

Cession d'entreprise, redressement et liquidation.

Françoise Pérochon

Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier

1 - La technique du copier-coller a permis aux dispositions bien connues de l'ancien plan de cession, plan de redressement selon les articles L. 621-83 et suivants du Code de commerce qui ont repris les termes de la loi du 25 janvier 1985, de se retrouver largement inchangées au sein des dispositions relatives à la réalisation de l'actif du débiteur en liquidation judiciaire. Comme l'a souligné non sans humour ma collègue Marie-Laure Coquelet, « *le plan de cession a changé puisqu'il a changé de place !* »¹. Oui, mais au-delà ? Je n'envisage évidemment pas dans le temps qui m'est imparti d'étudier toutes les questions suggérées par l'intitulé qui est donc déceptif... et évoquerai seulement deux questions étroitement délimitées relatives à la cession d'entreprise. J'aimerais d'abord vous présenter le bouleversement qu'implique la loi nouvelle dans la conception du plan de redressement (I). J'examinerai ensuite certaines des difficultés que soulève l'extension à la cession d'entreprise d'une règle qui n'avait pas été conçue pour elle à l'origine, l'article L. 642-25 relatif aux droits du créancier rétenteur ou gagiste (II).

I - Cession totale et redressement

2 - Il résulte à mon avis des nouvelles dispositions relatives à la cession d'entreprise un véritable bouleversement dans la conception même du plan de redressement, qui peut désormais consister le cas échéant en un simple **plan d'apurement du passif**.

A la base, un constat : un plan de redressement **du débiteur** est désormais possible même après la cession totale **de l'entreprise** au cours de la période d'observation du redressement judiciaire². La solution, suggérée par les articles L. 631-22 et L. 642-21 du Code de commerce et confirmée de la façon la plus nette par les articles 209 et 210 du décret du 28 décembre 2005, est en accord avec le fait que la cession de l'entreprise, même totale, est traitée du point de vue du débiteur comme une opération de réalisation de son actif³, qui laisse entière la question du sort de ce débiteur : comme l'explique Monsieur Jérôme Deharveng, la cession est désormais une opération, un « *événement et non plus une issue* » de la procédure collective⁴.

3 - Un plan de redressement est donc possible après la cession totale : mais **pour quoi faire ?** Sur cette question, posée encore ce matin même par le président Rémerly, l'embarras doctrinal est manifeste, les auteurs soulignant que le cas ne peut être que marginal et évoquant

1 M.-L. Coquelet, Le plan de cession a-t-il changé ? RPC 2006. 188, n° 1.

2 Et non de la sauvegarde dans laquelle n'est envisagée que la cession d'une ou plusieurs activités (article L. 626-1) c'est-à-dire branches d'activités. Il n'y aurait toutefois que des avantages à généraliser la solution s'il était admis, en accord avec l'esprit de la sauvegarde et la différence de rédaction entre les articles L. 626-1 s. et L. 631-13 et L. 631-22, que de telles cessions requièrent l'**accord** du débiteur (et pas seulement le caractère subsidiaire exigé par l'article L. 631-22) : en ce sens, J. Deharveng, Le plan de cession dans la nouvelle architecture des procédures collectives, un événement et non plus une issue du cours de la procédure, D. 2006. chron. 1047, spéc. 1049, estimant que la sauvegarde est « *absolument incompatible avec la cession forcée des actifs du débiteur, a fortiori de l'entreprise* ». L

3 V. not. J. Deharveng, chron. préc. D. 2006. 1047 ; Ph. Froehlich, L'ambivalence du plan de cession totale dans la loi de sauvegarde des entreprises, D. 2005. chron. 2878 ; L.-C. Henry, Le plan de cession et la loi de sauvegarde des entreprises, GPC, GP 7 sept. 2005, p. 39, n° 3.

4 J. Deharveng, chron. préc., D. 2006. 1047.

au mieux une activité résiduelle du débiteur⁵. Je ne partage pas cette opinion, qui me paraît en contradiction avec la notion même de cession totale forgée par la jurisprudence : par opposition à la cession partielle, la cession totale porte nécessairement sur la **totalité**, non des actifs, mais **de l'activité ou des activités du débiteur vouées à subsister**⁶. A la suite d'une cession totale de l'entreprise, le débiteur n'exerce plus **aucune activité** ; sinon, et l'activité conservée serait-elle effectivement marginale, la cession n'est que partielle... Si le débiteur peut néanmoins bénéficier d'un plan de redressement, c'est donc nécessairement en vue seulement de **l'apurement de son passif**, en vertu de ce que Maître Froehlich appelle « *un plan de continuation du débiteur* »⁷. La jurisprudence n'avait pas voulu l'admettre sous l'empire des textes antérieurs (et cela lui était, à mon avis fort justement, reproché⁸), mais les nouvelles dispositions lèvent toute hésitation. Il n'en résulte évidemment pas que les juges du fond doivent arrêter n'importe quel plan d'apurement du passif (le plan de redressement doit toujours être sérieux...), mais il leur est, me semble-t-il, désormais interdit de rejeter un projet de plan de redressement au seul motif qu'il ne comporte qu'un plan d'apurement du passif.

4 - Respectueuse des textes, la solution est également opportune. Elle assure la réalisation, en l'occurrence **dissociée**, des objectifs du redressement judiciaire définis par l'alinéa 2 de l'article L. 631-1 : la *poursuite de l'activité de l'entreprise et le maintien de l'emploi* étant *totale*ment assumés par le cessionnaire (article L. 642-1), le débiteur n'a plus qu'à se soucier de l'apurement du passif. Il faut d'ailleurs observer⁹ que la perspective d'un plan de redressement réduit à un plan d'apurement du passif est expressément prévue par l'article L. 631-3 du Code de commerce : en vertu de ce texte dont le domaine d'application est bien plus vaste que celui de l'ancien article L. 621-15¹⁰, le débiteur dont l'activité professionnelle a pris fin peut bénéficier du redressement judiciaire. Enfin, et ce n'est pas à mon avis le moindre des arguments, l'admission du plan de redressement-plan d'apurement du passif est une solution humaine, morale et raisonnable, qui ne lèse aucun intérêt, les créanciers devant être payés : comme le souligne Maître Froehlich, cette « *solution novatrice... peut... éviter au débiteur, notamment personne physique, de perdre les biens non compris dans le plan de cession (la plupart du temps son habitation)* » et, comme lui, nous pensons que « *le progrès mérite d'être signalé et doit être approuvé* ».

II - Cession d'entreprise et liquidation.

5 - J'aimerais évoquer maintenant quelques difficultés ponctuelles qui résultent d'ailleurs indirectement du rattachement de principe de la cession d'entreprise¹¹ à la liquidation judiciaire et de l'**unification**¹² voulue par le législateur, qui a mis fin à la dualité

5 V par ex. J. Deharveng, *ibid*, p. 1050 ; Ph. Froehlich, chron. préc. D. 2005. 2881 s. (*solution très marginale...*).

⁶ Définition déduite de Com. 11 juin 1996, n° 94-15295, B. 170 ; D. 1997. Somm. 2, obs. F. Derrida ; RPC 1996. 457, obs. Soinne ; Defr. 1997. 254, obs. J.-P. Sénéchal ; Quot. Jur. 9 juill. 1996, p. 14, obs. P.M., selon lequel la qualification de cession partielle « *n'est remise en cause que si les biens non compris dans la cession sont indifférents à la poursuite de l'activité* ».

⁷ Ph. Froehlich, chron. préc. D. 2005. 2882.

⁸ Com. 17 févr. 1998, B. 82 ; J.C.P. E. 1998. 1357, obs. Cabrillac et Pétel. ; *adde* Com. 12 nov. 1997, B. 289 ; v. les crit. de Cabrillac et Pétel, J.C.P. E. 1998. 1357, et C. Saint-Alary-Houin, Plans des champs et plans des villes, Mél. Alfandari, 2000, p. 181 ; Com. 24 oct. 1995, n° 93-15401, RPC 1995. 410.

⁹ Bien que l'argument soit à double tranchant puisqu'il n'avait pas, jusqu'ici, convaincu la jurisprudence.

¹⁰ La cessation des paiements n'est plus requise, en effet, lors de la cessation de l'activité, mais seulement lors de la demande.

¹¹ Egalement appelée plan de cession par les textes. Mais l'expression peut susciter un rapprochement désormais fallacieux avec le plan de redressement ou de sauvegarde.

¹² V. not. F. Vauvillé, La cession d'actifs après la réforme du 26 juillet 2005, DP mars 2006, p. 80, spéc. 82, et les auteurs préc.

de régimes juridiques applicables naguère au plan de cession et à la cession d'unité de production. Qu'elle soit totale ou partielle, arrêtée au cours de la liquidation judiciaire ou du redressement judiciaire ou même de la sauvegarde si elle a pour objet une ou plusieurs branches d'activité, la cession d'entreprise relève toujours en principe d'un régime unique, défini par les Sections I et III du Chapitre II du Titre IV relatif à la cession de l'entreprise dans la liquidation judiciaire : car, si les articles L. 631-22 et L. 626-1 renvoient seulement à la Section I de ce chapitre pour les cessions intervenues hors liquidation, il convient, pour ne pas recréer la dualité de régimes qu'a voulu proscrire le législateur, de comprendre que l'application de la Section I postule celle de la Section III relative aux *Dispositions communes*, qui la coiffe en quelque sorte (si l'on ose dire, alors qu'elle est située après... !). Comme l'indique son intitulé, cette Section III régit aussi bien la *cession de l'entreprise* (Section I), envisagée comme l'une des opérations de réalisation de l'actif du débiteur, opération simplement plus complexe que les autres, que la *cession isolée des actifs du débiteur* (Section II).

En résulte en particulier l'application à la cession de l'entreprise de l'article L. 642-25 copie conforme de l'ancien article L. 622-21¹³ qui régissait jusqu'alors la seule réalisation d'actifs dans la liquidation judiciaire, et non le plan de cession¹⁴. Ce texte déroge à l'interdiction des paiements en faveur des créanciers rétenteurs et des créanciers gagistes, situations que nous évoquerons tour à tour.

1° - Le droit de rétention

6 - Deux séries de dispositions de l'article L. 642-25 assurent l'efficacité du droit de rétention.

—L'alinéa 1^{er} autorise le liquidateur à procéder au **retrait** de la chose retenue **contre paiement intégral du créancier** : l'extension à la cession d'entreprise de cette solution soulève d'autant moins de difficultés qu'elle légalise une solution prétorienne, la jurisprudence ayant, en l'absence de tout texte, déduit de l'ensemble des textes antérieurs la nécessité de respecter le droit de rétention même dans le plan de cession¹⁵.

7 —Les alinéas 2 et 4 de l'article L. 642-25 commandent au liquidateur qui n'a pas procédé au retrait contre paiement de se faire autoriser dans les six mois de la liquidation judiciaire à réaliser le bien retenu, le droit de rétention étant reporté sur le prix de vente du bien. En dépit de son appartenance à un article des *Dispositions communes*, je ne crois pas que cette seconde solution soit transposable à la cession d'entreprise pour au moins deux raisons.

En premier lieu, il serait paradoxal que la généralisation d'un texte en principe protecteur des droits des créanciers aboutisse à les restreindre sévèrement, comme ce serait le cas pour le créancier gagiste ou nanti titulaire d'un droit de rétention : car le report sur le prix

13 Lui-même ancien article 159 de la loi du 25 janvier 1985.

14 Le cheminement inverse n'est pas forcément plus heureux : ainsi de « *la généralisation des interdictions d'acquérir* » (Vauvillé, chron. préc. p. 84), qui sont pleinement justifiées dans la cession d'entreprise, mais absurdes et même inapplicables dans maintes cessions isolées (ventes aux enchères !).

15 Com. 20 mai 1997, n° 95-12925, B. 151 ; LPA 28 juill. 1997, p. 24, n. Crédot ; JCP E 1998, p. 1083, chron. Campana et Calendini : cassation au visa de l'article 93 L. 1985 d'un arrêt qui avait seulement alloué au gagiste rétenteur une quote-part du prix de cession (« *la cession de l'entreprise, par suite de l'adoption d'un plan de redressement, ne peut porter atteinte au droit de rétention issu du gage avec dépossession qu'un créancier a régulièrement acquis sur des éléments compris dans l'actif cédé ; qu'en l'absence de disposition légale en ce sens le créancier rétenteur ne peut être contraint de se dessaisir du bien qu'il retient légitimement que par le paiement du montant de la créance qu'il a déclarée, et non par celui d'une quote-part du prix de cession qui serait affectée à ce bien pour l'exercice du droit de préférence* »).

serait un report sur ce qui en tient lieu dans la cession d'entreprise, c'est-à-dire un report sur la **quote-part** du prix allouée au bien grevé (article L. 642-12), en d'autres termes la solution condamnée par l'arrêt précédemment évoqué du 20 mai 1997.

En second lieu et l'argument me paraît déterminant, la transposition envisagée est de toute façon **impossible** lorsque le bien retenu n'est pas grevé d'une sûreté réelle : aucun texte n'autorise en effet le tribunal à allouer une quote-part du prix au paiement du créancier dépourvu d'un droit de préférence et, comme le remarque Pierre-Michel Le Corre, ce serait un bien « *curieux privilège* » que celui qui « *consisterait à mieux traiter le créancier rétenteur ordinaire que le créancier rétenteur gagiste* »¹⁶.

Il faut donc à notre avis considérer que l'application de l'article L. 642-25 à la cession d'entreprise autorise seulement le liquidateur à procéder au paiement intégral du créancier rétenteur, en vue le cas échéant de l'inclusion du bien parmi les actifs cédés¹⁷.

2° - L'attribution judiciaire du bien gagé ou nanti

8 - L'application à la cession d'entreprise de l'alinéa 3 de l'article L. 642-25 ne soulève *a priori* aucune difficulté : ce texte autorise classiquement le créancier gagiste, auquel l'article 55 de l'ordonnance du 23 mars 2006 commande d'assimiler le créancier nanti (pour les meubles incorporels), à obtenir du juge-commissaire l'attribution judiciaire du bien grevé à la double condition qu'il ait déclaré sa créance¹⁸ et que la demande en soit faite avant la réalisation, et donc en l'occurrence avant le jugement arrêtant la cession¹⁹. L'attribution judiciaire est alors de droit pour le créancier, dont le sort paraît ainsi considérablement amélioré par rapport au régime antérieur : le plan de redressement par cession ne prévoyait en effet en faveur du créancier gagiste ou nanti que l'exercice du droit de préférence sur une **quote-part du prix**, doublée dans le meilleur des cas de l'obligation pour le cessionnaire de faire face aux échéances futures (ancien article L. 621-96).

9 - Le texte, limpide, interdit *a priori* toute hésitation. Pourtant, on ne peut manquer d'être surpris par le fait qu'une amélioration aussi marquée du sort des créanciers gagistes et nantis ne semble pas avoir été voulue²⁰. Plus gravement, en autorisant le créancier à exiger si bon lui semble l'attribution judiciaire du bien gagé ou nanti, elle est de nature à faire obstacle à la cession de l'entreprise lorsque le bien grevé est indispensable à celle-ci.

Cette difficulté peut être simplement résolue par évitement lorsque le créancier gagiste ou nanti est également titulaire d'un droit de rétention : le retrait du bien retenu contre paiement, que peut imposer le liquidateur, satisfait pleinement le créancier et écarte la menace d'attribution judiciaire.

10 - En revanche, lorsque le créancier gagiste ou nanti peut invoquer l'attribution judiciaire alors qu'il n'est pas titulaire d'un droit de rétention, ce qui est le cas en particulier du créancier nanti sur l'outillage et le matériel d'équipement, les articles L. 642-25 et L. 642-12, partiellement contradictoires, ne permettent pas de concilier les intérêts en présence et la

16 P.-M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz Action, 2006/2007, n° 542.43, p. 917 ; adde, n° 583.73. V. aussi A. Aynès, Le droit de rétention. Unité ou pluralité, Economica, Recherches juridiques, 2005, préf. Ch. Larroumet, n° 374 s., spéc. 377.

17 Le retrait contre paiement n'étant nullement cantonné à cette destination.

18 Condition implicitement posée par l'évocation de l'admission, et dictée par l'inopposabilité de la créance non déclarée.

19 Contre lequel le créancier ne dispose d'aucun recours.

20 Elle résulte du projet de loi initial, et n'a pas retenu l'attention : v. par ex. rapp. X. de Roux, A.N. n° 2095, p. 409 et 410 (art. 131 du projet).

jurisprudence devra choisir entre des solutions non exemptes d'inconvénients, qu'elles privilégient l'un ou l'autre texte, ou s'en éloignent.

L'application de l'article L. 642-25, alinéa 3, qui conduirait à accueillir désormais la demande d'attribution judiciaire, contribuerait à ramener la France vers le camp des Etats respectueux de la sécurité juridique du crédit et des garanties même en cas de procédure collective²¹ ; mais elle risque d'avoir lieu, en bien des cas, au détriment de la cession d'entreprise, que le législateur entend promouvoir lorsque le débiteur n'est pas en mesure de redresser lui-même l'activité.

Pour ne pas contrarier la cession, on pourrait donc être tenté à l'inverse de s'en tenir à l'application de l'article L. 642-12 comme sous le droit antérieur... Mais ce serait faire peu de cas de l'inclusion de l'article L. 642-25 parmi les dispositions communes et donc de l'innovation résultant de la nouvelle structure légale, ce qui n'est pas plus satisfaisant.

11 - Une interprétation très (trop ?) extensive de l'alinéa 3 de l'article L. 642-25 pourrait concilier les intérêts en présence : elle consisterait à permettre au liquidateur de payer le créancier gagiste ou nanti même lorsqu'il n'exerce aucun droit de rétention²², afin de soustraire le bien à l'attribution judiciaire et de permettre la cession du bien avec l'entreprise, sans méconnaître les droits du créancier. Cela supposerait de considérer que la référence à l'attribution judiciaire dans l'alinéa 3 sert essentiellement à déterminer la catégorie des créanciers bénéficiaires de la faveur légale²³ et l'étendue de celle-ci, c'est-à-dire, par dérogation à l'article L. 622-7, le paiement dans la limite de la valeur du bien susceptible d'être attribué au créancier gagiste (ou nanti), tandis que le mode de paiement dérogatoire prévu par le texte²⁴ pourrait être remplacé par le versement d'une somme d'argent²⁵.

Il appartiendra à la jurisprudence de résoudre cette difficulté et d'autres que soulève, directement ou indirectement, le changement du cadre dans lequel intervient ou peut intervenir la cession d'entreprise, au surplus largement inchangée et pourtant considérablement améliorée par maintes petites retouches.

21 V. sur les faiblesses de notre droit en droit comparé, R. Dammann, *Réflexions sur la réforme du droit des sûretés...* : pour une attractivité renouvelée du gage, D. 2005. 2447. Rappelons l'image très négative projetée par la 44^e place mondiale octroyée à la France en sept. 2005 par le rapport *Doing Business en 2006* de la Banque mondiale, due en particulier à notre **144^{ème} rang mondial** pour la publicité foncière (*Registering Property*) et au 115^{ème} rang pour l'obtention du crédit (*Getting Credit*). Comp. M. Haravon, chron. JCP E 2005. 1478, qui s'attache à relativiser les (seules) critiques relatives à notre système judiciaire.

22 Solution qui réduirait le particularisme de la situation du rétenteur : v. plutôt contraire A. Aynès, th. préc., n° 377.

23 Tous les créanciers gagistes ou nantis, rétenteurs ou non rétenteurs, sauf rares exceptions légales (notamment, créancier nanti sur le fonds de commerce) : Cass. Ass. plén. 26 oct. 1984, n° 83-10055, B. 6 ; D. 1985. 33, concl. J. Cabannes, n. F. Derrida ; JCP G 1985. 20342, rapp. Viennois, n. Corlay ; GP 1985, n. Piédelièvre (14 févr.) et Chartier (18 avril) ; Com. 6 mars 1990, n° 88-16036, B. 67 ; D. 1990. 311, n. Derrida ; RDB 1990.173, obs. Campana et Calendini ; JCP E 1990.II.15829, n° 11, obs. Cabrillac ; LPA 2 janv. 1991, p. 13, n. Martin.

24 L'attribution judiciaire réalise un paiement par équivalent, admis en droit commun à titre subsidiaire, « à défaut de paiement ». C'est implicite dans l'article 2347 qui renvoie à l'hypothèse visée à l'article 2346 : le créancier peut « **aussi faire ordonner...** », ..., **aussi**, c'est-à-dire « à défaut de paiement de la dette garantie » (art. 2346). V. également l'ancien article 2078 du Code civil.

25 En vue du paiement à hauteur de la valeur du bien, comme le permet l'attribution judiciaire, et non du paiement intégral prévu par l'alinéa 1^{er} pour le créancier rétenteur (qui conserverait donc un avantage). La solution ne serait donc pas directement contraire aux arrêts qui, fidèles à la lettre de l'alinéa 1^{er}, réservent au rétenteur le bénéfice du retrait contre paiement (Com. 4 janv. 2005, 02-10511, B. 1 ; D. 2005. 970, n. A. Aynès ; JCP E 2005. 915, n° 20, obs. Delebecque ; GPC 2005-1, GP 30 avril 2005, p. 31, obs. Voinot).