

Alexia PAYET

Master 2 Recherche
Droit fondamental des affaires

Droit privé

La notion de reprise d'entreprise en difficulté

Directeur du mémoire :

Corinne SAINT-ALARY-HOUIN



Collection des mémoires de l'IFR



Prix IFR 2017 des meilleurs mémoires de Master 2 Recherche



Alexia PAYET

Master 2 Droit Fondamental des Affaires

Année universitaire 2016/2017

SUJET DU MÉMOIRE

La notion de reprise d'entreprise en difficulté

DIRECTRICE DU MÉMOIRE : Madame Corinne SAINT-ALARY-HOUIN
Professeur des Universités

UNIVERSITE TOULOUSE 1 CAPITOLE

2 rue du Doyen-Gabriel-Marty - 31042 Toulouse cedex 9 - France - Tél. : 05 61 63 35 00 - Fax : 05 61 63 37 98 - www.ut-capitole.fr

REMERCIEMENTS

Tout d'abord, je tiens à remercier Madame le professeur Saint-Alary-Houin qui a su se rendre disponible tout au long de l'année, m'orienter dans mes moments d'égarement et me donner de précieux conseils pour mes recherches et la rédaction du mémoire.

Ensuite, Madame le professeur Macorig-Venier, directrice du Master 2 Droit Fondamental des Affaires, ainsi que l'ensemble de l'équipe pédagogique du master pour la qualité des enseignements dispensés et le soutien apporté tout au long de l'année.

Puis, ma famille et mon entourage pour m'avoir soutenu et encouragé tout au long de mon cursus universitaire. Ils ont été ma plus grande force.

Enfin, l'ensemble de mes camarades de la promotion pour leur esprit de solidarité.

PRÉFACE

La nature juridique de la cession d'entreprise demeure mystérieuse : s'agit-il d'une transmission d'actifs originale ou d'une vente ordinaire ? Sur quoi porte-t-elle ? Sur le fonds de commerce, composé d'actifs corporels et incorporels ou sur une entreprise conçue comme un ensemble de moyens matériels et humains réunis pour exercer une activité ?

C'est le grand mérite de madame Alexia Payet que d'avoir défini la notion de cession d'entreprise en mettant en évidence son « double visage » qui est aussi celui de « la faillite ». D'abord, procédure d'exécution des biens du débiteur dans l'intérêt de ses créanciers, c'est-à-dire, mesure liquidative, la cession d'entreprise est devenue « un instrument de restructuration en faveur de l'économie », une véritable mesure de sauvetage.

Cette double facette constitue l'armature du mémoire. Après avoir exposé avec minutie, dans une première partie, le mécanisme liquidatif – éminemment civiliste – qui se traduit par la transmission d'actifs corporels et incorporels à un tiers repreneur moyennant un prix de cession forfaitaire et global, Madame Payet, dans une seconde partie, s'attache à dégager la dimension économique de la cession judiciaire d'entreprise, tant dans sa phase préalable que dans sa réalisation.

Les développements consacrés à la phase de reconnaissance de l'entreprise à reprendre et à la compréhension de ses difficultés, de même que ceux qui portent sur « l'analyse économique » de l'entreprise à reprendre, sont particulièrement novateurs et judicieux. L'actualité des propos relatifs aux « nouveaux visages des repreneurs » : salariés ou actionnaires suscite également un grand intérêt.

Ce mémoire de M2 Droit fondamental des affaires, écrit dans une belle langue, très agréable à lire, fort bien documenté, démontre, s'il en était besoin, la vigueur intellectuelle et l'aptitude à la recherche des jeunes auteurs. Souhaitons qu'il soit, pour madame Alexia Payet, – et cela serait mérité- un utile tremplin à son accomplissement professionnel !

Corinne Saint-Alary-Houin

Professeur émérite de l'Université Toulouse Capitole

SOMMAIRE

Remerciements	2
Préface	3
Sommaire	4
Sigles et Acronymes	7
Introduction	8
Titre 1 : La reprise d'entreprise en difficulté, une mesure liquidative	14
Chapitre 1 : La transmission d'actifs corporels et incorporels a un tiers repreneur	15
Section 1 : Le portrait du plan de cession.....	15
<i>Paragraphe 1</i> : La configuration du plan de cession jusqu'à la loi sauvegarde du 26 juillet 2005.....	16
A) Une notion éminemment civiliste.....	16
B) L'ambiguïté de la notion de plan de cession : une mesure de redressement ou de liquidation ? .	18
<i>Paragraphe 2</i> : Le caractère judiciaire de la cession d'entreprise	20
A) Le ou les plans de cession	20
B) La nature judiciaire de la cession d'entreprise	23
Section 2 : La présentation de l'offre d'acquisition par le repreneur	24
<i>Paragraphe 1</i> : L'identité des auteurs de l'offre	25
A) La détermination de la qualité de repreneur	25
B) Les problèmes d'interprétation des repreneurs potentiels : la présence d'un vide juridique.....	27
<i>Paragraphe 2</i> : La rédaction de l'offre de reprise	28
A) Le contenu réglementaire de l'offre de reprise.....	29
B) La transparence de l'offre de reprise : le savant mélange de publicité, d'information et de consultation	31
Chapitre 2 : La transmission d'actifs corporels et incorporels pour un prix de cession.....	33
Section 1 : Le paiement d'un prix de cession forfaitaire et global	34
<i>Paragraphe 1</i> : Le paiement d'un prix de cession.....	34
A) La conception civiliste du prix de cession.....	34
B) Les contours de cette obligation imposée au cessionnaire	36
<i>Paragraphe 2</i> : La répartition du prix de cession.....	38
A) La répartition classique du prix de cession.....	38

B)	La situation particulière des créanciers titulaires de sûretés.....	40
	Section 2 : La vision réductrice du prix de cession.....	43
	<i>Paragraphe 1</i> : La vision unitaire civiliste infirmée par la réalité économique.....	43
A)	La charge légale des prêts augmentative du prix de cession.....	43
B)	Les charges conventionnelles augmentatives du prix de cession.....	44
	<i>Paragraphe 2</i> : La vision unitaire civiliste infirmée par le mode de détermination des honoraires des administrateurs.....	46
A)	Une approche juridique réductrice.....	46
B)	L'indissociabilité de la nature juridique et économique du prix de cession.....	49
	Conclusion Titre 1	52
	Titre 2 : La reprise d'entreprise en difficulté, un instrument de restructuration Économique...	53
	Chapitre 1 : La dimension Économique du processus préalable à la reprise d'une entreprise en difficulté	54
	Section 1 : La phase de reconnaissance de l'entreprise à reprendre.....	54
	<i>Paragraphe 1</i> : L'appropriation difficile de la notion d'entreprise par le droit.....	55
A)	La notion économique de l'entreprise.....	55
B)	L'approche économique de la reprise d'entreprise en difficulté.....	57
	<i>Paragraphe 2</i> : La compréhension des difficultés de l'entreprise à reprendre : le véritable échec du chef d'entreprise.....	59
A)	Les origines des difficultés de l'entreprise à reprendre.....	60
B)	L'impact psychologique de la cession sur le cédant : la nécessaire prise en compte du traitement humain.....	61
	Section 2 : L'analyse économique de l'entreprise à reprendre.....	64
	<i>Paragraphe 1</i> : L'établissement d'un audit d'acquisition avant tout projet de reprise d'une entreprise	65
A)	Le diagnostic préalable à la reprise d'une entreprise en difficulté.....	65
B)	L'élaboration d'un audit pour mieux cerner les contours de l'entreprise à reprendre.....	67
	<i>Paragraphe 2</i> : Les aides accordées à la reprise d'une entreprise en difficulté.....	69
A)	Les facultés offertes au repreneur.....	69
B)	Une aide encore peu génératrice de reprise d'entreprise.....	71
	Chapitre 2 : L'environnement Économique de la reprise d'une entreprise en difficulté.....	73
	Section 1 : Les nouveaux visages des repreneurs de la reprise d'une entreprise en difficulté.....	74
	<i>Paragraphe 1</i> : La reprise de l'entreprise par ses salariés, une véritable opportunité ?.....	74
A)	La nouvelle place des salariés au cœur de la reprise d'une entreprise : des sujets de la cession..	74
B)	Les formes de reprise d'entreprise par les salariés : le choix de la SCOP.....	76
	<i>Paragraphe 2</i> : L'émergence de la reprise interne comme nouvel instrument de transmission d'une entreprise.....	78
A)	La reprise interne envisagée comme une alternative à la cession d'entreprise.....	78

B) Un instrument encadré rigoureusement pour protéger les actionnaires évincés.....	81
Section 2 : L'éventail des outils économiques à la disposition des acteurs de la reprise	83
<i>Paragraphe 1</i> : La diversification de la procédure de prévention : l'introduction du <i>prepack cession</i> par l'ordonnance du 12 mars 2014	84
A) Une procédure amiable synonyme d'anticipation des difficultés.....	84
B) Un instrument de restructuration à nuancer.....	87
<i>Paragraphe 2</i> : La cession judiciaire des contrats.....	89
A) Le domaine étendu de la cession judiciaire des contrats	90
B) Les effets inévitables de la cession judiciaire des contrats.....	92
<i>Paragraphe 3</i> : La reprise d'entreprise chapeauté par le repreneur.....	94
A) Le choix du licenciement : la balance entre survie de l'entreprise et maintien de l'emploi.....	95
B) L'ouverture de la gestion intermédiaire de l'entreprise reprise.....	97
Conclusion Titre 2	99
Conclusion générale	100
Annexes.....	102
Bibliographie.....	107
o Ouvrages généraux, traités et manuels	107
o Ouvrages spéciaux, thèses et mémoires	107
o Articles, chroniques et rapports.....	107
o Notes, observations, avis et conclusions de jurisprudence.....	110
o Colloques.....	110
o Sites internet et ressources électroniques	111
Index alphabétique	112

SIGLES ET ACRONYMES

AGS	Association nationale pour la gestion du régime d'assurance des créances des salariés
BJE	Bulletin Joly Entreprises en difficulté
Bull. Joly Sociétés	Bulletin Joly Sociétés
CA	Cour d'appel
Cah. dr. entr.	Cahiers de droit de l'entreprise
Cass. civ.	Cour de cassation chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation chambre commerciale
Cass. soc.	Cour de cassation chambre sociale
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
Comm. CE	Commission de la Communauté Européenne
Cons. const.	Conseil constitutionnel
D.	Dalloz
Dr. et patr.	Droit et patrimoine
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
IHEJ	L'Institut des Hautes Etudes sur la Justice
JCP E	Semaine juridique édition Entreprise
LEDEN	L'Essentiel du droit des entreprises en difficulté
LPA	Les Petites Affiches
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives
Rev. Sociétés	Revue des sociétés
RJDA	Revue de jurisprudence commerciale
RLDA	Revue Lamy de droit des affaires
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
SCOP	Société Coopérative et Participative
T. com.	Tribunal de commerce

INTRODUCTION

Comme le disait si bien le professeur Pérochon, « *la cession d'entreprise recherche à guérir le patient, la survie de ses organes sains, greffés sur un meilleur porteur* »¹.

Afin de mieux comprendre la notion de reprise d'entreprise en difficulté, il est nécessaire de faire un retour aux origines pour mieux appréhender les finalités modernes du droit des entreprises en difficulté.

Au cours des vingt dernières années, le droit des faillites a connu une évolution considérable. Originellement conçu pour sanctionner le commerçant ayant failli à ses engagements, il est devenu un droit des entreprises en difficulté. Le changement de terminologie intègre une idée essentielle, celle de prévention. Autrefois, le droit des faillites avait seulement pour objet d'organiser le règlement collectif et égalitaire des créanciers du débiteur failli. Désormais, il s'agit d'un droit des entreprises défaillantes indépendant de la nature de leur activité et du degré de leurs difficultés². Ce nouveau droit économique traite des difficultés variées des entreprises sans porter de jugement de valeur sur le comportement du débiteur.

Les origines du droit des faillites remontent au droit romain, à l'antiquité. La notion de faillite vient du latin « *fallere* » qui signifie tromper. A cette époque, si le débiteur ne payait pas ses dettes, le créancier pouvait lui prendre l'ensemble de ses biens³. Cette procédure rappelle singulièrement la procédure de liquidation judiciaire où les actifs du débiteur sont cédés pour payer ses dettes. Cependant, si ce n'était pas suffisant pour le désintéresser, il pouvait prendre en esclave le débiteur. Cette procédure était collective, égalitaire et punitive. Dès le Moyen-Âge, l'insolvabilité est perçue aux yeux de tous comme une fraude. Dans ce sens, Napoléon déclara lors des travaux du Code de commerce en 1807 que « *Dans toute faillite, il y a un corps de délit puisque le failli fait tort à ses créanciers* »⁴. A l'époque, la faillite est un délit se traduisant par des peines sévères applicables au débiteur insolvable : port du bonnet vert, mise au pilori ou bien encore condamnation aux galères. Cette conception délictuelle a pour but d'éliminer du commerce le failli considéré comme une menace. Cette fonction d'épuration assainit le marché et moralise l'économie.

¹ PEROCHON F., *Entreprise en difficulté*, LGDJ, 9^{ème} ed., 2012, n° 1163.

² COQUELET M.-L., *Entreprises en difficulté/ Instruments de paiement et de crédit*, Dalloz, 5^{ème} ed., 2015, p. 5.

³ Procédure de la « *Venditio Bonorum* » où les biens du débiteur étaient vendus à l'initiative et au profit des créanciers.

⁴ COQUELET M.-L., *Entreprises en difficulté/ Instruments de paiement et de crédit*, op. cit., p. 6.

Par ailleurs, le droit des faillites s'était construit par opposition à la déconfiture civile⁵. En effet, à côté d'un règlement collectif et égalitaire des créanciers organisé par le droit des faillites, le droit civil prévoyait que le créancier d'un particulier défaillant pouvait exercer des poursuites en paiement, voire des procédures civiles d'exécution à son encontre. Ainsi, le créancier pouvait poursuivre individuellement le débiteur dans le système de la déconfiture civile. Quoiqu'il en soit, le paiement demeurait le prix de la course. Peu après, les deux systèmes ont suivi des chemins bien différents. En effet, le droit des faillites a vu son champ d'application s'élargir au profit des débiteurs civils, non commerçants. Ce fut le cas des artisans depuis la loi du 25 janvier 1985 puis des agriculteurs depuis la loi du 30 décembre 1988 et enfin des professions libérales depuis la loi du 26 juillet 2005. De son côté, le droit civil s'est doté d'une procédure de surendettement des particuliers, notamment depuis la loi n° 2003-710 du 1^{er} août 2003 pour la ville et la rénovation urbaine, dite loi Borloo qui a introduit la procédure de rétablissement personnel⁶. Cette procédure ne se substitue pas à la procédure de surendettement mais constitue une solution permettant l'effacement des dettes personnelles du débiteur lorsqu'il se trouve dans une situation irrémédiablement compromise.

Jusqu'à la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 relative au règlement judiciaire, à la liquidation des biens, à la faillite personnelle et aux banqueroutes, les finalités initiales du droit des faillites restent inchangées. Cependant depuis le Code de commerce, ce droit s'est intéressé au sort du commerçant de bonne foi, malheureux en affaire par l'introduction de la procédure de liquidation⁷. Par la suite, les réformes successives vont se tourner vers une nouvelle préoccupation : la sauvegarde des entreprises en difficulté.

La loi du 13 juillet 1967 et l'ordonnance du 23 septembre 1967 instituent trois procédures : le règlement judiciaire, la liquidation judiciaire et la suspension provisoire des poursuites. La réforme tend à éliminer les entreprises économiquement condamnées sans pour autant frapper d'infamie les dirigeants qui ne l'ont pas voulu. Sous l'influence du doyen Roger Houin, cette loi distingue le sort du débiteur et de l'entreprise. Ainsi, le dirigeant ne subit pas de sanctions particulières au motif que l'entreprise se retrouve en liquidation judiciaire ou fait l'objet d'un règlement judiciaire. La sanction n'est plus liée à l'ouverture d'une procédure collective mais à des faits qui lui sont personnellement imputables⁸. Il s'agira la plupart du temps de sanctions civiles, la plus redoutable pour le débiteur étant la faillite personnelle. En effet, cette sanction interdit au débiteur de gérer toute entreprise commerciale ou artisanale, mais également de voter et d'exercer une fonction élective. Cette idée sera ensuite consacrée par les lois du 1^{er} mars 1984 et du 25 janvier 1985. Au même moment apparaît l'ancêtre du plan de cession, le

⁵ SAINT-ALARY-HOUIN C., De la faillite du droit des entreprises en difficulté, regards sur les évolutions du dernier quart de siècle, Tome 1, Travaux de l'IFR, 2016, p. 385.

⁶ *Ibidem*.

⁷ Loi du 4 mars 1889 portant modification de la législation des faillites. A partir de cette date, le droit français connaît deux techniques de règlement des dettes : une technique liquidative, la faillite et une technique de redressement de l'entreprise, la liquidation judiciaire.

⁸ SAINT-ALARY-HOUIN C., De la faillite du droit des entreprises en difficulté, *ibidem*.

concordat par abandon d'actif qui consiste à vendre les actifs d'une entreprise pour les céder à un tiers repreneur. Par la suite, la loi du n° 84-148 du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises et la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises parachèvent l'avènement du véritable droit des entreprises en difficulté⁹. Ces lois déplacent trois éléments à la loi du 13 juillet 1967 : les créanciers peuvent décider du sort de l'entreprise, les redressements d'entreprise sont trop peu nombreux et le sort des salariés est ignoré¹⁰. C'est pourquoi, elles mettent en exergue les procédures préventives, le mandat ad hoc et le règlement amiable et organisent le sauvetage de l'entreprise en cessation des paiements tout comme les emplois qui y sont attachés. La loi du 25 janvier 1985 introduit également le plan de cession dans le droit français, initié sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967 dans une logique de redressement. L'article premier de cette loi confirme le passage d'un droit des faillites vers un droit, tourné vers le sauvetage de l'entreprise « *Il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif* ». Ce changement de terminologie est visible dès l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie Législative du Code de commerce qui s'intitule le livre VI du Code « *Des difficultés des entreprises* ».

Ensuite, le visage du droit des entreprises en difficulté a été modifié par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises, seules ses finalités sont inchangées. Le droit des entreprises en difficulté reste un droit destiné au sauvetage de l'entreprise et à la poursuite de l'exploitation. La poursuite de cet objectif va donner un nouvel essor à la prévention, la procédure de règlement amiable ayant été remplacée par la procédure de conciliation. Le conciliateur doit mener des négociations avec les principaux créanciers privés ou publics de l'entreprise et assister le débiteur dans la recherche de nouveaux investisseurs. Au-delà des procédures amiables, la loi de sauvegarde a introduit une nouvelle innovation : la procédure de sauvegarde. Cette nouvelle procédure collective est ouverte aux entreprises, qui sans être en cessation de paiements, éprouvent des difficultés qu'elles ne peuvent pas surmonter seules. Il s'agit d'une procédure préventive destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif¹¹. La deuxième innovation tient à l'intégration du plan de cession dans les dispositions relatives à la liquidation judiciaire aux articles L. 642-1 et suivants du Code de commerce. La cession d'entreprise de la loi de sauvegarde des entreprises est l'héritière du plan de cession en redressement judiciaire et de la cession d'unité de production en liquidation judiciaire de la loi du 25 janvier 1985. La logique s'avère totalement différente car le plan de cession n'appartient plus à une logique de redressement mais à une logique liquidative. A ce propos, l'exposé des motifs du projet de

⁹ COQUELET M.-L., *Entreprises en difficulté/ Instruments de paiement et de crédit*, *op. cit.*, p. 8.

¹⁰ CANET P., 30 ans après, que reste-t-il aux praticiens des procédures collectives des lois n° 85-98 et n° 85-99 du 25 janvier 1985 ?, *Rev. pro. coll.* 2016, n°1, étude 2.

¹¹ Art. L. 620-1, al. 1 du Code de commerce.

cette loi indiquait que « *la sauvegarde de même que le redressement, sont les seules procédures utiles lorsque le débiteur peut poursuivre lui-même son activité. En revanche, la liquidation est destinée à réaliser l'actif de la personne concernée, si possible au moyen de la reprise d'entreprise par un tiers capable d'assurer la poursuite de l'exploitation. Par conséquent, les dispositions instituant un plan de cession de l'entreprise ne peuvent demeurer dans le cadre du redressement et ainsi créer une insécurité juridique* »¹². Selon ces propos, ce transfert permettrait de distinguer nettement la continuation de l'entreprise par le débiteur et la cession de l'entreprise à un tiers reprenneur¹³.

Le cadre de la liquidation judiciaire se révèle le cadre naturel de la cession d'entreprise dans le sens où les actifs du débiteur vont être vendus. Toutefois, force est de constater que la solution n'est pas si évidente. En effet, les objectifs du plan de cession se distinguent nettement de ceux de la liquidation judiciaire, ce qui pourrait faire penser que la procédure de liquidation judiciaire et le plan de cession sont inconciliables¹⁴. Toutefois, l'idée de redressement ne paraît pas abandonnée car comme le dit Monsieur Lienhard « *le glissement du plan de cession dans la procédure de liquidation judiciaire n'a pas gommé tout à fait l'idée de sauvegarde de l'entreprise* »¹⁵. Entre redressement et liquidation, le cœur du plan de cession balance. En effet, la cession présente un caractère liquidatif dans le sens où la réalisation des actifs de l'entreprise assure le paiement des créanciers mais également reste une modalité de continuation de l'exploitation dans le sens où l'activité se poursuit entre les mains d'un tiers reprenneur. Ainsi, la cession évolue dans un cadre liquidatif tout en tenant compte des préoccupations de pérennité de l'entreprise reprise. De ce fait, cette nouvelle orientation paraît tenir compte des réalités économiques qui entourent la reprise d'entreprise en difficulté.

De plus, Monsieur Froehlich considère que « *le transfert du plan de cession dans la liquidation judiciaire constitue l'innovation la plus controversée de la loi sauvegarde des entreprises* ». Il précise que ce transfert, même s'il est nécessaire pour clarifier et rendre plus lisible la cession, a fait l'objet d'aménagements au cours des débats parlementaires¹⁶. En effet, le projet de la loi de sauvegarde avait exclu la cession totale de la procédure de redressement judiciaire, imposant le passage obligatoire à la liquidation judiciaire. En plus du mécontentement de la doctrine, la réalité économique et les contraintes pratiques ont conduit le législateur à rétablir le plan de cession au sein des dispositions relatives au redressement judiciaire¹⁷.

La cession d'entreprise fut ensuite consacrée dans les procédures amiables par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des

¹² SAINT-ALARY-HOUIN C., Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises continuité, rupture ou retour en arrière, *Dr. & patr.*, 1^{er} janvier 2005, n°133, p. 24.

¹³ *Ibidem.*

¹⁴ HENRY L.-C., Le plan de cession et la loi de sauvegarde des entreprises, *Gaz. Pal.*, 2005, n° 251, p. 39.

¹⁵ SORTAIS J.-P., Les attraits de la liquidation-cession, *LPA*, 2007, n° 119, p. 28.

¹⁶ FROEHLICH P., L'ambivalence du plan de cession totale dans la loi de sauvegarde des entreprises, *D.* 2005, p. 2878.

¹⁷ FROEHLICH P., *loc. cit.*, p. 8.

procédures collectives. En réalité, cette pratique avait déjà été développée sous l'empire de la loi du 26 juillet 2005. Cette nouvelle procédure, appelée plus communément *prepack cession*, comporte deux phases : une phase de prévention où le conciliateur et le mandataire ad hoc cherchent à trouver un accord avec les partenaires commerciaux du débiteur et en cas d'échec de cette dernière, une phase judiciaire au sein des procédures collectives. L'adoption d'un nouveau dispositif permet d'agrandir la boîte à outil de la reprise d'entreprise en difficulté.

Au final, la reprise d'entreprise en difficulté permet de donner une seconde vie à l'entreprise cédée. Le tribunal aura la lourde tâche de choisir l'offre d'acquisition la plus adaptée afin d'assurer la pérennité de l'entreprise. Pour cela, il étudiera avec attention les engagements pris par chacun des repreneurs.

Par ailleurs, il ne faut pas oublier que cette étape s'avère très difficile à vivre pour le chef d'entreprise qui se sent coupable des difficultés que connaît son entreprise. Cette dramatisation de l'échec entraîne la baisse de l'entrepreneuriat. L'association telle que 60000 rebonds épaula les entrepreneurs post-faillite afin de les aider à rebondir face au traumatisme financier, professionnel et personnel qu'ils viennent de vivre. Cette association est née à la suite du constat et de l'expérience personnelle de son président Monsieur Rambaud qui a connu ce drame. Il tente à l'aide de bénévoles de faire évoluer le regard sur l'échec en France. En effet, lors d'une interview au salon des entrepreneurs en 2015, Monsieur Rambaud souligne le fait que « *l'image de l'échec est négative en France. Elle est assimilée à une incompétence alors qu'outre-manche, elle est perçue comme une expérience, un apprentissage* ». Selon lui, « *l'échec doit être vécu comme un rebondissement* »¹⁸. L'association s'oriente vers trois axes : la restructuration du socle personnelle, la reconnexion à un projet professionnel et la mise en situation. Le but est que le repreneur envisage d'investir de nouveau et de se lancer dans une nouvelle aventure entrepreneuriale accompagné d'experts compétents. Il conclut ses propos en disant que la culture de la faillite reste toujours très présente en France¹⁹.

Au cours de l'année 2016, près de 555 000 entreprises ont été créées en France, soit 5% de plus qu'en 2015. A sens inverse, le bilan des défaillances en France est en forte baisse pour l'année 2016 avec 58 600 défaillances, soit 7% de moins que l'année précédente. Ces défaillances touchent en grande partie le secteur de l'agriculture en raison de nombreuses intempéries et le secteur des transports. Au contraire, des secteurs tel que celui de la construction enregistre désormais une forte baisse des défaillances, environ 13%²⁰. Une étude menée par les économistes du groupe Coface révèle que les entreprises qui ont un chiffre d'affaires inférieur à 2,5 millions d'euros enregistrent un taux de défaillances en forte baisse alors que les grandes entreprises sont en progression depuis début mars 2016, notamment en raison de la conjoncture mondiale. Cette même étude prévoit un taux de défaillances d'entreprises en 2017 dans la continuité de la baisse significative de 2016²¹.

¹⁸ Interview Widoobiz de Rambaud P., Président de l'association 60000 rebonds, 27 mars 2015.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Dossier bilan défaillances France 2016 : www.eulerhermes.fr

²¹ Publication économique COFACE, Panorama des défaillances d'entreprises, Coface, déc. 2016.

Depuis une vingtaine d'années, le droit des entreprises en difficulté a pris une place importante pour des raisons diverses à la fois économiques et juridiques. Les différentes lois tendant à l'amélioration des procédures collectives se sont succédées depuis 1967 et ont réformé en profondeur le livre VI du Code de commerce. La cession de l'entreprise n'a pas été épargnée par ces différentes lois, l'ambivalence de sa notion en est une conséquence.

Quel est le double visage de la notion de reprise d'entreprise en difficulté ?

A première vue, la reprise d'entreprise en difficulté semble rejoindre la vocation historique de la faillite, car il s'agit d'une procédure d'exécution des biens du débiteur dans l'intérêt de ses créanciers. Ainsi, cette notion se présente comme une technique de liquidation du patrimoine et par conséquent comme une mesure liquidative (Titre 1). Pourtant, il semblerait bien que cette notion tende à une connotation tout autre, celle d'une notion tournée vers l'économie. En effet, la reprise d'entreprise en difficulté, même si elle est encadrée juridiquement, demeure un instrument de restructuration en faveur de l'économie. L'intérêt de reprendre une entreprise est de poursuivre l'activité existante tout en prévoyant par le biais d'un business plan, les meilleurs choix stratégiques pour que l'entreprise perdure économiquement (Titre 2).

TITRE 1 : LA REPRISE D'ENTREPRISE EN DIFFICULTE, UNE MESURE LIQUIDATIVE

Originellement, le législateur a conçu le plan de cession comme une technique de redressement de l'entreprise manifestant l'idée de dissocier l'Homme et l'entreprise. Cette opération de restructuration était envisagée uniquement dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire. Toutefois, cette conception originelle de la cession d'entreprise était concurrencée par une autre technique bien connue, la cession d'unité de production. Il a fallu attendre la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 pour que le législateur décide de mettre fin à cette dualité de régime. Ainsi, cette loi a transféré la réglementation du plan de cession du redressement judiciaire à la liquidation judiciaire au motif que la cession d'entreprise serait avant tout une mesure liquidative. Toutefois, ce basculement a contrarié la doctrine qui considérait que la cession d'entreprise ne se résumait pas seulement à une mesure liquidative, c'est à dire au paiement d'un prix. C'est pourquoi, le législateur a réintroduit le plan de cession dans les dispositions relatives au redressement judiciaire. Cependant, l'article L. 631-22 du Code de commerce souligne le caractère subsidiaire de l'adoption d'un plan de cession en phase de redressement judiciaire. En effet, l'article prévoit que « *le tribunal peut ordonner la cession totale ou partielle de l'entreprise si le débiteur est dans l'impossibilité d'en assurer lui-même le redressement* ». Il n'en demeure pas moins que la cession doit se réaliser en conformité aux règles édictées aux articles L. 642-1 et suivants du Code de commerce. L'article L. 642-1 du Code de commerce décrit la triple finalité poursuivie par la cession d'entreprise : « *elle 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* ». La nouvelle place du plan de cession dans le paysage des procédures collectives met en évidence son aspect liquidatif. Les actifs corporels et incorporels de l'entreprise vont être transmis à un tiers repreneur une fois que le tribunal aura étudié l'ensemble des offres de reprise (Chapitre 1). Le prix de cession payé par le repreneur correspond au paiement de la somme des actifs de l'entreprise. Ce paiement permet d'honorer les dettes du débiteur auprès de ses créanciers. Cependant, force est de constater que le prix de cession ne reflète très souvent qu'imparfaitement le prix réellement payé par le repreneur. En effet, le repreneur ne paie pas uniquement le prix de ces actifs, il peut également prendre à sa charge un surplus. Ainsi, la vision dépeinte du prix de cession ne s'avère pas en adéquation avec la réalité économique de cette opération de restructuration (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LA TRANSMISSION D'ACTIFS CORPORELS ET INCORPORELS A UN TIERS REPRENEUR

Depuis la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, le plan de cession ne rime plus avec redressement mais avec liquidation. Cependant, la nouvelle configuration du plan de cession revêt un double visage. D'un côté la cession présente un caractère liquidatif au regard du patrimoine du débiteur puisqu'elle opère la réalisation des actifs de l'entreprise, de l'autre côté la cession est perçue comme la poursuite de l'exploitation de l'entreprise par un repreneur. L'ambiguïté de cette notion dresse le nouveau portrait du plan de cession (Section 1). Quoiqu'il en soit, la cession de l'entreprise en difficulté nécessite au préalable la réception d'offres de repreneurs intéressés. L'offre d'acquisition ne peut être formulée que par des personnes limitativement énumérées dans le Code de commerce et doit respecter un formalisme très strict. Cet encadrement rigoureux de l'offre d'acquisition permet une reprise de l'entreprise en toute transparence et dans le respect des règles propres au droit des entreprises en difficulté (Section 2).

Section 1 : Le portrait du plan de cession

Le plan de cession tel qu'on le connaît aujourd'hui a changé de visage depuis ces trente dernières années. Au début, marqué par l'empreinte du passé, il a su prendre un virage à 180 degrés pour devenir une figure incontournable du droit des entreprises en difficulté. Toutefois, sa confusion avec la cession d'unité de production a rendu sa compréhension difficile aux yeux de tous. C'est en ce sens que la loi de sauvegarde des entreprises de 2005 est apparue comme un véritable sauveur pour dissiper les zones d'ombre. A compter de cette loi, les dispositions relatives à la cession de l'entreprise se situent aux articles L. 642-1 à L. 642-17 du Code de commerce appartenant au titre IV relatif à la liquidation et au chapitre II portant sur la réalisation de l'actif dont la première section organise la cession de l'entreprise. Ce tournant paraissait de bon augure et dessinait les contours du nouveau visage du plan de cession. Mais dans les faits, la nouvelle qualification fut difficile à appréhender (Paragraphe 1). Une chose est sûre, même après sa multiplication dissipée au sein des procédures collectives, il reste une opération de cession, sortant des rouages du droit commun de la cession, notamment en raison de son caractère judiciaire (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La configuration du plan de cession jusqu'à la loi sauvegarde du 26 juillet 2005

A l'aube de la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, le plan de cession, notion civiliste, faisait figure d'une mesure de redressement tourné vers le sauvetage de l'entreprise, alors que la cession d'unité de production était considérée comme une mesure liquidative puisqu'insérée au sein de la liquidation judiciaire. Pourtant, force est de reconnaître que ces deux cessions ne sont pas si éloignées l'une de l'autre (A).

A la suite de l'adoption de cette loi, le transfert de la cession d'entreprise au sein des dispositions relatives à la liquidation judiciaire devait permettre une certaine simplification et clarification de la notion. Toutefois, la réalité fut toute autre car le débat s'est intensifié au sujet de la réelle nature du plan de cession (B).

A) Une notion éminemment civiliste

Jusqu'à la loi Badinter du 25 janvier 1985, la notion de plan de cession était absente. Pourtant, en y regardant de plus près, a été développé bien avant, l'idée d'une reprise d'entreprise par un tiers repreneur. En effet, par l'utilisation de l'article 69 de la loi du 13 juillet 1967, le concordat appelé communément par la pratique « *par abandon d'actif* » entraînait la cession des actifs de l'entreprise, comme son fonds de commerce, ses unités de production, ainsi que la reprise des contrats de travail à un tiers repreneur²². Cet ancêtre du plan de cession, issu de la pratique des tribunaux de commerce, fut consacré par la loi du 25 janvier 1985 en redressement judiciaire afin de moraliser une opération dite à forfait qui donnait lieu à de nombreux abus²³. Toutefois, cette consécration fut partielle, dans le sens où l'appel à candidature pour un plan de cession était mis en œuvre seulement si un plan de continuation était impossible.

Or, la cession d'entreprise peut se faire dans un autre cadre que le redressement judiciaire, dans le cadre d'une liquidation judiciaire par le biais de la procédure de cession d'unité de production.

²² GORINS C., Evolution de la cession judiciaire d'entreprise en prévention et en procédure collective, BJE 2015, n°3, p. 185.

²³ Art. L. 621-83 du Code de commerce.

PLAN DE CESSION		CESSION D'UNITE DE PRODUCTION
<i>Procédure pendant laquelle la cession a lieu</i>	Le plan est préparé et adopté dans le cadre du redressement judiciaire.	La cession est préparée et réalisée pendant la liquidation judiciaire.
<i>Préparation de la cession</i>	L'administrateur examine les offres et prend les actes nécessaires à la réalisation de la cession.	Le liquidateur reçoit les offres et prend les actes réalisant la cession.
<i>Contenu des offres</i>	<ul style="list-style-type: none"> - prévisions d'activité et de financement - prix de cession - date de la cession - perspectives d'emploi - garanties - prévisions de cessions d'actifs pour les deux années suivantes 	<ul style="list-style-type: none"> - prévisions d'activité et de financement - prix de cession - date de la cession - perspectives d'emploi - garanties
<i>Publicité des offres</i>	Les offres sont confidentielles.	Les offres sont consultables au greffe par tout intéressé.
<i>Cession des contrats en cours</i>	Le tribunal peut décider la cession des contrats nécessaires au maintien de l'activité.	Le tribunal ne peut pas décider de céder les contrats.
<i>Sort des contrats de travail</i>	Le plan peut prévoir des licenciements économiques, qui sont prononcés sur simple notification de l'administrateur et restent à la charge du débiteur.	L'article L. 122-12 du code du travail s'applique. Il n'y a pas de procédure dérogatoire pour les licenciements une fois la cession prononcée.
<i>Sort des biens grevés de sûretés</i>	Le paiement du prix de cession emporte purge des sûretés, sauf exception.	Aucune restriction n'est apportée au droit de suite des créanciers titulaires de sûretés. C'est donc à l'acquéreur de procéder à la purge des sûretés, dans les conditions du droit commun.
<i>Contrôle postérieur</i>	Le cessionnaire rend compte de l'application du plan au commissaire à l'exécution du plan. S'il ne respecte pas ses engagements, le tribunal peut prononcer la résolution du plan.	Aucune sanction n'est prévue en cas d'inexécution des engagements de l'acquéreur en matière de maintien de l'activité ou d'emploi.

A la lecture de ce tableau comparatif²⁴, il apparaît très clairement que ces deux cessions font double emploi, l'une est réalisée en redressement judiciaire et l'autre en liquidation judiciaire. Il est étonnant de retrouver un tel schéma de cession dans la liquidation judiciaire. En effet, cette dernière a pour unique dessein de désintéresser les créanciers, c'est à dire de liquider les actifs d'une entreprise pour permettre un règlement collectif et égalitaire des créanciers. C'est pourtant dans le but d'améliorer le prix obtenu par les créanciers, que la loi de 1985 a permis la réalisation de l'actif par le biais non plus d'une cession à forfait mais d'une vente d'unité de production ou d'une vente de biens isolés. Toutefois, en s'y penchant de plus près, il est possible de remarquer la dualité de ces deux cessions et les inconvénients qui en découlent. Ainsi, les effets au regard de la transmission des contrats de travail, des contrats nécessaires au maintien de l'emploi et des sûretés ne sont pas les mêmes. Alors que le plan de cession impose la poursuite des contrats nécessaires au maintien de l'activité, la cession d'unité de production n'y fait pas référence. Le repreneur n'a donc pas les mêmes chances de succès dans la reprise de l'exploitation. L'intérêt d'une cession d'entreprise est entre autre de reprendre les contrats en cours pour repartir sur des bases solides avec une base de clients par exemple. Le plan de cession entraîne également la purge des sûretés, ce qui n'est pas le cas dans la cession d'unité de production. A ce sujet, il est possible de considérer que cette mesure respecte d'avantage la finalité naturelle de la liquidation judiciaire, le désintéressement des créanciers. Ici, encore, le repreneur se retrouve dans une situation peu confortable de sorte que le prix de cession n'est qu'une partie de ce qu'il va réellement devoir déboursier.

La loi du 26 juillet 2005 sur la sauvegarde des entreprises a mis fin à cette dualité de régime par l'unification du plan de cession et de la cession d'unité de production au sein de la liquidation judiciaire. Ce déplacement de la cession d'entreprise a subi de vives critiques.

B) L'ambiguïté de la notion de plan de cession : une mesure de redressement ou de liquidation ?

A l'occasion de la loi de sauvegarde des entreprises en 2005, une mesure a été très controversée : le transfert du plan de cession dans le cadre de la liquidation judiciaire car les rédacteurs ont pris le parti de mettre en avant l'aspect liquidatif de la cession de l'entreprise²⁵.

Depuis, l'article L. 640-1 du Code de commerce prévoit la double finalité poursuivie par la procédure de liquidation judiciaire. Selon cet article « *la procédure de liquidation judiciaire est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits et de ses biens* ». Dès lors, la liquidation judiciaire n'a pas uniquement pour objet la

²⁴ DE ROUX X., Rapport Commission des lois sur le projet de la loi de la sauvegarde des entreprises, 24 février 2005, n° 2095.

²⁵ HENRY L.-C., *loc. cit.*, p. 8.

disparition de l'entreprise par la liquidation de ses actifs et la répartition du produit de la réalisation de ses actifs entre les créanciers du débiteur. En effet, selon l'article L. 642-1 du Code de commerce, le tribunal peut également décider de la cession par voie de plan de toute ou partie de l'activité au profit d'un tiers repreneur.

Cependant, cette introduction a été sujette à controverse car de nombreux auteurs étaient partagés sur la nature de la notion de plan de cession. Pour certains auteurs, le plan de cession était considéré comme une technique liquidative, pour d'autres il s'agissait d'un élément de restructuration entre les mains d'un tiers repreneur. De plus, certains soulignaient le fait que les procédures de sauvegarde et de redressement étaient des procédures où le débiteur pouvait poursuivre lui-même son activité, ce qui excluait intrinsèquement le plan de cession. Ce critère de distinction, selon la continuation de l'activité par le débiteur ou un tiers repreneur, paraissait réducteur pour affirmer l'aspect liquidatif du plan de cession²⁶.

Pourtant à y regarder de plus près, la cession-liquidation se rattache étroitement à la cession-redressement. Nul ne peut nier la proximité de ces deux cessions qui ne sont pas si différentes l'une de l'autre. Ainsi, la cession-liquidation permet au repreneur de présenter une offre dès le début de la procédure et le tribunal peut ordonner la poursuite de l'activité en cas de cession totale ou partielle de l'entreprise. Toute comme dans la cession-redressement, cette cession permet la poursuite de l'activité en attendant la reprise de l'entreprise par un tiers repreneur. Enfin, comme dans l'ancienne cession-redressement, le tribunal peut imposer la cession judiciaire des contrats nécessaires au maintien de l'activité²⁷. Ces similarités démontrent très clairement la survie d'éléments essentiels du régime antérieur de la cession-redressement. Par ces ressemblances, l'idée d'une mesure liquidative s'estompe. Toutefois, il n'est pas possible de nier que la localisation de la cession au sein de la liquidation judiciaire entraîne des conséquences singulières. Ainsi, le plan de cession apparaît à la lumière de l'article L. 631-22 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 12 mars 2014, comme subsidiaire à un plan de redressement. Cet article consacre indirectement la primauté du plan sur la cession d'entreprise. Etant placé au sein de la liquidation judiciaire, il apparaît cohérent que le plan de cession ne puisse être déclenché qu'en dernier ressort et donc après l'échec préalable d'un plan de redressement²⁸. Cette hiérarchie des plans est en adéquation avec les exigences posées par le protocole additionnel de la Convention européenne des droits de l'Homme. En effet, dans l'article 1, il est indiqué qu'une mesure aussi grave ne puisse intervenir qu'en l'absence de solutions plus respectueuses du droit de propriété²⁹. Ainsi, Madame le professeur Lebel précise que la modification rédactionnelle de cet article « met un terme à la conception antérieure selon laquelle l'option entre plan de redressement et

²⁶ SAINT-ALARY-HOUIN C., Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises continuité, rupture ou retour en arrière, *loc. cit.*, p. 8.

²⁷ COURET A., Le plan de cession, mesure de redressement ou de liquidation ?, *RLDA* 2005, n° 80.

²⁸ LEBEL C., La consécration législative de la primauté du plan sur la cession de l'entreprise, *JCP E* 2016, n° 45.

²⁹ COURET A., *loc. cit.*, p. 16.

cession de l'entreprise ressort du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, qui n'ont que l'obligation de motiver leur décision »³⁰.

De plus, la liquidation judiciaire implique forcément le dessaisissement du débiteur³¹. Cette conséquence apparaît comme une des traces de l'ancienne faillite avec cette notion de sanction. Le dessaisissement est la conséquence directe de son impuissance à redresser seul son entreprise.

Par ailleurs, la frontière peut paraître fine dans le sens où le législateur a réintroduit la cession de l'entreprise dans le cadre du redressement judiciaire. Initialement, le projet de loi de 2005 prévoyait sa suppression pour éviter toute confusion avec le plan de cession prévu au sein de la liquidation judiciaire. Cependant, face au soulèvement de la doctrine, les parlementaires ont finalement restauré la faculté de prononcer la cession d'entreprise en redressement judiciaire, prévue désormais à l'article L. 631-13 du Code de commerce³². Cette réponse législative, fruit d'un compromis, démontre qu'en fin de compte la cession n'est pas seulement une mesure liquidative. En effet, il est admis qu'en dépit de la transmission des actifs de l'entreprise à un tiers, l'entreprise perdure comme une entité économique et que cette cession contribue au maintien de son activité³³.

Finalement, le plan de cession est une notion dont la coloration reste à déterminer, ni totalement noire, ni totalement blanche.

Paragraphe 2 : Le caractère judiciaire de la cession d'entreprise

La loi Badinter du 25 janvier 1985 a été le début de la multiplication des plans, notamment des plans de cession. A y regarder de plus près, le plan de cession se trouve partout dans le paysage du droit des entreprises en difficulté, des procédures amiables jusqu'aux procédures collectives (A). Le fil conducteur qui lie ces plans de cession est leur nature judiciaire (B).

A) Le ou les plans de cession

La cession judiciaire de l'entreprise est envisagée dans le cadre d'un plan de cession. Toutefois, se pose la question de savoir ce que signifie réellement un plan. A priori, un plan permet une certaine projection dans l'avenir, d'une certaine anticipation. Pour le droit des entreprises en difficulté, le plan permet par la mise en place de moyens financiers, structurels et sociaux de pérenniser l'entreprise³⁴. Cette idée de plan est d'autant plus liée au rôle joué par l'institution judiciaire. En effet, le plan est arrêté

³⁰ LEBEL C., *loc. cit.*, p. 16.

³¹ Art. L. 641-9, I du Code de commerce.

³² Réglementée par l'art. L. 631-22 du Code de commerce.

³³ SAINT-ALARY-HOUIN C., Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises continuité, rupture ou retour en arrière, *loc. cit.*, p. 8.

³⁴ VALLANSAN J., Le plan, les plans, quels plans ?, *Rev. proc. coll.*, 2015, n° 3, dossier 36.

par le tribunal qui décide de l'opportunité et du sérieux d'un plan ainsi que de ses chances de pérenniser l'entreprise.

En réalité, doit-on parler de plan ou des plans ? C'est une question à laquelle il est possible de répondre en regardant de plus près la multiplication des plans depuis la loi du 25 janvier 1985. Par cette loi, le tribunal se voit confier le pouvoir d'assurer le redressement de l'entreprise, soit par un plan de continuation, soit par un plan de cession. Il n'est pas à l'initiative de ce plan, ni son rédacteur mais il décide du plan le plus adapté à assurer un redressement durable et pérenne de l'entreprise. Par conséquent, le plan de redressement comportait en réalité deux types de plan, d'une part, le plan de continuation de l'entreprise par le débiteur lui-même et d'autre part, le plan de cession où le redressement de l'entreprise était assuré par le biais d'un tiers repreneur. La pratique avait tendance à assimiler le plan de redressement au plan de continuation mais en réalité la loi prévoyait deux types de plan bien distinct³⁵. Après l'adoption de la loi de sauvegarde de 2005, un nouveau plan est apparu, le plan de sauvegarde. Désormais, il existe le plan de sauvegarde arrêté à l'issue de la période d'observation de la sauvegarde et le plan de redressement arrêté à l'issue de la période d'observation du redressement judiciaire. Madame le professeur Lebel déduit de cette évolution linguistique que « *la cession totale de l'entreprise ne répond pas aux critères légaux du plan* »³⁶. En effet, elle définit le plan comme « *le mécanisme juridique par lequel un débiteur en procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire réalise le maintien de l'activité, le paiement de ses créanciers et la sauvegarde des emplois* »³⁷. Pourtant, Madame le professeur Vallansan insiste sur le fait que la dénomination du plan est justifiée en raison du rôle joué par l'institution judiciaire. Elle précise que « *c'est ce rôle qui va faire la différence entre un plan et un concordat ou encore un plan et un accord de conciliation* »³⁸. De plus, elle ajoute qu'il faut se cantonner à la définition suivante « *le tribunal arrête un moyen d'assurer la pérennité de l'entreprise* », pour que la notion de plan de cession soit toujours de rigueur³⁹. Une définition plus large comme celle donnée par Madame le professeur Lebel exclut intrinsèquement la notion de plan de cession.

Les anciens articles L. 621-83 et L. 621-84 du Code de commerce se retrouvent désormais réunis au sein de l'article L. 642-1 du Code de commerce. Cet article définit la portée de la cession d'entreprise qui peut être totale ou partielle dans le cadre d'une liquidation judiciaire. D'une part, la cession peut être totale et porter sur l'ensemble des actifs. D'autre part, elle peut être partielle, c'est à dire porter sur « *un ensemble d'éléments d'exploitation qui forme une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activités* »⁴⁰. Les actifs qui ne font pas partis de ce sous-ensemble sont liquidés comme en matière de

³⁵ LEBEL C., *loc. cit.*, p. 16.

³⁶ *Ibidem.*

³⁷ *Ibidem.*

³⁸ VALLANSAN J., *ibidem.*

³⁹ *Ibidem.*

⁴⁰ Art. L. 642-1 du Code de commerce.

liquidation. De la même façon, l'article L. 631-13 du Code de commerce prévoit qu'une cession totale ou partielle est possible dans le cadre d'un redressement judiciaire et ce à titre subsidiaire. A contrario, seul un plan de cession partiel peut être envisagé à l'occasion d'un plan de sauvegarde. La procédure de sauvegarde se différencie des procédures de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire dans le sens où elle facilite la réorganisation de l'entreprise, avant qu'elle ne soit en cessation des paiements, par l'adoption d'un plan de sauvegarde. Selon l'alinéa 2 de l'article L. 620-1 du Code de commerce, la nécessité de réorganisation économique peut conduire « à l'arrêt, l'adjonction ou la cession d'une ou plusieurs activités », c'est à dire à un plan de cession partiel.

Plus récemment, l'ordonnance du 12 mars 2014 s'est fait remarquer par l'introduction d'un plan de cession anticipé dans le cadre de la conciliation, appelé plus communément « *prepack cession* ». L'alinéa 1 de l'article L. 611-7 du Code de commerce prévoit que le conciliateur peut « être chargé, à la demande du débiteur et après avis des créanciers participants, d'une mission ayant pour objet l'organisation d'une cession partielle ou totale de l'entreprise ». Cet article précise que cette cession envisagée dans le cadre d'une procédure amiable ne peut être mis en œuvre que « dans le cadre d'une procédure ultérieure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ».

La multiplication des plans de cession démontre la polyvalence du plan de cession au sein des procédures amiables et des procédures collectives. En fin de compte, la cession de l'entreprise peut se faire à l'occasion de toute procédure, quelle que soit la nature des difficultés rencontrées. Cette convergence se justifie par la similarité des objectifs régnant sur ces procédures. En effet, un plan poursuit nécessairement un objectif. L'article L. 642-1 du Code de commerce décrit la triple finalité poursuivie par le plan de cession. Ces mêmes objectifs se retrouvent dans le cadre d'une procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire aux articles L. 620-1, alinéa 1 et L. 631-1, alinéa 2 du Code du commerce. Il est vrai que l'objectif général qui en ressort est le « *sauvetage* » de l'entreprise. Cette identité de finalités démontre très clairement selon Madame le professeur Coquelet que « *le plan de cession reste, comme par le passé, un instrument au service du maintien de l'entreprise en difficulté* »⁴¹. Toutefois, la polyvalence de la cession d'entreprise entraîne corrélativement des difficultés de mise en œuvre. Entre autre, il faut s'adapter à son nouvel environnement et aux finalités de son prédécesseur, ce qui impose une prise en compte globale des intérêts de chacun des acteurs présents au sein de l'entreprise, non plus seulement ceux des créanciers.

⁴¹ COQUELET M.-L., Le plan de cession : faut-il déjà le réformer ?, *Rev. proc. coll.* 2008, n° 2, dossier 12.

B) La nature judiciaire de la cession d'entreprise

La nature juridique du plan de cession a donné lieu à de nombreuses interprétations doctrinales. Certains parlaient de « *contrat judiciaire* », d'autres parlaient d'une opération autonome de vente soumise aux dispositions de la loi du 25 janvier 1985. Cette dernière position a été partagée par le Monsieur le professeur Voinot qui rappelle « *qu'avec la loi du 25 janvier 1985, le plan devient une institution autonome, une technique de redressement qui relève d'un régime spécial : elle est une opération aléatoire qui donne lieu au versement d'un prix forfaitaire et qui échappe au droit commun de la vente. C'est une cession judiciaire qui n'est ni une vente volontaire, ni une cession forcée, ni encore une vente aux enchères* »⁴².

Au final, ces conceptions doctrinales s'attachent à appréhender la cession d'entreprise comme portant sur une universalité de fait et entraînant par conséquent le transfert total ou partiel de cet ensemble d'actifs.

Par ailleurs, la jurisprudence s'est rattachée à la conception judiciaire du plan de cession et a affirmé progressivement l'autonomie du plan de cession par rapport au droit commun de la vente⁴³. L'arrêt du 22 octobre 1996 confirme ce positionnement jurisprudentiel. Dans cet arrêt, la chambre commerciale de la Cour de cassation a exclu les règles de droit commun en raison du « *caractère forfaitaire de l'opération, impliquant l'existence d'un aléa exclusif de l'application des garanties prévues dans le droit commun de la vente et obéissant à des règles propres édictées en vue du maintien au moins partiel de l'activité, par une loi d'ordre public* »⁴⁴. Ainsi, le plan de cession échappe aux règles attachées au droit commun de la vente, notamment aux garanties légales comme la garantie des vices cachés⁴⁵. De la même manière, la cession exclut la garantie d'éviction, les droits de préemption⁴⁶ et l'obligation de non-concurrence. De ce fait, la cession se distingue nettement d'une simple opération de transfert de biens ou de droits, caractéristique d'une opération de nature liquidative. Monsieur Couturier rappelle à ce titre que « *le plan de cession n'est pas une simple technique liquidative mais une véritable technique de restructuration de l'entreprise défailante* »⁴⁷.

De plus, la cession de l'entreprise n'est pas concomitante à l'adoption d'un plan de cession, elle nécessite la réalisation d'autant d'actes de cession que d'actifs. Le transfert de propriété des biens et droits compris dans le plan n'interviendra que le jour où la cession est parfaite, c'est à dire lorsque le liquidateur ou l'administrateur auront suivi le formalisme propre à l'ensemble des biens cédés. Ce

⁴² VOINOT D., Droit économique des entreprises en difficulté, LGDJ, coll. droit et économie 2007, p. 277.

⁴³ CA Versailles, 9 février 1989, n° 040201.

⁴⁴ Cass. com., 22 octobre 1996, n° 94-10.356.

⁴⁵ SAINT-ALARY-HOUIN C., *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, 10^{ème} ed., 2016, p. 811.

⁴⁶ Selon l'art. L. 642-5 du Code de commerce, le plan de cession met en échec les droits de préemption prévus par le Code rural et de la pêche maritime et le Code de l'urbanisme.

⁴⁷ COUTURIER G., Le plan de cession, instrument de restructuration des entreprises défailtantes, Bull. Joly Sociétés 2008, n° 2, p. 142.

formalisme reprend également celui du droit commun de sorte qu'en présence d'un immeuble, la forme authentique devra être respectée. C'est ce qui ressort d'un arrêt de principe de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 26 janvier 1993⁴⁸.

En plus de respecter la forme, le liquidateur ou l'administrateur devra veiller à respecter minutieusement les objectifs arrêtés par le plan de cession.

Pourtant, il est possible d'apercevoir un infléchissement de l'autonomie du plan de cession par rapport au droit commun. En effet, de façon mécanique, le droit commun revient sur le devant de la scène. Par exemple, face à l'échec des clauses de garanties d'actif et de passif, les recours légaux ont fait leur grand retour, alors qu'ils sont de prime abord exclus en raison du caractère judiciaire du plan de cession⁴⁹. Les lignes bougent et les frontières entre le droit commun et le droit spécial s'affinent, de sorte que le droit des entreprises en difficulté n'est plus un socle de règles étanches.

L'ambivalence du nouveau portrait du plan de cession n'est pas de nature à remettre en question le processus même de la cession d'entreprise. Comme auparavant, la reprise d'entreprise en difficulté n'a d'intérêt que si des repreneurs intéressés formulent des offres d'acquisition.

Section 2 : La présentation de l'offre d'acquisition par le repreneur

Généralement, l'offre est la manifestation de volonté selon laquelle une personne se déclare prête à conclure un contrat déterminé à des conditions précisées⁵⁰. En principe, elle peut être rétractée jusqu'à son acceptation par le destinataire. Toutefois, l'offre formulée dans le cadre d'une procédure collective est différente en raison des règles particulières qui la gouvernent. Elle est ainsi intégrée dans des mécanismes institués par le législateur afin d'assurer la finalité qui est la sienne, le sauvetage de l'entreprise. C'est donc un moyen qui permet à une tierce personne de l'entreprise de formuler des propositions ayant pour objet l'acquisition partielle ou totale de l'entreprise selon la procédure ouverte⁵¹. Ainsi, l'offre de cession est soumise à des règles d'ordre public qui apportent des restrictions au principe de la liberté contractuelle, de même qu'aux modalités de l'opération et à ses effets⁵². A ce titre, n'importe quelle personne ne peut formuler une offre de reprise (Paragraphe 1). De plus, la rédaction de l'offre fait l'objet d'une attention toute particulière de la part du législateur. En effet, elle est vouée à représenter le devenir de l'entreprise, elle ne peut donc laisser place à des offres hasardeuses sans aucune perspective d'avenir (Paragraphe 2).

⁴⁸ Cass. com., 26 janvier 1993, n° 91-40.308.

⁴⁹ COURET A., *loc. cit.*, p. 16.

⁵⁰ Lamy droit commercial, *La cession de l'entreprise*, spécificités de l'offre de reprise, 2016.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Ibidem*.

Paragraphe 1 : L'identité des auteurs de l'offre

Dès qu'une entreprise fait l'objet d'une cession d'entreprise partielle ou totale, les tiers sont admis à présenter des offres de reprise. La question est bien sûr de savoir qui sont ces tiers. A la lecture du Code de commerce, il apparaît très clairement que toute personne n'est pas considérée comme un tiers et donc comme un potentiel repreneur. La première victime des interdictions édictées à ces articles est le débiteur. Cependant, des tempéraments sont envisagés pour les exploitations agricoles afin que ces dernières puissent faire l'objet d'une reprise même par le cercle proche du débiteur (A). Outre les personnes visées par ces interdictions légales, toute personne devrait pouvoir formuler une offre. Or, dans la réalité, des problèmes d'interprétation apparaissent en présence d'un vide juridique. Ainsi, l'attribution de la qualité de tiers à un associé n'est pas si unanime (B).

A) La détermination de la qualité de repreneur

Toute personne ne peut pas faire une offre de reprise et donc être repreneur. C'est en tout cas l'enseignement qui ressort des articles L. 631-13 et L. 642-3 du Code de commerce. En effet, il doit s'agir d'un tiers à l'entreprise. La qualité de « tiers » entraîne forcément l'exclusion du débiteur. Cette interdiction se justifie dans le sens où le débiteur pourrait poursuivre son activité, son passif antérieur ayant disparu. Cela évitera comme le dit Monsieur le professeur Le Corre « *que le défaillant ne soit pas le profiteur* »⁵³. Toutefois, cette interdiction ne se limite pas au débiteur, elle touche également les personnes qui ont des liens étroits avec ce dernier. A ce titre, les dirigeants de droit ou de fait (lorsque le débiteur est une personne morale) et les parents ou alliés jusqu'au deuxième degré de ces dirigeants ou du débiteur personne physique ont l'interdiction de se présenter comme repreneur. De même, les contrôleurs⁵⁴ ne peuvent plus formuler une offre de reprise que ce soit directement ou par personne interposée, car ils participent à la procédure⁵⁵ et obtiennent par ce biais des informations privilégiées. La loi du 26 juillet 2005 a remédié à cette anomalie par leur ajout sur la liste des personnes dans l'impossibilité de faire une offre de reprise⁵⁶. Cette interdiction a changé la donne pour les créanciers. En effet, ils devront réfléchir en amont avant d'assumer les fonctions de contrôleur. Quoiqu'il en soit, cette vague d'interdiction a eu pour but de moraliser le plan de cession.

⁵³ LE CORRE P.-M., Droit et pratique des procédures collectives : Dalloz Action, 2015-2016.

⁵⁴ Les contrôleurs sont désignés parmi les créanciers du débiteur qui en font la demande ou parmi les administrations financières, les organismes de sécurité sociale ou les institutions d'assurance chômage si ceux-ci en font la demande.

⁵⁵ Ils assistent le mandataire judiciaire dans ses fonctions et surveillent l'administrateur judiciaire pendant la période d'observation, à défaut de désignation le débiteur.

⁵⁶ Répertoire droit commercial, Le plan de cession, D. 2016.

Cette vague d'interdiction fut complétée par une seconde afin d'éviter les reprises détournées⁵⁷. Ainsi, il est fait interdiction aux personnes précédemment énumérées d'acquérir dans les cinq ans qui suivent la cession, tout ou partie des biens compris dans cette cession ainsi que des parts ou titres de capital de toute société ayant dans son patrimoine tout ou partie de ces biens. Par le biais de ce texte, le législateur souhaite lutter contre la pratique des prête-noms⁵⁸ qui acquièrent des biens pour les revendre à des personnes ayant l'interdiction d'acquérir, notamment le débiteur lui-même⁵⁹.

Cependant, l'alinéa 2 de ce même article mentionne des tempéraments. En effet, le tribunal peut autoriser la cession par jugement spécialement motivé, sur requête du ministère public et après avis des contrôleurs. Cette autorisation est spécifique aux exploitations agricoles et à des personnes déterminées, parents et alliés du débiteur. Cet affinement des potentiels repreneurs se justifie par le fait que les proches du débiteur sont le plus souvent les seuls acquéreurs. Une règle similaire a été insérée également à l'article L. 626-1 du Code de commerce. Ainsi, lorsqu'une cession partielle est envisagée au cours de la procédure de sauvegarde, le tribunal peut, après avoir recueilli l'avis du ministère public et des contrôleurs, autoriser la cession à une personne mentionnée à l'article L. 642-3 du Code de commerce, à l'exception du débiteur et des contrôleurs. Finalement, le but de moralisation du plan de cession est indemne car l'interdiction touche toujours les contrôleurs et le débiteur au titre de l'un quelconque de ses patrimoines.

Par ailleurs, se posait la question de savoir si ces interdictions entraînaient la privation du droit de propriété. A ce sujet, une Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC) avait été transmise à la Cour de cassation en 2014. La chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que la QPC des textes L. 642-3 et L. 642-20 ne présentait pas un caractère sérieux dans le sens où ces interdictions ne portaient pas une atteinte disproportionnée au droit de propriété du débiteur ou de son conjoint au sens de l'article 17 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 (DDHC)⁶⁰. L'atteinte ne paraît pas disproportionnée dans le sens où elle consiste à éviter les fraudes et à garantir une vente au meilleur prix. Même si le droit de propriété est un droit constitutionnel, il peut être limité lorsque l'intérêt général le justifie. La justification des interdictions dans un but d'intérêt général a conduit la Cour de cassation à rejeter la demande de renvoi de la QPC au Conseil constitutionnel⁶¹. Toutefois, l'interdiction d'acquérir ne doit pas se confondre avec l'interdiction de diriger. En effet, la chambre commerciale de la Cour de cassation a admis la recevabilité de l'offre de reprise d'un ancien dirigeant de droit qui avait cessé ses fonctions quelques jours avant l'ouverture de la procédure collective

⁵⁷ Art. L. 642-3, al. 1er du Code de commerce.

⁵⁸ Le contrat de prête-nom est un contrat par lequel une personne promet d'agir pour le compte d'un autre en dissimulant sous sa propre personnalité le véritable intéressé à l'opération projetée.

⁵⁹ LE CORRE P.-M., La situation générale du débiteur et des créanciers dans l'avant-projet de réforme des entreprises en difficulté, *Gaz. Pal.*, 2003, n° 345, p. 13.

⁶⁰ ARRAY A., *Cass. com.*, 18 février 2014, n° 13-40.071, *BJE* 1 juillet 2014, n° 04, p. 237.

⁶¹ *Ibidem*.

à la suite d'une interdiction de diriger la personne morale du débiteur⁶². Ainsi, se pose la question de savoir si l'interdiction d'acquiescer ne dépend pas de savoir si le dirigeant se trouvait ou pas en fonction le jour du jugement qui ouvre la procédure collective. A se positionner sur ce seul critère, il semble que cette solution soit hasardeuse et dangereuse car cet ancien dirigeant peut être à l'origine de la déconfiture de la société débitrice. Comme le dit justement Madame le professeur LECEA, « *il faudrait se baser sur des critères plus tangibles pour apprécier la qualité de tiers tels que l'ancienneté du dirigeant, c'est à dire le temps écoulé entre l'ouverture de la procédure collective et la cessation de ses fonctions* »⁶³. Ainsi, la proximité temporelle entre l'ouverture de la procédure collective et la cessation des fonctions pourrait démontrer le lien de cause à effet.

Il n'en demeure pas moins que la loi sanctionne ces interdictions par une nullité d'ordre public qui peut être demandée par tout intéressé ou le ministère public pendant trois ans à compter de la conclusion de l'acte ou le cas échéant, de sa publicité.

B) Les problèmes d'interprétation des repreneurs potentiels : la présence d'un vide juridique

A la lecture de l'article L. 642-3 du Code de commerce, il est possible de souligner que les associés ne figurent pas sur la liste des interdictions. Cela signifie-t-il, pour autant, que ces derniers peuvent formuler une offre de reprise ? A l'heure actuelle, aucun texte juridique ne précise si ces derniers sont habilités à intervenir comme repreneurs dans le cadre d'une cession. Face au silence du législateur sur la situation des associés, les interprétations à leur sujet ont divergé.

Bien avant la loi de sauvegarde, la doctrine voulait que les associés ou actionnaires ne puissent pas formuler une offre de reprise. Ils devaient être écartés car ils n'avaient pas une indépendance suffisante par rapport à l'entreprise défaillante. A ce sujet, un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence de 2001 précise ce que signifie être un tiers au sens de la loi. Selon cet arrêt, il faut qu'une personne soit étrangère à la situation du débiteur, ce qui signifie qu'elle doit posséder une certaine indépendance juridique, financière et économique suffisante⁶⁴. A ce titre, un associé majoritaire n'a pas cette indépendance car il influe de manière décisive sur les décisions de l'entreprise.

Pour autant, certains auteurs s'accordent à dire que la liste est limitative, de sorte que toute personne non mentionnée peut faire l'objet d'une offre de reprise. Dans le même sens, Monsieur le professeur Pagnucco pense également qu'il est opportun de ne pas trop réduire le cercle des repreneurs potentiels⁶⁵. Comme beaucoup de personnes, il pense que les associés peuvent être des repreneurs très sérieux dans

⁶² FRAIMOUT J.-J., Cass. com., 23 septembre 2014, n° 13-25.708 et n° 13-19.713, *Rev. proc. coll.* 6 novembre 2014, n° 6.

⁶³ LECEA E., La reprise d'entreprise en difficulté par un ancien dirigeant, *Gaz. Pal.* 2014, n° 331, p. 12.

⁶⁴ CA Aix-en-Provence, 14 février 2001.

⁶⁵ PAGNUCCO J.-C., Les associés et le plan de cession, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 3, dossier 43.

le sens où ils connaissent l'entreprise de l'intérieur⁶⁶. Aussi la Cour d'appel de Paris en 1996 a jugé très clairement que l'interdiction légale visait uniquement les dirigeants et non les associés, même si ces derniers détenaient une fraction du capital de la société débitrice⁶⁷. Ainsi, comme le dit si bien Maître Caramalli, « lorsque l'actionnaire détient une participation minoritaire dans le capital de sa filiale, la jurisprudence n'est pas frileuse à admettre l'indépendance entre les sociétés concernées »⁶⁸.

Cependant, il en est autrement concernant le sort de l'associé majoritaire ou de la holding. A la lecture des textes, aucune mention n'interdit expressément à ces derniers de formuler une offre de reprise dans le cadre d'un plan de cession. Toutefois, dans la plupart des situations, l'associé majoritaire sera qualifié de dirigeant de fait. L'omission n'est donc pas totale car sa qualité de dirigeant de fait se déduit de sa position de majoritaire. Il suffit de se référer à l'arrêt précédent de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence pour considérer que le critère d'indépendance de la définition d'un tiers à l'entreprise fait défaut lorsque l'associé détient une participation majoritaire dans la société. Pour autant, la jurisprudence tient compte d'un certain nombre d'éléments pour savoir si une offre formulée par une holding ou un associé majoritaire doit être refusée ou acceptée. Les critères suivants permettront de déterminer l'indépendance de l'offrant par rapport à la société débitrice⁶⁹ : l'absence de responsabilité de l'actionnaire repreneur dans la faillite de sa filiale, la contribution que l'actionnaire repreneur peut apporter pour le redressement de sa filiale, la recapitalisation de l'offrant et la reconstitution des organes de direction. Il en résulte que le refus de leurs offres n'est pas systématique et fait l'objet d'un contrôle à priori.

Quoi qu'il en soit, la jurisprudence ne ferme pas la porte à de potentiels acquéreurs. Dans le même sens, l'article L. 642-9 du Code de commerce donne la possibilité pour l'auteur d'une offre de substituer à lui-même un autre cessionnaire. Ce n'est que la reprise d'une jurisprudence constante de la Cour de cassation⁷⁰.

Paragraphe 2 : La rédaction de l'offre de reprise

La rédaction de l'offre de reprise est une étape très importante pour un repreneur intéressé. C'est en effet cette offre qui obtiendra les faveurs ou défaveurs du tribunal lors de son choix. Cette offre doit respecter un formalisme contraignant et comporter des mentions obligatoires telles que mentionnées à l'article L. 642-2, II du Code du commerce, sous peine qu'elle ne soit écartée (A). De plus cette offre tend à plus de transparence, dans le but de moraliser la cession d'entreprise (B).

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ CA PARIS, 4 juin 2016.

⁶⁸ CARAMALLI D., La qualité de tiers repreneur à une offre en plan de cession : la candidature des actionnaires, D. 2005, p. 2210.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Cass. 1^{ère} civ. 16 juillet 1991, *RJDA* 12/91, n° 1075, p. 899.

A) Le contenu réglementaire de l'offre de reprise

Dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire, les offres de reprise doivent être adressées à l'administrateur dès l'ouverture de la procédure. Aussi, dans le cadre d'une liquidation judiciaire, le dépôt des offres se fait auprès du liquidateur et de l'administrateur s'il en est désigné un, dans le délai fixé par le tribunal.

Tout acquéreur intéressé par la reprise d'une entreprise en difficulté doit faire une offre par écrit et signée, sous peine d'irrecevabilité. La rédaction de l'offre est faite en général par l'avocat du repreneur et doit suivre le cahier des charges édicté par les organes de la procédure⁷¹. Au sein de cette offre, il arrive très souvent qu'une introduction résume l'état de l'entreprise ciblée par la reprise ainsi que les points clés des termes de l'offre, à savoir une synthèse du projet industriel et économique, le prix de cession offert et les perspectives d'emploi⁷². Cette introduction reprend les objectifs poursuivis par la cession d'entreprise, à savoir le maintien de l'emploi, le paiement d'un prix pour apurer le passif et le maintien de l'activité. Quoiqu'il en soit, au final, cette offre doit comporter des mentions obligatoires qui sont énumérées à l'article L. 642-2, II du Code de commerce. Parmi ces mentions obligatoires, il faut citer la désignation des biens, droits et contrats que le repreneur s'engage à reprendre, les prévisions d'activité, le montant du prix et les perspectives d'emploi⁷³. Ce formalisme contraignant a pour but de dissuader les repreneurs opportunistes.

En premier lieu, l'offre de reprise doit présenter le repreneur potentiel ainsi que son projet de reprise. Dans sa présentation, le repreneur présente son activité, le nombre de salariés, les chiffres clés de l'exploitation de son entreprise⁷⁴. A ce titre, il fournit à l'appui un extrait Kbis, ses statuts à jour et le bilan de son activité durant ces trois dernières années. Ces éléments permettront de vérifier le caractère sérieux de l'offre. Ce développement est suivi par la présentation de son projet économique et industriel dans lequel il démontre, par exemple, la complémentarité de ses activités et de ses services avec celles du repreneur. Ce projet économique et industriel est complété par un second, le projet financier. Le repreneur, doit en effet prouver que financièrement l'entreprise sera viable et pérenne en présentant par exemple un business plan. Pour mettre en œuvre ces prévisions, il faut bien sûr avoir les sources de financement adéquates. C'est pourquoi, sera détaillé dans l'offre le prix de cession et les investissements futurs à réaliser.

En second lieu, l'offre présentera le périmètre de la reprise, c'est à dire les éléments d'actifs repris par le repreneur, notamment les éléments incorporels tels que la marque, les brevets, les autorisations administratives et les éléments corporels mobiliers ou immobiliers tels que le matériel et

⁷¹ MOULETTE C., Le repreneur : la rédaction des offres de reprise et leur portée, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 6, dossier 51.

⁷² *Ibidem.*

⁷³ *Ibidem.*

⁷⁴ Annexe 1.

l'outillage, les immeubles, le fichier clientèle, les véhicules, et les stocks⁷⁵. Chaque élément corporel et les stocks feront l'objet d'une évaluation préalable afin que le repreneur puisse chiffrer son offre. Au même titre, il devra indiquer les éléments grevés de sûretés qu'il souhaite reprendre ou non⁷⁶. Ce choix n'est pas totalement libre, notamment lorsqu'il s'agit d'un bien nécessaire à l'entreprise⁷⁷. Le repreneur devra également préciser les contrats d'exploitation qu'il souhaite reprendre⁷⁸. Cette décision sera le fruit d'une réflexion à la suite de l'audit réalisé en amont⁷⁹. Cette vision globale lui permettra de choisir les contrats qui selon lui, sont nécessaires pour sauver l'entreprise. Ces contrats d'exploitation ne sont pas les seuls à faire l'objet d'une décision de reprise par le repreneur, les contrats de travail sont également concernés. C'est en effet la partie la plus délicate de l'offre de reprise car le repreneur indique le nombre de salariés qu'il compte reprendre⁸⁰. Objet de toutes les contestations, cette catégorie déterminera le maintien de tout ou partie des emplois. C'est souvent sur ce point précis que se départage les offres concurrentes et non plus comme avant, sur la faculté à assurer l'apurement du passif avec le prix de cession offert.

Selon l'article L. 642-2, III du Code de commerce, si le débiteur exerce une profession libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé, l'offre doit comporter l'indication de la qualification professionnelle du cessionnaire. Cette indication a pour but de s'assurer du sérieux de la démarche du repreneur et de prouver qu'il peut bien exercer l'activité professionnelle concernée.

Au final, l'ensemble des éléments inclus dans l'offre de reprise permettra au tribunal de déterminer le sérieux de l'offre et l'implication du repreneur dans le sauvetage de l'entreprise.

Il faut toutefois préciser qu'une fois déposée, l'offre est intangible. Elle lie son auteur jusqu'à la décision du tribunal arrêtant le plan. Cette intangibilité de l'offre explique pourquoi l'offre ne peut être ni retirée, ni modifiée sauf si la modification est destinée à l'améliorer « *dans un sens plus favorable aux objectifs mentionnés au premier alinéa de l'article L. 642-1 du Code de commerce* »⁸¹. C'est pourquoi la Cour de cassation a considéré que l'administrateur devait fournir au cessionnaire toutes les informations sur la situation de l'entreprise cédée, sous peine d'engager sa responsabilité⁸². Dans les faits, l'administrateur n'avait pas mentionné l'existence d'un bail. Toutefois, se pose la question de savoir quand peut être améliorée cette offre de reprise. Les décrets du 28 décembre 2005 ne donnent aucune indication à ce sujet. La seule mention à laquelle il est possible de se référer est la suivante « à

⁷⁵ Annexe 1.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Cf. infra, Titre 1, Chapitre 2, Section 2, Paragraphe 1, A) La charge légale des prêts augmentative du prix de cession, p. 41.

⁷⁸ Annexe 1, *ibidem*.

⁷⁹ Cf. infra Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1, B) L'élaboration d'un audit pour mieux cerner les contours de l'entreprise à reprendre, p. 65.

⁸⁰ Annexe 1, *ibidem*.

⁸¹ Art. L. 642-2, V du Code de commerce.

⁸² Cass. com., 8 janvier 2008, n° 07-10.079.

peine d'irrecevabilité, aucune indication ne peut être apportée à une offre postérieurement à l'audience au cours de laquelle a été débattue contradictoirement »⁸³. Par la combinaison de textes du Code de commerce et de ces décrets, il est possible de penser que les offres peuvent être améliorées jusque et pendant cette audience⁸⁴. Fort heureusement, le décret du 12 février 2009 est venu rétablir le régime antérieur de la loi du 25 janvier 1985. Ainsi, sous peine d'irrecevabilité, l'offre doit être présentée « *deux jours ouvrés avant la date fixée pour l'audience d'examen des offres par le tribunal* »⁸⁵.

Il convient néanmoins de préciser que le repreneur peut formuler dans l'offre de reprise une condition suspensive dont la réalisation est une condition de maintien de l'offre déposée. C'est le cas lorsque l'offre de reprise est conclue sous la condition suspensive de l'accord sur les aides sollicitées⁸⁶. Il n'en demeure pas moins que l'offre étant irrévocable et inconditionnelle, le repreneur doit lever cette condition au plus tard le jour de l'audience du jugement sous peine que l'offre ne soit pas retenue par le tribunal.

B) La transparence de l'offre de reprise : le savant mélange de publicité, d'information et de consultation

Dès le jugement d'ouverture des procédures de redressement judiciaire et de liquidation judiciaire, l'entreprise est considérée comme « *à vendre* ». A cette occasion, de nombreux repreneurs vont adresser des offres de reprise aux organes de la procédure. C'est pourquoi, l'article L. 642-2, IV du Code de commerce prévoit que les offres de reprise font l'objet d'une publicité. En effet, dans un but de transparence, la loi de sauvegarde des entreprises a renforcé l'information donnée sur les différentes offres. Par conséquent, le liquidateur ou à l'administrateur doit d'une part, informer le débiteur, le représentant des salariés et les contrôleurs du contenu des offres reçues et d'autre part, déposer les offres au greffe du tribunal afin de permettre à tout intéressé d'en prendre connaissance.

Toutefois, il apparaît très clairement que par ce biais, le législateur tend à favoriser la transparence au profit de la confidentialité. Pourtant, la confidentialité est le maître mot dans les procédures de prévention car elle permet la préservation des intérêts de l'entreprise. A titre d'illustration, la Cour de cassation a privilégié la confidentialité au profit de la liberté d'expression estimant qu'elle permet de protéger l'entreprise qui a recours à de telles procédures. Cependant, elle tient à préciser que la confidentialité peut être écartée, à condition que la liberté d'expression contribue à la nécessité d'informer le public sur une question d'intérêt général⁸⁷. L'introduction du *prepack-cession* par l'ordonnance du 12 mars 2014 soulève forcément cette même problématique entre d'un côté, les

⁸³ D. 28 décembre 2005, art. 252-II, al. 2.

⁸⁴ GOURDAIN P., Amélioration de l'offre de cession d'entreprise : jusqu'à quand ?, JCP E 2007, n° 51-52.

⁸⁵ Art. R. 642-1, al. 3 du Code de commerce.

⁸⁶ MOULETTE C., *loc. cit.*, p. 26.

⁸⁷ Cass. com., 15 décembre 2015, n° 14-11.500.

exigences de confidentialité inhérentes à la procédure et de l'autre côté, la publicité nécessaire pour que des offres tierces puissent être reçues. Dans le cadre d'une offre de reprise, le tribunal doit vérifier que le mandataire ad hoc ou le conciliateur ont assuré une publicité suffisante de l'offre de cession⁸⁸. Afin d'encadrer ce contrôle et dans un but de transparence des offres de cession, la loi justice du XXIème siècle du 18 novembre 2016 prévoit désormais à l'article L. 642-2 du Code de commerce que « *le mandataire ad hoc ou le conciliateur devront rendre compte au tribunal des démarches effectuées en vue de recevoir des offres de reprise, et ce malgré l'article L. 611-15 du Code de commerce relatif à la confidentialité* ». Ainsi, l'exigence de transparence des offres de cession transcende la nécessaire confidentialité des procédures de prévention.

Dans le cadre des procédures collectives, la transparence est de rigueur car elle permet une concurrence loyale entre les différents acquéreurs potentiels. En effet, ils ont en leur possession des documents de la « data room » constituée par l'administrateur ou le liquidateur avec l'assistance du débiteur et le plus souvent mise en ligne. Chaque repreneur part ainsi sur un pied d'égalité, car il rédige son offre de reprise à partir de ces seules informations et de l'audit qu'il aura réalisé en amont. Toutefois, afin de limiter les dangers de la diffusion d'une information dite sensible, les repreneurs intéressés devront s'engager à respecter un devoir de confidentialité avant d'avoir accès à la « data room ». En fin de compte, selon un administrateur judiciaire, « *la confidentialité de droit commun doit n'être affectée, sous le contrôle des organes de la procédure, du juge-commissaire et du tribunal, que pour les besoins de la procédure et de l'élaboration des offres de reprise* »⁸⁹. Cette question de la confidentialité s'est également posée concernant l'information-consultation du comité d'entreprise et du comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, dans le cadre d'une cession préparée en conciliation. Le Code de commerce est silencieux sur la question et la doctrine est divisée sur l'intérêt réel de cette consultation.

Depuis la loi du 14 juin 2013, le comité d'entreprise et le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail sont consultés sur le repreneur lorsque le projet de plan de cession est envisagé dans le cadre d'une liquidation judiciaire et prévoit des licenciements.

Par ailleurs, la loi Florange du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle a créé l'obligation pour un employeur qui ferme un établissement appartenant à un groupe de plus de 1000 salariés de rechercher un repreneur. La recherche d'un repreneur y compris parmi les salariés permet d'une part, de sauver l'entreprise et d'autre part, de conserver tout ou partie des emplois. Pourtant, une QPC avait été transmise au Conseil constitutionnel afin de savoir si cette obligation ne portait pas atteinte à la liberté d'entreprendre. Le Conseil constitutionnel a jugé que ce n'était pas le cas en raison de l'encadrement minutieux des offres de reprise⁹⁰. Ainsi, d'une part, le comité d'entreprise doit être tenu au courant du

⁸⁸ Art. R. 642-40 Code de commerce.

⁸⁹ BOURBOULOUX H., Confidentialité et transparence réconciliées pour la prévention et le traitement des difficultés, *BJE* 2012, n° 3, p. 183.

⁹⁰ Cons. Const., 27 mars 2014.

projet de fermeture de l'entreprise. A cette occasion, l'employeur lui communique les raisons économiques ou financières du projet, les actions menées pour trouver un repreneur et les possibilités offertes aux salariés pour déposer une offre⁹¹. D'autre part, en cas de recherche d'un repreneur, il doit l'aviser des offres reçues dans les huit jours qui suivent leur réception.

Au final, des offres successives vont être mises en concurrence. Cette transparence permet de favoriser une surenchère entre les potentiels repreneurs afin d'obtenir la meilleure offre. A contrario, elle a pour but d'éviter des situations de monopole ou de concurrence déloyale entre deux repreneurs.

La transmission des actifs corporels et incorporels de l'entreprise à un tiers repreneur révèle le caractère onéreux de la cession d'entreprise. En effet, le produit de la vente des actifs de l'entreprise symbolisera le prix de cession déboursé par le repreneur. Cette conception classique du prix de cession représente l'aspect liquidatif de la « cession-liquidation ». Toutefois, cette conception s'avère aujourd'hui plutôt obsolète. La vision sociale et économique de la cession d'entreprise est plus que jamais au cœur de l'actualité.

CHAPITRE 2 : LA TRANSMISSION D'ACTIFS CORPORELS ET INCORPORELS POUR UN PRIX DE CESSION

La transmission des actifs corporels et incorporels de l'entreprise n'est effective qu'à la condition que le repreneur paie dûment un prix de cession. Classiquement, le prix de cession se résume au paiement de la réalisation des actifs de l'entreprise. Il fait ensuite l'objet d'une répartition minutieuse entre les différents créanciers du débiteur dans le but de les désintéresser. La répartition classique du prix de cession suit un ordre de classement bien précis. En effet certaines créances sont privilégiées telles que le superprivilège des salaires ou le paiement des frais de justice postérieurs à l'ouverture de la procédure (Section 1). Cependant, il est important de souligner que la vision classique du prix de cession est erronée car le prix de cession ne se résume pas à la somme des actifs de l'entreprise. En effet, il est majoré par des charges augmentatives du prix. Ainsi, le poids de la reprise est révisé à la hausse car le repreneur peut prendre à sa charge les prêts, les indemnités de résiliation et de congés payés. En réalité, la cession de l'entreprise représente une opération globale économique qui forme un prix de cession. Cette prise de conscience est encore plus nette au regard du paiement des honoraires des organes de la procédure (Section 2).

⁹¹ Art. L. 1233-57-9 et L. 1233-57-10 du Code du travail.

Section 1 : Le paiement d'un prix de cession forfaitaire et global

La cession d'entreprise est un mode de réalisation du patrimoine du débiteur qui poursuit trois finalités telles qu'énoncées à l'article L. 642-1 du Code de commerce. Au travers de ces objectifs, les obligations du cessionnaire apparaissent, tout particulièrement le paiement d'un prix de cession. Pour autant, cette obligation n'est pas la seule que doit honorer le cessionnaire (Paragraphe 1). Par ailleurs, le produit de la réalisation des actifs du cédant fera l'objet d'une répartition entre les différents créanciers du débiteur. Or, à y regarder de plus près, tous les créanciers ne sont pas placés sur un même pied d'égalité (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le paiement d'un prix de cession

Dans son offre de reprise, le repreneur devra faire figurer un prix de cession destiné à apurer le passif du débiteur. Dans la conception civiliste, le prix de cession est le reflet de la somme des actifs corporels et incorporels de l'entreprise, de sa valeur. Ce critère est très important car il sera déterminant pour le choix du tribunal (A). Une fois désigné, le cessionnaire devra honorer les engagements auxquels il a souscrit, comme maintenir tout ou partie des emplois ou le paiement de certaines dettes. Ces engagements sont à sa charge, il ne peut s'y soustraire (B).

A) La conception civiliste du prix de cession

Selon la conception civiliste, la cession d'entreprise est assimilée à une vente d'actifs corporels et incorporels. Elle représente de ce fait le prix de l'ensemble des actifs de l'entreprise. Ainsi, lors de la rédaction de son offre de reprise, le repreneur devra indiquer un prix de cession et le ventiler entre les éléments incorporels, corporels et les stocks. Le repreneur s'engage par ce biais à verser un prix cohérent eu égard à l'entreprise qu'il va reprendre. Toutefois, cet engagement ne sera effectif que si le tribunal fait le choix de préférer son offre de reprise parmi l'ensemble des offres. Il est important de préciser que si son offre est retenue par le tribunal, ce dernier ne peut pas augmenter le prix de cession. En effet, il a seulement le droit de le baisser, à moins que le repreneur donne son accord lors de l'adoption définitive du plan.

Avant l'audience du tribunal, les offres définitives sont remises à l'administrateur judiciaire ou au liquidateur à la date fixée, deux jours ouvrés au moins avant l'audience du tribunal appelé à statuer sur ces dernières. A cette occasion, l'administrateur judiciaire ou le liquidateur rédige un rapport sur les offres définitives où ils indiquent les avantages et inconvénients de chaque offre et celles qu'ils considèrent comme répondant le mieux aux objectifs mentionnés à l'article L. 642-1 du Code de commerce. En vertu de l'article L. 642-4 du Code de commerce, le tribunal doit avoir en main tous les

éléments lui permettant de vérifier le caractère sérieux de l'offre et sa qualité de tiers selon les interdictions édictées à l'article L. 642-3 du Code de commerce. Il doit également disposer des éléments permettant d'apprécier la capacité financière du repreneur notamment au regard du prix de cession. A travers ces éléments, le tribunal a une vision globale de l'offre.

Lors de l'appréciation des offres de reprise par le tribunal, le juge s'attache très fortement au prix de cession, considéré comme un critère décisif pour apprécier le caractère sérieux de l'offre. A ce sujet, le législateur s'est efforcé de faire apparaître un prix réel, c'est à dire un prix qui n'est pas un euro symbolique. A juste titre, Monsieur le professeur Mousseron précise qu'un prix symbolique cache forcément quelque chose. En effet, cela peut-être une donation déguisée, la prise en charge d'un passif⁹². La dangerosité de ce type de cession était pourtant validée dans le passé même si elle fut très controversée. Il n'empêche qu'aujourd'hui le prix doit être cohérent eu égard à l'offre de reprise faite et donc aux engagements pris. Ce prix, même cohérent, ne permet pas forcément de payer l'ensemble du passif. En effet, le passif ne peut être apuré que de manière partielle. Cette possibilité est illustrée à l'article L. 641-4, alinéa 2 du Code de commerce. Le législateur dispense ainsi le liquidateur de la vérification de certaines créances chirographaires lorsqu'il apparaît que le produit de la réalisation des actifs permettra seulement d'apurer les frais de justice et les créances privilégiées. D'un point de vue fiscal, se posait également la question de savoir si le prix devait s'entendre comme étant toute taxe comprise ou hors taxe. Il semblerait qu'eu égard à un arrêt de la Cour de cassation du 9 janvier 2001, le prix devait être considéré comme hors taxe, selon un usage constant entre commerçants⁹³.

Il n'en demeure pas moins que le tribunal lors de son choix est amené à « *mettre en balance un prix généralement insuffisant et la sauvegarde des emplois* »⁹⁴. Autrefois, la balance de ces deux intérêts contradictoires était mal perçue car ils poursuivaient des objectifs différents. Depuis, le législateur prend en compte la sauvegarde des emplois au même titre que l'apurement du passif. En effet, le tribunal doit retenir 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* »⁹⁵.

Avant le jugement du tribunal ordonnant la cession, une audience a lieu devant le tribunal, en chambre de conseil plus précisément. Cette audience permet d'entendre l'ensemble des personnes mentionnées à l'article L. 642-5 du Code de commerce, entre autre le débiteur, les potentiels repreneurs, l'administrateur, le représentant du ministre public et le représentant du comité d'entreprise. A travers cette liste, il est possible d'apercevoir l'absence des créanciers, ce qui est regrettable en soi. Tout comme dans les plans de sauvegarde et de redressement, il aurait été souhaitable de connaître leur opinion sur l'opportunité des plans proposés. En effet, ils vont être directement impactés par le choix du repreneur.

⁹² MOUSSERON P., Cass. com., 17 novembre 2009, n° 09-11.824, *BJE* 1^{er} avril 2010, n° 4, p. 335.

⁹³ Cass. com., 9 janvier 2001.

⁹⁴ SOINNE B., Problématique du plan de cession d'entreprise, *Rev. proc. coll.* 1989, n° 4.

⁹⁵ Art. L. 642-5, al. 1 du Code de commerce.

Une fois que les personnes sont entendues, le tribunal rend un jugement où il peut décider de la cession globale, portant sur la totalité des actifs du débiteur ou de la cession partielle d'une branche autonome d'activité. Bien entendu, le choix du tribunal sera guidé par les objectifs fixés par les articles L. 642-1 et L. 642-5 du Code de commerce. Ce jugement d'arrêté du plan est communiqué et publié comme le jugement d'ouverture de la procédure. Il est également signifié dans les huit jours par le greffier aux personnes autres que celles qui ont qualité pour interjeter appel. En effet, les voies de recours contre ce jugement sont limitées, seuls le débiteur et le ministère public sont à même de faire appel. Toutefois, l'appel demeure possible par le cessionnaire si le plan lui impose des obligations auxquelles il n'avait pas souscrit dans son offre. Dans le même sens, les cocontractants du débiteur peuvent faire appel mais uniquement pour la partie du jugement qui décide de cette cession. Cet appel est réservé uniquement aux cocontractants dont les contrats sont cédés.

B) Les contours de cette obligation imposée au cessionnaire

Lors de la rédaction de l'offre de reprise, le repreneur souscrit plusieurs engagements. Une fois choisi par le tribunal, le repreneur doit accepter d'honorer ces derniers. Comme vu précédemment, l'un de ses premiers engagements est le paiement d'un prix de cession. La détermination du prix de cession s'impose à tous, y compris à l'administration fiscale qui ne peut se plaindre que le prix des biens soit minoré. Les modalités de règlement du prix sont prévues par le plan de cession. Il peut s'effectuer soit au comptant soit selon un échéancier. Il arrive qu'en pratique les deux modalités de règlement soient mises en œuvre conjointement.

En principe, l'engagement de payer un prix de cession a un caractère personnel. Cependant, le tribunal peut autoriser la substitution d'un tiers en vertu de l'alinéa 3 de l'article L. 642-9 du Code de commerce. Cette faculté de substitution doit avoir été prévue dans l'offre de reprise, c'est à dire bien avant la décision du tribunal arrêtant le plan. Avant la loi de sauvegarde de 2005 et en l'absence de texte à ce sujet, la Cour de cassation avait jugé que la garantie de l'auteur d'une offre de reprise en cas de substitution du repreneur ne s'étendait pas à l'exécution des contrats cédés par le jugement arrêtant le plan de cession. Cependant, l'article L. 642-9 du Code de commerce, issue de la loi du 26 juillet 2005, vient semer le trouble sur l'étendue de la garantie de l'auteur de l'offre car il prévoit que « *l'auteur de l'offre reste garant solidairement de l'exécution des engagements qu'il a souscrits* », la substitution de repreneur ne le décharge pas de ses obligations⁹⁶. Toutefois, un arrêt récent de la chambre commerciale de la Cour de cassation a reconduit la jurisprudence rendue sous l'empire de la loi antérieure⁹⁷. Ainsi, l'étendue de la garantie de l'auteur de l'offre ne s'étend pas aux engagements nés des contrats cédés. Il ne faut pas confondre la cession judiciaire des contrats et la cession conventionnelle de contrat. En effet,

⁹⁶ Cass. com., 8 décembre 1998.

⁹⁷ VINCENT C., Cass. com., 12 juillet 2016, n° 15-16.389, *BJE* 1 novembre 2016, n° 06, p. 405.

le plan de cession n'entraîne pas la transmission d'un contrat mais d'une pluralité. De plus, le consentement du cédé n'est pas requis. Par ailleurs, si la garantie était imposée pour l'exécution de tous les contrats cédés, cela entraînerait une confusion des personnalités juridiques des repreneurs (substituant et substitué). Cette clarification de la jurisprudence est la bienvenue car elle permet de garder l'intérêt de la substitution et de ce fait de ne pas effrayer les repreneurs potentiels de déposer des offres de reprise⁹⁸.

Par ailleurs, l'alinéa 1 de l'article L. 642-9 du Code de commerce institue des garanties de paiement. Ainsi, « *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* ». Cette inaliénabilité temporaire peut être levée par le tribunal après rapport du liquidateur qui devra consulter au préalable le comité d'entreprise, à défaut les délégués du personnel, en tenant compte des garanties offertes par le cessionnaire⁹⁹. Cette levée permet de faciliter la gestion de l'entreprise. Heureusement, cette indisponibilité ne s'étend pas aux stocks, actifs circulants destinés à être vendus. Ces stocks sont essentiels pour le repreneur car sans ces derniers, il n'est pas en mesure d'exercer son activité professionnelle et donc faciliter la reprise commerciale de l'entreprise. Le plus surprenant est l'absence de publicité de cette mesure. En effet, le repreneur potentiel peut n'apprendre qu'au dernier moment une telle indisponibilité, il peut donc se sentir induit en erreur car il n'a pas toutes les cartes en main. A côté de cette inaliénabilité légale, une inaliénabilité judiciaire peut être mise en œuvre. Dans ce cas, le tribunal peut assortir le plan d'une clause rendant inaliénable tout ou partie des biens cédés et ce pour une durée déterminée¹⁰⁰. Au contraire de la précédente inaliénabilité, l'inaliénabilité judiciaire nécessite une publicité destinée à informer les tiers. De plus, à l'instar de l'inaliénabilité légale, le non-respect de cette disposition légale est sanctionné par la nullité absolue, action qui doit être exercée dans un délai de trois ans à compter de la conclusion de l'acte.

Par principe, le cessionnaire n'est pas tenu responsable des dettes générées par l'activité. En effet, le plan de cession constitue un mode de transmission à titre particulier et non à titre universel. Ainsi, la cession n'entraîne pas la transmission de plein droit des créances et des dettes liées à l'entreprise ou à la branche d'activité cédée. A ce titre, l'introduction de la cession de dette aux articles 1327 et suivants du Code civil par l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations n'a aucun impact sur cette solution. Toutefois, cette nouveauté peut servir à organiser la transmission des dettes lorsqu'elle est acceptée par le cessionnaire. Avant son introduction, le cessionnaire pouvait par une clause spéciale de l'acte de cession prendre à sa charge tout ou partie du passif antérieur. La cession de dette telle qu'envisagée dans la réforme permet de protéger les intérêts des créanciers. En effet, cette cession est conditionnée à un double consentement

⁹⁸ *Ibidem*.

⁹⁹ Art. L. 642-9, al. 2 du Code de commerce.

¹⁰⁰ Art. L. 642-10 du Code de commerce.

: le créancier doit donner son accord pour la cession et pour libérer le débiteur d'origine de ses obligations. Par ce mécanisme, la transmission est beaucoup plus sécurisée et donne des garanties non équivoques à son créancier. Cependant, cette transmission a été beaucoup critiquée car elle méconnaît le principe d'égalité des créanciers et donc des règles d'ordre public relatives au paiement de ces derniers. Or, pour la jurisprudence, cette transmission des dettes permet au contraire la continuité de l'entreprise. Toutefois, cet engagement particulier doit rester exceptionnel car il ne doit pas conduire à baisser anormalement le prix de cession en échange de cet engagement.

Le repreneur s'est engagé également dans le plan à maintenir tout ou partie des emplois. A ce titre, il doit respecter les contrats de travail qui sont poursuivis de plein droit en vertu de l'article L. 1224-1 du Code du travail. Cet engagement est essentiel car il s'agit d'une des trois finalités de la cession d'entreprise.

Au final, le cessionnaire doit rendre compte de l'exécution des dispositions prévues par le plan de cession au liquidateur ou à l'administrateur. Cela implique de respecter le plan de cession, c'est à dire exécuter l'ensemble des engagements à sa charge et acceptés dans l'offre, sous peine de résolution du plan de cession.

Paragraphe 2 : La répartition du prix de cession

L'apurement du passif est le règlement des créanciers sur le produit de la réalisation de la vente des actifs de l'entreprise. Les dispositions relatives à l'apurement du passif et donc au règlement des créanciers se situent au chapitre III de l'apurement du passif et à la section 1 du règlement des créanciers. Toutefois, ce prix de cession ne sera pas réparti de manière proportionnelle entre chaque créancier, mais selon un ordre établi par le liquidateur ou l'administrateur devant tenir compte de la liste des créanciers postérieurs privilégiés de l'article L. 641-13 du Code de commerce (A). Cette répartition classique du prix de cession n'est pas celle qui prévaut pour les créanciers titulaires de sûretés. Titulaire d'une garantie de paiement, ils doivent pouvoir bénéficier d'une situation beaucoup plus avantageuse. Or, dans les faits, ces créanciers titulaires de sûretés ne bénéficient pas tous d'une situation avantageuse, beaucoup voient en effet leurs sûretés réduites et donc perdent de sa valeur. Il n'en demeure pas moins que certains tirent leur épingle du jeu et se démarquent par l'efficacité de leurs sûretés (B).

A) La répartition classique du prix de cession

Comme vu précédemment, le cessionnaire s'est engagé dans son offre de reprise à payer un prix de cession qui représente l'ensemble des actifs du débiteur qu'ils soient corporels ou incorporels. Ce prix de cession permettra de désintéresser les créanciers. Ainsi, le produit de la réalisation des actifs du débiteur servira à payer les dettes nées antérieurement au jugement d'ouverture ainsi celles qui lui sont

postérieures, en particulier lorsque le tribunal a décidé du maintien de l'activité dans l'optique de procéder à la cession de l'entreprise par voie de plan. L'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire entraîne des conséquences, parmi laquelle la déchéance du terme des créances non encore échues à cette date. Ainsi, selon l'article L. 643-1 du Code de commerce, les créanciers bénéficient de la déchéance du terme à la date du jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire ou si la poursuite d'activité a été autorisée après ce jugement statuant sur la cession ou à défaut, à la date à laquelle le maintien de l'activité prend fin.

Le cessionnaire devra verser le prix de cession au liquidateur. A son tour, il devra reverser cette somme à la Caisse des dépôts et consignations, appelé également compte de répartition où elle sera consignée¹⁰¹. Cette obligation légale doit être respectée scrupuleusement sous peine de devoir payer des intérêts dont la majoration est de cinq points eu égard au taux légal. Avant de présenter la répartition du produit entre les créanciers, il est important de souligner que les créanciers postérieurs bénéficiant d'un traitement préférentiel, tout comme le Trésor public, peuvent exercer leur droit de poursuite individuelle, à condition qu'ils interviennent avant le dépôt des sommes versées par le liquidateur à la Caisse des dépôts et consignations. Cette mesure privilégie les créanciers fiscaux et les créanciers qui ont participé au maintien de l'activité.

Le produit de la réalisation des actifs ne sera pas réparti de la même façon entre les créanciers selon qu'il s'agisse d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou d'une procédure de liquidation judiciaire. Par exemple, dans le cadre d'une cession partielle d'activité envisagée dans un plan de sauvegarde, l'ordre à retenir est celui de l'article L. 622-17 du Code de commerce.

Dans le cadre de la vente d'un immeuble en liquidation judiciaire, il faudra se référer à la liste des créanciers postérieurs privilégiés de l'article L. 641-13 du Code du commerce. A la lecture de cet article, trois privilèges généraux se démarquent et se retrouvent à la tête de ce classement : les créances salariales superprivilégiées, les frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure depuis l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 et enfin les créances garanties par le privilège de conciliation. Or, les frais et dépens liés aux biens réalisés sont prioritaires vis à vis de l'ensemble des créances, mêmes celles privilégiées. En effet, l'article L. 643-8 prévoit que les répartitions ont toujours lieu « *distraktion faite des frais et dépens de la liquidation* ». Ces frais et dépens ne peuvent viser l'ensemble des frais de justice car les frais de justice nés régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement sont classés en troisième rang. De ce fait, il est possible de penser que ces derniers visent tous les frais spécifiques qui ne font pas l'objet d'une répartition tels que les frais de conservation (entretien, gardiennage) et les frais de réalisation (rémunération de l'agent chargé de la vente)¹⁰². Tout comme dans la procédure de sauvegarde et de redressement judiciaire, les créanciers postérieurs privilégiés sont primés par ces

¹⁰¹ Art. L. 641-8 du Code de commerce.

¹⁰² LEGRAND F. et PETEL P., Liquidation judiciaire-Répartition des fonds, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 6, p. 5.

créanciers¹⁰³. Or, à la différence de ces procédures, ces créanciers seront également primés par certains créanciers antérieurs garantis, tout particulièrement ceux garantis par des sûretés immobilières (hypothèque légale, conventionnelle, mais également par les créances salariales privilégiées). Les créances salariales superprivilégiées se distinguent des créances salariales privilégiées car elles garantissent le paiement de salaires et autres rémunérations de toutes natures dues au titre des soixante derniers jours de travail. Ce privilège a été institué afin d'améliorer le sort des salariés dans le cadre d'une procédure collective ouverte à l'encontre de l'employeur¹⁰⁴. Ainsi, les créanciers postérieurs privilégiés se retrouvent au sixième rang de l'ordre de paiement.

Par ailleurs, dans le cadre d'une vente d'un meuble, le triptyque sera toujours payé en priorité sur les créanciers postérieurs privilégiés. Toutefois, à la différence du classement précédent, ils seront également primés par les créanciers titulaires d'un droit de rétention opposable à la procédure collective et d'un nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement¹⁰⁵.

Il faut également préciser qu'en cas de conversion d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire en liquidation judiciaire, les créances nées régulièrement durant ces procédures sont considérées comme des créances postérieures privilégiées. Cette assimilation permet d'unifier les procédures entre elles et surtout de préserver les droits des créanciers ayant participé au maintien de l'activité.

B) La situation particulière des créanciers titulaires de sûretés

L'ensemble des créanciers du débiteur n'ont pas tous la même situation. En effet, les créanciers bénéficiant d'un privilège spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque se voient limités dans leurs droits et donc dans l'efficacité de leurs sûretés. Ainsi, leur droit de préférence est réduit à une quote-part du prix de cession et non plus sur le prix de vente du bien et leur place dans le classement de répartition du produit de la cession est primée par d'autres privilèges¹⁰⁶.

Selon l'article L. 642-12 du Code de commerce, lorsque la cession porte sur des biens grevés d'un privilège spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque, le tribunal affecte une quote-part du prix global à chacun de ses biens pour la répartition du prix et l'exercice du droit de préférence. Jusqu'à l'ordonnance du 12 mars 2014, la loi n'imposait aucun mode de calcul pour la fixation de la quote-part par le tribunal. Ainsi, les juges déterminaient cette quote-part de manière aléatoire, sans que les créanciers puissent la contester par la suite. A compter de cette ordonnance, le législateur impose un mode de calcul afin d'éviter tout arbitrage ou erreur. Désormais, la quote-part du prix affectée à chaque

¹⁰³ Art. L. 622-17, III du Code de commerce.

¹⁰⁴ LEGRAND F. et PETEL P., *ibidem*.

¹⁰⁵ Art. L. 525-1 et suivants du Code de commerce.

¹⁰⁶ MACORIG-VENIER F., Les créanciers et leurs garanties, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 6, dossier 53.

bien grevé est déterminée au vu de l'inventaire des actifs et correspond au rapport entre la valeur du bien transmis et la valeur totale des actifs cédés¹⁰⁷. Monsieur le professeur Le Corre se posait la question de savoir ce qui se passerait en cas d'omission par les juges de cette obligation légale. Selon lui, « *un recours en nullité pour excès de pouvoir devrait pouvoir être exercé à partir du moment où le tribunal s'est délibérément affranchi de cette règle d'ordre public* »¹⁰⁸. Cette sanction l'obligerait à prendre en compte des éléments objectifs pour fixer les quotes-parts du prix de cession. Toutefois, cette réaction législative est vaine lorsque le prix de cession est inférieur aux actifs cédés.

En ce qui concerne le droit de préférence des créanciers, il va s'effectuer sur cette quote-part. Toutefois, comme vu précédemment, ces derniers seront primés par le superprivilège des salaires, le privilège des frais de justice postérieurs et le privilège de la conciliation en vertu de l'ordre édicté à l'article L. 641-13 du Code de commerce. Quant au droit de suite à l'égard du cessionnaire, il n'a aucune utilité à partir du moment où le cessionnaire paie l'intégralité du prix de cession. En effet, le paiement complet du prix entraîne la purge des inscriptions grevant les biens compris dans la cession¹⁰⁹.

Cependant, la position désavantageuse de ces créanciers ne rebondit pas sur celle du créancier titulaire d'un droit de rétention. Avant l'ordonnance du 18 décembre 2008, le texte ne visait que le nantissement et l'hypothèque. A partir de cette ordonnance, le texte vise désormais le gage qu'il soit sans dépossession ou avec dépossession, l'ordonnance ayant consacré le droit de rétention fictif. Sous l'empire de la loi de 1985, le créancier gagiste, titulaire d'un droit de rétention, ne pouvait se satisfaire de la simple affectation d'une quote-part du prix de cession¹¹⁰. L'ordonnance du 18 décembre 2008 conforte cette jurisprudence à l'alinéa 5 de l'article L. 642-12 du Code de commerce. Dès lors, deux textes rentrent en conflit : d'une part, l'alinéa 1 de l'article L. 642-12 du Code de commerce relatif à l'affectation d'une quote-part du prix de cession aux créanciers titulaires de sûretés réelles tels que le gage et d'autre part, l'alinéa 5 de ce même article qui dispose que « *les dispositions du présent article n'affectent pas le droit de rétention acquis par un créancier sur des biens compris dans la cession* »¹¹¹. Nul doute qu'en consacrant cette jurisprudence, le législateur a préféré cet alinéa au détriment de celui existant, considérant que le droit de rétention ne peut s'éteindre par l'affectation d'une simple quote-part du prix de cession. Ainsi, les créanciers titulaires de sûretés réelles fondées sur la préférence ne sont pas tous sur un même pied d'égalité. Certains ont en effet une situation beaucoup plus envieuse, notamment en raison de leur efficacité bien souvent mis à l'épreuve.

¹⁰⁷ CAGNOLI P., Le sort des créanciers munis de sûretés réelles, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 3, dossier 39.

¹⁰⁸ LE CORRE P.-M., Le créancier titulaire d'une sûreté spéciale victime de l'absence d'affectation d'une quote-part du prix de cession, *Gaz. Pal.* 2011, n° 8, p. 13.

¹⁰⁹ Art. L. 642-12, al. 3 du Code de commerce.

¹¹⁰ Cass. com., 20 mai 1997, n° 95-12.925.

¹¹¹ Art. L. 642-12, al. 5 du Code de commerce.

Quant au sort des sûretés réelles fondées sur la propriété dans le cadre d'un plan de cession, il semble qu'elles résistent davantage¹¹². En premier lieu, le crédit-bail est un contrat qui peut être cédé au cessionnaire. Si celui-ci souhaite lever l'option au terme du contrat, il devra payer l'ensemble des sommes restants dues au crédit-bailleur¹¹³. Ce paiement permet de sécuriser l'opération pour le crédit-bailleur qui se voit assurer un paiement intégral de sa créance. De la même manière, un créancier bénéficiant d'une clause de réserve de propriété peut revendiquer son bien car il lui appartient, sauf paiement complet du prix, permettant ainsi le transfert de propriété au profit de l'acheteur. Si l'action en revendication aboutit, le propriétaire retrouve son bien, qui ne pourra pas faire partie des actifs cédés du repreneur. Cette action en revendication est inutile si le bien objet de la revendication a fait l'objet d'une publicité. A ce moment-là, une simple mise en demeure par lettre recommandée avec accusé de réception permet la restitution du bien. La publicité est en effet une preuve de la propriété du bien et ne fait donc pas partie du patrimoine apparent du débiteur. La fiducie-sûreté est également extrêmement efficace en liquidation judiciaire car aucun texte ne neutralise son efficacité. Même s'il existe une convention de mise à disposition du débiteur, le contrat de fiducie ne peut pas être cédé au cessionnaire car il s'agit d'une exclusion légale prévue à l'article L. 642-7 du Code de commerce¹¹⁴.

En comparaison avec les sûretés réelles fondées sur la préférence, celles sur la propriété paraissent beaucoup plus efficaces. Or, Monsieur le professeur Cagnoli rappelle que « *cette supériorité n'est pas absolue car le législateur essaie de tempérer leur efficacité dans la mesure où cela semble nécessaire pour la réussite du plan de cession* ». Selon lui, « *le droit de rétention reste le plus efficace, ses chances de réussite sont largement supérieures aux autres sûretés* »¹¹⁵.

Au final, les sûretés réelles se voient amoindries par la cession de l'entreprise par voie de plan. En effet, les créanciers ne peuvent pas faire appel de la décision du tribunal, ni faire une surenchère pour obtenir un meilleur prix de leurs biens. Toutefois, il est possible de se dire que cette disposition affaiblit certes les droits des créanciers mais elle permet avant tout d'attirer un certain nombre de repreneurs. En effet, la reprise d'une entreprise en difficulté n'est pas une reprise comme les autres, elle implique un passif qui peut être lourd à porter et en effrayer plus d'un. Cette mesure permet ainsi au repreneur d'acquérir un bien démunie de toute sûreté, sans garantie de paiement en cas de défaillance.

Au final, le repreneur acquiert les actifs corporels et incorporels de l'entreprise en contrepartie du paiement d'un prix de cession. Cet engagement n'est pas le seul qui repose sur les épaules du repreneur. Des charges supplémentaires édulcorent la conception purement civiliste du prix de cession.

¹¹² CAGNOLI P., *loc. cit.*, p. 38.

¹¹³ Art. L. 642-7, al. 5 du Code de commerce.

¹¹⁴ CAGNOLI P., *ibidem*.

¹¹⁵ *Ibidem*.

Section 2 : La vision réductrice du prix de cession

A proprement parler, le prix de cession correspond à un prix forfaitaire, c'est à dire « *fixé par approximation globale et pour tout paiement* »¹¹⁶. Ce prix forfaitaire englobe un ensemble de biens qui peut aller au-delà de la somme des valeurs pris isolément. Ainsi, la cession ne se résume pas à une vente d'actifs de l'entreprise car le repreneur peut se voir imposer ou être amené à supporter des charges augmentatives du prix de cession (Paragraphe 1). A titre d'illustration, la détermination de la rémunération des administrateurs démontre l'approche juridique erronée du prix de cession (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La vision unitaire civiliste infirmée par la réalité économique

Le prix de cession ne se résume pas à une vente d'actifs corporels et incorporels. En effet, le repreneur peut se voir imposer une charge légale, le paiement de prêts de biens nécessaires à l'exploitation (A). De plus, le repreneur peut prendre des engagements qui sont normalement à la charge du cédant tels que les congés payés, les indemnités de résiliation. Ces engagements démontrent l'implication du repreneur dans la reprise et sa réelle motivation (B).

A) La charge légale des prêts augmentative du prix de cession

Avant tout, il faut rappeler que le plan de cession n'est pas une vente volontaire¹¹⁷. En effet, il s'agit d'une technique de transmission d'une unité économique viable afin d'assurer sa pérennité. Par son objet et sa finalité, la cession d'entreprise se distingue d'une vente de droit commun, son but premier n'est pas d'obtenir un meilleur prix mais le sauvetage de l'entreprise entre les mains d'un tiers¹¹⁸. Il en ressort que le prix de cession ne se résume pas seulement à la somme des actifs corporels et incorporels de l'entreprise. Le prix de cession a donc un caractère beaucoup plus global, le prix étant la contrepartie de la valeur de l'entreprise, conçue comme la réunion de deux cellules : la cellule économique et la cellule sociale¹¹⁹. Ainsi, lorsqu'un repreneur fait une offre de reprise, il prend en compte non seulement la valeur des actifs corporels et incorporels de l'entreprise mais également les éléments permettant d'évaluer l'entreprise comme un outil économique et assurant par ce biais la pérennité de cette dernière. C'est donc la transmission de cet ensemble global économique qui forme le prix de cession. Tout comme

¹¹⁶ CORNU G., Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, 9^{ème} ed., 2011.

¹¹⁷ Jurisprudence constante.

¹¹⁸ SAINT-ALARY-HOUIN C., Cass. com., 12 octobre 1999, *RJDA*, 1999.

¹¹⁹ DESPAX M., L'entreprise et le droit, thèse Toulouse, 1956.

le fonds de commerce, l'entreprise comprend un ensemble d'éléments affectés à l'exploitation d'une activité, nécessaires à son bon fonctionnement et à sa pérennité.

Ainsi, le repreneur peut être amené à prendre en charge les dettes de l'entreprise, tout particulièrement des prêts en application de l'alinéa 4 de l'article L. 642-12 du Code de commerce. Cette cession légale déroge au principe d'intransmissibilité du passif du régime normal de la cession d'entreprise. Selon cet article, les sûretés, mobilières ou immobilières garantissant un prêt destiné au financement d'un bien compris dans le plan de cession, sont transmises au repreneur. Ainsi, ces créanciers ne recevront pas une quote-part du prix fixée au préalable par le tribunal mais seront payés sur les échéances à venir de ce prêt à compter du transfert de propriété ou en cas de location-gérance, de la jouissance du droit. Dans ce cas bien précis, le repreneur devra payer en plus du prix de cession, les échéances à venir de ce prêt et non à posteriori. Par conséquent, ces prêts conduisent à augmenter de manière significative le poids financier de la cession pour le repreneur. Il pourrait être alors tentant pour le repreneur de se retourner contre le débiteur, cette obligation ne lui incombant pas normalement. Or, au vu de la situation du débiteur, il lui serait très difficile de se voir rembourser une telle somme. Cependant, le repreneur peut échapper à cette obligation légale, s'il obtient l'accord des créanciers titulaires des sûretés¹²⁰ ou si le bien grevé est exclu du plan de cession. En revanche, cet accord ne peut pas être imposé par le tribunal, il doit émaner de la seule volonté du cessionnaire et des créanciers titulaires des sûretés.

Dès la loi du 10 janvier 1994, le législateur prévoyait la transmission de la charge de ces sûretés au cessionnaire à partir du moment où ce prêt était consenti pour permettre le financement d'un bien nécessaire à l'entreprise. Or, cette disposition avait disparu dans la version antérieure du projet de loi de sauvegarde des entreprises du 2005, pour réapparaître dans sa nouvelle version. Cette suppression aurait bien sûr conduit à faciliter les cessions notamment du point de vue du repreneur. De plus, elle s'inscrivait parfaitement dans la logique liquidative de la liquidation judiciaire. Or, cette cession légale s'est maintenue car elle participait à l'idée de continuité de l'entreprise¹²¹.

Au final, le repreneur va prendre en compte ces éléments nouveaux et réduira en conséquence son prix de cession. Or, cette baisse ne doit pas être déraisonnable. En effet, il sait très bien que le prix de cession devra être à même de convaincre le tribunal de lui céder l'entreprise. Il doit donc bien réfléchir au prix qu'il peut proposer pour devenir propriétaire.

B) Les charges conventionnelles augmentatives du prix de cession

Outre le paiement des prêts en application de l'alinéa 4 de l'article L. 642-12 du Code de commerce, le repreneur peut se retrouver à payer d'autres charges augmentatives du prix de cession.

¹²⁰ Art. L. 642-12, al. 4 du Code de commerce.

¹²¹ COURET A., *loc. cit.*, p. 16.

Ces charges conventionnelles augmentatives du prix sont entre autres les congés payés afférents au contrat de travail repris par le cessionnaire. A première vue, il serait louable de penser qu'une telle charge revienne au cédant puisqu'il s'agit d'une obligation qui lui incombe.

Pour rappel, la cession d'entreprise entraîne la cession de plein droit des contrats de travail en application de l'article 1224-1 du Code du travail. Le maintien de l'emploi est un but légalement à atteindre, à côté de l'apurement du passif et du maintien de l'emploi. Le législateur accorde de plus en plus d'importance à cet objectif, l'essentiel étant que les emplois nécessaires à l'activité soient sauvés¹²². Ainsi, le tribunal doit retenir l'offre qui permet dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement les emplois, le repreneur étant tenu d'indiquer dans son offre le niveau et les perspectives d'emploi justifiées par l'activité considérée. La cession d'entreprise a donc pour conséquence le transfert d'une entité économique autonome conservant son identité et poursuivant son activité. La poursuite de l'activité s'exprime par la poursuite des contrats de travail avec le cessionnaire.

Ce transfert automatique des contrats de travail entraîne pour les salariés une substitution d'employeur du cédant au cessionnaire. A ce titre, le cessionnaire devra respecter l'ancienneté acquise dans l'entreprise par les salariés affectés à l'entité transférée avant le changement d'employeur. Si le cessionnaire est tenu de respecter les contrats de travail relevant de l'entité transférée, il n'en est pas de même s'agissant des obligations qui pesaient sur le débiteur au jour du transfert de l'entreprise¹²³. L'article L. 1224-2 du Code du travail prévoit une dérogation au principe selon laquelle le nouvel employeur est tenu, à l'égard des salariés dont les contrats subsistent, des obligations qui incombaient à l'ancien employeur à la date de la modification. En application de cette dérogation, il ne peut être reproché au repreneur le non-paiement des congés payés afférents à une période antérieure à la cession¹²⁴. Par conséquent, seule la période postérieure au transfert de propriété entraîne des obligations à son égard. Réciproquement, il ne prend en charge les primes de vacances et le treizième mois que lorsque ces droits sont postérieurs à la cession de l'entreprise. Toutefois, le repreneur peut accepter de supporter cette charge dans son offre de reprise. L'arrêt de la Cour de cassation du 23 septembre 2008 en est l'illustration. Dans cet arrêt, le repreneur avait accepté de prendre à sa charge les indemnités de congés payés, de sorte que cette obligation lui était désormais imputable. Ainsi, le repreneur ne pouvait se soustraire de son obligation en brandissant l'article L. 1224-2 du Code du travail¹²⁵. Face à cette charge augmentative du prix, le prix de cession va être réévalué.

De la même manière, le repreneur peut décider de prendre à sa charge les indemnités de licenciement antérieurement au plan de cession, même s'il n'est pas tenu de prendre à sa charge une créance

¹²² GAILHBAUD C. et JACOTOT D., Les plans et le maintien de l'emploi, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 3, dossier 46.

¹²³ BAILLY P., Le contrat de travail et le transfert de l'entreprise en difficulté, *Gaz. Pal.* 2002, n° 264, p. 48.

¹²⁴ Cass. soc., 9 octobre 2001, n° 99-43.217.

¹²⁵ DUPRAT P. et SAINTOURENS B., Cass. soc., 23 septembre 2008, n° 07-41.615, *Gaz. Pal.* 22 janvier 2008, n° 12, p. 45.

indemnitaires résultant d'un licenciement prononcé avant le transfert. Cette dérogation ne signifie pas pour autant qu'il est libéré envers le personnel repris de tous les engagements qu'avait pris le cédant avant le transfert. En effet, selon un arrêt de la Cour de cassation, le salarié ne peut seulement pas agir contre le repreneur au paiement d'une créance qui existait déjà avant le changement d'employeur¹²⁶. Ainsi, si la créance est amenée à apparaître après le changement d'employeur, le salarié est en droit de réclamer une telle somme au repreneur. Cette dérogation au droit commun des cessions a sûrement comme justification de ne pas décourager les futurs repreneurs en leur imposant une charge augmentative du prix antérieur au transfert¹²⁷.

Quoi qu'il en soit, en cas de résolution du plan de cession, l'entité cédée reviendra au cédant. Ce changement d'employeur entraînera le transfert des obligations résultant du contrat de travail.

Le repreneur peut également prendre à sa charge les indemnités de résiliation due antérieurement par le cédant. Une fois encore, cette nouvelle charge entraînera l'accroissement de son prix de cession.

Au final, il convient de tenir compte de la valeur globale de l'entreprise et de toutes les charges augmentatives du prix pour établir le prix de cession. Cette approche économique s'éloigne de la conception civiliste du prix de cession car elle reflète les efforts entrepris par le repreneur, les engagements souscrits.

Paragraphe 2 : La vision unitaire civiliste infirmée par le mode de détermination des honoraires des administrateurs

Force est de reconnaître que la vision de la cession entreprise n'est pas en adéquation avec la réalité. En effet, elle se réduit à une cession d'actifs corporels et incorporels alors qu'elle revêt une connotation tout autre, une réalité économique. Cette méprise est d'autant plus flagrante à la lecture des modalités de détermination des honoraires des administrateurs et des décisions rendues par les tribunaux (A). Ce constat conduit à démontrer la nécessité de prendre en compte la dimension économique de la cession d'entreprise. Ce serait se mentir de la cantonner uniquement à une notion purement juridique, l'indissociabilité de la dimension économique et juridique est bien réelle (B).

A) Une approche juridique réductrice

L'absence de dimension économique du plan de cession est facilement décelable au regard des modalités de rémunération des administrateurs et des liquidateurs.

¹²⁶ Cass. soc., 12 mars 2008, n° 06-45.147.

¹²⁷ BAILLY P., Les licenciements et les procédures collectives, Gaz. Pal. 2008, n° 313, p. 3.

Dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire, l'article L. 631-22, alinéa 1 du Code de commerce prévoit que « *le mandataire judiciaire exerce les missions dévolues au liquidateur* ». Cependant, l'alinéa 2 de ce même article précise que « *l'administrateur reste en fonction pour passer tous les actes nécessaires à la réalisation de la cession* ». En l'absence d'administrateur désigné à l'ouverture d'un redressement judiciaire, l'article L. 631-21-1 du Code de commerce, issu de la rédaction de l'ordonnance du 18 décembre 2008, prévoit que le tribunal devra en désigner un s'il estime possible une cession totale ou partielle de l'entreprise. L'article poursuit et précise qu'il exercera alors tous les actes nécessaires à la préparation de la cession de l'entreprise et le cas à échéant à sa réalisation. A contrario, si un plan de cession est arrêté en liquidation judiciaire et qu'aucun administrateur n'est désigné, le liquidateur exercera l'ensemble de ses missions et celles normalement dévolues à l'administrateur. A l'instar du plan de cession envisagé en redressement judiciaire, l'administrateur désigné sera chargé de passer tous les actes nécessaires à la réalisation de la cession. Il ne faut pas oublier qu'un administrateur est obligatoirement désigné par le tribunal dès que l'entreprise dépasse un des seuils suivants : la présence de plus de vingt salariés ou la réalisation d'un chiffre d'affaires supérieur à 3 millions d'euros.

Selon l'article L. 663-2 du Code de commerce, les modalités de rémunération des administrateurs judiciaires, des mandataires judiciaires, des commissaires à l'exécution du plan et des liquidateurs sont fixées conformément au titre IV bis du livre IV. Ces modalités ont été remaniées de manière importante par le décret n° 2006-1709 du 23 décembre 2006. Jusque-là, les modalités de rémunération étaient fixées par un décret n° 85-1390 du 27 décembre 1985, décret n'ayant connu que peu de retouches. Ce décret du 23 décembre 2006 doit assurer une rémunération suffisante à ces organes de la procédure, notamment en vue d'anticiper leur fuite vers d'autres activités plus attractives financièrement.

L'architecture de ce décret est similaire à la loi de 1967 de sorte que le tarif des mandataires judiciaires repose sur un nombre limité de diligences.

Les nouvelles modalités de rémunération des administrateurs sont posées aux articles R. 663 et suivants du Code de commerce. Elles ne concernent que les fonctions accomplies dans le cadre des procédures collectives. L'article R. 662-29, III du Code de commerce renvoie à cet article pour le liquidateur qui, à défaut de désignation d'un administrateur judiciaire, prend en charge le plan de cession. La méthode de calcul de cette rémunération consiste à appliquer un barème à une base qui varie selon la mission réalisée par l'administrateur. Ainsi la rémunération ne sera pas la même en fonction des diligences effectuées par l'administrateur, par exemple une mission d'assistance, de surveillance ou d'administration. En cas d'arrêt d'un plan de cession au cours d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, l'administrateur perçoit une rémunération proportionnelle qui est égale « *au montant total hors taxe du prix de cession de l'ensemble des actifs compris dans le plan* »¹²⁸. A la lecture

¹²⁸ Art. R. 663-11 du Code de commerce.

de cet article, deux éléments sont pris en compte pour déterminer la rémunération de l'administrateur judiciaire : d'une part, elle portera sur l'ensemble des actifs cédés et d'autre part, elle sera calculée sur le montant total du prix de cession¹²⁹. Il faut préciser que cette rémunération ne se justifie que si la passation de l'ensemble des actes relatifs à la cession d'entreprise a été effectuée et cela afin d'inciter à une régularisation effective et rapide des actes. Cette rémunération est fixée dans les mêmes conditions que celles qui concerne l'augmentation des fonds propres dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de redressement¹³⁰.

Cependant, il est possible de se demander si la rémunération de l'administrateur englobe également le surplus pris en charge par le repreneur. En effet, le prix de cession ne résume pas uniquement à la somme des actifs corporels et incorporels de l'entreprise. Lors de deux arrêts récents du 12 juillet 2016¹³¹, la Cour de cassation est venue apporter une réponse. Dans un des arrêts, une procédure de redressement judiciaire avait été convertie en liquidation judiciaire. A cette occasion, les fonctions d'administrateur judiciaire avaient été maintenues. Lors de l'arrêté du plan de cession par le tribunal, les actifs de la société avaient été cédés pour la somme de cinquante mille euros. Or, le repreneur avait également pris l'engagement de prendre à sa charge une créance nantie et le paiement de certaines créances salariales, le tout pour un montant supérieur à quatre cent mille euros. Face au montant global de la reprise, l'administrateur judiciaire avait déposé une requête pour revaloriser ses honoraires à hauteur de deux cent trente mille euros. En effet, il estimait que le seuil des cent mille euros d'éléments d'actifs cédés était outrepassé. Dans ce calcul, il a pris les engagements supplémentaires du repreneur (la créance nantie et les créances salariales). La demande de l'administrateur avait été accueillie en appel, les juges du fond ont considéré que les éléments, outre les actifs, qui ont une influence directe sur la diminution du passif et sur l'appréciation de l'offre de reprise devaient être pris en considération dans le calcul de sa rémunération. Malheureusement, cette approche économique du prix de cession ne fut pas celle reprise par la Cour de cassation. En effet, la chambre commerciale de la Cour de cassation casse l'arrêt pour violation de l'article R. 663-11 du Code de commerce et considère à ce titre que la rémunération de l'administrateur doit uniquement se calculer sur la base des éléments d'actifs cédés. Certes, elle affirme qu'il s'agit de charges supplémentaires pour le repreneur, mais elle ne les considère pas comme des éléments d'actifs cédés. Par cet arrêt, la Cour de cassation fait une interprétation stricte de l'article R. 663-11 du Code de commerce¹³², elle ne tient pas compte du travail effectivement accompli par l'administrateur judiciaire. En vertu de l'article R. 663-13 du Code de commerce, le droit proportionnel de l'article R. 663-11 du Code de commerce est écarté à partir du moment où le montant des actifs cédés est supérieur à cent mille euros. Dans ce cas précis, la

¹²⁹ BAUJET B. et THEVENOT C., Quelle assiette pour le calcul des émoluments de l'administrateur judiciaire ?, *Rev. proc. coll* 2016, n° 5, étude 15.

¹³⁰ Art. R. 663-12 du Code de commerce.

¹³¹ Cass. com. 12 juillet 2016, n° 15-50.008 et n° 14-24.627.

¹³² BAUJET B. et THEVENOT C., *loc. cit.*, p. 45.

détermination des honoraires est libre et calculée en fonction du travail accompli par l'administrateur judiciaire prenant en considération les frais engagés et les diligences accomplies. Or, la Cour de cassation considère que le montant des actifs s'élève uniquement à cinquante mille euros et ne dépasse donc pas le seuil précité. Ainsi, elle ne prend en compte que les éléments d'actifs cédés, excluant la créance nantie et les créances salariales du montant du prix de cession. La Cour de cassation fait donc le choix de privilégier une interprétation littérale des textes au mépris d'une interprétation économique de la notion « *montant total hors taxe du prix de cession de l'ensemble des actifs compris dans le plan* »¹³³.

Pourtant, les professionnels militent pour une approche économique du prix de cession, approche encore trop peu suivie par les juges. Selon eux, « *le prix de l'entreprise pour le repreneur est la charge totale qu'il devra supporter pour faire une telle acquisition, c'est à dire le coût économique de l'opération* »¹³⁴. Ils présentent le prix de cession comme un ensemble global économique qui dépasse les seules frontières des éléments d'actifs cédés. Par ailleurs, ils précisent que certaines charges ne sont pas voulues par le repreneur et lui sont imposées, tout particulièrement la cession légale des prêts. A contrario, le repreneur peut décider de prendre à sa charge certains éléments tels que les congés payés¹³⁵. Pour ces quelques raisons, Madame le professeur Vallansan « *estime légitime que le prix de l'entreprise tienne compte de chacun des arguments cités* ». Selon elle, « *ils font référence aux frais et diligences nécessaires pour déterminer le calcul de la rémunération de l'administrateur en vertu de l'article R. 663-13 du Code de commerce* »¹³⁶. Malheureusement, cette approche ne fut pas celle de la Cour de cassation qui s'en tient à l'interprétation littérale des textes. Cette approche juridique s'éloigne de la réalité économique de la cession d'entreprise. En effet, le coût effectif pour le repreneur comprend à la fois le paiement des actifs mais également les charges supplémentaires qu'il accepte de prendre en charge. Ce prix global est le seul qui a de l'importance car il représente le prix à payer pour acquérir l'entreprise. Pour lui, la différence faite par la Cour de cassation n'a pas lieu d'être. Quoi qu'il en soit, l'administrateur est le premier à souffrir de la répartition qui est faite entre les éléments d'actifs cédés d'un côté, et le surplus, d'un autre côté.

B) L'indissociabilité de la nature juridique et économique du prix de cession

L'interprétation littérale de la Cour de cassation est à contre-courant avec la réelle nature de l'opération de cession d'entreprise. Pourtant, il est important de rappeler l'ancienne rédaction des

¹³³ PETIT F., Cass. com., 12 juillet 2016, n° 15-50.008, Lettre d'actualité des procédures collectives civiles et commerciales, septembre 2016, n° 14.

¹³⁴ VALLANSAN J., Cass. com., 12 juillet 2016, n° 15-50.008 et n° 14-24.627, *Rev. proc. coll.* 2016, n° 6, comm. 165.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ VALLANSAN J., Cass. com., 12 juillet 2016, loc. cit., p. 46.

modalités de calcul des honoraires de l'administrateur, issue de l'article 7 du décret n° 85-1390 du 27 décembre 1985, qui prévoyait un droit proportionnel calculé « sur le montant total du prix de cession »¹³⁷. Ainsi, les honoraires des administrateurs étaient calculés en fonction du prix total des actifs et des engagements pris par le repreneur. Cette interprétation du calcul de leurs honoraires revenait à prendre en considération le travail en amont effectué par les administrateurs pour obtenir un prix permettant d'apurer de manière optimale le passif de l'entreprise. A la différence du texte actuel, cet article faisait référence à un prix total, montant beaucoup plus large, permettant de tenir compte des charges augmentatives du prix de cession. Pour autant, cette rédaction n'est pas celle qui a été reprise par le décret du 23 décembre 2006. En effet, celle-ci fait état d'une logique totalement différente. L'article R. 663-11 du Code de commerce fait référence au prix des actifs et non plus au prix total de l'entreprise. En y intégrant le terme actif, le législateur fait le choix de calculer les honoraires sur le prix encaissé, c'est à dire le prix de la vente des actifs de l'entreprise, excluant de ce fait les obligations mises à la charge du cessionnaire. En effet, la Cour de cassation exprime très clairement sa position sur la question, ces éléments ne peuvent être assimilés à des actifs.

Toutefois, la réflexion à ce sujet ne doit pas s'arrêter là, elle doit aller au-delà des frontières du droit des entreprises en difficulté, vers le droit fiscal. Dans un arrêt récent du 27 mai 2015, la Cour de cassation a jugé qu'il fallait ajouter au montant du prix de cession les engagements souscrits par le cessionnaire pour la perception des droits d'enregistrement¹³⁸. En effet, l'alinéa 2 de l'article 720 du Code général des impôts prévoit que « les droits sont exigibles sur toutes les sommes dont le paiement est imposé, du chef de la convention, sous quelque dénomination que ce soit, au successeur, ainsi que sur toutes les charges lui incombant au même titre ». Eu égard à cet article, l'approche fiscale est beaucoup plus large que celle dominante en droit des entreprises en difficulté car elle prend en compte les actifs de l'entreprise inclus dans le plan de cession mais également les charges afférentes. En matière fiscale, ce surplus a pour but de démarquer le repreneur des autres candidats à la reprise et d'être préféré par le tribunal.

L'appréhension de la réalité économique de la cession d'entreprise par le droit fiscal devrait être celle prévalant pour le calcul des honoraires de l'administrateur¹³⁹. En effet, le prix global de la reprise est le fruit du travail de l'administrateur judiciaire, qui négocie avec le repreneur pour prendre à sa charge ce surplus. Au vu du travail fourni, il serait louable qu'il soit gratifié à la hauteur du travail réalisé. Dans un arrêt de la Cour d'appel de Reims¹⁴⁰, le premier président de la Cour d'appel pensait qu'il était possible de prendre en compte des éléments autres que le prix des actifs corporels et incorporels cédés, des éléments qui ont une influence directe sur la diminution du passif et sur l'acceptation de l'offre. Ainsi, une offre de reprise est choisie par préférence par le tribunal en raison

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-14.744.

¹³⁹ SAINT-ALARY-HOUIN C., Cass. com., 12 juillet 2016, n° 15-50.008, *BJE* 1^{er} janvier 2017, n° 01, p. 22.

¹⁴⁰ CA Reims, 16 février 2015, n° 15/00.183.

des charges supplémentaires prises par le repreneur, outre les éléments d'actifs cédés. Dans ce cas précis, l'intervention de l'administrateur est déterminante car elle a pour conséquence de faire pencher la balance du bon côté. Cette offre va être préférée car elle permet d'obtenir non seulement un très bon prix mais également d'assurer la pérennité de l'entreprise en prenant en charge une partie de son passif. Dans son plaidoyer pour une appréhension économique de la cession d'entreprise, Madame le professeur Saint-Alary-Houin souligne très justement « *la nécessité de réformer le mode de détermination des honoraires des administrateurs* »¹⁴¹. Selon elle, « *il faudrait que leurs honoraires reflètent le travail accompli pour obtenir la meilleure offre de reprise* ». Sans cette prise en compte, les administrateurs pourraient se sentir lésés et du coup ne plus inciter les repreneurs à prendre à leurs charges des engagements supplémentaires. Cette abstention serait dommageable car au lieu de se tourner vers des offres qui pourraient sauver l'entreprise sur du long terme, les administrateurs se contenteraient d'appuyer des offres où le prix des actifs cédés est plus significatif. Dans le même sens, Monsieur le professeur Lucas considère que « *cette décision de la Cour de cassation va encourager la fixation d'un prix de cession à la hausse* », même s'il lui reproche de la même manière cette conception trop étroite du prix excluant la notion de charge augmentative du prix de cession¹⁴².

La référence au « *montant total hors taxe du prix de cession de l'ensemble des actifs compris dans le plan* » semble désuète car elle ne prend pas en compte la dimension économique du plan de cession. De ce fait, il faudrait prendre en compte à la place, l'ensemble des diligences des administrateurs dès lors qu'elles ont une justification et poursuivent un seul et unique but : le sauvetage de l'entreprise à un meilleur prix. Toutefois, cette rémunération ne doit pas être excessive mais mesurée. En effet, en prenant en compte de telles diligences, la rémunération va accroître de manière proportionnelle. Or, il ne faudrait pas que cette rémunération absorbe la quasi-totalité du prix de cession offert par le cessionnaire. Certes le travail fourni par les administrateurs mérite salaire, mais pas à n'importe quel prix. Ces derniers doivent donc moduler leurs honoraires pour qu'ils soient raisonnables mais pas dévalorisants¹⁴³. Cette approche est valable pour la rémunération des liquidateurs car ils perçoivent une rémunération arrêtée par le président du tribunal et des droits proportionnels pour les biens cédés, en cas de maintien de l'activité de l'entreprise. L'article R. 663-29 du Code de commerce, tel que modifié par l'article 4 du décret n° 2016-230 du 26 février 2016, prévoit, qu'à défaut de désignation d'un administrateur judiciaire, l'émolument alloué au liquidateur est celui prévu à l'article R. 663-11 du Code de commerce, c'est à dire similaire à la rémunération des administrateurs.

Finalement, la prise en compte du caractère global du prix de cession permet de plaider pour une appréhension économique du prix de cession.

¹⁴¹ SAINT-ALARY-HOUIN C., Cass. com., 12 juillet 2016, *ibidem*.

¹⁴² LUCAS F.-X., Cass. com., 12 juillet 2016, n° 15-50.008, LEDEN 2 sept. 2016, n° 08, p. 1.

¹⁴³ SAINT-ALARY-HOUIN C., Cass. com., 12 juillet 2016, *loc. cit.*, p. 48.

Conclusion Titre 1

La loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 a transféré la cession d'entreprise au sein des dispositions relatives à la liquidation judiciaire afin de répondre à la logique liquidative qui la domine. Le raisonnement est le suivant : le plan de sauvegarde et de redressement judiciaire a vocation à faire perdurer l'entreprise entre les mains du débiteur et le plan de cession a vocation à vendre les actifs corporels et incorporels de l'entreprise à un tiers repreneur. Pourtant, la cession d'entreprise ne se résume pas à une vente de ses actifs, elle revêt une réalité tout autre, une réalité économique.

A vrai dire, le plan de cession est un plan de continuation de l'activité entre les mains d'un tiers repreneur. L'idée est de redresser l'entreprise économiquement. Le droit des entreprises en difficulté ne fait qu'encadrer juridiquement cette opération de restructuration. Ainsi, la nature économique et juridique de la reprise d'entreprise en difficulté se révèle comme indissociable, l'une ne peut prévaloir sur l'autre.

TITRE 2 : LA REPRISE D'ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ, UN INSTRUMENT DE RESTRUCTURATION ÉCONOMIQUE

La cession rime avec sauvegarde de l'entreprise, même en dépit de sa délocalisation au sein des dispositions relatives à la liquidation judiciaire.

Dans l'exposé des motifs de la loi de sauvegarde des entreprises est indiqué que « *La sauvegarde des entreprises est un enjeu majeur pour notre économie et les hommes qui la développent* »¹⁴⁴. Il apparaît que la sauvegarde des entreprises est nécessaire au bon fonctionnement de l'économie. Par conséquent, la cession d'entreprise, qui permet le sauvetage d'une entreprise en difficulté, se révèle comme un instrument de restructuration économique. Dans le même sens, les objectifs énoncés dans le Code de commerce démontrent très clairement que la cession d'entreprise ne consiste pas uniquement à apurer le passif, elle poursuit également une finalité sociale et économique. Certes la cession d'entreprise en difficulté reste encadrée rigoureusement par le droit des entreprises en difficulté mais cette opération revêt une dimension économique impossible à occulter.

Avant toute acquisition, le repreneur doit connaître l'entreprise qu'il souhaite reprendre. C'est pourquoi, accompagné de professionnels compétents, le repreneur fait un scanner de l'entreprise dans le but de connaître les forces et les faiblesses de cette dernière mais également d'étudier le marché qui l'entoure afin de révéler sa position de leadership ou d'outsider (Chapitre 1).

L'environnement économique de la cession d'entreprise est l'occasion de mieux découvrir les nouveaux acteurs de la reprise d'entreprise, qui sont étonnamment parfois plus proches de l'entreprise qu'il n'y paraît. De la même manière, il est important de mettre en évidence les outils qui permettent au repreneur de poursuivre l'activité avec les meilleures perspectives d'avenir. Les choix stratégiques du repreneur peuvent parfois déconcerter, paraître injustes, mais au final sont nécessaires au sauvetage de l'entreprise et à son redressement (Chapitre 2).

¹⁴⁴ SAINT-ALARY HOUIN C., Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises continuité, rupture ou retour en arrière, *loc. cit.*, p. 8.

CHAPITRE 1 : LA DIMENSION ÉCONOMIQUE DU PROCESSUS PRÉALABLE À LA REPRISE D'UNE ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ

La reprise d'une entreprise est empreinte d'une dimension économique car elle permet la transmission d'une activité économique, source de richesse, entre les mains d'un repreneur. Plus précisément, la notion d'entreprise est une notion économique qui a été appréhendée par le droit au fur et à mesure de l'histoire.

A l'instar d'une reprise d'entreprise saine, la reprise d'une entreprise en difficulté présente des avantages et des inconvénients qu'il est important de bien cerner avant de se lancer dans une telle acquisition. A contrario, elle se différencie dans le sens où cette reprise est encadrée par le droit en raison des difficultés qu'éprouve l'entreprise. A ce sujet, ces dernières sont souvent imputables aux fautes de gestion du dirigeant alors qu'il est bien souvent la première victime de cet échec. Pour que le rebond du dirigeant devienne une réalité, les professionnels du droit ont mis en place des dispositifs dans le but de lui donner l'envie d'entreprendre de nouveau (Section 1).

Il n'en demeure pas moins que les repreneurs intéressés par la reprise d'une entreprise en difficulté doivent au préalable construire un projet d'acquisition à la suite d'une étude de marché et d'un audit approfondi de l'entreprise à reprendre. Ce diagnostic complet de l'entreprise permet de formuler une offre de reprise dans les meilleures conditions. De plus, cette démarche d'acquisition est facilitée à partir du moment où le repreneur se sent épaulé, soutenu dans son projet d'acquisition. A ce propos, le droit fiscal fait un pas vers ces repreneurs (Section 2).

Section 1 : La phase de reconnaissance de l'entreprise à reprendre

La reprise d'une entreprise en difficulté revêt une dimension économique impossible de nier. En effet, la notion d'entreprise, même si elle est appréhendée par le droit, reste une notion avant tout économique. La nature économique de cette notion déteint forcément sur l'opération de cession d'entreprise. Ainsi, la cession d'entreprise en difficulté est une opération globale économique qui dépasse les frontières du juridique (Paragraphe 1).

Par ailleurs, l'impact de la cession d'entreprise ne se limite pas à la sphère de l'entreprise. En effet, derrière toute entreprise se cache un homme. Force est de reconnaître que cette opération touche personnellement la vie du chef d'entreprise et son cercle familial (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'appropriation difficile de la notion d'entreprise par le droit

Retourner aux racines de la notion d'entreprise permet de mieux comprendre la définition actuelle qui en est donnée. Cela donne également l'occasion de retracer la place que le droit lui a accordée tout au long de l'histoire. Cette approche de la notion d'entreprise révèle la nature économique de l'opération de cession d'entreprise en difficulté (A).

Cette opération d'acquisition n'est pas une décision facile à prendre et nécessite de peser les pour et les contre. Cette balance des intérêts en présence permet de franchir ou non le pas de la reprise (B).

A) La notion économique de l'entreprise

A l'origine, le mot entreprise émane du verbe entreprendre qui signifie plus particulièrement embrasser, se charger de quelque chose que l'on a à cœur. A partir de ce verbe, de nombreuses significations sont nées, notamment celles d'entreprendre un ouvrage ou une affaire¹⁴⁵. A cette époque, le mot entreprise fait essentiellement référence aux hommes d'armes et désigne les opérations militaires, guerrières ou offensives. Cette connotation agressive se retrouve de nos jours dans l'idée de conquête de parts de marché, de guerre économique. Par la suite, l'aspect immoral de ce mot a été délaissé pour ne retenir que l'aspect audacieux de la personne à l'initiative de cette action¹⁴⁶. Le sens de ce terme est celui qui préexiste depuis le XIX^{ème} siècle jusqu'à aujourd'hui. Ainsi, il s'agit d'une notion moderne qui a fait son apparition que très récemment dans notre droit. A ce titre, elle est apparue dans le Code civil de 1804 à travers l'article 1798 sur le contrat d'entreprise, puis également dans le Code de commerce de 1807, employée dans le sens de substitut du mot activité pour qualifier certains actes de commerce. Ensuite, le terme a disparu du vocabulaire juridique. Ce n'est que très récemment que le mot entreprise a été associé aux activités économiques, essentiellement pour désigner une action¹⁴⁷.

L'entreprise se définit communément comme une unité économique qui implique la mise en œuvre de moyens humains et matériels de production ou de distribution de richesses reposant sur une organisation préétablie. L'entreprise est surtout définie par rapport à une activité économique dans le sens où elle doit gagner des parts de marché en s'adaptant perpétuellement à son environnement. Ce qui importe au final c'est que l'entité qui développe cette activité soit dotée d'un pouvoir de décision suffisant, peu importe le type de structure (entreprise artisanale, petite et moyenne entreprise, entreprise commerciale, grande entreprise industrielle). L'autonomie décisionnelle de l'entreprise peut se définir

¹⁴⁵ LAMARCHE T., La notion d'entreprise, *RTD Com.*, 2006, p. 709.

¹⁴⁶ *Ibidem.*

¹⁴⁷ *Ibidem.*

comme la faculté d'avoir un patrimoine propre et indépendant et de se gouverner et de déterminer librement les règles auxquelles elle se soumet¹⁴⁸.

Au final, la notion d'entreprise est bien une notion économique et non juridique, pourtant son importance dans le droit est considérable.

A défaut d'avoir une définition dans le Code de commerce ou dans une loi particulière, le droit reconnaît son existence juridique et lui attache des effets de droit¹⁴⁹. Michel Despax affirmait que « *le droit du travail avait été un des premiers à utiliser cette notion* », ce fut le cas tout particulièrement par l'ordonnance du 22 février 1945 instituant le comité d'entreprise. Plus encore, « *il affirmait que cette notion se rattachait étroitement à celle de contrat de travail* ». En effet, le premier texte se référant expressément à l'entreprise est la loi du 19 juillet 1928 relative au maintien des contrats des salariés en cas de modification de la forme juridique de l'entreprise. Cette loi n'est que la reprise de l'article L. 1224-1 du Code du travail qui pose le principe du transfert des contrats de travail en cas de modification de la situation juridique de l'employeur. Cette première reconnaissance de l'entreprise par le droit démontre l'idée selon laquelle les salariés sont liés beaucoup plus au sort de l'entreprise qu'à celui de la personne de l'employeur¹⁵⁰. Le droit de la concurrence fait également référence à cette notion d'entreprise dans le sens où l'article L. 410-1 du Code de commerce relatif aux dispositions générales du droit de la concurrence vise toutes les activités de production, de distribution et de services. Cette référence aux entreprises est encore plus évidente eu égard aux textes relatifs aux pratiques-anticoncurrentielles¹⁵¹. Par exemple, l'article L. 420-2, I du Code de commerce prohibe l'exploitation d'une position dominante sur le marché intérieur par une entreprise ou un groupe d'entreprises. Enfin, le droit des entreprises en difficulté met un point d'honneur à placer au centre cette notion d'entreprise. Jusqu'en 1967, les procédures collectives avaient essentiellement pour but le règlement collectif et égalitaire des créanciers et la condamnation du commerçant failli. Ensuite, la loi de 1967 s'est employée à dissocier le sort de l'Homme et de l'entreprise, de sorte que la logique sanctionnatrice du début laisse la place à une logique de prévention, de survie de l'entreprise et de sauvetage des emplois. L'entreprise doit être protégée par le droit afin de la préserver des événements qui peuvent affecter la personne de l'exploitant ou ses comportements. Depuis la loi du 25 janvier 1985, l'entreprise est au cœur de ce droit.

Le droit a donc fait une place à cette notion d'entreprise, même si cette dernière n'est toujours pas un sujet de droit. Pour Michel Despax, l'entreprise est un sujet de droit naissant. Il définissait l'entreprise comme « *l'union intime de deux cellules qui en sont les composantes : la cellule économique rassemblant les éléments matériels à l'œuvre de production et la cellule sociale composée des éléments humains nécessaires à la mise en œuvre des éléments matériels de la cellule économique* »¹⁵². A travers

¹⁴⁸ LAMARCHE T., *loc. cit.*, p. 53.

¹⁴⁹ BLAISE J.-B. et DESGORCES R., *Droit des affaires*, LGDJ, Lextenso, 8^{ème} ed., 2015, p. 180.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ LAMARCHE T., *ibidem*.

¹⁵² DESPAX M., *loc. cit.*, p. 41.

cette définition, il met en avant l'aspect économique de l'entreprise, mais également l'aspect social. Pour lui, s'intéresser à l'entreprise, c'est s'intéresser également à la composante humaine. Cette idée sous-entend celle portée par le droit des entreprises en difficulté, le maintien de tout ou partie des emplois dans le cadre d'un plan de cession, reléguant à l'arrière-plan le règlement des créanciers. Ainsi, l'intérêt social fait corps avec l'intérêt de l'entreprise en difficulté. Tout comme Michel DESPAX, d'autres auteurs estiment qu'il s'agit d'un sujet de droit naissant, comme une personne dotée d'un patrimoine qui contracte à son profit. Pourtant, à l'heure actuelle, elle ne peut être considérée comme tel car elle n'a pas la personnalité morale et elle ne peut pas non plus être un objet de droit car certains de ces éléments qui la composent ne peuvent être ni aliénés, ni régis par le droit des biens¹⁵³.

Quoi qu'il en soit, la notion d'entreprise n'est pas un sujet de droit à part entière, il s'agit seulement d'une notion économique appréhendée par le droit.

B) L'approche économique de la reprise d'entreprise en difficulté

Comme vu à la fin du titre précédent, la notion de cession d'entreprise ne peut se résumer à une notion juridique, elle revêt également une dimension économique. Bérangère Deschamps qualifie de « *repreunarial* » le processus suivi par les entrepreneurs personnes physiques. Le processus de reprise ne se résume pas à lui seul, il ne fait qu'un avec la décision d'entreprendre du repreneur et le processus d'entrée¹⁵⁴. Ainsi, il ne constitue qu'une partie de l'ensemble de la démarche suivie par le repreneur. D'une part, le repreneur doit décider de reprendre une entreprise. Ainsi, il doit peser le pour ou le contre afin de savoir si une telle démarche est opportune. Cette décision sera le fruit d'une motivation propre. D'autre part, tout comme la reprise d'une entreprise saine, la reprise d'une entreprise en difficulté suppose une phase de reconnaissance de l'entreprise à reprendre. Ainsi, la reprise d'une entreprise saine et d'une entreprise en difficulté suppose un projet personnel. Les axes de recherche des repreneurs sont les suivants : le ou les secteurs d'activités à cibler, la zone géographique souhaitée, la taille et l'organisation des entreprises à sélectionner, l'enveloppe financière envisageable, les partenaires financiers et le délai de réalisation du projet¹⁵⁵. La cohérence du projet du repreneur est déterminante pour assurer la sécurité ultérieure de la reprise. En effet, il s'agit d'un critère qui sera retenu par le tribunal lors de son examen des offres de reprise.

Toutefois, au contraire d'une entreprise saine, une entreprise en difficulté bénéficie d'un cadre juridique contraignant. En effet, selon le degré des difficultés de l'entreprise à reprendre, l'entreprise en difficulté s'inscrit dans un cadre juridique particulier. Dans le cadre des procédures amiables, le débiteur

¹⁵³ *Ibidem*.

¹⁵⁴ DESCHAMPS B., Le processus de reprise d'entreprise par les entrepreneurs personnes physiques, thèse Grenoble, 2000.

¹⁵⁵ Les étapes de la reprise d'une entreprise : www.afecreation.fr

est à l'initiative de la procédure et ses difficultés varient car il peut éprouver des difficultés naissantes, telles que la cessation des paiements. Au contraire, dans le cadre d'une procédure collective comme la liquidation judiciaire, le débiteur éprouve des difficultés très prononcées et n'arrive plus à payer ses dettes, le redressement paraît manifestement impossible.

En fin de compte, l'offre de reprise va être encadrée par un processus de réception d'offres dans les délais indiqués et par un processus décisionnel. Le processus décisionnel débouchera sur la décision du tribunal, après l'audition préalable des personnes mentionnées à l'article L. 642-5 du Code de commerce.

Outre ce cadre juridique contraignant, le repreneur peut rencontrer des difficultés lors d'une telle reprise. Ainsi, le climat social de l'entreprise peut se dégrader suite au changement d'employeur. En effet, la substitution d'employeur peut être à l'origine de changements ultérieurs n'emportant pas l'adhésion des salariés. La fragilité économique de l'entreprise peut être également un frein pour attirer de nouveaux investisseurs ou obtenir de nouveaux crédits alors qu'ils sont le préalable à une évolution économique de l'entreprise. Enfin, les relations d'affaire préétablies peuvent être perturbées du fait du passage du cédant au cessionnaire. La nouvelle politique menée par le cessionnaire peut déplaire aux partenaires et faire l'objet de mésententes.

Il n'en demeure pas moins que les avantages d'une reprise en difficulté sont indéniables. A ce titre, le repreneur va bénéficier d'aides fiscales pour relancer l'activité. De plus, lors d'une reprise, le cessionnaire reprend l'ensemble de la clientèle du cédant. Cette base de clients est un véritable atout pour le cessionnaire car il n'a pas besoin de démarcher des clients comme le ferait un entrepreneur lors de la création *ab initio* de son entreprise. Dans le même sens, la cession judiciaire des contrats permet la continuité de l'entreprise avec les mêmes partenaires économiques.

Toutefois, la reprise d'entreprise en difficulté ne doit pas être le théâtre d'opérations de concentration. Il peut être tentant pour une entreprise de faire une offre de reprise à son unique concurrent pour prendre le contrôle du marché. Une opération de concentration a lieu dès lors qu'une entreprise prend le contrôle directement ou indirectement d'une autre entreprise ou sur des actifs. L'opération de concentration est prévue aux articles L. 430-1 et suivants du Code de commerce. Madame le professeur Laurence Idot rappelle que la cession d'entreprise est « *indéniablement une opération de concentration, et qu'elle encore plus notable lors de cession d'actifs* »¹⁵⁶. Toutefois, la qualification de concentration est subordonnée à certaines conditions. Ainsi, la reprise d'une entreprise doit excéder les seuils en chiffre d'affaires tels que prévus à l'article L.430-2 du Code de commerce. Si c'est le cas, le repreneur doit soumettre l'offre de reprise au contrôle préalable du ministre de l'économie et des finances ou de la commission européenne si elle a un impact sur le territoire européen, puis la

¹⁵⁶ IDOT L., Reprise d'entreprises en difficulté et de droit de la concurrence, *Rev. proc. coll.* 2015, n°6, dossier 47.

suspendre jusqu'à l'autorisation de l'autorité de la concurrence. Cette obligation de notification et de suspension des opérations de concentration est apparue en droit français depuis la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001. Or, en droit des procédures collectives, l'opération de cession ne peut être suspendue au motif d'attente de l'autorisation de l'autorité de la concurrence une fois que le tribunal a fait son choix. Cependant, il est possible de s'affranchir de cette contrainte en demandant à l'autorité de la concurrence, avant l'arrêté définitif du plan de cession, une dérogation à l'obligation de suspension de l'opération. Dans l'affaire Moulinex, la Commission européenne a octroyé à SEB, le cessionnaire, une telle dérogation mais elle fut limitée à la gestion des actifs repris. Avant de prendre une telle décision, elle a vérifié que la suspension de l'opération ne risquait pas de causer un préjudice à l'une des parties à l'opération ou à des tiers et que cette dérogation ne constituait pas une menace pour la concurrence. Depuis cette affaire, le ministre de l'économie admet l'exception de l'entreprise défaillante, de sorte qu'une opération de concentration qui crée ou renforce une position dominante peut être autorisée en l'absence d'un lien de causalité entre la création ou le renforcement de la position dominante et l'opération de concentration. Cet acte de nature exceptionnelle permet seulement au repreneur de gérer les actifs de l'entreprise en difficulté dans la limite où cela s'avère nécessaire pour préserver l'activité dans l'attente de l'autorisation de l'autorité de la concurrence. Cette exception, d'origine américaine, a été introduite par la Commission européenne dans sa décision KaliSalz du 31 mars 1998¹⁵⁷. Pour admettre une telle exception, la Commission européenne a appliqué trois critères : l'entreprise acquise a disparu du marché en l'absence de reprise, il n'y a pas d'acquisition alternative moins anticoncurrentielle et l'acquéreur a acquis les parts du marché de la cible, si cette dernière avait disparu.

Quoi qu'il en soit, cette phase de reconnaissance de l'entreprise pose les bases, c'est à dire la profonde envie du repreneur de se lancer dans une telle aventure.

Paragraphe 2 : La compréhension des difficultés de l'entreprise à reprendre : le véritable échec du chef d'entreprise

La cession d'une entreprise en difficulté amène à se poser la question suivante : quelles sont les raisons de ces difficultés ? A vrai dire, les origines sont diverses mais résultent la plupart du temps d'une conjonction de facteurs (A). De plus, la nature de ces difficultés n'influe pas uniquement sur l'avenir de l'entreprise, mais également sur celui de son chef d'entreprise. En effet, la cession de l'entreprise est perçue à ses yeux comme un véritable échec. Pourtant, face à cet échec, des mesures d'accompagnement sont mises en place pour permettre le rebond du chef d'entreprise (B).

¹⁵⁷ CJCE, *Kali et Salz*, 31 mars 1999, aff. 68/94 et 30/95.

A) Les origines des difficultés de l'entreprise à reprendre

Il faut bien comprendre que pour redresser l'entreprise, il faut d'abord cerner les origines de ses difficultés. En effet, à défaut de pouvoir les identifier clairement, il est possible que ces mêmes difficultés réapparaissent ultérieurement. L'origine de ces difficultés résulte très souvent de la conjonction de plusieurs facteurs : les causes externes et les causes internes¹⁵⁸.

Premièrement, s'agissant des causes externes, la conjoncture économique peut jouer un rôle primordial dans le sens où la croissance, l'inflation, le taux de chômage ou bien le taux des intérêts peuvent avoir un impact sur le fonctionnement normal de l'économie. L'environnement économique autour de l'entreprise va influencer le devenir de l'entreprise et surtout le moral des chefs d'entreprise. Par conséquent, les entreprises peuvent être frileuses à investir et à embaucher de nouveau. Ainsi, la conjoncture peut libérer ou au contraire bloquer les leviers de croissance de l'entreprise, mais également être propice à stimuler des conditions psychologiques de l'échec.

De plus, les spécificités du secteur d'activité peuvent être à l'origine des difficultés de l'entreprise dans le sens où une concurrence agressive ou une dégradation du chiffre d'affaire sectoriel peuvent indiquer la fragilité d'un secteur d'activité. Cette fragilité va avoir un impact direct sur les entreprises qui composent ce secteur d'activité.

Enfin, l'entreprise peut être fragilisée par des événements extérieurs soudains et imprévus. D'une part, ils peuvent provenir d'un partenaire commercial, c'est le cas lorsque son unique partenaire commercial est en difficulté ou lorsqu'il perd un tel partenariat suite à un désaccord. En effet, cette dépendance, essentiellement économique, a forcément un impact sur la bonne santé de l'entreprise. D'autre part, ces événements peuvent être liés à des facteurs humains, tels qu'une mésentente entre associés, partenaires ou bien encore des accidents de la vie privée¹⁵⁹.

Deuxièmement, s'agissant des causes internes, très souvent difficiles à déceler, elles peuvent être déterminantes car elles proviennent de la mise en œuvre de la politique économique et stratégique de l'entreprise. En effet, les dirigeants peuvent faire des choix de gestion peu judicieux. A ce propos, les mandataires judiciaires les désignent très souvent comme une des causes principales de la défaillance des entreprises. Cependant, ces choix, que l'on peut qualifier d'erreurs de gestion, ne sont souvent pas volontaires et sont le résultat d'une absence de remise en cause ou bien d'une inexpérience (contrats mal négociés, dépenses mal gérées). De plus, la mauvaise orientation stratégique de l'entreprise peut être à l'origine de la défaillance de l'entreprise. En effet, certains choix stratégiques peuvent s'avérer désastreux pour l'entreprise, par exemple l'absence de retour sur investissement. La fragilité financière de l'entreprise peut être également à l'origine de ses difficultés. En effet, faute d'avoir des capitaux propres suffisants, l'entreprise doit se tourner vers d'autres investisseurs tels que les banques. Toutefois,

¹⁵⁸ THENOZ C., Reprendre une entreprise à la barre du tribunal, mémoire d'expertise comptable, 2012.

¹⁵⁹ *Ibidem*.

sa fragilité peut en effrayer plus d'un, elle peut se retrouver contrainte alors d'avoir recours à des financements plus coûteux, aggravant la situation financière de l'entreprise. Enfin, la mauvaise qualité de l'information peut être une cause interne de la défaillance de l'entreprise. En effet, une information erronée peut biaiser la décision prise et avoir de terribles conséquences. C'est le cas lorsque l'entreprise ne gère pas correctement ses stocks¹⁶⁰.

A travers de ces facteurs à l'origine de la défaillance, il est possible de remarquer l'éventail des causes diverses et variées pouvant rentrer en compte. Ainsi, la plupart du temps, il s'agit d'une conjonction de facteurs qui mis bout à bout font l'effet d'une véritable bombe au sein de l'entreprise. Pourtant, il est possible de déceler à temps ces difficultés et d'y remédier en prenant des mesures de prévention, c'est à dire en prenant des décisions qui s'imposent pour que ces difficultés naissantes ne deviennent pas irrémédiables et entraînent la cessation des paiements.

Finalement, l'entreprise n'est pas la seule à être touchée par cette spirale d'échec, le dirigeant l'est aussi. A la lumière de ce constat, il est indispensable de prendre en compte cette dimension psychologique et humaine.

B) L'impact psychologique de la cession sur le cédant : la nécessaire prise en compte du traitement humain

La défaillance de l'entreprise se répercute sur son chef d'entreprise. En effet, il s'agit d'un véritable drame pour le dirigeant et sa cellule familiale. Il ne faut pas oublier que du jour au lendemain, il peut perdre les investissements de toute une vie. Au contraire des salariés, le chef d'entreprise n'a pas droit aux aides, à la solidarité nationale pour rebondir¹⁶¹. Ce drame est également vécu comme une expropriation. Le cédant doit laisser sa place à une personne plus digne de sauver son entreprise.

Le sentiment d'abandon et d'échec ressortent très nettement de ce premier constat.

Le poids de la souffrance psychologique du dirigeant est très souvent méconnu. Il se sent bien souvent seul à la suite d'une telle épreuve. Pourtant le Conseil national des greffiers n'est pas insensible aux difficultés qu'il traverse. C'est pourquoi il a diffusé une brochure intitulée « *Entrepreneurs, ne restez pas seuls face à vos difficultés !* »¹⁶². Cette brochure explique aux entrepreneurs comment faire un autodiagnostic de l'état de santé de leurs entreprises. Comme il est usage de dire, il vaut mieux prévenir que guérir. Elle permet également de renseigner les chefs d'entreprise sur les procédures préventives et collectives et de les dédramatiser en expliquant en détails les tenants et les aboutissants

¹⁶⁰ THENOZ C., *loc. cit.* p. 58.

¹⁶¹ DELATTRE C., La souffrance du chef d'entreprise face à la défaillance, BJE 2015, n° 4, p. 201.

¹⁶² Brochure disponible sur le site internet du Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce : www.cngtc.fr

de telles procédures¹⁶³. Grâce à cette brochure, la fatalité et le découragement de l'entrepreneur doivent laisser place à l'anticipation des difficultés.

Dans le même esprit, le tribunal de commerce de Saintes s'est préoccupé du sort de l'entrepreneur. Bien souvent, lors du traitement des difficultés de l'entreprise, la réponse apportée aux souffrances de l'entrepreneur est insuffisante. C'est pourquoi ce tribunal s'est doté d'une cellule de soutien psychologique et de prévention du suicide spécifiquement dédiée aux chefs d'entreprises¹⁶⁴. Les professionnels de la justice orientent ces personnes en souffrance vers des professionnels de la santé, des psychologues spécialisés afin de les aider à surmonter cette épreuve. Le tribunal est soutenu par une association de prévention du suicide « *Les passagers du temps* ».

Cet accompagnement n'est efficace que si les signes suicidaires sont décelés au bon moment par les professionnels des procédures collectives. C'est à l'occasion d'audiences ou d'entretiens que ces professionnels ont la possibilité de détecter la détresse psychologique. Si c'est le cas, ils sont en mesure de transmettre une fiche d'alerte à la coordinatrice du dispositif de prévention, seulement si le chef d'entreprise en fait la demande et donne son accord. Cette fiche d'alerte débouche a posteriori sur un entretien téléphonique avec le chef d'entreprise afin de lui proposer une aide psychologique adaptée et gratuite pour une durée de cinq ans. Elle est le résultat d'une concertation entre différents professionnels de santé à la suite d'une phase exploratoire au sein des audiences liées aux procédures collectives¹⁶⁵. La libération de la parole est la clef du déblocage du mal être des chefs d'entreprise.

Ce dispositif n'est envisageable et réalisable que si les professionnels des procédures collectives sont formés au préalable pour détecter les signes ou expressions de souffrance psychologique émis par un chef d'entreprise. De plus, il nécessite la mise en place d'un réseau de psychologues acceptant dans l'urgence de prendre en charge les personnes signalées comme souffrantes¹⁶⁶.

Cette cellule psychologique ne se limite pas au chef d'entreprise. Elle s'étend aussi à l'entourage proche de ce dernier. Les proches (conjoint, enfants) sont bien souvent des victimes collatérales. La prise en compte de l'individu dans sa globalité à l'occasion d'une procédure juridique à dimension économique permet de renforcer l'efficacité sociale de la justice¹⁶⁷. Cette considération rejoint les orientations présentées par l'Institut des Hautes Etudes sur la Justice (IHEJ) dans un rapport récent de mai 2013 intitulé « *La Prudence et l'Autorité* »¹⁶⁸. Ainsi, la justice ne prend pas seulement en compte la situation économique de l'entreprise mais également la souffrance du chef d'entreprise. Ce n'est pas pour autant

¹⁶³ Brochure disponible sur le site internet du Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce, *ibidem*.

¹⁶⁴ BINNIE M., Un dispositif pour éviter la délocalisation des entrepreneurs dans un monde meilleur, *Rev. proc. coll.* 2014, n° 2, étude 6.

BINNIE M., Du traitement des difficultés des entreprises à la prise en compte des difficultés propres au chef d'entreprise, *Rev. proc. coll.* 2016, n° 4, dossier 27.

¹⁶⁵ BINNIE M., Un dispositif pour éviter la délocalisation des entrepreneurs dans un monde meilleur, *ibidem*.

¹⁶⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸ IHEJ, La Prudence et l'Autorité, l'Office du Juge au XXIème siècle, mai 2013, p. 67 : « *le procès ne peut prétendre à une quelconque efficacité sociale que grâce à la concaténation de différentes réalités* ».

qu'elle délaisse sa fonction première qui est de régler les difficultés des entreprises en apportant des solutions adéquates pour son redressement.

Jusqu'en 2010, aucune statistique nationale ne prenait en compte la santé des dirigeants alors qu'ils sont à l'origine d'une grande part de la création de la richesse nationale. Pour la première fois, le groupe Malakoff Médéric crée le baromètre de la santé des dirigeants¹⁶⁹. Par ce baromètre, le groupe renforce son dispositif d'observation de la santé en entreprise. Cette étude, menée sur une durée de quatre ans, révèle que 79% d'entre eux jugent être en bonne santé et avoir une vie équilibrée. Ce baromètre permet de découvrir que 74% des dirigeants décrivent leurs journées comme stressantes et 31% se sentent isolés dans leur fonction¹⁷⁰. Ce constat est sans appel pour les dirigeants qui se sentent angoissés en raison de leurs lourdes responsabilités, mais surtout très seuls pour les assumer. De plus, il apparaît très nettement que les dirigeants s'accordent peu de temps pour eux et ont du mal à concilier leurs vies privées et professionnelles. Faute de s'accorder suffisamment de temps, ils négligent leur propre santé qui peut jouer sur leur capacité à avoir confiance dans leur entreprise ou dans leur propre avenir professionnel. A contrario, une entreprise en bonne santé influera sur l'optimisme du dirigeant, à sa capacité à se projeter dans l'avenir¹⁷¹. En plus de ce baromètre, le groupe poursuit un travail de recherche et d'expérimentation sur la santé des dirigeants à l'aide de l'Observatoire Amarok. Comprendre la santé des dirigeants est une démarche inédite mais s'avère nécessaire pour relancer l'économie et l'emploi.

Quoi qu'il en soit, le chef d'entreprise doit passer de la culture de l'échec à la culture du rebond. En effet, l'échec entrepreneurial qu'il a connu ne doit pas le résumer. Il est tout à fait capable de recréer une nouvelle entreprise et des emplois pérennes. Permettre le rebond, ce n'est pas accabler l'entrepreneur qui investit, notamment lorsqu'il a à sa charge une caution personnelle. Avant même d'avoir recommencé une activité, le chef d'entreprise se sent démuni, comme pris au piège. A ce sujet, Yves Lelièvre, président de la conférence générale des juges consulaires, propose de limiter le montant cette caution, voire sa durée ou même de la remplacer par une assurance obligatoire¹⁷².

Par ailleurs, donner une seconde chance aux repreneurs constitue une réelle opportunité pour la croissance et pour l'emploi. En effet, après avoir déposé le bilan, le dirigeant se trouve dans une situation où ses compétences sont perdues pour l'économie. Pour éviter une telle erreur sur le plan humain et économique, le Conseil Supérieur de l'Ordre des Experts Comptables (CSOEC) a réfléchi à des actions pour faciliter le rebond du chef d'entreprise par le biais de la formation et de la recherche de crédits. La formation professionnelle s'organise dans le cadre d'un programme de quarante heures. Elle permet à l'entrepreneur d'analyser son échec et de mieux comprendre les causes afin qu'elles ne se reproduisent

¹⁶⁹ Communiqué de presse, Malakoff Médéric lance le premier baromètre de la santé des dirigeants, mai 2015.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² LELIEVRE Y., Comment passer de la culture de l'échec à celle du rebond, *Rev. proc. coll.* 2016, n° 4, dossier 26.

plus dans le futur. Le recours à des outils de pilotage doit lui permettre d'assurer une nouvelle création ou une reprise d'entreprise dans les meilleures conditions. De plus, le rebond ne peut être optimal que si le chef d'entreprise a les liquidités pour relancer une activité. Or, un ancien chef d'entreprise ayant connu une liquidation judiciaire est exclu du système bancaire en raison de la cotation à la Banque de France. Cette cotation empêche le dirigeant d'obtenir du crédit, un découvert. Le conseil supérieur avait constaté que les produits de retraite par capitalisation pouvaient être débloqués légalement par anticipation en faveur du dirigeant. Ce capital représenterait à ce moment-là une opportunité de crédits non négligeables. Il semble donc que ce dispositif devrait être proposé à chaque créateur d'entreprise.

Toutefois, il est important de nuancer les propos rapportés en précisant que dans bien des cas, le repreneur ressort la tête haute de cette épreuve car il propose un repreneur et peut demeurer dans l'entreprise comme salarié¹⁷³. Il n'en demeure pas moins que la reprise d'entreprise en difficulté est vécue d'un côté comme une expropriation pour le cédant et de l'autre côté comme une véritable opportunité pour le cessionnaire. Cette vision bilatérale démontre très clairement l'enjeu psychologique d'une telle opération de restructuration.

Comme disait François Bacon, « *le vrai pouvoir, c'est la connaissance* ». L'analyse des origines de la défaillance de l'entreprise permet de mieux comprendre rétrospectivement la raison de la cession de l'entreprise. C'est également l'occasion de mettre en lumière l'Homme qui se cache derrière l'entreprise, le chef d'entreprise. Au même titre que l'entreprise, il doit à son tour être sauvé. Toutefois, ce constat ne s'arrête pas là, il va au contraire bien plus loin. Une connaissance accrue de l'entreprise à reprendre par un repreneur intéressé met toutes ses chances de son côté.

Section 2 : L'analyse économique de l'entreprise à reprendre

La phase de reconnaissance de l'entreprise à reprendre est suivie d'une phase d'audit de l'entreprise. L'établissement d'un tel audit permet de mieux cerner l'entreprise dans sa globalité et de confirmer ou infirmer l'opportunité d'une telle acquisition. Cette vision économique permet de proposer une offre la plus encline à être préférée par le tribunal (Paragraphe 1).

Par ailleurs, le choix d'une telle reprise n'est pas anodin et peut faire peur à plus d'un repreneur. C'est pourquoi, le droit fiscal propose des aides afin d'inciter les repreneurs à saisir l'opportunité d'une telle acquisition. Toutefois, à y regarder de plus près, ces aides ne sont pas systématiques (Paragraphe 2).

¹⁷³ SAINT-ALARY-HOUIN C., Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises continuité, rupture ou retour en arrière, *loc. cit.*, p. 8.

Paragraphe 1 : L'établissement d'un audit d'acquisition avant tout projet de reprise d'une entreprise

Avant toute acquisition, le repreneur doit faire un diagnostic complet de l'entreprise. Cette analyse de l'entreprise permet de mieux cerner les forces et les faiblesses de cette dernière ainsi que son positionnement sur le marché grâce aux informations transmises par les organes de la procédure, tout en sachant que ces informations sont parfois minimales (A). Ce diagnostic est suivi d'un audit de l'entreprise qui permet de confronter les informations reçues avec la réalité du terrain. Cette analyse, même incomplète de l'entreprise, permet de passer de l'éventuel projet à la concrétisation d'une offre de reprise (B).

A) Le diagnostic préalable à la reprise d'une entreprise en difficulté

Avant tout, le repreneur doit élaborer une stratégie, en déterminant le profil de l'entreprise à reprendre, mais également le moment et les modalités de la reprise.

Les objectifs du repreneur peuvent être divers et variés, il peut s'agir d'augmenter ses parts sur un marché, de se diversifier au sein d'un autre marché ou bien encore de faire l'acquisition d'une technologie particulière. Afin d'identifier une cible, il devra se référer à la publicité faite des offres de cession par voie d'internet, par exemple sur le site internet [fusacq](http://fusacq.com)¹⁷⁴ et de presse. Cette diffusion permet de répondre au problème d'opacité qui était autrefois reproché aux offres de cession. Le repreneur devra également évaluer le marché où se situe l'entreprise. Le marché se définit comme l'environnement dans lequel va évoluer l'entreprise et où se rencontre l'offre et la demande d'un bien ou d'un service, essentiellement les clients et les concurrents. Dans le cadre de son étude, le repreneur devra clairement identifier les opportunités ainsi que les risques du marché (la concurrence, le changement de réglementation etc.). De plus, il doit déterminer les contraintes que devra surmonter l'entreprise sur un tel marché. La réalisation de cette étude du marché est une première approche¹⁷⁵.

Une fois que la cible a été sélectionnée et le marché identifié, un diagnostic préalable de l'entreprise est nécessaire¹⁷⁶. En effet, il permet d'avoir une vision globale de l'entreprise et de confirmer ou d'infirmer l'opportunité de la reprise. Le diagnostic de l'activité a essentiellement pour but d'estimer le potentiel de l'entreprise, sa compétitivité. Toutefois, compte tenu de la complexité des enjeux d'une cession d'entreprise, il est indispensable que le repreneur se fasse accompagner par des professionnels, tout particulièrement des experts comptables, des conseils financiers, avocats et s'entourent d'autres conseillers selon les spécificités de l'activité (assureur, conseiller en environnement). L'entourage de

¹⁷⁴ www.fusacq.com

¹⁷⁵ Diagnostic de l'activité, Agence France Entrepreneur (AFE).

¹⁷⁶ *Ibidem*.

ces professionnels aguerris permet d'avoir un regard neutre et extérieur sur l'entreprise ciblée. Le diagnostic consiste à s'informer progressivement sur l'entreprise, à rassembler les informations nécessaires pour prendre une décision puis définir par la suite un montage juridique et financier, une offre de cession.

L'analyse se poursuit en se penchant de plus près sur le chiffre d'affaires, tout particulièrement sur sa répartition et sa future évolution. A ce sujet, il faut prévoir l'évolution du chiffre d'affaires sur une durée de cinq ans dans le but de sécuriser et d'assurer la visibilité de l'entreprise. Outre l'évolution globale du chiffre d'affaires, il faut étudier la répartition du produit ou du service, sa répartition par client et l'étendu de sa zone géographique. Par ailleurs, le repreneur va regarder de plus près les résultats commerciaux fournis et pourra les comparer aux indicateurs du marché. Cette comparaison démontre tout l'intérêt d'une étude de marché en amont. De plus, avec ses informations, le repreneur pourra comparer les objectifs commerciaux que s'était fixé le cédant et juger le chemin parcouru. Cette vérification permettra de juger de la compétitivité de l'entreprise et d'appréhender les difficultés qui ont été les siennes.

Le diagnostic s'intéresse également aux produits et aux services proposés par l'entreprise. Cette analyse des produits ou des services permet entre autre d'identifier les gammes de produits ou de services que possède l'entreprise et d'en déterminer les plus vendeurs. C'est également l'occasion de mieux comprendre la gestion des produits ou des services au sein de l'entreprise. De plus, l'analyse des produits ou services débouche forcément sur la pratique d'un prix. Ce prix peut être fixé de différentes manières : en tenant compte de la clientèle, de la concurrence ou de son prix de revient et de ses obligations financières. Mieux comprendre les conséquences du prix pratique permet d'opter pour des choix plus judicieux. A titre d'illustration, le cédant pratiquait des prix trop élevés au regard du service ou produit proposé, du marché concurrentiel. Par ailleurs, les produits ou services peuvent faire l'objet d'un ou plusieurs réseaux de distribution afin d'atteindre sa clientèle. Cette distribution peut se réaliser de manière totalement indépendante de l'entreprise ou directement par cette dernière. Le choix du réseau de distribution dépendra en grande partie de la performance du ou des circuits de distribution mais également d'autres facteurs tels que le lieu habituel d'achat des consommateurs ou bien encore du savoir-faire et de la capacité financière de l'entreprise à gérer sa distribution elle-même.

Enfin, le repreneur devra s'informer sur la communication de l'entreprise. En effet, la promotion des produits ou services d'une entreprise a un coût, mais il ne doit pas être déraisonnable. C'est pourquoi, le repreneur, au même titre que les autres indicateurs, identifie les actions de communication et de promotion de l'entreprise et en mesure le retour sur investissement. Au final, cette communication doit permettre à l'entreprise de mieux se faire connaître et d'inciter à la consommation¹⁷⁷.

Après avoir parcouru l'ensemble de ces indicateurs, il est usage de les synthétiser dans un tableau. Généralement, le repreneur aura à sa disposition un outil, appelé plus communément matrice SWOT, acronyme anglo-saxon pour Strengths, les forces, Weaknesses, les faiblesses, Opportunities, les

¹⁷⁷ Diagnostic de l'activité, Agence France Entrepreneur (AFE).

opportunités, et Threats, les menaces¹⁷⁸. L'objectif de cet outil d'analyse est d'identifier des propositions par case, cinq au maximum, soit environ une vingtaine au total. Réalisé en amont de la reprise, il permet d'identifier les forces et les faiblesses de l'entreprise ainsi que les opportunités et menaces du marché. Cette vision globale de l'entreprise permet de mieux appréhender le devenir de l'entreprise et les stratégies à adopter. Il est courant que cette matrice soit réalisée tout au long de la reprise pour mesurer les progrès et les points qui doivent attirer son attention.

Ces tableaux synthétiques permettent au repreneur d'élaborer des actions correctives. Ainsi, l'analyse de l'entreprise lui permet de hiérarchiser ses priorités selon l'urgence du problème identifié. Les solutions mises en œuvre se feront dans un laps de temps initialement prévu pour les réaliser et selon un budget préalablement fixé.

Cette démarche est indispensable pour le repreneur. Elle permet non seulement de sécuriser la reprise mais surtout de proposer l'offre la plus proche de la réalité du terrain. Une meilleure connaissance du marché et de l'entreprise détermine les chances de succès de l'entreprise à l'avenir.

B) L'élaboration d'un audit pour mieux cerner les contours de l'entreprise à reprendre

Après le diagnostic de l'entreprise, intervient son audit qui a deux objectifs : vérifier en détail que les informations données sur l'entreprise sont en adéquation avec la réalité de cette dernière et rédiger la garantie de l'actif et du passif. Il doit intervenir entre la signature de la promesse de vente et la cession proprement dite. Toutefois, dans le cadre d'une entreprise en difficulté, le temps imparti pour cet audit exhaustif est limité alors même qu'il est indispensable avant toute acquisition. Pour cette démarche, le repreneur se fera assister comme précédemment de professionnels, notamment d'un expert-comptable. Ils devront se baser sur les informations fournies par l'administrateur judiciaire et par le dirigeant, sans pour autant à ce stade vérifier l'exactitude des informations. Faute de pouvoir procéder à des vérifications approfondies, le business plan prévisionnel du repreneur devra comprendre des marges d'incertitude.

Dans un premier temps, un audit financier permettra d'analyser le passif de l'entreprise, son montant exact¹⁷⁹. Afin de déterminer ce passif, le repreneur pourra s'appuyer sur la déclaration de cessation des paiements tout en sachant que ce formulaire administratif est souvent sous-estimé, non calqué sur la réalité des difficultés de l'entreprise. Ce document n'est normalement pas communiqué par les organes de la procédure, ni par son dirigeant. C'est pourquoi, en principe, le repreneur va se baser sur l'état du passif communiqué par le mandataire judiciaire pour déterminer le passif de l'entreprise. Ce document n'est compréhensible qu'à l'aide d'un professionnel initié, capable de dissiper les zones d'ombre. Cet état du passif ne sera souvent pas exhaustif puisque des informations telles que

¹⁷⁸ THENOZ C., *loc. cit.*, p. 58.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

les avances faites par le régime de garantie des salaires (AGS) et les frais de procédures, de même que les dettes nées de la période d'observation sont absentes. Ces absences peuvent fausser le plan prévisionnel du repreneur. C'est pourquoi, le mandataire judiciaire doit préciser s'ils sont inclus ou non dans l'état du passif communiqué. Pour mieux comprendre le passif de l'entreprise, il faut prendre en compte chacun des éléments qui rentrent en jeu : le passif super-privilégié (les créances salariales privilégiées et les frais de justice), le passif privilégié (le Trésor public et les organismes sociaux), le passif chirographaire, le passif bénéficiaire d'une hypothèque ou d'une sûreté, le passif à échoir (dans le cadre de crédit-bail). A côté de l'exhaustivité de ce passif, le repreneur peut être amené à payer un passif qui n'est pas inscrit dans le bilan ou à assumer les conséquences d'un contentieux en cours.

Cet audit financier permettra de mieux appréhender le passif de l'entreprise à reprendre ou du moins de mieux cerner les obligations financières qui seront les siennes une fois en place.

Dans un second temps, le repreneur s'appuiera sur un audit stratégique et technique qui lui permettra de mesurer l'opportunité et l'intérêt de cette acquisition. Pour cela, il pourra s'aider d'outils à sa disposition tels que le diagramme de Porter ou la matrice SWOT¹⁸⁰. Comme vu précédemment, la matrice SWOT permet, après un diagnostic de l'entreprise, de faire une synthèse des forces et des faiblesses de l'entreprise ainsi que des opportunités et des menaces du marché. Cet audit stratégique peut être complété par le diagramme de Porter qui permet de mieux appréhender l'environnement de l'entreprise. Le diagramme est composé de cinq forces et menaces : l'intensité de la concurrence, les nouveaux entrants, le pouvoir de négociation de clients, le pouvoir de négociation des fournisseurs et les produits de substitution¹⁸¹. Cette démarche permet de mieux appréhender l'environnement de l'entreprise que sont l'attractivité du marché et sa position à son sein. Cette vision globale de l'entreprise est complétée par un audit technique qui permet d'apprécier la valeur des composants techniques de l'entreprise tels que les machines, les outils industriels¹⁸². Il permet également d'envisager les futurs investissements à prévoir.

Par ailleurs, ces audits stratégiques et financiers sont complétés par un audit juridique et social, tels que les contrats que le repreneur souhaite reprendre ainsi que les emplois qu'il souhaite maintenir¹⁸³.

Même s'il est difficile d'avoir des informations complètes pour réaliser au mieux cet audit, le repreneur a approximativement une vision globale de l'entreprise. Ainsi, il est à même de prendre une décision et de franchir le pas de la reprise. S'il souhaite se lancer dans cette acquisition, cet audit lui sera indispensable pour bâtir un argumentaire solide afin de formuler une offre de reprise attractive.

¹⁸⁰ THENOZ C., *loc. cit.*, p. 58.

¹⁸¹ *Ibidem.*

¹⁸² *Ibidem.*

¹⁸³ *Ibidem.*

Paragraphe 2 : Les aides accordées à la reprise d'une entreprise en difficulté

La reprise d'une entreprise en difficulté peut s'avérer une opération très intéressante à partir du moment où le droit fiscal fait miroiter des aides très conséquentes aux potentiels repreneurs (A). Or, les conditions restrictives imposées par la loi et l'Administration sont des facteurs freinant l'application de l'article 44 septies du Code général des impôts sur les aides de reprise d'entreprise en difficulté. Finalement, les aides fiscales ne sont pas si génératrices de reprise en difficulté (B).

A) Les facultés offertes au repreneur

La reprise d'une entreprise en difficulté n'est pas une décision facile à prendre, toute aide est la bienvenue pour inciter à une telle reprise. A ce propos, le droit fiscal prévoit une aide en faveur des repreneurs d'une entreprise en difficulté depuis 1988¹⁸⁴. Un régime permanent d'aide en faveur des reprises d'entreprises en difficulté, codifié sous l'article 44 septies du Code général des impôts, a été aménagé par la loi de finances rectificative pour 2004¹⁸⁵. Ce régime a été institué alors que la Commission européenne l'a déclaré incompatible avec le droit de l'Union européenne sur les aides d'Etat un an auparavant¹⁸⁶. Elle a estimé que « *ce régime ne garantissait pas que les aides versées seraient limitées au strict nécessaire en vue de mener à bien le sauvetage ou la restructuration de l'entreprise concernée, comme l'exige les règles communautaires en ce domaine* »¹⁸⁷. Suite à cela, les aides d'Etat ont fait l'objet de nouveaux règlements européens pour la période de 2014 à 2020. C'est pourquoi, l'article 44 septies du Code général des impôts sur les aides d'Etat en faveur des reprises d'entreprises en difficulté a été modifié par la loi de finances rectificative pour 2014¹⁸⁸.

Cet article crée un dispositif d'exonération pour les entreprises créées qui reprennent une entreprise en difficulté. Ainsi, l'entreprise doit être en difficulté (sauvegarde, redressement judiciaire, liquidation judiciaire) et faire l'objet d'une cession judiciaire. Cette exonération porte sur une durée de deux ans à compter de la reprise, précisément jusqu'au terme du vingt-troisième mois suivant le rachat de l'entreprise en difficulté¹⁸⁹. Contrairement à l'exemption, l'exonération n'est pas définitive mais limitée dans le temps. La disposition est très attractive pour le repreneur car elle lui permet d'être exonéré d'impôt sur les sociétés durant deux ans, temps imparti pour lui de relancer l'activité en toute sérénité. Toutefois, il ne bénéficie de ce mécanisme que s'il réalise des bénéfices. Certes, il s'agit d'un

¹⁸⁴ Répertoire droit des sociétés, La reprise externe : l'exonération des sociétés créées pour la reprise d'une entreprise en difficulté, D. 2016.

¹⁸⁵ Loi de finances rectificatives du 30 décembre 2004, n° 2004-1484.

¹⁸⁶ Comm. CE, 16 décembre 2003.

¹⁸⁷ MARINI P., Rapport fait au nom de la Commission des finances, article 32, 15 décembre 2004, n° 114.

¹⁸⁸ Loi de finances rectificatives du 29 décembre 2014, n° 2014-1655.

¹⁸⁹ Art. 44 septies, I du Code général des impôts.

avantage non négligeable en cas de réussite, mais d'un autre côté la nature des difficultés est parfois telle que deux ans ne sont pas suffisants pour mettre l'entreprise de nouveau à flot et réaliser des bénéfices. Les conditions d'application peuvent paraître loin de la réalité du terrain au vu de l'exploit que doit entreprendre le repreneur. Certaines personnes critiquent ce régime d'exonération car il est synonyme « *d'argent gaspillé* ». Selon ces rétracteurs, ce système maintient artificiellement debout une entreprise ayant éprouvé de sérieuses difficultés et crée par la même occasion un déséquilibre sur le marché en soutenant économiquement cette entreprise¹⁹⁰.

De plus, cette exonération est marquée par une certaine flexibilité car elle s'adapte en effet à diverses situations. A ce propos, il existe un régime général et des régimes spécifiques.

D'une part, le régime général dit subsidiaire est mis en place si le repreneur ne peut pas bénéficier d'un régime spécifique plus favorable¹⁹¹. Il est applicable à partir du moment où un certain nombre de conditions sont remplies, mais également quelle que soit la taille et le lieu d'implantation de l'entreprise. Ainsi, l'exonération de plein droit prévue par ce régime général n'est envisageable que si et seulement si la réglementation européenne sur les aides dites de minimis est respectée. Depuis le règlement de l'union européenne du 18 décembre 2013 relatif aux aides de minimis¹⁹², l'exonération d'impôt est plafonnée à hauteur de 200 000 euros sur trois exercices fiscaux, toutes aides confondues.

D'autre part, il existe deux régimes spécifiques plus favorables¹⁹³. Ces régimes trouvent leur fondement dans un autre règlement européen, plus précisément dans le Règlement Général d'Exemption par Catégorie du 17 juin 2014, dite RGEC. Ce règlement autorise des aides significativement plus élevées à des catégories particulières d'entreprises comme les petites et moyennes entreprises mais également dans certaines zones, dites les Aides à Finalité Régionale (AFR). Ces aides spécifiques sont délivrées à des entreprises bien particulières car elles sont considérées plus fragiles et de ce fait méritent une attention financière plus importante. L'exonération du premier régime spécial qui s'applique aux petites et moyennes entreprises quelle que soit leur implantation est plafonnée à 7, 5 millions d'euros en fonction du coût salarial des emplois maintenus et créés dans le cadre de la reprise. De la même manière, l'exonération du deuxième régime spécial qui s'applique aux aides dites à finalité régionale quelle que soit la taille de l'entreprise est plafonnée de la même manière¹⁹⁴. Par exemple, si une moyenne entreprise, avec 10 millions de coût salarial, s'implante dans une zone AFR, elle bénéficiera d'une exonération de 2 millions d'euros soit 20 % de 10 millions d'euros.

¹⁹⁰ DEDEURWAERDER G., Les habits neufs du régime fiscal de la reprise d'une entreprise en difficulté, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 6, dossier 58.

¹⁹¹ Répertoire droit des sociétés, La reprise externe : l'exonération des sociétés créées pour la reprise d'une entreprise en difficulté, *loc. cit.*, p. 67.

¹⁹² Règlement de l'UE sur les aides de minimis du 18 décembre 2013, n° 1407/2013.

¹⁹³ Répertoire droit des sociétés, La reprise externe : l'exonération des sociétés créées pour la reprise d'une entreprise en difficulté, *ibidem*.

¹⁹⁴ Annexe 2.

Cependant, il ne faut pas oublier que ces régimes spécifiques sont soumis à des conditions particulières, notamment un agrément de l'administration qui implique pour le repreneur de s'engager à conserver les emplois maintenus et créés. Cette obligation est imposée aux petites et moyennes entreprises pendant au moins trois ans et pour les grandes entreprises pendant au moins cinq ans¹⁹⁵. L'exonération de ces régimes spécifiques est certes plus élevée que celle du régime général mais elle reste cependant soumise à des conditions restrictives qui en limitent au final sa portée.

B) Une aide encore peu génératrice de reprise d'entreprise

L'aide offerte au repreneur n'est pas applicable de plein droit, il faut que l'entreprise reprise réponde à des conditions strictes. Le respect de ces conditions restrictives concerne tout autant le régime général que les deux régimes spécifiques, les deux étant liés. En effet, une entreprise ne peut bénéficier du régime spécifique que si elle remplit au préalable celles nécessaires pour le régime général. Elles sont dites restrictives car elles restreignent très significativement l'accès au régime.

Tout d'abord, ces conditions concernent la nature industrielle de l'activité reprise. En effet, pour pouvoir bénéficier de l'exonération prévue à l'article 44 septies du Code général des impôts, l'activité reprise doit être exclusivement industrielle. La nature de l'activité implique la mise en œuvre de moyens techniques en vue de la fabrication ou de la transformation de biens meubles corporels. Cette définition exclut automatiquement les secteurs du bâtiment et des travaux publics. A l'alinéa 3 de ce même article, le Code général des impôts exclut strictement des secteurs d'activité du bénéfice de l'exonération : les transports et infrastructures correspondantes, les constructions navales, les productions agricoles primaires, la fabrication de fibres synthétiques, la sidérurgie, le charbon, la production et la distribution d'énergie, les infrastructures énergétiques, la transformation et la commercialisation de produits agricoles, la pêche et l'aquaculture. Cette longue liste d'interdictions va bien plus loin que celle imposée par le droit de l'Union européenne. En effet, le règlement européen relatif aux aides de minimis s'applique aux entreprises de tous les secteurs d'activité¹⁹⁶.

L'article 44 septies du Code général des impôts exige également une autre condition, la création d'une société nouvelle indépendante de l'entreprise reprise. Ainsi, la reprise doit être effectuée par une société nouvelle, spécialement créée à cet effet. En outre, cette société doit être soumise à l'impôt sur les sociétés de plein droit ou sur option. Cependant aucune forme de société n'est requise (sociétés de capitaux, de personnes, entreprises individuelles), elle doit seulement se trouver en difficulté. L'exigence de cette obligation exclut systématiquement la reprise interne où le repreneur prend le contrôle de la société par l'acquisition de droits sociaux. Toutefois, la reprise interne n'est pas pour

¹⁹⁵ DEDEURWAERDER G., Les habits neufs du régime fiscal de la reprise d'une entreprise en difficulté, *loc. cit.*, p. 68.

¹⁹⁶ DEDEURWAERDER G., Régime fiscal de la reprise d'une entreprise en difficulté : une imparfaite adaptation au droit de l'union Européenne, BJE 2015, n° 3, p. 161.

autant laissée de côté puisqu'elle bénéficie d'avantages propres, qui sont le report des déficits et l'exonération des droits d'enregistrement. De la même manière, cette condition exclue les entreprises créées dans le cadre d'une concentration¹⁹⁷ ou d'une extension d'activité préexistante. Ainsi, une entreprise n'est pas nouvellement créée à partir du moment où l'activité de l'entreprise créée prolonge celle d'une entreprise préexistante et en présence de liens personnels ou financiers entre l'entreprise créée et l'entreprise préexistante. Il en résulte que son capital ne peut être détenu par plus de 50% par des personnes qui ont été associées ou exploitantes de l'entreprise en difficulté pendant l'année précédant la reprise. Cette exigence d'indépendance absolue par rapport à l'entreprise reprise trouve sa justification à l'article 1, paragraphe 4 du règlement général d'exemption par catégorie. Cet article exclut les aides aux entreprises en difficulté, ce qui implique à contrario que l'aide ne peut être octroyée qu'à une entreprise distincte de cette dernière. Cette condition d'indépendance est similaire dans le cadre du régime général et des régimes spécifiques, même si le règlement sur les aides de minimis ne la prévoit pas.

Enfin, l'Administration pose une ultime condition qui est source de nombreuses difficultés. En effet la société nouvelle « *ne peut exercer, au cours de l'ensemble de la période d'exonération, aucune autre activité que l'activité reprise* ». L'Administration pose cette condition supplémentaire dans le but d'éviter qu'une activité bénéficiaire soit adjointe à celle existante dans l'unique dessein de bénéficier de l'exonération. Ainsi, l'exonération ne peut jouer qu'en raison des bénéfices réalisés par l'activité reprise et non celle d'une activité adjointe. Monsieur le professeur Dedeurwaerder souligne le fait que « *cette condition est absurde d'un point de vue économique et juridique* »¹⁹⁸. D'une part, d'un point de vue économique, il précise qu'il est quasiment impossible pour le repreneur de satisfaire l'ensemble des conditions précitées tout en exerçant aucune autre activité¹⁹⁹. Selon lui, cette condition posée par l'Administration est illusoire et totalement déconnectée de la réalité. D'autre part, il pointe du doigt le fait que cette condition est également absurde d'un point de vue juridique dans le sens où elle n'est prévue ni par la loi, ni par aucun texte européen et qu'elle s'avère même contraire à l'esprit de l'article 44 septies²⁰⁰. Cette contrariété à l'esprit du législateur se comprend dans le sens où elle favorise uniquement l'aide à l'activité reprise alors que le texte exige de son côté la création d'une société nouvelle indépendante de l'entreprise initiale. Cette condition paraît également contraire au règlement général d'exemption par catégorie et au Code général des impôts car tous deux exigent la création d'une nouvelle activité économique dans le cadre du régime spécifique des aides à finalité régionale. Se pose la question de savoir comment concilier à la fois l'exigence de création d'une nouvelle activité

¹⁹⁷ Cf. supra, Titre 2, Chapitre 1, Section 1, Paragraphe 1, B) L'approche économique de la reprise d'entreprise en difficulté, p. 55.

¹⁹⁸ DEDEURWAERDER G., Les habits neufs du régime fiscal de la reprise d'une entreprise en difficulté, *loc. cit.* p. 68.

¹⁹⁹ *Ibidem.*

²⁰⁰ *Ibidem.*

économique et celle de reprise de l'activité exercée. En regardant de plus près, ces deux exigences sont contradictoires et la situation apparaît ubuesque.

Face au constat dressé, cette condition imposée empêche la mise en œuvre de cette aide fiscale et freine par conséquent l'attractivité d'une telle reprise pour les repreneurs. Il faudrait donc réfléchir à modifier le dispositif d'exonération actuel afin que les aides fiscales redeviennent réellement une aide à la reprise des entreprises en difficulté.

Au final, la reprise d'une entreprise en difficulté est bien une opération de restructuration économique, c'est indéniable. A vrai dire, elle l'est d'avantage au regard de son environnement. En effet, elle se diversifie au niveau des procédures applicables, met en lumière de nouveaux repreneurs potentiels et offre des outils économiques très attractifs. Cet environnement ne peut qu'être favorable à la reprise et par conséquent à l'activité et à la croissance économique.

CHAPITRE 2 : L'ENVIRONNEMENT ÉCONOMIQUE DE LA REPRISE D'UNE ENTREPRISE EN DIFFICULTÉ

La reprise d'une entreprise en difficulté reste une opération de restructuration très attractive pour les repreneurs. A côté des tiers repreneurs, les acteurs de la reprise peuvent provenir du cœur de l'entreprise. En effet, les actifs de l'entreprise peuvent être cédés à des personnes familières de l'entreprise, ses salariés. Cette acquisition, même si elle est possible, s'avère encore peu utilisée en raison des difficultés de mise en œuvre, tout particulièrement dans le cadre d'une SCOP. A côté de la reprise externe, la reprise interne par la prise de contrôle de la société s'avère un instrument de restructuration alternatif et tout aussi attractif (Section 1).

Ces nouveaux visages de la reprise d'entreprise en difficulté ont à leur disposition un éventail d'outils économiques. Ainsi, la reprise d'une entreprise peut être envisagée dès l'apparition des difficultés de cette dernière et sans qu'elle soit en cessation des paiements, grâce à l'introduction du prepack cession. Cette anticipation des difficultés permet une reprise plus rapide et sans obstacles majeurs. Le repreneur peut faire également le choix de ne maintenir qu'une partie des emplois en poste et de supprimer et de reprendre un certain nombre de contrats nécessaires à la poursuite de l'activité. Les choix stratégiques poursuivis par le repreneur ont pour objectif de pérenniser l'activité reprise et ce dans les meilleures conditions (Section 2).

Section 1 : Les nouveaux visages des repreneurs de la reprise d'une entreprise en difficulté

La reprise d'une entreprise en difficulté s'envisage le plus souvent par le biais d'un repreneur, tiers à l'entreprise. Or, depuis quelques années, les salariés sont de véritables acteurs de la reprise d'entreprise en difficulté (Paragraphe 1).

Par ailleurs, la reprise externe d'une entreprise en difficulté, considérée comme la technique royale de transmission de l'entreprise en difficulté, se voit de plus en plus concurrencée par la reprise interne. Cette reprise entraîne la montée au capital social de tiers extérieurs en passant outre la résistance des actionnaires ou dirigeants en place. Toutefois, la reprise interne d'une entreprise en difficulté se heurte au respect du droit de propriété des actionnaires (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La reprise de l'entreprise par ses salariés, une véritable opportunité ?

Le maintien de l'emploi est une des trois finalités à atteindre dans le cadre d'une cession d'entreprise en difficulté. La finalité sociale de la cession d'entreprise apparaît désormais comme un critère primordial. En principe, les contrats de travail sont transférés en cas de cession d'entreprise du cédant au cessionnaire. L'article 1224-1 du Code du travail traduit ainsi cet objectif de maintien de l'emploi même en cas de restructuration de l'entreprise. Les salariés sont de ce fait perçus comme des objets de la cession. Or, en réalité, ils sont des acteurs de cette reprise car ils ont la possibilité de concurrencer les tiers repreneurs (A). Ce rachat de l'entreprise par les salariés, qui se fait le plus souvent par le biais de SCOP, s'avère cependant difficile à mettre en œuvre (B).

A) La nouvelle place des salariés au cœur de la reprise d'une entreprise : des sujets de la cession

Comme vu précédemment, le maintien de l'emploi est une des trois finalités du plan de cession. En effet, force est de reconnaître que c'est légalement un but à atteindre lors d'une sauvegarde judiciaire²⁰¹, d'un redressement judiciaire²⁰² ou d'une cession-liquidation²⁰³. Ainsi, le législateur place le critère du maintien de l'emploi au même plan que le maintien d'activité, autrefois finalité privilégiée. Il en résulte qu'une offre peut être acceptée non pas parce qu'elle assure le règlement intégral des créanciers mais parce qu'elle permet le maintien d'une grande partie des emplois. Inversement, une

²⁰¹ Article L. 620-1 du Code de commerce.

²⁰² Article L. 631-1 du Code de commerce.

²⁰³ Article L. 642-1 du Code de commerce.

offre peut être écartée si elle prévoit la suppression de postes clés de l'entreprise, faute d'assurer le maintien de l'activité considérée. A ce propos, Madame Gailhaud et Monsieur Jacotot soulignent le fait que « *l'emploi prend une place centrale dans l'appréhension pragmatique des caractéristiques de l'offre par le tribunal* »²⁰⁴.

En principe, l'article 1224-1 du Code du travail prévoit le maintien des contrats de travail lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur. La cession d'entreprise entraîne une substitution d'employeur du cédant au cessionnaire. Toutefois, les repreneurs peuvent déterminer le niveau d'emploi qu'ils souhaitent préserver selon l'article L. 642-5 du Code de commerce. Au même titre que les contrats cédés ou les biens nécessaires au maintien de l'activité, le repreneur décide du nombre d'emplois qu'il souhaite conserver²⁰⁵. A ce titre, les contrats de travail apparaissent comme des objets de la cession²⁰⁶. Cependant, l'engagement de maintien de tout ou partie des emplois pris par le repreneur n'est effectif que si les contrats sont poursuivis après l'arrêté du plan de cession. Afin de s'assurer du maintien des emplois, il arrive que les plans de cession comprennent des clauses fixant une durée minimale durant laquelle les emplois doivent être maintenus²⁰⁷. De la même manière, le plan de cession peut imposer que l'activité soit poursuivie pendant un laps de temps avec les salariés repris²⁰⁸. Ces clauses permettent de maintenir l'emploi pendant une certaine durée, de prévoir une certaine stabilité de l'emploi. Ainsi, le repreneur ne peut de manière aléatoire licencier les salariés à la suite de l'arrêté du plan de cession.

En dehors des salariés licenciés, les salariés dont le contrat de travail est maintenu voient leurs droits préservés. En effet, l'intégralité de leur contrat de travail est reprise et ne peut faire l'objet de modification. De la même manière, les accords collectifs restent en place pendant une période transitoire allant de trois à quinze mois à compter de la cession, le temps de négocier un nouvel accord. A défaut d'accord négocié, l'article L. 2261-14 du Code du travail prévoit que les salariés repris conservent leurs acquis individuels.

Par ailleurs, les salariés peuvent être des sujets de la cession, car ils peuvent s'impliquer de manière à part entière au cœur de la reprise de leur entreprise. En plus de pouvoir donner leurs avis sur le choix du repreneur, les salariés ont surtout la possibilité de soumettre une ou plusieurs offres de reprise de leur entreprise placée en redressement judiciaire. Depuis la réforme du 12 mars 2014, l'article L. 631-13 du Code de commerce prévoit que « *l'administrateur informe les représentants du comité d'entreprise, ou, à défaut, les délégués du personnel ou le représentant des salariés de la possibilité qu'ont les salariés de soumettre une ou plusieurs offres* ». De la même manière, la loi du 31 juillet 2014

²⁰⁴ GAILHBAUD C. et JACOTOT D., Les plans et le maintien de l'emploi, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 3, dossier 46.

²⁰⁵ Annexe 1.

²⁰⁶ FIN-LANGER L., Les salariés, objets ou sujets de la cession de l'entreprise en difficulté ?, *Rev. proc. coll.* 2016, n° 1, dossier 17.

²⁰⁷ *Ibidem.*

²⁰⁸ *Ibidem.*

encourage la reprise de l'entreprise par ses salariés, tout particulièrement dans le cadre d'un mandat ad hoc²⁰⁹. En effet, elle prévoit une obligation d'information préalable des salariés en cas de vente du fonds de commerce. Dans le cadre d'une cession-liquidation, les salariés peuvent formuler de telles offres ne faisant pas parties de la liste d'exclusion de l'article L. 642-3 du Code de commerce au même titre que les dirigeants de droit ou de fait. Toutefois, la possibilité de soumettre une offre de reprise ne signifie pas que les salariés bénéficient d'un droit de préemption, c'est à dire d'une priorité sur les autres offres²¹⁰. Cette reprise présentant de nombreux avantages le législateur encourage une telle démarche. En effet, les salariés, à la différence de tiers repreneurs, ont une parfaite connaissance de l'entreprise puisqu'ils ont une vision interne, une connaissance des points forts et faibles de l'entreprise. Une telle reprise leur permet également d'assurer leur propre emploi, ce qui n'est pas négligeable car les licenciements économiques sont souvent récurrents dans les reprises d'entreprise en difficulté.

Finalement, ce type de reprise est de plus en plus envisagé voir même privilégié par les tribunaux. A ce titre, il est possible de se référer à l'arrêt de la Cour d'appel de Chambéry du 4 décembre 2012, où le tribunal a fait le choix de privilégier l'offre émise par les salariés de l'entreprise. A niveau d'emploi maintenu égal, l'offre des salariés a été préférée à l'offre d'une société de droit étranger car elle permettait de maintenir davantage le savoir-faire et l'adhésion des salariés²¹¹. Les salariés deviennent donc des acteurs à part entière de la cession d'entreprise en difficulté.

Dans le cadre de reprise par les salariés, ces derniers ont recours très fréquemment aux Sociétés Coopératives et Participatives, appelée plus communément SCOP. Elles désignent les entreprises à statut SCOP (Société Coopérative de Production) et à statut SCIC (Société Coopérative d'Intérêt Collectif). Dans ce type de société, les salariés doivent détenir au moins 51 % du capital et 65% des droits de vote et chaque associé a une voix à l'assemblée générale, qu'importe son apport au capital. C'est une technique de société qui est très utilisée par les salariés lors des reprises d'entreprise.

Au final, la reprise de l'entreprise par les salariés peut parfois s'avérer l'ultime solution pour maintenir les emplois et préserver l'activité, faute de repreneur intéressé. L'exemple très récent de l'entreprise Les façonnages est très évocateur. En effet, en liquidation judiciaire depuis janvier 2017, une partie des salariés ont constitué une SCOP pour sauver leur entreprise.

B) Les formes de reprise d'entreprise par les salariés : le choix de la SCOP

²⁰⁹ FIN-LANGER L. et JACOTOT D., Les salariés, acteurs de la reprise d'entreprise en difficulté, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 6, dossier 54.

²¹⁰ *Ibidem.*

²¹¹ CA Chambéry, 4 décembre 2012, n° 12/02406.

A présent, les salariés sont des acteurs de la reprise d'entreprise en difficulté. Même si ce choix est de plus en plus envisagé, il reste toutefois difficile à mettre en œuvre, tout particulièrement lorsque les salariés constituent une SCOP.

En effet, la création d'une SCOP est une technique de société très fragile financièrement car elle est constituée en partie par les indemnités de licenciement des salariés²¹². Le cas de Seafrance en est une illustration. La SCOP Seafrance qui exploitait la compagnie maritime MyFerryLink a malheureusement été placée en liquidation judiciaire le 31 juillet 2013 par le tribunal de commerce de Boulogne-sur-mer à la suite de la perte de son seul client, Eurotunnel. Ainsi, l'insuffisance de marge financière peut s'avérer fatale pour ce type de société. C'est pourquoi la loi n° 2014-856 relative à l'économie, sociale et solidaire du 31 juillet 2014 a mis en place les SCOP d'amorçage qui permettent aux salariés de renforcer progressivement leur part au capital social, tout particulièrement en incluant des investisseurs tiers. Son décret d'application en date du 31 décembre 2014 met fin à l'obligation de détenir la majorité du capital social qui était considérée comme un frein à la reprise d'entreprise sous forme de SCOP²¹³. Il faut se rappeler qu'en principe les salariés doivent détenir plus de 50% du capital social. Désormais, ce nouveau statut permet aux salariés de reprendre une entreprise et de détenir la majorité des voix à la constitution de la société alors même qu'ils sont minoritaires en capital. Ainsi, les salariés ont sept ans pour obtenir 50% du capital. Cette nouveauté devrait consolider la situation financière de la société. De la même manière, les aides fiscales encouragent l'entrepreneuriat des salariés, les SCOP sont exonérées de taxe professionnelle et bénéficient d'une assiette réduite pour l'impôt sur les sociétés.

De plus, aucun code juridique ne prévoit une telle reprise. La jurisprudence en a déduit que l'article L. 1224-1 du Code du travail ne pouvait pas s'appliquer. Elle fait donc exception à l'application de ce principe car la reprise d'entreprise est réalisée par une société constituée d'anciens salariés licenciés. Monsieur le professeur Saintourens précise la justification avancée par plusieurs décisions, « *les licenciements prononcés sont devenus définitifs et les contrats de travail ne sont plus en cours lorsque la société constituée par les anciens salariés devient leur nouvel employeur* »²¹⁴. La justification précitée est très contestable dans le sens où les licenciements et l'interruption temporaire de l'activité ne sont pas des obstacles à l'application du principe énoncé à l'article 1224-1 du Code du travail²¹⁵. Dans un arrêt récent du 3 mai 2011, la chambre sociale de la Cour de cassation ne reprend pas la même justification sans pour autant justifier la non application du principe²¹⁶. Ainsi, la Cour de cassation déclare inapplicable ce texte uniquement en raison de la personne du repreneur, le salarié, sans se préoccuper de savoir si les conditions d'application de l'article sont remplies. Cette décision pose la

²¹² FIN-LANGER L. et JACOTOT D., *loc. cit.* p. 74.

²¹³ *Ibidem.*

²¹⁴ SAINTOURENS B., Reprise de l'entreprise par les salariés licenciés et principe du maintien des contrats de travail, *Rev. proc. coll.* 2012, n° 1, dossier 4.

²¹⁵ *Ibidem.*

²¹⁶ Cass. soc., 3 mai 2011, n° 09-70.813 et n° 09-71.037.

question de savoir si la solution serait la même pour tous les salariés, même ceux qui ne reprennent pas l'entreprise. A cette question, deux interprétations sont envisageables. Premièrement, si l'article 1224-1 du Code du travail ne s'applique pas y compris pour les salariés non associés à la SCOP alors cette dernière est en droit de reprendre librement les salariés aux conditions qu'elle déterminera. Or, cette interprétation est en rupture avec l'égalité des repreneurs, ces derniers n'étant pas soumis aux mêmes obligations et contraintes. Deuxièmement, si l'article s'applique aux salariés non associés de la SCOP alors cette dernière devra respecter l'ancienneté des salariés, les usages et les engagements unilatéraux en vigueur²¹⁷. Force est de constater que la situation actuelle ne peut perdurer, une réponse claire doit être apportée.

Même si la reprise de l'entreprise par ses salariés présente de nombreux avantages, elle demeure encore marginale de nos jours.

Paragraphe 2 : L'émergence de la reprise interne comme nouvel instrument de transmission d'une entreprise

A première vue, la reprise externe de l'entreprise s'avère la seule reprise envisageable dans le cadre d'une reprise d'entreprise en difficulté. Cependant, la reprise interne est une redoutable concurrente. Elle ne consiste pas à acquérir les actifs de l'entreprise mais à acheter ou racheter les droits sociaux des actionnaires ou associés en place pour rentrer dans le capital de l'entreprise (A). Cette prise de contrôle peut être le théâtre d'atteintes au droit de propriété des actionnaires et des associés. C'est pourquoi, l'ordonnance du 12 mars 2014 est venue faciliter la réalisation d'une telle opération, sans toutefois porter une atteinte déraisonnable aux droits des associés et actionnaires en place. Cet encadrement permet de protéger à la fois leurs droits tout en facilitant le redressement de l'entreprise par un tiers investisseur (B).

A) La reprise interne envisagée comme une alternative à la cession d'entreprise

A côté de la reprise externe, la reprise interne est perçue à présent comme une réelle alternative pour transmettre une entreprise en difficulté. Elle apparaît comme plus discrète car aucune section ne lui est directement consacrée au sein du livre VI du Code de commerce. Cependant, elle constitue une solution de redressement depuis la loi du 25 janvier 1985 mais également aujourd'hui en application de la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005²¹⁸.

²¹⁷ FIN-LANGER L. et JACOTOT D., *loc. cit.* p. 74.

²¹⁸ DIESBECQ A., La cession interne : un mode original de transmission de l'entreprise en difficulté, *Gaz. Pal.* 2009, n° 22, p. 3.

La reprise interne se définit comme la participation d'un tiers au capital d'une société en sauvegarde ou en redressement judiciaire qui se manifeste soit par une augmentation de capital réservée à ce tiers soit par la cession volontaire ou forcée des droits sociaux des associés ou actionnaires à son profit²¹⁹. Ainsi, le redressement de l'entreprise est assuré par un plan de cession par voie interne, c'est à dire un plan de redressement par voie de continuation associé à une cession de capital, voir à un changement de dirigeant²²⁰. Bien qu'elle soit plus onéreuse, cette alternative séduit. D'une part, le choix d'une telle reprise évite le risque de concurrence entre repreneurs, ce qui permet davantage de sécuriser la reprise de l'entreprise. D'autre part, elle permettra d'éviter les difficultés pouvant émaner des contrats conclus *intuitu personae*, en favorisant la coopération entre dirigeants. De plus, comme vu précédemment, la reprise interne offre des avantages fiscaux, tout particulièrement des possibilités d'optimisation fiscale dans les groupes de sociétés. Enfin, la reprise interne évite la lenteur du processus de la reprise externe²²¹.

La reprise interne peut se matérialiser par une augmentation de capital réservée à un tiers²²². Dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou d'un plan de redressement, il s'agit d'une opération récurrente en vue de la bonne mise en œuvre des plans. Une telle opération suppose au préalable que le capital initial soit libéré et reconstitué. Ainsi, il faut que le capital non versé souscrit à la constitution du capital ou lors d'une augmentation de capital soit libéré. Pour faciliter la libération du capital, l'ordonnance du 12 mars 2014 a donné compétence au mandataire judiciaire pour réclamer le paiement du capital non versé. Ainsi, en vertu de l'article L. 622-20 du Code de commerce, le mandataire peut mettre en demeure les associés ou actionnaires de verser les sommes dues sur le montant des droits sociaux souscrits. Cette première étape se poursuit par une seconde si les pertes constatées dans la comptabilité font état de capitaux propres inférieurs à la moitié du capital social. A ce moment-là, l'assemblée des associés est appelée à statuer sur la reconstitution des capitaux propres par l'organe habilité par la loi ou les statuts, en général le dirigeant. L'associé ou l'actionnaire appelé à voter peut s'opposer à ce projet de reconstitution des capitaux. Le refus exprimé entraîne une situation de blocage pour l'entreprise, qui ne peut voter une telle délibération. C'est pourquoi l'ordonnance du 12 mars 2012 a introduit le nouvel article L. 631-9-1 du Code de commerce²²³. Selon cet article, si les capitaux propres n'ont pas été reconstitués et si le projet de plan prévoit une modification du capital en faveur d'une ou plusieurs personnes qui s'engagent à respecter le plan, l'administrateur a qualité de demander la désignation d'un mandataire judiciaire chargé de convoquer l'assemblée compétente et de voter la reconstitution des capitaux propres de la société au lieu et place des associés opposants. Ce nouvel article s'inspire très

²¹⁹ BROCARD E., La cession de droits sociaux et l'entreprise en difficulté, *Rev. Sociétés* 2015, n° 4, p. 217-222.

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ MONSERIE-BON M.-H. et GAUDEMET A., Reprise interne d'une société en difficulté, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 6, dossier 56.

²²² BROCARD E., *ibidem*.

²²³ CERATI-GAUTHIER A., La promotion de la « reprise interne » dans l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014, *JCP E.* 2014, n°36.

fortement de la jurisprudence bien connue de l'abus de minorité où un mandataire désigné peut être chargé de représenter les minoritaires à une nouvelle assemblée et de voter en leur nom dans le sens des décisions conformes à l'intérêt social de la société²²⁴. Cette sanction permet d'adopter une résolution nécessaire à la survie de la société et présente, il faut bien le dire, l'intérêt d'éviter l'immixtion des juges dans la gestion de la société. Le nouvel article introduit par l'ordonnance n'est que la reprise de la jurisprudence Flandin du 9 mars 1993²²⁵. Toutefois, cet article ne peut s'appliquer que si les capitaux propres ne sont pas à la moitié du capital social, dans le cas contraire c'est impossible. Au sujet de cet article, le Conseil constitutionnel vient récemment de rendre une décision suite à une QPC²²⁶. L'alinéa 1 de cet article prévoit le remplacement du dirigeant de l'entreprise par le tribunal si le redressement de l'entreprise le requiert. Les rétracteurs à cet article affirment que cette disposition porte atteinte aux droits de propriété des dirigeants. Or, le Conseil constitutionnel a validé la cession forcée des titres des dirigeants. Il considère que l'atteinte n'est pas justifiée à partir du moment où les dirigeants ont la possibilité de démissionner en amont. A la simple lecture de cette justification, il est vrai que chacun peut rester dubitatif. C'est plutôt une fuite vers l'avant qu'une réelle justification. L'ordonnance du 12 mars 2014 a également introduit une disposition à l'article L. 626-16-1 du Code de commerce qui permet d'abaisser les règles de majorité nécessaires afin d'adopter les modifications statutaires prévues induites dans le plan de redressement à la majorité simple au lieu des deux-tiers normalement prévue dans le cadre d'une société anonyme et d'une société à responsabilité limitée. L'introduction de ces nouveaux apports permet de faciliter une augmentation de capital ou une modification statutaire qui se révèle comme nécessaire au redressement de l'entreprise.

La reprise interne peut également se matérialiser par la cession de parts ou actions des associés ou actionnaires à un tiers, de manière volontaire ou forcée²²⁷. En principe, les associés ou actionnaires d'une société en sauvegarde ou en redressement judiciaire peuvent céder leurs droits sociaux à tout moment. Au contraire, selon l'article L. 631-10 du Code de commerce, les dirigeants de droit ou de fait ne peuvent plus céder leurs droits sociaux à compter du jugement d'ouverture du redressement judiciaire. De plus, dans le cadre des cessions volontaires de droits sociaux, l'ordonnance du 12 mars 2014 a introduit une disposition à l'article L. 631-19 du Code de commerce qui répute non écrite les clauses d'agrément²²⁸. Auparavant, l'administrateur, en charge des actes nécessaires à la réalisation de la cession, devait respecter les clauses des statuts des sociétés. Ce nouvel article paraît très intéressant en cas de cession de contrôle au profit de la personne qui s'engage à exécuter le plan. A contrario, elle est perçue comme injuste par les associés ou actionnaires car ils n'ont plus la possibilité de s'opposer à l'entrée d'un tiers. Toutefois, le réputé non écrit n'est envisagé que dans le cadre d'une procédure de

²²⁴ *Ibidem*.

²²⁵ Cass. com., 9 mars 1993, n° 91-14.685.

²²⁶ Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715.

²²⁷ BROCARD E., *loc. cit.*, p. 77.

²²⁸ CERATI-GAUTHIER A., *loc. cit.*, p. 78.

redressement judiciaire et vise l'hypothèse d'une atteinte justifiée. De plus, il faut préciser que cette disposition ne supprime que les clauses d'agrément, les clauses statutaires, de sorte que les procédures d'agrément prévues par la loi devront être respectées.

Par ailleurs, une cession forcée des droits sociaux est envisageable à côté de la cession volontaire de ces derniers et ce depuis la loi Macron du 6 août 2015. Autrefois, l'article 23 de la loi du 25 janvier 1985 prévoyait la possibilité pour le tribunal, à l'occasion d'un plan de continuation et quand la survie de l'entreprise l'exigeait, d'ordonner la cession de ces titres à prix fixé par un expert²²⁹. C'était la première fois que la loi donnait aux juges un pouvoir d'expropriation dans l'intérêt supérieur de l'entreprise. Cette disposition fut reprise dans la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 sous l'article L. 621-59 du Code de commerce. Or, il a été peu utilisé car les tribunaux ont toujours essayé de trouver un compromis en amont avec les dirigeants²³⁰. La nouvelle disposition de la loi Macron, prévue à l'article L. 631-19-2 du Code de commerce, permet d'évincer les associés ou actionnaires récalcitrants qui refusent d'adopter les modifications statutaires prévues par le projet de plan de redressement que le tiers investisseur s'est engagé à respecter. Selon certains auteurs, elle apparaît comme la disposition la plus marquante de cette loi en matière d'entreprises en difficulté.

Cette disposition, vue comme une véritable menace des droits des associés, est entourée fort heureusement de garanties. Ces garanties permettent ainsi de protéger les associés évincés.

B) Un instrument encadré rigoureusement pour protéger les actionnaires évincés

L'ordonnance du 12 mars 2014 et la loi Macron du 6 août 2015 ont introduit des nouvelles dispositions, permettant de passer outre l'obstruction des associés et des actionnaires²³¹ et favorisant la reprise interne par des tiers. Ces nouvelles dispositions ne doivent pas conduire à priver les associés ou actionnaires de certains de leurs droits. A ce propos, à la suite d'une QPC, le Conseil constitutionnel a estimé que le nouvel article L. 631-19-2 du Code de commerce poursuivait un but d'intérêt général car il encourageait la poursuite d'activité des entreprises. De plus, il a précisé que cette disposition ne portait pas atteinte de manière disproportionnée au droit de propriété des associés et des actionnaires car elle était entourée de garanties procédurales²³². En effet, il n'est possible d'évincer les associés ou actionnaires que si deux conditions sont remplies²³³. D'une part, la procédure ouverte doit être nécessairement une procédure de redressement judiciaire. Une telle disposition ne serait se rencontrer dans le cadre d'une procédure de sauvegarde car l'entreprise n'est pas en cessation des paiements mais éprouve des difficultés qu'elle n'arrive pas à surmonter. D'autre part, la cessation d'activité doit

²²⁹ GORINS C., *loc. cit.* p. 13.

²³⁰ *Ibidem.*

²³¹ MONSERIE-BON M.-H. et GAUDEMET A., *loc. cit.*, p. 77.

²³² Cons. const., 5 août 2015, n° 2015-715.

²³³ MONSERIE-BON M.-H. et GAUDEMET A., *ibidem.*

concerner une entreprise d'au moins cent cinquante salariés ou une société dominant une ou plusieurs sociétés, employant cent cinquante salariés. De plus, la cessation d'activité doit causer un trouble à l'économie nationale, régionale ou au bassin d'emploi. Ce n'est qu'à la réunion de ces deux conditions que la modification des statuts s'avère la solution la plus adaptée afin de permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise. A la lecture de ces conditions, elles peuvent paraître restrictives mais en fin de compte elles sont de nature à protéger les droits des associés ou actionnaires.

Au final, si les deux conditions précitées sont remplies, le tribunal peut ordonner une décision contraignante qui permet de passer outre le refus des associés récalcitrants. Ainsi, à la demande de l'administrateur judiciaire, le tribunal peut être amené à les priver de leurs droits de vote ou à les exproprier de leurs droits sociaux. Premièrement, le tribunal peut ordonner la désignation d'un mandataire chargé de convoquer une assemblée et de voter en lieu et place des actionnaires ou associés opposants. Ainsi, le mandataire pourra voter la résolution dans l'intérêt de l'entreprise. L'augmentation de capital doit être réalisée dans un délai de trente jours à compter de la délibération. Toutefois, même s'ils sont privés de leurs droits de vote, les associés ou actionnaires opposants conservent leur droit préférentiel et peuvent donc souscrire à la nouvelle augmentation de capital. Deuxièmement, le tribunal peut décider de manière radicale d'exproprier les associés ou actionnaires opposants. Ainsi, il ordonne la cession des droits sociaux des associés opposants au profit d'un tiers investisseur qui s'est engagé à exécuter le plan. Ce dispositif permet d'éloigner tout associé ou actionnaire qui détient une majorité ou une minorité de blocage²³⁴. Cependant, il demeure un dispositif d'exclusion forcée des associés de sorte que ceux-ci ne peuvent faire jouer leur droit à rester associé de la société²³⁵.

Lorsqu'il statue sur l'éviction ou sur la dilution des associés, il doit entendre avant de prendre sa décision, les associés concernés, le tiers qui s'est engagé à exécuter le plan et les représentants du personnel et ce en présence du ministère public²³⁶. L'audition de ces personnes et tout particulièrement des associés est indispensable car il est le premier concerné par cette exclusion. Cela démontre que cette expropriation est au final bien encadrée de sorte qu'elle n'est pas purement aléatoire. A la fin des auditions, si le tribunal statue sur l'éviction des associés, il devra désigner un expert afin de déterminer la valeur des droits sociaux et un mandataire en charge de la réalisation des actes nécessaires à la cession des droits sociaux. Cet expert permet de calculer le montant de l'indemnité due aux associés évincés²³⁷. Il est possible de souligner que l'expert n'est aucunement soumis à l'article 1843-4, alinéa 1 du Code civil, en tout cas aucun rattachement n'y fait référence. A ce moment-là, il peut être possible de penser que cette omission est justifiée dans le sens où une entreprise en difficulté n'est pas dans la même situation qu'une entreprise in bonis. L'article prévoit également d'autres garanties procédurales dans la continuité de l'objectif de protection des droits des associés. Ainsi, le tiers doit payer comptant la valeur

²³⁴ MONSERIE-BON M.-H. et GAUDEMET A., *loc. cit.* p. 77.

²³⁵ *Ibidem.*

²³⁶ DIESBECQ A., *loc. cit.*, p. 77.

²³⁷ MONSERIE-BON M.-H. et GAUDEMET A., *ibidem.*

des droits sociaux qu'il s'est engagé à payer dans le plan, sous peine de résolution de la cession des droits sociaux à la demande d'un associé évincé, du débiteur, du commissaire à l'exécution du plan, du mandataire judiciaire ou du ministère public. De plus, le tribunal peut subordonner à l'adoption du plan de redressement, une garantie d'un établissement de crédit, d'un montant égal à ses engagements dans le plan. Il peut également empêcher le repreneur d'aliéner les droits sociaux souscrits ou acquis pendant une durée qui ne peut excéder celle du plan. Enfin, un commissaire à l'exécution du plan est nommé afin de vérifier que le tiers investisseur respecte bien ses engagements. Il peut ainsi informer les représentants du personnel en cas d'inexécution du tiers investisseur mais également agir en résolution suite à ce non-respect.

Quoi qu'il en soit, on peut constater que l'exclusion des associés opposants peut bouleverser l'équilibre interne de la société. C'est pourquoi l'article L. 631-19-2 du Code de commerce prévoit un mécanisme légal de sortie pour les associés qui ne souhaitent pas se voir imposer un tiers investisseur²³⁸. Ainsi, l'associé a le droit de se retirer de la société et de demander simultanément le rachat de ses droits sociaux par le cessionnaire.

Au final, les nouvelles dispositions offertes encadrent mieux la reprise interne de l'entreprise. En effet, elles permettent de garantir les droits des associés et actionnaires tout en offrant la possibilité d'intégrer un tiers investisseur dans le but de redresser l'entreprise. Même s'il s'agit d'une reprise très attractive, elle ne représente qu'une minorité de reprises.

Les nouveaux acteurs, mis en lumière précédemment, permettent d'élargir le champ des repreneurs potentiels de la reprise d'entreprise en difficulté. Cet élargissement s'accompagne d'une multiplication d'accessoires à la disposition des acteurs de la reprise. A l'instar d'une exploitation, l'homme a besoin d'outils pour faire travailler sa terre et espérer une récolte fructueuse.

Section 2 : L'éventail des outils économiques à la disposition des acteurs de la reprise

Les acteurs de la reprise d'entreprise en difficulté ont à leur disposition d'innombrables outils pour les aider à redresser l'entreprise dans les meilleures conditions. A ce propos, l'ordonnance du 12 mars 2014 a introduit le dispositif du prepack cession dans le paysage du droit des entreprises en difficulté. Il permet un redressement de l'entreprise dans les plus brefs délais dès l'apparition des difficultés. La cession de l'entreprise ne se joue plus seulement au sein des procédures collectives, elle

²³⁸ *Ibidem.*

s'opère dorénavant dans les procédures amiables (Paragraphe 1). A côté du *prepack cession*, la cession judiciaire des contrats telle que prévue dans le Code de commerce permet la reprise d'un certain nombre de contrats nécessaires à la poursuite de l'activité. Dérégatoire au droit commun, cette cession des contrats est un outil indispensable entre les mains du repreneur car elle lui permet de reprendre l'activité de l'entreprise cédée à l'aide des partenaires économiques préexistants (Paragraphe 2). Enfin, le repreneur peut chapeauter de plus près la reprise de l'entreprise avant même le transfert des actifs de l'entreprise mais également par ses choix stratégiques pour le maintien de l'activité (Paragraphe 3).

Paragraphe 1 : La diversification de la procédure de prévention : l'introduction du *prepack cession* par l'ordonnance du 12 mars 2014

Les procédures amiables permettent un règlement anticipé des difficultés de l'entreprise avant qu'elles ne deviennent insurmontables. Face à cette description, la cession de l'entreprise ne trouvait point sa place car elle permettait originellement un redressement de l'entreprise en cessation des paiements. Après s'être installée dans le cadre de la procédure de sauvegarde, le législateur a fait le choix de l'introduire au sein des procédures amiables par le biais du *prepack cession* (A). Cependant, ce nouvel instrument de restructuration s'avère complexe à mettre en œuvre en raison des dispositions propres au règlement amiable, soumises en grande partie au droit commun (B).

A) Une procédure amiable synonyme d'anticipation des difficultés

L'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives a introduit dans le droit des entreprises en difficulté une innovation majeure. En effet, l'article 70 de cette ordonnance consacre législativement le plan de cession pré-établi, plus communément appelé le « *prepack cession* », technique anglo-saxonne qui consiste à négocier une cession d'entreprise au cours d'une procédure amiable et à la faire constater dès l'ouverture d'une procédure collective²³⁹. La formalisation du *prepack cession* témoigne la volonté de faciliter la reprise d'une entreprise éprouvant des difficultés même avant l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Ainsi, cette nouvelle forme de plan de cession bouleverse la conception classique de la transmission d'entreprise dans le cadre des procédures collectives²⁴⁰.

La mission du conciliateur est précisée à l'article L. 611-7 du Code de commerce. En principe, le conciliateur doit rapprocher le débiteur de ses principaux créanciers ou de ses contractants habituels afin d'obtenir un accord qui permettra de mettre fin aux difficultés de l'entreprise. La mission du

²³⁹ GUYOMARC P., Les risques du « *prepack cession* », BJE 2015, n° 6, p. 345 à 440.

²⁴⁰ *Ibidem*.

mandataire ad hoc est substantiellement la même car elle consiste à rapprocher le débiteur de ses créanciers pour obtenir des remises de dette ou des délais de paiement mais également à rechercher des partenaires pour investir dans l'entreprise. L'ordonnance du 12 mars 2014 a adjoint une nouvelle mission facultative au conciliateur. Selon l'article L. 611-7 du Code de commerce, le conciliateur « *peut être chargé, à la demande du débiteur et après avis des créanciers participants d'une mission ayant pour objet l'organisation d'une cession partielle ou totale de l'entreprise qui pourrait être mise en œuvre, le cas échéant, dans le cadre d'une procédure ultérieure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire* ». A la lecture de cet article, se pose la question de savoir si cette demande du débiteur peut intervenir dès la désignation du conciliateur. Une réponse positive aurait pour but d'anéantir la raison originelle de l'existence d'une telle procédure amiable. Or, en y regardant de plus près, l'article évoque l'« *avis des créanciers participants* » ce qui signifie que ces créanciers étaient déjà partis à l'accord de conciliation. Ainsi, la nouvelle mission attribuée au conciliateur ne pourra intervenir qu'après l'échec de l'accord amiable. A ce moment-là, les créanciers ayant participé à la conciliation pourront donner leurs avis sur la demande de cession d'entreprise dressée par le débiteur. Au final, à défaut d'accord des créanciers mettant fin aux difficultés, le débiteur pourrait demander au conciliateur, après avis des créanciers participants, d'organiser une cession d'entreprise²⁴¹. Cependant, au contraire du conciliateur, la loi n'a attribué aucune mission explicite au mandataire ad hoc. Selon l'article L. 611-3 du Code de commerce, « le président du tribunal peut, à la demande d'un débiteur, désigner un mandataire ad hoc dont il détermine la mission ». La mission du mandataire ad hoc est librement proposée par l'avocat du débiteur et arrêtée par le président du tribunal dans le cadre d'une ordonnance de désignation. En pratique, la mission arrêtée par le président du tribunal fera l'objet d'un consensus en amont avec l'avocat du débiteur. Ils pourront ainsi prévoir que la mission du mandataire ad hoc sera celle de préparer la cession de l'entreprise. Ainsi, au contraire de la conciliation, cette mission pourra intervenir dès la désignation du mandataire ad hoc²⁴².

Le décret d'application n° 2014-736 de l'ordonnance du 12 mars 2014 ne précise pas la forme de la demande qui doit être dressée par le débiteur. Il semblerait que le président du tribunal doive être saisi par voie de requête du débiteur. L'article R. 611-26-2 du Code de commerce prévoit que trois éléments doivent être joints à la demande : « *l'accord du conciliateur pour prendre en charge la mission, l'accord du débiteur sur les conditions de la rémunération dues au titre de cette mission et la demande d'avis des créanciers participants, qui reproduit les dispositions du premier alinéa de l'article L. 611-7 et du I de l'article L. 642-2 du Code de commerce et sur laquelle chaque créancier a mentionnée son avis, ou, à défaut, un document justificatif de la demande d'avis* ». Aucune précision n'est faite concernant la personne en charge d'adresser ces demandes d'avis, il semblerait toutefois que le débiteur et le conciliateur puissent le faire. Quoi qu'il en soit, il s'agit d'un simple avis ce qui signifie

²⁴¹ MIEULLE M. et MONTERAN T., Le vade-mecum du plan de cession « prepack », BJE 2015, n° 3, p. 164.

²⁴² *Ibidem*.

qu'un avis négatif n'a aucune incidence sur la demande effectuée. En fin de compte, si les trois conditions sont réunies, le président du tribunal pourra confier au conciliateur la mission de préparer un plan de cession²⁴³.

Le *prepack cession* est perçu comme très reconnaissant à l'égard du cessionnaire qui va redresser l'entreprise. C'est pourquoi, les intérêts du cessionnaire outrepassent ceux du débiteur, des cocontractants et même des créanciers. Il sert ses intérêts dans le sens où il peut échapper aux règles très contraignantes des plans de cession en procédure collective²⁴⁴. Ainsi, la loi ne prévoit aucune mesure d'inaliénabilité légale, le repreneur est libre de revendre à tout moment tout ou partie des actifs de l'entreprise reprise. De la même manière, la garantie solidaire prévue dans le cadre des procédures collectives entre le cédant et le cessionnaire ne s'impose pas. Cette absence d'obligation s'explique par le fait que les procédures amiables sont soumises au droit commun. De la même façon, les créanciers pourront bénéficier d'un droit de surenchère ou d'un droit de préemption. Ces mesures, à priori exclues en procédure collective, s'avèrent très favorables pour les créanciers. L'ordonnance ne soumet pas le *prepack cession* aux obligations supplémentaires des procédures collectives en raison des avantages inhérents aux procédures amiables²⁴⁵.

Une fois le plan de cession négocié, la cession doit être mise en œuvre dans le cadre d'une procédure ultérieure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire²⁴⁶. Cette cession ne peut en effet se réaliser au cours du mandat ad hoc ou de la procédure de conciliation, étant par nature des procédures amiables. Cette précision permet de bien distinguer les cessions amiables des cessions judiciaires. Par ailleurs, réaliser la cession en procédure collective a l'avantage de débloquent des situations mettant en péril le maintien de l'activité de sorte que le cadre des procédures collectives permet de passer outre l'opposition de certains créanciers. Le caractère autoritaire des procédures collectives s'avère très utile dans ce type de circonstance. De plus, le plan de cession arrêté en procédure de redressement ou de liquidation judiciaire échappe à la période suspecte, tout comme le plan de cession partiel arrêté en procédure de sauvegarde. Cette échappatoire permet ainsi de sécuriser la cession de l'entreprise. Enfin, lorsque le plan de cession a été négocié en amont, la durée de la procédure collective est raccourcie ce qui permet de protéger la valeur des actifs de l'entreprise.

Toutefois, la mise en œuvre du *prepack cession* dans le cadre d'une procédure collective suppose de respecter un certain formalisme. Or, en réalité, ce formalisme est contourné par des dérogations légales applicables aux procédures amiables.

²⁴³ *Ibidem*.

²⁴⁴ VINCENT C., La faillite du plan de cession ou les incidences du *prepack-cession*, D. 2015, p. 577.

²⁴⁵ *Ibidem*.

²⁴⁶ Art. L. 611-7 du Code de commerce.

B) Un instrument de restructuration à nuancer

Dans le cadre des procédures collectives, la transparence est de rigueur. En effet, quelle que soit la procédure collective ouverte, la cession d'entreprise est soumise à une publicité. Selon l'article L. 642-2, alinéa 1 du Code de commerce, le tribunal doit fixer le délai dans lequel les offres de reprises doivent parvenir au liquidateur et à l'administrateur, lorsqu'il en a désigné un. Toutefois, ce même article prévoit à son alinéa 2 des dérogations à ce principe. D'une part, lorsqu'une offre est reçue pendant la période d'observation du redressement judiciaire par l'administrateur. D'autre part, lorsque les offres ont été formulées dans le cadre des démarches effectuées par le mandataire ad hoc ou le conciliateur dès lors qu'elles sont satisfaisantes et remplissent les conditions de forme d'une offre de reprise. Ces deux dérogations permettent au tribunal de ne pas décider de fixer un délai dans lequel les offres de reprise doivent parvenir au liquidateur ou le cas échéant, à l'administrateur. Il est très dommageable pour l'entreprise de ne pas conserver la publicité des appels d'offres. En effet, cette publicité permet de ne pas porter préjudice aux éventuels repreneurs intéressés susceptibles de présenter une offre avec le meilleur prix et les meilleures perspectives d'emploi²⁴⁷. C'est pourquoi, l'appel d'offres a autant d'importance.

Cependant, selon l'article R. 642-1, alinéa 3 du Code de commerce, toute personne peut déposer une offre dans les huit jours avant l'audience. Malheureusement, cette opportunité ne pouvant être saisie qu'en connaissance de cause, il sera très difficile pour un tiers non présent en phase de conciliation de savoir que l'entreprise est à vendre. En conséquence, il semblerait que seul le repreneur issu de la phase de conciliation puisse être à même de reprendre l'entreprise. Cette absence de concurrence a pour effet de baisser le prix de cession et donc le paiement des créanciers.

Toutefois, le décret d'application du 30 juin 2014 tempère cette dérogation à la publicité d'appels d'offres. L'alinéa 2 de l'article L. 642-2 du Code de commerce prévoit que le tribunal peut passer outre la procédure d'appels d'offres à condition que « *les offres reçues en application de l'article L. 631-13 du Code de commerce ou formulées dans le cadre des démarches effectuées par le mandataire ad hoc remplissent les conditions de formalisme du II de l'article L. 642-2 du Code de commerce* ». Par conséquent, le décret n'exige plus une publicité préalable, dès lors que les juges s'assurent que les démarches antérieures du mandataire ad hoc ou du conciliation ont assuré une publicité suffisante²⁴⁸. Cette absence d'obligation donne une plus grande marge de manœuvre aux juges. En raison de l'article précité, ce principe n'est applicable que lorsque la cession négociée est constatée durant une procédure de liquidation judiciaire. De la même façon, la procédure d'appels d'offres pourra être écartée lorsque la cession est constatée en sauvegarde. En effet, ces cessions constatées en sauvegarde sont soumises

²⁴⁷ GUYOMARC P., *loc. cit.*, p. 83.

²⁴⁸ LE MARCHAND P. et ROUSSEL GALLE P., La prévention- Du mandat ad hoc et de la conciliation aux sauvegardes accélérées et « prepack cession », Cah. dr. entr. 2015, n° 1, dossier 2.

aux dispositions de l'article L. 642-1 et suivants du Code de commerce soit aux mêmes dispositions que la liquidation judiciaire.

Cependant, la dérogation à la procédure d'appels d'offres ne pourra pas être mise en œuvre dans le cadre du redressement judiciaire en raison de l'exigence de transparence²⁴⁹. En effet, l'article L. 631-22 du Code de commerce prévoit que « *les dispositions de la section 1 du chapitre II du titre IV, à l'exception du I de l'article L. 642-2, et l'article L 642-2 sont applicables à cette cession* ». Cet article exclut expressément la dérogation de la procédure d'appels d'offres prévue dans le cadre de la liquidation judiciaire. Dans ce cas bien précis, le tribunal devra fixer le délai dans lequel les offres devront parvenir au liquidateur ou à l'administrateur s'il a été désigné. Cet article tempère la dérogation à cette procédure d'appels d'offres prévue par l'article L. 642-2 du Code de commerce et contourne d'une certaine façon l'objectif de moralisation poursuivie par les procédures collectives²⁵⁰. Cette obligation précitée en cas de redressement judiciaire apparaît comme un garde-fou de la cession judiciaire dite négociée. Cependant, il est possible que le tribunal décide d'ouvrir une liquidation judiciaire de manière systématique dès lors qu'une cession est envisagée en phase préventive. Ce montage permettrait de contourner l'obligation légale de publicité des offres et de bénéficier de la dérogation de l'article précité. Grâce à son pouvoir d'appréciation, le juge devra décider s'il est opportun ou non de déroger au principe des appels d'offres en se fondant sur les démarches effectuées par le mandataire ad hoc. Il devra estimer si les démarches effectuées sont satisfaisantes pour contrebalancer l'absence de publicité. Cependant, ce critère reste très difficile à cerner car la notion de « *démarches satisfaisantes* » est vague. Ainsi, des critères plus précis auraient été appréciables pour sécuriser le *prepack cession*²⁵¹. Les termes de cet article sont peu parlant et peuvent faire l'objet de diverses interprétations. Au final, il semblerait que cette publicité doit être assurée au cours des procédures amiables. Toutefois, une telle interprétation reviendrait à revenir sur le caractère confidentiel de ces procédures. Par conséquent, il faudrait que les termes soient reformulés ou clarifiés afin de ne pas laisser place à l'interprétation. Toutefois, il ne faut pas oublier que le ministère public peut donner son avis sur les offres reçues par la mandataire ad hoc ou le conciliateur.

Quoi qu'il en soit, la mise en concurrence des repreneurs intéressés est essentielle pour garantir le caractère équitable de la cession judiciaire de l'entreprise. Elle permet au tribunal de choisir parmi la pluralité d'offres, celle qui présente les meilleures conditions pour assurer le redressement de l'entreprise²⁵².

Par ailleurs, la loi Hamon du 31 juillet 2014 impose une obligation d'information à l'égard des salariés de l'entreprise sur la cession prochaine de cette dernière et leur offre la possibilité de présenter une offre à cette occasion. Cependant, cette information n'est pas due aux salariés des entreprises faisant

²⁴⁹ *Ibidem.*

²⁵⁰ GUYOMARC P., *loc. cit.*, p. 83.

²⁵¹ *Ibidem.*

²⁵² *Ibidem.*

l'objet d'une procédure de conciliation, de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire²⁵³. Ainsi, cette obligation d'information ne s'impose pas en procédure de conciliation. En ce qui concerne le mandat ad hoc, dès lors que l'offre est arrêtée dans le cadre d'une procédure collective, cette obligation ne devrait pas également s'imposer. Cependant, les procédures amiables sont soumises au droit commun du code du travail. A ce titre, l'employeur devra respecter minutieusement les obligations légales d'information et de consultation des instances représentatives du personnel. En effet, l'employeur devra informer et consulter le comité d'entreprise sur la cession de l'entreprise²⁵⁴. De la même façon, il a une obligation d'information et consultation du comité d'entreprise avant le dépôt au greffe d'une demande d'ouverture d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire²⁵⁵.

Cependant, la *prepack cession* reste une innovation majeure de cette ordonnance. A titre d'illustration, l'affaire FRAM est un très bon exemple²⁵⁶. En effet, elle a apporté la preuve de l'efficacité de cette cession sur le terrain dès lors que chacun des acteurs de la reprise coopère en bonne intelligence et se mobilise pour redresser l'entreprise. La procédure de *prepack cession* a ainsi sauvé le groupe FRAM. L'anticipation des difficultés, l'accélération de la procédure et la confidentialité des procédures amiables sont des atouts indéniables, c'est ce qui ressort des premiers enseignements tirés de ce *prepack cession*. Au contraire, certains auteurs ont pointé du doigt certaines contraintes, tout particulièrement dans le cas d'un groupe de sociétés²⁵⁷. D'une part, la conciliation ne pouvait être étendue aux filiales étrangères hors de l'Union européenne car elle ne faisait pas partie du périmètre du règlement d'insolvabilité européen. La conciliation a dû être limitée aux sociétés situées sur le territoire français. D'autre part, il fallait qu'une seule procédure soit ouverte pour l'ensemble des sociétés devant la même juridiction pour prendre en compte la notion de groupe. La non prise en compte du groupe par les procédures collectives paraissait comme un véritable obstacle au bon déroulement du *prepack cession*. Le nouvel article L. 662-8 du Code de commerce relatif à la compétence en matière de groupe des sociétés de la loi Macron aurait évité bien des déconvenues.

Paragraphe 2 : La cession judiciaire des contrats

L'article L. 642-7 du Code de commerce prévoit la cession judiciaire d'un certain nombre de contrats destinés à permettre la poursuite de l'activité. A première vue restreint par une énumération limitative, le champ d'application de cet article n'en demeure pas moins large car il cible des catégories de contrats. Ainsi, la formulation choisie laisse une marge de manœuvre suffisante pour y intégrer des

²⁵³ MIEULLE M. et MONTERAN T., *loc. cit.*, p. 84.

²⁵⁴ Art. L. 2323-19 du Code du travail.

²⁵⁵ Art. L. 2323-44 du Code du travail.

²⁵⁶ AMIZET B., MONSERIE-BON M.-H., AZAM G. et CAVIGLIOLI C., Le *prepack cession* FRAM : expériences et enseignements, BJE 2016, n° 2, p. 144.

²⁵⁷ *Ibidem*.

contrats en plus grand nombre (A). Ce mécanisme, même si dérogatoire aux principes bien connus du droit des obligations, emporte des conséquences qui lui sont propres et qui s'avèrent inévitables (B).

A) Le domaine étendu de la cession judiciaire des contrats

La poursuite de l'activité reprise nécessite forcément la continuité de certains contrats. Le nouvel article L. 642-7, alinéa 2 tout comme l'article L. 621-88 du Code de commerce, issus de sa rédaction antérieure à la loi de sauvegarde, prévoient que « *le jugement qui arrête le plan emporte cession de ces contrats* ». Cette cession judiciaire, seul cas en droit français, entraîne le transfert de droits et d'obligations en la personne d'un tiers repreneur, nouvelle partie au contrat. Cette transmission judiciaire des contrats permet la cession de contrats considérés comme nécessaires au maintien de l'activité. Ainsi, ils représentent une vraie valeur économique pour l'entreprise car ils participent à la continuité de l'activité et par conséquent à son redressement. C'est pourquoi, le législateur a fait le choix dès 1985 de rattacher les contrats à l'entreprise afin qu'ils puissent être cédés²⁵⁸.

Le tribunal détermine les contrats qui doivent être cédés au repreneur. Cependant, il doit vérifier que ces derniers soient compris dans l'offre de cession et qu'ils s'avèrent nécessaires au maintien de l'activité. En effet, le tribunal peut déterminer les contrats nécessaires à transférer mais il devra le faire sous le respect de l'article L. 626-10, alinéa 3 du Code de commerce²⁵⁹, c'est à dire qu'il ne pourra pas aller au-delà des termes de l'offre formulée par le repreneur intéressé, sous peine qu'il fasse appel du jugement. De plus, il doit s'appuyer sur les observations faites par les cocontractants et transmises au liquidateur ou à l'administrateur s'il en a été désigné un. Au final, le cessionnaire ne peut pas passer outre le choix du tribunal, il est irrévocable par nature.

Ce dispositif issu de la loi du 25 janvier 1985 déroge au droit commun des contrats qui prévoit que la cession d'un contrat doit se faire avec l'accord du créancier. A ce propos, la cession de contrat, au même titre que la cession de dette, a été introduite par l'ordonnance du 10 février 2016 aux articles 1216 et suivants du Code civil. Le nouvel article 1216 du Code civil prévoit que la cession de contrat requiert l'accord du contractant par écrit. En application de cet article, la cession judiciaire des contrats demeure une exception au droit commun. Cette dérogation au droit commun est néanmoins possible grâce au nouvel article 1105 du Code civil qui prévoit que « *le spécial déroge au général* ».

La continuité des contrats judiciaires nécessaires au maintien de l'activité rappelle très étroitement la cession des contrats nécessaires à la continuité de l'activité dans la période d'observation. En effet, l'article L. 622-13 du Code de commerce permet à l'administrateur d'exiger la poursuite de

²⁵⁸ LE CORRE P.-M., *Droit et pratique des procédures collectives, op. cit.*, p. 1611.

²⁵⁹ Art. L. 626-10, al. 3 du Code de commerce prévoit que « *les personnes qui exécuteront le plan, même à titre d'associés, ne peuvent pas se voir imposer des charges autres que les engagements qu'elles ont souscrits au cours de sa préparation* ».

tels contrats dans le cadre de la procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire. De la même façon, certains contrats sont transmis automatiquement de plein droit lors de la cession de l'entreprise, notamment les contrats de travail et les contrats d'assurance. En dehors des contrats transmis de plein droit, l'alinéa 1 de l'article L. 642-7 du Code de commerce énumère une liste de contrats cessibles : les contrats de crédit-bail, de location ou de fourniture de biens ou de services. Cette énumération se borne à mentionner les catégories de contrats, sans préciser les contrats qui sont eux-mêmes concernés. Cette formulation générale est voulue par le législateur afin d'englober un nombre conséquent de contrats.

D'une part, l'article L. 642-7 évoque les contrats de location. Le premier contrat envisagé par ce même article concerne les contrats de crédit-bail. Ainsi, le contrat de bail est classé parmi les contrats de location. Il en résulte que le cessionnaire à qui le contrat de crédit-bail est transféré doit payer l'intégralité des sommes qui lui incombent personnellement au titre du contrat cédé, c'est à dire « *le paiement des sommes restant dues au crédit-bailleur dans la limite de la valeur du bien fixée d'un commun accord par les parties ou, à défaut, par le tribunal à la date de cession* ». De la même manière, l'article vise expressément les contrats de location de meuble et d'immeuble. S'agissant de la location d'immeubles, les baux visés dans le cadre de la cession judiciaire des contrats sont les baux professionnels et les baux commerciaux. L'ensemble de ces baux peut faire l'objet de la cession judiciaire des contrats dans la mesure où aucune disposition du Code de commerce ne vient les exclure.

D'autre part, l'article évoque les contrats de fourniture de biens et de services. Cette catégorie de contrats s'avère particulièrement très large et revient à contrer l'interprétation stricte de la liste instituée par l'article. Cet article englobe par cette formule la quasi-totalité des contrats liant l'entreprise à ses partenaires commerciaux. Ainsi, un contrat de franchise peut être transmis au repreneur lorsque le franchisé fait l'objet d'un plan de cession²⁶⁰. Toutefois, la jurisprudence s'accorde à dire que l'inverse n'est pas vrai. Il en ressort que ce même contrat ne peut pas être transmis au repreneur lorsque le franchiseur fait l'objet d'un plan de cession et ce en raison de l'intuitu personae qui le caractérise²⁶¹. Cette distinction constante apparaît pertinente pour Monsieur le professeur Lucas. En effet, il considère que « *les franchisés ne peuvent se voir imposer un nouveau cocontractant qui n'offre aucune garantie de pouvoir assurer la poursuite d'un contrat et la fourniture d'une prestation que seul le franchiseur, compte tenu de ses qualités et compétences, était en mesure de fournir* »²⁶². Par ailleurs, la jurisprudence s'accorde à englober dans cette catégorie de contrat les contrats de concession²⁶³. Quoiqu'il en soit, le contrat de fourniture doit s'entendre comme celui exécuté au profit du débiteur et non comme celui qui est exécuté au profit du client. En effet, la cession judiciaire de tels contrats a pour but de garantir au cessionnaire le maintien de l'activité et non de forcer les clients du cédant à recourir à ses services²⁶⁴.

²⁶⁰ CA Versailles, 23 juin 1988.

²⁶¹ LUCAS F.-X., TGI Strasbourg, 20 décembre 2013, LEDEN 2014, n° 5, p. 4.

²⁶² LUCAS F.-X., La cession du contrat de franchise à l'occasion d'un plan de cession, *BJE* 2014, n° 3, p. 167.

²⁶³ CA DOUAI, 8 mars 1990.

²⁶⁴ LE CORRE P.-M., *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, p. 1613.

Par ailleurs, l'ordonnance du 18 décembre 2008 a inséré dans l'article L. 642-7 du Code de commerce, le contrat de fiducie. A son alinéa 5, l'article prévoit que la cession judiciaire des contrats est écartée lorsque le contrat est un contrat de mise à disposition portant sur un bien ou un droit transmis dans un patrimoine fiduciaire à titre de garantie. Ainsi, le contrat de fiducie avec convention de mise à disposition échappe à la cession judiciaire des contrats à moins que les bénéficiaires de la fiducie donnent expressément leur accord. Sauf accord préalable des bénéficiaires, le contrat de fiducie peut être résilié dès l'ouverture de la liquidation judiciaire du débiteur alors même que le bien ou le droit s'y trouvant peut s'avérer nécessaire au maintien de l'activité.

Il est important de rappeler que la cession de contrat ne concerne que les contrats synallagmatiques. Les contrats unilatéraux tel que le contrat de cautionnement ne sont pas concernés par cette cession judiciaire des contrats.

En revanche, le caractère *intuitu personae* du contrat cédé n'est normalement pas un obstacle à la cession. En effet, l'article L. 642-7 du Code de commerce dresse une liste des contrats visés par la cession judiciaire sans toutefois procéder à une distinction entre les contrats conclus *intuitu personae* et les autres. C'est pourquoi, les juridictions considèrent qu'en raison du silence des textes, les contrats conclus *intuitu personae* sont cessibles. Cependant, comme vu dans le cas du contrat de franchise, le caractère *intuitu personae* d'un contrat peut être un obstacle à la cession judiciaire des contrats lorsque l'obligation marquée d'*intuitu personae* ne peut être réalisée que par le cédant. Cette exception revient à la nature même de ces contrats qui sont incessibles puisque conclus en considération de la personne des contractants.

B) Les effets inévitables de la cession judiciaire des contrats

La cession judiciaire des contrats de l'entreprise cédée va emporter un certain nombre de conséquences. A la lecture de l'article L. 642-7 du Code de commerce, il serait possible de penser que le jugement qui arrête le plan de cession entraîne automatiquement la cession des contrats. Or, la jurisprudence a une vision toute autre, car elle considère que seule la rédaction des actes de cession pourra fixer l'entrée en jouissance immédiate de ces contrats, sauf dispositions contraires prévues dans le plan de cession. Il en résulte qu'entre le jugement qui arrête le plan de cession et la rédaction des actes de cession, les obligations émanant du contrat ne sont pas transférées au cessionnaire mais restent à la charge du cédant, sauf si l'entrée en jouissance a eu lieu avant la signature des actes de cession²⁶⁵. Cette position jurisprudentielle ne peut être détournée par le tribunal ou le juge commissaire pour faire peser sur le cessionnaire des obligations normalement à la charge du cédant. Ce n'est qu'une fois la passation des actes effectuée que les obligations seront transférées en la personne du cessionnaire. Il en résulte

²⁶⁵ LE CORRE P.-M., *Droit et pratique des procédures collectives*, *op. cit.*, p. 1619.

que les dettes antérieures à la cession sont à la charge du cédant. Comme vu précédemment, les dettes du cédant ne sont pas transmises au cessionnaire car il n'est pas l'ayant-cause universel du débiteur. Toutefois, le cessionnaire peut prendre à sa charge tout ou partie des dettes du cédant telles que les indemnités de congés payés, de résiliation. Il peut accepter de prendre à sa charge des obligations incombant normalement au débiteur à partir du moment où aucune disposition légale ne lui interdit. L'absence de transmission au repreneur des obligations nées du débiteur se justifie par l'absence d'effet novatoire de la cession. En effet, le transfert de ces contrats n'intervient que par la volonté du tribunal et non par celle des parties. Il en résulte que le cédant ne peut se décharger de ces obligations nées avant la cession de l'entreprise. L'absence d'effet novatoire entraîne également l'absence de purge des vices de formation sauf s'ils sont inhérents à la personne du cédant. Cependant, les manquements du débiteur avant la cession ne peuvent pas être reprochés après la cession au cessionnaire.

Par ailleurs, l'article L. 642-7 du Code de commerce précise que les contrats « *doivent être exécutés aux conditions en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure, nonobstant toute clause contraire* ». Ainsi, le contrat est cédé aux conditions contractuelles en vigueur avant la cession. Il en résulte qu'aucune modification n'est possible de la part du cessionnaire. Ce dernier devra donc respecter, par exemple, les clauses attributives de compétence insérées dans le contrat. Toutefois, ce même article prévoit que le cessionnaire, à défaut de pouvoir modifier le contrat, peut adjoindre à l'activité existante une activité connexe ou complémentaire.

Le contrat cédé doit également être poursuivi en dépit des clauses restrictives qui pourraient remettre en cause les droits du cessionnaire nés de ces contrats²⁶⁶. Ainsi, la cession judiciaire des contrats, principe d'ordre public, conduit à invalider les clauses restrictives de la cession. Les clauses restrictives concernées sont en général les clauses d'agrément en matière de bail, les pactes de préférence et les clauses de préemption. En ce qui concerne les droits de préemption, la solution peut s'avérer justifiée à partir du moment où la cession n'a pas été volontaire mais est bien le sous sceau de la justice. De la même manière, le pacte de préférence n'est pas transmis avec le contrat cédé à partir du moment où il désigne le titulaire de cette « priorité contractuelle » dans le contrat de bail²⁶⁷. En effet, le cessionnaire n'est pas dans l'obligation de respecter le pacte de préférence stipulé au profit exclusif du cédant.

Dans le même esprit, l'article L. 611-16 du Code de commerce paralyse certaines clauses contractuelles lors d'une demande d'ouverture de la conciliation ou du mandat ad hoc. Afin de favoriser le recours aux procédures amiables, le législateur a voulu déclarer non écrite toute clause qui diminuerait les droits du débiteur. Cette nouvelle disposition incite le débiteur à avoir recours aux procédures préventives sans craindre la réaction de ses créanciers.

Dans la logique de continuation des contrats nécessaires à l'entreprise, l'ancien article L. 621-88 du Code de commerce prévoyait la possibilité pour le tribunal d'octroyer des délais de paiement pour

²⁶⁶ LE CORRE P.-M., *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., p. 1622.

²⁶⁷ Cass. com., 13 février 2007, n° 05-17.296.

assurer la poursuite de l'activité²⁶⁸. Cette disposition permettait au repreneur d'envisager plus sereinement les dépenses à venir, tout particulièrement lorsqu'il était confronté à des contrats très onéreux. Or, la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 a supprimé cette disposition. En effet, le cocontractant, en plus de se voir imposer la poursuite du contrat, se voyait imposer des délais de paiement alors même qu'il n'avait pas été payé du passif antérieur à la procédure ouverte. Cette situation paraissait très contraignante pour le cocontractant. C'est pourquoi, le législateur a supprimé cette disposition, considérant que le repreneur devait être suffisamment solvable pour honorer les engagements repris du cédant.

Enfin, il est important de préciser que seuls les contrats visés par le plan de cession font l'objet d'une cession forcée. Ainsi, à défaut d'être mentionnés, les contrats ne sont pas cédés. A ce propos, le Code de commerce reste muet sur le sort des contrats non cédés. A ce moment-là, faut-il en déduire que le contrat non repris se retrouve résilié de plein droit par le jugement arrêtant le plan de cession ? A ce sujet, il est possible de se référer à un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 17 mai 1994 qui avait jugé que le contrat non cédé était résilié car la cession emportait la fin de la société débitrice²⁶⁹. Cette solution, basée sur les règles du droit des sociétés, méconnaît les règles de la cession d'entreprise. En effet, le nouvel article 1844-7 du Code de commerce ne prévoit plus que le plan de cession emporte fin de la société car il s'agit seulement d'un événement de la procédure collective du débiteur et non une fin en soi. Faute d'avoir une disposition prévoyant la résiliation, il fallait considérer que le contrat non cédé était en cours et que par conséquent, le cocontractant pouvait se prévaloir du non-paiement du débiteur pour faire jouer la résiliation. Fort heureusement, l'ordonnance du 12 mars 2014 est venue apporter une solution au sort des contrats non cédés²⁷⁰. Ainsi, l'alinéa 6 de l'article L. 642-7 du Code de commerce prévoit que le cocontractant peut demander au juge commissaire de prononcer la résiliation du contrat si le liquidateur ne demande pas la poursuite de son exécution. La non cession du contrat est un motif de résiliation même sans inexécution avérée du débiteur à ses obligations. Toutefois, cette résiliation ne joue pas de plein droit, il faut qu'elle soit constatée par le juge-commissaire.

Paragraphe 3 : La reprise d'entreprise chapeauté par le repreneur

Comme vu précédemment, le maintien de tout ou partie des emplois reste un enjeu primordial de la cession d'entreprise. Cependant, licencier au détriment du maintien des emplois n'est pas forcément synonyme de mauvais choix. En effet, le licenciement peut s'avérer un outil nécessaire pour redresser l'entreprise et la rendre pérenne (A). Dans la continuité, le repreneur peut prendre les

²⁶⁸ LE CORRE P.-M., *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., p. 1623.

²⁶⁹ CA PARIS, 17 mai 1994.

²⁷⁰ LE CORRE P.-M., *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., p. 1625.

commandes du navire bien plus tôt, ce qui lui permet de mettre en place ses orientations stratégiques avant même le transfert effectif de l'entreprise (B).

A) Le choix du licenciement : la balance entre survie de l'entreprise et maintien de l'emploi

Comme vu précédemment, la cession d'entreprise poursuit une finalité sociale car elle s'attache à assurer le maintien de tout ou partie des emplois qui y sont attachés²⁷¹.

En principe, les contrats de travail sont transférés de plein droit en cas de cession d'entreprise²⁷². Or cette disposition d'ordre public peut faire l'objet d'exceptions prévues par le Code de commerce et le Code du travail. Ainsi, l'article L. 642-5 du Code de commerce autorise le repreneur à envisager dans son offre de reprise la suppression de postes. Mesdames Calomili et Gatto soulignent à juste titre que « *la possibilité de licencier ne doit pas être considérée comme une atteinte au maintien de l'emploi, mais plus comme une nécessité vitale au maintien de l'activité* »²⁷³. En effet, le choix du licenciement n'est pas forcément contraire à l'objectif de maintien de l'emploi²⁷⁴. La protection des emplois passe par le maintien en vie de l'entreprise.

Les licenciements prévus dans un plan de cession sont fondés sur un motif économique en raison de la fragilité financière de l'entreprise. Ils sont régis par les articles L. 1233-58 et suivants du Code du travail. Au contraire du plan de sauvegarde, le plan de redressement ou de cession n'obéit pas au droit commun des licenciements dans le but d'accélérer les procédures. Il n'en demeure pas moins qu'une fois soumis au tribunal, le plan de cession doit faire l'objet de consultations et d'informations²⁷⁵. En effet, l'offre de reprise ne peut être retenue par le tribunal sans qu'il ait consulté au préalable le comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel et après en avoir informé l'autorité compétente, c'est à dire la Direction Régionale des Entreprises, de la Concurrence, de la Consommation, du Travail et de l'Emploi (DIRECCTE). De plus, depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, le tribunal doit consulter également le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail et ce dans le respect de l'article L. 1233-58 du Code du travail.

Si cette offre est retenue par le tribunal, le jugement adoptant le plan de cession précise le nombre de licenciements autorisés ainsi que les activités et les catégories professionnelles concernées²⁷⁶. Même si la forme est libre, la jurisprudence est beaucoup plus sévère sur le fond. Ainsi, le plan de

²⁷¹ Art. L. 642-1, al. 1 du Code de commerce.

²⁷² Art. 1224-1 du Code du travail.

²⁷³ CALOMILI C. et GATTO C., Les licenciements économiques dans les plans de cession, LPA 2008, n° 239, p. 8.

²⁷⁴ FIN-LANGER L., Les aspects sociaux de l'opération de reprise de l'entreprise en difficulté, *Rev. proc. coll.* 2010, n° 3, étude 17.

²⁷⁵ Répertoire droit commercial, Licenciements, D. 2016, n° 141.

²⁷⁶ Art. R. 642-3 du Code de commerce.

cession ne peut prévoir une liste nominative des salariés licenciés²⁷⁷ ou au contraire des salariés dont le contrat est maintenu. Faute de respecter ces conditions de fond, le licenciement est considéré comme sans cause réelle et sérieuse et le salarié peut réclamer des dommages et intérêts. Cependant, lorsque les conditions de fond et de forme sont respectées, le jugement adoptant le plan de cession déclare que les licenciements ont une cause réelle et sérieuse. Le licenciement conserve une cause réelle et sérieuse s'il a été autorisé par le jugement arrêtant le plan mais également si la lettre de licenciement vise bien ce jugement²⁷⁸.

L'article L. 642-5 du Code de commerce précise que « *les licenciements interviennent sur simple notification du liquidateur, ou de l'administrateur lorsqu'il en a été désigné ou, sous réserve des droits de préavis prévus par la loi, les conventions ou les accords collectif du travail* ». Le liquidateur ou l'administrateur doit procéder aux licenciements dans un délai d'un mois afin que la garantie de l'AGS puisse jouer. Le non-respect de ce délai imposé n'entraîne pas la nullité des licenciements mais peut engager leur responsabilité. A ce titre, les salariés peuvent demander une indemnité pour cause d'irrégularité de procédure²⁷⁹.

La procédure de licenciement économique doit respecter la loi de sécurisation de l'emploi du 14 juin 2013. C'est pourquoi, l'entreprise doit procéder au reclassement personnalisé des salariés. L'obligation préalable de reclassement s'avère source d'un grand contentieux car elle entraîne des conséquences pour les entreprises. L'entreprise ne peut contourner cette obligation car elle est prévue dès qu'un licenciement pour motif économique est prononcé. Par ailleurs, l'entreprise doit mettre en place un plan de sauvegarde l'emploi dès que le licenciement concerne au moins 10 salariés sur une période de trente jours et sur la base d'un effectif de 50 salariés. Ce plan de sauvegarde de l'emploi comporte à la fois un reclassement interne mais également externe. La plupart du temps, le reclassement se déroulera au sein du groupe auquel appartient l'entreprise. Toutefois, comme précédemment, ce non-respect n'entraînera pas la nullité des licenciements mais permettra aux salariés de demander l'allocation de dommages et intérêts²⁸⁰.

Il ne faut pas oublier que la procédure relatée diverge lorsque le licenciement concerne des salariés protégés²⁸¹. A ce propos, l'article L. 2411-1 du Code du travail prévoit une liste des salariés considérés comme protégés (délégué syndical, délégué du personnel etc.). Le statut protecteur de ces salariés demeure même lors d'une procédure collective. Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, l'article L. 631-9 du Code de commerce prévoit que lorsque le licenciement concerne un salarié protégé, le délai d'un mois après le jugement est celui dans lequel l'intention de rompre doit être manifestée.

²⁷⁷ Cass. soc., 26 juin 1991.

²⁷⁸ Répertoire droit commercial, Licenciements, *loc. cit.*, p. 94.

²⁷⁹ Cass. soc., 10 juillet 2002, n° 00-42.340.

²⁸⁰ FIN-LANGER L., Les aspects sociaux de l'opération de reprise de l'entreprise en difficulté, *loc. cit.*, p. 94.

²⁸¹ Répertoire droit commercial, Licenciements, *D.* 2016.

Cette solution prévaut également dans le cadre de la liquidation judiciaire²⁸². L'intention de licencier doit être suffisamment intelligible pour permettre la prise en charge des indemnités de licenciement par l'AGS. De plus, ces licenciements ne peuvent avoir lieu qu'après avis du comité d'entreprise et après l'autorisation de l'inspection du travail. A défaut de respecter cette procédure spécifique, le salarié protégé, irrégulièrement licencié, doit être réintégré dans l'entreprise dans la mesure du possible.

Au final, les licenciements, même s'ils peuvent être perçus comme une fatalité pour les salariés concernés, peuvent s'avérer bénéfiques pour la reprise de l'entreprise. A titre d'illustration, il est possible de citer La redoute où les repreneurs n'ont eu le choix que de prévoir plus de 1000 licenciements pour maintenir à flot l'activité. Force est de constater que presque trois ans après, la société s'est réinventée et a su mettre à profit les économies réalisées par la diminution de la masse salariale. Toutefois, ce regain d'activité va bénéficier à présent à de nouveaux salariés puisque des postes s'ouvrent.

B) L'ouverture de la gestion intermédiaire de l'entreprise reprise

Il est important de rappeler que l'adoption du plan de cession n'entraîne pas le transfert automatique de l'entreprise au cessionnaire. En effet, selon un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 26 janvier 1993, le transfert de propriété des biens et droits compris dans le plan de cession n'interviendra qu'au jour de la passation des actes. Ainsi, jusqu'à la passation des actes nécessaires au transfert, la gestion de l'entreprise est assurée par le liquidateur en raison de sa qualité de représentant judiciaire du débiteur. Durant ce laps de temps qui s'écoule, le repreneur n'est pas encore le véritable chef d'entreprise puisque le liquidateur le remplace à la tête de l'entreprise. Dans le même temps, le cédant se retrouve dessaisi de l'ensemble de ses biens mais également de son pouvoir de gestion.

Cependant, l'article L. 642- 8 du Code de commerce prévoit que « *le tribunal peut confier au cessionnaire, à sa demande et sous sa responsabilité, la gestion de l'entreprise cédée* ». Il en résulte que le liquidateur n'est pas la seule personne à pouvoir se voir confier la gestion de l'entreprise. Cette disposition est avantageuse pour le cessionnaire car il peut se retrouver directement aux commandes de l'entreprise. Ainsi, lui confier la gestion de l'entreprise lui permet d'avoir la qualité d'exploitant effectif et donc de commencer à faire des choix pour le devenir de l'entreprise reprise²⁸³. Cependant, la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 a voulu encadrer cette gestion. En effet, il doit répondre à des conditions légales plus strictes. Autrefois, la loi de 1985 prévoyait que cette décision soit du ressort de l'administrateur. A présent, seul le tribunal a la possibilité de confier la gestion intermédiaire de l'entreprise au cessionnaire. De plus, le cessionnaire doit justifier avoir consigné le prix de cession ou

²⁸² Art. L. 642-5, al. 6 du Code de commerce.

²⁸³ SAINT-ALARY-HOUIN C., *Droit des entreprises en difficulté*, op. cit., p. 836.

pouvoir se prévaloir d'une garantie équivalente. Enfin, la gestion ne peut lui être confiée que s'il en fait la demande et que s'il s'en sent responsable. Il est important de rappeler que les dettes nées durant cette période intermédiaire ne sont pas des dettes professionnelles puisque l'entreprise n'a pas encore été cédée, mais des dettes personnelles à la charge du cessionnaire.

La gestion intermédiaire s'avère moins évidente au final pour le cessionnaire car il est conscient d'être le seul maître à bord. Ainsi, il va plutôt adopter un comportement prudent et mesuré. Ce dispositif peut paraître étonnant au premier abord car le cessionnaire gère à ses risques et périls l'entreprise sans un soutien quelconque de la procédure. Il est possible de se dire à ce moment-là que cette disposition va à l'encontre de l'objectif de la reprise d'entreprise qui est de redresser l'entreprise dans les meilleures conditions. Au contraire, elle peut s'avérer justifiée dans le sens où les organes de la procédure et le tribunal se méfient du cessionnaire qui peut agir de manière imprévisible une fois aux commandes de l'entreprise. Ainsi, cette disposition, même si elle peut être très attractive pour le cessionnaire, est entourée de garanties qui permettent d'assurer que l'entreprise repartira du bon pied avec une personne digne de confiance et qui tiendra ses promesses d'un meilleur avenir.

Par ailleurs, à côté de ces modes de gestion intermédiaire, la location-gérance peut s'avérer une alternative. Elle aura pour but d'assurer une gestion temporaire de l'entreprise en attendant la passation des actes nécessaires au transfert de propriété de l'entreprise du cédant au cessionnaire. Toutefois, cette alternative n'est envisageable qu'à la condition de remplir dûment des conditions préétablies²⁸⁴. D'une part, l'article L. 642-13 du Code de commerce prévoit que seul le cessionnaire peut conclure un contrat de location-gérance après autorisation du tribunal. Le tribunal autorise la conclusion d'un tel contrat après avis du ministère public et après avoir dûment entendu ou appelé le liquidateur, l'administrateur judiciaire, les contrôleurs, les représentants du comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel et toute personne intéressée. D'autre part, l'entreprise doit être acquise par le locataire-gérant dans les deux ans qui suivent le jugement qui arrête le plan de cession. Ainsi, l'article L. 642-15 du Code de commerce précise explicitement que la location-gérance ne peut pas être un état permanent mais seulement une sorte de tremplin pour franchir le cap de l'acquisition. Tout au long de la période de location-gérance, le contrat est minutieusement contrôlé par le liquidateur. Ainsi, en cas d'atteinte aux éléments compris dans le contrat ou d'inexécution de ses engagements, le liquidateur peut en rendre compte au tribunal. Suite à ces manquements de la part du locataire-gérant, le tribunal peut ordonner la résiliation ou la résolution du plan de cession à la demande du liquidateur ou du ministère public. Or, afin d'éviter une telle sanction, le cessionnaire doit acquérir l'entreprise dans ce délai imposé de deux ans.

Finalement, le repreneur a en sa possession de nombreux outils pour envisager un avenir meilleur et prospère.

²⁸⁴ LE CORRE P.-M., *Droit et pratique des procédures collectives*, op. cit., p. 1583.

Conclusion Titre 2

En droit français, l'entreprise n'est pas une notion juridique. En effet, elle demeure un concept économique, malgré les tentatives du droit pour l'appréhender comme un sujet de droit.

Le prix de cession offert par le repreneur prend en compte différents éléments (les contrats de travail, de prêts, les indemnités de congés payés etc.) qui forment un ensemble économique. L'entreprise ne représente pas seulement des actifs, c'est un véritable outil économique (reprise des contrats commerciaux, droit de licencier des salariés, gestion intermédiaire assurée par le repreneur) entre les mains du repreneur. A ce sujet, la pratique et les différentes lois successives ont permis d'élargir le champ des repreneurs potentiels. Cet élargissement au sein des procédures amiables comme collectives permet d'optimiser les chances de reprise d'entreprises en difficulté.

Au final, le changement de localisation de la cession d'entreprise a certes fait avancer le droit positivement mais il n'en demeure pas moins que se pose la question de savoir pour quelle raison cette opération n'est pas restée au sein des dispositions relatives au redressement judiciaire, tout en sachant que les règles d'autrefois sont les règles d'aujourd'hui.

La vision liquidative de la cession d'entreprise ampute cette dernière de sa dimension économique alors même que « *c'est l'économie et non le droit qui commande la bonne ou mauvaise santé des entreprises* »²⁸⁵.

²⁸⁵ GORINS C., *loc. cit.*, p. 13.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Depuis quelques années, le taux des défaillances en France connaît une baisse importante. Pourtant, les entreprises en difficulté font de plus en plus la Une des tabloïdes. La médiatisation des affaires de reprise d'entreprise en difficulté se multiplie, l'affaire GM&S est la dernière en date. Les médias mettent en lumière la détresse des salariés par leurs actions coup de poing. L'espoir de la reprise s'amincit à partir du moment où le repreneur parle de licenciements. La baisse de la masse salariale entraîne des conséquences dramatiques pour les salariés de l'entreprise cédée. L'entreprise se révèle très souvent comme l'histoire de toute une vie, c'est à dire de plus de trente ans de carrière. Cependant, ce drame social est parfois un préalable à la reprise de l'activité.

Au final, le repreneur doit parfois faire des choix difficiles s'il souhaite sauver les emplois et redresser l'entreprise économiquement.

La finalité liquidative de la cession d'entreprise s'avère bien lointaine face à la finalité sociale et économique qu'elle poursuit. Toutefois, le prix reste et demeure « *le paiement de la course* » pour les créanciers du débiteur. Cependant, privilégier l'aspect économique et social de la cession d'entreprise se traduit très souvent par la spoliation des créanciers, le prix étant de plus en plus insuffisant pour les désintéresser. Ainsi, la cession d'entreprise demeure une opération de restructuration à la recherche de la survie de l'unité économique²⁸⁶. Le transfert du plan de cession dans les dispositions relatives à la liquidation judiciaire n'enlève en rien à sa finalité de redressement.

Le sauvetage de l'entreprise par cession est plébiscité par le législateur, la jurisprudence mais surtout par la pratique. La transmission de l'entreprise s'avère une véritable technique de redressement. Outre les avantages fiscaux dont il peut bénéficier, le repreneur peut profiter de l'environnement économique de l'entreprise cédée, c'est à dire des contrats commerciaux, des salariés compétents, des matériels performants. Ainsi, la cession de l'entreprise apparaît plus intéressante que si le repreneur devait créer *ab initio* une nouvelle structure²⁸⁷.

Il faut faire attention au fait que les entreprises peuvent avoir un taux de rentabilité important. Cette rentabilité peut s'avérer parfois insuffisante au regard de la concurrence qui gagne le marché. Comme le disait il y a quelques années Monsieur Guillot, « *il est important de consolider cette évolution favorable par la mise en œuvre d'une politique favorisant la recherche de gains de productivité, l'amélioration de la compétitivité internationale et une adaptation souple et rapide de leur structure* ».

²⁸⁶ Dans ce sens, SOINNE B., La problématique de la cession d'entreprise, *Rev. proc. coll.* 1989.

²⁸⁷ Centre de droit des affaires, L'évolution de la cession d'entreprise, Centre Actes du colloque Toulouse I, 1992, p. 81.

aux exigences liées au développement des activités »²⁸⁸. La défaillance n'est qu'à un pas, la reprise à deux. L'anticipation doit être la meilleure arme des chefs d'entreprise.

Le « marché de la reprise d'entreprise en difficulté » n'est pas prêt de s'arrêter. La reprise d'entreprise en difficulté touche toutes les entreprises, quelles que soient leur taille. C'est une maladie qui peut atteindre n'importe quel patient.

²⁸⁸Centre de droit des affaires, L'évolution de la cession d'entreprise, *op. cit.*, p. 77.

ANNEXES

ANNEXE 1 - Lettre type d'une offre de reprise d'une entreprise en difficulté²⁸⁹

Le _____, à _____

Maître,

Par jugement du _____, le Tribunal de _____, a ouvert une
procédure de redressement judiciaire à l'égard
de la société _____
de M. _____.

Il a désigné Maître _____, mandataire judiciaire, et vous-même comme
administrateur judiciaire.

Il vous a désigné liquidateur.

Il a désigné Maître _____, mandataire judiciaire, et vous-même comme
administrateur judiciaire.

Il vous a désigné liquidateur.

C'est en cette qualité que je m'adresse à vous pour vous communiquer par la présente, dans le délai
une offre en vue de la cession de l'entreprise de votre dans les conditions et selon les modalités
contenues dans l'offre jointe. Nous joignons à l'offre les annexes visées dans celle-ci.

Restant à votre disposition pour toutes indications complémentaires, je vous prie
_____.

Offre de plan de cession de l'entreprise présentée par _____

Présentation du repreneur

Voir l'introduction n° F4.360-80

²⁸⁹ Lamy droit commercial, Envoi d'une offre de reprise, 2009

Objet de l'offre

La cession totale de l'entreprise.

La cession partielle de l'entreprise.

Périmètre de la reprise

1° Eléments inclus dans la cession

— immeubles : _____ ;

— fonds de commerce : il comprend _____

- éléments incorporels : _____ ;

- biens corporels : _____ .

2° Consistance des biens cédés

Voir l'introduction n° F4.360-80

Indications obligatoires

Pour répondre aux prescriptions des articles L. 642-2 et L. 642-3 du Code de commerce, la présente offre comporte les indications suivantes :

Prévisions d'activité et de financement

Présentation du projet d'entreprise : _____ .

Modalités et prévisions de financement : _____ .

Prix de cession et ses modalités de règlement

Le repreneur offre d'acquérir l'ensemble des éléments objet de la cession pour le prix de _____ euros (HT).

Ce prix se décompose de la façon suivante :

— éléments incorporels : _____ euros (HT) ;

— éléments corporels : _____ euros (HT).

Outre le prix de _____ euros, le repreneur s'engage à payer les droits de toute nature afférents à la cession, les frais, y compris les honoraires de rédaction des actes, les frais de purge, ainsi que le remboursement des dépôts de garantie.

Le prix sera payé comptant le jour de la signature des actes nécessaires à la réalisation de la cession. Pour garantir ce paiement, le repreneur s'engage à remettre judiciaire, au plus tard deux jours avant la date de comparution en chambre du conseil, un chèque de banque ou une caution bancaire avec renonciation au bénéfice de discussion et de division ou une garantie à première demande émanant d'un établissement financier.

Le soussigné s'engage à payer le prix en principal et tous les accessoires :

— à concurrence de la somme de _____ euros, comptant le jour de la signature des actes nécessaires à la réalisation de la cession. Pour garantir ce paiement, le soussigné s'engage à remettre _____ (cf. ci-dessus) ;

— pour le solde, soit _____ euros, il s'acquittera de sa dette en _____ échéances, aux dates suivantes _____ avec _____ intérêt de _____ sans intérêts avec indication des garanties relatives à la créance à terme.

Date de réalisation de la cession

La cession devra être réalisée dans un délai de _____.

Niveau et perspectives d'emploi justifiés par l'activité considérée

Le soussigné offre de reprendre dans les conditions de leur contrat de travail _____ salariés dans chacune des catégories figurant en annexe. Il aura la charge des congés payés, du 13^e mois et des avantages prévus par la convention collective, au *prorata temporis*, à compter du jour où il assurera la gestion de l'entreprise cédée.

Les salariés non repris devront être licenciés dans le cadre des dispositions de l'article L. 642-5 du Code de commerce.

Garanties souscrites en vue d'assurer l'exécution de l'offre

En garantie de la bonne exécution de la présente offre, le soussigné :

— remettra à l'administrateur judiciaire, comme il est dit au paragraphe intitulé « *Prix de cession et modalités de règlement* », pour répondre du prix de la cession ;

— s'engage à fournir des moyens financiers ou un concours _____ pour appuyer le redressement de l'entreprise.

Prévisions des cessions d'actifs au cours des deux années suivant la cession

Le _____ soussigné _____ déclare qu'il ne prévoit aucune cession d'actif dans les deux années suivant la cession qu'il prévoit de procéder à la cession de _____ .

Le soussigné se tient à la disposition du Tribunal pour toutes indications complémentaires qu'il souhaiterait.

Qualité de tiers de l'auteur de l'offre et sincérité du prix

Le soussigné, après avoir pris connaissance des dispositions de l'article L. 642-3 du Code de commerce, atteste qu'il n'est ni dirigeant de la personne morale en redressement judiciaire ni parent ou allié jusqu'au deuxième degré inclusivement de ces dirigeants ou du débiteur personne physique ; qu'il n'a pas été désigné en qualité de contrôleur et qu'il n'agit pas comme personne interposée ou prête-nom de ces dirigeants ou du débiteur.

Le soussigné déclare et certifie que le prix de cession figurant dans l'offre déposée sous sa responsabilité le _____ est sincère et véritable et qu'aucune somme complémentaire n'a été, ou ne sera versée à quiconque, à l'insu du tribunal sous quelque forme que ce soit, pour quelque motif que ce soit.

Personnes tenues de l'exécution du plan

Acceptent d'être tenues de l'exécution du plan retenant la présente offre, les personnes dont les noms suivent : _____ .

Fait à _____ , le _____

Pour valoir comme offre de plan de cession de

l'entreprise _____

Annexes :

— *extrait du Registre du commerce et des sociétés* ;

— *trois derniers bilans. Répartition du capital social* ;

— en cas de création d'une société nouvelle : extrait du Registre du commerce et des sociétés et trois derniers bilans du principal associé ;

— comptes prévisionnels ;

— attestation relative à la qualité de tiers ;

— attestation de sincérité du prix ;

— garanties ou cautions bancaires.

ANNEXE 2 - Tableau des aides fiscales pour la reprise d'entreprises en difficulté²⁹⁰

<p>Plafonds applicables aux PME (dans la limite de 7,5 M EUR)</p> <p>Plafond en pourcentage du coût salarial des emplois maintenus et créés dans le cadre de la reprise</p>	<p>Moyennes entreprises</p> <p>moins de 250 salariés et CA annuel n'excédant pas 50 M EUR ou total bil- an n'excédant pas 43 M EUR</p> <p>10 %</p>		<p>Petites entreprises</p> <p>moins de 50 salariés et CA annuel ou total bilan n'excédant pas 10 M EUR</p> <p>20 %</p>	
<p>Plafonds applicables dans les ZAFR hors DOM^{Note 14} (dans la limite de 7,5 M EUR)</p> <p>Plafond en pourcentage du coût salarial des emplois maintenus et créés dans le cadre de la reprise</p>	<p>Grandes entreprises</p> <p>10 %</p>	<p>Moyennes entre- prises</p> <p>20 %</p>	<p>Petites entreprises</p> <p>30 %</p>	

²⁹⁰ DEDEURWAERDER G., Les habits neufs du régime fiscal de la reprise d'une entreprise en difficulté, *loc. cit.* p. 68

BIBLIOGRAPHIE

○ **Ouvrages généraux, traités et manuels**

AUZERO G. et DOCKES E., *Droit du travail*, Dalloz, 30^{ème} éd., 2016.

BLAISE J.-B. et DESGORCES R., *Droit des affaires*, LGDJ, 8^{ème} éd., 2015.

COQUELET M.-L., *Entreprises en difficulté/ Instruments de paiement et de crédit*, Dalloz, 5^{ème} éd., 2015

Lamy droit commercial, *La cession de l'entreprise*, 2016.

LE CORRE P.-M., *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, 8^{ème} éd., 2015/2016.

PEROCHON F., *Entreprise en difficulté*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2012.

SAINT-ALARY-HOUIN C., *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2016.

VOINOT D., *Droit économique des entreprises en difficulté*, LGDJ, coll. droit et économie 2007, p. 277.

○ **Ouvrages spéciaux, thèses et mémoires**

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 9^{ème} éd., 2011.

DESCHAMPS B., *Le processus de reprise d'entreprise par les entrepreneurs personnes physiques*, thèse Grenoble, 2000.

DESPAX M., *L'entreprise et le droit*, thèse Toulouse, 1956.

SAINT-ALARY-HOUIN C., *De la faillite du droit des entreprises en difficulté, regards sur les évolutions du dernier quart de siècle*, Tome 1, Travaux de l'IFR, 2016.

THENOZ C., *Reprendre une entreprise à la barre du tribunal*, mémoire d'expertise comptable, 2012.

○ **Articles, chroniques et rapports**

AMIZET B., MONSERIE-BON M.-H., AZAM G. et CAVIGLIOLI C., *Le prepack cession FRAM : expériences et enseignements*, BJE 2016, n° 2, p. 144.

BAILLY P., *Le contrat de travail et le transfert de l'entreprise en difficulté*, Gaz. Pal. 2002, n° 264, p. 48.

BAILLY P., *Les licenciements et les procédures collectives*, Gaz. Pal. 2008, n° 313, p. 3.

BAUJET B. et THEVENOT C., *Quelle assiette pour le calcul des émoluments de l'administrateur judiciaire ?*, Rev. proc. coll 2016, n° 5, étude 15.

BINNIE M., *Un dispositif pour éviter la délocalisation des entrepreneurs dans un monde meilleur*, Rev. proc. coll. 2014, n° 2, étude 6.

- BINNIE M.**, Du traitement des difficultés des entreprises à la prise en compte des difficultés propres au chef d'entreprise, *Rev. proc. coll.* 2016, n° 4, dossier 27.
- BOURBOULOUX H.**, Confidentialité et transparence réconciliées pour la prévention et le traitement des difficultés, *BJE* 2012, n° 3, p. 183.
- BROCARD E.**, La cession de droits sociaux et l'entreprise en difficulté, *Rev. Sociétés* 2015, n° 4, p. 217-222.
- CAGNOLI P.**, Le sort des créanciers munis de sûretés réelles, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 3, dossier 39.
- CALOMILI C.** et **GATTO C.**, Les licenciements économiques dans les plans de cession, *LPA* 2008, n° 239, p. 8.
- CANET P.**, 30 ans après, que reste-t-il aux praticiens des procédures collectives des lois n° 85-98 et n° 85-99 du 25 janvier 1985 ?, *Rev. proc. coll.* 2016, n°1, étude 2.
- CARAMALLI D.**, La qualité de tiers repreneur à une offre en plan de cession : la candidature des actionnaires, *D.* 2005, p. 2210.
- CERATI-GAUTHIER A.**, La promotion de la « reprise interne » dans l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014, *JCP E.* 2014, n°36.
- COQUELET M.-L.**, Le plan de cession : faut-il déjà le réformer ?, *Rev. proc. coll.* 2008, n° 2, dossier 12.
- COURET A.**, Le plan de cession, mesure de redressement ou de liquidation ?, *RLDA* 2005, n° 80.
- COUTURIER G.**, Le plan de cession, instrument de restructuration des entreprises défaillantes, *Bull. Joly Sociétés* 2008, n° 2, p. 142.
- DEDEURWAERDER G.**, Les habits neufs du régime fiscal de la reprise d'une entreprise en difficulté, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 6, dossier 58.
- DEDEURWAERDER G.**, Régime fiscal de la reprise d'une entreprise en difficulté : une imparfaite adaptation au droit de l'union Européenne, *BJE* 2015, n° 3, p. 161.
- DELATTRE C.**, La souffrance du chef d'entreprise face à la défaillance, *BJE* 2015, n° 4, p. 201.
- DE ROUX X.**, Rapport Commission des lois sur le projet de la loi de la sauvegarde des entreprises, 24 février 2005, n° 2095.
- DIESBECQ A.**, La cession interne : un mode original de transmission de l'entreprise en difficulté, *Gaz. Pal.* 2009, n° 22, p. 3.
- FIN-LANGER L.**, Les aspects sociaux de l'opération de reprise de l'entreprise en difficulté, *Rev. proc. coll.* 2010, n° 3, étude 17.
- FIN-LANGER L.** et **JACOTOT D.**, Les salariés, acteurs de la reprise d'entreprise en difficulté, *Rev. proc. coll.* 2015, n° 6, dossier 54.
- FIN-LANGER L.**, Les salariés, objets ou sujets de la cession de l'entreprise en difficulté ?, *Rev. proc. coll.* 2016, n° 1, dossier 17.
- FROELICH P.**, L'ambivalence du plan de cession totale dans la loi de sauvegarde des entreprises, *D.* 2005, p. 2878.

- GAILHBAUD C.** et **JACOTOT D.**, Les plans et le maintien de l'emploi, Rev. proc. coll. 2015, n° 3, dossier 46.
- GORINS C.**, Evolution de la cession judiciaire d'entreprise en prévention et en procédure collective, BJE 2015, n°3, p. 185.
- GOURDAIN P.**, Amélioration de l'offre de cession d'entreprise : jusqu'à quand ?, JCP E 2007, n° 51-52.
- GUYOMARC P.**, Les risques du « prepack cession », BJE 2015, n° 6, p. 345 à 440.
- HENRY L.-C.**, Le plan de cession et la loi de sauvegarde des entreprises, Gaz. Pal., 2005, n°251, p. 39.
- IDOT L.**, Reprise d'entreprises en difficulté et de droit de la concurrence, Rev. proc. coll. 2015, n°6, dossier 47.
- IHEJ**, La Prudence et l'Autorité, l'Office du Juge au XXIème siècle, mai 2013, p. 67.
- LAMARCHE T.**, La notion d'entreprise, RTD Com., 2006, p. 709.
- LEBEL C.**, La consécration législative de la primauté du plan sur la cession de l'entreprise, JCP E 2016, n° 45.
- LECEA E.**, La reprise d'entreprise en difficulté par un ancien dirigeant, Gaz. Pal. 2014, n° 331, p. 12.
- LE CORRE P.-M.**, La situation générale du débiteur et des créanciers dans l'avant-projet de réforme des entreprises en difficulté, Gaz. Pal., 2003, n° 345, p. 13.
- LE CORRE P.-M.**, Le créancier titulaire d'une sureté spéciale victime de l'absence d'affectation d'une quote-part du prix de cession, Gaz. Pal. 2011, n° 8, p. 13.
- LEGRAND F.** et **PETEL P.**, Liquidation judiciaire-Répartition des fonds, Rev. proc. coll. 2015, n° 6, p. 5.
- LELIEVRE Y.**, Comment passer de la culture de l'échec à celle du rebond, Rev. proc. coll. 2016, n° 4, dossier 26.
- LE MARCHAND P.** et **ROUSSEL GALLE P.**, La prévention- Du mandat ad hoc et de la conciliation aux sauvegardes accélérées et « prepack cession », Cah. dr. entr. 2015, n° 1, dossier 2.
- LUCAS F.-X.**, La cession du contrat de franchise à l'occasion d'un plan de cession, BJE 2014, n° 3, p. 167.
- MACORIG-VENIER F.**, Les créanciers et leurs garanties, Rev. proc. coll. 2015, n° 6, dossier 53.
- MARINI P.**, Rapport fait au nom de la Commission des finances, article 32, 15 décembre 2004, n° 114.
- MIEULLE M.** et **MONTERAN T.**, Le vade-mecum du plan de cession « prepack », BJE 2015, n° 3, p. 164.
- MONSERIE-BON M.-H.** et **GAUDEMET A.**, Reprise interne d'une société en difficulté, Rev. proc. coll. 2015, n° 6, dossier 56.
- MOULETTE C.**, Le repreneur : la rédaction des offres de reprise et leur portée, Rev. proc. coll. 2015, n° 6, dossier 51.
- PAGNUCCO J.-C.**, Les associés et le plan de cession, Rev. proc. coll. 2015, n° 3, dossier 43.

THULLIER B., Cession judiciaire des contrats et loi de sauvegarde des entreprises : moins de pouvoir pour le juge, D. 2006, p. 130.

SAINT-ALARY-HOUIN C., Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises continuité, rupture ou retour en arrière, Dr. & patr., 1^{er} janvier 2005, n°133, p. 24.

SAINTOURENS B., Reprise de l'entreprise par les salariés licenciés et principe du maintien des contrats de travail, Rev. proc. coll. 2012, n° 1, dossier 4.

SOINNE B., Problématique du plan de cession d'entreprise, Rev. proc. coll. 1989, n° 4.

SORTAIS J.-P., Les attraits de la liquidation-cession, LPA, 2007, n° 119, p. 28.

VALLANSAN J., Le plan, les plans, quels plans ?, Rev. proc. coll. 2015, n° 3, dossier 36.

VINCENT C., La faillite du plan de cession ou les incidences du preprack-cession, D. 2015, p. 577.

○ **Notes, observations, avis et conclusions de jurisprudence**

ARRAY A., Cass. com., 18 février 2014, n°13-40.071, BJE 1 juillet 2014, n° 04, p. 237.

DUPRAT P. et SAINTOURENS B., Cass. soc., 23 septembre 2008, n° 07-41.615, Gaz. Pal. 22 janvier 2008, n° 12, p. 45.

FRAIMOUT J.-J., Cass. com., 23 septembre 2014, n° 13-25.708 et n° 13-19.713, Rev. proc. coll. 6 novembre 2014, n° 6.

LUCAS F.-X., TGI Strasbourg, 20 décembre 2013, LEDEN 2014, n° 5, p. 4.

LUCAS F.-X., Cass. com., 12 juillet 2016, n° 15-50.008, LEDEN 2 sept. 2016, n° 08, p. 1.

MOUSSERON P., Cass. com., 17 novembre 2009, n° 09-11.824, BJE 1^{er} avril 2010, n° 4, p. 335.

PETIT F., Cass. com., 12 juillet 2016, n° 15-50.008, Lettre d'actualité des procédures collectives civiles et commerciales, septembre 2016, n° 14.

SAINT-ALARY-HOUIN C., Cass. com., 12 octobre 1999, RJDA, 1999.

SAINT-ALARY-HOUIN C., Cass. com., 12 juillet 2016, n° 15-50.008, BJE 1^{er} janvier 2017, n° 01, p. 22.

VALLANSAN J., Cass. com., 12 juillet 2016, n° 15-50.008 et n° 14-24.627, Rev. proc. coll. 2016, n° 6, comm. 165.

VINCENT C., Cass. com., 12 juillet 2016, n° 15-16.389, BJE 1 novembre 2016, n° 06, p. 405.

○ **Colloques**

Colloque organisé par le Centre de droit des affaires de l'Université Toulouse 1 Capitole en 1992 sur le thème de « *L'évolution de la cession d'entreprise* ».

Colloque organisé à Caen le 10 avril 2015 sur « *Les plans dans le livre IV du Code de commerce* » sous la direction scientifique de Jocelyne Vallansan, Pierre Cagnoli et Laurence Fin-Langer.

Colloque organisé par le Centre de droit des affaires de l'Université de Toulouse 1 Capitole et l'Association des juristes de la défaillance économique (AJDE) le 9 octobre 2015 à Toulouse sur le thème « *La reprise d'entreprise en difficulté* ».

○ **Sites internet et ressources électroniques**

www.afecreation.fr

www.coface.fr

www.cngtc.fr

www.eulerhermes.fr

www.fusacq.com

INDEX ALPHABÉTIQUE

A

Acte de cession, 20, 21
Administrateur judiciaire
 Continuation des contrats en cours, 89
 Rémunération, 45, 46, 47
 Missions, 21, 27, 28, 32, 44, 49
Aides fiscales, 67 et s.
Appel, 33
Appels d'offres, 86, 87
Associés
 Audition, 81
 Augmentation de capital, 77, 78
 Eviction, 77, 79, 80, 81
 Libération du capital, 78
Audition, 33
Audit, 65, 66, 67

C

Caution personnelle, 61
Cession judiciaire des contrats, 89 et s.
 Contrat de fourniture, 90
 Contrat de location, 90
Cession légale des contrats, 41, 42
Cessionnaire
 Incompatibilités, 22, 23
 Obligations, 31, 33, 34, 35, 39, 41, 42
Chef d'entreprise
 Aspect psychologique, 59 et s.
Comité d'entreprise
 Consultation, 29, 30, 88, 95, 96, 98
 Information, 88
Conciliateur
 Missions, 83, 84
Contrôleur
 Incompatibilités, 22, 23
 Désignation, 22
 Rôle, 22
Créances assorties de sûretés, 38 et s.
Crédit-bail, 39, 90

D

Dépôts et consignations, 36

Droit de rétention, 37, 38, 39
Droit des entreprises en difficulté
 Evolution, 5 et s.
 Finalités, 7
 Droit des faillites, 5, 6

F

Fiducie, 39, 91

I

Intuitu personae, 90

L

Liquidateur
 Missions, *Voir Administrateur*
 Rémunération, 49
 Location-gérance, 98

M

Mandat ad hoc
 Missions, 83, 84

O

Offre de cession
 Auteur, 23, 24
 Contenu, 26, 27, 28
 Modification, 27
 Publicité, 28, 29

P

Plan de cession
 Nature juridique, 20, 21
 Notion, 13 et s.
 Partiel, 18, 19
 Total, 18, 19
Prepack cession, 83 et s.
Prix de cession, 31 et s.
Purge des inscriptions, 40

R

Représentant du personnel
 Consultation, 33, 81, 98
 Information, 28, 74, 82
Réserve de propriété, 39

Diagnostic de l'entreprise, 63 et s.

Droit de préférence, 38

S

Salariés

 Contrat de travail, 27, 44, 73, 74, 90, 94

 Licenciement économique, 94, 95, 96

 Maintien de l'emploi, 7 et s.

Scop, 75, 76

Revendication, 39



Collection des mémoires de l'IFR

Copyright et diffusion 2017

© IFR

Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole

2 rue du Doyen-Gabriel-Marty, 31042 Toulouse cedex 9

ISSN : 2557-4779

Réalisation de la couverture :
www.corep-impression.com