession. Le cessionnaire ne peut donc être exposé aux sanctions de l'inexécution qu'à partir du moment où il a eu la possibilité de procéder à l'exécution. De même, il n'a pas à payer les créances antérieures au plan de cession, encore moins les créances antérieures au jugement d'ouverture. Une telle position logique et conforme à l'équité est réaliste. Elle est favorable au maintien de l'activité par le cessionnaire qui ne répond pas des dettes du débiteur. Il n'en est autrement qu'à titre exceptionnel, lorsqu'il s'agit de lever l'option d'achat d'un contrat de crédit-bail cédé. En l'occurrence, le cessionnaire devrait payer les sommes restant dues¹³⁶⁶, c'est-à-dire l'arriéré né de son propre chef mais aussi celui dû par le débiteur, y compris avant le jugement d'ouverture. Ainsi, si dans un sens le cessionnaire d'un contrat de crédit-bail ne peut être contraint de payer les sommes dues par le débiteur cédant, il ne peut en sens inverse lever l'option d'achat faute de paiement.

Sous l'empire de la législation antérieure à la loi dite « de sauvegarde des entreprises », il était accordé au tribunal la possibilité d'imposer au cocontractant des délais de paiement pour assurer la poursuite de l'activité¹³⁶⁷. La solution était favorable, en termes de trésorerie, au repreneur confronté à l'exécution d'un contrat nécessaire mais onéreux. La loi de sauvegarde supprime cette possibilité, mais il n'est pas interdit l'octroi de délais de grâce de droit commun par le juge normalement compétent¹³⁶⁸.

Paragraphe 2- L'assujettissement des intérêts privés à la préservation de l'entreprise en difficulté

497. Prise dans le sens d'un « Droit »¹³⁶⁹ (une prérogative), la cession est comme tout droit subjectif opposable à tous. Mais comme évoqué précédemment¹³⁷⁰, ce droit n'est pas exercé par le débiteur. L'opération n'est pas non plus réalisée dans le cadre plus global d'un concordat où la collectivité des créanciers, ayant un intérêt direct, participe d'une manière ou d'une autre¹³⁷¹. La cession d'entreprise en difficulté n'est pas un contrat dont

location-gérance prévue à l'article L. 642-13 » : Cass. com., 6 janvier 1998, n° 95-15.407, *Bull. civ. IV*, n° 7 ; *RTD civ.*, 1998, 369, obs. MESTRE ; *JCP E*, 1998, chron. 654, n° 2-6, obs. M. CABRILLAC.

¹³⁶⁶ Art. L 642-7 al 4 du Code de commerce.

¹³⁶⁷ Art. 86 loi n° 85-98 du 25 janvier 1985.

¹³⁶⁸ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 7^e éd., *op. cit.*, n°s 542.66 et 542.67.

¹³⁶⁹ V. pour la métaphore *supra*, n° 479.

¹³⁷⁰ *Supra*, n°s 482 et ss.

¹³⁷¹ Le concordat par abandon d'actif était un contrat conclu avec la masse des créanciers dans la loi française du 17 juillet 1856. Si cela n'est pas le cas du concordat comportant cession partielle d'actif en droit de

les termes engagent juridiquement les créanciers. Ceux-ci auraient été conventionnellement liés par le principe de la relativité du contrat. Bien que non conventionnelle, l'opération produit néanmoins en France des effets non seulement sur les créanciers, mais aussi sur le débiteur et les tiers. Elle crée des obligations et érode des droits. Dans cette législation, la cession d'entreprise en difficulté s'inscrit dans le schéma d'un ordre public économique voulu par le législateur : dès lors que la survie de l'entreprise est en jeu, l'assujettissement des intérêts privés dans cette perspective économique est logique et légalement *sanctifié*. La restructuration des entreprises est envisagée par une planification, marque de l'interventionnisme de l'État¹³⁷². Intervenant dans le domaine du droit privé, l'érection du plan est déléguée au juge judiciaire dont la décision est applicable *erga omnes*.

La différence avec le droit de l'OHADA est donc pertinemment que la cession d'entreprise en difficulté en France sert un intérêt supérieur aux intérêts privés, notamment ceux du débiteur et des créanciers. Nous examinerons globalement la soumission des intérêts privés à l'impératif de sauvegarde de l'entreprise (A), et plus précisément la restriction des prérogatives des titulaires de sûretés réelles spéciales¹³⁷³ (B).

A) Le recul général des intérêts privés

498. L'émergence de l'entreprise dans le droit des procédures collectives emporte que tout l'édifice juridique doit concourir à la préservation de l'entité économique, gage de l'activité et de l'emploi. L'idée de transaction entre le débiteur et ses créanciers est exclue puisque les objectifs ne sont plus essentiellement l'obtention du paiement des créanciers ou la réhabilitation d'un débiteur. La dette et le lien d'obligation ne sont plus centraux pour le législateur qui, par l'idée du plan, entend sauver l'entreprise avant d'apurer son passif.

Ce bouleversement des priorités n'épargne pas la cession globale d'actif qui, bien qu'intervenant en procédure de liquidation judiciaire, devient une cession d'entreprise échappant aux créanciers. Les intérêts privés sont malmenés dès lors qu'ils portent atteinte à la continuité de l'entreprise, mais sont au contraire préservés quand ils ne la contrarient pas. À partir du moment où un tiers présente plus de garanties que le débiteur pour atteindre le but défini, l'entreprise lui est cédée indépendamment de la volonté du débiteur

l'OHADA, il n'en résulte pas moins que c'est la collectivité des créanciers qui, conventionnellement, désigne l'offre d'acquisition qui forme le contrat : V. *supra*, n^{os} 453-454.

¹³⁷² Sébastien NEUVILLE, *le plan en droit privé*, *op. cit.*, n^o 65, p. 67.

¹³⁷³ Les titulaires de sûretés réelles spéciales sont les protégés inconditionnels du législateur africain : *supra*, n^{os} 470 et ss.

et de l'importance de son passif (1). De même, la liberté du cocontractant du débiteur et du cessionnaire de l'entreprise se trouve restreinte par le plan de cession (2).

1) L'effacement total du binôme classique créancier-débiteur

499. L'érection du plan comme cadre de la cession de l'entreprise défaillante marque le déclin du binôme créancier-débiteur dans la conception des procédures collectives. Les procédures collectives débordent ainsi de la sphère privée pour prendre une dimension publique. La matière, désormais appréhendée sous le prisme de maintien de l'activité et de l'emploi —deux objectifs intrinsèquement d'intérêt public—, consacre l'éviction de la volonté du débiteur (a) ainsi que la subsidiarité du paiement des ses créanciers (b).

a) L'expropriation du débiteur

500. Dans le concordat par abandon total ou partiel d'actif (ancêtre lointain de la cession d'entreprise) il revenait au débiteur de proposer l'offre d'abandon de ses biens à ses créanciers. Sa volonté était primordiale d'autant plus qu'il s'agissait d'un contrat auquel il était partie¹³⁷⁴. Cette conception est aussi celle du concordat comportant cession partielle d'actif en droit de l'OHADA. L'avènement du plan de cession avec la loi française du 25 janvier 1985 va, dans un sens contraire, instituer la cession de l'entreprise à un tiers en dépit de l'opposition du débiteur. Cette loi ôte à ce dernier toute voie de recours contre la décision qui arrête le plan de cession, consacrant ainsi son expropriation¹³⁷⁵. Le débiteur en redressement judiciaire subit en effet la vente de son affaire sans être juridiquement frappé du dessaisissement de ses biens. L'idée d'expropriation est cependant supprimée par le projet de loi de sauvegarde des entreprises¹³⁷⁶ qui exclut toute idée de plan de cession dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire. Ce projet de loi impose comme préalable à toute cession d'entreprise, l'ouverture de la liquidation judiciaire avec le dessaisissement corrélatif du débiteur que cela emporte ; ce qui ressemble fort à un retour en arrière, à la cession à forfait dans la loi de 1967 : le débiteur n'est pas exproprié mais plutôt totalement dessaisi et ses affaires liquidés. Les travaux parlementaires vont toutefois réintroduire, à l'adoption définitive du texte¹³⁷⁷, par un article L. 631-13 du Code de commerce, la faculté pour les tiers de soumettre des offres de reprise dès l'ouverture de la

¹³⁷⁴ *Supra*, n° 434.

¹³⁷⁵ Pierre-Michel LE CORRE, « 1807-2007, 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise », *op. cit.* n° 38.

¹³⁷⁶ Projet de loi n° 1596, 12 mai 2004.

¹³⁷⁷ Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 dite « de sauvegarde des entreprises ».

procédure de redressement judiciaire. La cession d'entreprise est à nouveau possible en redressement judiciaire indépendamment de la volonté du débiteur.

501. Mais cette expropriation peut être en pratique relativisée par la subsidiarité de la cession d'entreprise en redressement judiciaire. En effet, la cession d'entreprise ne peut être ordonnée que si le débiteur est dans l'impossibilité d'en assurer lui-même le redressement¹³⁷⁸. Le critère de cette cession est presque identique au critère d'ouverture de la liquidation judiciaire¹³⁷⁹. En d'autres termes, la plénitude des conditions de la cession intervenant en redressement judiciaire suffit en général pour ouvrir une liquidation judiciaire, procédure au cours de laquelle le dessaisissement du débiteur est total pour la vente forcée de ses biens. Il n'en est autrement que si, concomitamment à la cession de l'entreprise, le redressement du débiteur est toujours envisageable. Concrètement, en liquidation comme en redressement judiciaire, la cession d'entreprise n'a lieu qu'en cas d'incapacité matérielle du débiteur à préserver l'entreprise. Ce qui en pratique permet d'atténuer l'idée d'expropriation.

Néanmoins, l'incapacité du débiteur étant souverainement appréciée par le juge du fond, il faut craindre que la subsidiarité de la cession ne soit pas respectée par les tribunaux. Un repreneur se serait-il manifesté, le tribunal pourrait aussitôt conclure en l'incapacité du débiteur au redressement de l'entreprise. Ce non respect du principe de subsidiarité¹³⁸⁰ expliquerait probablement en pratique que le plan de cession soit régulièrement arrêté en procédure de redressement, mais non dans le cadre de la liquidation judiciaire comme on aurait pu logiquement s'y attendre. Les juridictions craindraient de voir la valeur des actifs des entreprises cédées diminuer par le seul fait de l'ouverture de la liquidation judiciaire¹³⁸¹. L'expropriation du débiteur reste donc la règle même si, contrairement au régime issu de la loi du 25 janvier 1985, le droit positif lui ouvre la faculté de faire appel du jugement arrêtant ou rejetant le plan de cession¹³⁸². Mais encore, il lui faudrait justifier d'un intérêt à agir ; ce qui suppose qu'il ait au préalable présenté un projet de plan de redressement. Dans le cas contraire, le débiteur sera exproprié et le

¹³⁷⁸ Art. L 631-22 al 1 du Code de commerce (art. 87 ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008) ; V. *supra*, n° 445.

¹³⁷⁹ Art. L 640-1 al 1 du Code de commerce (art. 97 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005) : « *Il est institué une procédure de liquidation judiciaire ouverte à tout débiteur mentionné à l'article L. 640-2 en cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible* ».

¹³⁸⁰ André JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., 8^e éd., n° 754.

¹³⁸¹ Olivier BUISINE, « L'opposabilité du droit de rétion « fictif » dans le cadre du plan de cession », *Rev. proc. coll.*, n° 6, Novembre 2011, étude 31, n° 27.

¹³⁸² Art. L 661-6-III du Code de commerce (art. 151 ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008).

mandataire judiciaire exercera le droit de présenter son successeur au garde des sceaux ministre de la justice, s'il était un officier public¹³⁸³.

b) La subsidiarité de l'intérêt général des créanciers

502. A l'inverse des créanciers qui en droit de l'OHADA sont acteurs et parties au concordat comportant cession partielle d'actif, les créanciers en droit français sont peu inclus dans le processus d'élaboration du plan de cession et n'en sont pas parties. Cette situation en France illustre combien le désintéressement des créanciers n'est pas une priorité, mais une finalité subsidiaire. En effet, le tribunal retient en priorité l'offre qui permet au mieux d'assurer le plus durablement l'emploi attaché à l'ensemble cédé¹³⁸⁴. Pour être retenue par la juridiction, l'offre n'a donc pas à proposer un désintéressement complet des créanciers¹³⁸⁵. Les conditions à remplir par l'offre ne contiennent d'ailleurs aucune exigence expresse quant à l'apurement du passif, même si cet apurement est considéré lors de l'adoption du plan au regard du prix offert¹³⁸⁶. Ce prix du reste ne constitue pas l'obligation principale du repreneur. Enfin, à la clôture des opérations de cession, les créances (antérieures) non payées ne peuvent être l'objet de poursuites contre le débiteur¹³⁸⁷.

Les créanciers dont le sort est indissociable du prix retiré de la cession sont, paradoxalement, exclus de sa négociation¹³⁸⁸. L'adoption du plan de cession, contrairement aux plans de sauvegarde et de redressement, échappe aux comités de créanciers. Ceux-ci subissent la décision du tribunal qui scelle le sort de l'entreprise sans y participer. Tout au plus les créanciers peuvent-ils solliciter leur désignation en qualité de contrôleur de la procédure collective¹³⁸⁹.

¹³⁸³ L 642-1 al 4 du Code de commerce (art. 110 ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008).

¹³⁸⁴ Art L 642-5 al 1 du Code de commerce (art. 111 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005) *op. cit.* ; V. notamment *supra*, n°s 489 et ss.

¹³⁸⁵ Cass. com., 26 juin 1990, n° 89-12496, *Bull. civ.* IV, n° 191 ; *JCP E*, n° 32, 8 Août 1991, 73, spéc. n° 6, obs. Michel CABRILLAC et Philippe PÉTEL.

¹³⁸⁶ L'administrateur ou le liquidateur donne au tribunal tous éléments permettant d'apprécier les conditions d'apurement du passif, notamment au regard du prix offert... : art. L 642-4 al 2 du Code de commerce (art. 111 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005).

¹³⁸⁷ Le plan de cession étant par principe arrêté en procédure de liquidation judiciaire, il y aura clôture de la liquidation judiciaire et non clôture du plan de cession. Cette clôture de la procédure est d'ailleurs subordonnée, par l'article L 643-9 al 4 (art. 121 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005), au constat par le tribunal du respect de ses obligations par le cessionnaire.

¹³⁸⁸ Véronique MANIÉ, *Le sort des créanciers dans les plans de sauvegarde, de redressement et de cession de l'entreprise*, thèse Toulouse I, 2006, n° 332.

¹³⁸⁹ Olivier BUISINE, « Le prepack-cession, une alternative au plan de cession classique », *Revue Banque*, n° 747, avril 2012, p. 35.

503. La subsidiarité de l'intérêt général des créanciers est aussi perceptible en matière de délais de paiement. En effet, le jugement statuant sur la cession entraîne déchéance du terme des créances¹³⁹⁰. Cependant, cette règle classique (destinée à l'apurement du passif) est évincée lorsque le plan de cession s'accompagne d'un plan de redressement du débiteur. Dans ce cas, les créanciers subissent les délais du plan de redressement. En outre, le prix de cession est réservé au débiteur pour les besoins de son redressement. Exceptionnellement, peuvent prétendre à un paiement immédiat les titulaires d'un privilège spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque grevant les biens cédés. Même dans ces cas, le législateur par un usage détourné du temps¹³⁹¹, autorise la substitution de la garantie pour contourner le paiement immédiat¹³⁹². Les créanciers dont les sûretés sont substituées se voient ainsi réintégrer dans le régime commun du paiement selon les délais du plan.

504. L'érosion des droits substantiels des créanciers va de paire avec l'érosion du pouvoir d'exercer un recours. Les créanciers ne peuvent intenter de recours ni au titre de l'atteinte à un intérêt individuel, ni au titre de l'atteinte à l'intérêt collectif dont le mandataire judiciaire a la seule charge. Ce dernier en l'occurrence n'a pas précisément de droit d'appel contre le jugement qui arrête ou rejette le plan de cession, ou qui le modifie. Ce droit d'appel est également fermé au créancier victime d'un préjudice personnel et au contrôleur¹³⁹³. Ces personnes n'étant pas partie au plan de cession, il est logique qu'il ne leur soit pas ouvert la voie de l'appel réformation. Elles ne sont pas non plus recevables à exercer la voie de l'appel nullité contre une décision entachée d'excès de pouvoir car, pour cela, il leur aurait fallu être partie en première instance¹³⁹⁴. Les personnes sont-elles cependant admises à exercer la tierce opposition pour fraude à leur droit ?

Cette voie de recours est également exclue, de principe, contre le jugement arrêtant, rejetant ou modifiant le plan de cession¹³⁹⁵. Exceptionnellement, la tierce opposition-nullité était classiquement recevable dès lors qu'était en cause la violation d'un principe essentiel

¹³⁹⁰ Art. L 643-1 du Code de commerce (rédaction issue de l'art. 118 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 et modifiée par l'art. 122 ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008).

¹³⁹¹ Véronique MANIÉ, *op. cit.*, n° 325.

¹³⁹² Art. L 626-22 al 3 et L 626-23 du Code de commerce (respectivement art. 165 ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 et art. 77 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005) applicables à la procédure de redressement judiciaire, sur renvoi de l'article L 631-19 du Code de commerce (art. 92 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005).

¹³⁹³ Art. L 661-6-III et IV du Code de commerce (art. 151 ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008) ; Paris, 8 juillet 1987, *D.*, 1988, 11, concl. SAUVEL.

¹³⁹⁴ *Ibid.* (Paris, 8 juillet 1987) ; Douai, 4 juin 1987, *Gaz. Pal.*, 1987, 2, 691 ; Cass. com., 9 décembre 1997, *D.*, 1998, IR, 22.

¹³⁹⁵ Art. L 661 al 7 du Code de commerce (art. 152 ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008).

de procédure, ou encore l'excès de pouvoir¹³⁹⁶. Cependant, la Chambre mixte va restreindre le recours-nullité au seul cas d'excès de pouvoir¹³⁹⁷. La tierce opposition-nullité n'est donc désormais possible qu'en cas d'excès de pouvoir¹³⁹⁸.

S'agissant enfin du pourvoi en cassation, il n'est ouvert qu'au seul ministère public, sauf à constater là aussi l'existence d'un excès de pouvoir. Or, « *les jugements rendus sur tierce opposition sont susceptibles des mêmes voies de recours que les décisions de la juridiction dont ils émanent* »¹³⁹⁹. Par conséquent, les arrêts statuant sur appel des jugements rendus sur une tierce opposition-nullité formée contre un jugement ayant arrêté, rejeté ou modifié un plan de cession sont susceptibles d'un pourvoi en cassation du créancier.

Cette sévère restriction des voies de recours des créanciers est inhérente à l'autonomie de la cession d'entreprise, telle qu'elle a été voulue par le législateur dès la réforme de 1985. En effet, davantage que le plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire, le plan de cession bouscule les intérêts des créanciers. Il a paru cohérent de limiter le contentieux afin d'accroître la stabilité du plan de cession. L'efficacité du plan prévaut ainsi sur les droits subjectifs des créanciers et des autres partenaires de l'entreprise¹⁴⁰⁰.

2) La restriction d'autres intérêts privés par le plan de cession

505. Par-delà le déclin du binôme créancier-débiteur dans le droit des procédures collectives, c'est aussi les théories du patrimoine, de l'autonomie de la volonté, la logique du droit des obligations et des sûretés qui sont remises en cause au profit de considérations de pures opportunités économiques. L'assujettissement des intérêts privés dans le plan de cession, outre ceux du débiteur et de ses créanciers — qui s'exprimaient à travers l'ancien concordat—, concerne également tous les autres acteurs de la procédure, lesquels subissent les objectifs du plan. En l'occurrence, il est porté atteinte au droit de propriété du cessionnaire de l'entreprise **(a)** ainsi qu'à la liberté contractuelle du cocontractant du débiteur **(b)** afin de réaliser les objectifs socio-économiques fixés par le législateur au juge.

¹³⁹⁶ Cass. com., 25 janvier 1994, n° 91-20220, *Bull. civ.* IV, n° 32 ; *D.* 1994, 325 rapp. PASTUREL et 379 note F. DERRIDA.

¹³⁹⁷ Cass. ch. mixte, 28 janvier 2005, *Bull. civ.* n° 1 ; *D.*, 2005, IR, 386, Valérie AVENA-ROBARDET.

¹³⁹⁸ Cette notion est de surcroît entendu de manière étroite par la Cour de cassation : v. en ce sens Françoise PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 9^e éd., *op. cit.*, n° 1179.

¹³⁹⁹ Cass. com., 18 janvier 2011, n° 10-30024.

¹⁴⁰⁰ Véronique MANIÉ, *op. cit.*, n° 265 et ss ; Alain COURET, « La cession de l'entreprise dans le cadre d'une procédure collective », *Bulletin Joly Sociétés*, 1^{er} mars 1986, n° 3, p. 289, spéc. n° 71.

a) La limitation du droit de propriété du cessionnaire

506. Après l'acquisition des biens du débiteur en procédure collective, le cessionnaire n'en a pas immédiatement la libre disposition. Ces biens sont frappés d'une inaliénabilité légale, mais peuvent, en outre, judiciairement être déclarés inaliénables. À l'instar du droit de l'OHADA¹⁴⁰¹, l'inaliénabilité légale a pour objet, en France, de garantir aux créanciers que le paiement du prix de cession leur sera assuré. Ainsi, jusqu'au paiement intégral du prix de cession, le cessionnaire ne peut, à l'exception des stocks, aliéner ou donner en location-gérance les biens corporels ou incorporels qu'il a acquis¹⁴⁰². Il ne peut donc ni les aliéner totalement ou partiellement, ni les affecter à titre de sûreté, ni les louer.

507. En revanche —et c'est ici la différence avec le droit de l'OHADA—, l'inaliénabilité judiciaire¹⁴⁰³ a pour objet d'assurer la complète exécution du plan de cession en France. Elle garantit donc les engagements du repreneur, c'est-à-dire le maintien de l'activité et de l'emploi attachés aux actifs acquis. Elle constitue un prolongement temporel de l'inaliénabilité légale dans la mesure où elle peut dépasser le délai fixé pour le paiement du prix de cession¹⁴⁰⁴. Sa durée et son périmètre sont souverainement décidés par le jugement arrêtant le plan de cession¹⁴⁰⁵.

508. Toute violation des inaliénabilités est sanctionnée par la nullité absolue de l'acte. Le délai de prescription est de trois ans à compter de l'acte ou de sa publication. L'inaliénabilité judiciaire était même pénalement sanctionnée par une peine d'emprisonnement de deux ans et d'une amende de trente milles euros (30 000€)¹⁴⁰⁶. Cette sanction pénale est toutefois abrogée par l'ordonnance du 30 janvier 2009¹⁴⁰⁷.

Notons enfin que, quel que soit la nature de l'inaliénabilité, le cessionnaire (devenu propriétaire) peut retrouver son droit de disposer des biens à la condition d'avoir une autorisation du tribunal. Il n'est plus besoin d'une modification substantielle du plan, comme était sous l'empire des textes antérieurs à la loi du 26 juillet 2005.

b) La limitation de la liberté contractuelle du cocontractant cédé du débiteur

¹⁴⁰¹ *Supra*, n° 474.

¹⁴⁰² Art. L 642-9 al 1 du Code de commerce (art. 111 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005).

¹⁴⁰³ Cette inaliénabilité est facultative.

¹⁴⁰⁴ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 7^e éd., *op. cit.*, n° 542-24.

¹⁴⁰⁵ Art. L 642-10 al 1 du Code de commerce (art. 114 ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008).

¹⁴⁰⁶ Art. 654-8- 2° initial du Code de commerce issu de l'article 144 de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005.

¹⁴⁰⁷ Art. 11-I, ord. n° 2009-112 du 30 janvier 2009.

509. La cession des contrats est essentielle pour une cession sauvetage de l'entreprise. Toutefois, elle porte doublement atteinte à la liberté contractuelle du cocontractant cédé du débiteur¹⁴⁰⁸.

D'une part, le cocontractant se voit imposer le repreneur. En effet, à l'exception du contrat de fiducie¹⁴⁰⁹, le consentement du cocontractant du débiteur est ignoré dans la cession du contrat. Cette cession n'est d'ailleurs pas conventionnelle puisqu'il est question d'une cession judiciaire, donc une cession forcée. Il est vrai que la volonté du repreneur est exprimée, dans la mesure où c'est au vu de son offre que les contrats lui sont transférés. Vu sous son angle, il y a contrat de type « contrat d'adhésion » (puisque le contrat cédé doit être exécuté dans les conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure et le repreneur ne peut les discuter). Toutefois, cela ne doit pas occulter la réalité du cocontractant cédé. Sous l'angle de ce dernier, il n'y a pas contrat car il n'y a ni volonté exprimée, ni rencontre de volontés. Tout de même, l'article L 642-7 du Code de commerce impose au tribunal de recueillir au préalable les observations (non le consentement) du cocontractant¹⁴¹⁰. Bien que cette règle soit impérative, sa violation n'entraîne pas la nullité du jugement¹⁴¹¹ et ne constitue pas un cas d'excès de pouvoir¹⁴¹².

D'autre part, certains éléments du consentement exprimé par le cocontractant, au moment de la conclusion du contrat avec le débiteur, peuvent être anéantis à compter de la cession du contrat. En effet, malgré l'exigence d'une exécution du contrat transféré selon les conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure, certaines clauses consenties par le cocontractant peuvent être déclarées inefficaces en ce qu'elles entravent une cession d'ordre public. Il en est ainsi, comme précédemment évoqué, des clauses d'incessibilité ou de cessibilité conditionnelle, des clauses d'agrément et des clauses de préemption¹⁴¹³. En matière de cession de bail, la loi répute carrément non écrite toute clause imposant au cédant des dispositions solidaires avec le cessionnaire¹⁴¹⁴.

¹⁴⁰⁸ « À défaut d'une autonomie de la volonté que l'on associe à la volonté exprimée par les parties, c'est à une manifestation de l'autonomie du contrat comme « bien » de l'entreprise que l'examen des textes nous invite à découvrir », Aldo RIZZI, *op. cit.*, n° 227, p. 221.

¹⁴⁰⁹ *Supra*, n° 494.

¹⁴¹⁰ Art. L 642-7 al 1 (art. 111 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005).

¹⁴¹¹ Paris, 25^e ch. A, 17 mars 2000, *D.* 2000, AJ 249, obs. PISONI.

¹⁴¹² Cass. com., 22 novembre 2011, n° 10-23.576, *Gaz. Pal.*, 28 avril 2012, n° 118, p. 16, obs. FRICERO.

¹⁴¹³ *Supra*, n° 494.

¹⁴¹⁴ Art. L 622-15 du Code de commerce (art. 31 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005) applicable au redressement judiciaire sur renvoi de l'art. L 631-14 al 1 (art. 80 ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008), et art. 641-12 al 2 (art. 105 ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008) applicable en liquidation judiciaire.

510. Ces atteintes à la liberté contractuelle du cocontractant ne sont pas sans créer une insécurité juridique. En stipulant une clause d'agrément ou de préemption, le cocontractant entend se prémunir d'une cession ou d'une location à un tiers sans son consentement. Or, la cession judiciaire lui impose un tiers contractant. Certes l'appel lui est ouvert uniquement pour la partie du jugement emportant la cession du contrat, mais encore lui faut-il justifier d'un intérêt à agir qui ne pourra être trouvé dans les stipulations contractuelles. Le contractant bailleur cédé perd par exemple le bénéfice de la clause de garantie solidaire ; clause qui lui aurait garantie le recouvrement, auprès du cessionnaire, des échéances non réglées par le débiteur.

L'inconvénient le plus important de la cession de contrat résulte, pour le cocontractant cédé, de la perte du bénéfice du cautionnement. En effet, parce que le débiteur en procédure collective n'est pas partie à la convention conclue entre le créancier (cocontractant cédé) et la caution, cette convention ne peut être cédée en même temps que le contrat principal judiciairement transféré au repreneur de l'entreprise. La caution est libérée de ses engagements à partir de la cession du contrat principal même si elle reste tenue des dettes nées du chef du débiteur antérieurement à cette cession¹⁴¹⁵. Le cocontractant cédé assiste donc impuissamment à la perte du bénéfice de sa sûreté sans pouvoir exiger, du repreneur, la fourniture d'une autre caution. Un arrêt de la Chambre commerciale, se fondant sur le principe de l'exécution des contrats transmis aux conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure, oblige le repreneur du bail à reconstituer le dépôt de garantie prévu par le contrat¹⁴¹⁶. On pourrait en toute logique s'attendre, pour des raisons de sécurité juridique, à l'extension de cette solution au cautionnement.

B) Le recul des prérogatives des titulaires de sûretés réelles spéciales traditionnelles¹⁴¹⁷ sur les biens cédés

511. L'assujettissement des intérêts privés à l'intérêt (préservation) de l'entreprise en difficulté n'épargne pas les titulaires de sûretés réelles spéciales qui, classiquement et dans les procédures collectives en droit de l'OHADA, peuvent espérer un paiement conséquent.

¹⁴¹⁵ Françoise PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 9^e éd., *op. cit.*, n^{os} 1195 et 1199.

¹⁴¹⁶ Cass. com., 16 septembre 2008, n^o 06-17.809, *Bull. civ.*, IV, n^o 155 ; *D.* 2008, p. 2345, obs. A. LIENHARD.

¹⁴¹⁷ La notion de sûreté réelle recouvre traditionnellement le nantissement, le privilège et l'hypothèque. La notion de sûreté réelle spéciale, quant à elle, précise que la sûreté reçoit l'affectation d'un bien particulier ; ce qui exclut les privilèges généraux (ceux-ci ne bénéficient pas en pratique du droit de suite) : v. en ce sens Michel CABRILLAC, Christian MOULY, Séverine CABRILLAC, Philippe PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9^e éd., Litec, Paris, 2010, n^o 565 et ss et surtout n^o 649.

En effet, l'exercice par eux de leur sûreté contrarierait la cession par l'éclatement de l'unité de production. Par ailleurs, exiger leur paiement intégral (comme en droit de l'OHADA) dissuaderait toute volonté de reprise de l'entreprise par les tiers, du fait de l'importance que pourrait présenter le passif. Or, la finalité de l'opération de cession —qui est d'ordre public— est de maintenir l'activité et l'emploi ; ce qui augure une nécessaire détérioration de l'efficacité de ces sûretés. En effet, en cas de réalisation du bien grevé, le droit d'être payé en priorité se trouve compromis par l'insuffisance de l'assiette et l'érosion du nominal de la créance (1). En outre, le droit de poursuivre le bien en quelque main qu'il passe se trouve restreint pour les besoins de la sauvegarde de l'entreprise (2).

1) La limitation du droit de préférence

512. En France, l'affaiblissement du droit de préférence des créanciers titulaires de sûretés réelles spéciales est lié au fait que leurs créances sont payées sur le prix de cession de l'entreprise. Or, pour passer d'un prix de cession global et forfaitaire au prix de vente d'un bien sur lequel doit s'exercer les droits de préférence, le législateur a recours à la technique de la quote-part du prix de cession¹⁴¹⁸. Cette technique consiste pour le tribunal à ventiler le prix de la cession de l'entreprise entre les différents biens grevés figurant dans l'ensemble cédé. Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, cette ventilation n'est plus abandonnée à la discrétion du tribunal. La quote-part du prix est déterminée au vu de l'inventaire et de la prise des actifs et correspondant au rapport entre la valeur du bien et la valeur totale des actifs cédés¹⁴¹⁹. Le droit de préférence ne s'exerce au final que sur cette quote-part déterminée par le tribunal et qui, nécessairement, est faible par rapport à la valeur réelle du bien grevé¹⁴²⁰. Ajouter à cela, le prix de cession de l'entreprise est en lui-même modeste ; l'entreprise n'étant pas *in bonis*, son prix est forcément revu à la baisse. Il n'est d'ailleurs pas exigé de ce prix, qu'il permette un désintéressement total des créanciers¹⁴²¹. La Chambre commerciale justifie à ce titre la réduction de la valeur des biens cédés par la nature de l'opération¹⁴²². C'est donc, en l'occurrence, la réduction de l'assiette du droit de préférence qui compromet son efficacité. La divergence sur ce point

¹⁴¹⁸ Pierre-Michel LE CORRE, « 1807-2007, 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise », *op. cit.*, spéc. n° 49.

¹⁴¹⁹ Art. L 642-12 al 1 (rédaction issue de l'art. 73 de l'ord. n° 2014-326 du 12 mars 2014).

¹⁴²⁰ Corinne SAINT-ALARY-HOUIN, « Rapport de synthèse », Colloque CRAJEFE, Nice-Sophia Antipolis, *Petites affiches*, 20 septembre 2000, n° 188, p. 40, spéc. n° 9.

¹⁴²¹ *Supra*, n° 502.

¹⁴²² Cass. com., 16 juin 1998, *op. cit.*

avec le droit de l'OHADA est flagrante car le législateur africain est très intransigeant en ce qui concerne le désintéressement complet des créanciers inscrits sur les biens cédés¹⁴²³.

L'illusion d'un paiement des titulaires de sûretés réelles spéciales est aggravée en France car leur droit de préférence subit la concurrence de créanciers de rang supérieur. En effet, lorsque le plan de cession est arrêté en procédure de liquidation judiciaire, les créanciers inscrits sur les biens cédés sont primés par le superprivilège des salaires, le privilège de frais de justice, et enfin le privilège de conciliation¹⁴²⁴. Ce rang est aggravé lorsque le plan de cession accompagne un plan de redressement du débiteur. Les titulaires de sûretés réelles spéciales sont, en plus des créanciers de rang préférable ci-dessus évoqués, primés par les créanciers postérieurs privilégiés¹⁴²⁵. Or ces derniers représentent un passif important.

513. Lorsque le droit de préférence n'est pas anéanti par la réduction de son assiette, c'est la contrepartie que lui impose le législateur ainsi que la possibilité d'être évincé par le juge qui risquent de lui *porter le coup de grâce*.

En effet, dès lors que le plan de cession accompagne un plan de redressement (il y a cession partielle), les règles applicables à la procédure de redressement judiciaire ont vocation à s'appliquer concomitamment à celles de la liquidation. Or en redressement judiciaire, les créanciers sont en principe payés selon les échéances prévues par le plan. Exceptionnellement, les titulaires de sûretés sur les biens objets d'une cession partielle d'entreprise doivent recevoir un paiement immédiat. Cet avantage n'est pas toutefois sans coût pour ces créanciers qui, en contrepartie de ce paiement anticipé, voient leur créance conséquemment réduite¹⁴²⁶. La détermination du montant de cette réduction se ferait, faute d'indication du législateur, sur calcul actuariel tel que pratiqué dans les opérations d'assurance¹⁴²⁷.

¹⁴²³ *Supra*, n° 477.

¹⁴²⁴ *Supra*, n° 325.

¹⁴²⁵ *Supra*, n° 323.

¹⁴²⁶ Art L 626-22 al. 2 du Code de commerce (cet article est applicable à la cession partielle d'entreprise intervenant en procédure de redressement judiciaire sur le renvoi des articles L 622-23 et L 631-19 du même Code) ; V. dans le sens de notre analyse, Michel CABRILLAC, Christian MOULY, Séverine CABRILLAC, Philippe PÉTEL, *op. cit.*, n° 1071 ; Véronique MANIÉ, *op. cit.*, n°s 356-357 ; Pour une opinion divergente, v. P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 7^e éd., *op. cit.*, n° 522-34.

¹⁴²⁷ Michel CABRILLAC, Christian MOULY, Séverine CABRILLAC, Philippe PÉTEL, *op. cit.*, n° 1071.

Outre cette réduction de la créance, l'article L 626-22 alinéa 3 du Code de commerce, sur renvoi de l'article L 626-23¹⁴²⁸, permet d'évincer le droit de préférence du titulaire de sûreté sur le bien cédé. Ainsi, afin de tenir en échec le paiement anticipé du créancier, l'objet de sa sûreté peut être substitué par une autre garantie. Le créancier qui pouvait s'attendre à un paiement prioritaire se voit donc exclure de toute participation à une distribution du prix de cession du bien et contraint d'attendre les dividendes du plan de redressement.

514. Il convient en revanche de préciser que le droit de rétention, même fictif¹⁴²⁹, échappe aux *vicissitudes* du droit de préférence des titulaires de sûretés spéciales classiques sur les biens inclus dans la cession. S'il est neutralisé en période d'observation et pendant l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement, le droit de rétention retrouve toute son efficacité en cas de plan de cession.

En effet, lorsque qu'il y a cession totale (ce qui suppose un plan arrêté en procédure de liquidation judiciaire), le droit de rétention échappe à la réduction du nominal de la créance en fonction du paiement anticipé, ainsi qu'à la substitution de la garantie. Ce qui est logique puisque ces deux mécanismes sont corrélatifs à l'adoption d'un plan de redressement (or l'hypothèse concerne un plan arrêté en procédure de liquidation judiciaire). L'affectation d'une quote-part du prix de la cession pour le paiement du créancier rétenteur est en outre expressément exclue par l'article L 642-12 alinéa 5 du Code de commerce.

En redressement judiciaire, l'article L 622-7, I alinéa 2 du Code de commerce¹⁴³⁰ dispose, *a contrario*, l'opposabilité du droit de rétention fictif à la procédure collective, dès lors que « *le bien objet du gage est compris dans une cession d'activité* ». Ni l'affectation d'une quote-part du prix de cession, ni la réduction de la créance au titre d'un quelconque paiement anticipé¹⁴³¹, encore moins une substitution de garantie¹⁴³², ne peuvent contrarier

¹⁴²⁸ Ces articles sont applicables à la procédure de redressement judiciaire sur renvoi de l'art. L 631-19 du Code de commerce.

¹⁴²⁹ En France, le législateur en 2008 (loi n° 2008-776 du 4 Août 2008) a octroyé un droit de rétention fictif au créancier bénéficiant d'un gage sans dépossession (art. 2286-4° du Code civil). Le droit de rétention est désormais naturellement attaché au gage classique.

¹⁴³⁰ « *De même, il [le jugement ouvrant la procédure] emporte, de plein droit, inopposabilité du droit de rétention conféré par le 4° de l'article 2286 du Code civil pendant la période d'observation et l'exécution du plan, sauf si le bien objet du gage est compris dans une cession d'activité décidée en application de l'article L. 626-1* » : Cette disposition (issue de la rédaction de l'art. 22 ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008) est applicable en redressement judiciaire sur renvoi de l'art. L 631-14 al 1 du Code de commerce (rédaction issue de l'art. 80 ord. n° 2008-1345 du 18 décembre 2008).

¹⁴³¹ « *Le droit de rétention confère à son titulaire le droit de refuser la restitution de la chose légitimement retenue jusqu'à complet paiement de sa créance, même en cas de redressement ou de liquidation judiciaires*

l'efficacité du droit de rétention. Le seul moyen d'inclure un bien grevé d'un droit de rétention dans la cession d'entreprise est de procéder au retrait du bien contre paiement du créancier rétenteur¹⁴³³. Ce dernier échappe par ailleurs à la concurrence des autres créanciers y compris le superprivilège des salaires.

2) *La limitation du droit de suite*

515. Dès l'ouverture de la procédure collective, les droits des créanciers titulaires de sûretés réelles spéciales connaissent une sévère limitation du fait de la règle de l'arrêt des poursuites individuelles. Cette règle vaut uniquement à l'égard du débiteur. Les titulaires de sûretés réelles ne peuvent dès lors, malgré l'exigibilité de leur créance, mettre en œuvre leur garantie. Celle-ci est un droit réel qui confère simplement un droit sur la valeur, notamment lorsque la sûreté laisse au débiteur la possession et la faculté d'aliéner l'utilité du bien¹⁴³⁴. L'efficacité de ce droit est garantie par un droit de suite qui « *protège la sûreté avant l'apparition de la valeur, tant que cette valeur est encore recelée dans l'immeuble [le bien]* »¹⁴³⁵. « *Après l'apparition de la valeur, le droit du créancier s'exerce automatiquement sur le prix de vente ou sur l'indemnité d'assurance ou d'expropriation* »¹⁴³⁶. Le droit de suite a donc pour fonction pratique unique de faire jouer ce droit sur la valeur, contre le nouveau propriétaire¹⁴³⁷.

L'arrêté du plan de cession d'entreprise est l'évènement qui fait apparaître la valeur du bien grevé sous la forme de prix. Or, la finalité du plan étant d'ordre public, le jeu du droit de suite à l'encontre du cessionnaire entraînerait inéluctablement une dislocation de l'entreprise cédée. Le législateur en tire donc la conséquence par une restriction de l'exercice du droit de suite.

516. L'article L 642-12 alinéa 2 du Code de commerce¹⁴³⁸ pose le principe de l'impossibilité d'exercice du droit de suite à l'encontre du cessionnaire de l'entreprise en difficulté : « *le paiement du prix de cession fait obstacle à l'exercice à l'encontre du*

du débiteur » : Cass. com., 25 novembre 1997, n° 95-16.091, *Bull. civ.*, IV, n° 301, *D.*, 1998. 232, obs. François.

¹⁴³² Cass. com., 4 juillet 2000, n° 98-11.803, *Bull. civ.*, IV, n° 136, *RTD Com.*, 2000 p. 1009, obs. Arlette MARTIN-SERF.

¹⁴³³ Françoise PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 9^e éd., *op. cit.*, n° 1191 ; P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 7^e éd., *op. cit.*, n° 484-12.

¹⁴³⁴ Michel CABRILLAC, Christian MOULY, Séverine CABRILLAC, Philippe PÉTEL, *op. cit.*, n° 978.

¹⁴³⁵ *Ibid.*, n° 977.

¹⁴³⁶ *Ibid.*, note n° 61 p. 730.

¹⁴³⁷ *Ibid.*, n° 978.

¹⁴³⁸ Art. 111 loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005.

cessionnaire des droits des créanciers inscrits sur ces biens ». L'alinéa 3 du même article renchérit, s'agissant de sûretés susceptibles de purge¹⁴³⁹, que « *jusqu'au paiement complet du prix qui emporte purge des inscriptions grevant les biens compris dans la cession, les créanciers bénéficiant d'un droit de suite ne peuvent l'exercer qu'en cas d'aliénation du bien cédé par le cessionnaire* ». Le paiement du prix de cession par le cessionnaire a automatiquement pour effet d'éteindre les sûretés inscrites sur les biens.

En droit commun, la procédure de purge est un contrepois au droit de suite. L'offre à fin de purge est faite par l'acquéreur qui propose aux titulaires de sûretés d'exercer leur droit sur le prix du bien. Leur acceptation éteint leurs sûretés. Mais, à leur risque, leur refus les contraint à une procédure de surenchère. Dès lors, le bien est vendu sur une mise à prix fixée à la somme antérieurement proposée majorée du dixième. Le créancier sera obligé de payer ce prix s'il n'y a pas eu enchère plus élevée.

En revanche, s'agissant d'une aliénation intervenant dans le cadre d'un plan de cession, le prix offert est loin de faire apparaître la valeur des biens grevés. L'absence de la purge de plein droit aurait abouti à évincer le cessionnaire au profit d'un adjudicataire. Afin de favoriser le maintien de l'activité et de l'emploi, le législateur, par l'extinction forcée de la sûreté, empêche les créanciers d'exercer un contrôle sur le prix de cession¹⁴⁴⁰. La nature de l'aliénation ne s'accommode pas de la faculté de surenchère inhérente à la purge. La créance du titulaire de sûreté réelle spéciale s'éteint donc par le paiement reçu de la quote-part du prix de cession fixée judiciairement.

517. Si le droit de suite est altéré à l'encontre du cessionnaire, il semble retrouver pleine efficacité à l'encontre du sous-acquéreur. Cette exception introduite par l'alinéa 3 de l'article L 642-12 paraît à notre sens contradictoire, et procède finalement d'un droit de suite en trompe-l'œil.

D'une part, cet alinéa dispose, dans sa première proposition, que les inscriptions sont purgées par le paiement de la dernière fraction du prix. Dans sa deuxième proposition, il tranche que le droit de suite s'exerce contre le sous-acquéreur en cas d'aliénation du bien cédé. Il en résulte que si l'inscription de la sûreté disparaît automatiquement, celle-ci ne

¹⁴³⁹ La procédure de purge en matière immobilière concerne les hypothèques et les privilèges spéciaux (Michel CABRILLAC, Christian MOULY, Séverine CABRILLAC, Philippe PÉTEL, *op. cit.*, n° 1047 et ss). En matière mobilière, elle concerne les privilèges de vendeurs et les nantissements inscrits sur le fonds de commerce ou le fonds agricole (*ibid.*, n° 1061). Elle concerne aussi les sûretés inscrites sur navires, bateaux et aéronefs, le nantissement du matériel professionnel, le nantissement des films, somme toute régis par des textes spéciaux mais calqués sur la purge immobilière (*ibid.*, n° 1062).

¹⁴⁴⁰ Véronique MANIÉ, *op. cit.*, n° 381.

saurait, par la suite, être opposable au sous-acquéreur : « *le droit de suite ne saurait disparaître et renaître* »¹⁴⁴¹.

D'autre part, pour que le droit de suite trouve efficacité à l'encontre du sous-acquéreur, il faudrait que l'aliénation du bien par le cessionnaire intervienne avant le paiement complet du prix de la cession d'entreprise. Or, l'article L 642-9 alinéa 1 du Code de commerce frappe d'inaliénabilité les biens acquis par le cessionnaire jusqu'au paiement intégral du prix de cession. Il en découle que la vente intervenue en violation de l'article L 642-9 sera annulée et le bien retournera entre les mains du repreneur.

En réalité, le droit de suite ne peut prospérer contre le sous-acquéreur que dans l'hypothèse où la revente du bien est autorisée par le tribunal. Dans ce cas, le sous-acquéreur se verra obliger de payer une seconde fois sur poursuites des créanciers inscrits.

518. La situation du droit de suite en France présente néanmoins une certaine cohérence. Il subit des restrictions dès lors que le jeu du mécanisme entrave l'atteinte des objectifs des procédures, c'est-à-dire, le maintien de l'activité et de l'emploi. En revanche, il est préservé, et avec lui les intérêts des créanciers, dès lors qu'il ne constitue plus une entrave. Ainsi est-il suspendu à l'encontre du cessionnaire, jusqu'à complet paiement du prix de cession, pour retrouver plein effet à l'encontre du sous-acquéreur. Si l'intention du législateur est louable à cet effet, force est de constater qu'il n'a pu surmonter une cession qui spolie les titulaires de sûretés réelles spéciales traditionnelles, « *sauf à déplacer cette spoliation sur le tiers autorisé [judiciairement] à sous-acquérir le bien grevé* »¹⁴⁴².

¹⁴⁴¹ Michel CABRILLAC, Christian MOULY, Séverine CABRILLAC, Philippe PÉTEL, *op. cit.*, n° 979, p. 734.

¹⁴⁴² *Ibid.*

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

519. L'étude comparative des législations OHADA et française permet d'induire une typologie universelle des systèmes de faillites. Les divergences de ces deux législations sont la manifestation essentielle de l'antinomie des fondements du droit des procédures collectives. C'est surtout à l'étape de la solution que reparaît l'irréductibilité de l'opposition des conceptions contractuelle et institutionnelle de la discipline. C'est à cette étape que l'on peut mieux observer cette dialectique qui nourrit toute réflexion sur la discipline, et dont nous nous sommes efforcés de rendre compte. Tout système de faillite se profile ainsi selon l'une des deux dominantes que sont le paiement des créanciers et le sauvetage de l'entreprise.

520. La procédure collective se présente comme un jeu à somme nulle car ce que gagnent les uns est forcément ce que perdent les autres¹⁴⁴³ ; ce qui explique une corrélation négative entre « Paiement » et « Sauvetage »¹⁴⁴⁴. Privilégier le sauvetage de l'entreprise revient à rendre le paiement des créanciers subsidiaire, et inversement rechercher un paiement substantiel des créances aboutirait à rendre accessoire la sauvegarde de l'entreprise. L'insuffisance des ressources signifie donc un « sacrifice », et la solution consiste à déterminer quels intérêts vont subir ce « sacrifice » et dans quelles proportions : l'entreprise ou les créanciers ?

L'antagonisme des objectifs de la discipline explique que les droits OHADA et français soient divergents quant aux solutions techniques du redressement, qu'il s'agisse de redresser le débiteur ou de redresser l'entreprise. Le droit de l'OHADA, fidèle à la

¹⁴⁴³ Perrette REY, « Mesurer l'efficacité économique du droit des entreprises en difficulté », *op. cit.*, p. 58.

¹⁴⁴⁴ Entendez par là que la relation entre l'objectif du paiement des créanciers et celui du sauvetage de l'entreprise va se traduire par une divergence des législations dans les solutions qu'elles mettent en œuvre, selon que ces solutions privilégient l'un ou l'autre objectif.

conception subjective, envisage une solution privilégiant les créanciers. La solution est contractuelle, plus précisément de nature transactionnelle. Les créanciers ont le pouvoir sur le sort de l'entreprise et décident de celui-ci en fonction de leurs intérêts. Les perspectives d'un retour à la prospérité du débiteur peuvent servir les intérêts de la masse qui en espère des dividendes plus larges que ceux obtenus par une liquidation le plus souvent catastrophique pour les créanciers ordinaires¹⁴⁴⁵. Le droit français quant à lui privilégie l'entreprise. Les plans de sauvegarde, de redressement et de cession qui, avant tout autre intérêt envisagent la survie de l'entreprise, ont pour objectif supérieur l'intérêt général. Conformément à la conception objective, *les créanciers se trouvent évincés de toutes les décisions relatives aux solutions de l'entreprise, c'est-à-dire à son sort*¹⁴⁴⁶. La solution, malgré quelques aspects contractuels, est institutionnelle et plus précisément de nature juridictionnelle.

521. Si la présence du tribunal en droit de l'OHADA peut nourrir quelques confusions sur une réelle divergence des conceptions objective et subjective, le Professeur Pierre-Michel LE CORRE relève très pertinemment la dichotomie de la mission : « *Homologuer le concordat, cela signifie qu'un accord est intervenu entre le débiteur et les créanciers, auquel le tribunal se contente de donner force exécutoire. Arrêter le plan, cela signifie que le tribunal dispose de pouvoirs propres ; il peut imposer aux créanciers certaines contraintes* »¹⁴⁴⁷.

¹⁴⁴⁵ Yvonne LAMBERT-FAIVRE, « La vie de l'entreprise pendant la première phase de la procédure », in *Faillites, op. cit.*, p. 273-274.

¹⁴⁴⁶ Pierre-Michel LE CORRE, « 1807-2007, 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise », *op. cit.*, n° 47. L'auteur en substance poursuit que même s'il existe un îlot de contractualisation dans un océan judiciaire, cela ne doit pas tromper ; et d'affirmer « *que l'introduction d'une dose de contractualisation dans la législation de sauvegarde des entreprises est faite pour accentuer les sacrifices des créanciers* » : v. spéc. n°48.

¹⁴⁴⁷ *Ibid.*, n° 47.

CONCLUSION GÉNÉRALE

522. L'antinomie des fondements et des finalités du droit des *faillites* aboutit à une dualité des systèmes juridiques : d'une part les systèmes ordonnant leur politique juridique et la technique qui en découle autour du paiement des créanciers comme le droit de l'OHADA, d'autre part les systèmes s'organisant autour du sauvetage de l'entreprise comme le droit positif français. Cette dualité n'appelle pas inéluctablement une radicale divergence des systèmes. S'agissant de l'ouverture et de l'organisation des procédures de la *faillite*, la dualité s'amenuise pour laisser place *mutatis mutandis* à des îlots entiers de convergence. Il s'agit de la loi du concours et des nécessités du maintien en activité des affaires du débiteur durant la situation d'expectative précédant la solution. La dualité des systèmes juridiques de *faillite* reparaît cependant de manière incompressible dès lors que la solution du redressement judiciaire du débiteur ou de l'entreprise est envisagée, tant il est impossible pour une législation de trouver le juste milieu entre payer les créanciers et maintenir l'activité et l'emploi.

523. La typologie des systèmes de faillite induite de l'étude comparative des législations OHADA et française nous permet d'aller plus loin dans la réflexion sur les conceptions subjective et objective des procédures collectives.

L'idée d'un droit de la défaillance d'entreprise qui ne s'apprécierait pas à l'aune des droits subjectifs et de la force obligatoire du contrat a connu des réactions diverses de la part de la doctrine française. Certains auteurs y perçoivent une collusion du politique, une instrumentalisation de la faillite par la démocratie¹⁴⁴⁸, un abandon de la raison pour le sentimentalisme¹⁴⁴⁹. Pour la doctrine dominante en revanche, le contexte et la nécessité économique imposent cette idée¹⁴⁵⁰. Mais quel qu'en soit le motif, ce changement de paradigme du droit des procédures collectives n'est pas sans soulever des interrogations tant dans une argumentation purement juridique, que dans un dialogue entre le Droit et l'Économie.

¹⁴⁴⁸ « *La démocratie moderne assure la protection des faibles avec d'autant plus de complaisance que les faibles sont en fait les plus nombreux* »...« *l'esprit démocratique combat pour le débiteur contre le créancier. En protégeant le débiteur, il prend parti pour le faible contre le puissant* » : Georges RIPERT, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, L.G.D.J., Paris 1936, respectivement n° 68, p. 131 et n° 69, p. 133 ; V. dans le même sens M.-A. Frison-Roche « *Le législateur des procédures collectives et ses échecs* », *Procédures collectives et droit des affaires*, Mélanges A. HONORAT, éd. FRISON-ROCHE, 2000, n°s 5 à 7.

¹⁴⁴⁹ LAGARDE Gaston, « *Le droit des affaires, droit sentimental* », in *Mélanges René SAVATIER*, Dalloz, Paris, 1965.

¹⁴⁵⁰ Les raisons régulièrement invoquées par les juristes pour les grands changements qu'a subis le caractère du droit pendant ces dernières années sont les nécessités économiques : en substance Friedrich A. Hayek, *Droit législation et liberté*, – 1 Règles et ordre, Quadrige/PUF, Paris, 2007, p. 179.

En effet, certains auteurs évoquent une « *déjuridicisation* » des procédures collectives en opposant une conception juridique à une conception économique de la *faillite*. La conception juridique reposerait sur les principes du droit privé des biens, des sûretés, des obligations, pour remplir sa fonction essentielle de paiement des créanciers. Au contraire, la conception économique de la *faillite* relèguerait les intérêts des créanciers et la prise en considération de la personne du débiteur au second plan. Elle asservirait les principes du droit privé avec pour objectif principal, la sauvegarde de l'entreprise¹⁴⁵¹. La majorité de la doctrine reprend cette idée d'opposition d'une logique juridique à une logique économique et sociale de la *faillite*¹⁴⁵² ; certains pour la protection des créanciers par la recherche d'un équilibre évitant à la logique juridique le péril d'une domination de la pensée économique¹⁴⁵³ ; d'autres pour rendre compte de cette *déjuridicisation* en mettant en évidence l'utilisation par la faillite de procédés souples permettant de coller aux besoins des entreprises¹⁴⁵⁴ ; d'autres encore pour justifier une soustraction du contrat au domaine purement juridique et l'acquisition par celui-ci d'une fonction plus économique¹⁴⁵⁵.

524. Sur un plan purement juridique, l'idée d'une *déjuridicisation* est cependant impertinente pour rendre compte de l'évolution des procédures collectives en droit français.

D'une part, elle est impropre car elle fait du droit une essence qui se réduirait avec la prise en compte d'autres disciplines par la règle de droit¹⁴⁵⁶. Le terme « *déjuridicisation* » aboutit à l'idée que la matière des faillites sort du système juridique pour devenir a-juridique du fait de sa pénétration par la norme économique, cette dernière appartenant elle-même à un système extérieur au droit.

D'autre part, cette terminologie entraîne une confusion. Le fait pour la règle de droit de s'approprier une quelconque règle sociale ne lui fait pas changer de nature. Bien

¹⁴⁵¹ R. RODIÈRE, B. OPPETIT, *Droit commercial*, 8^e ed., Dalloz, 1978, p. 270 : cité par Denis VOINOT, *Droit économique des entreprises en difficulté*, *op. cit.*, n° 4 et n° 32.

¹⁴⁵² Michel VASSEUR, « Le crédit menacé, brève réflexion sur la nouvelle législation relative aux entreprises en difficulté », *J.C.P., E*, 1985, II, 14569, spé. n° 4.

¹⁴⁵³ Aldo RIZZI, *op. cit.*, n° VI, p. 13.

¹⁴⁵⁴ Danièle BRIAND-MÉLÉDO, *Nature du droit des entreprises en difficulté et systèmes de droit*, Thèse, Rennes, 1992, spéc. n° 45 et ss.

¹⁴⁵⁵ MONSÉRIÉ Marie-Hélène, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, *op. cit.*, n°13, p. 19 ; En droit de l'OHADA, voir la thèse d'Aziber Seïd ALGADI, *Contrats et droit O.H.A.D.A. des procédures collectives*, *op. cit.*, n°10 : « Le droit O.H.A.D.A. n'est pas une législation profondément marquée par une vision économique qui relègue la fonction traditionnelle de paiement des créanciers au second plan. La valeur juridique du contrat est préservée ».

¹⁴⁵⁶ Or le droit n'est pas une essence. Il n'y a pas une substance du droit car le droit est d'ordre relationnel, il est médiation : Bruno OPPETIT, *Philosophie du droit*, *op. cit.*, n° 20, p. 31.

au contraire, cette expression de la neutralité du droit —sa disponibilité, sa réceptivité, son ouverture— décrit dans les « phénomènes d'inter-normativité » par le doyen CARBONNIER¹⁴⁵⁷, suppose que la norme sociale objet de l'appropriation de la règle de droit se « *juridicise* ». Dans ce cas, la contrainte de la règle de droit s'exerce nécessairement dans la même direction que la pression de cette autre norme¹⁴⁵⁸, expliquant de ce fait l'illusion d'une *déjuridicisation* du droit.

On ne saurait donc opposer la conception classique et la conception nouvelle de la *faillite* par le critère de juridicité ; du droit il ne peut en suivre qu'une conception juridique mais non une conception économique¹⁴⁵⁹. Tout au plus admettons-nous qu'une conception juridique puisse trouver son répondant économique. Aussi, nous récusons l'idée de passage d'une conception juridique à une conception économique des procédures collectives, pour lui substituer celle de passage d'une conception contractuelle (ou subjective) à une conception institutionnelle (ou objective)¹⁴⁶⁰. C'est donc juridiquement sur un plan éminemment technique et philosophique que se situe l'opposition des deux modèles théoriques d'appréhension de la *faillite*.

525. Sur un plan économique, l'opposition d'une logique juridique à une logique économique des procédures collectives est en elle-même plus impertinente que l'impertinente « *déjuridicisation* » du droit des *faillites*. Cette opposition revient à nier tout caractère économique au droit, notamment à la conception contractuelle ou subjective des procédures collectives. Or, la prise en compte de l'économie par le droit n'est pas un phénomène récent. La doctrine commercialiste a toujours pris en compte le fondement et la portée économique des règles juridiques sans que la nécessité se présente d'énoncer cette prise en compte comme une logique nouvelle¹⁴⁶¹. En effet, les instruments juridiques de réalisation du système économique se trouvent contenus dans les notions fondamentales du

¹⁴⁵⁷ Jean CARBONNIER, *Essais sur les lois*, 2^e édition, Répertoire du Notariat Defrénois, Paris, 1995, p. 292.

¹⁴⁵⁸ *Ibid.*, n° 300.

¹⁴⁵⁹ « *Le système juridique a toujours été poreux par rapport à ce qui lui est extérieur. Qu'il s'agisse de faits (...) ou qu'il s'agisse de normes a-juridiques (la morale l'économie, la psychologie), elles-mêmes mises en systèmes propres. ...les théories économiques, les arguments économiques, etc., ne s'imposent pas au droit mais constituent des informations pertinentes qui pénètrent dans le système juridique, lequel conserve néanmoins ses propres procédures de référence* » : Marie-Anne FRISON-ROCHE, Sébastien BONFILS, *Les grandes questions du droit économique, introduction et documents*, PUF, 2005, p. 10.

¹⁴⁶⁰ *Supra*, n°s 11 à 24.

¹⁴⁶¹ F. DERRIDA, P. GODÉ, J.-P. SORTAIS, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, op. cit., n° 8, p. 19, note de bas de page n° 98 ; Bruno OPPETIT, « Droit et économie », *Droit et économie, Archives de Philosophie du Droit*, Tome 37, Sirey, 1992, p. 19.

droit privé telles que la propriété et le contrat¹⁴⁶². De même, les principes fondamentaux de l'individualisme libéral irriguant le droit commun sont en adéquation avec ceux de l'économie de marché. Le modèle institutionnel de la *faillite* est l'expression des valeurs propres à une conception économique plutôt favorable à une réglementation étatique, et qui suppose une réponse judiciaire et non transactionnelle aux difficultés rencontrées par une entreprise. En revanche le modèle contractuel de la *faillite*, à l'instar des dispositions américaines du *Chapter 11*, est l'expression des valeurs propres à une conception économique qui tente d'échapper à une réglementation extérieure au profit d'une autorégulation¹⁴⁶³. Le critère d'économicité ne saurait, lui non plus, rendre compte de l'opposition des conceptions contractuelle et institutionnelle des procédures collectives. La réalité n'est pas celle de systèmes opposés par leur nature (juridique *versus* économique), mais plutôt celle de deux conceptions économiques opposables.

526. Le modèle contractuel n'est donc pas moins économique que le modèle institutionnel. Dans un monde où la compétition économique n'épargne pas la concurrence des systèmes juridiques, l'attractivité devient une exigence pour les législations contemporaines. La mondialisation de l'économie va avec celle du droit. Dans cette lutte des systèmes juridiques, quel Droit aura le plus d'attrait ?

Le législateur de l'OHADA, par un système contractuel, a fait le choix de protéger les investisseurs notamment les bailleurs de crédit. En effet, après un fort ralentissement des investissements au cours des années 1980-1990 du fait des nationalisations et de l'immixtion des politiques dans le judiciaire, il était impérieux de créer un climat propice à l'investissement privé. Cet impératif exige que le pouvoir judiciaire n'intervienne dans les affaires qu'en tant qu'organe de contrôle *a posteriori* et un arbitre impartial afin d'éviter les abus. En matière de *faillite*, cette idée justifie que la solution soit de type conventionnel. La confiance et le crédit étant antérieurs à la création d'activité et d'emplois, il a paru opportun de laisser les acteurs économiques juges de leurs propres intérêts dans la procédure collective. *La sauvegarde du crédit passe par le maintien, et même par le renforcement de la nature contractuelle du concordat*¹⁴⁶⁴. L'objectif à terme en droit de

¹⁴⁶² *Ibid.* (Bruno OPPETIT).

¹⁴⁶³ En ce sens v. Corinne PEROT-REBOUL, « Les plans dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Petites affiches*, 17 février 2006 n° 35, p. 30.

¹⁴⁶⁴ Arlette MARTIN-SERF, « Réflexion sur la nature contractuelle du concordat », *op. cit.*, n° 48.

l'OHADA est donc de relancer les investissements et inciter la délocalisation de grandes entreprises vers l'Afrique¹⁴⁶⁵.

Le droit français, par son système institutionnel, fait le choix de protéger l'emploi et l'activité. La crise économique qui a suivi la période de plein emploi des « *trente glorieuses* » (période de croissance économique continue 1945/1975) a entraîné une grande méfiance vis-à-vis de la solution transactionnelle, en ce que la désignation par celle-ci de l'entreprise viable n'est pas objective, et en ce qu'elle met la priorité sur le désintéressement des créanciers. Le législateur français va donc envisager de sauver l'emploi et l'activité par la voie judiciaire. S'amorce ainsi un interventionnisme judiciaire exacerbé dans l'entreprise, reflet de l'interventionnisme étatique dans l'économie, et porté par une vision quasi idéologique¹⁴⁶⁶. Cependant, la volonté légitime de préserver l'emploi et l'activité peut se révéler être un obstacle à la capacité d'adaptation de l'économie nationale à un monde qui change selon un rythme soutenu par une mondialisation inéluctable de l'économie. Ce qui pourrait expliquer que toutes les réformes intervenues depuis la loi du 25 janvier 1985 tendent indubitablement à redonner une place active aux créanciers¹⁴⁶⁷. L'environnement international, accentuant un regain de libéralisme juridique, semble donc remettre en question certaines expressions du droit de la *faillite* « à la française »¹⁴⁶⁸.

¹⁴⁶⁵ Kéba MBAYE, « L'histoire et les objectifs de l'OHADA », *Petites affiches*, num spéc., n° 205, 13 octobre 2004, spéc. p. 6.

¹⁴⁶⁶ Dominique VIDAL, *Droit des procédures collectives*, 2^e éd., Gualino, Paris, 2009, n° 12.

¹⁴⁶⁷ La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 allant jusqu'à rétablir le vote des créanciers supprimé depuis 1985 : v. *supra*, n° 403.

¹⁴⁶⁸ Dominique VIDAL, *op. cit.*, n° 17.

Bibliographie

Ouvrages généraux

ALAUZET I., *Commentaire du Code de commerce et de la législation commerciale*, 2^e éd., tome IV (1^{re} partie), *Des faillites et banqueroutes*, Cosse, Marchal et Billard, Paris 1871

ATIAS Christian, *Philosophie du droit*, PUF, 2004

BEAUCHARD Jean, *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, Paris, 1996

BONNARD Jérôme, *La transmission de la PME, aspects juridiques et fiscaux*, Hachette Livre, 2004

BRAVARD-VEYRIÈRES P., *Manuel de droit commercial*, 2^e éd., Joubert, Paris 1840, p. 572-576

CABRILLAC Michel, MOULY Christian, CABRILLAC Séverine, PÉTEL Philippe, *Droit des sûretés*, 9^e éd., Litec, Paris, 2010

CARBONNIER Jean, *Essais sur les lois*, 2^e édition, Répertoire du Notariat Defrénois, Paris, 1995

DABIN Jean, *Le droit subjectif*, Dalloz, 2008

DALLOZ Édouard fils, VERGÉ Ch. fils, VERGÉ Charles, GRIOLET Gaston, *Les Codes annotés, supplément au Code de commerce*, Bureau de la Jurisprudence générale, Paris, 1896

DWORKIN Ronald, *Une question de principe*, PUF, 1996

DERRIDA Fernand, GODE Pierre, SORTAIS Jean-Pierre, avec la collaboration de **HONORAT Adrienne**, *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985, 3^e éd., Dalloz, 1991

FARJAT Gérard, *Pour un droit économique*, PUF, Paris 2004

FOLSOM Ralph H., LEVASSEUR Alain A., *Droit et pratique des affaires aux États-Unis*, précis Dalloz, Paris, 1995

FRISON-ROCHE Marie-Anne, BONFILS Sébastien, *Les grandes questions du droit économique, introduction et documents*, PUF, 2005

FRYDMAN Benoît, « Le droit à la lumière de la philosophie de l'action, indécidabilité, coopération et révision », *L'argumentation Droit, Philosophie et Sciences Sociales*, Les presses de l'université de Laval, 2000

GIBIRILA Deen, *Droit des entreprises en difficulté*, Defrénois, Paris, 2009

GOMEZ Jean René, *Entreprises en difficulté*, Bajag-Meri, 2003

GHESTIN Jacques, *traité de droit civil, la formation du contrat*, 3^e éd., LGDJ, Paris, 1993

GUYON Yves, *Droit des affaires, tome 2, Entreprises en difficulté redressement judiciaire – faillite*, 9^e éd., Economica, 2003

HARNAY Sophie et **MARCIANO Alain**, *Richard A. Posner, L'analyse économique du droit*, éditions Michalon, Paris, 2003

HAYEK Friedrich A., *Droit législation et liberté*, Quadrige/PUF, Paris, 2007

HÉRON Jacques, par **Le BARS Thierry**, *Droit judiciaire privé*, 3^e éd., L.G.D.J., 2006

JACQUEMONT André, *Droit des entreprises en difficulté*, LexisNexis Litec, 6^e édition, Paris, 2009

JOSSERAND Louis, « L'essor moderne du concept contractuel », Librairie du Recueil Sirey, Paris (extrait de Recueil d'Études sur les Sources du Droit, en l'honneur de François GÉNY, tome II)

JUGLART Michel et **IPPOLITO Benjamin**, par **KERCKHOVE Eric**, *Traité de droit commercial*, t. 6, Procédures collectives de paiement, 3^e éd., Montchrestien, Paris 1998

KIRAT Thierry, **MARTY Frédéric**, *Économie du droit et de la réglementation*, Gualino éditeur, Paris, 2007

Le CANNU Paul, **LUCHEUX Jean-Michel**, **PITRON Michel**, **SÉNÉCHAL Jean-Pierre**, *Entreprises en difficulté*, éd., GNL JOLY, Paris, 1994

LE CORRE Pierre-Michel, *Droit et pratique des procédures collectives*, 2^e éd., Dalloz, Paris, 2003 ; 6^e éd. 2011 ; 7^e éd. 2013

LEVASSEUR Alain A., *Droit des Etats-Unis*, 2^e éd., précis Dalloz, Paris, 1994

OPPETIT Bruno, *Philosophie du droit*, éd. Dalloz, Paris, 1999

PAILLUSSEAU Jean, **CAUSSAIN Jean Jacques**, **LAZARSKI Henry** et **PEYRAMAURE Philippe**, *Cession d'entreprise*, 4^e éd., Dalloz, Paris, 1999.

PÉROCHON Françoise, **BONHOMME Régine**, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, 8^e éd., L.G.D.J., Paris, 2009

PÉROCHON Françoise, *Entreprises en difficulté*, 9^e éd., L.G.D.J., Paris, 2012

RIPERT Georges

- *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, L.G.D.J., Paris 1936

- *Les forces créatrices du droit*, 2^e éd., L.G.D.J., 1955

RIPERT G / ROBLOT R. par **DELEBECQUE Philippe** et **GERMAIN Michel**

- *Traité de droit commercial*, t. 2, 16^e éd., L.G.D.J., Paris, 2000

- *Traité de droit commercial*, t. 2, 17^e éd., LGDJ, Paris 2004

ROULAND Norbert, *Aux confins du droit*, éd. Odile Jacob, Paris, 1991

ROUSSEAU Dominique, « proposition pour construire la pensée du droit dérobé », in *Le droit dérobé*, Montchrestien, Paris, 2007

SAINT-ALARY-HOUIN Corinne, *Droit des entreprises en difficulté*, 4^e éd., Montchrestien, Paris, 2001 ; 6^e éd., 2009 ; 7^e éd., 2011.

SAWADOGO Filiga Michel, *OHADA, Droit des entreprises en difficulté*, Bruylant, 2002

SÈVE René, *Philosophie et théorie du droit*, Dalloz, 2007

SIMON Patrick, *La main invisible et le droit*, éd. Les belles lettres, Paris, 1992

SOINNE Bernard, *Traité des procédures collectives*, 2^e éd., Litec, Paris, 1995

TERRÉ François, SIMLER Philippe, LEQUETTE Yves, *Droit civil les obligations*, 8e éd., Dalloz 2002

THIERIET M., *Code des faillites et des banqueroutes, ou recueil des travaux préparatoires de la loi du 28 mai 1838*, Paris, 1840

VALENTIN Vincent, *Les conceptions néo-libérales du droit*, éd. Economica, 2002

VIDAL Dominique, *Droit des procédures collectives*, 2^e éd., Gualino, Paris, 2009

VIGOUR Cécile, *La comparaison dans les sciences sociales, Pratiques et méthodes*, La Découverte, Paris 2005

VILLEY Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, 1^e éd., PUF, 2003

VINCENT Jean, GUINCHARD Serge, *Procédure civile*, 27^e éd, Dalloz, 2003

VOINOT Didier, *Droit économique des entreprises en difficulté*, L.G.D.J, 2007

Ouvrages spécialisés

ALGADI Aziber Seïd, *Contrats et droit O.H.A.D.A. des procédures collectives, étude à la lumière du droit français*, thèse Toulouse1, 4 juillet 2007, publiée chez l'Harmattan, 2009

AUGÉE Charles, *Nature juridique du concordat en matière de faillite*, thèse, Paris, 1910

BANAL Matthieu, *Les effets de la nouvelle loi de sauvegarde des entreprises sur le comportement du crédit des banques*, mémoire HEC Paris, 2006

DE LESTAPIS Pierre, *La notion juridique de crédit, étude de droit civil français*, thèse, Bordeaux, 1940

- MANIÉ Véronique**, *Le sort des créanciers dans les plans de sauvegarde, de redressement et de cession de l'entreprise*, thèse Toulouse I, 2006
- MEKKI Mustapha**, *L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, L.G.D.J., Paris, 2004
- BRIAND-MÉLÉDO Danièle**, *Nature du droit des entreprises en difficulté et systèmes de droit*, Thèse, Rennes, 1992.
- MONSÉRIÉ Marie-Hélène**, *Les contrats dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, Litec, 1994
- NEUVILLE Sébastien**, *Le plan en droit privé*, thèse Toulouse 1, 1994, Bibliothèque de droit privé, Paris LGDJ, 1998.
- OUMAROU S.**, *Les finalités des procédures collectives*, thèse, Dakar UCAD, 2005
- PIAZZON Thomas**, *La sécurité juridique*, Defrénois, 2009
- REYMOND DE GENTILE Marie-Jeanne**, *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967*, Thèse Paris 2, 1971, Sirey 1973
- RIZZI Aldo**, *La protection des créanciers à travers l'évolution des procédures collectives*, bibliothèque de droit privé, Tome 459, L.G.D.J., 2007
- SABATHIER Sophie**, *Le droit des obligations à l'épreuve du droit des procédures collectives*, thèse, Toulouse 1, 25 mai 2000
- SÉNÉCHAL Marc**, *L'effet réel de la procédure collective*, thèse Toulouse 1, 10 décembre 2001
- THERA Fatoma**, *L'application et la réforme de l'acte uniforme de l'OHADA organisant les procédures collectives d'apurement du passif*, thèse, Lyon 3, 2010
- TIQUANT Olivier**, *La contractualisation des procédures collectives*, thèse, Paris 1 Panthéon – Sorbonne, 7 septembre 1999
- TOÉ Souleymane**, *Approche critique de l'application judiciaire du droit des procédures collectives dans l'espace OHADA*, thèse Perpignan, 30 avril 2010
- VASSEUR Michel**, *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, thèse Paris, 1949
- VERDIER J.-M.**, *Les droits éventuels : contribution à l'étude de la formation successive des droits*, Thèse Paris 1953

Articles, chroniques, rapports

ABARCHI Djibril

- « Problématique des réformes législatives en Afrique : le mimétisme juridique comme méthode de construction du droit », *Penant*, n°842 Janvier-Mars, 2003

ALGADI Aziber Seïd

- « Le pouvoir de contrôle des créanciers sur les contrats postérieurs à l'ouverture d'une procédure collective en droit OHADA : effectivité ou facticité ? », *Revue Penant*, 2009, p. 215

ALILI Steve Marian

- « La reprise des entreprises en difficulté dans l'espace OHADA », *Ohadata D-06-38*

AMALVY Aimé, DERRIDA Fernand

- « Plan de cession de l'entreprise et vices du consentement », *D.*, 1988, chronique p. 208

AMSTRONG Mark Anthony, CERFONTAINE Alexandrine

- « Echecs économiques et dérive du pragmatisme juridique : l'expérience anglaise du droit de la faillite », *Droit et société*, 1^{er} octobre 2000, n° 46, p. 547-568

ANCEL Marc

- « Méthode comparative de droit comparé », in *Lieber Amicorum Baron Louis Frederiq*, 1966, p. 67

ARSEGUEL Albert et MÉTEYÉ Thierry

- « Les aspects sociaux de la procédure de sauvegarde », *Rev. proc. coll.*, n° 2, Avril 2008

ASSI-ESSO Anne-Marie

- Commentaire de l'AUPSRVE, in *OHADA traité et actes uniformes commentés et annotés*, 3^e éd., Juriscope, 2008

BARON Frédéric

- « La date de naissance des créances contractuelles à l'épreuve du droit des procédures collectives », *RTD com.*, 2001 p. 1

BARTHÉLÉMY Jacques

- « L'intérêt de l'entreprise », *Les Cahiers du DRH*, n°146, 09-2008

BEHAR-TOUCHAIS Martine

- « La date de naissance de la créance issue d'un contrat synallagmatique à exécution successive », *Petites affiches*, 09 novembre 2004 n° 224, p. 41

BENKEMOUN Laurent

- « Sécurité juridique et investissements internationaux », *Penant*, n°855 Avril-Juin, 2006, p. 193

BERTHELOT Geoffroy

- « Les créanciers postérieurs méritants » (1^{re} partie), *RPC*, n° 3, Mai-Juin 2011, p. 83

- « Les créanciers postérieurs méritants » (2^e partie), *RPC*, n° 4, Juillet-Août 2011

BÉZARD Pierre

- « Sécurité juridique et entreprise en difficulté – Ouverture des travaux », *L.P.A.*, n° 5, 12 janvier 1994, p. 4-5

BORCAN Daniela

- « Les nouvelles procédures collectives d'apurement du passif en Europe centrale. De l'inspiration française, allemande et américaine et des tendances fortes des règles régissant ces procédures », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, 2002, vol. 33, n° 4, pp. 93-123

BOST Emmanuelle

- « Le pouvoir du représentant des créanciers et du commissaire à l'exécution du plan, d'exercer l'action paulienne au nom et dans l'intérêt des créanciers », *La Semaine Juridique Ed. Générale*, 2 Octobre 2002, II, 10151, n° 40

BUISINE Olivier

- « L'opposabilité du droit de rétention « fictif » dans le cadre du plan de cession », *Rev. proc. coll.*, n° 6, Novembre 2011, étude 31

- « Le prepack-cession, une alternative au plan de cession classique », *Revue Banque*, n° 747, avril 2012, p. 35

CABRILLAC Michel

- « Les ambiguïtés de l'égalité entre les créanciers », *Mélanges Breton-Derrida*, Dalloz, 1991, p. 31

CABRILLAC Michel et PETEL Philippe

- « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises », *JPC E*, n° 1, 4 Janvier 1990, 15658

CALENDINI Jean-Michel

- « Plan de cession et droit de préemption du cocontractant avec faculté de substitution », *Petites affiches*, 20 avril 1994, n°47

CAMPANA Marie-Jeanne

- « La situation des créanciers », *Les innovations de la loi sur le redressement judiciaire des entreprises*, *RTD. Com.*, num. spéc., 1986, p. 171

CHAMPAUD Claude

- « Des droits nés avec nous. Discours sur la méthode réaliste et structuraliste de connaissance du droit », in *Philosophie du droit économique : quel dialogue ?*, *Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT*, Frison-Roche, 1999, p. 69-109

CHOPARD Bertrand

- « « Ex post » vs « ex ante » : Le cas de l'économie du droit de la faillite », *Revue d'Économie Financière*, Sep. 2005, Vol. 81, p. 1-13

COQUELET Marie-Laure

- « Le plan de cession : Faut-il déjà réformer ? », *RPC*, 2008-2, p. 128, n° 5

COURET Alain

- « La cession de l'entreprise dans le cadre d'une procédure collective », *Bulletin Joly Sociétés*, 01 mars 1986, n° 3, P. 289

COURTIER Jean-Loup

- « Liquidation judiciaire et cession des unités de production », *LPA*, 20 juillet 1994, n° 86, p. 29

COUTURIER Gaël

- « Le plan de cession, instrument de restructuration des entreprises défailtantes », *Bulletin Joly Sociétés*, 01 février 2008 n° 2, p. 142

CUBERTAFOND Bernard

- « Législation et jurisprudence. Du droit au mythe : l'exemple du droit économique français », *Rev. adm.*, 1987, p. 541

DAMMANN Reinhard et PODEUR Gilles

- « Le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers résultant de l'ordonnance du 12 mars 2014 », *Recueil Dalloz*, 2014 p. 752

DEHARVENG Jérôme

- « Le plan de cession dans la nouvelle architecture des procédures collectives – Un évènement et non plus une issue du cours de la procédure », *D.*, 2006, p. 1047, spéc. p. 1048

DELEBECQUE Philippe

- « Le régime des contrats cédés en application de l'article 86 de la loi du 25 janvier 1985 », *RJ C.*, n° spéc., nov. 1992, p. 134 et ss

DERRIDA Fernand

- « Le droit de poursuite individuelle des créanciers titulaires d'une sûreté réelle spéciale dans le règlement judiciaire et la liquidation des biens », *Dalloz* 1967, chron. p. 251

- « Redressement et liquidation judiciaires : feu la masse des créanciers... vive « la collectivité des créanciers » ! », *Petites affiches*, 28 novembre 1997, n°143, p. 29 ; le même article in *Recueil Dalloz* 1997 p. 517

DERRIDA Fernand, SORTAIS Jean-Pierre

- « Coup d'arrêt à la résurrection jurisprudentielle de la masse des créanciers ? », *Petites affiches*, 16 mars 1994 n° 32

DJANKOV Simeon

- « The optimum allocation of resources in bankruptcy law », *Mesurer l'efficacité économique du droit*, L.G.D.J., 2005

DUREUIL Bernard

- « De quelques pièges tendus au créancier à l'occasion de la déclaration et de la vérification de sa créance au passif du redressement judiciaire », *RPC*, 1992, p. 17

ENDRÉO G.

- « Fait générateur des créances et échange économique », *RTD com.* 1984, p. 237

FABRE Alexandre, « L'inopposabilité de la clause individuelle de garantie d'emploi prévue par un plan de cession », *Revue de droit du travail*, 2008, p. 310.

FRAIMOUT Jean-Jacques

- « Critères économiques déterminant le choix de l'offre dans le plan de cession », *Rev. proc. coll.*, n° 6, Novembre 2010, comm. 236

- « Censure d'un arrêt pour violation des dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail relatives au transfert de plein droit des contrats de travail en plan de cession » *Rev. proc. coll.*, n° 6, Novembre 2011, comm. 186

FRISON-ROCHE Marie-Anne

- « Les difficultés méthodologiques d'une réforme du droit des faillites », *D.*, 1994, Chron. 17, p. 19

- « Le caractère collectif des procédures collectives », *RJC*, 1996, p. 293

- « Le législateur des procédures collectives et ses échecs », *Procédures collectives et droit des affaires, Mélanges A. HONORAT*, éd. FRISON-ROCHE, 2000, p. 109

FROEHLICH Philippe

- « L'ambivalence du plan de cession totale dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Recueil Dalloz*, 2005 p. 2878

GARÇON Jean-Pierre

- « cession d'unité de production de l'article 155 de la loi du 25 janvier 1985 », *JCP*, éd. N.I, 1994, n° 7, p. 178

GASSIN Raymond, « Une méthode de la thèse de doctorat en droit », *Revue de la Recherche Juridique*, Droit prospectif, n°67, 1996, p. 1167

GASTAUD Jean-Pierre

- « La nature juridique du plan arrêté judiciairement », *L.P.A.*, n°72, 16 juin 1993, p. 13.

GHESTIN Jacques

- « Les effets pervers de l'ordre public », in *Propos impertinents de droit des affaires, Mélanges Christian GAVALDA*, Dalloz, 2001, p. 123

- « La prophétie réalisée (à propos de l'arrêt de la chambre commerciale de la cour de cassation du 7 janvier 1976 déclarant recevable l'action du syndic contre une banque responsable de l'aggravation du préjudice de la masse) », *J.C.P.*, 1976, I, 2786

GISSER François

- « La cession à forfait », *JCP E*, 1984, II, 14259

GOMAA Nooman M. K.

- « Le concordat », *Faillites*, Dalloz, Paris, 1970

GUYON Yves

- « Le réalisme de la loi du 25 janvier 1985 sur les procédures collectives », *Le juge et le droit de l'économie : Mélanges Pierre Bezdard*, Petites Affiches-Montchrestien, Paris, 2002, p. 311

HAEHL Jean-Philippe

- « cession globale d'unité de production », *RTD com.* 1989, p. 310

Henry L.-C.

- « Le plan de cession et la loi de sauvegarde des entreprises », *Gaz. Pal.*, 7-8 sept. 2005, p. 39

HOUIN Roger

- « Permanence de l'entreprise à travers la faillite », *Lieber Amicorum Baron Louis Frederiq*, 1966, p. 609

IMMENGA Ulrich

- « L'objet traité par les magistratures économiques (objet économique ou juridique) », *Revue internationale de droit économique*, n°2, 1997

ISSA-SAYEGH Joseph

- « Le sort des travailleurs dans les entreprises en difficulté : droit OHADA », *Penant*, janvier 2010, n° 870 ; *ohadata D-09-41*

- Commentaire de l'AUS, in *OHADA, traité et actes uniformes commentés et annotés*, 3^e éd., Juriscope, 2008

JOSSERAND Louis

- « Le contrat dirigé », *Dalloz Chronique*, 1933, p. 89

KÉITA Mamadou

- « L'exercice des voies d'exécution par les créanciers de l'article L. 621-32 du Code de commerce : évolutions récentes », *Petites affiches*, 07 octobre 2004, n° 201, p. 5

KENDÉRIAN Fabien

- « Inefficacité de la clause de préférence stipulée au profit du bailleur commercial en cas de cession du bail dans le cadre d'un plan de cession de l'entreprise locataire », *JCP E*, n° 13, 31 Mars 2011, 1265.

- « Le sort des clauses résolutoire et de préemption en cas de transfert d'un bail commercial dans le cadre d'un plan de cession de l'entreprise », *Lexbase Hebdo éd. affaires*, n°333, 4 avril 2013

KORNMANN André

- « Propriété et procédures collectives : vers un succédané des sûretés ? », *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 35^e année, n° 2, février 1991

LABRUSSE Catherine

- « L'évolution du droit français de la faillite depuis le Code de commerce », *Faillites*, Dalloz, Paris, 1970

LACROIX-DE SOUSA Sandie

- « Modes de stabilisation de l'emploi et pouvoir de licenciement de l'employeur cessionnaire », *D.*, 2011, p. 2249

- LAGARDE Gaston

- « Le droit des affaires, droit sentimental », *Mélanges René SAVATIER*, Dalloz, Paris, 1965

LAMBERT-FAIVRE Yvonne

- « La vie de l'entreprise pendant la première phase de la procédure », *Faillites*, Dalloz, Paris, 1970

LAMBERT Guy

- « La personnalité juridique de la masse », *J.C.P.*, 1960, I, 1568

LEBEL Ch.

- « Liquidation judiciaire d'un agriculteur (Loi 2005) : cession de l'exploitation agricole et droit de préemption de la SAFER », *Rev. proc. coll.*, n° 5, Septembre 2010, comm. 196

LE CORRE Pierre-Michel

- « 1807-2007, 200 ans pour passer du droit de la faillite du débiteur au droit de sauvegarde de l'entreprise », *Gazette du Palais*, 20 et 21 juillet 2007, p. 3

LE GALL Erwan

- « Les effets du jugement ouvrant la procédure de liquidation ou de renflouement des entreprises sur la situation des créanciers », *Faillites*, Dalloz, Paris, 1970

LEGUEVAQUES Christophe

- « La loi de sauvegarde et les cautions : au bonheur des cautions ? », *Revue de Droit Bancaire et Financier*, janvier-février 2006, p. 72

LE NABASQUE Hervé

- « La cession de l'entreprise en redressement judiciaire », *JCP E*, n° 19, 10 Mai 1990, 15770

LIENHARD A.

- « Ordonnance de réforme : mesures de prévention des difficultés », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 661

- « Ordonnance de réforme : mesures relatives à la sauvegarde », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 662

- « Ordonnance de réforme : mesures relatives au redressement judiciaire », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 663

- « Ordonnance de réforme : mesures relatives à la liquidation judiciaire », *Recueil Dalloz*, 2014, p. 664

MALAURIE Philippe

- « Les antinomies des règles et de leurs fondements », *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : études offertes à Pierre CATALA*, Paris, Litec, 2001, p. 25-31

MARTIN Pierre

- « La réparation du préjudice individuel des créanciers dans les procédures collectives », *Petites affiches*, 18 septembre 2001 n° 186, P. 4

MARTIN Raymond

- « La saisine d'office du juge », *J.C.P.*, 1973. IV. 6316

- « Loi économique et règle de droit », *Dalloz*, 1990, Chronique, p. 259.

MARTIN-SERF Arlette

- « Réflexion sur la nature contractuelle du concordat », *R.J.C.*, 1980, p. 293

MESTRE Jacques

- Jurisprudence n° 902, *Revue de Jurisprudence commerciale*, 1980, p. 20.

- *RTD civ.* 1987.750.

MEYER Pierre

- « La sécurité juridique et judiciaire dans l'espace OHADA », *Penant*, n°855 Avril-Juin, 2006, p. 151

MORELLI Nicolas

- « Plan de cession et clause de garantie d'emploi », *Bull. Joly Sociétés*, 01 octobre 2011 n° 10, P. 826

NEUER Jean-Jacques

- « Le contrat-institution : Essai sur les modes de formation du contrat en droit privé », *Petites affiches*, 19 juin 1995, n° 73, p. 4

NEUVILLE Sébastien

- « Le traitement planifié du surendettement : Réflexions sur la conciliation et la médiation, l'abdication et la transaction, les matières gracieuse et contentieuse », *RTD Com.*, 2001 p. 31

NZOUABETH Dieunedort

« La responsabilité des tiers en cas d'ouverture d'une procédure collective d'apurement du passif dans l'espace OHADA », *Rev. proc. coll.*, n° 4, décembre 2007, p. 192-206

OPPETIT Bruno

- « L'endettement et le droit », *Mélanges Breton-Derrida*, Dalloz, 1991, p. 295

PAILLUSSEAU Jean

- « Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté (ou quelques réflexions sur la renaissance (?)... d'un droit en dérive) », *Mélanges Roger HOUIN*, Dalloz-Sirey, Paris, 1985, p. 109

- « Qu'est-ce que l'entreprise ? », *L'entreprise : nouveaux apports*, Paris, Economica, 1987

PERCEROU Roger

- « Le traitement judiciaire de la situation des entreprises en difficulté, mythe ou possibilité réelle ? », *Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle, Mélanges Cl. CHAMPAUD*, Dalloz, 1997, p. 507-523

PEROT-REBOUL Corinne

- « Les plans dans la loi de sauvegarde des entreprises », *Petites affiches*, 17 février 2006, n° 35, p. 30

POLLAUD-DULIAN Frédéric

- « Le principe d'égalité dans les procédures collectives », *J.C.P., éd. G.*, n° 23, 3 Juin 1998, I, 138.

PUTMAN Emmanuel

- « Rapport introductif » Colloque sur la date de naissance des créances, *Petites affiches*, 09 novembre 2004 n° 224, p. 3

RADÉ Christophe

- « Transfert des engagements unilatéraux de l'employeur et plan de cession de l'entreprise », *Lexbase Hebdo éd. sociale*, n° 298 du 27 mars 2008.

RAKOTOVAHINY Marie-Andrée

- « L'intérêt collectif des créanciers, obstacle au droit de créance individuel », *Petites affiches*, 27 décembre 1999, n° 257, p. 6

RECASENS Gilles

- « Faut-il adopter un système pro-créanciers de défaillances ? Une revue de la littérature », *Finance Contrôle Stratégie* – volume 6, n° 1, mars 2003, p. 119-153

REMICHE Bernard

- « Droit économique, marché et intérêt général », in *Philosophie du droit économique : quel dialogue ?*, *Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT*, Frison-Roche, 1999, p. 253-260

REY Perrette

- « Mesurer l'efficacité économique du droit des entreprises en difficulté », *Mesurer l'efficacité économique du droit*, L.G.D.J., 2005

RINGLER Solène

- « Cessions de fonds de commerce, de fonds artisanaux et de baux commerciaux : il faut dorénavant compter avec les communes », *Petites affiches*, 03 avril 2008 n° 68, p. 4

RIZZO Fabrice

- « Quelques observations à propos d'interférences entre le droit de la concurrence et le droit des procédures collectives », *Droit et patrimoine*, n° 69, Mars 1999, p. 63

ROSSI Patrick

- « Naissance irrégulière des créances délictuelles et répartition des pouvoirs », *JCP E*, n° 24, 17 Juin 1999, p. 1060

ROUGER Michel

- « Difficultés économiques et interventions judiciaires », *Procédures collectives et droit des affaires, Mélanges A. HONORAT*, éd. FRISON-ROCHE, 2000, p. 187

SAINT-ALARY HOUIN Corinne

- « Créanciers antérieurs et créanciers postérieurs », *Rev. proc. coll.*, 1990-3, p. 121

- « Rapport de synthèse », Colloque CRAJEFE, Nice-Sophia Antipolis, *Petites affiches*, 20 septembre 2000, n° 188, p. 40

- « La date de naissance des créances en droit des procédures collectives », *Petites affiches*, 09 novembre 2004 n° 224, P. 11

- « Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises : continuité, rupture ou retour en arrière ? », *Droit et Patrimoine*, n°133, Janvier 2005, p. 24-42

- « créanciers postérieurs », *RPC*, n° 3 septembre 2007, p. 144

SAWADOGO Filiga Michel

- Commentaire de l'AUPC, in *OHADA traité et actes uniformes commentés et annotés*, 3^e éd., Juriscope, 2008

SÉNÉCHAL, SONIER et THÉVENOT

- « Les cent jours de la réforme des procédures collectives : premier bilan », *Rev. Proc. Coll.*, 2009/3, p. 52

SÉRIAUX Alain

- « Réflexions sur les délais de grâce », *RTD Civ.*, 1993 p. 789

SOINNE B.

- « Le nouveau droit de la faillite : réalisme insuffisance et incompréhension », *Gaz. pal. Tri-Hebdomadaire*, 14-15 décembre 1983, p. 2

- « L'autonomie des règles relatives à la transmission d'entreprise en situation de redressement ou de liquidation judiciaire », *LPA*, 10 novembre 1993, n° 135, p. 12

- « Le bateau ivre », *RPC*, n°1997-2, n°16

- « Le bateau ivre (à propos de l'évolution récente du droit des procédures collectives) », 1^{re} partie, *Les Petites Affiches*, 14 mai 1997, n° 58, page(s) 12-16

- « Le bateau ivre (à propos de l'évolution récente du droit des procédures collectives) », Suite et fin, *Les Petites affiches*, 16 mai 1997 n° 59, p. 4

TALLON Denis

- « L'évolution des idées en matière de contrat : survol comparatif », *Revue française de théorie juridique*, n° 12, Le contrat, PUF, 1990, p. 81-91

TERRÉ François

- « Droit de la faillite ou faillite du droit ? », *Revue de Jurisprudence Commerciale*, 35^e année, n° 1, janvier 1991

THOMASSIN Nicolas

- « La date de naissance des créances contractuelles », *RTD com.*, 2007 p. 655

TORCK Stéphane

- « La date de naissance des créances en droit civil », *Petites affiches*, 09 novembre 2004 n° 224, P. 25

TOUJAS G.

- « De la cession à forfait en période d'union », *JCP*, 1940

VAISSE Sauveur

- « La constitution de la masse », *Faillites*, Dalloz, Paris, 1970

VALLANSAN Jocelyne

- « Quelques observations sur les créanciers antérieurs dans les procédures de sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires », *RPC*, n° 2, Avril 2008

VALLENS Jean-Luc

- « Des procédures collectives en Europe », *L.P.A.*, n° 5, 12 janvier 1994, p. 13-15

- « Les « effets pervers » de la loi de sauvegarde des entreprises », *RTD com.*, 2007, 604

- « Une réforme efficace et mesurée du livre VI du Code de commerce », *Revue Lamy Droit des Affaires* – 2014, n° 93, p. 24-30.

VASSEUR Michel

- « Le crédit menacé, brève réflexion sur la nouvelle législation relative aux entreprises en difficulté », *J.C.P., E*, 1985, II, 14569

VERMEILLE Sophie

- « Peut-on prêter pour posséder (« *loan to own* ») en droit français », *JCP E* 2009, 1709

VIVANT Michel

- « Le plan en deux parties, ou de l'arpentage considéré comme un art », *Le droit privé français à la fin du XXe siècle : études offertes à Pierre CATALA*, Paris, Litec, 2001, p. 969-984

WIEDERKEHR Georges

- « Le rôle de la volonté dans la qualification des actes judiciaires », *Mélanges A. Rieg, Le rôle de la volonté dans les actes juridiques*, Bruylant, 2000, p. 883

- « Les procédures collectives de règlement du passif et la fonction du juge », *Mélanges en l'honneur de Dominique SCHMIDT, Liber amicorum*, Joly 2005, p. 487

Notes de jurisprudence

ANCELI P.

- note sous Cass. civ. 2e, 10 juillet 1996, *Bull. civ. II*, n° 209, *D.* 1996, 625

AUBERT J.-L.

- obs. sous Cass. civ. 3e, 22 juillet 1992, *Defrénois* 1993, p. 732, n° 57

- obs. sous Cass. civ. 1re, 24 septembre 2002, *Defrénois* 2003, article 37664

ALFANDARI E.

- rapp. Cass. req. 24 avril 1903, *DP.* 1904.I.229

AVENA-ROBARDET Valérie

- obs. sous Cass. ch. mixte, 28 janvier 2005, *D.*, 2005, *IR*, 386

BÉNABENT A.

- obs. sous Cass. com., 3 février 1998, *D.* 1999, *jurispr.* p. 185

BERTHELOT G.

- note sous Cass. soc., 16 juin 2010, *RPC*, 2010, *comm.* 245

BLANC G.

- obs. sous Cass. com., 22 janvier 2002, *Rev. proc. coll.*, 2002, p. 276

- note sous CA Grenoble 28 juin 2007, CA Nancy, 6 novembre 2007, CA Paris, 21 février 2007, et 14 mai 2008 : *Rev. proc. coll.*, 2008, n° 155

- obs. sous Cass. com. 16 octobre 2007, *Rev. proc. coll.*, 2008, n° 70, p. 70

BONHOMME R.

- obs. sous Cass. com. 26 juin 2001, *Act. proc. coll.*, 2001-17, p. 1

BOST Emmanuelle

- obs. sous Cass. com., 13 nov. 2001, *La Semaine Juridique Ed. Générale*, 2 Octobre 2002, II, 10151, n° 40

BOULAY J.-Ch.

- obs. sous Cass. com., 28 janvier 2004, *Act. proc. coll.*, 2004-7, n° 89

BOULOC

- obs. sous Cass. crim., 5 février 1998, *R. soc.*, 1998, 421

CABRILLAC M.

- obs. sous Cass. com., 27 octobre 1964, *D.* 1965, p. 129

- Cass. com., 7 février 1989, *JCP E.*, 1989, II, 15591, n° 13

- obs. sous Cass. com., 20 juin 1989, *JPC E.*, n° 1, 4 Janvier 1990, 15658, § n° 5

- obs. sous Cass. com., 17 novembre 1992, *JCP E.*, 1993, I, 238, n° 20

- obs. sous Cass. com., 1^{er} octobre 1997, n° 94-22.145, *Bull. civ.* IV n° 237 ; *JCP E.*, n° 1, 8 Janvier 1998

- obs. sous Cass. com., 6 janvier 1998, *JCP E.*, 1998, chron. 654, n° 2-6,

- obs. sous Cass. com., 20 janvier 1998, *RTD com.*, 1998, p. 386

- obs. sous Cass. com., 31 mars 1998, *JCP E.*, 1998, n° 36, p. 1357

- obs. sous Cass. com., 13 octobre 1998 (pourvoi n° 94-19.892), *JCP E* 1998, n° 52, p. 2063

- obs. sous Cass. com., 29 mai 2001, *JCP E.*, 2001, n° 2, p. 1423

- obs. sous Cass. com., 13 novembre 2002, *JCP E.*, 2003, n° 20, 760

- obs. sous Cass. com., 29 avril 2003, *JCP E* 2003, n° 40, p. 1569

- obs. sous Cass. com., 7 décembre 2004, *JCP E.*, 2005. 639, n° 14

CABRILLAC M. et PÉTEL P.

- obs. sous Cass. com., 26 juin 1990, n° 89-12496, *JCP E.*, n° 32, 8 Août 1991, 73, spéc. n° 6

- obs. sous Cass. com., 12 novembre 1991, *JCP E.*, 1992, I, 136, n° 13

- obs. sous Cass. com., 16 février 1993, *JCP E.*, 1993, I, 273, n° 9

- obs. sous Cass. com., 12 juill. 1994, *JCP G.*, n° 2, 11 janvier 1995, I 3815, § 5

- obs. sous Cass. com., 3 févr. 1998, *JCP E* 1998, n° 17, p. 654

- obs. sous Cass. crim., 5 février 1998, *JCP E.*, 1998, 1400, n° 19

- obs. sous Cass. com., 13 octobre 1998, *JCP E* 1998, n° 52, p. 2069, § 18

- obs. sous Cass. com., 24 novembre 1998, *JCP E* 1999, 814

- obs. sous Cass. com., 20 mai 2001, *JCP E.*, n° 3, p. 1423

- obs. sous Cass. 3° civ., 12 juin 2002, *JCP E.*, 2003, 231, n° 13

CABRILLAC M. et TEYSSIÉ B.

- obs. sous Cass. com., 3 février 1982, *RTD com.*, 1982, 595

CABRILLAC M. et VIVANT D.

- obs. sous Cass. com. 6 janvier 1982, *JCP* 1982, éd. C.I., 10800, n° 7

- obs. sous Cass. com., 12 juillet 1982, *JCP CI* 1983, II, 11273

CALENDINI J.-M.

- obs. sous Grenoble, 7 mai 1987, *LPA* 16 octobre 1987, n° 124, p. 4

- obs. sous Cass. com., 10 juillet 1990, *RJC*, 1990, 345

- obs. sous CA Paris, 14 septembre 1993, *LPA*, 20 avril 1994, n°47, p. 23

CAMPANA M.-J.

- obs. Sous Cass. com., 15 juillet 1986, *Rev. proc. coll.*, 1986, n° 3, p. 47

- note sous Cass. com. 19 décembre 1995, *D.*, 1996, p. 145

CANET P.

- obs. sous Cass. com., 3 févr. 1998, *Rev. proc. coll.* 1999, p. 111

- obs. Cass. 2° civ., 19 mai 1998, *Act. proc. coll.*, 1998, n° 6, p. 1

CHAGNY Yves

- obs. sous Cass. soc., 16 mai 2007, n° 06-40.496, *Revue de droit du travail*, 2007, p. 457

CHAPUT Y.

- note sous Cass. com., 8 décembre 1987, *RTD com.* 1989, p. 307

CONTAMINE-RAYNAUD et CALENDINI J.-M.

- obs. sous Cass. com., 6 mai 1997, *RDBF*, 1997, p. 174, n° 62

COURTIER Jean-Loup

- obs. sous Cass. com., 8 juin 1999, *Petites affiches*, 01 novembre 1999, n° 217, p. 14

CROCQ Pierre

- obs. sous Cass. com., 12 novembre 1997, *RTD civ.*, 1998, p. 704

- obs. sous Cass. com., 5 février 2002, *RTD civ.* 2002 p. 337

- notes sous Cass. ch. mixte, 22 novembre 2002, *RTD civ.* 2003, p. 331

DANNENBERGER F.

- obs. sous CA Metz, 29 avril 2008, *LPA*, 15 janvier 2009, n° 11, p. 14

DELPECH

- obs. sous Civ. 1^{re}, 6 mai 2009, n° 08-10280, *B ; D.*, 2009, 1422

DERRIDA F.

- obs. sous Cass. com. 22 janvier 1974, *D.* 1974, 514

- obs. sous CA Paris, 3^e ch, 21 décembre 1976, *Journal de Agrées (RJC)*, 1977, *Jurispr.* n° 806, p. 212

- obs. sous Paris, 26 janvier 1977, *D.* 1977. *IR.*, 402, 3^e arrêt

- obs. sous Paris, 24 juin 1977, *D.*, 1977 *IR.*, p. 405

- obs. sous Cass. ch. Mixte, 15 juin 1979, *Gaz. Pal.* 1979, 1, somm. P. 283 ; *D.* 1979 p. 561

- note sous Cass. com. 6 janvier 1982 : *Bull. civ.* IV, n° 5, p. 4 ; *D.* 1982, p. 107

- obs. sous Cass. com., 3 février 1982, *D.*, 1983, *IR.*, 1

- note sous Cass. com., 23 février 1982, *D.* 1982, p. 623

- obs. sous Cass. com. 22 juin 1982, *D.* 1983, *IR.*, p. 62

- obs. sous Cass. com., 15 juillet 1982, *D.*, 1982, *IR.*, 486, 2^e espèce

- obs. sous Cass. com., 8 mars 1983, *D.* 1984. *I.R.* 11, 5^e espèce

- obs. sous CA Paris, 21 mai 1985, *D.*, 1986, *IR.*, p. 8

- obs. sous Cass. com., 17 décembre 1985, *D.* 1986, p. 102

- obs. sous Trib. Com. Lyon, 29 juillet 1986, *D.* 1987, *sommaire*, p. 94

- note sous Cass. com., 8 décembre 1987, *D.* 1988, *jurispr.* p. 52

- obs. sous TGI Laon, 9 mars 1988, *D.* 1990, *somm.* p. 11

- obs. sous Paris 19 avril 1988, *D.* 1991, *somm.* p. 5

- obs. Cass. com., 9 juin 1992, *Bull. civ.* n° 96, p. 8095 ; *D.* 1993, *somm.* p. 5

- obs. sous Cass. com., 17 novembre 1992, *D.* 1993, p. 96

- obs. sous Cass. com., 16 mars 1993, *D.* 1993, 583

- obs. sous Cass. Ass., Plén., 9 juillet 1993, *D.*, 1993, p. 469

- obs. sous Cass. com., 12 juillet 1994, *D.*, 1995, *somm.*, p. 9

- note sous Cass. com., 25 janvier 1994, n° 91-20220, *D.* 1994, 379

- obs. sous Cass. com., 12 juill. 1994, *Recueil Dalloz*, 1995 p. 9

- obs. sous Cass. com., 28 mars 1995, *D.* 1995, p. 410

- obs. sous Cass. 3^e civ., 18 juillet 1995, *D.*, 1996, p. 70
- note sous Cass. com., 24 octobre 1995 : *Bull. civ. IV*, n° 250 ; *D.* 1996, p. 86
- note sous Cass. com., 24 octobre 1995, *Bull. civ. IV*, n° 255, *D.* 1996, p. 155
- obs. sous Cass. com., 25 juin 1996, *D. jurispr.*, 1996, p. 615
- Cass. com., 8 octobre 1996, *Petites affiches*, 20 décembre 1996, n° 153, p. 28
- obs. sous Cass. com., 22 octobre 1996, *D.* 1997, p. 3
- Cass. com., 3 juin 1997 (2 arrêts : n° 1443 P + B, et n° 1451 D), *Petites affiches*, 28 novembre 1997 n° 143, p. 29

DERRIDA F. et SORTAIS J.-P.

- note sous Cass. com., 7 janvier 1976, *D.* 1976, 277
- obs. sous Cass. com., 31 mars 1978, *Bull. civ. IV*, n° 100 ; *D.* 1978. 446
- obs. sous Cass. com., 25 mai 1981, Société Générale c/ Dalbin et autres, *D.* 1981, 643
- obs. sous Cass. com., 25 mai 1981, Ballas et autres c/ Société Générale, *D.* 1981, 643
- obs. sous Cour d'appel de Paris, 26 janvier 1982, *D.*, 1982, p. 215
- obs. sous Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 5 février 1982, *D.*, 1982, p. 215

DUBOIS Ph.

- obs. sous Paris, 25^e ch. A, 27 novembre 1990, *JCP G*, 1992, II, 21782

DUMONT M.-P.

- obs. sous Cass. com., 3 avril 2002, n° 99-15.174 : *RPC*, 2002, p. 265, n° 13

DUMONT-LEFRAND

- obs. sous Cass. com., 11 mars 2008, *RPC* 2009-2, p. 53

DUREIL B.

- obs. sous Paris 27 février 1990, *Rev. proc. coll.*, 1990-4, p. 418
- obs. sous Cass. com., 2 mai 1990, *Rev. proc. coll.*, 1991-3, p. 352
- obs. sous Cass. com., 16 avril 1991, *Rev. proc. coll.*, 1991-4, p. 482

FABRE Alexandre

- obs. sous Cass. soc., 29 janvier 2008, *Revue de droit du travail*, 2008 p. 310

FRAIMOUT Jean-Jacques

- obs. sous CA Poitiers, 2^e ch. civ., 25 mars 2009, *Rev. proc. coll.*, n° 6, Novembre 2010, comm. 236
- obs. sous Cass. soc., 22 mars 2011, *Rev. proc. coll.*, n° 6, Novembre 2011, comm. 186

FRANÇOIS

- obs. sous Cass. com., 25 novembre 1997, n° 95-16.091, *Bull. civ.*, IV, n° 301, *D.*, 1998. 232

FRICERO N.

- obs. sous Cass. 3^e civ., 12 juin 2002, *D.* 2002, p. 2642

- obs. sous Cass. com., 22 novembre 2011, *Gaz. Pal.*, 28 avril 2012, n° 118, p. 16

GALLET Charles-Henri

- obs. sous Cass. civ., 3^e, 12 juillet 2000, *Petites affiches*, 16 mai 2001 n° 97, p. 17

GAVALDA Christian

- obs. sous TGI Laon, 9 mars 1988, *JCP G*, 1989, II, 21243

- obs. sous Cass. com., 16 avril 1991, *D.* 1991, p. 362

GIBIRILA Deen

- obs. sous Cass. com., 12 octobre 1999 (inédit), *Defrénois*, 2000, p. 993

GOUAZIOU

- obs. sous Lyon, 1^{er} ch. 17 février 2000, *Gaz. pal.*, 4/6 août 2002, jur., p. 11

GRINSNIR

- obs. sous Trib. com., Versailles, 17 novembre 1986, *Droit ouvrier*, 1979, p. 251

GUYON Y.

- obs. sous Cass. com., 25 février 1986, *Rev. proc. coll.*, 1986, p. 64, n° 4

- obs. sous Cass. com., 8 mars 1988, *Rev. proc. coll.*, 1988, p. 409

- obs. sous Rouen, 2^e ch. 17 mars 1988, *Rev. proc. coll.*, 1992, p. 68

- obs. sous Renne 26 avril 1989, *Rev. proc. coll.* 1990, p. 163

- obs. sous Versailles, 14 septembre 1989, *Rev. proc. coll.*, 1991-1, p. 103

- obs. sous CA Paris, 26 février 1991, *Rev. proc. coll.*, 1992, p. 65

- obs. sous Cass. com., 30 mars 1993, *JCP E* 1993, p. 149, 453

HAEHL

- obs. sous Paris 27 février 1990, *RTD com.*, 1990, 479

HEMARD J.

- obs. sous Cass. com., 3 mai 1967, *RTD. Com.*, 1969, p. 112

HOUIN R.

- note sous Cass. civ. Com. 17 janvier 1956, *D. S.* 1956. 265

HOUIN

- obs. sous Cass. com., 17 décembre 1973, *RTD com.*, 1973, p. 883, n° 16

HONORAT A.

- note sous Cass. com. 28 avril 1966, *Dalloz Sirey*, 1967, p. 82

- obs. sous Cass. com., 17 juillet 1981, *D.* 1982, IR, 399

- obs. sous Paris, 3^e ch. A, 31 mai 1983, *D.* 1984, IR

- obs. sous Cass. com., 25 février 1986, *D.* 1986, IR, 241

- obs. sous Cass. com., 3 juin 1986, *D.* 1986, I.R., p. 360

- obs. sous Cass. com., 8 novembre 1988, *D.* 1989, jurispr. p. 36

- obs. sous Cass. com., 7 février 1989, *D.* 1989, somm. p. 214

- obs. sous Cass. com., 12 novembre 1991, *D.* 1992, Somm. p. 183

- obs. sous Cass. com. 16 février 1993, *Bull. civ.*, IV, n° 65 ; *D.*, 1994, somm. 80

- obs. sous Cass. com., 17 juin 1997, n° 14 *Bull. civ.*, 192 ; *D.* 1997, somm. 311

ISSA-SAYEGH Joseph

- notes sous TRHC Dakar, n°852, 8 mai 2001, CSS c/ la NBA et SDV, www.ohada.com, Ohadata J-02-169

JEANTIN Michel

- obs. sous Cour d'appel de Poitiers, 18 février 1983, *D.* 1983, p. 405

- note sous Cass. com., 8 décembre 1987, *JCP G* 1987, II, 20927

- note sous Cass. Com., 3 avril 1990, *D.* 1990, p. 385

KENDÉRIAN Fabien

- obs. sous CA Caen, 9 nov. 2010, *JCP E*, n° 13, 31 Mars 2011, 1265

- obs. sous CA Paris, 15 janvier 2013, *Lexbase Hebdo éd. affaires*, n°333 du 4 avril 2013

LACROIX-DE SOUSA Sandie

- obs. sous Cass. soc., 17 mai 2011, *D.*, 2011, p. 2249

LAGARDE

- note sous Cass. com., 18 novembre 1964, *D.* 1965, p. 800

LARROUMET Ch.

- note sous Cass. com., 26 avril 2000, *D.* 2000, p. 717

- notes sous Cass. ch. mixte, 22 novembre 2002, *Bull. civ.*, ch. mixte, n° 7, *D.* 2003, p. 445

LEBEL Christine

- obs. sous Cass. com. 5 juin 2007, n° 06-14151, *RPC*, 2008, 67
- obs. sous Caen, 8 avril 2010, *JCP E*, n° 24, 17 Juin 2010, p. 1585
- obs. sous Cass. 3e civ., 19 mai 2010, *Rev. proc. coll.*, n° 5, Septembre 2010, comm. 196

LE GALCHER-BARON

- obs. sous Cass. com. 22 janvier 1974, *Gaz. pal.*, 1974, 1, 445

LEGEAIS D.

- notes sous Cass. ch. mixte, 22 novembre 2002, *JCP E* 2003, p. 469
- obs. sous Cass. com., 16 juin 2004 et 30 juin 2004, *Act. proc. coll.*, 15/2004, n° 185

LEMISTRE B.

- obs. sous Cass. com., 16 février 1993, *Rev. proc. coll.*, 1994, p. 254

LEVASSEUR G.

- note sous Cass. civ., 28 janvier 1954, *D.*, 1954, 217

LIENHARD A.

- obs. sous Cass. com., 3 févr. 1998, *Dalloz Affaires* 1998, p. 338
- obs. sous Cass. com., 5 mai 1998, *D.* 1998, IR p. 152, *Dalloz Affaires* 1998, p. 961
- obs. sous Cass. com. 27 oct. 1998, *D. Affaires* 1999. 33
- obs. sous CA Paris, 21 septembre 1999, *Dalloz* 1999, n° 39, *Act. Jurispr.*, p. 33
- obs. sous Cass. com., 12 octobre 1999, *D.*, 1999, p. 45
- obs. sous Cass. com., 26 avril 2000, *D.* 2000, *act. Jurispr.*, p. 293
- obs. sous Cass. com., 30 octobre 2000, *D.* 2000, *Act. jurispr.*, 247
- obs. sous Cass. civ. 2^e, 5 avril 2001, *D.* 2001, *Act. jur.*, p. 1467
- obs. sous Cass. com., 5 février 2002, *D.*, 2002 p. 805
- obs. sous Cass. 3^e civ., 12 juin 2002, *D.* 2002, p. 2121
- obs. sous Cass. com., 17 septembre 2002, *D.*, 2002, p. 2735
- obs. sous Cass. com. 15 octobre 2002, *D.* 2002, *Act. jurispr.*, p. 2942
- obs. sous Cass. com., 13 novembre 2002, *D.* 2002, p. 3206
- obs. sous Cass. com., 10 décembre 2002, *D.*, 2003, *act. jur.*, p. 68
- obs. sous Cass. com., 21 janvier 2003, *D.*, 2003, *act. Jur.* p. 421
- obs. sous Cass. com. 18 mars 2003, *D.* 2003, 972

- obs. sous Cass. com., 11 juin 2003, *D.* 2003, p. 2174
- obs. sous Cass. com., 19 mai 2004, n° 01-13542 ; *D.* 2004, 1668
- obs. sous Cass. com., 7 décembre 2004, *D.* 2005. 358
- obs. sous Cass. com., 15 février 2005, *D.* 2005 act. jur., p. 641
- obs. sous Cass. Com., 4 octobre 2005, *D.* 2005, act. jur. p. 2805
- obs. sous Cass. Soc., 10 mai 2006, n° 04-42.076, *D.* 2006, n° 22, p. 1529
- notes sous Cass. com., 18 septembre 2007, *D.* 2007, 2393
- obs. sous Cass. com., 16 septembre 2008, *D.* 2008, p. 2345
- obs. sous Cass. com., 16 décembre 2008, n° 08-12142, *D.* 2009, 164

LIPINSKI

- Cass. com., 13 avril 1999, *JCP E*, 1999, p. 738 ; *D.*, 2000, jurispr. p. 257

LOUIT-MARTINOD N.

- obs. sous Cass. soc., 15 juin 2004, *JCP E*, 2004, n° 44, p. 1743

LUCAS F.-X.

- note sous Rennes, 1^{re} ch., B, 2 mai 2002, *Bull. Joly*, 2002, 1291, § 273
- obs. sous Cass. com., 29 avril 2003, *RDBF* 2003, n° 235

LYON-CAEN Antoine

- note sous Ass. plén, 16 mars 1990, *D.* 1990, p. 307

MACORIG-VENIER F.

- obs. sous T. com. Paris, 2 avril 1998, *Rev. proc. coll.*, 2000, p. 15
- obs. sous Cass. civ., 3^e, 21 juillet 1999, *RPC*, 2000, 128
- obs. sous Cass. com., 23 janvier 2001, n° 98-11072, *Rev. proc. coll.*, 2001, p. 247

MARTIN

- note sous Cass. com., 15 janvier 1973, *Banque* 1973, p. 1053

MARTIN M. Lucien

- obs. sous Trib. com. de Paris, 6 octobre 1980, *Banque*, 1980, p. 1437

MARTIN-SERF A.

- obs. sous Rennes 22 juillet 1987, *RTD com.*, 1989, p. 317
- obs. sous Cass. com., 7 février 1989, *RTD com.*, 1989, p. 316
- note sous Cass. Com., 3 avril 1990, *RTD com.* 1990, p. 497, n° 3
- obs. sous Cass. com., 12 novembre 1991, *RTD com.*, 1992, p. 692

- obs. sous Cass. com. 17 novembre 1992, *RTD com.*, 1993, p. 719
- obs. sous Cass. com., 12 juill. 1994, *RTD com.* 1995 p. 486
- obs. sous Cass. com., 19 mars 1996, *RTD com.*, 1996, p. 720
- obs. sous Cass. Com. 2 avril 1997, *RTD com.*, 1998, p. 208
- obs. sous Cass. com., 20 mai 1997, *Bull. civ.* 1997, IV, n° 149 : *RTD com.*, 1998, p. 420
- obs. sous Cass. com., 12 novembre 1997, *RTD com.*, 1999, p. 196
- obs. sous Cass. com., 8 juin 1999, *RTD com.*, 1999, p. 968
- obs. sous Cass. com., 4 juillet 2000, *RTD Com.*, 2000 p. 1009
- obs. sous Cass. com., 30 octobre 2000, *RTD. com.*, 2001, p. 236
- obs. sous Cass. com., 17 septembre 2002, *RTD com.*, 2003, 167
- obs. sous Cass. com., 29 avril 2003, *RTD. com.*, 2003, 820
- obs. sous Cass. soc., 15 juin 2004, *RTD com.*, 2005, p. 416
- obs. sous Cass. com., 15 mars 2005, n° 03-19223, *RTD. com.*, 2006, p. 480
- obs. sous Cass. com., 30 mars 2005, n° 01-11.620, *RTD com.*, 2006, p. 478
- obs. sous Cass. com. 12 avril 2005, *RJDA* 8-9/2005, n° 102 ; *RTD com.*, 2005, p. 848
- obs. sous Cass. com., 21 juin 2005, *RTD. com.*, 2005, p. 847
- obs. sous Cass. com., 10 juin 2008, *RTD com.* 2008, p. 861

MASSART

- obs. sous Rennes 22 juillet 1987, *Gaz. pal.*, 1987, 2, somm., p. 615

MESTRE J.

- note sous Cass. 1^{re} civ., 16 juill. 1986, *Bull. civ.* I, n° 212, p. 203 ; *RTD civ.* 1987.748
- note sous Cass. com., 8 décembre 1987, *RTD civ.*, 1988, p. 347
- obs. sous Cass. com., 6 janvier 1998, n° 95-15.407, *RTD civ.*, 1998, 369

MONSÉRIÉ-BON M.-H.

- obs. sous Cass. com., 20 janvier 1998, *D.P.*, Juillet 1998, p. 77
- obs. sous Cass. com., 9 janvier 2001, *Bull. civ.* I ; *DP* octobre 2001
- obs. sous Cass. 2^e civ., 13 juillet 2005, *Act. proc. coll.*, 2005-17, n° 218

MORELLI Nicolas

- obs. sous Cass. soc., 17 mai 2011, *Bull. Joly Sociétés*, 01 octobre 2011, n° 10, p. 826

MOUIAL-BISSILANA E.

- obs. sous Cass. civ., III, 4 juin 2003, *LPA*, 18 février 2004, n° 35, p. 4

ORSINI

- obs. sous Cass. com., 18 septembre 2007, *D.* 2007, 2767, n° 5

P. L.

- obs. sous Cass. com., 6 novembre 1968, *JCP*, 1969. II. 15759

P. Julien

- obs. sous Cass. com., 8 mars 1983, *D.* 1983. I.R. 395

PASTUREL Micheline

- rapp. sous Cass. com., 16 novembre 1993, *Recueil Dalloz* 1994, p. 57

- rapp. sous Cass. com., 25 janvier 1994, n° 91-20220, *D.* 1994, 325

- obs. sous Cass. com., 13 avril 1999 : *Bull. civ. IV*, n° 87; *LPA* 25 mai 1999, n°103, p. 10

- obs. sous Cass. Com., 9 décembre 2009, *D.* 1998

PERCEROU

- notes sous Cass. civ. 31 juillet 1912, *D. P.* 1913, I. 81

PÉTEL Ph.

- obs. sous Cass. com., 10 déc. 1991, *JCP E*, 1992, I, 138, n° 24

- obs. sous Cass. ass. plén., 23 décembre 1994, *JCP, E.*, 1995 II, 660

- obs. sous Cass. com. 9 janvier 1996, *JCP E*, 1997, I, 681

- obs. sous Cass. com., 28 mai 1996, *Bull. civ.*, IV, n°149 ; *JCP E*, 1996, I, 584, n° 13

- obs. sous Cass. civ., 3^e, 21 juillet 1999, *JCP E*, 2000, 126, n° 6

- obs. sous Civ. 3^e, 21 juillet 1999, *D.*, 1999, IR 229 ; *JCP E*, 2000, n° 4

- obs. sous Cass. com., 26 avril 2000, *JCP* 2000. II. 269

- obs. sous Cass. com., 28 mai 2002, *JCP E*, 2003, n° 6, p. 269

- obs. sous Cass. com., 19 mai 2004, *JCP E*, 2004, 1292, n° 13

PIROVANO A.

- note sous Cass. com., 2 mai 1972 : *D.* 1972, 618

PISONI

- obs. sous Paris, 25^e ch. A, 17 mars 2000, *D.* 2000, AJ 249

POLLAUD-DULIAN Frédéric

- note sous Cass. Ass. plén., 9 juillet 1993, Société générale c. Guiraud, *J.C.P., éd. Gén.*, II, p. 362-368

PUTMAN E.

- note sous CA Aix-en-Provence, 20 juillet 1994, *JCP* 1995 éd. G.II.22408

- note sous Cass. com., 24 octobre 1995, *Bull. civ.* IV, n° 255, *JCP* 1996. II. 22578

- note sous Cass. civ. 2e, 10 juillet 1996, *JCP* 1996. II. 22723

RADÉ Christophe

- obs. sous Cass. soc., 12 mars 2008, *Lexbase Hebdo éd. sociale*, n° 298 du 27 mars 2008

RAMACKERS Michel

- obs. sous Cass. com., 6 juillet 1993 (n° 91-14.269), *D.* 1993, p. 530

REGNAUT-MOUTIER C.

- obs. sous Cass. com., 12 octobre 1999, *Act. pro. coll.*, 1999, n° 243

- obs. sous Cass. com., 5 juillet 2005, pourvoi n° 04-12.185, *Act. proc. coll.*, 2005-16, n° 203

REILLE Florence

- obs. sous Cass. com., 16 octobre 2007, n° 16713, *GPC*, 2008-I, 23 janvier 2008, p. 43

- obs. sous Cass. com., 11 mars 2008, *Bull. Joly*, 2008. 615

REMERY Jean-Pierre

- obs. sous Cass. com., 17 mars 1998, *JCP E* 1998, p. 1549

RIVES-LANGE Marie Thérèse

- note sous Cass. com., 11 février 1970, *D.* 1971, 450, 2^e espèce

RODIÈRE

- note sous Cass. com., 21 novembre 1972 : *D.* 1974, p. 213

ROSSI Patrick

- obs. sous Cass. com., 13 octobre 1998, *JCP E*, n° 24, 17 Juin 1999, p. 1060

ROUSSEL-GALLE Ph.

- obs. sous Cass. com., 19 février 2008, *Gaz. proc. coll.*, 2008, n° 2, p. 25

- obs. sous Cass. com., 26 février 2008 et 27 mai 2008, *Rev. proc. coll.*, 27/29 juillet 2008, p. 25

SAINT-ALARY-HOUIN C.

- obs. sous Cass. com., 18 avril 1989 et 18 juillet 1989, *Rev. proc. coll.* 1990-3, p. 226

- obs. sous Toulouse 13 février 1991, *Rev. proc. coll.*, 1991-2, p. 207
- obs. sous Lyon 3 décembre 1993, *Rev. proc. coll.*, 1995, 301
- obs. sous Cass. com., 28 juin 1994, *URSSAF du Lot c/ Kittikhoun*, et Cass. com., 28 juin 1994, *URSSAF de Paris c/ SA Boucherie Carteau et autres*, *Rev. proc. coll.*, 1995, p. 297
- obs. sous Cass. com., 12 octobre. 1999, *RTD com.*, 2000, p. 451
- obs. sous Paris, 14 septembre 2001, *RTD com.*, 2002, p. 156, n° 6
- obs. sous Com. 13 nov. 2001, *RTD Com.* 2002 p. 151
- obs. sous Cass com., 14 janvier 2004, *RPC*, 2004, p. 244
- obs. sous Cass. com., 23 janvier 2007, *RPC*, n° 3, Septembre 2007, p. 144, spéc. n° 3
- obs. sous Cass. com., 20 janvier 2009, n° 08-11098, *RPC*, 2009, n° 6

SAUVEL

- concl. Sous Paris, 8 juillet 1987, *D.*, 1988, 11

SAWADOGO F. M.

- note sous Tribunal de première instance de Ouagadougou, 13 juin 1984, *Revue Burkinabé de droit*, n° 12, décembre 1987

SCHOLASTIQUE E.

- notes sous Cass. com., 1^{er} mars 2005, *Thévenot c/ sté CGA*, *JCP E.*, 2005, n° 23, 857

SOINNE B.

- obs. sous Cass. com., 10 juillet 1990, *Rev. proc. coll.*, 1991-3, n° 5, p. 289
- obs. sous Paris 11 juillet 1990, *Rev. proc. coll.*, 1993-2, p. 301, n° 3
- obs. sous Cass. com., 20 octobre 1992, *Rev. proc. col.* 1992, 425
- obs. sous CA Paris, 14 septembre 1993, n° 93/002 754, *Rev. proc. coll.*, 1994, p. 227, n° 39
- obs. sous CA Bordeaux, 2^e ch., 7 octobre 1993, *Rev. proc. coll.*, 1995, 170, n° 42
- obs. sous Cass. com. 12 octobre 1993, *LPA*, 10 novembre 1993, n° 135
- obs. sous CA Caen, 1^{re} ch. civ. et com., 30 juin 1994, *Rev. proc. coll.*, 1995, p. 170, n° 43
- obs. sous CA Chambéry, 13 nov. 1995, *Rev. proc. coll.*, 1998, p. 380, n° 46
- obs. sous Lyon, 3^e ch., 8 décembre 1995, *Rev. proc. coll.*, 1998, 832, n° 48
- obs. sous Riom, 15 janvier 1997, *Rev. proc. coll.*, 2001, 97, n° 54
- obs. sous Cass. com. 22 avril 1997, n° 94-22.144, *Rev. proc. coll.*, 1998, 330, n° 2
- obs. sous Cass. com., 29 avril 1997, *Rev. proc. coll.* 1998, p. 158, n° 1

SORTAIS J. P.

- note sous Cass. com., 3 février 1982, *Rev. Soc.*, 1982, 872
- obs. sous Cass. com., 30 septembre 2008, *LPA* 21 septembre 2009

SOUWEINE Carole

- obs. sous Cass. com, 4 mars 1997, *D.* 1998, p. 264

TEILLIAIS Georges

- obs. sous Cass. com., 13 octobre 1998 (pourvoi n° 94-19.892), *Petites affiches*, 19 novembre 1999, n° 231, p. 18

TISSIER

- obs. sous Cass. civ., 15 juin 1898, *Sirey*, 1899, 209

TOUCHENT D.

- obs. sous Cass. com., 2 juin 2004, *LPA*, 21 juillet 2004, p. 15

TRÉBULLE

- obs. sous Cass. com., 7 décembre 2004, pourvoi n° 02-13804, *Act. proc. coll.*, 2005-2, n° 18

VALLANSAN J.

- obs. sous Cass. com., 11 juin 2003, *Act. proc. coll.*, 3 octobre 1993, n° 196
- obs. sous Cass. com., 30 juin 2004, *Act. proc. coll.*, 15/2004, n° 191
- obs. sous Cass. com., 2 novembre 2005, n° 04-16232, *B.* 214 ; *APC* 2005-19, n° 236

VALLANSAN et GOLHEN

- obs. sous Cass. com., 28 mai 2002, *Act. Proc. coll.*, 2002, n° 172

VASSEUR

- obs. sous Cass. com. 20 octobre 1981, *D.* 1982, *IR*, 193

VIDAL

- obs. sous Cass. com. 2 mars 1993, *Rev. huiss.* 1993, 866

VOINOT D.

- obs. sous Cass. com., 19 novembre 2003, *D.*, 2004, p. 629

VOIRIN

- note sous Req., 29 mars 1938, *DP.* 1939. 1. 5

Autres documents

- *Bulletin d'information statistique du ministère français de la justice*, INFOSTAT, n° 69 et 91
- *Journal officiel de la république française*, 27 Août 1937, p. 9830-9831
- *Journal officiel de la république française*, 28 septembre 1967
- *Journal officiel de la république française*, 14 juillet 1967
- *Projet de loi n° 1578 relatif au règlement judiciaire*, juin 1983, par le garde des Sceaux ministre de la justice, M. Robert BADINTER
- *Rapport Assemblée nationale n° 1872*, décembre 1983, par le Député Gérard GOUZES
- *Rapports Doing Business de la Banque Mondiale* 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010
- *Vocabulaire juridique*, 10^e éd., PUF, Paris, 2014, Gérard CORNU, Association Henri Capitant

Index

A

Actes à titre gratuit, 72, 113, 124, 126, 132
Action collective, 40, 54, 55, 56, 57, 58, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 69, 70, 76
Action paulienne, 41, 51, 54, 57, 60, 61, 62, 63, 93, 110, 122
Action ut singuli, 47, 57, 58, 60, 61, 62, 63, 64
Action ut universi, 55, 58
Arrêt des poursuites, 93, 95, 176, 206, 210, 213, 371
Arrêt du cours des inscriptions, 100, 101, 103, 210
Arrêt du cours des intérêts, 75, 91, 104, 105, 106, 107, 210, 211, 227, 341
Assemblée concordataire, 38, 82, 86, 250, 254, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 273, 274, 325, 326, 336, 337, 338, 343

C

Cession d'entreprise, 20, 76, 183, 243, 286, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 305, 306, 308, 309, 310, 311, 313, 315, 316, 317, 318, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 333, 335, 336, 337, 338, 339, 343, 344, 345, 346, 347, 349, 350, 351, 358, 359, 360, 361, 364, 371, 373
Cession d'unité de production, 313, 315, 316, 328, 329, 330
Cession de biens, 293, 305, 310, 321
Cession partielle, 74, 243, 301, 303, 305, 306, 312, 313, 314, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 329, 332, 334, 337, 338, 339, 342, 343, 346, 348, 349, 369
Cession totale, 203, 242, 243, 248, 313, 314, 315, 316, 318, 324, 325, 330, 334, 341, 370
Collectivité des créanciers, 35, 45, 47, 51, 52, 53, 54, 56, 64, 70, 71, 74, 76, 77, 81, 84, 101, 109, 112, 126, 128, 129, 130, 216, 346, 358
Comités de créanciers, 237, 256, 260, 275, 277, 280, 281, 282, 362
Concordat comportant cession partielle d'actif, 321, 323, 325, 348, 351, 360, 362
Concordat par abandon d'actif, 301, 303, 304, 305, 306, 323, 326, 336, 337, 345
Contrat commutatif, 114, 131, 330
Contrat continué, 159, 162
Contrat de bail, 167, 172, 174, 176, 193, 195, 211, 354

Contrat de travail, 83, 86, 167, 168, 169, 188, 193, 198, 260, 296, 335, 351, 353

Contrat résilié, 356

Contrats en cours, 28, 107, 136, 137, 138, 140, 146, 147, 148, 149, 151, 152, 161, 165, 166, 168, 172, 173, 174, 176, 185, 186, 190, 191, 194, 204, 207, 211, 333, 335

Conversion de créance, 256, 258, 259

Créancier antérieur, 45, 49, 71, 72, 73, 74, 76, 82, 92, 100, 101, 179, 180, 210, 213, 220, 221, 225, 228, 240, 257, 267, 276, 277, 280

Créancier dans la masse, 40, 41, 66, 72, 91, 100, 145, 151, 179, 242, 251, 253, 254, 264, 342

Créancier de la masse, 38, 65, 66, 82, 179, 220, 226, 228, 229

Créancier postérieur, 45, 66, 76, 92, 101, 104, 180, 211, 213, 215, 216, 220, 221, 223, 224, 225, 343, 369

Créancier privilégié, 73, 82, 266

D

Déclaration des créances, 78, 81, 83, 84

Discipline collective, 21, 28, 29, 31, 33, 74, 81, 88, 89, 90, 91, 93, 108, 111, 112, 120, 130, 162, 210, 211, 227, 235

Droit d'option, 138, 139, 141, 146, 148, 149, 150, 151, 152, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 164, 165, 173

Droit de préférence, 136, 221, 222, 226, 227, 314, 342, 368, 369, 370

Droit de suite, 280, 343, 371, 372, 373

Droit des entreprises en difficulté, 12

Droit des procédures collectives, 5, 10, 11, 12, 16, 17, 18, 19, 20, 34, 46, 80, 89, 92, 93, 140, 146, 187, 188, 191, 210, 233, 248, 275, 290, 291, 300, 301, 306, 322, 336, 359, 364, 375, 379

E

Exception d'inexécution, 138, 144, 151, 153, 155, 156, 157, 158, 211

H

Homologation, 227, 235, 270, 271, 272, 273, 274, 286, 303, 304, 325, 326, 327, 337, 342, 346

I

Inopposabilité de la période suspecte, 59, 60, 65
Interdiction des poursuites, 62, 75, 76, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 130, 164
Intérêt de la collectivité, 6, 16, 20, 33, 53, 72
Intérêt de la procédure, 202
Intuitu personae, 146, 165, 166, 355

L

Licenciement économique, 168, 169, 170, 171, 250
Location-gérance, 75, 168, 181, 244, 341, 365

N

Naissance des créances, 181, 183, 184, 188, 190, 191
Nullité de la période suspecte, 70, 133, 222

O

Offre de concordat, 239, 240, 241, 242, 254, 264, 270, 274, 286, 324

P

Paiement à l'échéance, 162, 163, 210, 211, 212, 213, 216, 217, 229
Paiement prioritaire, 180, 220, 226, 227, 370
Personnalité morale, 35, 36, 37, 38, 57, 60, 61, 62, 64, 66, 67, 293
Personnalité morale de la masse, 37, 38, 39, 41, 45, 46, 47, 48, 49, 52, 56, 57, 58
Plan de cession, 182, 193, 224, 248, 260, 289, 291, 299, 301, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 321, 336, 345, 346, 347, 350, 351, 352, 353, 354, 356,

358, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 369, 370, 371, 372

Plan de continuation, 69, 182, 256, 285, 312, 313, 314, 315, 318, 325

Plan de redressement, 237, 285, 313, 315, 318, 343, 345, 346, 349, 363, 369, 370

Plan de sauvegarde, 85, 182, 183, 221, 236, 237, 247, 289, 364, 370

Poursuite des contrats en cours, 75, 139, 141, 146, 148, 336

Poursuite du contrat, 145, 150, 151, 165, 167, 168, 172, 186, 200

Projet de plan, 240, 245, 247, 248, 256, 259, 260, 262, 276, 277, 278, 280, 281, 283, 361

R

Résolution, 11, 85, 93, 95, 97, 117, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 150, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 164, 165, 166, 192, 193, 194, 195, 221, 225, 326, 327, 336, 346, 351, 353

Rupture du contrat en cours, 139, 142, 147, 159, 160, 169

T

Traité à forfait, 301, 302, 303, 304, 306, 309, 310, 345

U

Union, 301, 302, 303, 304, 305, 346

V

Vice du consentement, 327, 331, 333, 347

Vices cachés, 195, 208, 327, 347

Table des matières

Remerciements	7
Sommaire	9
Liste des principales abréviations	11
Introduction	1
Partie première : La convergence des législations au regard de l'ouverture de la procédure	25
TITRE PREMIER : LA LOI DU CONCOURS	29
Chapitre 1 : Une discipline collective organisée autour d'un intérêt collectif	33
Section 1 : Le regroupement des créanciers dans une collectivité plus ou moins formelle.....	34
Sous-section 1 : La reconnaissance d'un intérêt collectif se démarquant des intérêts individuels	35
Paragraphe 1- La personnalité juridique de la masse des créanciers en droit OHADA.....	35
I- L'examen de la situation en France sous l'empire du droit antérieur à la réforme de 1985	36
II- L'admission de la personnalité juridique de la masse par le législateur africain	37
A) La reconnaissance d'un intérêt propre à la masse et distinct de celui de chacun de ses membres.....	39
B) La localisation de la masse dans le ressort de la juridiction prononçant le redressement judiciaire ou la liquidation de biens.....	42
Paragraphe 2- La suppression de la masse en droit positif français : la collectivité des créanciers, avatar de la défunte masse.....	45
I- La représentation de la collectivité des créanciers par un mandataire de justice	47
II- La reconnaissance d'une collectivité dotée d'un intérêt collectif distinct des intérêts individuels des membres	47
III- La fixation de la collectivité des créanciers dans le ressort de la juridiction ouvrant la procédure	51
Sous-section 2 : La défense de l'intérêt collectif	53
Paragraphe 1- L'exercice de l'action collective	55
I- Le monopole en droits OHADA et français de la représentation collective des créanciers par un mandataire de justice : l'action <i>ut universi</i>	55
II- Les tempéraments au principe du monopole du mandataire de justice dans la représentation collective	57

A) En droit de l'OHADA	57
1) <i>La possible admission à titre subsidiaire de l'action ut singuli</i>	57
2) <i>L'effet collectif de l'action paulienne du créancier : une action ut singuli ?</i>	60
B) En droit Français.....	61
1) <i>L'exclusion de l'action ut singuli et la fin de l'effet collectif de l'action paulienne du créancier</i>	62
2) <i>L'action collective du créancier contrôleur ou la métempyscose de l'action ut singuli du créancier dans la masse</i>	63
Paragraphe 2- La destination du produit de l'action collective	64
I- Le patrimoine de la masse, destination en droit de l'OHADA des résultats de l'action collective	65
II- La consécration virtuelle en droit français d'un patrimoine d'affectation du débiteur, avatar du patrimoine de la masse	68
Section 2 : L'admission des créanciers dans l'intérêt collectif	70
Sous-section 1 : L'admissibilité des créances	70
Paragraphe 1- Les créances accueillies dans l'intérêt collectif	71
I- La similitude en droit OHADA et français de la condition de l'antériorité de la créance	71
II- La similitude en droit OHADA et français de l'inopérabilité de la nature de la créance	72
Paragraphe 2- Les créances exclues de l'intérêt collectif.....	75
I- Les créances postérieures	76
II- Les créances antérieures pouvant échapper à la collectivité des créanciers	77
A) Les créanciers se prévalant de la propriété.....	77
B) Les créanciers agissant contre un tiers	78
C) Les créanciers invoquant la compensation	79
Sous-section 2 : La prise en charge effective de la créance dans la collectivité	81
Paragraphe 1- La prise en charge de la créance : la déclaration.....	82
I- Les règles de production	83
II- Le refus de prise en charge de la créance : la sanction du défaut de production	85
Paragraphe 2- L'admission définitive de la créance : la vérification	87
Chapitre 2 : Une discipline collective uniformisant la condition juridique des créanciers	89
SECTION 1 : L'établissement d'une uniformisation de la condition juridique des créanciers	91
Sous-section 1 : L'uniformisation processuelle du droit des créanciers : l'interdiction des poursuites individuelles	91
Paragraphe 1- L'affirmation de la règle de l'interdiction des poursuites individuelles des créanciers	92
Paragraphe 2- La portée de la règle	95
I- L'arrêt et l'interdiction des actions en justice tendant au recouvrement de créances	96
A) Un commun entendement de la règle : l'interdiction des actions tendant au paiement d'une somme d'argent	96
B) Une conception extensive de la règle en droit français : l'interdiction des actions fondées sur le défaut de paiement d'une somme d'argent....	97

II- L'arrêt et l'interdiction des procédures d'exécution sur les meubles et immeubles du débiteur.....	98
Sous-section 2 : L'uniformisation substantielle du droit des créanciers	100
Paragraphe 1- L'arrêt du cours des inscriptions des sûretés réelles	100
I- Le fondement de la règle	100
A) La protection de la masse des créanciers en droit OHADA et dans le droit français antérieur à 1985	100
B) La protection du débiteur et des créanciers postérieurs privilégiés en droit français depuis 1985.....	101
II- Le domaine de la règle	102
A) Le principe.....	102
B) Les tempéraments	103
III- La sanction de la règle : l'inefficacité de la publication.....	103
Paragraphe 2- L'arrêt du cours des intérêts	104
I- L'étendue de l'arrêt du cours des intérêts.....	105
II- Le maintien du cours des intérêts des crédits supérieurs à un an .	107
SECTION 2 : Le rétablissement de l'uniformisation de la condition juridique des créanciers	109
Sous-section 1 : Les situations à rétablir	111
Paragraphe 1- Le rétablissement de droit : le fait du caractère anormal de l'acte	112
I- Les actes sans contrepartie ou à contrepartie insuffisante	112
A) Les actes à titre gratuit	113
B) Les contrats lésionnaires.....	114
II- Les paiements suspects	115
A) Le paiement de dettes non échues	115
B) Le paiement de dettes échues par des procédés anormaux.....	116
III- Les garanties suspectes.....	117
A) Les sûretés réelles constituées en garantie d'une dette antérieure ...	117
B) Les inscriptions (OHADA) et mesures (France) conservatoires	119
C) Les dépôts et consignations en droit français	120
IV- Les opérations sur les options en droit français.....	120
Paragraphe 2- Le rétablissement facultatif : le fait des circonstances suspectes	120
I- L'élément subjectif convergent	121
A) Le principe : la connaissance par le tiers de la cessation des paiements	121
1) <i>Les généralités</i>	<i>121</i>
2) <i>Les cas particuliers du chèque et des effets de commerce : l'action en rapport</i>	<i>123</i>
B) L'exception : les actes révocables sans condition	124
II- L'élément objectif divergent : « pas d'intérêt pas d'action »	125
A) L'exigence d'un préjudice de la masse ou la volonté de protection des créanciers en droit de l'OHADA	125
B) La suppression de l'exigence d'un préjudice ou la volonté de protection du débiteur (l'entreprise) en droit français	126
Sous-section 2 : Les situations rétablies.....	127
Paragraphe 1- La nature juridique du rétablissement : la révocation des actes	127

I- L'inopposabilité à la masse des créanciers en droit de l'OHADA : l'effet relatif de la révocation.....	127
II- La nullité en droit français : l'effet <i>erga omnes</i>.....	128
Paragraphe 2- Les effets du rétablissement prononcé	129
I- L'intégration des tiers ayant échappé à la collectivité des créanciers 	130
II- La négation par la procédure collective des actes sans contrepartie 	132
TITRE SECOND : LE MAINTIEN DE L'ACTIVITÉ.....	135
Chapitre 1 : Le maintien de l'activité par l'aménagement des contrats	137
Section 1 : L'aménagement général du contrat	138
Sous-section 1 : Le principe de l'obligation de poursuite des contrats en cours par les créanciers : un principe plus affirmé en France qu'en droit de l'OHADA.....	139
Paragraphe 1- L'empêchement de la rupture du contrat en cours	139
I- La paralysie de la rupture conventionnelle du contrat : l'inefficacité de la clause résolutoire en droits OHADA et français	140
II- La paralysie de la résolution judiciaire du contrat.....	141
A) La paralysie en droits OHADA et français de l'action en résolution fondée sur l'ouverture de la procédure collective	142
B) L'exacerbation de la paralysie en droit français.....	143
1) <i>L'inefficacité de l'action en résolution pour défaut de paiement d'une somme d'argent</i>	<i>143</i>
2) <i>L'inefficacité de l'indivisibilité</i>	<i>144</i>
III- La paralysie en France de la rupture légale du contrat.....	146
Paragraphe 2- La continuation du contrat en cours	147
I- Le choix des contrats à poursuivre par le mandataire de justice....	148
A) Le choix spontané du mandataire de justice.....	148
B) Le choix provoqué par une mise en demeure du cocontractant	149
II- L'obligation pour le créancier d'exécuter le contrat	151
Sous-section 2 : Les tempéraments au principe du maintien des contrats en cours : des limites plus élargies en droit de l'OHADA qu'en France.....	152
Paragraphe 1- Les limites tenant à l'exécution du contrat synallagmatique .	153
I- Les obstacles à la liberté du mandataire de justice	153
A) L'impossibilité de modifier le contrat initial.....	153
B) L'obligation de payer comptant le cocontractant	154
II- L'invocation de l'exception d'inexécution par le vendeur de meuble avant la livraison.....	156
A) Le droit de rétention des marchandises vendues	157
B) Le droit de revendication des marchandises vendues.....	158
Paragraphe 2- Les limites tenant dans la rupture du contrat	158
I- La rupture consécutive à l'exercice du droit d'option	158
A) La rupture du contrat en cours.....	159
1) <i>La résolution en présence d'une mise en demeure par le cocontractant.....</i>	<i>159</i>
2) <i>La résolution en l'absence de mise en demeure par le cocontractant </i>	<i>160</i>
B) La rupture du contrat continué.....	162

1) <i>La fin du contrat dans les conditions du droit commun en droit de l'OHADA et en France</i>	162
2) <i>La fin du contrat dans des conditions propres au droit français des procédures collectives</i>	162
II- La rupture non consécutive à l'exercice du droit d'option	164
A) La résolution pour inexécution antérieure à l'ouverture de la procédure : une possibilité élargie en droit de l'OHADA	164
B) La résolution de plein droit pour cause d'ouverture de la procédure collective : une spécificité du droit de l'OHADA	165
1) <i>La résolution des contrats intuitu personae</i>	166
2) <i>La résolution des contrats prévus expressément par la loi de chaque État-partie au traité de l'OHADA</i>	166
Section 2 : Les aménagements spécifiques des contrats	167
Sous-section 1 : Le contrat de travail	167
Paragraphe 1- La poursuite de plein droit du contrat	168
Paragraphe 2- La rupture unilatérale du contrat : le licenciement pour motif économique	168
I- La dérogation aux règles spéciales de rupture du contrat en cours 169	
A) L'application du droit commun du licenciement économique	169
B) L'application très exceptionnelle d'un régime simplifié du licenciement économique	170
1) <i>L'exclusion de l'entreprise in bonis</i>	170
2) <i>L'exigence du caractère strictement nécessaire des licenciements</i>	171
II- Le déroulement de la procédure simplifiée de licenciement économique	171
Sous-section 2 : Le contrat de bail d'immeubles affectés à l'activité du débiteur	172
Paragraphe 1- Le principe de poursuite du contrat de bail	172
Paragraphe 2- L'aménagement de la rupture du contrat par les parties	174
I- La résiliation à l'initiative du mandataire de justice et/ou du débiteur : une procédure plus souple en droit français	174
II- La résiliation à l'initiative du bailleur : une procédure plus souple en droit de l'OHADA	175
A) La résiliation pour motif antérieur au jugement d'ouverture de la procédure	175
B) La résiliation pour motif postérieur au jugement d'ouverture de la procédure	176
Chapitre 2 : Le maintien de l'activité par le ménagement des contractants	179
Section 1- Les créances éligibles au traitement préférentiel	180
Sous-section 1- La naissance postérieure à l'ouverture de la procédure : un critère flottant	182
Paragraphe 1- La naissance incohérente des créances d'origine contractuelle	184
I- La détermination incertaine de la date de naissance des créances d'exécution du contrat	184
A) Le principe civiliste de la naissance de la créance à la date de formation du contrat	184
B) Le cas des contrats en cours	186

1) <i>La prise en compte de l'exécution du contrat comme fait générateur de la créance</i>	186
2) <i>La controverse doctrinale</i>	187
II- La détermination incertaine de la date de naissance des créances d'inexécution du contrat	191
A) Les créances résultant de la résolution du contrat	192
1) <i>La résolution du contrat non poursuivi</i>	192
2) <i>La résolution du contrat poursuivi</i>	193
B) Les créances autres que celles issues de la résolution du contrat	194
Paragraphe 2- Les créances extracontractuelles : l'inutile élargissement des dettes de la procédure	196
I- Les sanctions pécuniaires	196
A) Les sanctions pécuniaires à caractère indemnitaire.....	196
B) Les sanctions pécuniaires à caractère répressif	197
II- Les obligations légales et administratives	198
A) Les créances sociales.....	198
B) Les créances fiscales.....	198
C) La créance environnementale	198
Sous-section 2- Le lien nécessaire avec la procédure : un critère fonctionnel	199
Paragraphe 1- Une créance née régulièrement	199
Paragraphe 2- Une créance née utilement	202
I- La créance ayant pour objet le déroulement de la procédure « ou » la contreprestation du débiteur : une réforme aboutie en France	203
A) La contrepartie d'une prestation fournie au débiteur	204
B) Les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation	204
C) Le sort des créances régulières inutiles	206
II- La créance issue de la continuation de l'activité « et » de l'activité régulière du débiteur : une innovation sibylline et insuffisante en droit de l'OHADA	207
A) Une dette née de la continuation de l'activité après le jugement d'ouverture.....	207
B) Une dette née régulièrement de toute activité régulière du débiteur ou du syndic.....	208
C) L'insuffisance du texte dans la délimitation du domaine du régime de faveur	209
Section 2 : Le traitement préférentiel	209
Sous-section 1- Le paiement à l'échéance	210
Paragraphe 1- Le principe du paiement à l'échéance	210
I- L'affirmation de la règle du paiement à l'échéance des créances élues au traitement préférentiel	211
II- L'atténuation de la portée du principe par la concurrence de certaines créances antérieures	212
Paragraphe 2- L'exercice possible des poursuites individuelles et voies d'exécution	213
I- La consécration du prix de la course pour le paiement	214
II- L'efficacité des poursuites individuelles et des voies d'exécutions 215	
A) Une efficacité réduite par les atteintes croissantes à la théorie de l'unicité du patrimoine.....	216

B) L'efficacité incontestable de l'avis à tiers détenteur et de la saisie-attribution	217
Sous-section 2- Le paiement prioritaire.....	220
Paragraphe 1- Une priorité de paiement attractive en France : le choix d'encourager les fournisseurs de crédit	221
I- Le rang de privilège des créances postérieures élues : un classement en apparence enviable	222
II- Le rang de privilège des créances postérieures élues : un classement relativement attractif.....	223
Paragraphe 2- Une priorité insuffisamment protectrice en droit de l'OHADA : le choix de la sécurité juridique	225
I- La consécration d'un simple paiement prioritaire	226
II- Le classement non enviable des créances contre la masse.....	228
 CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE	 231
Partie seconde : La divergence des législations au regard des solutions de la procédure.....	233
 TITRE PREMIER : LE REDRESSEMENT DU DÉBITEUR.....	 237
Chapitre 1 : L'élaboration du projet de solution	239
Section 1- Le projet de solution.....	239
Paragraphe 1- L'offre de concordat en droit de l'OHADA : un engagement du débiteur visant à retrouver la confiance des créanciers	240
A) Le débiteur, seul initiateur du projet de concordat	240
B) Une offre de restructuration du débiteur limitée aux seuls aspects patrimoniaux	242
1) <i>Les perspectives de restructuration limitées au clivage créancier-débiteur.....</i>	<i>242</i>
2) <i>L'impossibilité d'une restructuration sans le débiteur : une opinion de la doctrine majoritaire.....</i>	<i>243</i>
Paragraphe 2- La proposition de plan en droit français : le dépassement du clivage créancier-débiteur.....	244
A) Le projet de plan : une initiative dépassant la charge unique du débiteur	245
B) La prise en compte d'éléments extrinsèques aux parties.....	246
1) <i>La prise en compte de l'environnement</i>	<i>246</i>
2) <i>L'importance accordée au social.....</i>	<i>247</i>
C) Les perspectives de restructuration indépendantes de la personne du débiteur	248
Section 2- La négociation de la solution	249
Paragraphe 1- Une négociation d'intérêts particuliers en droit de l'OHADA	249
A) Une atténuation de portée négligeable de la liberté contractuelle....	249
B) Le principe d'une liberté des parties dans la négociation.....	251
1) <i>La négociation avec les associés : les modifications statutaires ..</i>	<i>252</i>
2) <i>La négociation avec les créanciers autres que les salariés : les remises et délais de paiement</i>	<i>253</i>
Paragraphe 2- L'irruption de l'intérêt général dans la négociation en droit français.....	255
A) Une consultation élargie au-delà des acteurs de la procédure.....	255

B) L'immixtion du législateur	257
1) <i>Des mesures incitatives au redressement</i>	258
2) <i>La présomption du consentement aux remises et délais en cas de silence du créancier</i>	258
3) <i>La neutralisation des obstacles à la modification du capital social en redressement judiciaire</i>	259
4) <i>La limitation du champ des négociations</i>	260
C- L'immixtion indirecte du juge.....	261
1) <i>La menace d'imposer des délais à défaut d'acceptation des propositions par les créanciers</i>	261
2) <i>Le dilemme entre paiement rapide et paiement intégral du montant de la créance</i>	262
Chapitre 2 : Le concordat et les plans de sauvegarde et de redressement	263
Section 1- Le principe d'une solution conventionnelle en droit de l'OHADA : Le concordat	263
Paragraphe 1- L'acceptation de l'offre de concordat par les créanciers dans la masse	264
A) Les acceptations individuelles et subsidiaires des titulaires de sûretés réelles spéciales	265
B) L'acceptation collective et essentielle de l'assemblée concordataire	266
1) <i>L'incohérence de la composition de l'assemblée concordataire vis-à-vis de l'atteinte de l'objectif de paiement</i>	267
2) <i>L'incohérence des délibérations de l'assemblée concordataire</i> ...	268
Paragraphe 2- L'homologation du concordat : le respect de la volonté collective.....	270
A) Le respect de principe de la volonté de la masse et son intérêt collectif	270
B) Le contournement exceptionnel de la volonté des créanciers : l'homologation sans vote concordataire	273
Section 2- Le principe d'une solution juridictionnelle en droit français : le plan .	275
Paragraphe 1- Le plan impliquant la réunion d'assemblées de créanciers antérieurs : le renforcement de l'aspect volontaire.....	276
A) Une source d'obligations procédant de volontés individuelles	276
1) <i>La non-soumission des assemblées aux contraintes légales et au pouvoir contraignant du juge</i>	277
2) <i>Le vote majoritaire : l'aboutissement d'un accord collectif</i>	278
B) Une source volitionnelle limitée et sans véritable pouvoir souverain	279
1) <i>L'atténuation de l'aspect volontaire du plan impliquant une réunion d'assemblées de créanciers</i>	279
2) <i>L'autorité in fine du tribunal</i>	281
Paragraphe 2- Le principe de l'arrêté judiciaire du plan : le dépassement des volontés individuelles	282
A) La prise en compte et le dépassement des volontés individuelles....	282
B) L'intervention judiciaire dans la gestion et la direction de l'entreprise	285
TITRE SECOND : LE REDRESSEMENT DE L'ENTREPRISE.....	289
Chapitre 1 : La cession d'entreprise en difficulté.....	291

Section 1- La cession d'entreprise.....	291
Paragraphe 1- La notion d'entreprise	292
Paragraphe 2- Portée de la définition de l'entreprise sur sa cession	295
A) Intérêt de la définition	296
B) L'élément essentiel dans la cession d'entreprise.....	297
1) <i>Les éléments de support de l'activité</i>	297
2) <i>Le transfert de l'activité</i>	298
C) La portée juridique de la définition	299
Section 2- La cession d'entreprise soumise à une procédure collective.....	300
Paragraphe 1- Le caractère résiduel de la cession pour le strict intérêt des créanciers	301
A) Le traité à forfait dans l'ancien droit français	301
B) Le concordat par abandon d'actif du Code de commerce et le concordat comportant une cession partielle d'actif en droit de l'OHADA	303
1) <i>Le concordat par abandon total ou partiel d'actif</i>	304
2) <i>Le concordat comportant une cession partielle d'actif en droit de l'OHADA</i>	305
Paragraphe 2- L'autonomie de la cession dans l'intérêt primordial de l'entreprise	306
A) De la cession à forfait à la cession d'entreprise : l'évolution depuis la loi française du 13 juillet 1967	309
B) L'autonomie de la cession d'entreprise et la subsidiarité du paiement des créanciers en France à partir de 1985	311
1) <i>La coexistence d'une cession autonome et d'une cession résiduelle de l'entreprise</i>	313
2) <i>La consécration d'une cession unique autonome de l'entreprise par la loi du 26 juillet 2005</i>	316
Chapitre 2 : Le concordat comportant une cession partielle d'actif et le plan de cession d'entreprise	321
Section 1- La cession d'entreprise en difficulté en droit de l'OHADA : une procédure collective de paiement des créanciers.....	322
Paragraphe 1- Une cession d'entreprise accessoire d'une cession partielle des actifs du débiteur	323
A) Une perspective du concordat de redressement du débiteur	323
1) <i>L'impossibilité d'une cession totale et forcée de l'entreprise en redressement judiciaire</i>	324
2) <i>La cession d'unité d'exploitation en liquidation des biens : Une possible cession forcée et totale de l'entreprise ?</i>	327
B) L'absence d'une réglementation propre à une cession d'entreprise. 333	
1) <i>L'indifférence de la dimension de l'emploi et de l'activité dans les conditions relatives à l'offre de reprise</i>	333
2) <i>L'absence de cession des contrats en cours nécessaires à la poursuite de l'activité</i>	335
Paragraphe 2- Une cession d'actifs pour l'apurement du passif du débiteur 337	
A- La recherche du prix le plus élevé par le mécanisme du concordat . 337	
B) La protection intransigeante des titulaires de sûretés réelles spéciales sur les biens vendus	339
1) <i>Le transfert inconditionnel de toute sûreté spéciale grevant les biens cédés</i>	339

2) <i>L'incessibilité des biens par le repreneur jusqu'au complet paiement du prix</i>	341
3) <i>Le paiement intégral et immédiat des titulaires de sûretés réelles spéciales sur les biens cédés</i>	342
Section 2- La cession d'entreprise en difficulté en France : un « Droit » de l'entreprise	344
Paragraphe 1- Une mesure de préservation de l'entreprise indépendante de son titulaire.....	345
A) Une cession autonome de l'entreprise.....	345
B) Un mécanisme spécial pour une sauvegarde autonome de l'entreprise	347
1) <i>Une cession d'actifs susceptibles d'exploitation autonome</i>	348
2) <i>Une cession d'actifs accessoire d'une cession d'activité</i>	350
Paragraphe 2- L'assujettissement des intérêts privés à la préservation de l'entreprise en difficulté.....	358
A) Le recul général des intérêts privés	359
1) <i>L'effacement total du binôme classique créancier-débiteur</i>	360
2) <i>La restriction d'autres intérêts privés par le plan de cession</i>	364
B) Le recul des prérogatives des titulaires de sûretés réelles spéciales traditionnelles sur les biens cédés.....	367
1) <i>La limitation du droit de préférence</i>	368
2) <i>La limitation du droit de suite</i>	371
CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE	375
Conclusion générale	377
Bibliographie	385
Ouvrages généraux	385
Ouvrages spécialisés.....	387
Articles, chroniques, rapports	388
Notes de jurisprudence	399
Autres documents	413
Index	415
Table des matières	417

RESUME

La dynamique du droit des procédures collectives tient dans l'antinomie de ses fondements : liberté individuelle, intérêt général. Ces fondements subjectif et objectif expliquent la dichotomie des finalités du Droit positif des procédures collectives : paiement des créanciers, sauvetage de l'entreprise défaillante. Les législations contemporaines s'ordonnent autour de ces deux objectifs en érigeant des systèmes juridiques ayant une dominante soit contractuelle, soit institutionnelle. C'est le cas respectivement du droit OHADA et du droit Français qui sont l'objet de notre étude.

Notre propos est que si l'antinomie des fondements aboutit à une dualité de systèmes juridiques de faillite, elle n'empêche pas une convergence des législations. Globalement, l'observation révèle que la dichotomie des objectifs des lois de faillite tend à s'estomper pendant la phase préparatoire du sauvetage, plus précisément dans les effets de l'ouverture de la procédure de sauvetage sur les créanciers. On peut ainsi observer, à ce stade de la procédure, une quasi-similitude des législations OHADA et française ; bien que les finalités du sauvetage soient divergentes, les techniques juridiques adoptées vis-à-vis des créanciers sont *mutatis mutandis* identiques. Identité qui témoigne de leur universalité, donc de leur efficacité.

En revanche, l'irréductibilité des conceptions subjective et objective reparaît à l'étape de la solution de la *faillite*. Celle-ci révèle les véritables préoccupations du législateur lorsqu'il institue des procédures de redressement de l'entreprise. La solution aboutit à la mise en œuvre de mécanismes qui, soit organisent l'expression collective des créanciers par voie démocratique (loi de la majorité), soit inhibent la participation de ceux-ci au profit de l'autorité judiciaire. La sauvegarde de l'entreprise est donc, ou une question d'intérêt collectif des créanciers, ou une question d'intérêt général. Cette divergence dans la solution du sauvetage en droits OHADA et français est le témoin de l'antinomie dialectique des fondements des « lois de faillite ».

Mots clés : Droit comparé, droit des entreprises en difficulté, droit des procédures collectives, finalité des procédures, collectivité des créanciers, personnalité juridique, discipline collective, paiement des créanciers, maintien de l'activité et de l'emploi, concordat, plan, traité à forfait, politique juridique, choix économiques, intérêt général, intérêts particuliers.

ABSTRACT

The dynamic of insolvency law resides in the contradiction of its foundations: individual freedom and the general interest. These subjective and objective foundations explain the dichotomy nature of positive purposes of insolvency law: payment of creditors, rescue of the failing firm. Contemporary laws are organized around these two objectives by erecting legal systems which are either contractual or institutional. This is the case of OHADA law and French law which are the subject of our study.

The main idea is to say that if the antinomy of the foundations leads to a dual legal system of bankruptcy, it does not prevent a convergence of legislation. Overall, the observation reveals that the dichotomy of the objectives of bankruptcy laws tend to fade during the preparatory phase of the rescue, specifically in the effects of the opening of the rescue procedure on the creditors' rights. We can observe in this field, a quasi-similarity of OHADA and French laws. Although rescue purposes are different, the legal techniques adopted towards the creditors are *mutatis mutandis* the same: identity which bears witness to their universality, consequently their efficiency.

By contrast, the irreducibility of subjective and objective conceptions re-appears at the stage of solution of bankruptcy. This reveals the genuine concerns of the legislator when it establishes court-supervised recovery proceedings. It leads to the implementation of mechanisms which either organize the collective expression of the creditors by democratic way (majority rule), or inhibit the participation of these, in favor of the judicial authority. Saving the company is a question of collective interest of creditors or a matter of general interest. This divergence in the solution of rescuing in OHADA's and French laws is the witness of the dialectical antinomy of the foundations of bankruptcy laws.

Keywords : Comparative law, bankruptcy law, insolvency law, procedures purposes, collective class of creditors, legal personality, collective discipline, payment of creditors, maintaining activity and employment, judicial arrangement with creditors, restructuring plan, Treaty package, legal policy, economic choices, general interest, special interests.
