



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

OUVERTURE D'UNE PROCÉDURE DE CONCILIATION EN COURS DE PLAN DE REDRESSEMENT EN VUE D'UN PREPACK CESSION (ET PUBLICITÉ)

FRANCINE MACORIG-VENIER

Référence de publication : RTD Com. 2018 p.457

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

OUVERTURE D'UNE PROCÉDURE DE CONCILIATION EN COURS DE PLAN DE REDRESSEMENT EN VUE D'UN PREPACK CESSION (ET PUBLICITÉ)

(T. com. Lille Métropole 5 sept. 2017, n° 2017-699, BJE janv. 2017, n° 115g9, p. 410, C. Dubois ; T. com. Lille Métropole 5 sept. 2017, n° 2017/012499, LEDEN janv. 2018, p. 2, C. Delattre)

Le tribunal de commerce de Lille a rendu le 5 septembre 2017 deux décisions relatives au *prepack* cession consacré dans notre droit par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014. Elles témoignent, avec d'autres affaires rapportées (1), que ce mécanisme, qui consiste à organiser à la demande du débiteur une cession de l'entreprise dans un cadre amiable pour la réaliser ensuite dans une procédure judiciaire, est pratiqué. Si les deux décisions concernent la délicate question de la transparence du mécanisme ainsi mis en place, l'une d'entre elles présente un autre intérêt, celui de mettre en lumière une succession inédite de procédures, la procédure de liquidation ouverte par le jugement rapporté ayant en effet suivi une procédure de conciliation elle-même consécutive à une procédure de redressement judiciaire qui avait abouti à un plan de redressement.

S'agissant de la première question, les deux jugements du tribunal de commerce de Lille sont amenés à se prononcer sur la confidentialité ou la publicité qu'il convenait de réserver aux cessions réalisées. Une doctrine éminente avait souligné l'ambiguïté de la situation consistant à préparer une opération confidentielle de manière transparente (2). La confidentialité prescrite par la loi en mandat *ad hoc* et dans la procédure de confidentialité s'articulait fort mal avec la transparence de la cession d'entreprise recherchée par le législateur dans le cadre des procédures judiciaires. Ainsi, l'obligation de confidentialité a-t-elle été allégée par la loi de modernisation de l'économie du 18 novembre 2016. L'article L. 642-2 I, alinéa 2 modifié par cette loi impose depuis au conciliateur (comme au mandataire *ad hoc*) de rendre compte des démarches effectuées en vue de recevoir des offres de reprise nonobstant l'article L. 611-15. Cette modification complète utilement les règles

posées en 2014 conduisant à écarter les règles normalement applicables aux cessions : la fixation d'un délai de dépôt des offres et, par voie de conséquence, l'accomplissement de mesures de publicité afin de susciter de telles offres. Il avait été considéré que ces règles ne se justifiaient pas nécessairement dès lors que la cession avait été préparée sérieusement en amont de la procédure judiciaire. Selon le dernier alinéa de l'article R. 642-40 du code de commerce qui précise les modalités de la publicité des cessions d'entreprise et d'actifs, il appartient au tribunal qui envisage de ne pas fixer de délai pour le dépôt des offres de cession de « s'assurer que, compte tenu de la nature de l'activité en cause, les démarches effectuées par le mandataire *ad hoc* ou la conciliation ont assuré une publicité suffisante de la préparation de la cession ». Nous interrogeant sur ce qu'il convenait d'entendre par la « publicité suffisante », nous avons indiqué que cela impliquait sans doute que le mandataire *ad hoc* ou le conciliateur aient « pris contact avec plusieurs cessionnaires potentiels » (3). C'est ce qui résulte très clairement de l'extrait de l'une de décisions du tribunal de commerce de Lille affirmant « en raison de la fragilité de cette entreprise et du domaine d'activité de la société, il y a lieu d'éviter un appel d'offres classique et d'utiliser la procédure plus rapide du *prepack* cession. Il apparaît en effet que les démarches entamées par le conciliateur et notamment l'interrogation de 11 acteurs de son secteur d'activité ont assuré une publicité suffisante de la préparation de la cession ». Le même raisonnement paraît avoir été appliqué à l'autre espèce. Le commentateur observe que dans cette affaire le conciliateur qui n'avait reçu qu'une seule offre se montrait hostile à un nouvel appel d'offres compte tenu du caractère urgent de la cession pour éviter la ruine du fonds de commerce. Le ministère public, dont l'avis doit être recueilli par le tribunal lorsqu'il envisage de ne pas fixer de délai pour le dépôt d'offres de cession, avait à l'inverse défendu la nécessité d'une nouvelle publicité afin d'éviter l'opacité de l'opération. Il avait été entendu par le tribunal qui avait ordonné une nouvelle publicité. À l'examen, la comparaison des deux affaires n'est pas aisée, car dans la seconde il n'est pas précisé le nombre de repreneurs potentiels interrogés. Vraisemblablement un seul l'avait été. Dans la première affaire, sur les onze contactés, une seule offre avait en réalité été présentée. Rappelons qu'en toute hypothèse, si aucune publicité spécifique des éléments à céder n'est effectuée, c'est la publicité de la décision d'ouverture de la liquidation qui permettra alors de savoir que l'entreprise est à vendre. L'absence de publicité spécifique n'empêchait pas, même à l'origine, la levée de la confidentialité sur la procédure de conciliation elle-même, l'article L. 621-1 du code de commerce, applicable dans la procédure de

liquidation judiciaire par renvoi de l'article L. 641-1, prévoyant dans son alinéa 6 que « dans ce cas [*mandat ad hoc ou procédure de conciliation dans les 18 mois qui précèdent l'ouverture de la procédure*] le tribunal peut d'office, ou à la demande du ministère public, obtenir communication des pièces et actes relatifs au mandat *ad hoc* ou à la conciliation, nonobstant les dispositions de l'article L. 611-15 ». Le jugement du tribunal de commerce de Lille, qui avait écarté la publicité, avait ordonné dans le même temps la levée de la confidentialité sur le fondement de ce texte. Néanmoins, les dispositions de la loi du 18 novembre 2016 exigeant du conciliateur de rendre compte des démarches effectuées en vue de recevoir des offres de reprise nonobstant l'article L. 611-15, non applicables aux procédures en cours, s'appliquaient aux procédures ouvertes après son entrée en vigueur, ce qui était précisément le cas de la liquidation judiciaire ouverte par la décision du 5 septembre 2017. Il s'agit bien d'une nouvelle procédure, peu important le prononcé de la résolution du plan - très probable (le seul extrait de la décision examiné n'en fait pas mention). Cette même décision appelle d'autres observations compte tenu des circonstances dans lesquelles la procédure de conciliation avait été ouverte.

Dans l'une de ces deux affaires, la procédure de conciliation visant à la cession de l'entreprise avait été ouverte alors que cette entreprise bénéficiait d'un plan de redressement adopté à l'issue d'une procédure de redressement judiciaire (il semble qu'une annuité du plan n'avait pas été payée. Il est naturellement permis de s'interroger sur l'ouverture d'une conciliation en pareilles circonstances). Ainsi que cela a pu être observé (4), l'ouverture de la procédure de conciliation ne heurtait pas le principe « faillite sur faillite ne vaut ». Ce principe, qui ne concerne que les procédures collectives, n'est pas applicable. La loi interdit seulement l'ouverture d'une procédure de conciliation moins de trois mois après la fin d'une précédente procédure achevée sans qu'ait été demandée la constatation ou l'homologation de l'accord (C. com., art. L. 611-6, al. 2) (5). Par ailleurs, comme souligné également (6), en l'absence de cessation des paiements, le non-respect d'une annuité du plan n'imposait pas l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire. Le débiteur a le choix de demander l'ouverture d'une procédure de conciliation (7). En revanche, en cas de cessation des paiements, la résolution du plan de sauvegarde et l'ouverture d'une nouvelle procédure de redressement ou liquidation judiciaire s'imposent au tribunal selon la lettre de l'article L. 626-27 (8). Au demeurant selon cette disposition, seuls un créancier, le commissaire à l'exécution du plan

ou le ministère public peuvent saisir le tribunal (9). Il est toutefois admis par un auteur que le débiteur pourrait faire constater l'état de cessation des paiements et demander dans ce cas le prononcé de la résolution du plan (10). Selon le même auteur, il devrait même le faire dans les 45 jours de la survenance de cet état pour échapper à la sanction d'interdiction de gérer édictée par l'article L. 653-8, alinéa 3, sauf à avoir demandé dans ce délai l'ouverture d'une procédure de conciliation (11).

On soulignera enfin un dernier point relatif à la possibilité de confier d'emblée une mission de cession au conciliateur. Il semble qu'en l'espèce la demande du débiteur en ce sens ait été faite initialement (et ait été acceptée). Or, la question est discutée (12). Pour une large partie de la doctrine (13), la lettre de la loi, et plus particulièrement la nécessité de recueillir l'avis des créanciers participants, y fait obstacle tandis que certains auteurs ont mis en avant les dispositions réglementaires se référant à une mission que « détermine ou modifie » le président dans son ordonnance par laquelle il fait droit à la demande du débiteur (art. R. 611-26-2) (14).

(1) M.-H. Monsérié-Bon, B. Amizet, G. Azam et C. Caviglioli, *Le prepack cession FRAM : expériences et enseignements*, BJE 2016/2, 113c4.

(2) P. Pétel, *Les dispositions relatives aux entreprises en difficulté de la loi de modernisation de la justice du XXI^e siècle. À propos de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016*, *Aperçu rapide*, JCP E 2017. Actu. 46.

(3) J. Vallansan et F. Macorig-Venier, *Les améliorations de la procédure liquidative et des cessions*, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 4, dossier 32, n° 23.

(4) C. Dubois, note préc.

(5) Sur la contradiction entre la loi et le décret : F. Macorig-Venier, Réforme du droit des entreprises en difficulté par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 et le décret n° 2009-160 du 12 février 2009, RTD com. 2009. 439.

(6) C. Dubois, note préc.

(7) P.-M. Le Corre, La résolution du plan de sauvegarde et du plan de redressement, Gaz. Pal. 21 juill. 2015, p. 32.

(8) M.-M. Le Corre, préc., n° 2.

(9) F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, Manuel LGDJ-Lextenso, 10^e éd., n° 1059.

(10) P.-M. Le Corre, préc., n° 524-21. Selon cet auteur, la solution s'impose malgré la lettre de la loi qui limite l'initiative à un créancier, au commissaire à l'exécution du plan et au ministère public, par souci de cohérence avec l'obligation faite au débiteur dans les 45 jours de sa survenance.

(11) P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action 2017/2018, n° 913-12. *Contra*, P. Roussel Galle, Le dirigeant de société et le « nouveau » droit des entreprises en difficulté issu de la réforme du 18 décembre 2008, Rev. sociétés 2009. 249, n° 47.

(12) N. Borga, A. Niogret, et N. Vuillemer, Mandat *ad hoc* et conciliation : trouver le point d'équilibre, RLDA mars 2018, n° 135, p. 19, n° 21

(13) F. Pérochon, préc., note 103 du n° 145 ; B. Thuillier, Procédure de conciliation et concordat amiable, J.-Cl. Proc. coll. 2033, n° 120.

(14) C. Vincent, La faillite du plan de cession (ou les incidences du *prepack* cession), D. 2015. 577.