



HAL
open science

Etude critique des modes de cession applicables au fonds de commerce dans le cadre de la réalisation des actifs en liquidation judiciaire

Matthieu Bourdais

► **To cite this version:**

Matthieu Bourdais. Etude critique des modes de cession applicables au fonds de commerce dans le cadre de la réalisation des actifs en liquidation judiciaire. Droit. Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2017. Français. NNT : 2017LIL20011 . tel-01685281

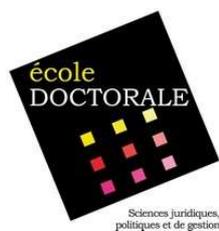
HAL Id: tel-01685281

<https://theses.hal.science/tel-01685281v1>

Submitted on 16 Jan 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Université Lille 2 – Droit et santé
Ecole Doctorale n°74
Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales

THESE
Pour obtenir le grade de
DOCTEUR en

Droit Privé

Présentée et soutenue publiquement par

Matthieu BOURDAIS

Le 23 Novembre 2017

**Etude critique des modes de cession applicables au fonds
de commerce dans le cadre de la réalisation des actifs en
liquidation judiciaire**

Directrice de thèse : Madame Juliette SENECHAL

Jury

Rapporteurs :

Madame Christine LEBEL, Maître de conférences HDR de droit privé
Madame Francine MACORIG-VENIER, Professeure de droit privé

Suffragants :

Monsieur Pierre CAGNOLI, Professeur de droit privé
Madame Juliette SENECHAL, Maître de conférences HDR de droit
privé
Monsieur Denis VOINOT, Professeur de droit privé

Remerciements :

A Monsieur Denis Voinot et à Madame Juliette Sénéchal, pour leurs encouragements et leurs précieux conseils,

A mon épouse Marieke et à mon fils Gabriel, pour leur soutien et leur affection,

A ma famille, pour tout,

A mes amis, pour leur présence indéfectible,

Sommaire

Introduction	3
Partie I) Confusion des modes de réalisation des actifs lors de la cession du fonds de commerce.....	22
Titre I) Causes théoriques de la confusion : carences conceptuelles des régimes de cession applicables au fonds de commerce	25
Chapitre I) Convergence progressive des natures juridiques du fonds de commerce et de l'entreprise	26
Chapitre II) Convergence progressive de la structuration de l'entreprise et du fonds de commerce.....	86
Titre II) Causes techniques de la confusion : insuffisances procédurales des régimes de cession applicables au fonds de commerce	135
Chapitre I) Carences du contrôle du périmètre des biens cédés par les organes de la procédure	136
Chapitre II) Carences du contrôle judiciaire du périmètre des biens cédés	171
Partie II) Propositions de réforme des régimes de cession applicables au fonds de commerce lors de la réalisation des actifs	216
Titre I) Identification des axes de réforme	217
Chapitre I) Maintien d'un régime dualiste	218
Chapitre II) Adoption d'un régime unifié	266
Titre II) Apports de l'unification des régimes de cession applicables au fonds de commerce lors de la réalisation des actifs en liquidation judiciaire	308
Chapitre I) Préparation et mise en œuvre des cessions	309
Chapitre II) Régime des contrats cédés.....	371
Conclusion Générale	424

Introduction

Une bonne part de ce que le droit commercial a pu compter de grands esprits a, un jour, pris place au chevet de cette curieuse créature juridique qu'est le fonds de commerce¹ pour en examiner les caractéristiques et en analyser les originalités. Reste-t-il seulement une pierre qui n'ait pas été tournée sur ce chemin déjà maintes fois arpenté ? L'homme de droit peut-il seulement trouver au sein d'un tel sujet un bel os sur lequel exercer sa sagacité ? En droit commun, on répondrait instinctivement par la négative. Les cessions de fonds de commerce obéissent à un régime dédié, dont les particularités, notamment en termes de publicité, sont depuis longtemps régulées par une législation dont la pratique a pu démontrer qu'elle était satisfaisante et à l'épreuve du temps².

¹ Voir notamment THALLER (E. E.), *Traité élémentaire de droit commercial*, Edition 1898, Hachette Livre, Paris : BNF, 2012, 1102 p. ; GOMBEAUX, *La notion juridique de fonds de commerce*, Thèse, Caen, 1901, 322 p. ; BAYARD (P.), *Etude de la notion de fonds de commerce*, Thèse, Paris, 1906, 251 p. ; BOUTAUD (E.) ET CHABROL (P.), *Traité général des fonds de commerce et d'industrie*, Paris : Rousseau, 1905, 662 p. ; BOUTAUD (E.) ET CHABROL (P.), *Traité général des fonds de commerce et d'industrie, Supplément contenant le commentaire des lois des 17 mars et 1er avril 1909 et du décret du 28 août 1909*, Paris : Rousseau, 1910, 112 p. ; CENDRIER (G.), *Le fonds de commerce*, 2^e Edition, Paris : Dalloz, 1925, 752 p. ; ALBERT-BUISSON (F.), *Le statut légal du fonds de commerce*, Paris : Pichon, 1934, 318 p. ; GRUNZWEIG (S.), *Le fonds de commerce et son passif propre : étude de législation et de jurisprudence françaises et belges*, Bruylant-L.G.D.J, 1938, 315 p. ; AUBERT (G.), *Du caractère artificiel de la notion de fonds de commerce*, Thèse, Paris, 1946, 164 p. ; COHEN (A.), *Traité théorique et pratique du fonds de commerce*, 2^e Edition, Toulouse : Sirey, 1948, 1132 p. ; VERCROY (M.) ET LAUWERS (E.), *Le fonds de commerce, Théorie générale. Cession des fonds de commerce et des baux commerciaux*, Paris : Larcier, 1967, 323 p. ; LE FLOCH (P.), *Le fonds de commerce, essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles*, Paris : L.G.D.J, 1986, 322 p. ; DERRUPPE (J.), *Fonds de Commerce*, Connaissance du droit, Paris : Dalloz-Sirey, 1994, 101 p. ; MONEGER (J.), *Emergence et évolution de la notion de fonds de commerce*, AJDI, 2001, p.1042 ; CHATAIN-AUTAJON (L.), *La notion de fonds en droit privé*, Paris : LITEC, 2006, Collection Bibliothèque du Droit de l'entreprise, T.72, 595 p. ; LECUYER (H.), *La spécificité traditionnelle du fonds de commerce et sa mise en concurrence contemporaine par des notions voisines*, Gaz. Pal., 04 juin 2009, n° 155, p. 7 ; RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *Traité de droit commercial : Tome 1, Actes de commerce, baux commerciaux, propriété industrielle, concurrence, sociétés commerciales*, 17^e Edition, Paris : L.G.D.J, 1998, 1598 p. ; RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *Traité de droit commercial : Tome 2, Effets de commerce, banque, contrats commerciaux, procédures collectives*, 17^e édition, Paris : L.G.D.J, 2004, 1324 p.

² Voir C. com. art. L141-1 et suiv.

L'objet même de la cession ne conserve plus guère de mystères, et ce malgré l'absence notable de définition légale³. Depuis son introduction au sein de notre législation, par le truchement de la loi de 1909 organisant son nantissement, le fonds de commerce a été l'objet de toutes les attentions. Son anatomie a été disséquée avec soin, mettant à jour son organisation intime et révélant sa nature juridique profonde ; jusqu'à ses failles conceptuelles, qui commandent d'ailleurs pour certains, sinon un bannissement, tout du moins de lourds travaux de rénovation. Pourtant, en dépit des critiques qui lui sont adressées, à notre sens fondées pour une part d'entre elles, le fonds de commerce conserve à l'heure actuelle sa pertinence, et une place indiscutablement centrale au sein du droit commercial moderne, malgré l'émergence récurrente de notions concurrentes. Aussi ne pourrait-on nier le caractère superflu d'une nouvelle étude sur ce sujet peu enclin à l'évolution.

A rebours, la question de sa cession dans le contexte particulier du droit des entreprises en difficulté révèle, à l'examen, une complexité dont sa parente de droit commun est dépourvue, et qui confère à son étude une véritable actualité. C'est dans le cadre de la liquidation judiciaire, phase finale de la procédure collective, que notre problématique s'exprimera avec le plus d'acuité. Les raisons en sont simples. Les actifs réalisés peuvent à ce stade de la procédure suivre les prescriptions de deux régimes légaux antagonistes. La nature profondément complexe du fonds de commerce place ce dernier dans une situation délicate, car les deux modes de cession actionnables peuvent alors lui être appliqués. Doivent en conséquence être étudiées les conditions de mise en œuvre des régimes de cession dans lesquelles un fonds de commerce est concerné. Les régimes de cession actuellement applicables au fonds de commerce, dans le cadre de la liquidation judiciaire, sont le fruit d'une maturation progressive du droit des entreprises en difficulté. On peut donc anticiper que les origines de notre problématique, comme souvent, prennent racine dans certains choix faits par le législateur, sous l'influence des impératifs ayant guidé cette maturation en ses différentes phases.

³ Cette absence de définition, malgré les précisions concernant les éléments le composant amenées par la loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce, JO du 19 mars 1909, p. 2809, reste problématique. Dans ce sens, CHILSTEIN (D.), *Le fonds de commerce*, in « *D'un Code à l'autre : le droit commercial en mouvement* », sous la direction de LE CANNU (P.), T.17, Paris-L.G.D.J, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2008, p.305

Contexte historique. Notre démarche requiert donc dans un premier temps une contextualisation de cette problématique au sein de l'évolution historique du droit des entreprises en difficulté⁴ afin d'en saisir pleinement l'enjeu actuel, et d'en percevoir les répercussions sur les droits et obligations dévolus à l'ensemble des acteurs de la procédure de liquidation judiciaire. Elle nous convaincra de la justesse de notre démarche, et de son actualité.

Ainsi, au vu de la complexification des rapports économiques, la nécessité de l'élaboration d'une branche du droit spécialement dédiée au traitement des entités économiques défaillantes s'est donc, rapidement imposée au cours de la seconde moitié du siècle dernier. L'augmentation exponentielle des volumes de biens et de services transférés, due à la modernisation concomitante des moyens de transports de ces biens, et des personnes, ainsi que des vecteurs de communication et d'information, a notablement accéléré la globalisation des échanges commerciaux, avec comme conséquence corrélative un accroissement de la concurrence. Cette évolution s'est opérée tant du point de vue du nombre d'acteurs potentiellement impliqués, dépassant rapidement l'échelle locale, que de l'agressivité de cette concurrence, les coûts de production et des prestations variant éminemment selon la terre d'élection des entreprises concernées. Cette perception excessivement simplifiée de l'évolution récente du commerce international, modulée par les politiques économiques des entités nationales et supranationales, doit néanmoins permettre au lecteur d'en anticiper aisément une conséquence immédiate. Soumis à une concurrence de plus en plus performante et prédatrice, un nombre croissant d'entités commerciales voit, dans cet environnement en évolution constante, sa viabilité compromise, et va nécessiter des soins appropriés, que le corps de règles et de coutumes éparses accumulées, avant la formalisation de règles légales appropriées, ne pouvait suffire à fournir.

⁴ Pour une présentation éclairante des motivations du législateur à l'œuvre depuis la réforme fondatrice de 1985, voir DEHARVENG (J.), TEXIER (A.-S.), ROSSI (P.), SOULARD (A.-C.), *Procédures collectives, trente ans de procédures*, RPC n° 1, janvier-février 2016, dossier p.47, n°2 ; 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 ?* RPC, n° 1, janvier-février 2016, études p.9, n°2 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *De la faillite au droit des entreprises en difficulté, Regards sur les évolutions du dernier quart de siècle*, In *Regards critiques sur quelques évolutions récentes du droit, Travaux de l'IFR, Mutations des normes juridiques*, Toulouse : PU, I, 2005, p. 299 ; SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *La modernisation du droit des faillites. Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté*, In *La modernisation du droit des affaires, sous la direction de JAZOTTES (G.)*, collection Colloques, Paris : Litec, 2007, p. 77.

Afin d'assainir efficacement le tissu économique national, le législateur français a donc progressivement mis en place un droit nouveau, spécifique et dérogatoire, qui représente l'aboutissement de cette logique juridique, initiée, comme on va le voir, dès les premiers frémissements du commerce : le droit des entreprises en difficulté. Innovation indispensable au vu de l'accroissement considérable du volume d'entités défaillantes passées par ses soins depuis sa naissance⁵, ce dernier est voué à occuper une place de plus en plus importante au sein du droit des affaires. Les services statistiques, publics et privés, fournissent en ce sens des chiffres très évocateurs, estimant le nombre de défaillances d'entreprises sur notre territoire à moins de 20 000 par an avant les années 1980, pour atteindre, après les variations relatives aux périodes de crise économique, le chiffre de 57 844 en 2016.

⁵ Selon les chiffres communiqués par le Ministère de la Justice, basés sur l'activité de l'ensemble des tribunaux actuels, le nombre de défaillances d'entreprises a augmenté de manière notable depuis l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005. Si les effets de la crise financière de 2008 sont immédiatement perceptibles, on constatera pourtant que l'augmentation du nombre d'entreprises placées sous l'un ou l'autre des régimes avait été initiée bien avant cette période. En 2006, le nombre d'ouvertures de procédures collectives était ainsi de 41 896. En 2007 ce chiffre passait déjà à 46 031, soit une augmentation de 9,8% en l'espace d'un an. 52 641 procédures étaient ouvertes en 2008, pour atteindre un pic de 61 325 en 2009, soit une augmentation de 46% en l'espace de trois ans. Si les effets de la crise se sont atténués les années suivantes, le nombre de défaillances enregistrées reste très élevé, et bien supérieur aux chiffres des années antérieures, 54 838 défaillances ayant été enregistrées en 2012. De plus cette baisse est sujette à caution, dans la mesure où des acteurs privés comme ALTARES produisent des statistiques aux chiffres moins optimistes, comptabilisant pour 2012 61 278 ouvertures de procédures, et constant de plus une reprise à la hausse en 2013 avec 63 101 défaillances, soit une augmentation de 3%, reproduisant le pic de défaillances enregistrées en 2009. Les plus récentes années ne sont guère plus réjouissantes, 2014 ayant enregistré 62 586 défaillances d'entreprise, 2015 portant ce nombre à 63 081. Seule l'année 2016 voit réduire notablement ce chiffre, revenant donc à 57 844 ouvertures de procédure, baisse reflétant une embellie conjoncturelle, mais insuffisante pour revenir à des niveaux antérieurs à la crise. On comparera néanmoins ces chiffres avec ceux des décennies précédentes, émanant de l'INSEE, qui évaluaient le nombre de défaillances à moins de 20 000 par an avant 1980. Le cap des 30 000 défaillances par an ne fut franchi qu'en 1987, pour augmenter rapidement et atteindre un pic de plus de 60 000 défaillances par an en 1993. Ainsi que le fait remarquer un auteur, « *la baisse continue du nombre annuel de défaillances à partir de 1994 a permis de stabiliser ce chiffre aux alentours de 35 000 en 2001.* » Voir GRESSE (C.), *Les entreprises en difficulté*, 2^e Edition, Paris : Economica, 2003, p.5. On constatera donc sans mal que les années 2000 ont marqué une aggravation sans précédent des défaillances d'entreprises, qui semble irréversible au vu de l'impact modéré des périodes de turbulences économiques sur cette tendance.

Dans ses incarnations primitives, la fonction de cette nouvelle branche était principalement liquidative⁶. Elle visait principalement à dynamiser le tissu économique national en éliminant les unités défaillantes. La loi du 13 juillet 1967⁷ introduisit, pour la première fois, une approche plus nuancée, en dépit de la persistance d'un caractère répressif marqué. Les unités défaillantes étaient certes éliminées, et les actifs de celles-ci destinés au désintéressement équitable de leurs créanciers, mais la loi actait en contrepartie la distinction de l'entreprise et du débiteur, bien qu'incomplètement. L'ordonnance du 23 septembre 1967⁸ accentua cette modernisation en favorisant la prévention des difficultés de l'entreprise par la suspension provisoire des poursuites. Au sein des échanges commerciaux modernes, l'accroissement des pressions économiques à l'œuvre a cependant vite démontré les limites de cette approche encore trop timide. Le débiteur, s'il n'était reconnu responsable que lorsqu'un comportement fautif pouvait lui être reproché, restait excessivement vulnérable, et nombre d'entités économiques viables étaient en conséquence démantelées sans que l'analyse ne soit poussée plus avant⁹.

⁶ Voir PETEL (P.), *Procédures collectives*, 8^e Edition, Paris : Dalloz, 2014, p. 2 et s. Voir également BONNARD (J.), *Droit des entreprises en difficulté*, 6^e Edition, Clamecy : Hachette Supérieur, 2013, p.11, qui résume ainsi la logique qui présidait dans l'ancien droit, antérieur au code de commerce de 1807 : « *A l'origine, on voulait punir le débiteur qui avait trahi la confiance de ses créanciers en manquant à ses engagements. Il devait être éliminé de toute activité commerciale, afin d'éviter qu'il ne ruine à nouveau d'autres commerçants* » ... « *aussi, au Moyen-Âge, selon des usages des villes de foires, le failli (du latin fallere, manquer) était exclu de la corporation à laquelle il appartenait. Il était également organisé une procédure collective de saisie et de vente de ses biens au profit des créanciers d'une manière égalitaire. Ces usages ont été repris dans l'ordonnance de Colbert de mars 1673 sur le commerce de terre.* ». L'auteur ajoute au surplus que « *le caractère répressif de l'Ancien droit s'est maintenu avec le Code de Commerce de 1807, dont le livre III était consacré aux faillites* ».

⁷ Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes

⁸ Ordonnance n°67-820 du 23 septembre 1967 tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises

⁹ Cette approche avait pour conséquence directe l'absence de redressement pour plus de 95% de entités soumises au droit des procédures collectives. L'inadéquation de ce droit aux difficultés rencontrées alors par celles-ci et au défi que ces défaillances généraient en matière d'emploi rendaient « *urgente et légitime une réforme en profondeur du droit des faillites* ». Voir BEZIAN (B.) ET TEYNIER (E.), *Le droit de la faillite à l'heure de la réforme, solutions industrielles et négociation*, Revue Travail et Emploi n°21, Septembre 1984, p.67

L'importance d'un examen plus nuancé de la situation économique des entités économiques fragilisées, et soumises à la procédure, s'est donc rapidement imposée. L'ordre des priorités imposées par le législateur s'est en conséquence peu à peu modifié par une appréhension plus fine des conséquences en cascade, et sur le long terme, de l'éradication des entités défailtantes. La fin de l'activité avait, en effet, une grande influence sur la santé financière d'entités économiques connexes (fournisseurs, partenaires commerciaux, etc.), et de personnes physiques (salariés), qu'il aurait été sinon aberrant, tout du moins contreproductif de continuer d'ignorer.

Sur la base de ces constatations, la loi du 25 janvier 1985 jeta les bases d'une nouvelle organisation du droit des entreprises en difficulté, dans lequel la fonction curative du redressement judiciaire émergea aux côtés des traditionnelles procédures liquidatives. Depuis lors, l'équilibrage minutieux des fonctions curatives et liquidatives de la procédure collective a été le point de mire du législateur lors des réformes successives de la matière que nous détaillerons plus loin. A ce titre, il n'a cessé d'être revu et affiné par le législateur. A un souci quasi-exclusif de désintéressement des créanciers par le biais de la réalisation des actifs du débiteur appréhendés par l'effet réel de la procédure, s'est progressivement substituée la volonté de privilégier l'application d'un traitement curatif de la situation économique des entreprises dont l'activité pouvait être maintenue. Pour se faire, le législateur a multiplié, au fil des réformes successives du droit des entreprises en difficulté, les voies d'intervention permettant à des organes spécialement désignés, aux différents stades du processus de la dégradation de la situation financière des entités économiques déclinantes, d'enrayer cette détérioration. Parallèlement aux procédures collectives proprement dites, ont ainsi été développées des procédures préventives (conciliation et affiliées), placées au sein du titre premier du livre VI du Code de Commerce, permettant la détection précoce de problèmes pouvant impacter, à plus ou moins long terme, l'activité des entités considérées, et permettant de mettre en place un traitement adapté. Au cours de la procédure collective proprement dite, le souci prédominant du sauvetage de l'activité en difficulté a mené le législateur à l'intégration de dispositifs légaux innovants, permettant lorsque cela était possible un assainissement de la situation financière de celle-ci par la voie de la négociation avec les créanciers, notamment par la conclusion d'un plan de redressement. Dans le même esprit de préservation de l'activité, lorsque la situation financière par trop dégradée du débiteur rend cette solution préférable, le transfert de la gestion de l'entité soumise à la procédure au moyen d'une reprise interne, ou de la propriété de cette entité en d'autres mains plus habiles, au moyen d'une cession du fonds de

commerce, d'une branche autonome d'activité, ou même de l'entreprise entière, est désormais possible.

La loi de sauvegarde de 2005 a permis à la bienveillance du législateur à l'égard des entreprises de s'exprimer pleinement. Le droit dérogatoire des procédures collectives, soustrayant davantage l'entreprise à l'emprise du droit commun, pouvait dorénavant trouver à s'appliquer, avant toute dégradation trop handicapante de la situation, notamment au travers de la nouvelle procédure de sauvegarde¹⁰. La cessation de paiement étant le critère, exclusif, de la possibilité de placement de l'entité visée dans le giron protecteur du droit des procédures collectives, et ce depuis la création de cette notion par la loi de 1985, la création d'une procédure se saisissant des difficultés rencontrées par l'activité, en amont de l'apparition de ce curseur, apparût comme une nouvelle preuve de la volonté du législateur de privilégier l'aspect curatif au détriment de l'aspect purement liquidatif visant principalement au désintéressement des créanciers.

Afin d'améliorer significativement les chances de rétablissement de la situation économique de l'entité fragilisée, jusque dans les derniers instants de la procédure collective, d'importantes modifications ont également été apportées aux régimes du redressement et de la liquidation judiciaire, en plus donc, de l'introduction de la procédure complémentaire de sauvegarde. De cette réforme date l'innovation législative qui mobilisera notre réflexion au sein de la présente étude. Le législateur de 2005, dans sa volonté de privilégier le soutien aux entités défaillantes, a en effet réévalué les fonctions assignées à la procédure liquidative, et imprimé à celle-ci la même dynamique qu'aux autres procédures invocables, notamment au moment de la cession des actifs du débiteur, perturbant par cette intervention les subtils équilibres à l'œuvre jusque-là. La liquidation judiciaire ne peut donc plus, à compter de cette réforme, être uniquement considérée comme la phase dédiée à la réalisation des actifs, et n'est en conséquence plus systématiquement synonyme de démantèlement de l'entité économique appréhendée par la procédure. Elle représente également désormais l'ultime hypothèse de sauvetage de l'entité traitée, par le truchement de sa transmission en d'autres mains.

¹⁰ Voir CHAPUT (Y.), *Une nouvelle architecture du droit français des procédures dites collectives*, JCP G, n° 46, 16 Novembre 2005, Doctr. n° 184, qui qualifie cette réforme de « *parfaitement équilibrée* ».

Afin de se donner les moyens de ses ambitions, et de sauvegarder la cohérence des modes de cession malgré de si profonds bouleversements, le législateur a lourdement remanié les modes de cession applicables lors des réalisations d'actifs dans le cadre de la liquidation judiciaire. Cette transformation, bien loin de n'être qu'une innovation de façade, bouleverse la logique qui présidait, jusqu'à présent, à ces cessions particulières. La loi de sauvegarde du 26 juillet 2005¹¹ introduit donc une véritable rupture avec les approches antérieurement retenues en la matière, en faisant de la liquidation judiciaire la terre d'élection préférentielle du plan de cession de l'entreprise, lequel n'était applicable, depuis sa création par la loi de 1985, qu'au cours de la phase de redressement judiciaire. On notera cependant que la version de la loi finalement retenue reste plus modérée que ne l'était le projet originel, qui prévoyait que le plan de cession de l'entreprise serait exclusivement réservé à la phase de liquidation judiciaire.

La volonté du législateur est parfaitement transparente : en permettant la transmission de l'entreprise (ou d'une partie de l'entreprise, dans le cadre de la procédure de sauvegarde) lors de chaque phase de la procédure, toutes les options restent actionnables afin de favoriser la sauvegarde de l'activité au cœur de l'entreprise cédée. Cette préoccupation prédominante, et constante, du maintien de l'activité en difficulté, présente déjà dans les phases précédant la cession¹², se double, à notre sens, d'importantes difficultés pratiques. En généralisant cette hiérarchie des priorités à chaque étape de la procédure collective, on encoure le risque que les procédures actionnables ne se diluent les unes dans les autres et ne voient leurs attributions se confondre¹³.

¹¹ Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises

¹² L'évolution de la matière a conduit le législateur à ne considérer la cession de l'entreprise que comme une solution subsidiaire au plan de redressement ou à la reprise interne, avec toujours en ligne de mire une amélioration des chances de maintien de l'activité. Sur ce point, voir CERATI-GAUTHIER (A.), *La promotion de la reprise interne par l'ordonnance du 12 mars 2014*, JCP E, n°36, 4 septembre 2014, 1435 ; Voir sur les avantages respectifs présentés par les voies de reprise interne et externe de l'entreprise en difficulté lors de sa cession VASQUEZ (A.), *La cession des entreprises en difficulté*, Thèse, Montpellier, 2012 ; sur les avantages fiscaux de la reprise interne DEDEURWAERDER (G.), *Les habits neufs du régime fiscal de la reprise d'une entreprise industrielle en difficulté, À propos de la réforme de l'article 44 septies du CGI*, RDF, n°49, 3 décembre 2015, 711

¹³ Cette confusion des objectifs assignés à chaque procédure était inévitable. Les hésitations du législateur sur cette question sont patentes. Un auteur relevait à l'occasion de la diffusion du document d'orientation préparatoire à la réforme des lois n° 84-148 du 1er mars 1984 et n° 85-98 du 25 janvier 1985 relatives au traitement des difficultés des entreprises, préfigurant les évolutions apportées par la loi de sauvegarde de 2005, qu'« *il est proposé*

Ces profonds remaniements ont, fort logiquement, eu des conséquences fondamentales sur l'articulation des modes de cession alors applicables au cours de la liquidation judiciaire. La principale conséquence occasionnée par l'introduction du plan de cession dans la liquidation judiciaire a été l'abrogation consécutive du régime alternatif de la cession d'unité de production, initié par la loi du 25 janvier 1985, et maintenu depuis, malgré de nombreuses critiques. Cette redéfinition des régimes de réalisation des actifs n'a, pourtant, pas été accompagnée d'une remise en question globale de leurs domaines d'application respectifs.

Cette insuffisance a généré, de manière prévisible, l'émergence de nouvelles problématiques, au premier rang desquelles la délimitation et la compatibilité de ces régimes lors d'une cession de fonds de commerce figure en bonne place, du fait de ses implications multiples auprès des différents acteurs de la procédure. Les réformes ultérieures de la matière intervenues en 2008 et 2014 n'ont, depuis lors, pas modifié cette dynamique¹⁴.

d'assigner une fonction précise à la liquidation, dès l'article premier », et que cette démarche résultait de « *la volonté de clarifier et de diversifier les procédures* ». Le projet de réforme prévoyait ainsi que, « *la liquidation judiciaire, tout d'abord, serait « destinée à la réalisation des biens du débiteur en vue de désintéresser les créanciers* ». L'auteur concluait alors qu'« *une telle définition de la finalité de la liquidation judiciaire a l'avantage d'exclure d'emblée une confusion des genres : alors que le redressement doit assurer le sauvetage de l'entreprise, la liquidation remplit une fonction d'apurement du passif grâce à la vente des actifs. Les « repreneurs » ne doivent donc pas compter sur la liquidation pour reprendre l'activité de l'entreprise sans subir les contraintes du plan de cession. Il en résulte que les auteurs de la réforme insistent sur le fait que les cessions d'unités de production ne peuvent plus être un moyen d'acquérir l'entreprise en dehors du cadre d'un plan de cession* ». Rétrospectivement, on ne peut que constater le fossé séparant cette volonté de clarification des usages liés à chaque procédure, et la législation actuelle, dans laquelle on a certes évincé la cession d'unités de production pour « *éviter les reprises dans un but exclusivement spéculatif...* », mais au sein de laquelle on a étendu les possibilités de reprise de l'activité à tous les niveaux de la procédure. Voir SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Du document préparatoire à un avant-projet de loi*, RLDA, n° 17,1999, n° 1060 et SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Les intentions de réforme des lois du 1er mars 1984 et du 25 janvier 1985*, PA, n° 178, 6 sept. 2000, p. 67. On constatera au surplus que ce recours généralisé à la cession d'entreprise fait droit aux attentes de nombreux auteurs d'étendre la cession à forfait aux différentes phases de la procédure, à la veille des réformes de 1984 et 1985, et renforce ce sentiment d'hésitation délétère, nimbant les réformes successives, et qui a conduit à la situation actuelle. Voir COURET (A.), *La cession de l'entreprise dans le cadre d'une procédure collective*, Bull. Joly Soc., n° 3, 01 mars 1986, p. 289

¹⁴ Voir, sur les modifications apportées par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, portant réforme du droit des entreprises en difficulté, CERATI-GAUTHIER (A.), *Procédures collectives : nouvelles réformes du droit des entreprises en difficulté par l'ordonnance du 18 décembre 2008*, Ann. Loy. 2009, p. 520.

Implications actuelles de notre problématique : Après cette présentation du contexte historique et des interventions législatives qui ont façonné le sujet de notre étude, une exposition claire des termes de la problématique est indispensable. Il nous faut appréhender ici précisément le fonctionnement des modes de cession applicables au fonds de commerce lors des réalisations d'actifs en liquidation judiciaire afin de cerner les particularités de chacun d'entre eux. Il s'agira encore d'identifier les raisons de leur confusion potentielle, lorsque l'objet cédé est un fonds de commerce. Notre problématique se jaillit du fait que les deux modes de réalisation des actifs invocables en liquidation judiciaire peuvent permettre la cession de ce dernier.

Pour distinguer les domaines d'application de ces deux régimes, pourtant distincts en tous points, la loi prévoit la vérification de la concordance des ensembles de biens cédés au moyen de notions, évoquées au sein des articles C. com. L642-1 et suivants, et L642-19 qui organisent ces opérations. Ces vérifications échoient aux organes judiciaires de la procédure et doivent suffire à permettre une sécurisation satisfaisante des cessions réalisées, tout du moins en principe.

Mais de nombreuses approximations tant conceptuelles que procédurales, ou encore purement rédactionnelles, invitent invariablement l'arbitraire au sein de celles-ci et en questionnent la pertinence. Aussi la problématique s'impose-t-elle logiquement à l'observateur du déroulement de ces opérations : l'étanchéité des modes de cessions applicables au fonds de commerce, lors des réalisations d'actifs se déroulant au cours de la phase de liquidation judiciaire de la procédure collective, est-elle assurée, en théorie comme dans les faits, par les dispositifs légaux actuellement applicables ? Ceux-ci assurent-ils, sous leur forme actuelle, l'impératif de sécurité juridique aux différents acteurs impliqués, souvent contre leur gré, dans ces opérations ? Dans la négative, quels remèdes peuvent être sérieusement proposés afin de restaurer cette sécurité juridique en déclin ? Un traitement exhaustif de ces questions commande l'adoption d'une démarche intellectuelle cartésienne afin de n'en omettre aucune implication, tant ces dernières sont nombreuses, et lourdes de signification.

Dans le cadre du plan de cession¹⁵, dont les conditions de mise en œuvre sont prévues aux art. C. com. L642-1 et suivants, le fonds de commerce ne peut théoriquement être cédé individuellement. Pour être éligible à l'application de ce régime, il doit être intégré au sein d'une entité, plus large et plus complexe, dont il représente certes une part souvent essentielle, mais qu'il ne peut suffire à incarner. Ce contenant juridique est l'entreprise¹⁶, dont l'identification engendre l'application de ce régime très protecteur, seul à même de favoriser la pérennité de l'activité dans les meilleures conditions. Ce mode de cession se présente comme un héritier plus équilibré de l'antique cession à forfait, mode de réalisation des actifs prévu dans le cadre de l'article 88 de la loi du 13 juillet 1967¹⁷.

Il est opposé au régime de la cession isolée des actifs mobiliers du débiteur, prévue à l'article C. com. L642-19, applicable, lui, à un fonds de commerce détaché de tout autre bien complémentaire. Ce mode de cession, plus frustré et minimaliste mais plus diligent dans sa mise en œuvre et qui mobilise moins de moyens juridiques, est asymétriquement plus protecteur

¹⁵ Voir, sur les caractéristiques originelles du plan de cession, parfois qualifié de « cession externe », LAGARDE-RECOUVREUR (J.), *La cession dans le plan de cession*, Thèse, Pau, 1992, 423 p.

¹⁶ Ainsi que l'énoncent nombre d'auteurs : « *Le fonds de commerce ne se confond pas avec l'entreprise commerciale dont il n'est qu'une composante ; mais il en demeure l'expression juridique la plus proche. Il ne s'identifie pas avec l'entreprise individuelle ou personnelle car de nombreux fonds de commerce appartiennent à des sociétés et certaines en ont plusieurs. Il ne réunit pas l'ensemble des biens mis en œuvre par l'entrepreneur pour le fonctionnement de son entreprise puisque les droits immobiliers, hormis le droit au bail qui n'est d'ailleurs pas considéré comme un droit immobilier, en sont exclus. Il n'englobe, en principe, ni les créances ni les dettes ni les contrats liés à l'exploitation ; ce n'est pas un patrimoine autonome d'affectation. Le fonds de commerce est un bien objet de droit ; il n'est pas un sujet de droit.* » Voir DERRUPE (J.), *Fonds de Commerce*, Répertoire Immobilier Dalloz, 1998, spéc. n°3 ; ou encore que : « *l'entreprise ne se confond pas avec le fonds de commerce, et la cession d'entreprise peut comprendre des éléments qui n'entrent pas dans la composition du fonds de commerce : ainsi des immeubles ou les contrats nécessaires au maintien de l'activité.* » Voir RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *Traité de droit commercial : Tome 2, Effets de commerce, banque, contrats commerciaux, procédures collectives*, 17^e édition, Paris : L.G.D.J., 2004, spéc. n°3196-1 et n°3198

¹⁷ Ces deux modes de cession exigent l'existence d'un aléa au sein de l'ensemble de biens cédés, et génèrent en conséquence l'exclusion des garanties habituellement invocables en droit commun. La Haute Juridiction a pu préciser le contenu de cet aléa dans le cadre de la loi du 13 juillet 1967, dans le cadre de la vente d'un immeuble Voir sur ce point Cass. Com., 13 mai 1986, pourvoi n° 84-11479, Bull. 1986, IV, n° 90, p. 77

des droits des créanciers et des cocontractants. En effet, celui-ci ménage une plus grande place au respect des dispositions de droit commun. Si le plan de cession, même réalisé au cours de la procédure liquidation, reste, on l'a vu, une opération guidée par la volonté de préservation de l'activité cédée, ce n'est pas le cas de la cession de biens isolés qui, étant une procédure historiquement rattachée à la liquidation judiciaire reste, de ce fait, consacrée à l'objectif originel de désintéressement des créanciers. Ces modes de cession présentent, en conséquence, des divergences marquées pour un grand nombre de leurs caractéristiques, que ce soit sous l'angle des critères déclenchant leur mise en œuvre, sous celui des organes judiciaires intervenant aux différentes étapes de la cession, ou encore sous celui de leurs conséquences sur les droits et obligations des parties à la cession, des créanciers du débiteur cédé, et des cocontractants de ce dernier.

L'étude de la jurisprudence met en lumière des interférences entre ces deux modes de cession lors de la transmission spécifique des fonds de commerce en liquidation judiciaire. L'accroissement continu du volume d'entités requérant les soins dispensés par le droit des entreprises en difficulté (une proportion majoritaire d'entre elles passant par les soins de la liquidation judiciaire¹⁸) appelle donc une rénovation de ces régimes afin d'en garantir tant la crédibilité que l'efficacité lors des cessions de fonds de commerce. Il est pour le moins regrettable que, plus de trente ans après la publication de la loi ayant introduit une approche moderne du droit des entreprises en difficulté, la pratique bute toujours invariablement sur les mêmes approximations.

Suite au constat de la confusion des régimes de cession, notre étude réclame une analyse exhaustive afin de proposer des solutions pertinentes. A cette fin, les sources actuelles de la confusion des régimes de cession applicables au fonds de commerce, dans le cadre de la liquidation judiciaire, doivent être identifiées avec précision. Une telle recherche demande de la part du juriste une prise de recul, à même de satisfaire les exigences d'objectivité, et d'exhaustivité, nécessaires à sa réussite. Une évaluation de la qualité des mécanismes

¹⁸ Les organismes statistiques évoqués au sein de notre première note attestent que le taux de liquidations judiciaires directes reste « *invariable* » quelle que soit la période considérée, se maintenant à un niveau très élevé et représentant systématiquement une proportion de 70% du nombre total de procédures ouvertes. Les différentes réformes de la matière qui se sont succédées n'auront, sur ce point, rien changé.

procéduraux actuellement applicables réclame donc le rejet préliminaire des constructions intellectuelles communément admises. C'est à rebours, en se détachant de l'acquis, qui enseigne l'évidence de l'étanchéité conceptuelle des régimes de réalisation des actifs, et en sondant les bases juridiques de ceux-ci pour en pointer les faiblesses structurelles, que nous pourrions apporter une réponse convaincante et définitive à notre problématique.

Une division efficiente des tâches, saisissant d'abord les causes principales de la confusion des régimes de cession applicables au fonds de commerce en cette phase particulière de la procédure liquidative, pour en traiter ensuite rigoureusement toutes les répercussions est, à ce stade de l'élaboration de notre raisonnement, indispensable. A cette fin, on répartira donc préalablement en deux catégories distinctes les sources de la confusion des régimes de cession applicables au fonds de commerce en cette phase de la procédure : sources purement théoriques pour une part, et sources procédurales pour une autre part. Pour ce qui concerne les sources théoriques, elles obligent, d'un point de vue conceptuel, à un examen approfondi des notions guidant l'application des régimes de cessions que peut se voir imposer le fonds de commerce. Selon le degré d'adéquation de ces dernières avec le rôle central qu'elles occupent au sein du dispositif, il nous faudra alors ensuite envisager le recours à d'autres notions plus abouties, ou tout du moins mieux adaptées à cette fonction. Pour ce qui concerne les sources procédurales, elles commandent l'évaluation objective des moyens juridiques mis à la disposition des organes de la procédure afin de mener à bien les vérifications que l'organisation des réalisations d'actifs imposent sous leur forme actuelle. Ce n'est pas pour autant accorder inconsidérément à ces causes la même responsabilité dans l'éclosion de notre problématique.

Les sources théoriques constituent bien le socle des difficultés actuelles, auxquelles se sont greffées ensuite des insuffisances procédurales, qui empêchent actuellement de compenser les failles conceptuelles des régimes de cession. Aussi les envisagerons-nous consécutivement au sein de notre première partie, le premier titre de celle-ci s'attachant logiquement à l'étude des notions dont l'identification entraîne l'application de l'un des deux régimes de réalisation des actifs, le second abordant quant à lui les prérogatives mises à la disposition des organes de la procédure, ainsi que les pouvoirs dévolus aux instances judiciaires pour permettre la sécurisation des opérations de cession.

Concernant les origines théoriques de notre problématique, elles découlent de l'inadéquation des notions promues par le législateur au rang de critère d'application des régimes de réalisation des actifs liquidés. En effet, les différents modes de cession invocables lors des réalisations liquidatives d'actifs sont ainsi conçus qu'ils conditionnent leur application à l'identification de certains notions-clé. Elles doivent permettre en théorie d'éviter toute confusion par leur identification, évitant ainsi que l'un des régimes n'empiète sur le terrain de l'autre. Les traitements envisagés au stade de la cession pour remédier aux difficultés rencontrées par les entreprises, ou par d'autres ensembles de biens, sont donc en principe indépendants. L'ambition et la logique du législateur semblent limpides : chaque objet de droit doit obéir à un régime de cession adapté qui lui est spécifiquement dédié. Une démarcation intransigeante des notions visées par la loi est donc *a minima* indispensable au fonctionnement efficace de l'ensemble, et à l'exclusion de conséquences imprévisibles et néfastes pour les différentes parties en présence.

Les difficultés surgissent de ce que le type de notions choisies ne correspond pas totalement aux besoins de la loi. Mr le Doyen Vedel opposait, dans une étude maintenant ancienne, les notions conceptuelles aux notions fonctionnelles¹⁹. On peut d'ailleurs assimiler cette distinction à celle séparant, en langage courant, le concept de la notion²⁰. Seules les notions conceptuelles, ou plus simplement concepts, sont réellement à même de remplir la fonction de critère d'application d'un régime de cession. Or si le fonds de commerce peut indiscutablement se voir reconnaître ce statut, la notion d'entreprise ne peut y prétendre, et reste cantonnée au stade plus insaisissable de notion fonctionnelle. Occupant toutes deux une place inconfortable au sein de l'édifice législatif actuel, ces notions sont évoquées au sein d'un grand nombre de textes législatifs d'obédiences diverses, mais n'ont en droit interne, jamais fait l'objet d'une véritable définition

¹⁹ Voir VEDEL (G.), *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative*, JCP G, 1951, I, 851, n°4. « Les notions conceptuelles... peuvent recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels et leur contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes. Elles sont indépendamment de ce à quoi elles servent ». A l'inverse, « les notions fonctionnelles... procèdent directement d'une fonction qui leur confère seule une véritable unité... Elles ne sont pour ainsi dire jamais achevées... leur contenu ne peut être épuisé par une définition. »

²⁰ Le dictionnaire Larousse définit la notion comme une « représentation qu'on peut se faire de quelque chose, connaissance intuitive, plus ou moins définie, qu'on en a », à l'inverse du concept, qui est ainsi défini : « Idée générale et abstraite que se fait l'esprit humain d'un objet de pensée concret ou abstrait, et qui lui permet de rattacher à ce même objet les diverses perceptions qu'il en a, et d'en organiser les connaissances ».

légale à même de préciser leurs contours, qui restent par trop indécis. Mais ces deux pivots de la législation relative aux cessions liquidatives, s'ils ont en commun une lente maturation, de multiples interrogations doctrinales, ainsi qu'une place déterminante dans le fonctionnement du monde des affaires²¹, n'ont pourtant pas connu les mêmes aboutissements. La conceptualisation de ces deux notions n'a, en effet, pas atteint le même degré d'évolution dans chacun des cas, et constitue la source essentielle de notre problématique. A l'heure actuelle, l'entreprise reste bien la notion-reine du droit des procédures collectives²² autour de laquelle s'organisent les interventions du législateur. Occupant un rôle essentiel tant d'un point de vue social, qu'économique, l'entreprise hérite, du fait de cette position centrale, d'un aspect polysémique²³, et a en conséquence fait l'objet d'un très grand nombre d'ouvrages et d'études ambitionnant d'en fixer les caractéristiques²⁴. Objet de toutes les attentions, la préservation de

²¹ Voir PAILLUSSEAU (J.), *La notion de groupement d'entreprises et de sociétés dans le droit des activités économiques*, D. 2003, p. 2346 : « *L'entreprise est une réalité - une entité - économique et sociale fondamentale. Elle l'est dans la société de manière générale, elle l'est également dans le droit. L'entreprise est au cœur du droit des activités économiques.* »

²² Certains auteurs ont attribué l'avancement offert à la notion d'entreprise au sein de la législation à un enthousiasme généralisé pour celle-ci au moment de l'adoption de la loi de 1985. Voir DERRIDA (F.), GODE (P.) ET SORTAIS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985*, 3^e Edition, Paris : Dalloz, 1991, p.13, qui relevait que « *depuis de nombreuses années, elle est la clé de voûte de réformes législatives très importantes, surtout, mais pas seulement, en droit du travail ; la loi de 1985 consacre à son tour, le primat de l'entreprise* ». Voir également LYON-CAEN (A.), *Les orientations générales de la réforme (L.25.1.1985)*, Annales de l'Université de Sciences sociales de Toulouse, T. XXXIV, 1986, p.16, qui consacre l'entreprise comme « *le cœur* » et « *l'épicentre* » de la nouvelle procédure de redressement judiciaire.

²³ Mme Rochfeld relève à propos de l'entreprise, qu'« *on doute de sa définition ainsi que de l'existence d'un intérêt propre* », et qu'elle « *renvoie davantage à une notion sociologique et économique qu'à une notion juridique* ». Elle constate également que « *le droit ne consacre pas l'entreprise comme une notion juridique précise* », et qu'« *il existe une discussion majeure sur la notion même d'entreprise, tant elle peut renvoyer à plusieurs conceptions dont aucune ne donne satisfaction* ». L'auteure, quant à elle, catégorise l'entreprise comme un groupe de personnes concrétisant la poursuite d'une activité économique en commun sans pour autant que ce groupe ne soit personnifié. Voir ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, Nanterre : P.U.F, 2013, p. 100-101.

²⁴ Parmi les plus significatifs on citera, au sein de cette matière pléthorique, DESPAX (M.), *L'entreprise et le droit*, Thèse, Toulouse, 1956, 443 p. ; PERCEROU (R.), *Droit de l'entreprise*, Paris : Association des anciens élèves de l'institut d'administration des entreprises de Paris, 1980, 393 p. ; OPPETIT (B.), ET SAYAG (A.), *Les structures juridiques de l'entreprise*, 3^e Edition, Paris : Librairies Techniques, 1981, 360 p. ; PAILLUSSEAU (J.), *Qu'est-ce-*

son intégrité et de l'activité qu'elle abrite va justifier en conséquence des entorses importantes au droit commun, que cela soit dans le cadre de son rétablissement économique, au travers des procédures de sauvegarde et de redressement, ou dans le cadre de sa transmission en phase de redressement et de liquidation (une cession partielle pouvant néanmoins être réalisée dans le cadre de la sauvegarde, la cession se limitant alors à la cession d'une branche d'activité).

Au fil des réformes, le plan de cession de l'entreprise a, dans le cadre dérogatoire des procédures collectives, vu ses assignations et son domaine d'intervention s'étendre, sans pour autant que son objet n'en soit mieux précisé²⁵. Aussi, certaines zones d'ombre conceptuelles réclament-elles une approche critique et commandent une réévaluation objective de cette notion paradoxale, car façonnée, on le verra, par différentes sources de droit aux objectifs parfois différents. Il nous faudra pour notre part, démêler cet écheveau afin d'identifier précisément ce que recouvre « l'entreprise cédée en plan de cession en liquidation judiciaire », et les rapports qu'elle entretient avec le fonds de commerce. Au nombre des notions apparentées, autant que concurrentes, apparaît le sujet privilégié de notre étude : le fonds de commerce. Ce dernier, notion complexe également, est perclus de contradictions dont il nous faudra analyser les répercussions sur notre problématique, mais bénéficie en contrepartie d'une conceptualisation plus avancée qui a permis *a minima* de fixer une organisation interne plus identifiable que celle de l'entreprise. Or on peut comparer l'action du droit des entreprises en difficulté sur ces

que l'entreprise ? PA, 19 avril 1986, p.4 ; VIDAL (D.), *Une analyse juridique de l'entreprise*, PA, 9 juillet 1986, p.23 ; MERCADAL (B.), *La notion d'entreprise*, in *Les activités et les biens de l'entreprise*, Mélanges offerts à Jean Deruppé, Fontenay-Le-Comte : LITEC, 1991, p. 9 ; IDOT (L.), *La notion d'entreprise*, Rev. Soc. 2001, p. 191 ; LAMARCHE (T.), *La notion d'entreprise*, RTD Com. 2006, p. 709

²⁵ Les interrogations de certains auteurs au lendemain de la promulgation de la loi de 1985, quant à la pertinence de l'utilisation extensive de la notion d'entreprise au sein de la réforme, restent malheureusement totalement d'actualité : « ... *s'il existe une notion sociale de l'entreprise fondée sur la collectivité de travail utilisant les moyens matériels mis à sa disposition, s'il existe une notion économique de l'entreprise, encore que les économistes ne soient pas d'accord sur son contenu, existe-t-il une notion juridique de l'entreprise ?* » Voir DERRIDA (F.), GODE (P.) ET SORTAIS (J.-P.), *op. cit.*, supra note n° 22, p.13. De plus récents travaux considèrent pourtant que le droit des procédures collectives permet d'« *ériger l'entreprise en notion juridique* » et d'en permettre ainsi la « *délimitation* », car « *elle constitue le critère de qualification des plans et fait l'objet d'un régime spécifique* ». Voir BORELLY (C.), *La notion économique d'entreprise en droit des procédures collectives*, Thèse, Montpellier, 2004, 408 p.

notions à celle d'agents mutagènes, particulièrement lors de leur cession. Elle gomme leurs singularités et tend à dissoudre le cloisonnement juridique théoriquement étanche les séparant, ajoutant encore aux approximations initiales. La confrontation des notions d'entreprise et de fonds de commerce, au moment singulier de la réalisation des actifs en liquidation judiciaire, est en conséquence indispensable. Aussi le premier titre de notre étude a-t-il pour fonction de jeter une lumière crue sur la réalité des ensembles de biens cédés afin de les confronter avec ces notions, et de mesurer l'étendue des variations conceptuelles de ces dernières au moment de leur cession liquidative.

Une convergence de ces notions dans le cas des cessions de fonds de commerce en liquidation judiciaire étant indiscutable²⁶ pour les raisons que l'on verra plus loin, les causes pratiques de cette confusion et leurs répercussions précises doivent alors consécutivement faire l'objet d'une analyse, que nous traiterons au sein de notre second titre. L'acuité de notre problématique, si elle prend racine dans le manque de rigueur conceptuelle du législateur, ne demeure pour autant préoccupante malgré les nombreuses réformes de la matière, que parce que les garde-fous procéduraux érigés par la législation pour encadrer ces cessions peinent à remplir leur office. Ces défaillances s'observent en chacune des phases des différentes cessions applicables au fonds de commerce et à l'entreprise cédée dans le cadre du plan de cession. Au stade de l'élaboration de ces cessions, elles découlent de l'insuffisance des pouvoirs d'investigation octroyés aux organes compétents de la procédure, et de l'imprécision des critères devant être par eux recherchés pour en décider le déclenchement. Au stade de leur réalisation, s'ajoute une hiérarchisation des priorités dictée par les objectifs de la procédure collective, qui impose une perception orientée et rigide des situations juridiques rencontrées. Enfin, les contraintes processuelles, qui fait obstacle à ce que les juridictions se saisissent de notre problématique lorsque celle-ci se présente au détour d'un cas d'espèce, tissent un dernier voile qu'il sera difficile de déchirer.

²⁶ Encore récemment, un auteur constatait sur ce sujet que : « *La cession du fonds de commerce en tant qu'actif isolé présente un certain nombre d'inconvénients. Mais surtout, le choix de cette voie de réalisation n'offre guère de sécurité juridique en raison de l'incertaine ligne de démarcation entre cession d'entreprise et cession de fonds de commerce.* » Voir LIENHARD (A.), *La cession du fonds de commerce en tant qu'actif isolé du fonds de commerce en liquidation judiciaire*, in *Liber Amicorum*, Mélanges en l'honneur de Philippe Merle, Paris : Dalloz, 2012, p. 479

Le constat de failles béantes dans la sécurisation des cessions de fonds de commerce lors des réalisations d'actifs en liquidation judiciaire se déduit donc, selon nous, objectivement de l'analyse critique des régimes de cession applicables en leur forme actuelle. Afin de remédier à ces atteintes inacceptables à la sécurité juridique, il nous faudra donc, dans la seconde partie de notre étude, nous employer à caractériser les différentes hypothèses permettant d'améliorer l'efficacité de ces derniers. Plusieurs voies sont envisageables. Une première possibilité, séduisante car ne nécessitant que des travaux de réfection circonscrits, est de se satisfaire de la répartition actuelle opérée au sein des modes de cession applicables, tout en cherchant à leur fournir la délimitation théorique claire et indiscutable qui leur fait cruellement défaut quand un fonds de commerce est concerné, ébranlant tout l'édifice. La caractérisation d'une frontière dénuée d'ambiguïtés, séparant les régimes de réalisation des actifs, pouvant potentiellement se baser sur les divergences conceptuelles des notions actuelles, il nous faudra analyser chacune d'elles avant de l'élever éventuellement au rang de critère d'application. Si un tel critère devait émerger de notre réflexion, il mettrait du même coup fin aux errements juridictionnels actuels, en restreignant le pouvoir d'interprétation des juges en la matière pour lui substituer la recherche d'un critère théoriquement indiscutable. Il permettrait, en dépit des insuffisances conceptuelles des notions actuelles, de justifier efficacement la pertinence du maintien d'une dualité de régimes de cession applicables au fonds de commerce, et tout du moins de distinguer efficacement « l'entreprise cédée en plan de cession », sorte de proto-entreprise, étape transitoire dans la vie de cette dernière, de ce dernier.

Cette perspective, pour enviable qu'elle soit, ne résume pas à elle seule l'ensemble des possibilités actionnables pour permettre l'amélioration de la sécurité juridique au sein des cessions de fonds de commerce intervenant à ce stade de la liquidation judiciaire. Loin s'en faut. L'échec prévisible de l'hypothèse du maintien d'une dualité de régimes de cession applicables au fonds de commerce, principalement du fait de défaillances conceptuelles insurmontables, oblige le juriste consciencieux à élaborer parallèlement une seconde réorganisation alternative des modes de cession actuels. Mais cette hypothèse réclame une réflexion beaucoup plus approfondie, et innovante, que la première, en ce qu'elle fait fi de l'organisation légale actuelle pour privilégier l'étude scrupuleuse de la réalité des ensembles de biens cédés, et proposer l'établissement d'un régime unique de cession lorsqu'un fonds de commerce est l'objet de celle-ci. A régime unique, concept unique ; aussi nous faudra-t-il évaluer avec soin les notions disponibles avant de désigner celle qui sera sacrée comme concept directeur, déterminant alors le domaine d'application du régime de cession unifié. Nous

passerons à cette fin au crible de notre raisonnement, tant les notions actuellement utilisées, que d'autres notions juridiques potentiellement congruentes comme l'entité économique autonome. Enfin, si ces investigations ne permettaient pas de détacher une notion satisfaisant aux impératifs de sécurité juridique requis, un concept novateur et spécifique devrait en conséquence combler cette lacune, en rejetant définitivement les contradictions et approximations passées.

Cette unification des régimes de cession applicables au fonds de commerce, que le critère d'application retenu soit un concept existant ou un concept *sui generis*, nécessitera dans tous les cas de figure un remodelage d'envergure des régimes de réalisation des actifs, redéfinissant simultanément l'objet et le domaine d'application du plan de cession, ainsi que nombre de ses conséquences juridiques, et clarifiant *in fine* la place occupée par le fonds de commerce au sein de la cession des actifs isolés prévue à l'article L642-19 du Code de Commerce. La première hypothèse évoquée devant être épuisée avant d'envisager la seconde, nous aborderons donc consécutivement au sein du premier titre de celle-ci les hypothèses de maintien d'un régime dualiste, puis les différentes conceptions crédibles d'un régime unifié de cession des fonds de commerce lors des réalisations d'actifs en liquidation judiciaire. Au terme de ces réflexions, nous retiendrons l'hypothèse qui nous apparaîtra comme étant la plus convaincante, et développerons, au sein de notre dernier titre, les multiples évolutions, pratiques et conceptuelles, que son intégration au sein du Livre VI du Code de Commerce commanderait, si elle venait à être entendue du législateur.

Nous traiterons donc au sein d'une première partie les causes de la confusion des modes de réalisation des actifs lors de la cession du fonds de commerce, puis nous soumettrons au lecteur, au sein de notre seconde partie, nos propositions de réforme de ces régimes de cession.

Partie I) Confusion des modes de réalisation des actifs lors de la cession du fonds de commerce

Le droit des entreprises en difficulté constitue un terrain passionnel. Des enjeux patrimoniaux essentiels pour les parties en présence s'y opposent. D'autres préoccupations, reflets de la lourde somme d'attentes liées à l'issue de la procédure, se greffent également à ceux-ci. Ainsi, au chef d'entreprise qui voit le contrôle de cette dernière lui échapper progressivement²⁷, et dont la principale ambition est souvent la préservation de cette dernière, s'oppose la masse des créanciers, alors désireuse d'obtenir le remboursement des sommes qui ont été engagées pour permettre d'assurer l'exploitation. S'additionne ensuite notamment la nécessité de traiter le plus équitablement possible les salariés de l'entreprise concernée, qui peuvent être désorientés par un contexte anxiogène²⁸, ainsi que les cocontractants engagés dans une relation commerciale incertaine.

Ces intérêts souvent contradictoires²⁹, exacerbés encore par les difficultés économiques, sont également soumis à des principes économiques d'un rang supérieur³⁰, que le droit des

²⁷ Mme la Professeure Attuel-Mendès, dans un entretien récent, estimait qu'actuellement, « sont mises de côté les dimensions psychologiques et d'image que génère cette procédure collective », et que « des intérêts divergents peuvent sembler s'opposer entre l'administrateur, payé sur l'actif de l'entreprise et le volume de passif lors de la liquidation, et le débiteur. » Voir ATTUEL-MENDES (L.) ET PLANEL (M.), *Un an après l'énième réforme des entreprises en difficulté, il est temps d'écouter les parties prenantes*, La Tribune, 12 mars 2015

²⁸ Voir le retour d'expérience d'un praticien sur l'environnement psychologique auquel sont soumis les salariés dans ce contexte, COUTURIER (G.), « *Savoir gérer la pression est une qualité indispensable à tout administrateur judiciaire* », Bull. Joly Ent. Diff., 01 janvier 2017, n°1, p.16

²⁹ Voir COQUELET (M.-L.), *Quelle partition pour le juge et les créanciers dans le traitement actuel de la défaillance ?* RPC, n° 3, mai-juin 2012, dossier 15, spéc. n°9 : « *À rebours du droit du surendettement, le droit des entreprises en difficulté ne se concentre pas sur un intérêt unique (celui du débiteur) mais tend, tout au contraire, à la conciliation d'intérêts divergents que le juge a pour mission d'ordonner et de hiérarchiser par le prisme de l'intérêt général, et transcendant, du maintien de l'entreprise et de sa réorganisation.* »

³⁰ Le fait que l'entreprise rencontre des difficultés économiques ne justifie pas pour autant sa soustraction à l'application du droit de la concurrence, tant national que communautaire. Sous l'angle concurrentiel, « *le fait de secourir des entreprises vacillantes s'inscrit en porte-à-faux avec le processus de sélection économique naturelle – sorte de darwinisme économique – qui s'opère sur le marché. En principe, seules les entreprises les plus fortes*

entreprises en difficulté vient nuancer³¹. La mise en œuvre des modes de cession des actifs de l'entreprise, ou de l'entreprise elle-même, tout particulièrement dans le cadre de la liquidation judiciaire, dévolue aux situations irrémédiablement compromises, cristallise ces tensions économiques et humaines. De ceux-ci dépendent l'avenir de l'entreprise, ainsi que celui de ceux qui y sont liés. Afin que les droits des intervenants soient respectés, deux éléments sont indispensables : des régimes de cession efficacement organisés par la loi, ainsi qu'une distinction invariable, et théoriquement indiscutable, des concepts servant de base à l'application de ces régimes.

La transparence du déroulement de la procédure est la condition préalable à sa réussite, et le socle de sa crédibilité. Le doute et l'aléa doivent être exclus d'un environnement aussi tourmenté. Or, une confusion délétère, un « *aspect pathologique* »³² des régimes de cession se sont rapidement manifestés à l'usage, initialement du fait de la convergence conceptuelle des ensembles de biens déterminant leurs domaines d'application respectifs, péché originel auquel se sont greffées d'autres insuffisances d'origines législative et procédurale. Ces altérations des régimes de réalisation de l'actif en liquidation judiciaire doivent par conséquent être précisément identifiées afin de proposer des améliorations appropriées.

survivent entre elles, font face à la concurrence. En sauvant alors des entreprises que le marché semblait avoir exclu, le droit des procédures collectives vient bouleverser cet ordre des choses. » Voir ARCELIN (L.), *L'entreprise en difficulté face au droit de la concurrence*, RLDA, novembre 2004-janvier 2005, p. 159, *spéc.* n°2

³¹ Le droit des procédures collectives modifie certains équilibres dans l'intérêt de la pérennisation de l'activité de l'entreprise, par exemple en obligeant le repreneur à respecter ses engagements lors de l'exécution du plan de cession, malgré les fluctuations conjoncturelles, ou en portant atteinte au droit de propriété par le dessaisissement du débiteur. Voir GALOKHO (C.), *Les atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie résultant de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises*, RTD Com. 2014, p. 489

³² Voir SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Variations sur le plan de cession d'une entreprise en difficulté*, in *Mélanges en l'honneur de Claude Champaud, Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe Siècle*, Paris : Dalloz 1997, p.539 ; voir également COZIAN (M.), *La transmission des entreprises : vaincre les obstacles*, Rapport de synthèse présenté au 86e Congrès des notaires, Defrénois, 15 juillet 1990, p. 769, *spéc* n°s 13-14 qui relève qu'au-delà de la confusion des notions déterminant l'application de chaque mode de cession, « *lorsque l'entreprise est en difficulté, lorsque surgissent des drames familiaux, la transmission de l'entreprise présente un caractère pathologique* ».

La confusion des régimes de réalisation des actifs en liquidation judiciaire se révèle lorsque le bien cédé est un fonds de commerce, mettant à jour les carences théoriques et procédurales des régimes légaux existants, et questionne en conséquence tant leur légitimité au sein du corps de règles applicable dans le cadre du droit des entreprises en difficulté, que leur efficacité réelle au moment de leur mise en œuvre dans ce cas particulier.

La première partie de la présente étude s'attachera, en conséquence, à sonder les bases légales et procédurales de ces régimes de cession. Dans un premier titre, nous nous attacherons à relever les sources conceptuelles de la confusion des modes de cession applicables aux fonds de commerce, au moment de la réalisation des actifs en liquidation judiciaire. Dans un second titre, nous réaliserons l'inventaire des obstacles législatifs et procéduraux qui s'opposent, dans la pratique, à une reconnaissance et à un traitement exhaustif de notre problématique.

Titre I) Causes théoriques de la confusion : carences conceptuelles des régimes de cession applicables au fonds de commerce

L'entreprise et le fonds de commerce sont deux notions qui se distinguent par un stade de conceptualisation inégalement avancé. Or les régimes du plan de cession et de la cession de biens isolés exigent, comme critère d'application, la reconnaissance de concepts suffisamment définis pour diviser efficacement leurs domaines d'application respectifs. Il convient donc d'évaluer si les notions actuelles souscrivent à ces exigences. La principale interrogation concerne la notion d'entreprise lorsque celle-ci est cédée dans le cadre particulier du plan de cession. Il nous faudra déterminer si elle recouvre dans cette situation toutes les caractéristiques habituellement conférées à l'entreprise, qu'elle qu'en soit la perception retenue, et débrouiller l'intimité de ses rapports avec le fonds de commerce qu'elle héberge.

Ce premier titre a donc pour ambition de soumettre au lecteur une analyse théorique parallèle des notions d'entreprise et de fonds de commerce, en abordant consécutivement selon une approche globale, leur nature juridique (Chapitre I), puis, selon une approche plus détaillée, l'organisation intime des éléments constitutifs de celles-ci (Chapitre II). Ces deux notions seront confrontées à chaque étape de notre raisonnement, en analysant dans un premier temps l'approche prônée par le droit commun, puis en observant ensuite l'action des mécanismes propres aux procédures collectives sur ceux-ci.

Chapitre I) Convergence progressive des natures juridiques du fonds de commerce et de l'entreprise

La nature, les éléments constitutifs et la structuration du fonds de commerce ont déjà fait l'objet d'un nombre significatif d'études et d'articles, ainsi que d'un effort décisif de définition de la part du droit prétorien. Ces derniers trouvent leur raison d'être dans le manque de précision entretenu par le législateur depuis l'apparition de la notion. Néanmoins, il reste nécessaire d'entreprendre une étude théorique et technique de ce dernier. La spécificité de notre approche vient de ce qu'elle place celui-ci dans une perspective évolutive. A l'origine élément principal d'un ensemble sain, nous l'observerons plus spécialement lors de son appréhension par le droit des entreprises en difficulté, pour en poursuivre l'étude dans le cadre particulier des cessions opérées dans le cadre de la réalisation des actifs en liquidation judiciaire, qui relèvent du chapitre II du Titre IV du Livre VI du Code de Commerce.

L'enjeu de cette étude est, sur ce point, double. La délimitation des limites juridiques de cette notion est indispensable pour établir si ce dernier est invariable. Il nous faudra donc déterminer si ces dernières peuvent être qualifiées de mouvantes, ou bien si celles-ci sont au contraire aujourd'hui fermement balisées, et insusceptibles d'être influencées par les situations économiques rencontrées. La même analyse sera ensuite appliquée à l'entreprise, principale notion concurrente du fonds de commerce lors des cessions d'actifs, plus évanescence que la première car teintée de droit social, là où la première est essentiellement une construction ayant ses origines dans le droit des biens. (Section I)

Une fois les natures juridiques du fonds de commerce et de l'entreprise arrêtées, une analyse comparative des particularités apparaissant au sein de ces deux notions au moment de leur cession en liquidation judiciaire, et des conséquences de ces mutations sur la nature des notions étudiées, pourra être réalisée. Ces notions gardent-elles toujours la même nature juridique, ainsi que la même composition, lorsqu'elles sont soumises à des frictions économiques grandissantes, ainsi que peuvent l'être des éléments chimiques soumis à des conditions de pression et de température variables ? (Section II)

Section I) Nature juridique du fonds de commerce et de l'entreprise en droit commun

La première des caractéristiques devant être examinée afin d'établir un comparatif pertinent entre les notions de fonds de commerce et d'entreprise, doit être leur nature juridique. L'établissement de cette dernière permet de déterminer les contours généraux de chacune d'elles, et de procéder à un rapprochement des silhouettes ébauchées. Nous appréhenderons tout d'abord la nature juridique du fonds de commerce (I), et évoquerons ensuite celle de l'entreprise (II).

I) Nature juridique du fonds de commerce

La nature juridique du fonds de commerce ne peut être abordée de manière unidimensionnelle. Elle ne peut être exhaustivement traitée qu'au moyen d'une approche décomposant son étude en plusieurs étapes. En premier lieu, il sera judicieux de rappeler le rôle patrimonial central qui reste attaché au fonds de commerce dans la majorité des cas rencontrés (A). Ensuite, constituant, tout comme l'entreprise, un ensemble complexe de biens, la qualification de l'universalité qu'ils constituent doit impérativement être précisée (B). Nous pourrons, enfin, déduire des constatations établies la nature juridique profonde du fonds de commerce (C).

A) Approche économique du fonds de commerce

En préliminaire, il convient de rappeler le caractère exceptionnel de ce bien particulier qu'est le fonds de commerce, et son importance patrimoniale déterminante³³ tant en droit commun (1), que dans le cadre spécifique du droit des procédures en difficulté (2).

³³ Un auteur constate : « *s'il est difficile, voire impossible, de cerner juridiquement la notion de fonds de commerce, il est certain qu'il constitue une entité qui permet au commerçant de retirer (ou d'espérer retirer) des bénéfices du fait de son exploitation, mais qui aussi, en soi, constitue un objet de commerce économique.* » Voir PIEDELIEVRE (S.), *Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce*, Paris : Dalloz, 2013, p. 251. On ajoutera qu'aux yeux de l'administration fiscale, le fonds de commerce fait partie des « *biens affectés par nature à l'exploitation* », et qu'il est à ce titre intégré *de facto* dans le patrimoine de l'entreprise, qu'il soit ou non inscrit au bilan par l'exploitant dans le cas des entreprises individuelles. Voir COTTINI (M.), *Le patrimoine de l'entreprise en droit fiscal in Le patrimoine de l'entreprise : d'une réalité économique à un concept juridique ? Mélanges sous la direction de BLARY-CLEMENT (E.) ET PLANCKEEL (F.)*, Bruxelles : Larcier, 2014, p. 177

1) Valeur patrimoniale du fonds de commerce en droit commun

Le fonds de commerce est depuis sa création une notion centrale de la vie des affaires³⁴, dont la perception, contrairement à l'entreprise, est univoque³⁵. Malgré son âge vénérable, le débat récurrent autour de sa supposée obsolescence n'a pas encore pu, à l'heure à actuelle, parvenir à l'évincer³⁶, notamment du fait de certaines de ses caractéristiques intimes (a), mais également du fait des conséquences juridiques que sa reconnaissance engendre (b).

³⁴ La notion de fonds de commerce a, dans un premier temps, été dégagée par la jurisprudence afin de permettre au commerçant de valoriser son activité. Le fonds acquiert une valeur attachée supérieure à la valeur cumulée de ses composantes. Ce n'est qu'ensuite que cette notion fera timidement son entrée dans la législation. Le code de 1807 n'y faisant aucune référence, c'est tout d'abord par les lois du 28 mai 1838 et du 28 février 1872, concernant respectivement les faillites et banqueroutes, et les droits de mutation, puis par la loi du 1^{er} mars 1898 concernant le nantissement de cet ensemble que le fonds de commerce fait ses premiers pas en droit interne. Cependant, aucune définition n'est proposée, seule une description énumératrice est fixée.. Il ne sera consacré que par la loi du 17 mars 1909 régissant son nantissement et sa cession, sans pour autant être mieux défini Un auteur remarquait encore il y a plusieurs décennies que « *le Code civil ignore le vocable et la notion elle-même* ». Voir VERCRUYSSÉ (M.) ET LAUWERS (E.), *Le fonds de commerce, Théorie générale. Cession des fonds de commerce et des baux commerciaux*, Paris : Larcier, 1967, p. 7. Il faut également constater que la législation communautaire ne s'est jamais pleinement saisie du sujet, et ne se reporte à cette notion qu'incidemment, majoritairement en matière comptable, sans faire œuvre créatrice d'un point de vue théorique. Voir DELPECH (X.), *Fonds de commerce*, 18^e Edition, Paris : Delmas, 2010-2011, p.16

³⁵ Du moins lorsqu'il fait l'objet d'une transaction. Un auteur détecte toutefois au sein de cette notion une ambivalence, opposant « *un concept abstrait dont les contours sont définis en termes de potentialité d'accueil plus qu'en termes de réalité concrète* », et « *un bien concret, objet de transaction, dont la composition doit alors être, au cas d'espèce, clairement déterminée.* » La conceptualisation inaboutie de la notion de fonds de commerce en est la cause. Mais dans le cadre de cette étude, ayant pour objet certains régimes spécifiques de cession du fonds, la seconde incarnation est à privilégier. Voir PANCRAZI (M.-E.), *Repenser l'exclusion traditionnelle des contrats et obligations*, Gaz. Pal., n° 155, 04 juin 2009, p. 93

³⁶ Mme la Professeure Denizot évoquait récemment avec humour, dans le cadre d'un colloque consacré à l'étude du patrimoine de l'entreprise : « *parler du fonds de commerce dans un colloque consacré au patrimoine affecté de l'entrepreneur, c'est un peu comme... convoquer un vieillard à une boum d'adolescents. Le fonds de commerce a-t-il vraiment sa place au milieu de ces savantes discussions sur le patrimoine affecté ? Pire, n'y aurait-il pas une forme d'insolence à vouloir ainsi l'inviter tant il paraît, chétif, mourant, moribond même face à l'insolente jeunesse et l'ardeur provocante de ces jouvenceaux que sont le patrimoine de l'EIRL et le patrimoine fiduciaire ?* » Voir DENIZOT (A.), *Quelle place pour le fonds de commerce ?* in *Le patrimoine de l'entreprise : d'une réalité*

a) Spécificité du fonds de commerce en droit interne

Le fonds de commerce est une notion qui a, en droit français, une importance prépondérante. Il représente l'ensemble des éléments destinés à l'attraction de la clientèle, sous réserve d'exceptions que nous aborderons. Cette notion est d'essence patrimoniale et trouve donc son origine dans le droit des biens. En comparaison d'autres législations européennes³⁷, un grand nombre de dispositions légales lui sont consacrées. Or, si de très nombreuses interventions législatives ont, depuis la loi fondatrice de 1909, précisé les modalités d'application de mesures particulières s'appliquant au fonds, aucune n'a eu comme ambition de proposer un régime unifié et cohérent, ni d'en proposer une définition légale indiscutable et définitive³⁸. Dans la pratique, les ensembles formant des fonds de commerce sont pourtant d'une infinie variété. Aussi cette notion reste-t-elle fuyante du fait de sa conceptualisation inaboutie, et certains aspects de son régime juridique, sujets à caution. Malgré son imprécision, cette notion s'est pourtant révélée féconde, et a donné naissance, en droit interne, à toute une portée de dérivés tels que le fonds artisanal, le fonds agricole, ou encore le fonds libéral, perclus des mêmes défauts que leur inachevé parent. A même cause, mêmes effets ; l'importance économique

économique à un concept juridique ? Mélanges sous la direction de BLARY-CLEMENT (E.) ET PLANCKEEL (F.), Bruxelles : Larcier, 2014, p. 177

³⁷ Néanmoins, on notera que le fonds de commerce existe bien dans le cadre de la législation belge. D'autres systèmes juridiques européens connaissent aussi des notions approchantes du fonds de commerce, tels en droit allemand, la notion d'*Handelsgeschäft*, qui diffère du fonds de commerce tel qu'il existe, dans notre droit interne, en ce qu'il comprend également les éléments du passif, s'apparentant de ce fait plus à la notion d'entreprise française. L'*Azienda* du droit italien est définie comme « *l'ensemble des biens mis en œuvre par l'entrepreneur pour le fonctionnement de son entreprise* », formule pouvant recouvrir celle du fonds de commerce, à la différence fondamentale près que ce droit rejette l'intégration de la clientèle au sein de cet ensemble. » Voir sur ce point VIALLA (F.), *Clientèle*, D. 2003, p. 4, *spéc.* n°23 et les références citées. Le droit anglais en revanche, se refuse à considérer le fonds de commerce comme un ensemble original, pouvant faire l'objet d'opérations globales. Le droit espagnol sépare quant à lui *l'empresa* de *l'establecimiento* tout en intégrant au plan comptable, l'expression « *fondo de comercio* » ; *l'establecimiento* peut être donné en location et faire l'objet d'une hypothèque mobilière. Pour une présentation comparative des rapports entre l'entreprise et le fonds de commerce dans les différentes législations internes européennes, voir CREDA, *L'entreprise personnelle, Expériences européennes*, Tome 1, Paris : LITEC, 1981, 387 p.

³⁸ DELPECH (X.), *op. cit.*, *supra* note n° 35, *spéc.*, p.13

revêtue par ces descendants est exponentielle, mais le colosse a des pieds d'argile, et les défauts conceptuels de l'aïeul se retrouvent également chez ceux qu'il a inspirés³⁹.

b) Reconnaissance de la propriété commerciale

La prééminence du fonds dans le monde des affaires vient de ce qu'il constitue généralement le bien principal et prépondérant du commerçant⁴⁰. La reconnaissance de son existence engendre, en conséquence, de lourdes conséquences juridiques et patrimoniales⁴¹. Notamment, le statut des baux commerciaux attribue la propriété commerciale, soit le droit au renouvellement d'un bail venant à expiration, aux commerçants exploitant un fonds de commerce⁴².

³⁹ Voir sur ce point DENIZOT (A.), *L'universalité de fait*, Paris : L.G.D.J, 2008, p.50. L'auteur relève habilement que « le modèle recèle un paradoxe puisque son succès s'impose en dépit de ses imperfections ». Cette constatation est reprise chez d'autres auteurs, qui assimilent le fonds de commerce à un fonds d'entreprise, voir COIFFARD (D.), *Propriétés incorporelles de l'entreprise*, PA, n° 86, 30 avril 2009, p. 8 et LECUYER (H.), *Les propriétés incorporelles (Rapport de synthèse du 105^e Congrès des notaires de France)*, Defrénois, n° 12, 30 juin 2009, p. 1218. Pour une tentative d'élaboration d'un régime juridique commun à cette variété de fonds, voir DISSAUX (N.), *Le fonds d'entreprise*, Paris : Editions Lexis Nexis, 2015, 500 p. L'auteur regroupe, sous le vocable équivoque de « *fonds d'entreprise* », les différents types de fonds évoqués, héritiers du fonds de commerce.

⁴⁰ Et ce bien antérieurement à la reconnaissance du fonds de commerce par la loi de 1909. Voir notamment MONEGER (J.), *op. cit., supra* note n°1, qui s'appuyant sur des travaux antérieurs, constate que l'attribution d'une valeur au fonds est présente dès le Moyen-Âge, même si exclusivement rattachée aux éléments matériels. Voir également sur ce point DISSAUX (N.), *Ibid, et* LE FLOCH (P.), *op. cit., supra* note n°1

⁴¹ Voir Décret n°53-960 du 30 septembre 1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal, *spéc.* Art. 4 et 8. Voir également, pour ce qui concerne les conséquences patrimoniales de l'existence d'un fonds de commerce au sein de locaux faisant l'objet d'une location, BOYER (J.), *La valeur des murs commerciaux, l'approche du juge judiciaire*, AJDI 1999, p. 881

⁴² Un auteur décrit ainsi le mécanisme du droit au renouvellement, qui « va créer une valeur authentique dans le patrimoine du propriétaire du fonds : une véritable propriété commerciale ». Cette dernière est « un démembrement de la propriété immobilière ». Voir DE BELOT (P.), *Soixante-treize ans de propriété commerciale*, Gaz. Pal., janvier-février 2000, p. 56

L'indemnité d'éviction devant être versée par le bailleur, en cas de refus de renouvellement opposé par ce dernier à son locataire, représente ainsi la contrepartie pécuniaire, le dédommagement légitime que celui-ci devra verser pour compenser la disparition du fonds exploité alors dans les locaux⁴³. L'évaluation du montant représentera donc la valeur adossée au fonds, au moment de la disparition de ce dernier.

2) Valeur patrimoniale du fonds de commerce en droit des procédures collectives

Dans le cadre particulier des procédures collectives, le fonds de commerce tient également un rôle de premier plan⁴⁴, et est en conséquence au centre de toutes les attentions. La sauvegarde et le redressement visent en premier lieu le maintien de l'intégrité, et la préservation de la valeur du fonds de commerce de l'entreprise encadrée⁴⁵. L'ensemble de règles dérogatoires au droit commun a été élaboré en ce sens.

En liquidation judiciaire, cette volonté de préservation de la valeur patrimoniale du fonds de commerce reste une préoccupation centrale, y compris en phase de cession, et est de ce fait souvent rappelée par les juridictions. Ainsi un débiteur, ayant obtenu du juge-commissaire l'autorisation de céder son fonds de commerce dans le cadre d'une cession de gré à gré, ne peut voir annuler cette vente suite à la rétractation du bailleur ayant exercé son droit d'option, alors

⁴³ La créance d'indemnité d'éviction pourra ainsi être cédée en cas de délivrance d'un congé sans offre de renouvellement du bail de la part du bailleur. Une cession de fonds de commerce intervenant postérieurement à la délivrance du congé pourrait ainsi valablement prévoir la cession de la créance due par le bailleur au titre de l'indemnité d'éviction. Voir Cass.3^e Civ., 6 avril 2005, pourvoi n° 01-12719, Bull. 2005, III, n° 84, p. 79. Quand bien même la cession n'intervient qu'après une expropriation, le fonds de commerce ne disparaît pas et la créance d'indemnité d'éviction reste due. Voir Cass. 3^e Civ., 20 mars 2013, pourvoi n° 11-28.788, Bull. 2013, III, n° 38

⁴⁴ Ainsi qu'exposé plus haut, c'est ironiquement par l'entremise de la loi du 28 mai 1838, réformant le droit de la banqueroute et de la faillite, qu'il a fait son entrée au sein de notre législation.

⁴⁵ L'article L626-14 al.1 du Code de commerce permet ainsi au tribunal arrêtant ou modifiant le plan de sauvegarde de « décider que les biens qu'il estime indispensables à la continuation de l'entreprise ne pourront être aliénés, pour une durée qu'il fixe, sans son autorisation », en précisant que « la durée de l'inaliénabilité ne peut excéder celle du plan. » Au nombre de ces biens compte le fonds de commerce. Voir LEBEL (C.), *Les indisponibilités du droit des procédures collectives*, RDP, n°232, janvier 2014, p.32

qu'il avait dans un premier temps offert le renouvellement du contrat de bail⁴⁶. De même, un repreneur ne peut se voir privé du paiement de l'indemnité d'éviction du fait de l'inexploitation découlant du déroulement de la procédure⁴⁷.

B) Le fonds de commerce comme universalité de fait

Le fonds de commerce, après d'acharnés débats doctrinaux, s'est vu attribuer la qualification d'universalité de fait⁴⁸ qui lui est depuis historiquement attachée. Néanmoins, en dépit de sa pérennité (1), cette qualification constitue une qualification par défaut, faisant fi de certaines failles conceptuelles, et ne pouvant de ce fait emporter une adhésion complète (2).

⁴⁶ Voir Cass. com., 17 février 2010, *préc.* Ainsi que l'indique un commentateur, « *puisque le locataire évincé a droit au maintien dans les lieux aux clauses et conditions du bail expiré, et ce jusqu'au paiement de l'indemnité d'éviction (C. com., art. L. 145-28), il peut logiquement céder son droit au bail à l'acquéreur de son fonds (C. com. art. L. 145-16).* » Voir DUMONT-LEFRAND (M.-P.), comm. sous Cass. com., 17 février 2010, pourvoi n° 08-19357, *L'Essentiel Droit des entreprises en difficulté*, 01 avril 2010 n° 4, p. 6. L'indemnité d'éviction est transmise lors d'une vente de fonds de commerce intervenant dans un cadre liquidatif, même si la cession intervient postérieurement à l'exercice du droit d'option du bailleur, qui refuse le renouvellement. Pour les modalités du dédommagement suite à la disparition du fonds de commerce, voir Cass. civ. 3^e, 13 mai 2009, pourvoi n° 08-12380, Bull. 2009, III, n° 106, comm. DUMONT-LEFRAND (M.-P.), *L'Essentiel Droit des entreprises en difficulté*, 01 juillet 2009 n° 4, p. 5 ; Cass. 3^e Civ., 6 novembre 1986, pourvoi n° 85-14025, Bull. 1986, III, n° 145

⁴⁷ Voir Cass. 3^e Civ., 10 décembre 2008, pourvoi n° 07-15241, Bull. 2008, III, n° 198

⁴⁸ Avant de préciser la notion d'universalité de fait, il est nécessaire, même si cela semble relever de l'évidence, d'évoquer la perception juridique de la notion plus générale d'universalité. Cette dernière s'entend comme « *un ensemble de biens formant un tout.* » Voir sur ce point SAYAG (A.), LEVI (A.), GARBIT (P.) ET AZEMA (J.), *Droit commercial, Fonds de commerce, baux commerciaux, marques, brevets, dessins et modèles, entreprises en difficulté*, Paris : Lamy, 2004, p. 103, spéc n°182.

1) Une qualification pérenne

La reconnaissance de la nature du fonds de commerce procède plutôt du choix par élimination que d'une identification précise (a). En dépit de cette qualification lacunaire, cette consécration a eu d'importantes conséquences légales sur le régime légal de ce dernier (b).

a) Origines de la qualification

Dans un premier temps, des théories marginales avaient ambitionné, dans la continuité de constructions théoriques allemandes⁴⁹, de présenter le fonds de commerce sous des formes s'échelonnant de la personne morale à l'universalité de droit, en passant par l'assimilation à un patrimoine d'affectation. Mais ces théories furent battues en brèche, et le fonds de commerce consacré comme une universalité de fait, impliquant uniquement une scission intra patrimoniale chez son titulaire, et sauvegardant de fait la pérennité de la théorie de l'unité et de l'indivisibilité du patrimoine prônée par Aubry et Rau (qui aura fait long feu jusqu'à la loi n°2010-658 du 15 juin 2010, ayant créé l'E.I.R.L, permettant enfin à une unique personne, physique ou morale, de posséder deux, et à terme plusieurs, patrimoines).

La publication de la loi de 1909 a donc consécutivement réifié le fonds de commerce. La consécration légale de la possibilité de réaliser des contrats portant sur l'intégralité du fonds de commerce imposa une constatation relative à la nature juridique du fonds de commerce : ce dernier ne peut constituer un sujet de droit, disposant de droits et d'obligations. Il est au contraire un objet de droit, « agrégat d'éléments », qui constitue « un bien en soi »⁵⁰. Cet objet de droit présente néanmoins une structure tout à fait remarquable, qui a très longtemps divisé les auteurs et les juridictions.

⁴⁹ Voir LE FLOCH (P.), *op. cit.*, *supra* note n° 1

⁵⁰ LECUYER (H.), *op. cit.*, *supra* note n° 1

b) Conséquences de la qualification

La qualification du fonds de commerce comme universalité de droit a plusieurs conséquences quant à la nature juridique de cet ensemble de biens. Tout d'abord le fonds de commerce ne constitue pas un patrimoine autonome. Il ne représente donc qu'un bien, objet de droit, qui est alors régi par le droit des biens, et individualisé au sein du patrimoine de son propriétaire.

Ensuite, le fonds de commerce ne peut constituer qu'un ensemble d'actifs, unis par une destination commune, et ne peut pas comprendre dans sa composition d'éléments passifs. Le débiteur doit répondre de ses dettes sur l'ensemble de son patrimoine. Ceci écarte définitivement le fonds de commerce d'une assimilation à une universalité de droit, qui conserve quant à elle en son sein les flux de passif et d'actif⁵¹.

Une fois évincées les théories les moins adéquates, le contour de cette universalité et la nature des liens unissant les biens y étant intégrés devaient être théorisés. D'un « négatif » du fonds, le caractérisant en réaction à ce qu'il n'est pas, il devint nécessaire d'opérer une transition vers une description « positive » de sa nature juridique, l'individualisant et le détachant des référents habituels.

⁵¹ Voir MAZEAUD (H.), (L.) et (J.), *Leçons de droit civil*, T. 1, 4e éd., par M. de Juglart, Vol. 1, Paris : Editions Montchrestien, 1970, spèc. *Quinzième leçon : le patrimoine et les autres universalités de droit*, pp. 279 et s. la distinction entre universalité de droit et de fait y est ainsi résumée : « *Un lien existe en l'actif et le passif : les éléments actifs d'un patrimoine, par exemple les droits de propriété et les droits de créance, sont liés aux éléments passifs, c'est-à-dire aux dettes de la personne : l'actif répond du passif. En conséquence, les créanciers de la personne peuvent se payer sur l'actif. Mais, pour que l'actif réponde du passif, il faut que les éléments actifs et passifs se trouvent dans une même universalité juridique. Une simple universalité de fait n'entraînerait pas cette conséquence (cf. infra, Lectures). En principe, par exemple, le commerçant qui vend son fonds de commerce transfère seulement les éléments actifs du fond ; l'acquéreur n'est pas tenu des dettes, parce que le fonds de commerce n'est pas véritablement une universalité juridique.* » et AUBRY (C.) ET RAU (C.-F.), *Droit civil français*, 6^e Edition par Esmein (P.), t. IX, Paris : Librairies Techniques, 1953, spèc. § 573 : « *Et c'est bien un des traits caractéristiques d'une universalité de droit qu'elle comprend un passif en même temps qu'un actif, par opposition à une universalité de fait, telle qu'un troupeau ou une bibliothèque.* » Voir également sur ce point ESCARRA (J.), ESCARRA (E.), ET RAULT (J.), *Principes de droit commercial, histoire du droit commercial, sources, documentation, actes de commerce*, T.1, Paris : Sirey, 1934, p. 492 et suivantes, spèc. n^{os} 471 et 478, qui listent les incompatibilités de la notion de fonds de commerce avec l'universalité de droit en droit interne.

Le fonds de commerce fut alors analysé en une « universalité de fait », conception encore retenue aujourd’hui. Mr Lamanda, premier président de la Cour de Cassation, présentait encore récemment le fonds de commerce en ces termes : « *Le fonds de commerce est tout d’abord une universalité de fait. Il constitue une entité juridique originale ayant sa nature propre et indépendante des éléments qui le composent. C’est l’unité intellectuelle entre les divers éléments du fonds et leur affectation commune à une même exploitation industrielle, commerciale ou artisanale qui caractérise cette universalité de fait.* »⁵² Cette nature juridique induit la possibilité d’appliquer au fonds de commerce, en tant qu’entité indépendante et individualisable, un régime spécifique, affranchi des règles applicables isolément à chacun de ses constituants⁵³. Ainsi, malgré des conceptions parfois divergentes de la notion d’« universalité de fait »⁵⁴, celle-ci constitue encore actuellement le contenant le plus représentatif du fonds de commerce.

Trois particularités principales permettent de caractériser l’universalité de fait⁵⁵. Tout d’abord, les biens composant l’universalité de fait peuvent être distingués les uns des autres, et sont mus par une véritable autonomie, que leur appartenance à l’universalité de fait ne saurait anéantir⁵⁶.

⁵² Voir intervention en date du Samedi 4 avril 2009, Gaz. Pal., n° 155, 04 juin 2009, p. 49

⁵³ Voir DERRUPPE (J.), *op. cit.*, supra note n° 16, p.7, n°156, qui relève que cette entité peut « *faire l’objet d’opérations spéciales, différentes des opérations portant sur des éléments et sans qu’il y ait lieu d’employer les formes juridiques qui seraient nécessaires pour chaque élément considéré isolément* ».

⁵⁴ Sur cette question, voir LE FLOCH (P.), *op. cit.*, supra note n°1, spéc p. 91-94.

⁵⁵ Voir sur ce point GARY (R.), *Essai sur les notions d’universalité de fait et d’universalité de droit*, Thèse, Bordeaux, 1931

⁵⁶ Voir LE FLOCH (P.), *op. cit.*, supra note n° 1, spéc p. 96, qui précise : « *chaque élément conserve son individualité et demeure intégralement soumis à sa propre condition juridique. Mais, mêlé à d’autres éléments au sein de cette universalité, cette individualité propre à chaque composant s’atténue au profit de l’ensemble lui-même. Cette autonomie caractéristique de l’ensemble permet alors de le considérer comme un véritable objet de droit, comme un bien auquel un régime particulier, différent de celui qui gouverne les éléments isolément considérés, peut être applicable.* »

Ensuite, chaque composante de l'universalité de fait dispose d'une valeur économique propre, différente de celle de l'ensemble, et individualisable. Enfin, ainsi que le mentionne Mr le président Lamanda, une destination commune à l'ensemble de ces biens crée le lien identifiant l'« universalité de fait ».

Cependant, la qualification d'universalité de fait comporte des limites de différents ordres. Elle est ainsi insuffisante à éclairer le praticien sur le régime juridique devant être appliqué spécifiquement au fonds de commerce en tant qu'ensemble, tant en droit commun que dans le cadre des procédures collectives⁵⁷. De plus, les règles attachées à celle-ci dans le cadre de son application au fonds de commerce divergent pour une part des déductions qui pourraient être réalisées empiriquement, démontrant que la congruence entre la notion de fonds de commerce et la nature juridique retenue n'est peut-être pas absolue.

2) Une qualification contestable

Le fonds de commerce présente cependant certaines caractéristiques entrant en contradiction avec cette qualification providentielle. L'universalité de fait ne différencie pas, dans son principe, la nature des biens entrant dans sa composition. Seule compte la destination commune de ces éléments, leur affectation conjointe à une utilisation commerciale déterminée. Ce qui n'est pas le cas du fonds de commerce. Il est en effet indiscutable, et juridiquement admis, que trois éléments sont exclus de manière constante de l'entité que constitue le fonds de commerce, sans pour autant que ces exclusions n'aient jamais fait l'objet d'une justification théorique convaincante, rendant de fait inaboutie l'affiliation du fonds de commerce à l'universalité de fait⁵⁸. Cette contradiction évidente fait obstacle à une conceptualisation satisfaisante de la

⁵⁷ Un auteur indique : « une universalité a une existence juridique ou elle n'existe pas, elle ne peut pas être de « fait ». En réalité, cette thèse est plus descriptive qu'explicative du fonds. Elle démontre seulement que le fonds de commerce réunit divers éléments affectés à un même but. » Voir CANIN (P.), *Droit commercial*, 6^e Edition, Paris : Hachette, 2014, p.103.

⁵⁸ Voir AUBERT (G.), *op. cit.*, *supra* note n°1 ; Un auteur évoque également cette anomalie en des termes auxquels nous souscrivons, et que nous reproduisons ici : « Sans véritable fondement, le fonds laisse de côté des éléments économiquement très importants pour les entreprises. C'est surtout ici que l'on peut prendre conscience du caractère profondément dépassé du fonds de commerce. En effet, en pratique, les conventions portant sur le fonds de commerce comprennent très souvent des clauses relatives à ces éléments exclus par la loi. » Voir MENJUCQ

notion de fonds de commerce. Ces composants embarrassants sont respectivement les créances et les dettes (b), les contrats d'exploitation (c), ainsi que les immeubles (d). On évoquera également brièvement ici l'ambivalence de la place occupée par les marchandises au sein du fonds de commerce (a).

a) Cas particulier des marchandises

Les marchandises sont, depuis la sacralisation du fonds de commerce au sein de la loi de 1909, exclus de l'assiette du nantissement du fonds de commerce. Ainsi que l'explique un auteur⁵⁹, la crainte du législateur de l'époque était d'assurer aux fournisseurs du commerçant que le prix de la revente de ces dernières pourrait être librement utilisé par leur débiteur pour honorer ses engagements, sans que le banquier bénéficiant d'un nantissement du fonds de commerce puisse se prévaloir de ce titre pour les précéder.

Mais cette logique, désormais surannée, n'exclut pas pour autant les marchandises du nombre des éléments constitutifs du fonds de commerce. Elles peuvent donc conventionnellement compter au nombre des éléments de l'assiette du privilège du vendeur du fonds de commerce. On constatera au surplus qu'au regard de certaines innovations récentes, telles que le gage sur stocks ou la clause de réserve de propriété, dont peut bénéficier le fournisseur, la précaution originelle ayant guidé le législateur se trouve privée pour une bonne part de sa raison d'être.

b) Exclusion des créances et des dettes

Au nombre des constituants dont la place occupée au sein du fonds de commerce reste actuellement problématique, figurent les flux financiers attachés à l'activité économique du fonds, soient, si on les décompose, le passif (α), et l'actif liés à l'activité du fonds de commerce (β).

(M.), *Droit des affaires : le commerçant, les actes de commerce, le fonds de commerce, le bail commercial, les contrats commerciaux*, Paris : Gualino, 2004, p. 83

⁵⁹ REZEK (S.), *Vingt raisons de réformer la vente des fonds de commerce*, JCP N, n°39, 29 septembre 2006, 1311

α) Exclusion des dettes

Le premier des éléments exclus de la constitution du fonds est le passif, constitué par les dettes résultant de l'exploitation du fonds de commerce. Nous avons déjà pu expliquer les raisons de ce refoulement qui sont liées à l'appartenance du fonds à la catégorie des universalités de fait.

A l'examen des solutions jurisprudentielles, l'exclusion pure et simple de toutes les dettes est actée. Ont ainsi été sacrées la non-transmission de l'obligation de non-concurrence⁶⁰, de l'obligation d'approvisionnement exclusif⁶¹, ou encore les garanties dues par le vendeur à sa clientèle concernant les contrats passés⁶². De la même manière, les dettes financières ont été écartées de toute cession de fonds de commerce. La cession se déroulant en liquidation judiciaire ne fait pas exception à la règle sur ce point⁶³.

β) Exclusion des créances

Symétriquement, les créances ont, de longue date, étaient exclues de la composition du fonds de commerce. Un arrêt de principe en la matière proposait dans son attendu une formulation qui n'admettait aucune discussion : « *Les créances possédées par un commerçant même pour cause commerciale ne deviennent pas des éléments constitutifs du fonds, et la vente du fonds n'opère pas transfert desdites créances à l'acheteur, sauf l'effet de clauses spéciales.* »⁶⁴

⁶⁰ Cass. com., 1^{er} avril 1997, pourvoi n° 95-12025, Bull. 1997, IV, n° 89, p.79 *contra* pour la transmission de l'obligation de non-concurrence du fait de son caractère « *propter rem* » : Voir Cass. com., 30 mai 1962, Bull. 1962, III, n° 290.

⁶¹ Cass. com., 3 juin 1998, pourvoi n° 96-15319, inédit

⁶² Cass. 3^e civ., 7 décembre 2005, pourvoi n°04-12931, Bull. 2005, III, n° 244, p.224

⁶³ Cass. Com., 7 juillet 2009, pourvoi n° 05-21322, inédit

⁶⁴ Voir Cass. civ., 12 janvier 1937, DH 1937, p. 99. Cette décision a pu de nombreuses fois être réaffirmée. Voir Cass. com., 11 juin 1981, pourvoi n° 79-16748, Bull. 1981, IV, n° 264, RTD com. 1982, p. 88, obs. DERRUPPE ; Dans le cas d'une lettre de change, voir Cass. com., 30 octobre 1984, pourvoi n°83-12811, Bull. 1984, IV, n° 286 ; Pour un solde d'indemnité suite à une perte d'exploitation, voir Cass. 1^{re} civ., 9 novembre 1999, pourvoi n° 97-12470, Bull. 1999, I, n° 296, RTD com. 2000, p. 72, n°s 2 et 3, obs. DERRUPPE

Cette exclusion des flux de passif et d'actif constitue par ailleurs l'une des principales distinctions applicables entre le fonds de commerce et le patrimoine d'affectation, qui constitue lui une universalité de droit⁶⁵.

c) Exclusion des contrats d'exploitation

Le second élément, disqualifié pour la constitution du fonds, est constitué de l'ensemble des contrats attachés à l'exploitation du fonds⁶⁶. Mais cette conception peut néanmoins être modulée, et les contrats faire l'objet de conventions particulières afin de permettre leur intégration au sein du fonds. Ils sont cependant écartés en principe de la composition initiale, sans que ne soit pris en compte leur rôle potentiellement déterminant dans l'attraction de la clientèle⁶⁷. Nous pensons toutefois que l'exclusion de principe de ces contrats présente d'importantes failles, et fragilise la vraisemblance de la nature juridique du fonds de commerce

⁶⁵ Voir DENIZOT (A.), *op. cit.*, *supra note 36, spéc.* p. 186

⁶⁶ Position affirmée par de nombreux arrêts. On peut utilement citer à ce titre, dans le cadre d'un contrat de location d'alarme, Cass. com., 24 juin 1997, pourvoi n° 94-16.929, RJDA, 1997, n° 1334, Rep. Defrénois 1998, p. 345, note MAZEAUD ; pour un contrat de sous-concession, voir Cass. com., 3 octobre 2006, pourvoi n° 04-17628 ; certains contrats constituent cependant une exception, et restent attachés au fonds lors de sa transmission à l'acquéreur. Ainsi, les contrats de travail par le truchement de l'article L1224-1 du Code du Travail, suivent le fonds dans le patrimoine de l'acquéreur, sans qu'il soit besoin de conventions complémentaires pour permettre leur transfert. L'article L121-10 du Code des Assurances remplit la même fonction pour ce qui concerne les contrats d'assurance, tandis que l'article L132-16 du Code de la propriété intellectuelle assure la transmission automatique des contrats d'édition lors de la transmission du fonds. Voir sur ce point REINHARD (Y.), THOMASSET-PIERRE (S.) ET NOURISSAT (C.), *Droit commercial : actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, Paris : LexisNexis, 2012, p.381, *spéc.* n°620 et suivants. Voir également REZEK (S.), *Achat et Vente de fonds de commerce*, Paris : Lexis Nexis, 2016, pp. 259-275

⁶⁷ On constatera que curieusement, que la notion originelle de « fonds de boutique » accueillait les créances, dettes et contrats d'exploitation en son sein. Une autre observation pertinente vient de ce que la perception du fonds de commerce par le droit belge est très proche de celle de notre droit interne, et que si elle exclut également les créances et dettes commerciales, sa composition intègre cependant les contrats conclus pour les besoins de celui-ci. Voir REYGROBELLET (A.) ET DENIZOT (C.), *Fonds de commerce*, 2^e Edition, Paris : Dalloz, 2012, *spéc.* p.3 n°4.11

(α), affaiblissant sa spécificité, et sa distinction d'avec d'autres notions⁶⁸. Le caractère anachronique de cette exclusion (β) concourt également à obliger le juriste consciencieux à considérer avec circonspection la nature actuellement revêtue par le fonds.

α) Opposition des perceptions théorique et économique du fonds de commerce

Madame la Professeure Pancrazi a consacré d'intéressantes réflexions aux rapports entretenus par ces contrats d'exploitation avec le fonds de commerce qui les justifie. Elle résume ces contradictions par la constatation suivante : de nombreux acquéreurs de fonds de commerce n'envisagent cet achat que « *par la volonté de leur auteur de s'approprier le bénéfice d'un contrat : un marché, un contrat de distribution, parfois même un bail commercial qui pourra ainsi être acquis au mépris de la clause qui le rendrait incessible* ».

Elle constate aussi que ces contrats occupent très souvent une importante place dans la valorisation de l'ensemble cédé, et, constituent une divergence préjudiciable entre « *l'approche juridique et l'approche économique du fonds* »⁶⁹. Le fonds serait ainsi convoité pour un élément qui n'en fait pas partie, alors qu'il constitue un, sinon « L »'élément d'attractivité primordial. Aussi la valorisation du fonds est-elle, dans un certain nombre de cas, attachée à la présence de contrats qui lui sont conceptuellement périphériques, ce qui constitue un paradoxe insoluble. Cette constatation faite, force est de reconnaître que la construction théorique du fonds de

⁶⁸ Cette approche est partagée par certains auteurs. Voir MONEGER (J.), *op. cit., supra* note n°1, dont nous partageons les interrogations : « *Pourquoi la transmission n'existe-t-elle que pour certains contrats dont le bail, les contrats de travail ou d'assurance, les contrats de nettoyage ou d'édition ? Il n'y a pas d'argument dirimant imposant de rattacher à la personne de l'exploitant les conventions ayant pour objet l'organisation de l'entreprise, la mise en place de procédés particuliers de distribution ou de gestion ; bref, de l'exploitation du fonds de commerce. C'est au fonds que ces contrats doivent être attachés, comme le sont déjà d'autres signes de ralliement de la clientèle : l'enseigne, le nom commercial ou la marque.* » Voir également BOCCARA (B.), *Fonds de commerce : le renouvellement des concepts (en marge des droits des franchises)*, D. 2000, p.15, qui considère que « *la propriété d'un fonds de commerce n'exige pas la propriété des éléments d'attraction de la clientèle mais exclusivement leur maîtrise juridique* ».

⁶⁹ PANCRAZI (M.-E.), *op. cit., supra* note n° 35

commerce actuellement retenue souffre de contradictions béantes, qui rendent sa transmission en droit commun, et plus encore dans le cadre des procédures collectives, problématique⁷⁰.

β) Caractère anachronique de l'exclusion des contrats d'exploitation

L'exclusion des contrats d'exploitation de la composition du fonds de commerce induit actuellement des conséquences juridiques. Celles-ci dirigent la notion de fonds de commerce dans le piège de l'anachronisme. Cette exclusion est en effet problématique dans le cadre de formes de fonds de commerce modernes, comme le fonds de commerce électronique (β1), et oblige les juridictions à de peu convaincantes circonvolutions rédactionnelles pour sauvegarder, en apparence, la cohérence de la notion (β2).

β1) Une exclusion réfractaire à la reconnaissance du fonds de commerce électronique

Cette conception biaisée du fonds de commerce présente un inconvénient préjudiciable. L'exclusion des contrats d'exploitation de la composition du fonds de commerce teinte ce dernier d'une nuance d'anachronisme. L'évolution du commerce ne peut se permettre le luxe d'ignorer le titan qu'est devenu le commerce « en ligne ». Les chiffres en attestent, la croissance du nombre de sites commerçants est exponentielle, et les chiffres d'affaires en découlant sont colossaux⁷¹. Cette évolution semble inexorable, et ne connaîtra pas, a priori, de revirement. Or, si le fonds de commerce électronique a fait l'objet d'un discret début de reconnaissance jurisprudentielle⁷², la protection de ce dernier est rendue délicate par l'exclusion des contrats d'exploitation. L'immobilisme de la conception du fonds de commerce confine ici à l'absurde.

⁷⁰ Voir REZEK (S.), *op. cit.*, *supra* note n° 66, pp. 259 et suivantes. L'auteur constate que « *les contrats conclus par un commerçant ne constituent pas un élément de son fonds de commerce. Cependant, l'exploitation d'un fonds de commerce peut parfois dépendre de la conclusion de certains contrats. Leur poursuite est donc une condition supplémentaire, voire essentielle de l'acquisition du fonds* » et que « *l'impossibilité pour l'acquéreur de reprendre certains contrats peut avoir une incidence sur le chiffre d'affaires prévisionnel du fonds* ».

⁷¹ Selon les rapports de la FEVAD (Fédération e-commerce et vente à distance), le nombre de sites marchands en France est passé de moins de 50 000 en 2007, à plus de 164 000 au premier trimestre 2015. L'e-commerce, qui représentait moins de 20 milliards d'Euros en 2009, en représentait plus de 60 en 2015.

⁷² CA Paris, Ch. 5, Sect. B, 20 novembre 2003, SARL CD Edition c/ SA Creanet

S'il est indiscutablement un fonds de commerce, le fonds de commerce électronique présente des spécificités qui nécessitent une adaptation de la perception communément admise de la notion de fonds de commerce⁷³. La protection accordée au bail commercial est par exemple dans ce cas souvent inutile, et doit donc être déplacée sur le nom de domaine, élément de ralliement de la clientèle. D'autres éléments doivent également faire consécutivement l'objet d'une protection renforcée pour garantir l'intégrité du fonds, comme le référencement du site dans les moteurs de recherche⁷⁴.

β2) Confusion législative et jurisprudentielle

Cette obstination à exclure ces contrats d'exploitation de la composition du fonds de commerce a obligé la jurisprudence à de nombreuses acrobaties rédactionnelles pour tenter de concilier la préservation de l'exploitation et la théorie du fonds de commerce⁷⁵. On remarquera par ailleurs

⁷³ Voir notamment, sur la question de la clientèle attachée au site, DESGORCES (R.), *Notion de fonds de commerce et internet*, CCE 2000, Chron. 6, p.14

⁷⁴ Sur ces questions, DUBOS (B.), *Essai sur la notion de fonds de commerce électronique*, Thèse, Toulouse, 2008, 435 p. ; DECOCQ (G.) ET STOFFEL-MUNCK (P.), *L'avènement du fonds de commerce électronique*, Gaz. Pal., n° 155, 04 juin 2009, p. 52 ; VERBIEST (T.) et LE BORNE (M.), « *Le fonds de commerce électronique : Une réalité juridique ?* », Gaz. Pal., n°297, 24 octobre 2002. p. 21 ; VERBIEST (T.), *Le fonds de commerce électronique, vers une reconnaissance juridique ?* CCE, n°4, avril 2008, étude n°10 ; MENDOZA-CAMINADE (A.), *La notion de fonds de commerce à l'épreuve de l'internet : faut-il admettre le fonds de commerce électronique*, in *Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Paris : Dalloz, 2008, p. 763 ; MALAURIE-VIGNAL (M.), *Les valeurs immatérielles et virtuelles de l'entreprise, entre protection et liberté*, D. 2013, p. 1919

⁷⁵ Madame la Professeure Pancrazi constate que si la jurisprudence n'a jamais été jusqu'à affirmer directement le rattachement de certains contrats d'exploitation au fonds de commerce, elle a utilisé « *avec une certaine audace parfois, les ressources qu'offre le droit de contrat, dans un esprit de bienveillance à l'égard des acquéreurs qui estiment avoir été floués sur l'étendue des droits transmis.* » A ce titre, elle cite notamment l'arrêt Cass. com., 4 mai 1993, pourvoi n° 91-17321, Bull. 1993, IV, n° 163, dans lequel la Haute Juridiction a utilisé la théorie du dol pour remettre en cause la cession d'un fonds, ou encore CA Poitiers, 21 janvier 1987, Defrénois 1987, p. 1317, obs. HONORAT, et Cass. com., 19 octobre 1999, pourvoi n° 97-18.206, RJDA 1999, n° 1317, qui contournent la difficulté de manière peu orthodoxe par le recours à la théorie des vices cachés. Elle conclue cependant que « *sous un habillage juridique élégant, ces décisions contrarient donc de plein fouet les solutions traditionnelles, et dissimulent mal l'embarras des juges face à une construction juridique qui ne leur permet pas d'appréhender la réalité économique.* » Voir PANCRAZI (M.-E.), *supra* note n°35

que les normes IFRS comptables, appliquées dans le cadre de l'évaluation d'une entreprise ou d'un fonds de commerce, incluent ces contrats dans l'évaluation des actifs incorporels. Pis-aller insatisfaisant, tentant avec adresse de compenser les carences légales d'une notion dont il serait sûrement préférable de moderniser certains aspects, afin d'enfin en offrir une conceptualisation pleinement aboutie. En effet, à la suite de madame la Professeure Denizot, n'est-il pas temps de reconnaître que « *reprocher au vendeur d'une boulangerie à défaut de délivrance du fonds, lorsqu'il ne s'est pas assuré de la pérennité d'un contrat de fourniture... N'est-ce pas reconnaître que ce contrat fait partie du fonds ?* »⁷⁶

d) Exclusion des immeubles

La plus équivoque des exclusions de la composition du fonds de commerce reste néanmoins celle des immeubles. Cette dernière, en plus d'être théoriquement injustifiable (α), complexifie à outrance le régime de cession du fonds de commerce, obligeant à dédoubler les actes de cession lorsque le fonds est hébergé dans un immeuble dont le gérant du fonds est également propriétaire (β)

α) Une exclusion théoriquement injustifiable

L'exclusion des immeubles du fonds de commerce est doublement abusive d'un point de vue théorique : elle contrevient tout d'abord avec la définition même de l'universalité de fait ($\alpha 1$), mais génère également des incohérences lorsque l'exploitation du fonds de commerce repose sur des immeubles par destination ($\alpha 2$).

⁷⁶ DENIZOT (A.), *op. cit.*, *supra* note n°36

α1) Contradiction avec la notion d'universalité de fait

Le dernier élément exclu est l'immeuble. Et sur ce point, l'exclusion apparaît comme contraire à la définition même de l'universalité de fait, et représente une réelle menace pour la pérennité de l'exploitation dans un certain nombre de cas. Si la destination commune des biens, dans leur utilisation, constitue le critère d'inclusion de ces biens au sein de l'universalité, alors les immeubles supports de l'exploitation devraient également y être intégrés⁷⁷. Cette exclusion des immeubles du fonds de commerce, bien qu'ayant été remise en cause par un certain nombre d'auteurs⁷⁸, n'a jamais été abolie⁷⁹.

⁷⁷ On remarquera avec intérêt que les premières évocations du fonds dans les ordres juridiques plus anciens intégraient les immeubles au sein de l'exploitation agricole. Le *fundus cum instrumento* romain les intégrait, ainsi que la *villa* médiévale. Voir sur ce point CHATAIN-AUTAJON (L.), *op. cit. supra* note n°1, T.72, p.31 et 34. On ajoutera que d'autres législations connaissant le fonds de commerce, comme le droit québécois, intègrent pour leur part l'immeuble au nombre des éléments constitutifs du fonds de commerce dans la mesure où ils sont « nécessaires au fonds », voir ROUSSEAU (S.), *Le fonds de Commerce vu sous l'angle du droit comparé*, Gaz. Pal., n° 155, 04 juin 2009, p. 11

⁷⁸ Voir sur ce point, CENDRIER (G.), *op. cit. supra* note n°1, 1925, *spéc* n° 73 ; REXANT-POURIAS (N.), *Les effets néfastes de l'immobilisation par destination sur les garanties grevant le fonds de commerce*, Revue Juridique de l'Ouest, 2001, Vol.14, Numéro 4, p. 515 ; BARRET (O.), *Les contrats portant sur le fonds de commerce*, Paris : L.G.D.J, 2001, *spéc.* n°20, qui relève qu'aucune règle ne s'oppose à ce qu'un immeuble puisse constituer l'accessoire d'un meuble ; FOYER (J.), « *L'immeuble, le fonds de commerce et le fonds agricole* », in Etudes de droit privé, mélanges offerts à Paul Didier, Paris : Economica, 2008, p. 161 ; BOUQUET (B.), *Repenser l'exclusion traditionnelle des immeubles*, Gaz. Pal., n° 155, 04 juin 2009, p. 101. Le Professeur Deruppé avait lui aussi proposé d'inclure « *les immeubles affectés à l'entreprise, et dont le commerçant est propriétaire* », voir DERRUPE (J.), *L'avenir du fonds de commerce et de la propriété commerciale*, in *L'avenir du droit, Mélanges offerts à F. Terré*, Paris : Dalloz -Sirey, 1999, p. 586.

⁷⁹ Elle résulte notamment d'un arrêt de principe dont la solution n'a, à notre connaissance, jamais subi de revers, voir Cass. civ., 21 juillet 1937, DP 1940, 1, p 17, note VOIRIN, Gaz. Pal., Rec. 1937, jur. p. 639, JCP G, 1937, I, 408 ; S. 1938, 1, p. 337, note LAGARDE. Cette solution prévoyait que « *le propriétaire d'un immeuble, en même temps commerçant, ne fait qu'user de son droit réel sur cet immeuble, quand il l'affecte en tout ou en partie aux besoins de son exploitation commerciale ; le droit réel en vertu duquel il occupe ainsi son propre immeuble, est en dehors des éléments du fonds de commerce susceptibles de faire l'objet d'un nantissement essentiellement mobilier* ». Néanmoins des arrêts sporadiques plus anciens semblaient inclure l'immeuble dans le fonds de commerce, voir CA Montpellier, 29 novembre 1897, DP 1899, I, p. 353, qui décidait que l'immeuble était ameubli

Elle engendre pourtant certains paradoxes, et de délétères conséquences pratiques, qui remettent en cause sa légitimité, ainsi que consécutivement celle de la nature juridique du fonds de commerce.

α2) Incohérence du régime des immeubles par destination

D'un point de vue théorique, cette exclusion de principe de l'immeuble a des implications injustifiables dans le cadre de la transmission de certains fonds de commerce qui nécessitent pour leur exploitation un ensemble d'éléments attachés physiquement à l'immeuble. Les immeubles par destination, définis à l'article 524 du Code Civil, sont en effet tout autant exclus de la composition du fonds de commerce que les immeubles par nature⁸⁰. Que penser de la légitimité de cette exclusion lorsque les immeubles par destination sont indispensables à l'exploitation du fonds exploité entre ces murs ? Ainsi que le fait remarquer un auteur, cette logique aboutit à la désintégration du fonds de commerce lors de sa cession⁸¹.

β) Complexification du régime de cession du fonds de commerce

D'un point de vue pratique, il faut aussi constater que la cession d'un fonds de commerce exploité dans un immeuble dont l'exploitant est simultanément propriétaire est soumise à un formalisme plus complexe, et plus contraignant, que la cession d'un fonds équivalent bénéficiant d'un droit au bail. En effet, là où un unique acte de vente suffira dans le second cas,

par la volonté des parties ; CA Pau, 6 novembre 1911, DP 1912, 2, p.375, qui décidait qu'en tant qu'élément nécessaire à l'exploitation du fonds, l'immeuble était en conséquent inclus.

⁸⁰ A de très rares exceptions près, comme celle mentionnée à l'article L 525-8 du Code Civil, qui dispose que les meubles intégrés dans l'assiette du nantissement d'un fonds de commerce, continueront à faire partie de l'ensemble nanti, et donc de se voir appliquer le régime de ce dernier, quand bien même ils seraient par la suite immobilisés par destination.

⁸¹ Voir sur ce BOUQUET (B.), *op. cit.*, *supra* note n° 78, qui relève que « cette exclusion des immobilisations par destination, lorsque l'on est en présence d'immeubles spécialement affectés à l'exploitation (par exemple, usine, théâtre, cinéma, etc.), peut conduire à vider de sa substance le fonds de commerce au profit de l'immeuble dans lequel il est exploité ».

deux actes séparés devront être dressés⁸². La valorisation de ce dernier est également désavantageuse pour l'exploitant dans la mesure où, privé d'un élément essentiel, la valeur globale du fonds en pâtit inévitablement beaucoup.

Cette exclusion historique semble néanmoins lentement se fissurer, sans pour autant qu'il soit actuellement permis d'y lire l'ébauche d'un bouleversement à venir. En effet, même si la décision ne concernait que le fonds libéral, un arrêt de la Cour de Cassation a finalement adoubé l'inclusion des locaux dans l'assiette du fonds⁸³. Si cette ouverture ne concerne pas directement le fonds de commerce mais l'un de ses héritiers, pour autant, l'on discerne mal en quoi l'obstacle, si aisément franchi pour permettre la préservation de la clientèle civile, resterait insurmontable dans le cadre de la préservation de la clientèle commerciale.

C) Le fonds de commerce comme bien meuble incorporel

Une fois le fonds de commerce catégorisé comme universalité de fait, sa nature juridique doit être affinée, afin qu'en soit déduit le régime juridique qui lui sera appliqué. Or, le fonds de commerce est composé d'une myriade d'éléments, potentiellement variables pour une part non négligeable d'entre eux. Cette nature ne peut donc être déduite de constatations purement empiriques. Le raisonnement juridique doit ici faire œuvre créatrice en imposant une conception théorique commune, sous peine de conclure à une pluralité de natures applicables, répondant à la multitude des situations de fait rencontrées en pratique. Ce qui aurait alors pour conséquence de vider la notion de fonds de commerce de sa substance et de son intérêt juridique, rendant impossible tant son identification, que l'élaboration d'un régime commun. Aussi ce raisonnement ne peut-il prospérer que par l'intermédiaire de fictions juridiques⁸⁴.

⁸² Voir COILLOT (J.), *Le rôle de l'immeuble dans la notion de fonds de commerce*, Thèse, Lille, 1960, p.190 et suivantes, dont nombre de constatations restent tristement d'actualité.

⁸³ Voir Cass. Civ, 2 mai 2001, pourvoi n° 99-11336, Bull. 2001, I n° 110 p. 72 : « *Mais attendu que la clientèle civile d'un époux exerçant une profession libérale, de même que les matériels et les locaux, l'ensemble formant un fonds d'exercice libéral, doivent être portés à l'actif de la communauté pour leur valeur estimée au jour du partage* ».

⁸⁴ Ces fictions juridiques lestent la qualification de bien meuble incorporel, attribuée au fonds de commerce par défaut, de déficiences théoriques fortement handicapantes qui lui interdisent une reconnaissance unanime. Voir

La principale ligne de force discernable dans l'évolution du fonds de commerce reste l'acquisition progressive, par ce dernier, des caractères mobilier et incorporel⁸⁵ (1). Cependant, on constatera que l'attribution de ces caractéristiques est critiquable, dans la mesure où elle reste tributaire de fictions juridiques contestables (2).

1) Une qualification unificatrice

Deux conceptions antagonistes se sont développées concurremment afin de justifier l'attribution des caractères de mobilité (a) et d'incorporalité (b) au fonds de commerce, pour néanmoins aboutir à une même perception de cet ensemble de biens.

a) Attribution du caractère mobilier

Pour ce qui concerne le caractère mobilier de l'ensemble étudié : selon une première approche, la nature de meuble découle uniquement de l'affiliation à la notion d'universalité, qui ne peut s'analyser, en tant qu'ensemble, que comme un meuble.

Selon un raisonnement plus empirique, la majorité des auteurs s'est attachée à déduire la nature de l'ensemble d'après la nature des éléments composant celui-ci. Aussi, le fonds de commerce n'étant composé que de meubles, il ne pouvait en conséquence qu'être meuble lui-même.

les critiques adressées sur ce point par SAYAG (A.), LEVI (A.), GARBIT (P.) ET AZEMA (J.), *op. cit.*, supra note n° 48, spéc. n°188 et suivants.

⁸⁵ Voir MONEGER (J.), *op. cit.*, supra note n°1, qui relève : « *le fonds de commerce, né il y a un peu plus de deux siècles, est passé d'une existence essentiellement matérielle à une existence largement, voire totalement immatérielle... Les commerçants aiment le réel. Il est donc normal que les premiers signes du fonds aient été décelés dans les éléments matériels servant à l'exercice de l'activité commerciale. Ce n'est qu'au fil du siècle dernier que le concept a été enrichi des éléments immatériels au fur et à mesure que ceux-ci vont prendre place dans le processus de production et de distribution.* »

b) Attribution du caractère incorporel

Ces deux approches se prolongent dans l'attribution du caractère incorporel à l'ensemble : dans les raisonnements de la première obédience, le caractère incorporel de l'ensemble découle logiquement de la simple qualification d'universalité⁸⁶.

Dans la logique majoritaire, en revanche, la réflexion se heurte inévitablement à un obstacle de taille : cette universalité n'est pas, dans la pratique, toujours composée des mêmes éléments. Cet ensemble peut ainsi comporter des éléments corporels, tout comme des éléments incorporels. La question a été résolue en différenciant la valeur juridique des différents éléments, et en érigeant le principe selon lequel l'universalité revêt la nature juridique de l'élément essentiel de celle-ci. L'élément déterminant du fonds étant la clientèle, et celle-ci ne pouvant recevoir que la qualification de meuble incorporel, elle communique dès lors sa nature à l'ensemble auquel elle s'attache.

L'évolution de la perception de cette clientèle, dans ses rapports au fonds de commerce qui l'englobe, la présentant non plus comme l'élément essentiel du fonds, mais plutôt comme le but de la constitution de ce dernier, voire comme le fonds lui-même dans les conceptions les plus audacieuses, n'a à ce stade du raisonnement aucun impact sur la qualification de la nature juridique du fonds de commerce. Restant déterminante dans la structuration de l'ensemble, elle teint ce dernier de son essence juridique, et détermine une fois encore ce dernier comme un meuble incorporel.

⁸⁶ Voir CENDRIER (G.), *op. cit. supra* note n°1, *spéc.* n°65. L'auteur relève : « *Le fonds de commerce est un bien meuble incorporel. La présence dans le fonds de commerce de meubles, d'outillage, ne lui enlève pas cette qualité : c'est là une conséquence de ce que nous disions plus haut, que le fonds de commerce constitue par lui-même un corps juridique indépendant de sa composition.* » ; MENJUCQ (M.), *op.cit., supra* note n° 58, p.88 et PETIT (B.), *Droit Commercial*, Paris : Litec, 2000, pp.82-84.

2) Une qualification polémique

L'attribution des caractères mobilier et corporel aux ensembles de biens désignés comme fonds de commerce ne peut, pour autant, se dispenser du recours à des fictions juridiques qui permettent d'octroyer à ces ensembles, par trop variables quant à leur composition, une certaine homogénéité, et donc une nature juridique commune (a). Néanmoins, la présence de ces dernières empêche aujourd'hui encore la conception retenue de pleinement convaincre (b).

a) Une construction juridique utilitariste

Ces deux approches, si elles ne se basent pas sur les mêmes raisonnements, n'en présentent cependant pas moins des caractéristiques communes. Toutes deux aboutissent à une conclusion analogue : le fonds de commerce ne peut être perçu que comme un bien meuble incorporel. Toutes deux contiennent également des écueils, pour ne pas dire des incohérences, dans l'édifice théorique qu'elles érigent. La qualification retenue nous semble, dans les deux cas, découler d'une volonté utilitariste des praticiens commercialistes désireux d'imposer une unité dans le traitement de ce bien curieux qu'est le fonds de commerce. Si cette volonté de parvenir à une définition unique est louable, elle reste cependant critiquable en ce qu'elle élude la spécificité de certaines situations rencontrées. Ces ellipses nuisent incontestablement à la cohérence de l'édifice juridique, et concourent aux causes théoriques des troubles rencontrés dans le cadre des cessions de fonds de commerce en liquidation judiciaire, en interdisant une approche scientifique exhaustive de la notion d'universalité de fait.

b) Une qualification tribulaire de fictions juridiques

Notre perception rejoint sur cet aspect la démarche circonspecte adoptée par Mr Gary⁸⁷. Ce dernier constatait déjà, à l'époque, les incohérences et les contresens dont est lardée la conceptualisation du fonds de commerce. Il concluait à l'impossibilité de parvenir à une théorie unitaire et objective qui expliquerait de manière générale la structuration de tous les ensembles pouvant être qualifiés de fonds de commerce, sans qu'il soit pour autant nécessaire de retrancher artificiellement certains éléments.

⁸⁷ Voir GARY (R.), *op. cit.*, *supra* note n° 55

Deux cas de figures peuvent se présenter : soit tous les éléments compris dans l'universalité partagent la même nature juridique et dans ce cas, l'ensemble revêt logiquement cette nature, soit ces composantes sont de nature juridique différentes, et dans ce cas la disparité empêche toute déduction définitive sur ce sujet. Le fonds de commerce appartient de manière indiscutable à la seconde catégorie.

Même aujourd'hui, alors que les praticiens⁸⁸ et la jurisprudence⁸⁹ réaffirment de manière chorale l'évidence de la nature de bien incorporel du fonds de commerce, on ne peut que constater la logique expéditive à l'origine de cette conclusion, guidée plutôt par la nécessité de classer ce bien énigmatique afin de l'affilier à un régime existant, que par la rigueur scientifique. Cette qualification obtenue à rebrousse-poil de l'observation et de la logique empêche toute conceptualisation satisfaisante de la notion de fonds de commerce, et représente *in fine* l'une des causes de la confusion des régimes de cession de celui-ci dans la matière qui nous occupe. A la suite de l'auteur, nous serions en conséquence plus enclins à considérer que le fonds de commerce n'est considéré comme un bien meuble incorporel que par « *fiction elliptique* », et que les seules convictions qui peuvent être pleinement assumées, quant à sa nature, sont que ce dernier constitue un « *bien individualisable, qui se compose de biens, d'éléments variés* »⁹⁰.

⁸⁸ Voir par exemple REYGROBELLET (A.) ET DENIZOT (C.), *op. cit.*, *supra* note n° 67, *spéc.* n°s 700.200 et 700.210, qui indiquent laconiquement : « *La qualification de bien incorporel du fonds, comme celle de meuble, ne soulève pas de difficulté.* »

⁸⁹ Cette double qualification est entérinée par la jurisprudence depuis de longues décennies, que cela puisse concerner la nature mobilière du fonds de commerce ou son caractère incorporel. Sur la qualification du fonds de commerce comme une « *universalité mobilière* », voir Cass. Com., 17 décembre 1991, pourvoi n° 89-17028, Bull. 1991, IV, n° 391, p. 271. Sur la qualification de celui-ci comme un « *bien meuble incorporel* », voir Cass. Com., 25 juin 2013, pourvoi n° 12-17037, Bull. 2013, IV, n° 108 ; Cass. Com. 7 mars 2006, pourvoi n° 04-13569, Bull. 2006, IV, n° 62, p. 62 ; Cass. Com. 16 février 1993, pourvoi n°91-13277, Bull. 1993, IV, n° 63, p. 42 ; Cass. Com, 6 octobre 1964, n°407

⁹⁰ « *Scientifiquement, on ne peut pas dire que le fonds de commerce soit un meuble incorporel. Dans la réalité, il est toujours susceptible de comprendre des éléments corporels et des éléments incorporels. On dit que c'est un meuble incorporel par une fiction elliptique ; cela n'empêche point que les choses se passent autrement, que le fonds de commerce reste un ensemble varié. Tout ce que l'on peut dire à l'heure actuelle, c'est que le fonds de commerce, susceptible en tant que tel d'appropriation, répond à la notion d'un bien individualisable, qui se compose de biens, d'éléments variés.* » Voir GARY (R.), *supra* note n° 55

Il ne peut en conséquence être défini, objectivement, que comme un bien dépourvu de toute nature particulière. La qualification de bien meuble incorporel ne représente finalement qu'une part, certes majoritaire, des situations rencontrées.

Cependant, si la nature juridique véritable du fonds de commerce, en tant qu'entité, reste pour nous une question en suspens, *a contrario* la question de la nature juridique des éléments composant cette entité ne pose plus de difficultés depuis longtemps. Que le fonds de commerce soit un bien meuble incorporel ou un bien dépourvu de nature juridique spécifique, la jurisprudence a établi de manière définitive, que « *chacun des éléments compris dans la vente du fonds demeure régi par les lois qui lui sont propres* »⁹¹.

⁹¹ Cass. Com., 2 mars 1999, pourvoi n° 96-42444, inédit

II) La nature juridique de l'entreprise

L'établissement de la nature juridique de l'entreprise pose également d'importantes difficultés, même si ces dernières diffèrent de celles rencontrées dans le cadre du fonds de commerce. Si aucune de ces deux notions ne fait l'objet d'une définition légale, elles ne partagent pourtant pas le même degré d'aboutissement en termes de conceptualisation juridique. Contrairement à ce dernier, aucune énumération de ses composantes n'est fournie par la loi aux glossateurs pour les guider dans leurs réflexions sur ce sujet. L'entreprise présente une particularité remarquable : bien que n'ayant jamais été arrachée au monde des notions pour faire l'objet d'une véritable conceptualisation juridique, elle s'est imposée avec force au droit et fait figure, dans l'étude qui nous occupe, de critère d'application. Sa finalité est également bien différente. Là où le fonds de commerce est une notion d'essence patrimoniale, dont la fonction est de permettre la valorisation, ou la transmission, des éléments nécessaires à l'activité du commerçant, l'entreprise est une notion d'obédience fonctionnelle. Elle vise à appréhender au sein d'une unique notion l'ensemble des phénomènes (économiques, sociaux, organisationnels) indispensables au maintien de l'activité qui lie les éléments qui la constituent. Les premières réflexions au sujet de la nature juridique de l'entreprise émanent du droit communautaire (A) et du droit interne (B).

A) En droit communautaire

Les premiers éléments servant de base à une réflexion juridique⁹² sur ce sujet proviennent du droit communautaire. L'entreprise y est appréhendée dans sa réalité économique par une approche déductive, pragmatique, et fonctionnelle. Mais si cette perception est émancipée des carcans que constituent les législations nationales des différents états membres, elle n'est finalement pleinement convaincante que dans le domaine du droit de la concurrence, dont elle représente le principal sujet. Présentée initialement comme un sujet de droit (1), les juridictions européennes ont pourtant abandonné rapidement cette perception, sans pour autant coopter une qualification définitive (2).

⁹² Par opposition aux conceptions d'ordre purement économique développées jusqu'alors, voir sur ce point ROZES (L.), *L'entreprise*, Répertoire de droit du travail Dalloz, 2001, spéc. n°1

1) L'entreprise comme sujet de droit

Les traités fondateurs des communautés européennes ont dans un premier temps contribué à entretenir la confusion selon laquelle les entreprises bénéficieraient de la personnalité morale⁹³. La jurisprudence rendue par la Cour de Justice des Communautés européennes, afin de préciser les termes des traités, participa également à perpétuer l'illusion selon laquelle les entreprises pouvaient revêtir la qualité de sujet de droit, tant dans le cadre de l'application du traité CECA⁹⁴, que du traité CEE⁹⁵ qui lui succéda.

⁹³ Voir sur ce point LAMARCHE (T.), *supra* note n° 24. Le traité CECA, signé à Paris le 18 avril 1951 et instituant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, prévoyait en son article 80, qui précisait le sens que devait revêtir le vocable « *entreprise* » qui servait de critère d'application aux « *ententes d'entreprises* » visées à l'article 65 et aux « *concentrations d'entreprises* » de l'article 66, que « *les entreprises, au sens du présent traité, sont celles qui exercent une activité de production dans le domaine du charbon et de l'acier à l'intérieur des territoires visés à l'article 79, premier alinéa, et, en outre, en ce qui concerne les articles 65 et 66, ainsi que les informations requises pour leur application et les recours formés à leur occasion, les entreprises ou organismes qui exercent habituellement une activité de distribution autre que la vente aux consommateurs domestiques ou à l'artisanat* ».

⁹⁴ Voir sur ce point CJCE, 22 mars 1961, Aff. 42 et 49/59, *Société Nouvelle des Usines de Pontlieue- Aciéries du Temple (SNUPAT) c/ Haute Autorité*, Rec. CJCE, p.101. La Cour indique que « *la notion d'entreprise au sens du traité s'identifie au concept de personne physique ou morale, étant donné que le traité fait essentiellement appel à cette notion pour désigner les titulaires de droits et obligations découlant du droit communautaire* ». Ou CJCE, 13 juillet 1962, *Klöker-Werke A.G et Hoesch A.G c/ Haute Autorité*, Rec. CJCE, p.615, et CJCE, 13 juillet 1962, *Mannesmann A.G c/ Haute Autorité*, Rec. CJCE, p.675, qui décident que « *l'entreprise est constituée par une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels et immatériels, rattachée à un sujet juridiquement autonome et poursuivant d'une façon durable un but économique déterminé* ». Ces décisions ont vu les juges communautaires se prononcer pour une assimilation de l'entreprise à un sujet de droit, et non à un objet de droit.

⁹⁵ Voir sur ce point CJCE, 13 juillet 1966, Aff. C-32-65, *Gouvernement de la république italienne c/ conseils et commission de la CEE*, Rec. CJCE 1966, p. 563, qui indique que « *pour ce qui est de la notion d'entreprise, les définitions élaborées dans le droit CECA et le droit national en matière d'ententes peuvent nous aider. Ainsi, indépendamment de la forme juridique ou de la recherche de bénéfices, les entreprises sont des personnes physiques ou morales qui participent activement et indépendamment à la vie économique et qui ne poursuivent donc pas une activité purement privée* ». Voir également CJCE, 13 juillet 1966, Aff. Jointes 56 et 58-64, *Etablissements Constens SARL et Grundig-Verkaufs GmbH c/ Commission*, Rec. CJCE 1966, p. 429, qui précisent pour leur part : « *Selon la jurisprudence élaborée en fonction du traité CECA, la notion d'entreprise coïncide avec la notion juridique de personnes physiques ou morales. Cette notion serait également applicable dans le cadre du traité CEE.* »

2) Une qualification faisant toujours débat

Pourtant, la perception de l'entreprise comme personne morale fut abandonnée assez rapidement⁹⁶ par la jurisprudence communautaire, sans pour autant que les juridictions ne précisent ultérieurement la nature juridique de cette dernière. Aussi cette question reste-t-elle actuellement en suspens dans l'ordre juridique européen, et l'identification d'une personne morale reste donc insuffisante comme critère d'application de la notion d'entreprise.

B) En droit interne français

L'émergence de cette notion au cours de la seconde moitié du XXe siècle et son importance toujours plus grande au sein de la vie économique moderne conduisirent les juristes des décennies suivantes à s'emparer de celle-ci pour l'introduire en droit français. Néanmoins, si la notion d'entreprise fut très souvent utilisée au sein de nombreux textes relevant de matières aussi diverses que le droit commercial, le droit social, le droit fiscal, le droit civil ou encore le droit pénal, ses premières incursions en droit interne laissèrent perdurer le doute sur sa nature juridique⁹⁷. Aucune définition générale n'ayant été adoptée (1), sa nature juridique reste toujours fuyante et insaisissable à l'heure actuelle (2).

⁹⁶ Deux arrêts de la Commission Européenne, Comm. CE, déc. N° 69/195/CEE, 18 juin 1969, *Christiani-Nielsen* : JOCE L n° 165, 5 juillet 1969, p.12 et Comm. CE, déc. n°70/332/CEE, 30 juin 1970, *Kodak* : JOCE n° L147, 7 juillet 1970, p.24, ont ainsi refusé dans un premier temps la qualification d'entreprise distincte de la société mère à une filiale de celles-ci, alors qu'elles étaient pourtant constituées de personnalités morales séparées, ouvrant ainsi la voie à la priorité de l'activité de l'entreprise comme critère identifiant et discriminant. Un autre arrêt enfonça le dernier clou dans le cercueil de la nature juridique de l'entreprise dans la jurisprudence européenne. L'arrêt CJCE, 12 juillet 1984, aff. 170/83, *Hydrotherm c/ Compact* : Rec. CJCE 1984, p.2999 entérine ainsi que « *la notion d'entreprise, placée dans un contexte de droit de la concurrence, doit être comprise comme constituant une unité économique du point de vue de l'objet de l'accord en cause même si, du point de vue juridique, cette unité économique est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales* ».

⁹⁷ Dans une étude analysant les apports du droit constitutionnel à la définition de la notion d'entreprise, le Professeur Drago a synthétisé les contradictions et les interrogations qui sont encore aujourd'hui de mise à ce sujet. Il relève que « *... l'entreprise n'est pas reconnue en droit français comme un concept juridique à part entière. Le droit des sociétés et le droit commercial n'utilisent pas ce concept en tant que tel...* ». L'auteur perçoit ici les enjeux cumulés mais néanmoins dissemblables présents dans l'élaboration d'une telle définition : « *le problème politique est celui de la conciliation des intérêts de deux collectivités, celle des associés et actionnaires et celle des salariés. C'est cet ensemble qui forme l'entreprise, l'enjeu étant de faire en sorte que les rapports*

1) Absence de définition légale

A ce jour, aucune définition légale de l'entreprise, applicable uniformément à l'ensemble des branches du droit interne, n'a été adoptée⁹⁸. Ce « *point aveugle du savoir* », ainsi qu'elle a pu être judicieusement qualifiée par certains auteurs, n'est donc pas revêtu d'une existence juridique propre. Son mode de transmission reste par conséquent relativement obscur⁹⁹. Or, cette absence de consensus n'est pas sans conséquences. Le paradoxe étant que si le fonctionnement de l'entreprise est régulé en droit, pour autant celui-ci ne tire pas de conséquences de ce fonctionnement d'un point de vue normatif¹⁰⁰. On peut former l'hypothèse selon laquelle cette absence de définition légale résulte, pour une part, d'une volonté

*entre ces collectivités ne soient plus conflictuels mais harmonieux et équilibrés. Le problème technique consiste à répondre à la question : l'entreprise est-elle une personne juridique ? » Il en conclut que « les définitions législatives ne donnent pas satisfaction, puisqu'elles déterminent ce qu'est une société et non une entreprise... », et qu'« on ne peut réduire l'entreprise à la seule qualification d'une activité organisée ». Voir DRAGO (G.), *De quelques apports du droit constitutionnel à une définition de l'entreprise*, in Mélanges en l'honneur de Claude Champaud, Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe Siècle, Paris : Dalloz 1997, p.299*

⁹⁸ Voir PAILLUSSEAU (J.), *Le big bang du droit des affaires à la fin du XXe siècle (ou les nouveaux fondements et notions du droit des affaires)*, JCP G, n° 16, 20 avril 1988, I 3330, qui constate : « *Ni la loi, ni la jurisprudence ne la définissent clairement et précisément.* » ; ROZES (L.), *op. cit.*, supra note n° 92 : « *En dépit de multiples références faites par la loi à la notion d'entreprise, celle-ci ne fait pas l'objet d'une définition.* »

⁹⁹ Voir COZIAN (M.), supra note n° 32, qui indiquait : « *Commençons par le secteur commercial et relevons ce paradoxe ; la loi ne connaît pas l'entreprise commerciale, elle ne connaît que le fonds de commerce. Elle ne régleme pas - et pour cause - la transmission de l'entreprise commerciale ; elle régleme en revanche - avec quel luxe de détails - la vente du fonds de commerce. La réglementation remonte à 1909 ; le moins que l'on puisse dire, c'est qu'elle ne respire pas le modernisme.* »

¹⁰⁰ Voir sur ce point ROBE (J.-P.), *L'entreprise et le droit*, Collection encyclopédique Que sais-je, Paris : PUF, 1999, p.11. Nous souscrivons aux remarques de l'auteur : « *Cet aspect des choses (l'inexistence juridique de l'entreprise) pourrait sembler n'être qu'un problème de pure technique juridique. L'inexistence de l'entreprise en soi est cependant déterminante pour l'analyse du rôle de l'entreprise dans une société telle que la nôtre, et de la manière avec laquelle elle est traitée par le droit. L'impact de l'entreprise au niveau de la production du droit régulateur découle en effet de cette dichotomie : il y a à la fois existence de circuits de contrats cohérents, qui ont des conséquences économiques et politiques importantes (accrues aujourd'hui par la mondialisation de l'économie), et ignorance officielle de cette existence par le droit positif. Cette existence de fait de l'entreprise en tant qu'unité, et cette inexistence en droit en tant que telle, permet une vie très particulière à l'entreprise, entre droit et non droit.* »

consciente¹⁰¹, cherchant en quelque sorte à laisser aux intervenants le plus vaste éventail de possibilités à disposition. Mais cette approche incomplète génère le développement de ramifications mortifères au sein des domaines légaux où l'entreprise occupe *de facto* une place prépondérante¹⁰².

2) Une nature juridique insaisissable

L'absence de définition générale de l'entreprise, et le caractère clairement polysémique de cette dernière, a eu pour conséquence de solliciter de concert la réflexion des juristes et des magistrats afin de tenter de pallier aux insuffisances conceptuelles. Cependant aucun consensus n'a découlé de ces multiples travaux que cela soit d'un point de vue légal (a), doctrinal (b), ou encore jurisprudentiel (c).

¹⁰¹ Un auteur constate pour sa part que si elle est « *une évidence pour le sens commun, l'entreprise n'en reste pas moins largement ignorée par le droit* ». Il avance pour l'expliquer que « *le droit moderne invite à ne jamais entièrement détacher la perception de l'entreprise des objectifs poursuivis par les politiques publiques. C'est dire qu'au cœur de la perception juridique de l'entreprise se trouve la rationalité politique des règles qui lui sont appliquées, rationalité qui commande autant le contenu des concepts spéciaux utilisés que leur champ d'application* ». On ne peut mieux résumer la délétère incertitude polluant le choix des modes de cession applicables au fonds de commerce en liquidation judiciaire. Voir HANNOUN (C.), *Les valeurs au fondement de l'entreprise : approche juridique*, in *L'entreprise, point aveugle du savoir*, Colloque de Cerizy, sous la direction de SEGRESTIN (B.), ROGER (B.) et VERNAC (S.), Auxerre : Editions sciences humaines, 2014, p.122

¹⁰² Monsieur Le Professeur Lyon-Caen dresse un tableau alarmant des conséquences de cette mise au ban de l'entreprise par le droit positif. Après avoir posé les termes de l'équation selon lesquels : « *le droit est un ensemble de normes émanant de l'autorité publique. Dans les énoncés qui constituent ces normes, l'entreprise n'est pas identifiée.* » Il en déduit une résultante singulière : « *Ce que l'ignorance de l'entreprise engendre, c'est un pouvoir, un pouvoir original qu'il faut essayer de caractériser dans ses origines et dans ses manifestations. Le droit ne régit pas les formes d'organisation dont sont dotés les processus de production ou plus largement de mise en valeur du capital. Néanmoins, le droit, les droits étatiques plus précisément, en offrant une diversité de moyens, de techniques, de dispositifs susceptibles d'être utilisés par ceux qui font ce choix d'organisation, contribuent à instituer et légitimer un pouvoir d'organisation. Ce pouvoir, le droit ne l'identifie pas comme tel. Il ne le régit pas. Il l'accueille et lui fournit ses voies et moyens.* » D'une certaine manière c'est dire là que l'entreprise abuse du droit, qui laisse faire. L'auteur en conclue d'ailleurs à la « *nécessité d'une réaction* ». Voir LYON-CAEN (A.), *Le droit sans l'entreprise*, in *L'entreprise, point aveugle du savoir*, Colloque de Cerizy, sous la direction de SEGRESTIN (B.), ROGER (B.) et VERNAC (S.), Auxerre : Editions sciences humaines, 2014, p. 23

a) Approche légale

La notion d'entreprise fut pourtant très souvent utilisée, notamment au sein de nombreux textes relevant de matières aussi diverses que le droit commercial¹⁰³, le droit de la concurrence¹⁰⁴, le

¹⁰³ L'article 2 de la loi n°51-59 du 18 janvier 1951 relative au nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement, depuis codifié à l'article L525-2 du Code de Commerce, précise ainsi au sein de son quatrième alinéa que « *les biens acquis doivent être énumérés dans le corps de l'acte et chacun d'eux doit être décrit d'une façon précise, afin de l'individualiser par rapport aux autres biens de même nature appartenant à l'entreprise* ». Dans cette matière, l'entreprise a, depuis son émergence, progressivement supplanté le fonds de commerce. Voir LEBEL (C.), *Droit des affaires, cours et exercices corrigés*, Paris : ArmandCollin, 2012, 192 p.

¹⁰⁴ Le droit de la concurrence nous offre un exemple très significatif de l'embarras du législateur à catégoriser l'entreprise, et à lui octroyer une nature stable et définitive. Ainsi l'article 42 de l'ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence prévoyait que « *le ministre chargé de l'économie et le ministre dont relève le secteur économique intéressé peuvent, à la suite de l'avis du Conseil de la concurrence, par arrêté motivé et en fixant un délai, enjoindre aux entreprises, soit de ne pas donner suite au projet de concentration ou de rétablir la situation de droit antérieure, soit de modifier ou compléter l'opération ou de prendre toute mesure propre à assurer ou à rétablir une concurrence suffisante* ». Sans second niveau de lecture, l'entreprise est là présentée comme un sujet de droit, auquel le ministre peut envoyer des injonctions. Lors de la codification du texte au sein du code de commerce, l'article L430-5 a repris le contenu de cet alinéa sans y apporter de modifications. En revanche la loi n°2001-420 relative aux nouvelles régulations économiques, dite loi NRE, a modifié la perception de l'entreprise par ce texte. Il n'est plus fait référence qu'aux « *parties à l'opération* », et non plus directement à l'entreprise. En revanche l'article L430-3 du code de commerce, qui détermine les modalités à respecter pour l'envoi au ministre (puis ultérieurement, après la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, à l'Autorité de la concurrence), de la notification de l'opération de concentration débattue, prévoit dans son second alinéa que « *l'obligation de notification incombe aux personnes physiques ou morales qui acquièrent le contrôle de tout ou partie d'une entreprise...* ». On constate que la perception des nouveaux textes a notoirement déplacé le curseur de la nature juridique de l'entreprise vers l'objet de droit, abandonnant la personnalisation juridique qui semblait pourtant ébauchée. L'entreprise est bien présentée ici comme une part d'un patrimoine appartenant à un nombre indéterminé de personnes physiques ou morales. En outre, l'article L420-2 du Code de Commerce, qui détermine les conditions de reconnaissance de l'abus de position dominante, fait référence à ce type de comportement par « *une entreprise ou un groupe d'entreprises* », donnant ici la priorité à une personnification de l'entreprise.

droit bancaire¹⁰⁵ ou encore le droit de la consommation¹⁰⁶. L'apparence de personnalisation était alors indiscutable. Cependant, d'autres textes offraient un contraste saisissant, en adoptant une approche qui semblait beaucoup plus matérialiste de cette notion, mais ne suffisant pas pour dissiper le brouillard entourant la nature de cette dernière. Ainsi, l'article 831 du Code Civil¹⁰⁷, ou encore l'article 613-7, al. 2, du code de la propriété industrielle¹⁰⁸, tendent à présenter l'entreprise comme un des éléments d'un patrimoine, l'éloignant de l'assimilation hâtive à une personne morale pouvant détenir un patrimoine. Les articles L110-1 et L110-2 du Code de Commerce (anciens articles 632 et 633 avant la nouvelle codification opérée par l'ordonnance du 18 septembre 2000) contrastent également fortement avec les dispositions du

¹⁰⁵ L'article 10 de la loi n°84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit stipulait ainsi qu'« *il est, en outre, interdit à toute entreprise autre qu'un établissement de crédit de recevoir du public des fonds à vue ou à moins de deux ans de terme* ». Une fois encore, l'apparence de la personnalisation de l'entreprise était ici indiscutable. La codification à l'article L511-5 du CMF par l'ordonnance n° 2000-1223 du 14 décembre 2000 relative à la partie législative du code monétaire n'avait pas modifié la donne. Cependant, une altération de cet esprit originel est finalement apparue par l'intercession de l'ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013 relative aux établissements de crédit et aux sociétés de financement. L'alinéa 2 de l'article L511-5 du CMF a donc abandonné toute référence à l'entreprise, pour finalement disposer qu'« *il est, en outre, interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit de recevoir à titre habituel des fonds remboursables du public ou de fournir des services bancaires de paiement* ».

¹⁰⁶ L'article 6 de la loi n°72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile stipulait dans son second alinéa que : « *l'entreprise est civilement responsable des démarcheurs, même indépendants, qui agissent pour son compte.* » Cette disposition avait été reconduite mot pour mot au sein du deuxième alinéa de l'article L121-9 du Code de la consommation. L'apparence de personnalisation de l'entreprise aura finalement été battue en brèche par une nouvelle réforme opérée par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation. Toute référence à l'entreprise a en effet disparu depuis l'avènement des nouveaux textes.

¹⁰⁷ Au sein de l'énumération des biens devant être préservés d'un démembrement, l'alinéa 4 mentionne explicitement l'« *entreprise commerciale, industrielle ou artisanale* ».

¹⁰⁸ Cet article précise les conditions dans lesquelles une personne de bonne foi ayant possédé une invention, avant que cette dernière ait fait l'objet du dépôt d'un brevet, peut poursuivre à titre personnel l'exploitation de cette dernière. En son second alinéa, ce texte prévoit que « *le droit reconnu par le présent article ne peut être transmis qu'avec le fonds de commerce, l'entreprise ou la partie de l'entreprise auquel il est attaché* ». Dans le cadre de notre étude, on constatera d'une part que ce texte présente bien l'entreprise comme un objet de droit auquel des droits particuliers sont attachés, et d'autre part qu'il opère bien une différenciation entre l'entreprise et le fonds de commerce, selon des critères sur lesquels nous reviendrons plus loin.

même code sus-évoquées. Le terme d'« entreprise », tel qu'utilisé au sein de l'énumération des actes de commerce, est là clairement assimilé à la notion d'activité (de manufacture, de fourniture, de location de meubles, de construction...). L'étude de la législation interne révèle en conséquence de trop nombreuses contradictions pour affirmer que l'entreprise est dotée d'une quelconque personnalité juridique, et les premières observations doivent être, à ce titre, réévaluées¹⁰⁹.

Le Conseil de la concurrence s'éloigne lui aussi de cette superposition de l'entreprise à une quelconque personne morale, en précisant dans son rapport publié pour l'année 1996 que « *l'entité économique ne coïncide pas forcément avec l'entité juridique* »¹¹⁰. L'étude des textes est donc insuffisante à éclairer le juriste sur la nature de l'entreprise, qui reste fondamentalement ambiguë. Cette dernière peut faire l'objet d'interprétations divergentes selon que l'on se place sur un terrain juridique plutôt qu'un autre.

La polysémie du terme le rend réfractaire à une définition unique. Au-delà des assimilations de l'entreprise à « l'action d'entreprendre »¹¹¹, l'entreprise se situe donc à mi-chemin entre le sujet de droit et l'objet de droit, et ne peut être finalement affiliée complètement à l'un ou l'autre régime. Aussi est-il nécessaire de dépasser cette approche législative, pour sonder d'autres sources ayant abordé cette question.

¹⁰⁹ Ainsi que le fait justement remarquer un auteur : « *A titre d'exemple, l'article 26 de la loi du 25 janvier 1985 permettant à l'Administration d'inscrire une sûreté au nom de l'entreprise, ne peut se comprendre autrement que comme une inscription effectuée au nom de l'entrepreneur, car la personne physique ou morale qui sert de support à l'activité de l'entreprise demeure seule titulaire de droits.* » Voir sur ce point, LAMARCHE (T.), *op. cit.*, *supra* note n° 24

¹¹⁰ Rapport du Conseil de la Concurrence 1996, p.29

¹¹¹ Voir par exemple C. civ, art. 1832 al. 1 : « *La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter.* »

b) Approche doctrinale

L'approche doctrinale révèle la même perplexité. La nature juridique de l'entreprise apparaît, là encore, comme insaisissable. Certains auteurs proclament ainsi que l'entreprise ne peut être affiliée exclusivement à un sujet de droit ou à un objet de droit, et qu'elle se situe en conséquence à mi-chemin entre ces deux notions¹¹².

D'autres auteurs tendent à relativiser l'exclusion de l'entreprise comme sujet de droit en arguant (avec bon sens), que cette qualification ne dépend pas d'un critère spécifique objectivement identifiable mais bien d'une attribution réalisée d'autorité par le système juridique¹¹³.

D'autres encore, présentent l'entreprise comme une universalité bien particulière, car ne constituant pas une universalité de droit, mais dépassant la conception habituellement retenue de l'universalité de fait¹¹⁴.

¹¹² Voir BARBET (P.) ET GUEVEL (D.), *Firme et entreprise : sortir de la jungle sémantique ?* Gaz. Pal., n° 118, 28 avril 2007, p. 7 : « dans l'absolu, l'entreprise devrait être une entité autonome, à la fois sujet et objet de droit, regroupant un élément capitalistique, un élément humain et une direction indépendante, agrégés par des contrats et regroupés autour d'un intérêt commun, non nécessairement lucratif. » ; PAILLUSSEAU (J.), *op. cit.*, supra note n° 98 : « En réalité, l'entreprise n'est ni un objet, ni un sujet de droit. Elle ne peut entrer dans le droit de cette manière. Elle transcende le droit. Elle est d'essence économique et sociale. » ; GAUDU (F.), *Quelle réalité pour l'entreprise aujourd'hui ?* Sem. Soc. 2003, supplément n°1140, 20 octobre 2003, qui relève que « la notion d'entreprise est souvent dite « multiforme » ... « en droit, le terme revêt trois sens, que le français confond alors que d'autres langues les distinguent ». Pour l'auteur, ces trois sens sont : « Entreprise activité, entreprise bien ou entreprise personne. » Voir enfin PEDAMON (M.), *Droit commercial : commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats du commerce*, Paris : Dalloz, 2000, p.386, qui relève que « de son côté, le législateur a fini lui aussi, par reconnaître officiellement l'existence de l'entreprise dans certaines circonstances, tantôt comme objet de droit, tantôt comme sujet de droit ».

¹¹³ ROBE (J.-P.), *op. cit.*, supra note n° 100, p.22 : « Être sujet objet de droit ne découle pas d'une quelconque nature ou de caractéristique intrinsèque, soit aux objets soit au sujet de droit, qui ferait que le système juridique ne pourrait que leur reconnaître la qualité soit d'objet soit de sujet de droit. » ; « Ce qu'il est essentiel de comprendre pour notre propos, c'est que seul le système juridique peut conférer la qualité de sujets de droit et qu'il l'a conférée à la société. »

¹¹⁴ Voir MAZEAUD (H.), (L.) et (J.), *op.cit.*, supra note n° 51, pp. 279 et s., spèc. n° 294

Si la doctrine est, ici, obligée de suppléer à la loi pour définir l'entreprise, en établir la nature, et tenter de lui apposer un régime cohérent, elle constate unanimement qu'elle ne peut être assimilée complètement ni à un sujet de droit¹¹⁵, ni à un objet de droit. Cependant, que cette notion ne soit ni l'une ni l'autre, ou qu'elle se révèle être l'une et l'autre importe finalement peu. Elle se situe dans un angle mort juridique, à mi-chemin entre ces deux catégories. Plus exactement la nature juridique de l'entreprise, à la lisière de l'objet et du sujet de droit, nous semble osciller entre ces deux pôles, mais être davantage polarisée vers l'un ou l'autre selon la période de son existence juridique envisagée, ou l'opération que l'on souhaite lui voir appliquée¹¹⁶.

c) Approche jurisprudentielle

La jurisprudence interne française fait preuve de la même indécision sur ce sujet. Elle a soigneusement omis de développer une position tranchée sur la question de la nature juridique de l'entreprise. Cette absence d'implication découle néanmoins, pour partie, des conséquences d'un débat plus ancien sur les conditions nécessaires à l'attribution de la personnalité juridique à une entité déterminée.

Un arrêt de principe en la matière¹¹⁷ a pu décider que « *la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; qu'elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés* ». Or, le débat relatif à l'attribution de la personnalité morale à l'entreprise n'a finalement que peu évolué depuis cette époque.

¹¹⁵ Voir notamment, LYON-CAEN (A) ET LYON-CAEN (G), *La doctrine de l'entreprise*, in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Paris : LITEC, 1978, p. 601 ; PERCEROU (R.), *op. cit.*, *supra* note n° 24, pp.III.10-III.12 et DIDIER (P.), *Droit commercial, T.2, l'entreprise en société, Les groupes de sociétés*, 3^e éd., Paris : PUF, coll. Thémis droit Privé, 1999, pour qui l'accès à la personnalité juridique de l'entreprise n'a comme unique intérêt que de fournir à cette dernière une incarnation dans le domaine juridique.

¹¹⁶ PAILLUSSEAU (J.), *op. cit.*, *supra* note n° 98, qui constate que « *l'entreprise tend à être substituée au fonds de commerce dans la cession* ».

¹¹⁷ Cass., Civ. 2^e Sect., 28 janvier 1954, D. 1954, 217, note G. Levasseur, JCP 1954, II, 7978, concl. Lemoine, Dr. soc. 1954, 161, note P. Durand

Il apparaît actuellement encore présomptueux d'affirmer que les salariés et les actionnaires de l'entreprise puissent présenter des intérêts systématiquement convergents, et que leur expression commune puisse être réalisée d'une même voix¹¹⁸. La société et l'entreprise ne présentent pas, sous cet angle du raisonnement, des buts et intérêts systématiquement convergents.

¹¹⁸ Voir sur ce point CONTIN (R.), *Les approches sociétales de l'entreprise, une option vitale pour nos sociétés développées*, in *L'entreprise dans la société du XXIe Siècle*, sous la direction de Claude Champaud, Collection Droit, Management et stratégies, Bruxelles : LARCIER, 2013, p.101, qui milite pour que « soit reconnu un intérêt propre de l'entreprise, distinct des intérêts particuliers des différentes catégories de personnes qui gravitent autour d'elle ».

Section II) Rapprochement des natures juridiques de l'entreprise et du fonds de commerce lors des réalisations d'actifs en liquidation judiciaire

La notion d'entreprise étant polysémique, chaque branche du droit est finalement susceptible d'adopter une définition circonstancielle de cette dernière¹¹⁹. Son rôle de « *critère d'application* », particulièrement prédominant dans le cadre des cessions opérées dans le cadre des réalisations d'actifs en liquidation judiciaire, puisque son identification ouvre la voie du plan de cession, nécessite donc d'identifier précisément le domaine, et les limites, attribués à cette dernière, au moment de sa cession dans cet environnement particulier, et de caractériser précisément ce que recouvre « l'entreprise cédée en plan de cession », afin de mesurer l'influence du droit des entreprises en difficulté sur cette notion aux multiples facettes. La nature juridique de cette dernière doit en conséquence être comparée, à ce stade, à celle du fonds de commerce, qui fait l'objet du régime de cession de l'article L642-19 du Code de Commerce, afin de s'assurer de l'indépendance de ces régimes de cession. Dans le cadre des procédures collectives, les approximations conceptuelles sus-évoquées entraînent des conséquences néfastes, tout particulièrement lors de la cession de ces entités, car leur identification commande le déclenchement de modes de cession irréconciliables¹²⁰.

¹¹⁹ Ainsi que l'énonce Mr le Professeur Soinne : « *la notion juridique d'entreprise n'existe pas. Chaque discipline juridique a sa définition propre en fonction de ses finalités particulières.* » Voir SOINNE (B.), *Le droit des procédures collectives face à l'externalisation*, PA, n° 147, 09 décembre 1998, p. 35. Mr le Floch le relève également sobrement en indiquant que « *l'entreprise peut être perçue sous des angles différents* ». Voir LE FLOCH (P.), *op. cit., supra* note n°1, p.22. Encore récemment, Mr le Professeur Champaud convenait que l'entreprise était « *une notion polymorphe, qui demeure encore malléable et fuyante, mais dont les problèmes de toute nature sont devenus une sorte d'obsession collective dans tous nos pays avancés* » Voir CHAMPAUD (C.), *Fondements, permanence et avenir de la doctrine de l'entreprise*, in *L'entreprise dans la société du 21^e siècle*, Mélanges sous la direction de Claude Champaud, Bruxelles : Editions Larcier, 2013, p.183. On constatera incidemment, à la suite de Mr Tricot, président honoraire de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, que le droit des entreprises en difficulté a constitué un des principaux vecteurs d'étude de la nature de l'entreprise. Voir sur ce point TRICOT (D.), *Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance ? Rapport de synthèse*, RPC, n° 3, mai-juin 2012, dossier 21, spéc n°8

¹²⁰ Ces approximations conceptuelles ont acquis une nouvelle ampleur avec l'ordonnance du 18 décembre 2008, qui a supprimé l'interdiction de céder les biens incorporels appartenant à un débiteur personne physique exerçant une activité libérale réglementée. Un auteur constate que « *la cession de l'entreprise libérale est envisageable* », et que « *rien ne s'oppose à ce que le fonds d'exercice libéral soit l'objet d'une cession isolée, l'existence de ce bien*

Comme le fonds de commerce, l'entreprise peut certes être présentée, à première vue, comme une « universalité de faits », amalgame d'éléments variables en nombre et en nature, et possédant chacun leur régime juridique propre, mais individualisable en tant qu'ensemble d'éléments poursuivant une finalité commune. Mais elles présentent malgré tout d'importantes différences. Les délimitations de leurs contours juridiques ne sont également pas superposables. Ainsi que nous l'avons observé, elles ne partagent pas la même nature juridique¹²¹. Néanmoins leur différenciation, lors des cessions opérées en liquidation judiciaire, pose difficulté. L'aspect fonctionnel de l'entreprise est à ce stade nié pour privilégier une approche patrimoniale de l'ensemble de biens cédé, la rapprochant de la nature patrimoniale, plus simple, du fonds de commerce.

Pour constater leur convergence, au moment de leurs cessions respectives lors des réalisations d'actifs, nous nous attacherons à l'étude des mécanismes de la réification de l'entreprise, qui s'opère à ce stade de la procédure liquidative (I), ainsi qu'aux conséquences pratiques et conceptuelles de ce phénomène (II) sur la nature juridique de cette dernière.

étant reconnue ». Les cessions de fonds libéraux sont depuis lors soumis à la problématique traitée au sein de la présente étude. Néanmoins l'auteur relève que le caractère spécifique de l'élément d'attraction de la clientèle, soit la compétence du praticien, et l'absence d'intérêt économique à l'opération rendent peu probable la cession du fonds libéral dans le cadre d'une liquidation judiciaire. Voir JAZOTTES (G.), *La question de la cession du fonds libéral*, RPC, n° 2, Mars 2015, dossier 24. *Contra*, voir LIENHARD (A.), *op. cit.*, *supra* note n° 26, p.480, qui considère que le fonds libéral et les autres dérivés du fonds de commerce ne peuvent faire l'objet d'une cession de biens isolés en liquidation judiciaire car ces notions n'ayant pas été reçues par le législateur, leur « *quasi-analogie sémantique* » ne saurait suffire à leur appliquer un régime circonscrit au fonds de commerce.

¹²¹ Un auteur résume fort justement les différences séparant ces deux notions en droit commun. Cette dernière comprend tous les biens nécessaires à l'exploitation, sans restriction. Sur le plan patrimonial, elle est une notion plus large que le fonds de commerce, qu'elle englobe parmi ses éléments. Mais surtout, l'entreprise est une notion beaucoup plus riche, plus complète que le fonds de commerce. Outre sa dimension patrimoniale, elle comporte une volonté d'organisation des éléments qui la constituent, prenant en outre en compte l'intérêt des salariés et des tiers. Voir MENJUCQ (M.), *op.cit.*, *supra* note n° 58, pp.85-86. Voir également PETIT (B.), *op.cit.*, *supra* note n° 86, pp. 77-78

I) Causes de la réification de l'entreprise transmise en plan de cession

A l'heure actuelle, la nature juridique de l'entreprise cédée lors des réalisations d'actifs liquidatifs ne souffre, selon nous, d'aucun débat. Elle est incontestablement réduite à un objet de droit. Cette affirmation s'illustre au moyen de deux éléments. Une étude de l'évolution sémantique des textes de loi régissant la liquidation judiciaire fournit les premiers éléments (A), mais ce sont bien les effets attachés au basculement du plan de cession au sein de la liquidation judiciaire qui emportent notre conviction (B).

A) Evolution sémantique de la législation applicable

La nature juridique de l'entreprise, au moment décisif de sa transmission sous le régime de la cession organisée dans le cadre des procédures collectives, peut être déduite pour une part de l'analyse des textes de loi lui étant consacrés.

Une sensible évolution législative, vers une affirmation de la réification de l'entreprise cédée, est perceptible au travers de l'étude des textes successifs entrés en vigueur depuis la promulgation de la Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985. Celle-ci dessinait en effet un contour de l'entreprise sensiblement différent (1) de celui retenu par le législateur, lors de la mise en place de la réforme de la loi de sauvegarde de 2005 (2).

1) Perception de l'entreprise dans la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985

Lors de la publication de la loi de 1985, le législateur de l'époque hésitait encore sur la nature juridique que devait revêtir l'entreprise faisant l'objet des soins du droit des procédures collectives, élément central de cet édifice juridique innovant. Le Titre I relatif au « régime général du redressement judiciaire » prévoyait littéralement l'étude, au sein de son chapitre III, du « patrimoine de l'entreprise », démontrant s'il en était besoin les hésitations sur la nature de l'entreprise en difficulté.

De très nombreux articles¹²² de cette même loi tendaient à la personnalisation de la notion d'entreprise : ainsi, l'article 4 de cette loi qui introduit la cessation des paiements applicable à

¹²² Voir LE CANNU (P.), *La notion juridique d'entreprise dans les lois du 1^{er} mars 1984 et du 25 janvier 1985*, PA,

l'entreprise, les articles 26¹²³ et 27 qui prévoient que l'administration peut inscrire au nom de cette même entreprise une sûreté, suite à la réalisation d'un inventaire de ses biens, ou encore l'article 38, prévoyant les conditions de résiliation des baux d'immeubles « *affectés à l'activité de l'entreprise* » ou l'article 156, prévoyant déjà la cession aux enchères, ou de gré à gré « *des autres biens de l'entreprise* », et reconnaissant ainsi implicitement une vocation à la possession d'un patrimoine à cette notion mal définie. L'article 197 de la loi définit pour sa part le délit de banqueroute. La quatrième hypothèse détaillée par cet article contribue également à entretenir la confusion au sujet de l'attribution de la personnalité morale à l'entreprise. Le délit de banqueroute y est présenté comme le fait d'« *avoir tenu une comptabilité fictive ou fait disparaître des documents comptables de l'entreprise ou de la personne morale ou s'être abstenu de tenir toute comptabilité lorsque la loi en fait l'obligation.* »¹²⁴ »

On ne peut à notre sens que percevoir les deux termes utilisés comme étant interchangeable et de même nature. Sujet de droit pouvant posséder un patrimoine, ou objet de droit pouvant être cédé et transmis, l'incertitude était manifeste¹²⁵. La loi de 1985 n'avait pourtant pas exclu du

14 mai 1986, p.19 ; DELENEUVILLE (M.), *L'entreprise et la loi du 25 janvier 1985*, RPC 1998, n°5, p. 445 ; BLANC (G.), *Les frontières de l'entreprise en droit commercial (Brève contribution...)*, D. 1999 p. 415, et LAMARCHE (T.), *op. cit.*, supra note n°24.

¹²³ L'article 26 prévoit d'ailleurs au sein de son 1er alinéa que « *dès son entrée en fonction, l'administrateur est tenu de requérir du chef d'entreprise ou, selon le cas, de faire lui-même tous actes nécessaires à la conservation des droits de l'entreprise contre les débiteurs de celle-ci et à la préservation des capacités de production* ». On constate bien dans la formulation utilisée par le législateur que celui-ci perçoit bien l'entreprise comme un sujet de droit, auquel il accorde des « *droits* ».

¹²⁴ Ce texte a été conservé lors des réformes ultérieures du Code de Commerce. Après avoir été transposé à l'article L626-2 du Code de Commerce par l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000, il est actuellement codifié à l'article L654-2, depuis la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises. L'ambiguïté discutée n'a jamais fait l'objet d'une quelconque modification.

¹²⁵ Ainsi que le font remarquer certains auteurs : « *Très rapidement, les commentateurs de cette loi avaient observé qu'elle était en décalage avec le reste du droit français. L'entreprise est assurément un agent économique mais elle n'est qu'imparfaitement un sujet de droit. En revanche la notion de débiteur désigne clairement un sujet de droit (et surtout d'obligations !). Il fallait donc resituer les fonctions juridiques de l'entreprise, tout particulièrement en privilégiant sa signification de projet économique, sans négliger son aspect « organisationnel.* » Voir LE CANNU (P.) ET JEANTIN (M.), *Droit Commercial, Entreprises en difficulté*, 7^e Edition,

profil de l'entreprise tous ses atours d'objet de droit. Les articles 61¹²⁶ et 81 de la loi du 25 janvier 1985 prévoyaient ainsi la cession, totale ou partielle de l'entreprise.

Cette possibilité ménagée par la loi ne peut se voir appliquer la même logique que les articles précédemment évoqués. En effet, la cessibilité de l'entreprise « réifie » incontestablement celle-ci à ce stade précis de la procédure, et écarte définitivement toute équivoque : l'entreprise n'est pas un sujet de droit mais un objet de droit, pouvant être démembré, dans l'optique d'une cession partielle, ou cédé comme un ensemble unitaire, dans le cadre d'une cession totale.

2) Perception de l'entreprise dans la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005

L'évolution sémantique sur la question est flagrante si l'on considère l'organisation prônée par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 : le livre VI du code commerce prévoit désormais au sein du chapitre IV du Titre II, relatif à la procédure de sauvegarde, l'étude du « patrimoine du débiteur ». Elle semble indiquer une volonté de déposséder, dans le cadre des entreprises en difficulté, l'entreprise de ses derniers atours de personnalisation pour faire définitivement pencher cette dernière dans la catégorie juridique des biens, seule catégorie pouvant justifier la possibilité d'organiser sa cession, tant en phase de redressement judiciaire, qu'en phase de liquidation (la sauvegarde ne pouvant permettre qu'une transmission partielle de cette dernière). En cela, cette loi rejette donc les errements de ses prédécesseurs, en harmonisant la rédaction

Paris : Dalloz, Précis Dalloz, 2006, p.125, *spéc.* n°179 ; voir également DERRIDA (F.), GODE (P.) ET SORTAIS (J.-P.), *op. cit.*, *supra* note n° 22, pp. 14-15, qui relèvent que « *l'avant-projet de loi sur la réforme de la faillite avait personnifié l'entreprise et l'avait totalement détachée du patrimoine personnel du débiteur , ..., le projet de loi et le texte définitif sont revenus à des positions plus orthodoxes en la matière.* » et que « *pour le moins, la loi de 1985 a joué sur l'ambiguïté attachée à la nature de l'entreprise ; parfois, elle l'a traitée comme un sujet de droit ; d'autres fois elle l'a traitée comme un objet de droit* ».

¹²⁶ La rédaction de l'alinéa 3 de l'article 61 comporte par ailleurs un élément des plus intéressants pour notre étude. En prévoyant que « *le plan organisant la cession totale ou partielle de l'entreprise peut inclure une période de location-gérance de tout ou partie du fonds de commerce. Dans ce cas, le contrat de location-gérance comporte l'engagement d'acquiescer à son terme* ». Ce dernier illustre bien la confusion du législateur concernant le statut à accorder à l'entreprise. L'entreprise est ici présentée comme un bien susceptible de faire l'objet d'une cession, constituant ici une « universalité de fait », et comprenant en son sein un sous-ensemble pouvant faire l'objet d'une location-gérance : le fonds de commerce.

des différentes dispositions applicables aux entreprises en difficulté¹²⁷. Cependant, la notion d'entreprise ne peut pas être entièrement réduite à un simple objet juridique. L'approche du droit des entreprises en difficulté ne rend pas compte de ces nuances. Le plan de cession, repositionné dorénavant au sein de la partie du Code de Commerce dévolue à la liquidation judiciaire¹²⁸, aux articles L642-1 et suivants, présente une vision de l'entreprise réduite à un simple objet de droit et qui ne peut être accordée aux perceptions retenues dans d'autres branches du droit. De cette variabilité des acceptions de l'entreprise découle selon nous, l'inadéquation de la notion avec la matière, et la nécessité de procéder à une redéfinition des concepts guidant le choix des régimes de cession. On notera que le législateur a d'ailleurs souhaité par la suite introduire des précisions quant à la signification du terme « entreprise » dans le cadre spécifique du droit des entreprises en difficulté. Un article a donc été ajouté au sein du Code de Commerce à cette fin¹²⁹. Mais l'initiative laisse perplexe. Elle ne permet que d'assurer que l'entreprise, dans le cadre du Livre VI du Code de Commerce, s'entend comme « *l'entreprise exploitée dans le cadre de l'activité en difficulté* », sans s'appesantir outre mesure sur les autres caractéristiques de cette dernière.

B) Transfert du plan de cession de l'entreprise en difficulté au sein de la liquidation judiciaire

Le transfert du corps de textes régissant le plan de cession en liquidation judiciaire a redessiné les attributions de ce mode de réalisation des actifs. En plus de l'abrogation de la cession d'unités de production (1), ce remodelage a étendu les attributions de la liquidation judiciaire, en permettant, par son truchement, de favoriser le sauvetage d'entités pouvant voir leur activité maintenue (2).

¹²⁷ Pour une présentation des modifications induites par la loi de sauvegarde concernant la cession de l'entreprise et des actifs du débiteur, voir DELFOSSE (A.) ET PENIGUEL (J.-F.), *Administration de l'entreprise : cession de l'entreprise et des actifs du débiteur*, JCP N, n° 43, 28 Octobre 2005, 1436

¹²⁸ Cette réorganisation a été réalisée sous l'influence du droit allemand, qui envisage la cession comme « *une forme particulière de la liquidation* ». Voir GORRIAS (S.), *Panorama rapide de la liquidation judiciaire dans la loi dite de sauvegarde*, PA, n°35, 17 février 2006, p. 96, *spéc.* n°7

¹²⁹ Article L680-4 du Code de Commerce, créé par l'ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée

1) Implications théoriques de la disparition de la cession d'unité de production

Sous le régime antérieur à la loi de sauvegarde, une distinction était faite entre les ensembles de biens devant être cédés sous le régime du plan de cession, totale ou partielle, alors réservé à la procédure de redressement judiciaire¹³⁰, et les ensembles de biens devant faire l'objet d'une cession d'unité de production, réservée à la procédure de liquidation. Nous reviendrons sur les critères de distinction qui avaient alors pu être retenus¹³¹, et nous interrogerons uniquement, à ce stade de notre réflexion, sur le périmètre des situations juridiques jusqu'alors appréhendées par le régime de cession de l'unité de production.

Une constatation préliminaire ne peut, en effet, manquer d'éclorre dans l'esprit du juriste. Depuis 2005, les situations juridiques incluant les cas de cessions, partielle ou totale, de l'entreprise en phase de liquidation judiciaire, sont donc soumises au régime de l'article L642-1 du Code de Commerce, réglementant la cession d'entreprise. La cession de biens isolés restant invariable dans ses attributions, celle-ci ne peut fournir un cadre évolutif, permettant depuis 2005 le traitement d'hypothèses qui lui étaient jusqu'ici refusées. La cession d'entreprise en liquidation judiciaire est donc bien l'unique héritière de la cession d'unité de production. De plus, un arrêt troublant octroie, dans le cadre du traitement de notre problématique, une aura particulière à ce redécoupage des modes de cession applicables en liquidation judiciaire¹³². Il admet en effet que la transmission d'un fonds de commerce puisse suffire à caractériser une

¹³⁰ Sous son incarnation réservée à la procédure de redressement judiciaire, le plan de cession présentait déjà de nombreuses insuffisances qui faisaient espérer à certains auteurs une réforme rapide de celui-ci. Voir MONSERIE-BON (M.-H.), *Le plan de cession*, PA, n°178, 6 septembre 2000, p.43

¹³¹ Voir Partie II Titre I Chapitre II

¹³² Cass. Com., 19 octobre 1993, pourvoi n° 91-15.310, Bull. 1993, IV, n° 343, p. 247. Les faits sont particulièrement significatifs. La société qui s'était pourvue en cassation arguait que la cession d'unité de production camouflait en fait une simple cession de droit au bail, devant de ce fait être réalisée sous le régime de la vente des biens isolés du débiteur. La Cour de Cassation vise alors expressément dans son attendu que ce n'est pas le bail nu qui justifie l'application du régime de la cession d'unité de production, mais bien la caractérisation du fonds de commerce comme objet de la cession.

cession d'unité de production¹³³. Cette possibilité de céder un fonds de commerce sous le régime de la cession d'unité de production a d'ailleurs été évoquée au sein d'autres arrêts¹³⁴.

On constatera également avec intérêt que l'administration fiscale avait pu décider que l'article 1684 al.1 du CGI trouvait à s'appliquer, tant dans le cadre des anciennes cessions organisées par l'article L621-83 du Code de Commerce, que dans le cadre des cessions d'unité de production organisées en phase liquidative¹³⁵. Aux yeux de l'administration fiscale, les régimes de cession d'une entreprise et d'une unité de production étaient donc, tout du moins sur ce point, équivalents, et ces régimes étaient basés sur la valeur du fonds de commerce que l'une et l'autre pouvaient englober¹³⁶.

On peut déduire des éléments précédents que des fonds de commerce ont pu être cédés sous ce défunt régime. Et que ce régime a été, par l'action de la réforme de la loi de sauvegarde de 2005, confondu avec le régime de la cession de l'entreprise. Aussi est-il légitime de s'interroger sur le traitement réservé à de tels cas d'espèce, depuis l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde de 2005. Ce retranchement pur et simple de la cession de l'unité de production est, finalement, autant un aveu qu'une simplification maladroite.

En la confondant avec la cession d'entreprise, le législateur reconnaît à demi-mots que la notion d'unité de production était en quelque sorte factice, et qu'elle incarnait plutôt une déclinaison

¹³³ *Contra*, voir CHAPUT (Y.), *Droit des entreprises en difficulté et faillite personnelle*, Paris : PUF, 1996, p. 425, *spéc.*, n°500, qui établit clairement une distinction entre « les exploitations autonomes du plan de cession, les unités de production de la liquidation, et la vente du fonds de commerce » malgré le fait que « le fonds de commerce soit parfois confondu avec l'entreprise ».

¹³⁴ Voir Cass. Soc., 19 avril 2005, pourvoi n° 03-43240, Bull. 2005, V, n° 143, p. 124

¹³⁵ Voir sur ce point : Rép. min. n° 28435, JOAN 30 juillet 1990, p. 3628

¹³⁶ Ceci provient du fait que « le droit fiscal ne connaît pas l'entreprise, ni comme sujet de droit, ni même, en grande partie, comme objet de droit ; il ne la connaît que par l'intermédiaire des biens qui la composent ». Voir SERLOOTEN (P.), *Un statut fiscal pour l'entreprise en difficulté ?* RDF, n°28, 14 juillet 1999, 100239, *spéc.* n°3 et les références citées.

circonstancielle de l'entreprise en liquidation judiciaire¹³⁷. Mais cette notion a connu une existence polémique, qui a vu nombre de décisions judiciaires, et de juristes, travailler à l'identification de ses caractéristiques. Les conclusions tirées de son vivant subsistent une fois cette notion gênante enterrée et mettent en lumière une voie de communication supplémentaire entre les cessions d'entreprise et de fonds de commerce actuellement pratiquées en liquidation judiciaire.

Les insuffisances conceptuelles présentes dès l'origine dans la construction théorique du fonds de commerce, le retranchement au sein des textes applicables de cette entité confuse qu'était l'unité de production, conceptuellement à la croisée des chemins du fonds de commerce et de l'entreprise, et l'admission d'une perception particulière de l'entreprise cédée en plan de cession comme pur objet de droit, pour une part du fait de la polysémie du terme, et pour une autre part du fait des mutations imposées à cette dernière par l'effet du droit des entreprises en difficulté, s'additionnent et se mêlent lors des cessions liquidatives pour brouiller les domaines d'application respectifs des modes de cession invocables.

2) Intégration d'une fonction curative au sein de la liquidation judiciaire

Depuis la loi du 26 juillet 2005, les textes régissant les modalités de la cession de l'entreprise ont été repositionnés¹³⁸ au sein de la partie du Code de Commerce relative à la liquidation

¹³⁷ Voir COURET (A.), *op. cit.*, *supra* note n°13, *spéc.* n° 19, qui constate que « la ligne de démarcation est assez difficile à tracer ».

¹³⁸ Ce transfert n'est pas une transformation. Les dispositions sont restées largement inchangées. Certains auteurs constatent, du fait du repositionnement des textes, l'apparition de contradictions avec des textes antérieurs. Voir, pour les conséquences de ces incohérences à l'encontre des créanciers gagistes et rétenteurs PEROCHON (F.), *Cession d'entreprise, redressement et liquidation*, intervention colloque Cour de cassation, 2006. Un auteur pointe également le paradoxe à l'œuvre dans ce transfert, en constatant que « depuis la réforme de 2005, le plan de cession est une opération de la liquidation judiciaire. Il est, pourtant, inspiré par des considérations étrangères à la logique de cette procédure et rappelant, plutôt, la sauvegarde et le redressement judiciaire » ; PETEL (P.), *op.cit.*, *supra* note n° 6 ; ANTONINI-COCHIN (L.) et HENRY (L.-C.), *L'essentiel du droit des entreprises en difficulté*, 6^e Edition, Issy-Les-Moulineaux : Gualino, 2017, p. 124 : « La cession d'entreprise exprime l'ambivalence de la cession et la difficulté de l'insérer dans une procédure ou dans l'autre. La cession de l'entreprise est incontestablement une mesure liquidative, si elle est analysée du point de vue du débiteur : le prix de la cession qui lui est imposé sert à désintéresser ses créanciers dans la mesure du possible. En revanche, la même cession

judiciaire. Ce transfert est symptomatique de la modification (involontaire ?)¹³⁹ de la perception de l'entreprise, par le législateur, à ce stade de la procédure.

Au fil des réformes successives du droit des entreprises en difficulté depuis la loi du 25 janvier 1985, le terme d'entreprise avait été écarté des différents régimes de cession applicables en liquidation judiciaire. A ce terme particulier avaient donc été préférées d'autres notions, comme l'unité de production. Or, à tout moment de la procédure, c'est le maintien de l'activité de l'entreprise qui a toujours été considéré comme primordial. Lorsque l'exploitation de celle-ci par le débiteur a été malheureuse, le passif qui en résulte est celui du débiteur, non un passif chevillé à l'entreprise. Aussi, même déficitaire, le législateur de 2005 a intégré la nécessité de permettre la transmission de cette entité coûte que coûte, tant qu'elle conserve sa cohérence du fait de la présence d'une activité que la mauvaise gestion du débiteur n'a pas suffi à éteindre. Il faut donc pour assurer la finalité curative¹⁴⁰ du droit des entreprises en difficulté, que celle-ci puisse être transmise à tout niveau de la procédure.

(éventuellement totale et/ou forcée) peut être analysée comme une opération de redressement de l'entreprise entre les mains d'un ou plusieurs cessionnaires chargés de maintenir les activités ainsi que tout ou partie de l'emploi et d'apurer le passif. » Voir enfin VOINOT (D.), Procédures collectives, 2^e Edition, Paris : LGDJ, 2013, p.278, spéc. n° 726, qui conclut qu'« en réalité ce qui a changé ce n'est pas tant la nature du plan de cession que la nature juridique de la liquidation judiciaire ».

¹³⁹ Voir DE ROUX (X.), Rapport n° 2095, sur le projet de loi n° 1596 de sauvegarde des entreprises, spéc p. 392. « Malgré le passage en phase de liquidation, les objectifs restent donc plus proches de ceux du redressement judiciaire que de ceux de la liquidation. » ; « Le transfert à la liquidation du plan de cession permet de supprimer une ambiguïté du droit existant sur le prix qui doit être proposé. Certains tribunaux estiment que, comme il est interdit au tribunal d'imposer des remises de dettes dans le cadre du redressement judiciaire, seul un plan de cession ayant pour effet d'apurer totalement le passif peut être adopté par le tribunal. D'autres, à l'inverse, donnant la priorité à l'emploi, adoptent des plans qui désintéressent les créanciers uniquement de façon marginale. C'est cette ambiguïté à laquelle le projet souhaite mettre fin. » La préoccupation du législateur semble être ici de répondre à des considérations pratiques. Les incohérences conceptuelles éventuelles, ainsi que les répercussions de ce transfert sur la perception de l'entreprise devant être retenue sont éludées.

¹⁴⁰ Il est intéressant de noter que, l'application de la loi de 1967 anticipait déjà cette volonté. La cession à forfait, mode de réalisation des biens exclusif à la liquidation des biens, avait été abusivement utilisée par les tribunaux de l'époque afin de permettre la cession d'entreprises entières, ce qui était pourtant contraire aux termes de l'article 88 de la loi, et aboutissait « paradoxalement à transformer la liquidation des biens en mode de redressement économique ». Voir BEZIAN (B.) ET TEYNIER (E.), *op. cit.*, supra note n° 9

Le maintien de l'activité de l'entreprise et la continuité de l'intégrité de cette dernière peuvent passer par la cession de celle-ci, que cette cession ait lieu en phase de redressement judiciaire ou en phase de liquidation judiciaire. La pérennité de l'entreprise¹⁴¹ est primordiale dans la logique du législateur de 2005¹⁴². Cet accueil de la notion d'entreprise au sein du *corpus* légal attaché à la liquidation judiciaire conforte l'analyse menée jusqu'à présent¹⁴³. La liquidation des actifs du débiteur, destinée finalement à faire face au passif généré par une exploitation déficitaire, est aujourd'hui paradoxalement synonyme du redressement de l'entreprise¹⁴⁴, mais chez un nouvel hôte, dans une autre « *structure d'accueil* » pour reprendre la formule de monsieur le Professeur Paillusseau¹⁴⁵.

¹⁴¹ Hors de l'application du droit des entreprises en difficulté, la pérennité d'une structure juridique constitue un impondérable pour que cette dernière puisse revêtir la qualification d'« entreprise ». Ainsi, le Conseil d'Etat exige, pour permettre l'application des articles 44 bis III et 44 quater du CGI qui ouvrent le droit à une exonération de l'impôt sur les sociétés dans le cadre de la reprise d'un établissement en difficulté par une entreprise spécialement créée à cet effet, que le repreneur manifeste « *une volonté non équivoque de maintenir la pérennité de l'entreprise* ». Voir CE, 16 décembre 1992, n° 95653, *SARL Dorbes*, et CE, 1^{er} octobre 2001, n° 223611, *Société Strasbourg bureautique organisation*, Comm. BINTZ (M.) et JEAUSSERAND (J.), RLDA, 2002, p.46

¹⁴² Même si parfois les formulations utilisées laissent le juriste interdit. Voir DE ROUX (X.), Rapport *préc.*, spéc p. 392 : « *Cette procédure est transférée en phase de liquidation, car elle est essentiellement de nature liquidative : elle entraîne effectivement la disparition de l'entreprise de la même manière qu'une cession séparée des biens du débiteur.* »

¹⁴³ Voir SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des Entreprises en Difficulté*, 6^e édition, Paris : Montchrétien, 2009, p.676, qui relève que « *le législateur souhaitait « dédramatiser » la liquidation judiciaire, et y voir un accident de parcours pour permettre au débiteur de prendre « un nouveau départ ».*

¹⁴⁴ Voir FROELICH (P.), *La liquidation judiciaire dans la loi de sauvegarde des entreprises*, supplément RLDA n° 88, décembre 2005, p.28 ; COUTURIER (G.), *Le plan de cession, instrument de restructuration des entreprises défaillantes*, Bull. Joly Soc., n°2, 01 février 2008, p.142 ; HENRY (L.-C.), *Le plan de cession et la loi de sauvegarde des entreprises*, Gaz. Pal., n°251, 08 septembre 2005, p.39 ; COQUELET (M.-L.), *Le plan de cession a-t-il changé ?* RPC, n°2, juin 2006, p. 188 ; LIENHARD (A.), *Procédures collectives*, 5^e édition, Paris : Delmas, 2013, p. 465-466, qui constatent que le plan de cession, malgré son positionnement préférentiel eu sein de la liquidation judiciaire, ne peut être considéré comme une technique exclusivement liquidative.

¹⁴⁵ Voir PAILLUSSEAU (J.), *Comment les activités économiques révolutionnent le droit*, D.2017, p.1004, spéc. n°11. L'auteur précise que cette expression est synonyme de « *technique d'organisation juridique* ».

La réforme de 2005, par cette introduction de la notion d'entreprise au sein même de la liquidation, semble donc détacher plus explicitement encore le débiteur et l'entreprise. L'universalité de biens nécessaires à l'activité pourra être recueillie en d'autres mains, et le prix versé au nombre des actifs du débiteur, véritable sujet de la liquidation. A notre sens, cette réforme met donc un terme au débat portant sur la perception de la nature juridique de l'entreprise, telle que retenue dans le cadre particulier des cessions opérées en liquidation judiciaire. A ce stade, l'entreprise, du moins dans une acception propre au livre VI du Code de Commerce, partage bien, avec le fonds de commerce, sa nature d'objet de droit¹⁴⁶.

On ajoutera que cette reconfiguration du plan de cession, désormais invocable aux différents stades de la procédure collective, a également pour effet de lui conférer, alors qu'il était auparavant perçu de manière univoque comme une mesure de redressement, une polysémie et une « *polyvalence* »¹⁴⁷ dont il était dépourvu jusqu'ici.

¹⁴⁶ Cette perception de l'entreprise est également décelable lors de l'application de sanctions à l'entreprise en difficulté dans le cadre du droit de la concurrence. Un auteur constate que « *cependant, bien que reconnue comme « sujet du droit de la concurrence », l'entreprise n'est pas admise au rang des sujets de droit. Aussi, pour l'application des règles formelles du droit de la concurrence, l'entreprise doit-elle être rattachée à un support doté lui de la personnalité juridique* », et en conséquence, que « *lorsque la structure d'accueil de l'entreprise contrevenante a disparu, la responsabilité de l'infraction peut être imputée à la nouvelle personne juridique responsable de l'entreprise, sans qu'il soit besoin de démontrer que l'acquéreur a poursuivi le comportement illicite* ». Voir ARCELIN (L.), *op. cit., supra* note n° 30, *spéc.* n° 37 et 41

¹⁴⁷ Cette polyvalence nouvelle du plan de cession avive les inquiétudes de certains auteurs, qui s'inquiètent de la pluralité d'opérations que recouvrent dorénavant le terme de « plan de cession », et des difficultés qui s'ensuivent lors de leur mise en œuvre. Voir COQUELET (M.-L.), *Le plan de cession : faut-il déjà réformer ?* RPC, n°2, avril 2008, dossier n°12

II) Conséquences de la réification de l'entreprise transmise en plan de cession

La réification de l'entreprise au moment de sa cession liquidative induit des conséquences de différents ordres : pratiques tout d'abord, puisque ce rapprochement des notions de fonds de commerce et de l'entreprise modifie profondément la nature du lien existant entre l'entreprise cédée et le débiteur (A) ; conceptuels ensuite, car la cession d'entreprise se voit attacher des buts spécifiques, et induit au sein de l'ensemble cédé une véritable instabilité (B).

A) Accentuation de la dissociation de l'entreprise et du débiteur lors des réalisations d'actifs en liquidation judiciaire

Le pouvoir de direction dont est investi le dirigeant d'une entreprise décroît progressivement, parallèlement à l'accroissement de l'emprise du droit des entreprises en difficulté, cette dernière étant modulée selon le stade de dégradation de la situation économique. Ainsi, si le dirigeant reste aux commandes de l'entreprise dans les procédures de conciliation et de sauvegarde, son influence est progressivement bridée au cours de la procédure de redressement judiciaire¹⁴⁸, pour lui être finalement retirée au moment des cessions se déroulant dans le cadre liquidatif. A ce stade, certaines dispositions légales accentuent cette séparation de l'entreprise et de son dirigeant. Elles concernent la récente hypothèse du plan de continuation du débiteur qui peut être présenté une fois le plan de cession réalisé (1), et l'émancipation accrue des associés (2).

¹⁴⁸ On notera la possibilité, introduite par l'ordonnance du 18 décembre 2008 à l'art. C. com. L631-19-1, de faire procéder par le tribunal à la cession forcée des parts sociales du dirigeant. Sur la mise en œuvre de cette possibilité et ses répercussions, voir BROCARD (E.), *La cession de droits sociaux et l'entreprise en difficulté*, Rev. Soc. 2015, p. 217. Le domaine de cette possibilité de cession forcée des parts sociales a été étendu par l'introduction, à l'art. C. com. L631-19-2, de la réciproque, applicable cette fois aux actionnaires majoritaires, par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015. Sur les conditions d'application de cette disposition, voir VERMEILLE (S.), *Le volet droit des faillites de la loi « Macron » : une intention louable au départ, mais un résultat dangereux à l'arrivée*, D. 2015, p. 382. L'ordonnance du 12 mars 2014 a en outre introduit la possibilité d'imposer « une modification de capital à effet de dilution », à l'article L631-9-1 du Code de Commerce. Voir ROSSI (P.), *Dispositions de la loi Macron concernant les livres VI et VIII du Code de commerce, obstination ou obsession ?* RPC, n° 5, novembre 2015, Etude 15

1) Hypothèse d'un « plan de continuation du débiteur »

La captation de la notion d'entreprise par la liquidation judiciaire s'accompagne de l'éclosion d'une hypothèse auparavant inédite. Si le débiteur se voit progressivement privé de son pouvoir de décision dans le tracé de la destinée de son entreprise, il peut désormais, suite à la cession de celle-ci, poursuivre une autre activité après la clôture de la procédure liquidative. Cette initiative participe d'une dynamique récente, que certains auteurs ont qualifiée d'« *humaniste* »¹⁴⁹, et qui vise à préserver, autant que faire se peut, la position du débiteur personne physique. Si les conséquences patrimoniales d'une telle procédure sont très importantes¹⁵⁰, cette nouvelle possibilité témoigne aussi d'un approfondissement de la scission opérée par les textes entre le débiteur et son entreprise. Il faut également noter qu'afin de permettre la mise en place de cette innovation, certains aménagements textuels ont dû être réalisés au sein des textes liés.

Concernant l'application de cette mesure aux personnes morales, l'article 1844-7 du Code Civil, qui indiquait que la cession totale des actifs de la société entraînait la disparition de celle-

¹⁴⁹ Voir BORGA (N.), *la multiplication des obstacles à la cession*, RPC, n° 2, Mars 2015, dossier 31, *spéc* n°22. Cette logique protectrice a été prolongée par l'introduction, aux articles C. com L645-1 et suivants, de la procédure de rétablissement professionnel, par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives. Cette dernière s'exerce dans des conditions distinctes. Concernant les conditions de mise en œuvre de cette procédure, voir LEGROS (J.- P.), *Le traitement des sociétés en difficulté après l'ordonnance du 12 mars 2014*, Rev. Soc., n°6, Juin 2014, Etude 11, *spéc.* n°26 à 29 ; LUCAS (F.-X), *Présentation de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives*, Bull. Joly Ent. Diff, n° 2, 01 mars 2014, p. 111 et LIENHARD (A.), *Réforme du droit des procédures collectives : Présentation de l'ordonnance du 12 mars 2014*, Dalloz Actualités Affaires, 17 mars 2014

¹⁵⁰ On imagine aisément les conséquences, pour le débiteur, de la soustraction totale de l'« entreprise cédée » du nombre de ses actifs, et le caractère incertain et fragile de la situation économique qui en découle. Les possibilités de redressement du débiteur sont d'autant plus restreintes, et ne pourront alors être financées que grâce au prix de cession de l'entreprise, du prix éventuellement obtenu de la vente des actifs résiduels, et de nouveaux revenus injectés au soutien du plan de redressement. Voir sur ce sujet et sur le déroulement précis de ce « *plan de continuation du débiteur* », notamment pour ce qui concerne la répartition des missions entre le mandataire judiciaire, l'administrateur et le liquidateur, FROELICH (P.), *L'ambivalence du plan de cession totale dans la loi de sauvegarde des entreprises*, D. 2005, p. 2878

ci, a ainsi dû être modifié. Cette cause de dissolution de la société ne figure désormais plus au rang des causes invocables à cette fin¹⁵¹.

La dissociation du débiteur et de l'entreprise influence donc l'organisation des procédures collectives, en admettant que la cession totale du bien principal du débiteur ne soit pas le synonyme d'une liquidation immédiate subséquente. Cette dernière n'interviendra plus que dans les cas où aucun plan de redressement n'est proposé par le débiteur à la suite de la cession de son entreprise, ou dans le cas où ce plan serait jugé irréaliste, et en conséquence rejeté.¹⁵²

2) Emancipation des associés

La mise en œuvre du plan de cession induit de lourdes conséquences dans les relations entre l'entreprise sociétaire et la société débitrice. Le droit des procédures collectives apparaît dès lors comme un moyen efficace et original de restructuration de l'entreprise cédée, au cours duquel, contrairement aux techniques habituellement applicables en droit des sociétés, le dirigeant et les associés voient leur influence et leur pouvoir de décision disparaître¹⁵³.

¹⁵¹ L'art. C. civ. 1844-7, 7^e prévoyait initialement que le prononcé de la fin de la société se fasse « *par l'effet d'un jugement ordonnant la liquidation judiciaire* ». La cession de la totalité des actifs avait été retranchée des causes pouvant engendrer la dissolution de la société. L'ordonnance du 12 mars 2014 poursuit cette entreprise de précision des textes en substituant au prononcé de la liquidation le critère plus représentatif du « *jugement ordonnant la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif* ». Voir LE CORRE (P.-M), *Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté, dispositions générales*, D. 2014, p.733

¹⁵² Voir DEHARVENG (J.), *Le plan de cession dans la nouvelle architecture des procédures collectives ; Un événement et non plus une issue du cours de la procédure*, D. 2006, p. 1047. L'auteur relève malgré tout que « *le plus souvent la liquidation judiciaire s'imposera* ».

¹⁵³ Voir COUTURIER (G.), *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, Thèse, L.G.D.J, Paris, 2013, p. 483, *spéc.* n° 783. L'auteur qualifie la réification de l'entreprise à l'œuvre dans le plan de cession de « *rationalisation de la défaillance d'une activité économique* ». Il explique la décroissance de l'influence des organes de décision habituels ainsi : « *En somme, l'expropriation de la société débitrice et l'expropriation économique de ses associés sont donc incontestables* »... ; « *Le plan de cession est en effet une mesure de l'entreprise défaillante destinée à assurer « la permanence de l'entreprise au travers de la faillite », selon la formule du Doyen R. Houin* »... ; « *Dans le cadre de cette fonction, la relation entre l'intérêt des associés et l'intérêt des dirigeants n'a pas à être privilégiée, alors qu'elle constitue la base fondamentale du droit des*

Les associés de l'entreprise sociétaire sont ici soumis aux impératifs de la procédure, et privés des prérogatives qu'ils exercent en temps normal¹⁵⁴. L'abrogation par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 de l'ancien article L624-1 du Code de Commerce¹⁵⁵ accentue encore la dissociation à l'œuvre entre l'entreprise et ses instances décisionnaires.

Ce type d'ouverture-sanction liait, indéfectiblement, le sort de l'associé et de l'entreprise dans laquelle il possédait des parts du capital social. Désormais, « *la mesure qui frappe la personne morale ne frappe plus les associés* »¹⁵⁶. La dissociation juridique entre le débiteur et l'entreprise trouve ici un aboutissement en excluant définitivement toute possibilité d'ouverture automatique d'une procédure collective à l'égard des associés. Et ce, quelle que soit la forme de la société débitrice exploitante¹⁵⁷. Jusqu'à la réforme opérée par la loi de sauvegarde, seuls les associés possédant des parts de capital dans des sociétés à responsabilité illimitée, désignées

sociétés. » Voir également CHWAT (M.) et CARABIN (T.-M.), *Guide pratique et juridique des entreprises en difficulté*, Paris : Editions De Vecchi, 1994, p.152, qui constatent qu'« *à la différence de la liquidation amiable, la liquidation judiciaire est assurée sous la direction de l'autorité judiciaire, et les dirigeants comme les associés, sont alors démunis de tout pouvoir, hors celui d'en référer au tribunal en cas de contestation sur la régularité de la procédure* ».

¹⁵⁴ Voir COUTURIER (G.), *Ibid.*, p. 449, n°s 772 et 773 : « *Alors que l'utilisation des techniques du droit des sociétés pour le règlement des difficultés des sociétés est conditionnée par un vote favorable de l'assemblée générale des associés, lors d'un plan de sauvegarde ou de redressement, le plan de cession constitue une technique de réorganisation de l'entreprise sociétaire qui s'impose aux associés. Ceux-ci sont privés de leur droit fondamental de décider du sort de leur société* ». L'auteur constate en outre que « *les associés ne peuvent pas davantage choisir le cessionnaire.* »

¹⁵⁵ Voir article 178 de la loi du 25 janvier 1985, qui stipulait : « *Le jugement qui ouvre le redressement ou la liquidation judiciaires de la personne morale produit ses effets à l'égard de toutes les personnes membres ou associées de la personne morale et indéfiniment et solidairement responsables du passif social. Le tribunal ouvre à l'égard de chacune d'elles une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire selon le cas.* »

¹⁵⁶ Voir SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *op. cit.*, *supra* note n° 143, spèc n° 360

¹⁵⁷ « *Consécutivement à l'abrogation de l'article L. 624-1 du Code de commerce, force est aujourd'hui de convenir, qu'à la différence d'autres boucliers, le bouclier social que constitue la personnalité morale de la société profite désormais à tous les associés, c'est-à-dire indépendamment de la forme sociale que revêt la société en difficulté.* » voir COQUELET (M.-L.), *Risques, responsabilités des associés d'une société en procédure collective*, RPC, n° 6, novembre 2010, dossier 6

comme « indéfiniment responsables » au sens de l'article 1857 du Code Civil, étaient visés par ce cas de figure¹⁵⁸. Étaient principalement concernés les associés de sociétés en nom collectif, les associés commandités des sociétés en commandite (simple ou par actions), ainsi que les membres de sociétés civiles professionnelles ou de G.I.E. Les associés des différentes formes de sociétés limitant la responsabilité de ceux-ci, telles que les sociétés anonymes, les sociétés à responsabilité limitée ou encore les sociétés par actions simplifiées ne pouvaient se voir imposer l'ouverture d'une procédure collective à titre personnel. On notera cependant que l'article L621-2 du Code de Commerce prévoit la possibilité d'étendre l'effet réel de la procédure au patrimoine d'une personne physique dans le cas de la constatation de la fictivité de la société placée en liquidation judiciaire. Dans ce cas, le « *bouclier* » constitué par l'interposition de la personne morale s'efface, et la personne physique répond des dettes sur son patrimoine personnel¹⁵⁹. A notre sens, ces particularités attachées à la réalisation du plan de cession orientent encore un peu plus la nature de l'entreprise cédée à ce stade vers un celle d'un bien.

B) Evolutions conceptuelles consécutives à la réification de l'entreprise

Cette réification de l'entreprise cédée en plan de cession liquidatif a induit de notables évolutions dans la logique qui guide les cessions liquidatives. Ainsi, cette évolution impose une hiérarchisation des objectifs déterminés par l'article L642-1 du Code de Commerce (1). Mais elle introduit également une lourde instabilité conceptuelle au sein du plan de cession, l'entreprise cédée en liquidation ne recouvrant pas les mêmes caractéristiques que celle cédée par ce moyen en redressement judiciaire ou en sauvegarde (2).

1) Hiérarchisation des buts attachés à la cession de l'entreprise en liquidation judiciaire

L'article L642-1 du Code de Commerce fournit une première source de réflexion : actuellement positionné au sein du Titre IV relatif à la liquidation judiciaire, cet article est relatif aux méthodes de réalisation de l'actif du débiteur visées au chapitre II de ce titre. L'entreprise y est présentée sans détours comme un élément de l'actif du débiteur, dont la cession totale ou

¹⁵⁸ Voir sur ce point PETEL (P.), *Le nouveau droit des entreprises en difficulté*, JCP E, n° 42, 20 Octobre 2005, p. 1509, *spéc.* n°15

¹⁵⁹ Voir Cass. Com., 15 octobre 2013, pourvoi n° 12-24389, comm. NOIRAUD (R.), *Rev. Soc.*, 2014, p. 253

partielle est destinée, entre autres objectifs, ainsi que le mentionne le texte, à « *apurer le passif* » du débiteur. La réification de l'entreprise au stade de sa cession est certaine, que cela soit dans le cadre de la liquidation, ou dans le cadre du redressement judiciaire, ainsi que l'indique le renvoi à cet article par l'article C. com. L631-22, qui calque les conditions de déroulement de la cession en redressement sur celles applicables dans le cadre de la liquidation judiciaire. La dissociation de l'entreprise et de la personne du débiteur est consommée, celle-ci pouvant être transférée à un acquéreur afin, en premier lieu, de voir son activité conservée, ainsi que les emplois « *lui étant attachés* » sauvegardés. L'apurement du passif du débiteur ne se positionne qu'en troisième position des préoccupations du législateur¹⁶⁰. On peut saisir la logique implicite de cette mesure : l'entreprise est un bien inclus dans l'actif du débiteur, et la conservation de son intégrité doit être prioritaire sur toute autre considération, cette intégrité ne pouvant être assurée que par le maintien de l'activité. L'optimisation du maintien de l'activité est permise par la modulation du nombre d'emplois attachés à celle-ci. Seuls ceux qui se révèlent indispensables à la poursuite de l'activité dans les meilleures conditions sont utiles et préservés.

Enfin la cession de cette entité permettra le désintéressement des créanciers et l'apurement du passif du débiteur cédant. L'entreprise n'apparaît donc dans cette situation que comme un élément du patrimoine du débiteur dont le prix de cession viendra s'ajouter à la masse des actifs résiduels. La dimension sociale de celle-ci, ainsi que sa dimension économique, sont temporairement limitées au profit du maintien de son activité. Sa nature juridique s'en retrouve inévitablement orientée, à ce stade, vers l'objet de droit.

¹⁶⁰ La relégation semble néanmoins plus lointaine encore. Pour une approche rigoureusement critique de l'objectif d'apurement du passif, et ses résultats au sein des procédures collectives actuelles, voir BERGER-PERRIN (B.), *Que reste-t-il de la finalité traditionnelle de règlement du passif?* RPC, n° 3, Mai 2012, dossier 16, qui constate que « *force est de constater que le prétendu apurement du passif se traduit en réalité presque toujours par une véritable épuration des créanciers, plus ou moins tragique selon les circonstances* ». On relèvera néanmoins que la jurisprudence départage parfois, dans le cadre du redressement judiciaire, l'hypothèse d'un plan de continuation et celle d'un plan de cession en privilégiant la perspective d'un meilleur apurement du passif dans l'un des cas, voir CA Paris, 3e ch. B, 14 févr. 2008, SARL HRM / GORINS, Comm. FRAIMOUT (J.-J.), RPC n° 1, Janvier 2009, comm. 11

2) Instabilité conceptuelle de l'entreprise cédée en liquidation judiciaire

Les notions de fonds de commerce et d'entreprise présentant des caractéristiques *a priori* inconciliables, justifient donc l'existence de régimes de cession spécifiques¹⁶¹, tout particulièrement dans le cadre du droit des procédures collectives. Mais malgré les précautions légales, les failles conceptuelles interdisent une véritable étanchéité des notions déclenchant ces régimes, et permettent dans la pratique la réalisation d'opérations absentes des prévisions du législateur. Ces notions subissent, sous l'effet du droit dérogatoire des procédures collectives, une érosion rendant incertaine l'identification de leur nature juridique¹⁶². Les risques de confusion croissent parallèlement, et posent alors la question de la légitimité de la distinction de leurs modes de cession. Les conceptions habituellement retenues des notions d'entreprise et de fonds de commerce sont, à ce stade de leur existence, ébranlées. C'est au moment de la cession opérée en liquidation judiciaire¹⁶³ que le risque de confusion entre les

¹⁶¹ Voir sur ce point PEROCHON (F.) ET BONHOMME (R.), *Entreprises en difficulté, Instruments de Crédit et de Paiement*, 8^e édition, Paris : L.G.D.J, 2009, spéc. n°455 : « *Les actes de cession doivent en principe se conformer aux exigences de fonds et de forme du droit commun relatives au bien considéré (immeuble, fonds de commerce, brevet, etc...), sauf lorsqu'elles sont incompatibles avec la cession de l'entreprise, opération globale spécifique ayant pour objet un ensemble, qui ne doit pas être disloqué : d'où par exemple sa soustraction au droit de préemption ou à la surenchère lorsque la cession comprend un fonds de commerce.* »

¹⁶² Ainsi que le fait remarquer le Professeur Guyon : « *La loi de 1985 parle de cession d'entreprise, expression ambiguë, car l'entreprise ne constitue pas en droit français une personne juridique. La cession paraît porter globalement sur les biens qui composent cette entreprise, c'est à dire soit sur le fonds de commerce, soit sur l'actif social.* », voir GUYON (Y.), *Droit des affaires, Tome 2, entreprises en difficultés, redressement judiciaire, faillite*, 8^e édition, Paris : Economica, 2001, spéc. n°1285.

¹⁶³ Nous rejoignons sur ce point les constatations de monsieur le Professeur Le Cannu, qui estimait que « *pour autant, elle (la loi de 2005) use toujours de plusieurs sens juridiques du mot « entreprise » pour viser soit une activité, soit un bien économique, soit encore l'ensemble des formes juridiques d'exploitation d'une activité économique* ». En effet, si l'entreprise est bien considérée comme une activité dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de continuation en redressement judiciaire, puisque l'objectif avoué de ces procédures est de privilégier le maintien de l'activité et des emplois y étant attachés, la signification du terme « entreprise » est tout autre dans le cadre d'un plan de cession. « *Dans la législation nouvelle, l'entreprise n'est considérée comme un bien économique que lorsqu'elle est à vendre, c'est-à-dire seulement dans le cadre du redressement ou de la liquidation judiciaire.* » Voir LE CANNU (P.), *Entreprises en difficulté, Avant-Propos*, Répertoire Commercial Dalloz, 2008, p. 4

deux entités est le plus important. En effet, l'entreprise, figurée au travers du prisme des procédures de sauvegarde¹⁶⁴ ou de redressement judiciaire, renvoie une image bien différente¹⁶⁵,

D'une perception statique, la notion d'entreprise acquiert donc une dimension évolutive, dont la nature se révèle variable, selon la phase de son existence juridique au cours de laquelle elle est considérée. Dans un premier temps, la destinée de celle-ci est superposable à celle du détenteur des éléments générateurs de l'activité, et qui en réalise l'exploitation. Cet exploitant peut être une personne physique ou une personne morale. Cette entité économique et sociale, ayant pour socle l'activité dont elle est le siège, tend donc d'abord à se confondre avec l'exploitant. Cette remarque est d'autant plus vérifiable dans le cas d'une société exploitée sous forme individuelle par une personne physique, qui possède tous les actifs de l'entreprise, et génère et entretient seul l'activité de cette dernière¹⁶⁶. A fortiori depuis l'avènement de l'E.I.R.L, qui ne nécessite plus le passage obligé par la forme sociétale et la constitution d'une personnalité morale distincte, mais une simple affectation de bien au sein d'un patrimoine dédié

¹⁶⁴ La procédure de sauvegarde ne pouvant être intégrée pleinement dans ce débat, ainsi que l'a fait remarquer le Professeur Mazeaud : « *La logique du processus de sauvegarde n'est pas à la cession totale de l'entreprise, alors que le débiteur reste aux commandes.* », voir MAZEAUD (A.), *Les cessions d'entreprises ou de partie d'entreprise depuis la loi du 26 juillet 2005*, Droit social 2006, n° 1, p. 12

¹⁶⁵ Certains auteurs constataient déjà à propos de la loi de 1985 qu'« *il n'est pas sûr qu'au sein même de la loi de 1985, la notion d'entreprise soit unitaire* ». Voir DERRIDA (F.), GODE (P.) ET SORTAIS (J.-P.), *op. cit.*, supra note n° 22, p.16

¹⁶⁶ Sur les avantages de la constitution d'une E.U.R.L pour l'exploitation de l'entreprise, voir PAILLUSSEAU (J.), *L'E.U.R.L. ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle*, JCP G, n° 20, 14 Mai 1986, doct. 3242 ; RANDOUX (D.), *Une société très spécifique : l'E.U.R.L.*, JCP N, n° 46, 15 Novembre 1985, 101203. On notera qu'un auteur avait très tôt pointé les risques de confusion de l'E.U.R.L et du fonds de commerce qu'elle héberge, particulièrement dans le cadre de sa cession : « *Pourtant, comme on pouvait le redouter, la loi consacre une situation dans laquelle l'universalité constituée par le patrimoine de l'E.U.R.L. inclura un deuxième sous-ensemble, le fonds de commerce ; dans la plupart des petites entreprises concernées, le second ne différera pas du premier ; il y a là un alourdissement inutile et source de difficulté, en cas de transmission de l'entreprise notamment, pour la distinguer de la cession du fonds* ». Dans le cadre des cessions liquidatives, cette difficulté ne peut dès lors que s'accroître. Voir SAYAG (A.), *De nouvelles structures pour l'entreprise La loi n° 85-697 du 11 juillet 1985*, JCP G, n° 46, 13 Novembre 1985, doct. 3217

à l'exploitation¹⁶⁷, permettant ainsi de palier aux défauts d'une telle exploitation individuelle quand elle est affranchie des contraintes de la constitution d'une société unipersonnelle. Dans le cadre de la constitution d'une société, sous une forme autre qu'une entreprise unipersonnelle, cette entité économique et sociale trouve une « *structure d'accueil par excellence* »¹⁶⁸ dans la personnalité morale. Dans les deux cas, cette confusion relative permet de percevoir les raisons de la tendance d'une certaine partie de la doctrine à accorder la personnalité morale à l'entreprise¹⁶⁹.

Dans les deux cas également, l'ouverture d'une procédure collective oblige à différencier clairement les deux entités : l'exploitant, ou la société, qui dispose de la personnalité juridique et répond devant les créanciers des dettes de l'exploitation, et l'entreprise elle-même, objet de l'exploitation jusqu'à ce moment. Si les conditions de l'exploitation n'ont pas définitivement porté atteinte à la substance de l'entreprise, dans la mesure où celle-ci conserve encore une activité, l'ensemble représente alors le bien principal du débiteur.

Les dispositions précédemment étudiées confortent cette perception : le débiteur, au travers du plan de redressement présenté postérieurement à un plan de cession, peut poursuivre une existence juridique propre, indépendamment de celle de l'entreprise qu'il recueillait

¹⁶⁷ La distinction de la destinée de l'E.I.R.L et du débiteur est néanmoins tributaire de la date de la déclaration d'affectation des biens, ainsi que du sérieux de la gestion. L'étanchéité des patrimoines peut se trouver levée dans de tels cas, et mettre alors en concurrence les créanciers inscrits sur les biens appartenant aux deux patrimoines. Voir sur cette question RAKOTOVAHINY (M.-A.), *Fiches de procédures collectives*, Paris : Ellipses, 2016, pp. 128-129

¹⁶⁸ PAILLUSSEAU (J.), *op. cit.*, *supra* note n° 98, *spéc* n° 61. Voir également DERRIDA (F.), GODE (P.) ET SORTAIS (J.-P.), *op. cit.*, *supra* note n° 1, p.14 : « *La personnalité de la société absorbe celle de l'entreprise ; plus exactement, celle-ci participe largement de l'autonomie patrimoniale de la société.* »

¹⁶⁹ Voir sur ce point, CHAPUT (Y.), *op. cit.*, *supra* note n° 133, *spéc* n°324. L'auteur regrette ici qu'en période d'observation, la différenciation entre le débiteur et l'entreprise ne soit pas plus clairement établie, et que « *la loi du 25 janvier 1985 n'offre qu'une ébauche en ne personnalisant pas l'entreprise* ». En conséquence, « *le passif est celui du débiteur, sans qu'il soit distingué entre dettes nées de l'exploitation et les autres* », et que dans le cas des personnes physiques, « *leur actif comprendra à la fois les éléments affectés à l'exploitation, mais tout aussi bien, ceux qui en sont indépendants* ».

auparavant, et qui trouvera alors une nouvelle « *structure d'accueil* »¹⁷⁰, à la suite de la cession dont elle a fait l'objet. Le redressement de l'entreprise n'est donc pas toujours synonyme de redressement du débiteur. On peut formuler l'hypothèse selon laquelle en phase liquidative, la cession de l'entreprise serait le pourvoyeur de son redressement, si l'on entend par ce terme la préservation de son intégrité, de sa permanence et de son activité¹⁷¹.

¹⁷⁰ PEROCHON (F.), *Entreprises en difficulté*, 10^e Edition, LGDJ, Paris, 2014, p. 554, *spéc.* n°1234, qui établit la comparaison suivante : « *la cession d'entreprise recherche la survie de ses organes sains, greffés sur un meilleur porteur.* »

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 553, *spéc.* n° 1231, qui relève : « *La liquidation judiciaire est depuis la réforme de 2005 le cadre privilégié de la cession d'entreprise, forme globale de transmission d'actifs en exploitation, au moyen de laquelle doit être assuré « le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés », c'est-à-dire le redressement de l'entité économique, en même temps que l'apurement du passif du débiteur...* » ; CHAPUT (Y.), *Les plans de sauvegarde et de redressement : renaissance légale de l'homme et de l'entreprise ?* in *Etudes de droit privé, mélanges offerts à Paul Didier*, Paris : Economica, 2008, p.115 ; on ajoutera que cette constatation se double inévitablement de sa réciproque : la cession d'entreprise opérée à ce stade de la procédure se teinte de la logique liquidative, et sa mise en œuvre en partage donc les buts qui lui sont assignés. Un auteur résume ainsi cette influence réciproque : « *Pour paradoxal que cela paraisse, la finalité de sauvetage de l'entreprise s'exprime, depuis la loi de sauvegarde, également dans la procédure de liquidation judiciaire, et plus précisément, lorsque cette dernière est assortie d'une période jugée exceptionnelle de maintien provisoire de l'activité... Alors que les finalités de la cession de l'entreprise, conformes aux objectifs de la sauvegarde ou du redressement judiciaire, irradient désormais la procédure de liquidation, celle-ci voit parallèlement sa nature modifiée du fait de son intégration dans cette procédure. Elle s'imprègne de la logique traditionnelle liquidative en constituant, du point de vue du patrimoine du débiteur, une modalité d'apurement du passif.* » Voir BOUSTANI (D.), *Les créanciers postérieurs d'une procédure collective confrontés aux enjeux du droit des entreprises en difficulté*, Issy-Les-Moulineaux : LGDJ, 2015, 430 p.

Conclusion Partie I Titre I Chapitre I

L'entreprise et le fonds de commerce, lors des réalisations d'actifs liquidatives, partagent donc indiscutablement la nature juridique d'objet de droit. Mais contrairement au fonds de commerce, cette nature n'est que transitoire pour l'entreprise. Une fois la cession opérée, l'entreprise réinvestit les domaines sociaux et structurels dont elle avait été dépossédée, et redevient ce bien particulier, à cheval entre les catégories d'objet et de sujet de droit. L'entreprise faisant l'objet du plan de cession présente donc une nature juridique univoque, contrairement aux perceptions habituelles de la notion d'entreprise.

Néanmoins, si ces deux notions partagent la qualification d'objet de droit au moment de leur cession lors des réalisations d'actifs en liquidation judiciaire, leur nature intime n'est pourtant pas entièrement assimilable à ce stade. Tous deux constituent certes des universalités de fait, mais leurs contours ne sont pas pour autant superposables dans la totalité des situations juridiques rencontrées. L'entreprise ne pourra ainsi être systématiquement assimilée à un bien meuble incorporel, car, dans sa construction, elle ne bénéficie pas des mêmes fictions juridiques, ni ne subit les mêmes exclusions impératives que dans celle qui est imposée au fonds de commerce. La nature juridique de l'entreprise cédée se superpose néanmoins objectivement à celle du fonds de commerce dans un certain nombre de cas, nombre qui augmente encore si l'on fait fi des situations où la distinction repose sur une des anomalies structurelles du fonds de commerce, comme l'absence d'immeubles en son sein, ou de contrats d'exploitations. Ce sont ces cas potentiels qui constituent la voie de communication sapant la pertinence des modes de cession applicables lors des réalisations d'actifs en liquidation judiciaire.

Il nous reste cependant à préciser notre analyse, afin de déterminer si les ensembles cédés lors des réalisations d'actifs dont les silhouettes se confondent voient également leur anatomie intime s'harmoniser. A cette fin, nous nous attacherons donc, après avoir confronté leurs natures juridiques, à identifier leurs éléments constitutifs, et à comparer l'organisation interne de ceux-ci. Cette étape plus détaillée de notre analyse nous permettra également de préciser si l'entreprise qui se reconstitue, postérieurement à sa cession au moment de la phase de réalisation des actifs, regroupe tous les traits distinctifs de celle qui avait été appréhendée par la procédure collective, ou si cette entreprise n'en reprend qu'une partie, certes non négligeable, pour constituer une nouvelle entité.

Chapitre II) Convergence progressive de la structuration de l'entreprise et du fonds de commerce

A la suite des développements précédents, nous concluons à la nature convergente d'objet de droit de l'entreprise et du fonds de commerce, tout du moins au moment de leur cession en liquidation judiciaire, au cours de la phase de réalisation des actifs. Mais cette constatation ne suffit pas à les assimiler à ce stade de la procédure collective, ni à déduire une identité de concept, ou un caractère interchangeable, lors de leurs cessions respectives en liquidation judiciaire. Les éléments constitutifs de ces deux notions doivent également être analysés, et comparés.

Le fonds de commerce offre une certaine permanence, une organisation tangible et stable. Sa perception est commune à l'ensemble des branches du droit interne. Si l'on s'en tient à la définition communément admise, on peut affirmer que les difficultés, relatives à la théorie du fonds de commerce, tiennent plus à son organisation interne qu'à la délimitation des contours de la notion.

L'entreprise présente, en revanche, un profil fort différent. Elle apparaît successivement sous plusieurs acceptions. Elle peut apparaître comme un ensemble de biens, comme un lieu de vie pour l'ensemble des salariés y travaillant, ou bien encore, comme un véritable acteur économique. Dans le cas de l'entreprise, ce sont les limites assignées à l'entreprise qui demeurent problématiques, plus que le contenu de la notion elle-même.

Afin de préciser les rapports entretenus par ces deux notions au moment de leurs cessions respectives dans le cadre des cessions d'actifs de la liquidation judiciaire, nous appliquerons la même approche dynamique à l'organisation du fonds de commerce et de l'entreprise. A l'instar des développements précédents nous étudierons donc, dans un premier temps, l'organisation interne de ces deux notions parentes avant leur appréhension par le droit des entreprises en difficulté (Section I), puis l'évolution de celles-ci, et leurs convergences, une fois ces notions placées sous le régime des procédures collectives (Section II).

Section I) Organisation juridique du fonds de commerce et de l'entreprise en droit commun

Dès lors que le fonds de commerce et l'entreprise cédée constituent tous deux des universalités de biens, il est indispensable de comparer leur structuration interne et donc la nature des liens unissant les biens qu'elles contiennent si l'on souhaite établir un comparatif exhaustif de ces deux notions. Nous observerons donc tout d'abord, dans le cadre plus apaisé du droit commun, le fonctionnement de l'organisme juridique « fonds de commerce » (I), pour ensuite soumettre l'entreprise à la même démarche analytique (II). Cette première approche nous permettra de mettre en exergue les zones d'ombre théoriques pouvant permettre un rapprochement de ces notions dans le cadre des procédures collectives.

I) Organisation des composantes du fonds de commerce

Les rapports juridiques régissant les biens inclus dans un fonds de commerce ont fait l'objet de nombreux débats, qui ont connu un aboutissement précoce, et qui fut sacralisé par la jurisprudence. Cette conception, qualifiée d'« *essentialiste* » par la doctrine (A), si elle n'a jamais fondamentalement été remise en cause, présente néanmoins des failles théoriques qui interdisent une perception totalement définitive de cette entité juridique (B).

A) Emergence et postulat de la théorie essentialiste

La question de l'organisation intime du fonds de commerce préoccupe les théoriciens du droit depuis la matérialisation de cette universalité. Une approche particulière de la structure du fonds de commerce s'est néanmoins rapidement imposée. La théorie essentialiste, consacrant l'importance primordiale de la clientèle sur les autres éléments (1), se voit ainsi, encore aujourd'hui, privilégiée. Elle a fait l'objet d'une méticuleuse maturation jurisprudentielle qui en a défini l'axiome, ainsi que les conséquences juridiques (2).

1) Présentation de la conception essentialiste du fonds de commerce

La qualification du fonds de commerce comme universalité de fait, bien meuble incorporel, ne s'oppose pas à l'établissement d'une hiérarchie, au sein de celui-ci, des éléments le constituant. Cette hiérarchisation des éléments le composant privilégiée, on l'a vu au sein des développements précédents, les éléments incorporels. Au fil de l'évolution jurisprudentielle et doctrinale, un de ces constituants a pris l'ascendant sur les autres, et sert depuis de base à la révélation de l'existence du fonds de commerce. Des éléments irréductiblement présentés comme caractéristiques du fonds de commerce par la loi de 1909, la clientèle est depuis longtemps présentée comme l'élément central, dont la présence révèle l'existence du fonds de commerce, que cela soit selon la doctrine¹⁷² ou l'analyse prétorienne.

Cette conception qualifiée d'« *essentialiste* » prévaut toujours actuellement¹⁷³. Par le terme essentialiste, il faut entendre que si la clientèle, au sein de l'énumération de la loi de 1909, est bien qualifiée d'élément essentiel à la révélation de l'existence d'un fonds de commerce, elle est également présentée comme un élément suffisant à la caractérisation de l'ensemble. Les autres éléments n'apparaissent plus dès lors, que comme des accessoires de cet élément principal.

2) Construction jurisprudentielle

Le point d'émergence cité de cette doctrine « essentialiste » est un célèbre arrêt de la chambre des requêtes en date du 15 février 1937¹⁷⁴, très souvent évoqué en doctrine, dont nous rappellerons ici succinctement les faits, toujours importants pour notre raisonnement.

¹⁷² Voir CENDRIER (G.), *op. cit.*, *supra* note n°1, spéc. n° 68 : « Il existe un élément qui sert de trait d'union entre tous les autres, et qui, par sa présence, modifie la nature juridique des meubles corporels ou incorporels composant le fond, et, en les groupant autour de lui, constitue le nouveau corps juridique. Cet élément est la clientèle ou l'achalandage. »

¹⁷³ Voir HESS-FALLON (B.) ET SIMON (A.-M.), *Droit des affaires*, 20^e Edition, Paris : Aide-Mémoire Sirey, 2017, pp. 72-73

¹⁷⁴ Cass. Req., 15 février 1937, DP. 1938.I.13, note ROUSSEAU (H.)

Une société à responsabilité limitée avait fait l'objet d'un apport de clientèle. Suite à cet apport, un créancier de l'apporteur avait fait usage de l'application de l'article 7 alinéa 4 de la loi de 1909¹⁷⁵ et enregistré auprès du greffier la somme qui lui était due ainsi que sa qualité, ceci afin d'obtenir remboursement auprès de la société ayant bénéficié de l'apport. Cette demande se fondait sur l'alinéa 5 de l'article 7 de la loi de 1909¹⁷⁶. La question de droit était simple mais capitale. Afin de permettre l'application de l'article 7 dans ce cas de figure, il fallait néanmoins que l'apport d'une clientèle « nue » put être assimilée à un apport de fonds de commerce. En d'autres termes, l'apport d'une clientèle pouvait-elle être suffisante pour constituer un transfert de fonds de commerce, nonobstant l'absence du transfert d'autres éléments visés par la loi de 1909 ?

La Cour d'appel avait dans un premier temps validé cette argumentation. Suite à l'examen du pourvoi, la Haute Juridiction avait alors, à l'époque, cautionné cette conclusion, en déterminant que la clientèle représentait l'élément « *sans lequel un fonds ne saurait exister* », et donc que « *bien que limité à la clientèle, l'apport effectué constituait l'apport d'un fonds de commerce et qu'en conséquence, la loi de 1909 était applicable* ». Etait ainsi imprimée au fonds de commerce une organisation nouvelle, et très spécifique. La clientèle était promue, du rang d'élément constitutif, à celui d'élément suffisant à la caractérisation de l'ensemble. L'œuvre créatrice des juges était, sur ce point, profondément novatrice, car rien ne pouvait laisser présumer dans la rédaction de la loi qu'une telle différenciation devait être réalisée entre les éléments évoqués.

On notera néanmoins que si cet arrêt est généralement retenu comme l'arrêt de principe en la matière, d'autres décisions antérieures avaient pu être rendues, soulignant la prépondérance de

¹⁷⁵ « Dans les dix jours de la dernière en date des publications prévues à l'article 3, tout créancier non inscrit de l'associé apporteur fera connaître au greffe du tribunal de commerce de la situation du fonds, sa qualité de créancier et la somme qui lui est due. Le greffier lui délivrera un récépissé de sa déclaration. »

¹⁷⁶ « A défaut par les associés ou l'un d'eux de former dans la quinzaine suivante une demande en annulation de la société ou de l'apport, ou si l'annulation n'est pas prononcée, la société est tenue, solidairement avec le débiteur principal, au paiement du passif déclaré dans le délai ci-dessus et justifié. En cas d'apport d'un fonds de commerce par une société à une autre société, notamment par suite d'une fusion ou d'une scission, les dispositions de l'alinéa précédent ne sont pas applicables lorsqu'il y a lieu à application des articles 381, 385 et 386 ou lorsque est exercée la faculté prévue à l'article 387 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales. »

la clientèle sur les autres éléments, que cela soit par les juridictions du fond¹⁷⁷, ou par la Haute Juridiction¹⁷⁸ elle-même. Cette position a par la suite pu être réaffirmée tant par la Cour de Cassation que par les juridictions du fond¹⁷⁹. La reconnaissance de la cessibilité de la clientèle civile, et consécutivement du fonds libéral, a depuis consolidé cette construction, réaffirmant ainsi sa validité malgré ses faiblesses¹⁸⁰. La notion de clientèle continue donc d'évoluer, et conserve sa place essentielle dans l'organisation du fonds de commerce, ainsi que le démontre la récente loi qui a permis la reconnaissance de l'existence du fonds de commerce dans le domaine public¹⁸¹.

B) Limites de la théorie essentialiste

Si la théorie essentialiste s'impose encore aujourd'hui, majoritairement, lorsque le juriste se penche sur le cas du fonds de commerce, elle ne le fait pourtant qu'en dépit de ses imperfections. Les plus perturbantes concernent le statut très particulier octroyé à la clientèle, investie d'un caractère central théoriquement discutable (1), ainsi que les implications conceptuelles de la théorie de l'accessoire dans cette structuration du fonds (2).

¹⁷⁷ Voir TC Marseille, 13 juin 1929, S 1930, J, p. 40

¹⁷⁸ Cass. Req., 19 juin 1934 ; Cass. Req., 23 octobre 1934

¹⁷⁹ Cass. Com., 13 mai 1980, pourvoi n° 78-15666, Bull. com. N°200 ; Cass. Com. 31 mai 1988, pourvoi n°86-13486, Bull. 1988 IV N° 180 p. 126 ; CA Paris, 9 juin 1987, D. 1987. IR 163

¹⁸⁰ Voir Cass. 1^{ère} civ., 7 novembre 2000, pourvoi n° 98-17731, Bull. 2000, I, n° 283, p. 183, comm. LOISEAU, JCP E, n° 10, 8 mars 2001, p. 419. Néanmoins, le plan de cession, lorsqu'il est appliqué à la cession d'une entreprise libérale, pose difficulté. Un auteur relève que « *les cessions d'entreprises personnelles libérales, désormais incluses dans le champ du droit des cessions en redressement ou liquidation judiciaire ne peuvent porter que sur des éléments corporels, ce qui exclut toute cession de clientèle civile si ce n'est le droit de présentation du successeur dans la cession des offices publics ou ministériels qui est exercé par le liquidateur* ». Voir FRAIMOUT (J.-J.), *Droit des entreprises en difficulté*, Paris : Ellipses, 2007, p. 164-165

¹⁸¹ Loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises. Sur les rapports entre clientèle et fonds de commerce, vus au travers du prisme de cette dernière, voir CHAMARD-HEIM (C.) ET YOLKA (P.), *La reconnaissance du fonds de commerce sur le domaine public*, AJDA 2014, p.1641

1) Statut ambivalent de la clientèle

Si cette explication de la structuration du fonds de commerce est facilement compréhensible, et présente l'avantage de la concision, la sélection de cet élément au détriment des autres, comme révélateur de la réalité de l'organisation intime du fonds, ne va pas sans inconvénients. La clientèle n'est pas un élément réellement comparable aux autres¹⁸², même aux autres éléments incorporels, du fait de sa nature juridique fuyante. Une comparaison avec le droit au bail, par exemple, est révélatrice des obstacles levés par cette promotion de la clientèle au rang d'élément suffisant : la propriété de la clientèle peut-elle être matérialisée par un titre ? Comment en déterminer la consistance exacte, et donc sa valeur potentielle ? La clientèle diffère en tous points des autres éléments du fonds de commerce, et son avènement au sein de celui-ci bouleverse l'organisation cette universalité de fait. Aussi la perception de la place occupée par la clientèle au sein du fonds de commerce a-t-elle évolué depuis. Sous l'impulsion de nombreux auteurs, critiques vis à vis de la théorie essentialiste, qu'ils opposent à une réalité économique beaucoup plus complexe, le rôle accordé à la clientèle s'est notablement modifié.

Plus que l'élément central du fonds, cette dernière semble désormais bien plus représenter « *le ciment nécessaire entre les autres catégories de biens et qui confère au fonds, à la fois, son originalité juridique et sa valeur économique* »¹⁸³, ou même « *un droit d'exploiter un fonds en état de marche, un droit de le faire fonctionner* »¹⁸⁴. Cette approche s'est concrétisée en

¹⁸² Exception faite de l'achalandage. Pour un résumé du débat sémantique s'attachant à la délimitation d'une frontière, souvent mouvante, entre ces deux notions, Voir CENDRIER (G.), *op. cit., supra* note n°1, *spéc.* n° 69 ; DERRUPPE (J.), *op. cit., supra* note n° 16, *spéc.* n°28 ; PETIT (B.), *op. cit., supra* note n° 86, p. 78, *spéc.* n°160 qui conclut en relevant que « *la jurisprudence, cependant, ne fait en principe aucune différence entre les deux notions, de sorte que la clientèle doit être entendue, au sens large, comme incluant l'achalandage* » ; CHAMOULAUD-TRAPIER (A.), *Droit commercial : l'entreprise commerciale*, Paris : Bréal, 2010, pp. 104-105. Ainsi que le fait remarquer l'auteur, cette différenciation reste d'importance, puisque certains arrêts établissent que « *la clientèle est un élément essentiel du fonds que l'achalandage ne peut suppléer* ». Voir dans ce sens CA Paris, 9 juin 1987, *préc.*

¹⁸³ Voir HAMEL (J.), LAGARDE (G.) ET JAUFFRET (A.), *Traité de droit commercial, Tome deuxième, Propriété industrielle, fonds de commerce et baux commerciaux, obligations et sûretés, effets de commerce, banques et opérations de banque*, Paris : Dalloz, 1966, *spéc.* n°101

¹⁸⁴ JEANTIN (M.), *Jurisclasseur*, fascicule 1060, n° 3 et suivants.

jurisprudence par la reconnaissance remarquée de la clientèle du franchisé en tant que commerçant indépendant¹⁸⁵, après de multiples tâtonnements¹⁸⁶. Selon l'aphorisme célèbre du Doyen Ripert, il paraît plus approprié d'affirmer désormais que « *la clientèle n'est pas un élément essentiel du fonds de commerce, c'est le fonds lui-même* »¹⁸⁷. Cette assertion lapidaire, clairvoyante quant à l'insuffisance de la théorie essentialiste, est encore aujourd'hui d'actualité. Néanmoins, si cette formule entretient le doute sur l'organisation interne du fonds de commerce, elle n'a pas d'impact sur ce qui concerne les conditions de cession d'un fonds de commerce dans le cadre de notre problématique. Que la clientèle représente le seul élément essentiel du fonds, ou bien plutôt le fonds lui-même, la cession de la clientèle nue entraîne toujours en pratique la transmission du fonds de commerce. Ainsi que le soulignait le doyen Derruppé, « *...des deux côtés on est d'accord pour souligner l'importance essentielle de la*

¹⁸⁵ Voir CA Paris, 16^e ch. A, 4 octobre 2000, *Nicogi c/ Gan vie, SCI FGH Champigny c/ SA Atlas* : PA 16 nov. 2000, p. 11, note J. Derruppé. Les arrêts précisent que : « *Le fonds de commerce est un ensemble d'éléments de nature à attirer une clientèle en vue de l'enrichissement de celui qui assume le risque d'une telle entreprise, c'est-à-dire celui de la perte des investissements qu'il a faits. Dans le cas d'une exploitation après signature d'un accord de franchise, la sanction d'une éventuelle perte de clientèle frappe directement le franchisé. Il faut voir là la preuve que la clientèle attachée au fonds est celle de celui-ci, laquelle est donc autonome par rapport à celle du franchiseur.* » Pour les conséquences de cette jurisprudence sur le renouvellement du bail commercial, voir BINDER (O.), *Le mythe de la propriété de la clientèle : la franchise. Ou l'avenir du fonds par la maîtrise des outils permettant de capter et de développer la clientèle*, A.J.D.I, p. 1054. FABRE (R.), *L'autonomie du fonds de commerce du franchisé*, Cahiers de droit de l'entreprise, 2002- 5, p. 24.

¹⁸⁶ Voir CA Paris, 16^e ch. A, 6 février 1996 ; *Sté Paris Sud Location c/ Mme Agopyan*, comm. BOCCARA (B.), JCP G, n° 15, 9 Avril 1997, II 22818, critiquant la position de la Cour d'Appel qui nie la propriété de la clientèle au franchisé, et anticipe les ajustements qui suivront. Pour un résumé des débats concernant la reconnaissance de la clientèle aux franchisés, voir BOCCARA (B.), *Le fonds de commerce, la clientèle et la distribution intégrée*, Gaz. Pal. 1994, 2, p. 1021, et DERRUPE (J.), *Le franchisé a-t-il encore une clientèle et un fonds de commerce ?* AJPI 1997, p. 1002

¹⁸⁷ RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *Traité de droit commercial : Tome I, Actes de commerce, baux commerciaux, propriété industrielle, concurrence, sociétés commerciales*, 17^e Edition, Paris : L.G.D.J, 1998, n° 326. op. cit. Cette position avait déjà pu être défendue antérieurement par d'autres auteurs ; Ainsi Mr Weill avait-il pu écrire que « *La clientèle représente le plus essentiel des éléments du fonds de commerce, celui sans lequel un fonds de commerce ne saurait exister ; elle est essentielle à ce point, que l'on peut même admettre qu'elle n'est pas un élément du fonds, c'est le fonds lui-même.* » Voir WEILL (A.), *Jurisclasseur commercial. Fonds de commerce*, T.1, fascicule IV, n°84.

clientèle », et la cession de cette dernière reste toujours synonyme de la cession du fonds de commerce.

2) Implications conceptuelles de la théorie de l'accessoire

Une divergence fondamentale distingue la construction doctrinale de la construction prétorienne du fonds de commerce, dans l'explication qu'elles donnent de la cohésion des différents éléments composant le fonds. La conception doctrinale majoritaire est d'expliquer les liens, existant entre les différents éléments du fonds, par la règle de l'universalité. La conception prétorienne quant à elle, justifie la nature des liens entre les différents éléments compris dans le fonds de commerce par la règle de l'accessoire, suivant l'adage « *accessorium sequitur principale* ». Or cette différenciation est bien moins innocente qu'il n'y paraît. En effet, si l'utilisation de l'une ou de l'autre ne remet pas en cause la qualification d'universalité de fait, en revanche elle bouleverse les relations entre les différents éléments structurant le fonds.

Dans la logique doctrinale, si une hiérarchie peut être imprimée aux éléments, la pluralité de ceux-ci reste malgré tout indispensable pour constituer un fonds, qui doit demeurer une universalité, et qui ne peut en conséquence se réduire à un unique élément.

En revanche, si l'on suit le raisonnement prétorien, la simple mention d'un élément « accessoire » postule que son existence n'est pas indispensable à l'existence de l'élément principal. La conception essentialiste retenue initialement par la jurisprudence suppose une organisation basée sur la théorie de l'accessoire. Aussi, s'il est évident que « *résultante ou élément privilégié, la terminologie ne change pas la réalité. L'existence du fonds est liée à l'existence de la clientèle* »¹⁸⁸, cette terminologie oriente cependant le régime applicable au fonds de commerce, et régit la composition de ce dernier. Se pose dès lors la question suivante : si la place de la clientèle n'est plus au sein de l'ensemble, et si celle-ci doit désormais davantage être perçue comme « *l'objectif, le signe ou la preuve du fonds de commerce* »¹⁸⁹ et qu'en conséquence, ce dernier doit être théoriquement constitué non plus par un bien unique et suffisant, mais par « *un ensemble d'éléments mobiliers corporels et incorporels, ensemble*

¹⁸⁸ Idem

¹⁸⁹ BOCCARA (B.), *op. cit.*, *supra* note n° 68

structuré et finalisé qui s'identifie lorsqu'il a permis la création, le maintien, le développement d'une clientèle »¹⁹⁰, quelle hiérarchie imposer à ces éléments ?

Certains auteurs, comme Mr Malauzat¹⁹¹, ont alors soutenu que « *ce droit de clientèle n'étant pas un élément autonome ne peut, semble-t-il à ce titre, figurer parmi les éléments du fonds* », et qu'en conséquence, l'exclusion de la clientèle de la liste des éléments du fonds était préférable. L'évolution doctrinale¹⁹² a alors, pour suppléer au retrait de la clientèle comme élément essentiel, mais pour marquer parallèlement son importance prépondérante, proposé de recourir à un montage plus à même de refléter la réalité économique. Si la clientèle est insuffisante, en elle-même, pour constituer un fonds, en revanche la réunion des différents instruments de captation de cette dernière constitue l'universalité de fait, au sein de laquelle les liens de droit existant entre ces éléments caractérisés comme éléments principaux du fonds¹⁹³ et les autres éléments non supports de la clientèle, restent régis par la règle de l'accessoire.

La principale difficulté qui résulte de cette construction est, alors, de déterminer le ou les éléments servant de support à la clientèle¹⁹⁴. En effet, dans la pratique, les fonds de commerce sont d'une extrême variabilité, et aucune règle générale ne saurait distinguer de manière

¹⁹⁰ Idem

¹⁹¹ MALAUZAT (J.), *La composition du fonds de commerce. La vie du fonds de commerce*, in *60^e congrès des Notaires de France, le statut juridique du fonds de commerce*, Paris : Litec, 1962, p.514

¹⁹² DERRUPE (J.), *Fonds de commerce et clientèle*, in mélanges A. Jauffret, Paris : L.G.D.J, 1974, p. 231 et s. ; COLLOMB (P.), « *La clientèle du fonds de commerce* », RTD Com. 1979, p. 1

¹⁹³ Voir sur ce point LUCAS (F.-X.) ET CLAVIER (J.-P.), *Droit commercial*, Paris : Flammarion, 2003, p. 139 et suivants, qui répartissent les biens incorporels constitutifs du fonds de commerce en deux catégories, les « *droits de clientèle* », éléments qui « *permettent d'attirer et de retenir une clientèle* », et le droit au bail ; DE PANAFIEU (L.), *Le mythe de la propriété de la clientèle dans les centres commerciaux*, A.J.D.I 2001, p. 1062.

¹⁹⁴ La Haute juridiction a ainsi pu assimiler la vente d'un élément du fonds de commerce à la vente du fonds lui-même, en constatant que l'élément était le support de la clientèle. Voir pour un contrat conditionnant l'attribution de la marque, Cass. Com., 13 mai 1980, pourvoi n° 78-1566, *préc.* Pour une autorisation administrative indispensable à l'exploitation du commerce, voir Cass. com., 26 avril 1984, pourvoi n° 82-17047, Bull. 1984, IV, n° 136

autoritaire l'élément support de la clientèle au détriment des autres¹⁹⁵. Cependant, si certains contrats sont d'autorité attachés au fonds de commerce¹⁹⁶, d'autres doivent faire l'objet d'une inclusion d'un commun accord entre le cédant et le cessionnaire. Certains arrêts semblent initier une inflexion à cette position historique, en relativisant, voire en niant, l'importance déterminante de la clientèle dans la structuration des éléments composant le fonds de commerce¹⁹⁷. Ce qui pose la question de l'obsolescence de la définition légale toujours actuellement en vigueur.

¹⁹⁵ Sur ce point, voir SORBIER (M.), *La clientèle commerciale : Cession, location et partage*, Paris, Budapest, Torino : L'Harmattan, 2003, pp.19-29 ; COLLOMB (P.), *op. cit.*, *supra* note n° 192, qui indique que si la présence de ce ou ces éléments ne saurait faire défaut, en revanche la détermination empirique de ces éléments est des plus délicates. Voir, en jurisprudence, CA Paris, 5^e ch. A, 19 juin 1991, *M^{lle} Aboucheade c/ Epoux Ogielo*, D. 1992. *Somm.* 388, obs. Ferrier, comm. DERRUPE (J.), RTD Com. 1991 p. 566, au sujet de la détermination de l'élément support de la clientèle, en l'espèce un contrat de distribution. Monsieur le Professeur Derruppé, dans son commentaire, relève que « *le contrat en cause était un contrat de distribution qui, selon les constatations de la cour, assurait à l'entreprise son approvisionnement et lui fournissait une clientèle concourant de manière substantielle à la valeur du fonds de commerce. On pouvait dès lors se demander si ce contrat n'était pas le support essentiel de la clientèle sans laquelle le fonds perdait son existence* ». Cependant la Cour refuse ce caractère au contrat discuté.

¹⁹⁶ Voir CA Paris, 5^e ch. A, 19 juin 1991, *préc.* La Cour rappelle dans cet arrêt qu'« *il est de principe constant que le fonds de commerce n'est pas un patrimoine autonome, et ne comprend ni les dettes ni les créances du commerçant ; par voie de conséquence les contrats en sont exclus ; il n'est d'exception que pour certains d'entre eux admis par la loi à savoir les contrats de travail, d'assurance, d'édition et de bail ; pour tous les autres, il appartient aux parties de prévoir leur inclusion, ce qui peut être fait, de manière expresse ou tacite, et dans le cas seulement où lesdits contrats n'ont pas été passés intuitu personae* ». *Contra*, sur la nécessité, pour les parties à la cession d'un fonds de commerce sous le patronage du droit commun, de préciser au sein de l'acte le transfert du droit au bail, voir LUCAS (F.-X.) ET CLAVIER (J.-P.), *op. cit.*, *supra* note n° 193, p.145

¹⁹⁷ Voir Cass., 3^e Civ, 15 septembre 2010, pourvoi n° 09-68521, Bull. 2010, III, n° 155, qui énonce qu'en fonction des conditions particulières de l'exploitation d'un commerce, l'achalandage peut suppléer à la disparition de la clientèle suite à une longue période d'absence d'exploitation, et donc éviter la désintégration du fonds de commerce attaché. En conséquence de quoi la cession du fonds de commerce conserve la plénitude de ses effets. Une position parallèle avait pu déjà être retenue par un arrêt CA Paris, 6 janvier 1989, RTD Com. 1989, p.645, Note DERRUPE (J). L'auteur faisait justement remarquer que « *la fermeture du fonds ne suffit pas à faire disparaître immédiatement le fonds. Une cessation d'exploitation, même accompagnée d'une radiation du registre du commerce, n'entraîne pas une dispersion automatique et définitive de la clientèle, surtout si les éléments qui lui servent de support sont conservés. Le fonds ne disparaît que si la cessation d'exploitation se prolonge suffisamment pour entraîner une disparition de la clientèle qui aura pris d'autres habitudes* ».

La structuration théorique du fonds de commerce reste donc, à l'heure actuelle, imprécise. Beaucoup de questions restées en suspens interdisent au juriste de superposer à ce concept une explication trop générale de son organisation, et donc d'en déduire des contours immuables. La notion fondatrice de clientèle reste par trop sujette à débat, tant sur sa consistance, que sur la place qu'elle occupe au sein de l'édifice théorique du fonds de commerce. On ne peut, une fois de plus, que conclure à l'inexistence de toute certitude définitive sur ce sujet.

II) Organisation des composantes de l'entreprise

Un auteur résumait ainsi la confusion du praticien vis à vis de ce curieux animal juridique qu'est l'entreprise : « *Le juriste, et plus encore le spécialiste de droit commercial, éprouve traditionnellement une certaine difficulté à enfermer l'entreprise dans une catégorie juridique et a fortiori à en tracer les frontières.* »¹⁹⁸ Trois remarques objectives peuvent cependant être formulées concernant l'approche juridique de l'entreprise. Tout d'abord, on l'a vu, aucun texte légal en droit interne ne propose de définition de l'entreprise, et aucune décision jurisprudentielle n'a suppléé à ce vide juridique, alors que cette notion est massivement utilisée par notre législation, et aujourd'hui essentielle dans le monde des affaires. Ensuite, il est constant que l'origine de la notion d'entreprise est plus économique que juridique, ainsi que le démontre la complexité de l'étude de sa nature juridique. Enfin, des deux affirmations précédentes découle la résultante suivante : l'origine économique et l'absence de définition légale de cette notion entretiennent une perception multiple de cette dernière, et l'adoption par chaque branche du droit d'une définition circonstanciée, permettant de mettre en œuvre un ensemble de règles déterminées selon le domaine concerné.¹⁹⁹

¹⁹⁸ Voir BLANC (G.), *op. cit.*, supra note n° 122 ; BOY (L.), *Entreprises en difficulté : la recherche d'un consensus autour du thème de l'entreprise*, changement social et droit négocié, in *Changement social et droit négocié* (de la résolution des conflits à la conciliation des intérêts), Commissariat Général au Plan et Groupe de Recherche « *Forme juridique et actions économiques de l'université de Nice*, mars 1987, p.60, qui qualifie l'entreprise de « *concept à géométrie variable* ».

¹⁹⁹ Voir LHUILLIER (G.), *Le « paradigme » de l'entreprise dans le discours des juristes*, *Annales. Economies, sociétés, civilisations*. 48^e année, n°2, 1993, pp. 329-358, qui indique que « *l'entreprise relève d'une autre technique juridique que la définition : c'est un critère d'application* » ; BLANC (G.), *ibid.*, qui constate que « *de nombreux textes légaux ou réglementaires se réfèrent à l'idée d'entreprise sans la définir, l'entreprise peut alors devenir la ou l'une des conditions d'application de tel ou tel mécanisme juridique. Sa définition peut donc varier au gré de la finalité poursuivie par le texte visé. Il s'agit le plus souvent d'une finalité économique qui conduit le juge chargé de l'interprétation de la norme à se servir d'outils à la fois économiques et juridiques pour définir l'entreprise* » ; TARROUX (T.), *La notion d'entreprise*, JCP N, n° 49, 6 décembre 2002, 1684 : « *En fait, le terme d'entreprise ne recoupe pas les mêmes réalités dans les différents domaines. Le mot d'entreprise n'a pas de définition juridique stable qui servirait de référence. L'élaboration d'une définition unique de l'entreprise qui soit opérationnelle quel que soit le problème à traiter ne peut pas être envisagée.* »

Cette analyse est applicable aux approches réalisées dans les différentes branches du droit, y compris dans le cadre des procédures collectives. L'approche juridique de l'entreprise est nécessairement réductrice, car ne prenant en compte que certains aspects de celle-ci afin de permettre l'application d'un corps de règles particulier, et déformatrice, car la sélection de ces aspects est forcément subjective, et n'a pour finalité que la justification de l'application de ce corps de règles. Aussi nous faut-il appréhender la notion d'entreprise en prenant en compte son inadéquation aux théories juridiques habituelles. Cependant, cette analyse se fera strictement au travers du prisme juridique. Il n'est en effet pas utile d'évoquer ici les myriades de doctrines économiques²⁰⁰ théorisant les modalités de fonctionnement ou la finalité assignée à l'entreprise, même si ces dernières ont sans doute à voir avec les volontés politiques souterraines évoquées plus haut²⁰¹ guidant la maturation juridique de la notion. On ne peut néanmoins nier que les différentes incarnations de l'entreprise ne soient liées à ces courants de la pensée économique²⁰². Nous aborderons ici les théories successives qui ont tenté d'expliquer, et de représenter le plus justement possible le fonctionnement et l'organisation de cette notion fuyante qu'est l'entreprise (A). Une fois identifiée celle sur laquelle le choix de la majorité des observateurs s'est porté, nous en détaillerons l'organisation de ses composantes les plus significatives (B).

²⁰⁰ Voir sur ce point DUMEZ (H.), *La compréhension de l'entreprise, entre description, théorie et norme*, in *L'entreprise, point aveugle du savoir*, Colloque de Cerizy, sous la direction de SEGRESTIN (B.), ROGER (B.) et VERNAC (S.), Auxerre : Editions sciences humaines, 2014, p.137. Pour une approche critique, constructive et instructive sur la nécessité de repenser le mode de gouvernance de l'entreprise et les structures d'encadrement, voir notamment les ouvrages militants SEGRESTIN (B.) et HATCHUEL (A.), *Refonder l'entreprise*, Paris : Editions du Seuil, 2012, 117 p., et CHAMPAUD (C.), *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise, sortir de la crise du financiarisme*, Bruxelles : Editions Larcier, 2011, 368 p.

²⁰¹ Voir note n°101 et les remarques de Mr le Professeur Hannoun

²⁰² Voir GELTER (M.), *La doctrine française de l'entreprise d'un point de vue comparé*, in *L'entreprise dans la société du XXIe Siècle*, Sous la direction de Claude Champaud, Collection Droit, Management et stratégies, LARCIER, Bruxelles, 2013, p. 85, qui relève par exemple que « la théorie institutionnelle française (celle de « l'entreprise »), se développa de la manière la plus significative dans les œuvres des membres de l'école de Rennes dans les années 60 » et que « la doctrine reconnaissait ainsi que l'entreprise était un organisme économique et sociologique vivant, au sein duquel les décisions économiques les plus importantes sont prises ». Cette théorie visait ainsi à démontrer que l'entreprise appartenait également aux salariés et non seulement aux actionnaires

A) Les différentes acceptions de l'entreprise

Trois tentatives d'explication se sont succédées pour cerner au plus près les caractéristiques principales de l'entreprise, et glisser ainsi d'une ébauche encore grossière à un portrait plus évocateur. La plus simple, la théorie contractualiste, a dans un premier temps permis de deviner les traits les plus saillants de ces ensembles (1). Plus soucieuse des partenaires concourant à la réalisation de l'objet de cette dernière, la théorie institutionnelle a complexifié cette première approche (2), pour trouver son aboutissement dans le concept d'entité économique et sociale (3).

1) La théorie « contractualiste »

La théorie contractualiste, bien qu'englobant certains aspects fonctionnels de l'entreprise (a), ne pouvait suffire à présenter fidèlement une notion concernant autant de domaines que l'entreprise (b).

a) Organisation de l'entreprise sous cette approche

Chronologiquement, la première théorie qui a tenté d'expliquer l'organisation interne de l'entreprise est celle qualifiée de « *contractualiste* ». Cette conception d'influence anglo-saxonne, propose d'envisager l'entreprise comme un ensemble de contrats, pouvant être répartis en deux catégories distinctes. D'une part le contrat de société à proprement parler, par lequel un certain nombre d'associés décident de mettre en commun « quelque chose » afin d'en tirer un avantage. D'autre part les contrats de travail, perçus ici comme le vecteur d'un simple lien de subordination, sans qu'aucune autre dimension (sociale, politique) ne leur soit adossée. On peut également rajouter à cette base l'ensemble des contrats conclu par l'entreprise dans le cadre de son activité.

b) Bilan de cette approche

Tout d'abord, ainsi que le fait remarquer monsieur le Professeur Paillusseau, cette approche n'est qu'« *une approche juridique théorique* »²⁰³, et reste donc incontestablement réductrice. Ensuite cette approche reste principalement patrimoniale car, en réduisant l'entreprise au contrat de société dans le cas d'une pluralité d'entrepreneurs ou à la seule personne de l'entrepreneur unique, elle nie finalement l'existence individuelle de l'entreprise. L'exploitant est au centre de la notion, initiateur de l'activité et bénéficiaire des retombées économiques ou autres de celle-ci. Le droit de propriété des entrepreneurs est ici décisif. Enfin, le contrat de travail n'est pas partie intégrante de l'entreprise, car le salarié ne fait que louer sa force de travail en échange d'une rémunération, ce qui ne lui octroie aucun droit supplémentaire. Il ne peut pleinement prendre part à la recherche du profit au travers de ce seul lien contractuel.

2) La théorie institutionnelle

Cette évolution de la perception de l'entreprise accola à une conceptualisation purement juridique la dimension sociale qui lui manquait jusque-là, et permis de voir émerger les salariés de l'entreprise, aux côtés de ses dirigeants, dans les décisions intéressant l'entreprise (a). Néanmoins, si cette évolution doit être saluée, elle reste insuffisante à saisir pleinement la spécificité des rapports au sein de l'entreprise (b).

a) Organisation de l'entreprise sous cette approche

La perception très réductrice, profondément imprégnée de droit des obligations, développée au travers de la théorie contractualiste, ne permettait pas encore de présenter l'entreprise comme une véritable notion juridique. Trop attachée à la personne de l'employeur-entrepreneur, elle peinait à proposer un modèle émancipé, prenant en compte les aspects sociaux et politiques de l'entreprise, lieu de travail et de vie pour ses salariés. Ainsi que l'indique un auteur : « *L'analyse institutionnelle a pour point de départ la constatation de l'insuffisance des relations individuelles de travail fondées sur le contrat de travail dont l'idée est en recul, la place moins*

²⁰³ PAILLUSSEAU (J.), *op.cit.*, *supra* note n° 98

absolue faite au droit de propriété et une conception du travail humain fondée sur la personne. »²⁰⁴ Cette théorie permet d'offrir une première véritable incarnation juridique à la notion d'entreprise, dépassant la personne du, ou des, entrepreneurs associés pour constituer une véritable communauté d'intérêts, où « les salariés ne sont plus simplement des subordonnés louant leur force de travail », et « *ont cessé d'être les sujets de l'entreprise pour en devenir les citoyens* »²⁰⁵.

La masse salariale ne représente plus un élément satellite à l'entreprise, cantonné à la périphérie de celle-ci. Salariés et associés participent à la même dynamique, aux mêmes ambitions. Dirigeants et associés se trouvent liés par une « *solidarité organique* ». Ils constituent dès lors une « *collectivité organisée avec un groupement de personnes et des moyens matériels et juridiques affectés à une fin commune.* »²⁰⁶. Les instances dirigeantes vont alors organiser les forces de travail²⁰⁷, et répartir les tâches « *selon un double mouvement de division et de coopération* »²⁰⁸.

La réussite des ambitions communes ne pourra, en conséquence, être atteinte que par la prise en compte du rôle déterminant joué par chacun des intervenants²⁰⁹.

²⁰⁴ ROZES (L.), *op. cit.*, *supra* note n° 92

²⁰⁵ AUROUX (J.), « *Le droit des travailleurs* », rapport du Ministre du Travail au Président de la République, Liaisons Sociales, n° 114, octobre 1981

²⁰⁶ Cette conception est encore partagée aujourd'hui. Voir CLANCHIN (O.), *La place de l'entreprise dans la société*, in *L'entreprise dans la société du XXI^e Siècle*, sous la direction de Claude Champaud, Collection Droit, Management et stratégies, Bruxelles : LARCIER, 2013, p.175

²⁰⁷ Voir REVET (T.), *La force de travail (étude juridique)*, Paris : Litec, bibliothèque de droit de l'entreprise, T. 28, 1992, p. 220 et s.

²⁰⁸ Voir LIVIAN (Y.-F.), *Introduction à l'analyse des organisations*, 2^e éd., Paris : Economica, gestion poche, 2000, p. 10.

²⁰⁹ Voir LUCAS DE LEYSSAC (C.), G. PARLEANI (G.), *Droit du marché*, Paris : PUF, Thémis droit privé, 2002, p. 37.

b) Bilan de cette approche

Le salarié devient un acteur à part entière de l'entreprise. Il est débiteur d'obligations du fait du contrat de travail qui le lie à l'employeur, mais également titulaire de droits (par exemple de représentation syndicale). L'importance de la notion de contrat de travail doit dès lors être minorée au profit de la notion de « relation de travail », plus complète et équilibrée.

Ensuite, l'organisation de cette communauté en vue de l'accomplissement de cette fin commune passe par l'adoption d'une structure adéquate, d'une hiérarchie juste et efficace, et de règles de fonctionnement idoines²¹⁰.

Enfin, le but poursuivi par l'entreprise n'est plus la préoccupation exclusive des associés de la société accueillant celle-ci. L'entreprise devient alors « *un organisme social dans lequel ceux qui détiennent le pouvoir se soumettent à l'idée qui anime l'entreprise, c'est à dire s'attachent à accomplir leur fonction au lieu d'user de leur autorité pour des fins égoïstes* »²¹¹. Les associés de l'entreprise ne sont plus, dans cette approche, les uniques décideurs de l'évolution de l'entreprise²¹².

²¹⁰ Voir FILLEAU (M.-G.), MARQUES-RIPOUL (CL.), *Les théories de l'organisation et de l'entreprise*, Paris : Ellipses, 1999, p. 9, qui déterminent qu'une telle structure peut être caractérisée lorsque se cumulent un objectif partagé, et la nécessité de répartir et d'agencer les tâches à cet effet.

²¹¹ Selon la définition de l'institution-idée donnée par Maurice Hauriou, qui s'oriente vers l'individualité vivante et la personne morale, sans pour autant se confondre avec elle. Cette conception, appliquée à l'entreprise dans notre étude, est utilisée par opposition à l'institution-chose, qui appartient à la catégorie des choses inertes et qui ne présuppose aucunement un quelconque dynamisme interne. Voir sur ce point, HAURIOU (M.), *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris : Sirey, 1943, p. 25

²¹² Voir CONTIN (R.), *op . cit.*, supra note n° 118, et DANNET (D.), *Pour en finir avec le financialisme : la doctrine de l'entreprise*, in *L'entreprise dans la société du XXIe Siècle*, sous la direction de Claude Champaud, Collection Droit, Management et stratégies, Bruxelles : LARCIER, 2013, p. 35, qui dénonce les objectifs de cette nouvelle classe de dirigeants : « *technobureaucraties des entreprises converties à la corporate governance* », soumises à « *l'impératif de rendement en termes de bénéfices par action et de progression du cours boursier* » qui constituent « *les préoccupations exclusives et l'horizon indépassable de la gestion financialiste* ».

3) Aboutissement de la maturation de l'entreprise : le concept d'entité économique et sociale

La consécration de l'existence de l'entreprise, en tant qu'institution, devait permettre d'expliquer l'organisation de celle-ci. Mais la perception institutionnelle, à l'image de la théorie contractuelle qui l'avait précédée, ne permettait pas de retranscrire toute la complexité de l'organisation de la notion d' « entreprise » ainsi mise en lumière²¹³. L'accès à la personnalité juridique ne pouvait non plus suffire à fournir cette structure de manière convaincante, notamment pour ce qui concerne la coexistence de la société exploitant l'entreprise, disposant de la personnalité morale, et de l'entreprise elle-même²¹⁴. Un auteur écrivait dès 1985, de façon prémonitoire, que si l'entreprise est une « *notion incontournable* », pour autant elle « *n'est pas un concept juridique, mais un instrument de référence se prêtant à toutes les conjugaisons* »²¹⁵.

Approfondissant la communauté de personnes organisée en vue de la poursuite d'un but économique, on révéla alors une « *entité économique et sociale, organisée par le droit* »²¹⁶.

²¹³ Voir MERLE (P.), *Droit commercial, sociétés commerciales*, 10^e éd., Paris : Dalloz, 2005, p. 43 : « *Aucune de ces deux théories, contractuelle ou institutionnelle, n'est cependant assez satisfaisante en elle-même pour exclure l'autre (...) une synthèse est nécessaire, et la plupart des auteurs reconnaissent qu'au sein de la société coexistent des règles de type contractuel et de type institutionnel.* »

²¹⁴ Un auteur constate que « *le choix de la structure est abandonné à la volonté du ou des fondateurs, les possibilités sont nombreuses* » et que si « *le droit des sociétés offre des règles organisant la structure et la vie de l'entreprise* », pour autant l'entreprise individuelle, même si « *elle comporte un inconvénient majeur, celui-ci est tenu indéfiniment des dettes professionnelles* », « *laisse une marge de manœuvre relativement importante à l'entrepreneur* », tout en ne fournissant pas à l'entreprise de personnalité juridique, sauf à en passer par la forme sociétaire de l'E.U.R.L. Voir TEXIER (M.), *La Désorganisation*, Perpignan : Presses Universitaires, 2006, n°45

²¹⁵ SUPIOT (A.), *Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise*, RTD. Civ. 1985, p.624

²¹⁶ PAILLUSSEAU (J.), *Le droit des activités économiques à l'aube du XXI^e siècle*, D. 2003, p.260, spèc n° 61 ; NEUVILLE (S.), *Le plan en droit privé*, Bibliothèque de droit privé, n°296, Cahors : LGDJ, 1998, p. 48, spèc. n°45 et suivants : « *Capital et travail sont liés et leur réunion par le concept d'entreprise permet de dépasser leur opposition traditionnelle.* » Selon cet auteur, travail et capital sont alors liés de deux manières distinctes : « *D'une part, le personnel de l'entreprise peut être appréhendé dans un dessein purement économique... D'autre part, un véritable dessein social peut permettre d'unir le salariat à la bonne marche de l'entreprise.* »

Cette acception de l'entreprise permet de mieux tracer les limites entre la société et cette dernière²¹⁷. Ainsi, « *la réalisation de l'activité économique de la société donne donc naissance à une entreprise* »²¹⁸. La poursuite du but économique de la société, l'accomplissement de son objet social, génère ainsi la création en son sein d'une entité, pourvue d'une structure propre, sans que pour autant elle n'acquiert une totale indépendance, organisée et spécialisée afin de permettre la création, et le maintien, d'une activité²¹⁹.

²¹⁷ Voir LHULLIER (G.), *op. cit.*, *supra* note n° 199, pp. 329-358 : « *Les intérêts des porteurs de capitaux et ceux du chef entreprise et du personnel salarié se fondent dans intérêt de l'entreprise qui les transcende tous en une harmonieuse synthèse. L'entreprise se dégage de ses fondements traditionnels, la propriété et le contrat, pour accéder à une vie propre, mais dans un cadre qui sauvegarde ceux-ci.* » Voir également TEXIER (M.), *op. cit.*, *supra* note n° 214, *spéc.* n°46, qui constate que « *l'intérêt de la forme sociétaire par rapport à celle de l'entreprise individuelle est d'ordre juridique, financier, fiscal. La société est un moyen de doter l'entreprise d'une autonomie juridique conforme à son autonomie économique. Elle dispose d'une identité juridique distincte et est véritablement une personne morale* ». Elle ne fournit donc pas les outils nécessaires pour percer les arcanes de l'organisation intime de l'entreprise.

²¹⁸ PAILLUSSEAU (J.), *op. cit.*, *supra* note n°216, *spéc.* n° 65 ; également PAILLUSSEAU (J.), *Entreprise et patrimoine, deux notions qui s'ignorent ?* in *Le patrimoine de l'entreprise en droit fiscal* in *Le patrimoine de l'entreprise : d'une réalité économique à un concept juridique ? Mélanges sous la direction de BLARY-CLEMENT (E.) ET PLANCKEEL (F.)*, Bruxelles : Larcier, 2014, p. 15, *spéc.*n°9, « *l'entreprise, c'est l'entité socioéconomique créée par l'exercice d'une activité économique* ».

²¹⁹ Un auteur proposait ainsi une définition de l'entreprise, que nous reproduisons ici, car synthétisant toutes les caractéristiques de l'entreprise comme entité économique et sociale : « *Groupe humain de production autonome, disposant d'un patrimoine, exerçant un effet d'attraction sur son environnement et dont le devenir dépend de la vente du produit de son activité* ». Voir RANDOUX (D.), *Aspects juridiques du désinvestissement : remise en cause de la prépondérance de la clientèle ?* JCP G, 1991, I, 3533 ; TOURNIER (J.-B.) et TOURNIER (J.-C.), *Evaluation d'entreprise : Que vaut une entreprise ?* 4^e Edition, Paris : Editions d'Organisation, p.176, qui décrivent l'entreprise comme une activité augmentée d'un « *pôle de coordination entre différents moyens humains et matériels, qui constitue la véritable entreprise* ».

B) Organisation de l'entreprise en tant qu'entité économique et sociale

L'approche juridique pure est inadéquate pour révéler les caractéristiques essentielles de l'organisation de l'entreprise. Cependant de nombreuses décisions se prononcent sur la reconnaissance éventuelle d'une entité juridique au nombre des « entreprises »²²⁰. Elles demeurent néanmoins rattachées au cas d'espèce, et à la disposition légale qui a généré le contentieux. Elles ne permettent donc pas de formuler un axiome général et définitif qui autoriserait à tracer une frontière entre d'une part ce qui est juridiquement une entreprise, et d'autre part ce qui ne l'est pas. Certains auteurs proposent la recherche cumulative d'un certain nombre de critères²²¹.

Parmi ces éléments, certains semblent cependant plus révélateurs que d'autres, et sont susceptibles de permettre l'identification d'une entreprise quelle que soit la branche du droit concernée. Ces éléments sont le vecteur de la reconnaissance juridique de la notion d'entreprise, et les piliers d'une conceptualisation progressive de la notion.

Deux critères sont généralement retenus par la jurisprudence et la doctrine afin de caractériser cette approche transverse : l'activité économique de l'entreprise (1) et l'existence en son sein d'une volonté indépendante, caractérisée par un centre autonome de décision (2).

²²⁰ Entre autres exemples, on peut évoquer une décision du Conseil d'Etat, rendue au regard de l'ancien article 50 de l'ordonnance n°45-1483 du 30 juin 1945, et qui refuse la qualification d'entreprise à une S.A.R.L qui a pour activité de permettre à ses membres de bénéficier d'économies sur le montant de leurs achats. Cette activité ne vise aucunement à réaliser un quelconque bénéfice, les revenus de ne provenant que des cotisations perçues, à l'exclusion de toute activité de production, d'achat ou de vente. Voir Cons. d'Et., 29 janvier 1982 : Rec. Cons. d'Et., 41. Voir également Cass.Com, 2 mai 1972, pourvoi n°71-11216, Bull. IV, 1972, n°128, p. 130

²²¹ Voir PAILLUSSEAU (J.), *op. cit.*, *supra* note n°216, *spéc* n° 58 ; MERCADAL (B.), *op. cit.*, *supra* note n° 24

1) L'activité, critère principal de l'identification de l'entreprise

L'activité a rapidement été désignée comme l'élément centrifuge de l'entreprise, autour duquel le reste s'organisait, tant selon le droit communautaire (a), qu'au sein de notre droit interne (b).

a) En droit communautaire

Le premier élément permettant de caractériser la notion d'entreprise de manière pluridisciplinaire est l'activité de cette dernière. Cet élément consubstantiel de la notion d'entreprise est reconnu comme l'élément central permettant la caractérisation de cette dernière, tant par les juridictions européennes que par les juridictions françaises.

La jurisprudence élaborée par la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) concernant la délimitation de la notion d'entreprise, est basée sur l'interprétation des articles 81 et 82²²² du traité CE, relatifs au droit communautaire de la concurrence. Les dispositions présentes au sein de ces deux articles, soient respectivement les dispositions relatives aux ententes illicites²²³, et celles définissant l'abus de position dominante²²⁴, ainsi que dans le cadre

²²² Anciennement articles 85 et 86 du Traité instituant la Communauté Européenne, et, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne le 1^{er} décembre 2009, transférés aux articles 101 et 102 du T.F.U.E (traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne.)

²²³ Qui prévoit au sein son premier alinéa que : « *Sont incompatibles avec le marché intérieur et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur...* ».

²²⁴ Qui prévoit en son premier alinéa qu' : « *Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci* ».

du maintien des contrats de travail suite à un transfert d'entreprise²²⁵, font ainsi référence à la notion d'entreprise afin de déterminer leur domaine d'application. La jurisprudence communautaire qui a découlé de l'interprétation de ces deux articles a donné la prépondérance au critère de l'activité économique.

Ainsi, dans un arrêt rendu par la CJCE en date du 23 avril 1991²²⁶, les juges communautaires ont pu décider que l'élément matériel de l'entreprise, c'est-à-dire son activité, était déterminant.²²⁷ L'arrêt retient que « *dans le contexte du droit de la concurrence, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* ». L'étude de l'article 22 du protocole instituant un espace économique européen privilégie lui aussi le critère de l'activité²²⁸. Une fois que le critère discriminant a été établi par les juridictions communautaires, ces dernières ont dû préciser ses caractéristiques. La CJCE s'est ainsi attachée à préciser le contenu de ce critère matériel. Les décisions qui ont pu être rendues à ce sujet imposent deux observations : Tout d'abord, pour être valablement qualifiée d'activité économique, l'activité n'a pas pour autant à être qualifiée de lucrative²²⁹.

²²⁵ Voir la directive 77/187/CEE du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements

²²⁶ CJCE, 23 avril 1991, Aff. C - 41/90, *K. Höfner & Elser c/ Macrotron GmbH*. Un auteur considère que cet arrêt consacre l'activité de l'entreprise non seulement comme critère principal de la caractérisation de l'entreprise, mais également comme critère exclusif, « *qui relègue explicitement le critère du statut juridique à l'arrière-plan* ». Voir ARCELIN (L.), *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Cahors : LITEC, 2006, Collection Bibliothèque du Droit de l'entreprise, T. 61, 2003, p. 75.

²²⁷ Par opposition à d'autres décisions ayant pu retenir le critère structurel, soit la conceptualisation de l'entreprise à partir des modalités de son fonctionnement : « *un ensemble organisé de personnes et d'éléments permettant l'exercice d'une activité économique* » ; voir sur ce point CJCE, 11 mars 1997, Aff. C-13/95, *M^{me} Süze*

²²⁸ Ce protocole s'applique « *à toute entité exerçant des activités à caractère commercial ou économique* ».

²²⁹ Voir CJCE 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance, Société Paternelle-Vie, Union des assurances de Paris-Vie et Caisse d'assurance et de prévoyance mutuelle des agriculteurs c/ Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, Aff. C-244/94. La Cour a ainsi décidé qu'« *un organisme à but non lucratif, gérant un régime d'assurance vieillesse destiné à compléter un régime de base obligatoire, institué par la loi à titre*

Ainsi, « une activité de production, de distribution, ou qui conduit à faire circuler des richesses, en utilisant parfois un matériel évaluable financièrement ou les services d'un personnel rémunéré, sans pour autant que cela ne soit une condition nécessaire, présente intrinsèquement un caractère économique. »²³⁰

Ensuite, il a pu être affirmé par les juges communautaires que l'activité économique « consiste à offrir des biens ou des services sur un marché donné²³¹ ». Ainsi, l'activité évaluée doit pouvoir s'exercer sur un marché existant²³². L'unique exercice de prérogatives de puissance publique, ne « justifiant pas l'application des règles de concurrence du traité », ne permet pas la reconnaissance d'une telle entité comme étant une entreprise. Les activités d'auto prestation,

facultatif et fonctionnant, dans le respect de règles définies par le pouvoir réglementaire, notamment en ce qui concerne les conditions d'adhésion, les cotisations et les prestations, selon le principe de la capitalisation, est une entreprise au sens des articles 85 et suivants du traité CE ». Voir également CJCE, 1^{er} juill. 2008, aff. C-49/07, MOTOE c/ Elliniko Dimosio, comm. SELINSKY (V.) et CHOLET (S.), RLDA, 2008, p.31

²³⁰ Voir sur ce point LAMARCHE (T.), *op. cit.*, *supra* note n° 24

²³¹ Voir sur ce point CJCE, 12 sept. 2000, *Pavolov*, aff. jointes C-180 à 184/98, Rec. I. 6451, pt 75. ou CJCE, 25 oct. 2001, *Ambulanz Glöckner*, aff. C-475/99, Rec. I. 8089, pt 19, ou encore CJCE, 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, Aff. jointes C-159/91 et C-160/91, qui décide que « la qualification d'entreprise ne peut s'appliquer « aux organismes concourant à la gestion du service public de la sécurité sociale, lesquels remplissent une fonction de caractère exclusivement social et exercent une activité, fondée sur le principe de la solidarité nationale, dépourvue de tout but lucratif ».

²³² La décision CJCE, 26 mars 2009, *Selex Sistemi Integrati c/ Commission*, aff. C-113/07 P, Rec. I. 2207 ; Europe 2009, no 198, obs. Idot ; Contrats Marchés publ. 2009, no 152, obs. Eckert, aborde spécifiquement cet élément de qualification. Elle relève qu'« une organisation internationale comme l'Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne (Eurocontrol) ne constitue pas une entreprise au sens des articles 82 CE et 86 CE ». Elle base cette affirmation sur le fait que « prises dans leur ensemble, les activités d'Eurocontrol se rattachent, par leur nature, par leur objet et par les règles auxquelles elles sont soumises, à l'exercice de prérogatives, relatives au contrôle et à la police de l'espace aérien, qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique et ne présentent pas un caractère économique justifiant l'application des règles de concurrence du traité ». Ainsi : « tel est également le cas s'agissant de l'acquisition des prototypes dans le cadre de l'activité de normalisation technique et de la gestion des droits de propriété intellectuelle s'y rapportant, puisque ladite acquisition n'implique pas l'offre de biens ou de services sur un marché donné, le caractère non économique de la normalisation impliquant le caractère non économique de ces activités. »

ayant pour conséquence là aussi de soustraire l'aspirante-entreprise de toute situation concurrentielle, ne peuvent qualifier une activité économique permettant l'identification d'une entreprise au sens du droit de la concurrence communautaire²³³. Enfin, les juges ont affirmé qu'« à cet égard, c'est l'activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné qui caractérise la notion d'activité économique, de sorte qu'il n'y a pas lieu de dissocier l'activité d'achat du produit de l'utilisation ultérieure qui en est faite aux fins d'apprécier la nature de celle-ci et que c'est l'utilisation ultérieure du produit acheté qui détermine nécessairement le caractère de l'activité d'achat »²³⁴. Les simples opérations d'achat, sur ces mêmes marchés, ne peuvent donc suffire à caractériser une activité économique répondant aux exigences des juridictions communautaires.

b) En droit français

L'arrêt précité du Conseil d'Etat²³⁵ ébauchait, déjà, l'importance revêtue par la présence d'une activité au sein d'un ensemble afin que celui-ci soit qualifié d'entreprise par les juridictions internes françaises. Ce critère a été également reçu par le Conseil de la concurrence²³⁶. Il a

²³³ CJCE, 19 avril 2007, affaire C-295/05, *ASEMFO*. La Cour a jugé qu'« une entreprise dont le capital est détenu par plusieurs personnes publiques et dont l'essentiel de l'activité est réalisé avec ces dernières constitue une opération « in house » pour laquelle les directives marchés publics ne sont pas applicables ». L'entreprise n'est donc reconnue que si son activité est constituée majoritairement d'opérations réalisées avec un commanditaire distinct de l'entreprise possédant une majorité de ses propres parts sociales ou actions.

²³⁴ CJCE, 11 juill. 2006, *FENIN c/ Commission*, aff. C-205/03, Rec. I. 6295

²³⁵ CE, 29 janvier 1982, *préc.* Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat retient que « si la société requérante est une société à responsabilité limitée, il résulte de son règlement intérieur et des pièces versées au dossier qu'elle a pour activité, à l'exclusion de toute recherche de bénéfice, de procurer notamment à ses membres une économie sur le montant de leurs achats, qu'elle ne se livre pour son compte à aucune opération de production, d'achat ou de vente et que ses ressources proviennent pour l'essentiel des cotisations de ses membres ; que, par suite, c'est à bon droit que le ministre a estimé que la société requérante ne présentait pas le caractère d'une " entreprise " au sens de l'article 53 (de l'ordonnance du 30 juin 1945) ».

²³⁶ Un avis rendu par le conseil a ainsi déterminé qu'« en droit communautaire comme en droit national, l'application des règles de concurrence est fonction de la nature de l'activité exercée, la nature juridique des entités en cause étant indifférente à l'appréciation portée ». Voir Cons. Conc., avis n°98-A-07, 19 mai 1998,

également fait l'objet d'une consécration à l'article L410-1 du Code de Commerce²³⁷. Dans le cadre spécifique du droit des entreprises en difficulté, le législateur a également retenu l'activité comme l'élément suffisant de son identification²³⁸. Pour que l'activité générée par l'entité, et soumise à l'analyse du juge, puisse caractériser avec certitude une entreprise, il faut que cette dernière réponde à certaines exigences. De très nombreuses décisions ont depuis réaffirmé l'importance capitale de ce critère dans la caractérisation de l'entreprise²³⁹. L'activité réalisée doit être exercée de manière autonome. Cette caractéristique soulève des difficultés notamment lorsque l'activité d'un franchisé se confondra avec celle de son franchiseur²⁴⁰, ou encore lorsque l'activité de la société n'est pas exercée pour son compte propre²⁴¹. Dans ces cas l'entité étudiée ne pourra prétendre à la qualification d'entreprise.

Demande d'avis sur l'application des règles de concurrence, tant nationales que communautaires, aux opérations de fouilles archéologiques préventives : BOCC 1999, p.27 ; REC ADCC, n°766, obs. SELINSKY

²³⁷ Cet article, qui détermine les critères d'application du livre IV du Code, relatif aux règles concernant la liberté des prix et de la concurrence, prévoit que « *les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services...* ».

²³⁸ Voir article L680-4 du Code de Commerce.

²³⁹ Voir Cass. 1^{ère} Civ, 4 mai 2011, pourvoi n°10-11951, Bull. 2011, I, n° 78, qui refuse la qualification d'entreprise à la Caisse nationale du régime social des indépendants (le RSI), car « *le RSI n'était pas une entreprise au sens des articles 81 et 82 CE et que cette activité ne pouvait être considérée comme économique au sens du droit communautaire...* ». Voir également Cass.Soc., 21 janvier 2009, pourvoi n° 07-12411, Bull. 2009, V, n° 14, qui exclut les caisses de congés payés de la qualification d'entreprise, car « *remplissant une fonction exclusivement sociale* ». Voir également CA Bordeaux, 8 novembre 2005, CT0045, qui décide que les caisses de mutualité sociale agricole ne « *constituent donc pas des entreprises au sens des articles 85 et 87 du traité de Rome dans la mesure où elles n'exercent pas d'activité économique mais une activité exclusivement sociale obéissant au principe de solidarité* ».

²⁴⁰ CA Aix, 4 mars 1983 : Bull. de la Cour d'Aix 1983, 1, p.4. Dans cette espèce, un franchiseur avait fait l'objet d'une condamnation suite à la violation de règles de non-concurrence découlant de l'embauche d'un salarié par l'un de ses franchisés. La Cour, pour confirmer la condamnation du franchiseur, avait alors relevé que le franchiseur et le franchisé ne constituaient finalement qu'une unique entreprise du fait d'une évidente « *osmose technique et financière* ». Du fait de son absence d'autonomie, la société franchisée ne peut donc prétendre au statut d'entreprise.

²⁴¹ CE, 29 janvier 1982, *préc*

Elle doit également être constituée d'une succession d'actes répétés. Ces actes ne peuvent être soumis à une logique aléatoire, ils sont effectués dans le dessein d'atteindre un but déterminé. Ainsi de « *fréquentes et importantes opérations de bourses* »²⁴² peuvent constituer cette activité. En revanche un bailleur d'immeuble ne peut prétendre constituer une entreprise de ce fait, ces actes ne constituant que des actes de gestion isolés de leur patrimoine²⁴³.

Enfin l'activité doit présenter un caractère économique. Reste à définir ce que recouvre exactement ce « caractère économique ». Un arrêt rendu par la chambre des requêtes avait défini les infractions de nature économiques comme étant « *toutes celles qui se rapportent notamment à la production, la répartition, la circulation et la consommation des denrées et marchandises, ainsi qu'aux moyens d'échange consistant particulièrement dans la monnaie sous ses diverses formes* »²⁴⁴.

De là la possibilité de déduire, sans déformer les conclusions de la juridiction, qu'une telle activité « économique » doit être comprise comme celle qui a pour objet la production ou l'échange de biens ou de services sur le marché. Cette définition de l'activité économique a été reprise par les juridictions internes²⁴⁵. Les ténèbres entourant la signification profonde du terme

²⁴² CA Paris, 13 janvier 1976 : JCP 77, II, 18576, note Boitard. La jurisprudence relative à la définition de l'activité de l'entreprise est parallèle de celle attribuant la qualité de commerçant à toute personne réalisant des actes de commerce de manière répétée. Le caractère répétitif des actes effectués sur une période de temps étendue est ainsi exigé. On retrouve ici la même logique que celle de l'article L121-1 du Code de Commerce, qui prescrit que : « *sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle* ». Voir également CA Paris, 29 février 2000, D. 2000, Act. Jurisp., p.182, Obs. J. Daleau. Cette décision refuse la qualité d'acteurs économiques aux syndicats professionnels, du fait qu'« *ils ne soient intervenus sur le marché de la concurrence que de manière ponctuelle* ». De ce fait l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 prohibant les ententes ne peut leur être appliqué.

²⁴³ Cass. Crim., 15 octobre 1979, pourvoi n° 79-90413, Bull. Crim., n°378, p. 753

²⁴⁴ Ch. réunies, 1^{er} août 1949, JCP 1949, II, 5033, note M. LE ROY. Pour une approche analytique de l'activité économique permettant une caractérisation de l'entreprise, voir ARCELIN (L.), *op. cit.*, *supra* note n° 226, pp. 91-131

²⁴⁵ Voir CA Rouen, 2^e Chambre, 14 novembre 1985, Beux Prere/ Seiler, qui dispose qu'« *a un objet économique la personnalité morale dont l'activité implique la création, la circulation ou la consommation des biens ou services* ». Voir plus récemment Cour de cassation, civ., Ch. Soc., 11 février 2015, pourvois n°13-26.015 et 13-

économique, évoquées plus haut, concernent son éventuelle confusion avec l'exigence de la recherche d'un but lucratif. La Cour de Cassation a clarifié cette interrogation en déterminant que l'expression « *dans l'ordre économique* » mentionnée à l'article 3 de l'ordonnance du 22 février 1945 sur le comité d'entreprise ne pouvait se limiter aux cas où l'entrepreneur visé poursuivait un but lucratif²⁴⁶.

On ajoutera que dans le cadre spécifique du droit des entreprises en difficulté, un arrêt inédit, rendu, par la Cour d'Appel de Rouen²⁴⁷ décide que dans le cadre particulier des procédures collectives, l'action en comblement de passif prévue originellement à l'article 180 de la loi n°85-98 du 25 janvier 1985 n'est pas assujettie à la reconnaissance du caractère lucratif de l'activité.

26.016, inédit, qui indique que la société « *Ag2r prévoyance est une entreprise exerçant une activité économique au sens de l'article 102 du TFUE qui se devait d'être choisie par les partenaires sociaux parmi d'autres entreprises avec lesquelles elle est en concurrence sur le marché des services de prévoyance qu'elle propose ; que faute de justifier de cette mise en concurrence sur le marché concerné, la désignation d'Ag2r prévoyance est illicite* » Malgré une rédaction maladroite, le rôle essentiel de la mise en concurrence sur un marché spécifique pour permettre la reconnaissance de l'entreprise est ici des plus explicites.

²⁴⁶ Voir Cass. Soc., 12 février 1998, pourvoi n° 96-15461, inédit. Pour une étude de la distinction entre la rémunération nécessaire à l'activité économique et le but lucratif, voir ARCELIN (L.), *op. cit.*, *supra* note n° 226, *spéc.* pp. 131-158

²⁴⁷ CA Rouen, 2^e Chambre, 14 novembre 1985, *préc.*

2) L'autonomie décisionnelle

Le second élément permettant la caractérisation de l'entreprise est l'existence d'un centre autonome de décision, qui permet de mener à bien l'activité de cette dernière²⁴⁸. Les instances dirigeantes déterminent pour une part importante l'organisation interne de l'entreprise en définissant la stratégie, les produits qui seront fabriqués et vendus, et l'organisation des moyens d'exploitation²⁴⁹.

Ce centre doit être de nature indépendante, ce qui aura une signification particulière dans le cadre de notre étude, qui voit l'indépendance de décision réduite dans le domaine particulier des procédures collectives. Il pourra néanmoins présenter une grande variété dans sa composition²⁵⁰.

Les juges, tant communautaires que nationaux, se basent sur la réserve sur l'existence d'une chaîne de décision afin de révéler la réalité d'une entreprise²⁵¹. Ainsi, les définitions adoptées

²⁴⁸ Voir PAILLUSSEAU (J.), *op. cit.*, *supra* note n° 218, *spéc.* 10.5 : « Prendre les décisions relatives à l'organisation de l'activité, ..., implique l'existence d'un pouvoir, individuel ou collégial, organisé de manière simple ou sophistiquée... » ; « L'exercice de l'activité n'est possible que si le pouvoir se diffuse à tous les échelons. » Voir également IDOT (L.), *op. cit.*, *supra* note n° 24, qui constate que « si l'on opère une comparaison avec le droit interne, branche par branche, les préoccupations sont identiques, ce qui devrait permettre l'utilisation de définitions similaires » et que « l'entreprise est ensuite une unité économique dotée d'un pouvoir de décision » ; PEDAMON (M.), *op. cit.*, *supra* note n°112, p.383 : « c'est donc une structure possédant un pouvoir de décision autonome. » ; REINHARD (Y.), THOMASSET-PIERRE (S.) ET NOURISSAT (C.), *op. cit.*, *supra* note n°66, *spéc.* p.249 et suivantes. Les auteurs divisent les éléments constitutifs d'une entreprise en deux catégories, les personnes et les capitaux. Au sein des premiers, ils réfèrent en bonne place les dirigeants de cette dernière.

²⁴⁹ Voir MAINGUY (D.), *Réflexions sur la notion de produit en droit des affaires*, RTD com. 1999, p. 47, qui relève que cette organisation nécessite une unité de direction autonome.

²⁵⁰ Voir TEXIER (M) *op. cit.*, *supra* note n°214, *spéc.* n°36. L'auteur constate une évolution due à la législation récente, qui, selon lui, tend à conférer plus de pouvoirs aux salariés par la favorisation de l'actionnariat de ceux-ci. Leurs prérogatives émergent ainsi aux côtés de celles habituellement conférées aux autres actionnaires, aux administrateurs, ainsi qu'aux propriétaires des moyens de production.

²⁵¹ Concernant la qualification d'une entreprise en fonction de l'existence d'une chaîne de décision, voir SOINNE (B.), *Traité des procédures collectives*, Paris : LITEC, 2812 p. *spéc.* n° 513 et les références citées

par le droit communautaire en ce qui concerne l'entreprise publique apportent à notre réflexion des éléments significatifs²⁵². La définition adoptée par la directive de la Commission du 25 juin 1980, relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques²⁵³, a ainsi mis l'accent sur l'influence exercée par les pouvoirs publics dans le contrôle de l'entreprise visée. Cette approche a ultérieurement été confirmée par des textes communautaires²⁵⁴, et dans des domaines dépassant le strict périmètre du droit de la concurrence²⁵⁵. Cette approche transdisciplinaire tend à conférer à ce critère un caractère général. Nous pensons que certaines déductions peuvent être opérées sur les caractères généraux que doit présenter l'entreprise pour être reconnue comme telle. L'influence dominante des pouvoirs publics, quelle que soit l'expression qu'elle revêt, vise la maîtrise de la chaîne décisionnaire de l'entreprise, et donc de son évolution.

²⁵² Voir CJCE, 10 janvier 2006 : *Ministero dell'Economia e delle Finanze c/ Cassa di Risparmio di Firenze SpA* aff. n° C-222/04, Comm. ARCELIN, PA, n° 100, 18 mai 2007, p. 4. L'arrêt retient qu'« *aux fins d'une qualification éventuelle en tant qu'entreprise de la fondation bancaire défenderesse au principal, il appartient à la juridiction nationale d'apprécier si cette dernière non seulement détenait des participations de contrôle dans une société bancaire, mais, en outre, exerçait effectivement ce contrôle en s'immisçant directement ou indirectement dans la gestion de celle-ci* ».

²⁵³ Voir Directive n° 80/723 de la Commission, 25 juin 1980, JOCE, n° L 195, 29 juill., L'article 2 de cette directive prévoyait ainsi qu'« *au sens de la présente directive [...] toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent. L'influence dominante est présumée lorsque les pouvoirs publics, directement ou indirectement à l'égard de l'entreprise : a) détiennent la majorité du capital souscrit de l'entreprise ou b) disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise ou c) peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise* ».

²⁵⁴ Voir les directives du 26 juillet 2000 (Directive n° 2000/52 de la Commission, 26 juill. 2000, JOCE, n° L 193, 29 juill.) et du 16 novembre 2006 (Directive n° 2006/111 de la Commission, 16 nov. 2006, JOUE, n° L 318, 17 nov.), relatives à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière. Ces textes retiennent qu'est une entreprise publique « *toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière à des règles qui la régissent* ».

²⁵⁵ Voir la directive du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, qui reprend cette définition de l'entreprise publique. (Directive n° 2004/17 du Parlement européen et du Conseil, 31 mars 2004, JOUE, n° L 134, 30 avr.)

C'est à cette condition que l'entreprise peut être qualifiée d'entreprise publique. L'enjeu essentiel reste donc le pouvoir décisionnaire. N'est-ce pas là reconnaître la structure possédant ce pouvoir comme une composante indispensable de l'entreprise ? Il est indiscutable que l'activité discutée plus haut, élément incontournable et invariable de toutes les manifestations recensées de l'entreprise, ne peut être initiée et maintenue qu'en présence des éléments matériels essentiels à son dynamisme, mais elle nécessite également une volonté orientant les stratégies à mettre en place pour la générer et l'entretenir.

Section II) Rapprochement de l'organisation juridique de l'entreprise et du fonds de commerce lors des réalisations d'actifs en liquidation judiciaire

Les développements précédents nous ont permis de schématiser l'organisation intime de ces deux notions qui commandent, au moment de la cession des actifs en liquidation judiciaire, la mise en œuvre de régimes de cession spécifiques. Il nous faut maintenant détailler celle-ci dans le cadre particulier des cessions liquidatives.

L'entreprise peut être présentée comme une entité économique et sociale, siège d'une activité et obéissant aux orientations d'un centre autonome de décision. L'aspect social découle de la perception de cette dernière comme lieu de vie d'une communauté de personnes, et comportant un ensemble de règles, afin de réguler les interactions entre les individus participant à l'exercice de l'activité. Elle est le fruit d'une alchimie particulière entre la masse salariale et les éléments, corporels ou incorporels, permettant l'exercice de l'activité. C'est cette symbiose délicate qui constitue le trait saillant de l'entreprise²⁵⁶.

En revanche, le fonds de commerce est le plus souvent assimilé à une universalité de faits, dont les éléments constitutifs essentiels sont énumérés par la loi, et parmi lesquels la jurisprudence et la doctrine accordent une place prédominante à la clientèle. Cette dernière n'est plus présentée comme un élément individualisé, comme cela avait pu être le cas dans un premier mouvement, mais comme une sorte de ciment solidarissant l'ensemble, appuyé fermement sur certains éléments spécifiques du fonds, et en l'absence desquels l'édifice perd son équilibre et s'effondre, chacun des éléments constitutifs retrouvant dès lors son indépendance juridique.

²⁵⁶ Un auteur résumait il y a plusieurs décennies cet antagonisme en proposant l'analyse suivante : « *La notion de fonds de commerce est une notion essentiellement patrimoniale. Le fonds de commerce ne comprend en effet que des biens, que ces biens soient corporels ou incorporels. Dans l'entreprise, au contraire, les éléments matériels sont intimement liés aux éléments humains, et toute l'évolution moderne tend à resserrer les liens qui unissent ceux-ci à ceux-là. D'où l'opposition fondamentale opposant le fonds de commerce et l'entreprise : dans le fonds de commerce, il n'y a que des éléments matériels, alors que dans l'entreprise il y a aussi des éléments humains. Aussi bien, selon le mot du grand commercialiste italien Mossa, « ce serait appauvrir la notion d'entreprise que de la ramener à une notion purement patrimoniale.* » Voir DESPAX (M.), *op. cit.*, *supra* note n° 24

Nous étudierons au sein de cette section les points de convergence apparaissant entre ces deux notions, lors des cessions d'actifs en liquidation judiciaire. Un cortège d'interrogations découle en effet de cette confrontation : l'entreprise cédée en plan de cession est-elle encore véritablement une entreprise, quelle qu'en puisse être la définition retenue ? Une fois dénudée de sa structure administrative, et son aspect social réduit à un soutien modulable selon l'activité de cette dernière, l'« entreprise » cédée en plan de cession²⁵⁷ ne se réduit-elle pas à un ensemble de biens, dont le profil évoque alors son proche parent²⁵⁸ ? Afin d'obtenir des réponses franches à ces interrogations, nos investigations porteront sur deux axes. Au moment de la cession de l'entreprise²⁵⁹ dans le cadre d'une liquidation judiciaire, l'entreprise voit tout d'abord sa structure altérée, aussi est-il nécessaire de détailler ces évolutions et de comparer ce nouveau profil de l'entreprise cédée avec le fonds de commerce qu'elle renferme (I). L'organisation de ses composantes distinctives subit également d'importantes perturbations, obligeant à une réévaluation des rapports théoriques de l'entreprise et du fonds de commerce (II).

²⁵⁷ Pour certains auteurs, le plan de cession constitue d'ailleurs « *une appellation aujourd'hui désuète* », qu'il faudrait d'ailleurs remplacer par « *la mention plus adaptée de cession d'entreprise* ». Voir ARSEGUEL (A.) ET METAYE (T.), *Les aspects sociaux de la procédure de sauvegarde*, RPC, n°2, Avril 2008, dossier 10, spéc. n° 28

²⁵⁸ La correspondance entre le fonds de commerce et l'entreprise cédée est d'ailleurs déjà établie en droit commun. Certains auteurs relèvent ainsi que « *la cession d'un fonds de commerce entraîne non seulement le contrôle de l'entreprise, mais également la propriété directe de ses biens, ce qui n'est pas le cas de la prise de contrôle d'une société dotée de la personnalité morale* » Voir HUGON (X.), *La cession du fonds de commerce, instrument d'un changement de contrôle de l'entreprise*, Gaz. Pal., n° 155, 04 juin 2009, p. 34

²⁵⁹ On peut utilement aborder ici la perception de l'entreprise cédée par l'administration fiscale. Hors du cadre des procédures collectives, l'article 1684 alinéa 1 du CGI organise la responsabilité solidaire du cédant et du cessionnaire d'une entreprise pour ce qui concerne l'acquittement de l'impôt sur le revenu relatif aux bénéfices réalisés par le cédant au cours de l'année de la cession. Il est dès lors révélateur de constater que le second alinéa détermine que, dans pareil cas de cession de l'entreprise intervenue à titre onéreux, la responsabilité solidaire du cessionnaire n'est retenue « *qu'à concurrence du prix du fonds de commerce* ». L'évaluation de la valeur de l'entreprise cédée représente la limite de la contribution du cessionnaire dans le cadre d'une entreprise commerciale. Force est de constater que pour l'administration fiscale, la valeur de l'entreprise cédée est équivalente à la valeur de son fonds de commerce. L'article 1684 alinéa 3 pousse plus loin encore cette logique en établissant le régime de solidarité entre le propriétaire d'un fonds de commerce et l'exploitant de l'entreprise. En stipulant que « *le propriétaire d'un fonds de commerce est solidairement responsable avec l'exploitant de cette entreprise, des impôts directs établis à raison de l'exploitation de ce fonds* », le législateur semble bien établir une véritable assimilation conceptuelle.

I) Altération de la structure de l'entreprise

L'entreprise constituant une universalité plus ouverte que le fonds de commerce, il est logique que la convergence de ces deux notions au moment de leurs cessions respectives en liquidation judiciaire, s'établisse plutôt au moyen de l'altération de la structure cette dernière, qui se dénuade alors de certaines caractéristiques pour se rapprocher de l'ensemble de biens plus unidimensionnel qu'elle contient en son sein. Ces altérations s'opèrent à deux niveaux. Tout d'abord, la dimension sociale de l'entreprise est remise en cause du fait des buts attachés à la cession liquidative (A). De la même manière, la chaîne décisionnelle habituellement en charge de la gestion de l'entreprise se voit également bouleversée, de manière générale dans le cadre des procédures collectives, et tout particulièrement dans le cadre des réalisations d'actifs en liquidation judiciaire (B).

A) Altération de la dimension sociale de l'entreprise cédée

Au cours de la liquidation judiciaire, la place des salariés dans l'entreprise se trouve réévaluée. Le plan de cession permet d'imposer un remodelage des effectifs en fonction des fluctuations de l'activité, et de prononcer des licenciements à cette fin (1). De plus, la rénovation des régimes de cession, par la loi de sauvegarde de 2005, a indirectement étendu le champ des possibles sur ce sujet (2).

1) Instrumentalisation de l'aspect social de l'entreprise cédée en plan de cession

L'étude de l'article L642-1 nous a permis de tirer plusieurs conclusions sur les caractéristiques que présente l'entreprise au moment du déclenchement du plan de cession : elle est ainsi entièrement dissociée du débiteur, et assimilée à un objet juridique. Une hiérarchie est instaurée dans l'intérêt que porte le droit des procédures collectives à ces deux entités : la priorité des bénéficiaires de la cession est accordée au maintien de l'activité de l'entreprise. La question de l'emploi n'est abordée qu'incidemment, dans une logique de soutien à cette activité.

Cet abandon de la dimension sociale de l'entreprise et la négation de son impact organisationnel représentent, à notre sens, le premier pas de l'assimilation de l'entreprise au fonds de commerce qu'elle comporte en son sein. Au stade de la cession, on peut affirmer que l'entreprise et le fonds de commerce partagent la même nature juridique et représentent tous deux une

universalité de fait, objet de droit²⁶⁰. L'entreprise cédée dans le cadre de la liquidation judiciaire s'éloigne en ceci des perceptions habituellement revêtues par l'entreprise.

Aussi apparaît-il que le maintien de la dimension sociale prêtée à l'entreprise, s'il reste souhaité en phase de cession, n'est plus indispensable. Celle-ci ne peut, dès lors, plus être présentée comme un élément primordial de l'entreprise cédée car le degré de son maintien varie en fonction de l'état de dégradation de la situation économique de l'entreprise, et des moyens indispensables à mettre en œuvre pour permettre la préservation de l'activité. Ainsi, dans certains cas une grande partie des emplois, voire parfois la totalité, pourra être préservée. Dans d'autres cas la structure sociale de l'entreprise sera profondément mise à mal et modifiée suite à la cession, tout particulièrement en phase de liquidation judiciaire.

Au vu de la variabilité de cet aspect de l'entreprise au moment de la cession, la dimension sociale de l'entreprise s'amenuisant pour parfois disparaître, il nous apparaît certain que cet élément ne peut plus être présenté comme un élément déterminant dans la caractérisation de l'entité « entreprise » au moment de sa cession en procédure collective. L'aspect humain n'est tout simplement plus essentiel au moment de la cession. Seule l'activité, vers laquelle tous les efforts de la procédure sont orientés, élément central de l'entreprise, est invariable.

2) Conséquences de la réforme de la loi de sauvegarde de 2005

L'accentuation de la réification de l'entreprise par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 a modifié les rapports de l'entreprise à son propriétaire. Mais elle a également fait évoluer les rapports entretenus par l'entreprise avec ses salariés. En effet, en principe, « ...*qui dit reprise d'entreprise, dit en principe reprise des hommes qui travaillent pour elle.* »²⁶¹ Or, la loi de sauvegarde a procédé à l'unification des régimes de cession, en faisant disparaître la cession

²⁶⁰ Certains auteurs font remonter cette assertion à un stade bien antérieur à la cession. Ainsi, Mr Satanowsky remarquait que « *L'entreprise et le fonds de commerce ont été envisagés en droit, comme activités similaires, comme objets et non comme sujets de droit* ». Voir SATANOWSKY (M.), *Nature juridique de l'entreprise et du fonds de commerce*, Rev. int. dr. comp., vol. 7, n°4, octobre-décembre 1955. pp. 726-750.

²⁶¹ CALOMILI (C.) et GATTO (C.), *Les licenciements économiques dans les plans de cession*, PA, n° 239, 28 novembre 2008, p. 8

d'unité de production. Cette disparition n'a pas été sans conséquences collatérales. Confrontée à cet animal baroque qu'était l'unité de production, notion intermédiaire et néanmoins indépendante de ses cousines, la jurisprudence avait dû élaborer un régime judiciaire spécifique, taillé sur mesure. Elle avait notamment pu décider qu'en cas de cession de l'une d'elles, les salariés devaient voir leur contrat de travail reconduit auprès du repreneur²⁶². L'évolution juridique a, par le retranchement de ce mode de cession, étendu le champ des licenciements envisageables dans le cadre des procédures collectives, désormais invocables dans le cadre, étendu par la réforme, du plan de cession. On ne peut qu'en conclure ici que « *voilà qui prolonge la distinction entre le sort de l'homme et celui de l'entreprise, si représentative de la loi de sauvegarde, par une distinction entre le sort des hommes et celui de l'entreprise qui les emploie.* »²⁶³

B) Altération de la structure décisionnelle de l'entreprise cédée

Le même raisonnement peut être à notre sens être appliqué à un autre aspect habituellement essentiel dans la définition de l'entreprise : la présence d'un centre autonome de décision. En effet, sous l'emprise du droit des procédures collectives, il semble très difficile d'affirmer que l'entreprise garde toute indépendance dans la manière de conduire son exploitation. L'intervention de nombreux organes juridiques au sein de la procédure, mandataire, administrateur, ou liquidateur, juges et tribunaux, influence considérablement les décisions prises concernant les orientations impulsées à l'activité.²⁶⁴

Au vu de l'éclatement des responsabilités, il ne nous semble plus y avoir, à ce stade de la procédure, de véritable « centre » de décision au sein de l'entreprise, et d'autonomie encore moins. De plus ces organes viennent assister, voire suppléer, un centre décisionnel à priori défaillant. On l'a vu, la cession de l'entreprise se conclura d'ailleurs par la dissociation de l'entreprise sociétaire et de la société débitrice, ou directement du débiteur lorsque la forme

²⁶² Cass. Soc., 20 janvier 1998, pourvoi n° 95-40812, Bull. 1998, V, n° 16, p. 13

²⁶³ CALOMILI (C.) et GATTO (C.), *loc. cit.*

²⁶⁴ Pour un inventaire des pouvoirs dévolus à chacun de ces organes, voir Partie I Titre II Chapitre I.

sociétaire n'est pas constituée²⁶⁵, et par le transfert du pouvoir décisionnel, qui pourra être exercé de manière significativement différente. Cette constatation a de profondes implications théoriques, qui dépassent la question de la nature juridique de l'entreprise cédée en interrogeant l'identité même de l'ensemble de biens cédés.

La permanence d'un centre autonome de décision est illusoire au cours de la procédure collective, tout particulièrement au cours de la phase finale au sein de laquelle prennent place les cessions, et donc, *a fortiori*, l'utilisation de la présence de ce dernier pour caractériser une entreprise cédée semble-elle peu avisée. On remarquera cependant que cette réflexion ne concerne l'entreprise qu'au cours de cette phase de la procédure collective, cette dernière reconstituant une structure décisionnelle plus orthodoxe une fois cédée, le cessionnaire se retrouvant à nouveau seul à la barre une fois les actes de cession dûment signés.

La jurisprudence s'est très peu prononcée sur les conséquences de la disparition du centre décisionnel dans les régimes de cession applicables en procédures collectives. Un arrêt rendu par la Haute Juridiction²⁶⁶ aborde néanmoins de manière incidente cette « évaporation » de la structure administrative inhérente à l'entreprise lors de sa transmission par application de la procédure du plan de cession.

Les faits étaient ici les suivants : une société avait fait l'acquisition, par l'entremise d'un plan de cession, d'un « *fonds de commerce de vols aériens et activités annexes* ». Au-delà de ce dévoiement désormais courant, la suite des faits de l'espèce est particulièrement explicite. La société cessionnaire avait conclu, suite à la reprise de ce fonds de commerce, un contrat avec une société tierce. Ce contrat consistait en une convention d'assistance aux termes de laquelle cette dernière devait fournir « *un support de gestion technique et administratif* » au cours des six premiers mois de l'exploitation, et qui pouvait être reconduit par tacite reconduction.

²⁶⁵ Voir CAGNOLI (P.), *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, Paris : L.G.D.J, 2002, spéc. n°117 : « *Lorsque ce débiteur est une personne morale, il n'est plus qu'une coquille vide, dont les éléments ont été transférés au cessionnaire, et ne survivant que pour les besoins de la liquidation des biens restants. La même chose vaut d'ailleurs pour les entreprises exploitées sans recours à la technique sociétaire...* »

²⁶⁶ Cass. Com., 11 avril 2012, pourvoi n° 09-12431, inédit

Il apparaît dès lors que la nécessité d'un tel contrat trouve son origine dans la désagrégation de la structure administrative de l'entreprise cédée dans le cadre du plan de cession, et que ce dernier vise à pallier l'absence d'une telle structure au sein de l'ensemble cédé. La qualification de cet ensemble comme un « fonds de commerce » apparaît dès lors comme tristement objective.

La désintégration des instances dirigeantes au moment de la cession de l'entreprise²⁶⁷ prive l'ensemble de biens cédés d'un des attributs essentiels de la perception communément admise de l'entreprise. Au moment de leurs cessions liquidatives, cette disparition les assimile donc plutôt au fonds de commerce, qui est lui de tous temps dépourvu de cet aspect relatif au lien unissant les biens qui le constituent à la volonté des dirigeants de l'entreprise.

²⁶⁷ Voir PEROCHON (F.), *supra* note n° 170, *loc. cit.*, qui constate que « la cession opère ainsi de façon chirurgicale, sur décision du tribunal et sans le consentement du débiteur cédant ».

II) Altération des éléments centraux de chaque ensemble cédé

Si la structure générale de l'entreprise est sensiblement modifiée, lorsque cette dernière fait l'objet d'une cession intervenant dans le cadre des réalisations d'actifs en liquidation judiciaire, certaines caractéristiques des éléments distinctifs de cette dernière subissent également des mutations, accentuant le rapprochement entre l'entreprise et le fonds de commerce. La plus significative de ces constatations concerne l'activité, élément central de l'entreprise cédée (A). Un autre point de convergence concerne le rapport de ces entités avec le passif leur étant attaché au moment de leur cession liquidative (B).

A) Convergence des notions d'activité et de clientèle au moment de la cession

Une fois disqualifiés les aspects sociaux et décisionnels, le seul élément résiduel, véritablement caractéristique de l'entreprise, et pouvant être valablement utilisé pour l'identifier au moment de sa cession en procédure collective, est donc l'activité de cette dernière²⁶⁸. Unanimement présentée comme l'élément essentiel de l'entreprise, elle est au centre des efforts déployés par les procédures mises en œuvre, et la raison des sacrifices imposés. Dans le cadre d'une analyse critique des modes de cession appliqués en liquidation judiciaire, il est donc tout naturel de comparer les notions structurantes des ensembles de biens, afin de déterminer si le placement de ces ensembles sous l'égide des régimes dédiés au moment de leur cession est objectif. La convergence des notions de clientèle et d'activité, au moment des réalisations d'actifs effectuées en liquidation judiciaire, se déduit de la confusion des éléments supportant ces dernières (1), tout autant que de l'indifférence manifestée à l'égard de l'interruption de

²⁶⁸ Voir DERRIDA (F.), GODE (P.) ET SORTAIS (J.-P.), *op. cit.*, *supra* note n°1, p.13-14. Ces auteurs s'interrogeaient déjà sur la perception devant être retenue dans le cadre de l'application de la loi de 1985 : « *Faut-il tenir compte uniquement de l'activité déployée pour aboutir au résultat recherché ? Faut-il également prendre en considération l'organisation même des moyens de toute nature mis en œuvre pour exercer cette activité et atteindre ce résultat ?* » Il est à notre sens certain que dans le cadre des cessions liquidatives, l'activité seule est privilégiée. Voir LYON-CAEN (A.), *op. cit.*, *supra* note n°22., qui définit l'entreprise dans le cadre de la loi de 1985, comme « *une activité économique organisée* ». Voir également BORELLY (C.), *op. cit.*, *supra* note n°25, pour qui « *elle se caractérise par l'exercice d'une activité économique. Au-delà, elle est une unité cohérente et protégée, composée de moyens d'exploitation et humains, dont l'organisation consiste dans l'affectation des moyens à l'exploitation* ».

l'exploitation dans certains cas (2). Ces éléments ne sont pas sans effet sur la répartition des modes de cession en liquidation judiciaire (3).

1) Confusion des éléments supports de l'activité et de la clientèle

La principale source de confusion entre les notions d'entreprise et de fonds de commerce, une fois l'organisation interne de celles-ci reconfigurée par l'action du droit des procédures collectives, provient de ce que l'entreprise serait pourvue d'une dimension dynamique, au contraire de son homologue qui en serait la déclinaison statique²⁶⁹. Or le fonds de commerce ne peut être perçu comme un ensemble inerte²⁷⁰. C'est le dynamisme interne de la notion qui décide de son existence. Sans la constitution et l'exploitation de la clientèle, l'universalité que constitue le fonds se délite, pour faire place à la juxtaposition des éléments la constituant.

Or, si au moment du déclenchement du plan de cession, seule l'activité caractérise l'entreprise cédée, la cession de celle-ci doit donc pouvoir être réduite à la cession de cette dernière. Mais dans le cas d'une entreprise commerciale, la résultante de l'activité de l'entreprise n'est-elle

²⁶⁹ L'approche nécessairement dynamique du fonds de commerce, ne pouvant être perçu de manière statique, était déjà évoquée dès 1955 par un auteur, qui remarquait que « *l'établissement de la notion juridique se trouve compliqué par le défaut d'une distinction claire entre entreprise et fonds de commerce. Même si l'on considère l'entreprise comme un acte subjectif de « professionnalité », une organisation similaire existe dans le fonds de commerce, et la doctrine, pendant longtemps, ne s'est pas efforcée de signaler ses caractéristiques. Aujourd'hui encore, les deux notions se confondent ; les mêmes doctrines qui ont servi pour déterminer la nature juridique du fonds de commerce, s'appliquent à l'entreprise, à tel point que les partisans de l'entreprise ont dû transiger et reconnaître leur origine identique, en attribuant au fonds de commerce les éléments statiques, et à l'entreprise les éléments dynamiques. L'entreprise serait le fonds de commerce en activité, c'est-à-dire son activité comme s'il était possible de concevoir un fonds de commerce sans activité. Le problème de l'achalandage, ..., apparaît dans le fonds de commerce considéré du point de vue dynamique* ». Voir SATANOWSKY (M.), *op.cit.*, supra note n° 260

²⁷⁰ Voir MESTRE (J), *Propos conclusifs in le fonds de commerce : un centenaire à rajeunir*, Gaz. Pal., n° 155, 4 juin 2009, p. 113. L'auteur relève qu'« *il y a dans la notion de fonds un dynamisme interne qui est lié à l'exigence originale d'une exploitation permanente. N'oublions pas en effet que le fond est un bien qui disparaît purement et simplement s'il n'est pas exploité* ». Voir également DISSAUX (N.), *op. cit.*, supra note n°39 : « *Le fonds de commerce est un instrument au service d'une activité commerciale. Son exploitation repose sur l'accomplissement habituel d'actes de commerce.* »

pas la clientèle ?²⁷¹ La cession des éléments supports de l'activité n'est-elle pas dès lors assimilable à celle des éléments auxquels est attachée la clientèle ? Dépouillée de ses aspects sociaux et structurels, l'entreprise semble bien à notre sens converger vers la définition plus restrictive du fonds de commerce. Les notions de clientèle et d'activité, si elles ne sont pas absolument assimilables, sont du moins inextricablement liées²⁷². Sans activité, la clientèle s'évanouit, tout comme, dans le cadre d'une activité commerciale, l'exercice d'une activité induit inévitablement la constitution et le maintien d'une clientèle.

Aussi, « l'entreprise cédée en plan de cession », pâle succédané de l'entreprise originelle, est-elle réduite aux éléments nécessaires au maintien de son activité économique, soient « *tous les moyens matériels qui concourent à la production, biens corporels mobiliers et immobiliers,*

²⁷¹ Un auteur indique que « *pourtant la cession d'un élément support de clientèle n'est pas toujours synonyme (sur le plan économique) de disparition de l'entreprise. En utilisant les éléments d'actif subsistants, l'entrepreneur peut lancer une nouvelle activité, créer un nouveau fonds de commerce* ». On conviendra que cette remarque ne peut trouver une résonance au moment des cessions se déroulant en liquidation judiciaire. A ce stade, l'activité cédée est bien synonyme de la clientèle transférée. Voir RANDOUX (D.), *op. cit.*, *supra* note n° 219

²⁷² Hors du strict cadre des procédures collectives, une certaine confusion plane sur cette question. Ainsi, au sujet d'un arrêt rendu par la Cour de Cassation, ayant différencié la cession du fonds de commerce de la cession du seul bail commercial (ce qui a pour conséquence une restriction des droits du bailleur dans le premier cas, qui ne peut alors faire valoir son opposition à l'opération), monsieur le Professeur Derruppé énonçait « *qu'un fonds de commerce pouvait englober plusieurs activités juxtaposées* » et qu'« *il suffit pour cela que soit attachée une clientèle autonome à chaque branche d'activité. Transférer cette activité à un tiers et placer entre ses mains la clientèle qu'elle a générée et qu'elle doit normalement continuer à rallier, est une cession de fonds de commerce.* » On conviendra que les notions d'entreprise et de fonds de commerce, avec pour élément distinctif l'activité et la clientèle, sont là difficilement discernables. Voir DERRUPE (J.), *Comm. sous Com. 14 avr. 1992, Bull. civ. IV, n° 161, p. 113, RTD Com. 1993 p. 82*. On évoquera également ici la très pertinente analyse de la notion moderne de clientèle par Monsieur le bâtonnier Leloup, qui relève l'imprécision et l'obsolescence du terme « clientèle », représentant selon lui « *deux réalités économiques précises qui se succèdent dans le temps* », soient « *au temps de l'activité d'un acteur économique, on désigne par clientèle la présence sur le marché d'un opérateur à condition qu'il agisse pour son propre compte* », puis « *au moment du transfert de l'activité de cet opérateur, on désigne par clientèle la valeur financière de la position transférée* », soit la capitalisation de la position sur le marché au moment de la cession. Il constate ensuite que l'« *exercice d'une activité économique organisée... n'est rien d'autre que la présence sur le marché* ». On ne peut mieux peindre les rapports consanguins entre ces deux notions voisines. Voir LELOUP (J.-M.), *La place de la clientèle aujourd'hui*, *Gaz. Pal.*, n° 155, 04 juin 2009, p. 74

biens incorporels »²⁷³. Dans un certain nombre de cas, l'entreprise cédée en plan de cession se confondra alors avec le fonds de commerce qu'elle abrite, alors que dans d'autres cas, la distinction s'opérera du fait de la présence d'éléments au sein de la première, dont on a vu qu'ils lestaient la construction théorique du fonds de commerce d'incohérences indépassables.

Certains auteurs, considérant les insuffisances du concept de fonds de commerce, proposent par exemple la transmission automatique des contrats permettant l'attraction de la clientèle, et l'intégration de ceux-ci au nombre des éléments du fonds. Pour argumenter au soutien de cette hypothèse, l'exemple choisi est... la transmission automatique des contrats supports de l'exploitation par l'application de l'article L642-7 du Code de Commerce dans le cadre de la cession d'entreprise en liquidation judiciaire²⁷⁴. Certaines législations ont d'ailleurs anticipé cette confusion en retranchant la clientèle de l'ensemble constituant le fonds de commerce.

Ainsi, dans la législation italienne, l'article 2555 du Code Civil dispose que « *Le fonds de commerce est l'ensemble des biens organisées par l'entrepreneur pour l'exploitation de l'entreprise.* » Aucune mention n'est faite de la clientèle générée par la réunion des éléments du fonds. Cette réserve différencie alors efficacement les deux notions. Ainsi que le constate un auteur, « *En considérant la clientèle comme l'élément essentiel du fonds de commerce, la jurisprudence française tend à identifier le fonds et l'entreprise, ou si on veut le fonds et l'exploitation. Le droit italien fait la distinction.* »²⁷⁵

²⁷³ Voir TEXIER (M.), *op. cit.*, *supra* note n°214. Voir également VALLANSAN (J.), *La cession d'entreprise*, Thèse, Caen, 1986. Pour l'auteure, la cession de l'entreprise réduit cette dernière aux éléments du « *fonds d'entreprise* », notion originale qui représente l'ensemble des moyens nécessaires à l'exploitation.

²⁷⁴ Voir PANCRAZI (M.-E.), *op. cit.*, *supra* note n°35. L'auteure indique que « *l'inclusion de ces contrats dans le périmètre du fonds donnerait par là-même plus de cohérence à la construction d'ensemble, car elle mettrait un terme au paradoxe de certaines solutions, telle celle qui consiste à présenter l'enseigne comme un élément du fonds tout en refusant un tel statut au contrat de franchise qui confère pourtant à l'exploitant le droit d'usage d'une telle enseigne, ou, de manière plus évidente encore, celle qui conduit à présenter la clientèle comme « l'élément essentiel » du fonds, tandis que dans le même temps, les « marchés » qui en sont pourtant le support juridique en sont exclus.* » et que la mise en œuvre de cette possibilité ne saurait poser de difficulté car « *les juges savent faire le départ entre les contrats qui sont « nécessaires au maintien de l'activité » et ceux qui échappent à cette qualification, quand il s'agit de déterminer ceux dont le transfert s'impose au repreneur de l'entreprise, quand celle-ci vient à être cédée dans le cadre d'une liquidation judiciaire.* »

²⁷⁵ Voir COLLOT (J.), *op. cit.*, *supra* note n° 82, *spéc.* p. 138-13

2) Indifférence ciblée de l'interruption de l'exploitation

La confusion de ces deux notions se manifeste parfois singulièrement. Ainsi, à la confusion des éléments leur servant d'amarre, répond parfois comme en miroir l'indifférence du juge quant à leur absence au sein des ensembles sur lesquels ces derniers reposent pourtant. A la confusion de leur rôle capital, s'ajoute donc parfois un rejet partagé dans l'obscurité.

La question de l'interruption de l'exploitation du fonds de commerce ou de l'entreprise et les conséquences peu orthodoxes qu'y attachent certaines décisions jurisprudentielles compliquent alors un peu plus la distinction entre les régimes de cession. Il a ainsi pu être décidé qu'une interruption temporaire d'activité n'engendre pas inévitablement la disparition immédiate de la clientèle. Cette dernière peut se reconstituer sans dommages lors de la reprise de l'activité²⁷⁶. L'arrêt de l'exploitation n'est donc pas systématiquement synonyme de désintégration de l'entreprise.

Parallèlement, dans le cadre d'une cession de fonds de commerce opérée en liquidation judiciaire, il a pu être décidé que l'interruption pendant un an de l'exploitation de ce dernier, ne présupposait pas la disparition de la clientèle. Le repreneur pouvait donc légitimement demander le versement de l'indemnité d'éviction au bailleur²⁷⁷.

L'absence constatée d'une clientèle, dans le cas du fonds de commerce, ou d'une activité dans le cas de l'entreprise, se double donc parfois d'une survivance de leurs hôtes, qui peuvent les voir se régénérer spontanément en leur sein à la reprise de l'exploitation.

²⁷⁶ Cass. 3^e Civ, 15 septembre 2010, *préc.*

²⁷⁷ Cass. 3^e Civ., 10 décembre 2008, *préc.*

3) Conséquences sur la répartition des modes de cession en liquidation judiciaire

Certains auteurs évoquent donc en conséquence la possibilité de céder une entreprise sous le régime du plan de cession si cette dernière, bien que ne présentant pas d'activité au moment du jugement du prononcé du plan, dispose d'une « *activité subsistante* »²⁷⁸ pouvant être redémarrée sans peine une fois la cession réalisée, de la même manière que, dans le cadre de l'arrêt précédent, la clientèle et le fonds survivent malgré l'interruption de l'exploitation. Les notions de clientèle et d'activité partagent donc également la même caractéristique improbable : celle de constituer le pilier des ensembles qui les hébergent, tout en pouvant disparaître temporairement, sans pour autant que les édifices juridiques qui en ont fait leur socle ne s'effondrent. En déduction de ces éléments, certains auteurs ont affirmé sans détours que le fonds de commerce pouvait certainement être cédé sous le régime de la cession d'entreprise. Si leurs conclusions sont diamétralement opposées aux nôtres, leurs constatations sont cependant similaires²⁷⁹. D'une assimilation des notions au moment d'une cession judiciaire opérée en procédures collectives, ils en concluent à l'indifférence d'une cession du fonds en plan de cession, tandis que nous voyons là, plutôt qu'une possibilité d'adapter la cession à son objet, une confusion discréditant la répartition de ces mêmes modes de cession.

²⁷⁸ Voir VINCENT (C.), *L'adoption d'un plan de cession sans poursuite d'activité*, Bull. Joly Ent. Diff., n° 501, septembre 2014, p. 331

²⁷⁹ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *op. cit.*, supra note n° 32. L'auteur avance qu'« *il ne saurait y avoir, en effet, de cession d'entreprise que si la transmission porte sur un « ensemble » affecté à l'activité. L'existence de cette réunion d'éléments d'exploitation est indispensable mais sa composition est très variable de sorte qu'il pourrait parfaitement ne s'agir que d'un fonds de commerce* ». Au soutien de cette assertion, elle argumente avec raison que l'entreprise cessible est « *un ensemble de biens et de personnes permettant l'exploitation d'une activité* » et « *qu'il s'agit donc plus d'une universalité de fait que d'une universalité de droit* ». Nous souscrivons également entièrement à la réflexion dont fait part l'auteur à la note 44 de son article, que nous reproduisons ici : « *Dans un premier temps, les notions d'entreprise et de fonds de commerce m'ont parues distinctes et elles le sont le plus souvent. Le fonds est, en général, un élément de l'entreprise, concept plus vaste qui englobe des biens autres que mobiliers et qui comporte un aspect humain. Mais il peut arriver que l'entreprise se réduise à l'exploitation d'un fonds. L'activité exercée de manière autonome n'en est pas moins une entreprise. Cela se conçoit si l'on veut bien admettre que l'entreprise est, avant tout, une notion économique qui peut indifféremment emprunter l'habillage juridique du fonds de commerce ou de la société.* »

L'intention louable de permettre au plus grand nombre de débiteurs de bénéficier des avantages du plan de cession²⁸⁰ ne doit pas, à notre sens, trouver son fondement dans l'exploitation d'un tel défaut conceptuel.

Une telle démarche, si elle doit bénéficier à certains, en lèse, inévitablement et injustement, beaucoup d'autres. En effet, si l'on prend le raisonnement précédent à rebours, et que des fonds de commerce peuvent alors être cédés sous le régime plus avantageux du plan de cession, qu'est ce qui pourrait dès lors empêcher la cession d'entreprises sous le régime plus restrictif de la cession de biens isolée²⁸¹ ? C'est également pour cela que l'approximation conceptuelle nous semble inacceptable, et que la démarche bienveillante caractérisée plus haut nous apparaît à double tranchant.

B) Absence de transmission du passif au moment de la cession

Un dernier point doit également être évoqué. Ainsi qu'étudié au sein du chapitre précédent, le fonds de commerce est exclusivement constitué d'éléments d'actif, le passif attaché à l'exploitation de ceux-ci ne pouvant être intégré au sein de cet ensemble hétérogène, et restant donc à la charge de l'exploitant.

Au moment de la cession de l'entreprise lors des réalisations d'actifs, un nouveau parallèle peut ici être opéré, car l'universalité de biens cédée ne comprendra également que les actifs nécessaires à l'exploitation. Le produit de la vente de ces biens permettra de désintéresser les créanciers du débiteur, et donc de faire face au passif. Ce passif, au moment de la cession, reste inclus dans le patrimoine du débiteur, et à ce titre est indépendant de l'ensemble de biens cédés, accentuant ici encore le rapprochement entre les notions de fonds de commerce et

²⁸⁰ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *ibid.*, qui relève que refuser catégoriquement la cession d'un fonds de commerce sous le régime du plan de cession serait « *toujours refuser le plan de cession comme mode de solution aux difficultés de l'exploitant personne physique* ».

d'entreprise²⁸². Il existe cependant une exception à cette exclusion. L'article L642-12 alinéa 4²⁸³ du Code de Commerce organise ainsi une sorte spécifique de cession de dette, qui s'opère par ailleurs de plein droit²⁸⁴, à l'égard du cessionnaire, sur laquelle nous reviendrons plus loin.

Le cessionnaire devra assumer la charge des sûretés garantissant le prêt obtenu par le cédant pour le financement du bien cédé, ainsi que le remboursement du prêteur aux échéances convenues. Pour autant, il est à noter que le débiteur ne se trouve pas pour autant libéré des obligations découlant du prêt initial²⁸⁵.

²⁸² Voir sur ce point PEDAMON (M.), *op. cit.*, *supra* note n° 112, p.399 : qui constatait déjà, sous le régime de cession antérieur à la loi de sauvegarde, que « *quoi qu'en dise le législateur, il n'y a pas véritablement cession de l'entreprise quand le législateur applique l'article L631-22. L'opération en effet ne porte que sur des éléments d'actifs et non pas sur des dettes. Le cessionnaire que l'on qualifie de repreneur n'est pas tenu du passif qui incombe au cédant. Or, il n'y a pas d'entreprise sans passif. Même s'il est vrai que la cession tend au maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, il s'agit d'une exploitation nouvelle prise en charge par un nouvel entrepreneur* ».

²⁸³ Cet alinéa dispose ainsi que : « *toutefois, la charge des sûretés immobilières et mobilières spéciales garantissant le remboursement d'un crédit consenti à l'entreprise pour lui permettre le financement d'un bien sur lequel portent ces sûretés est transmise au cessionnaire. Celui-ci est alors tenu d'acquitter entre les mains du créancier les échéances convenues avec lui et qui restent dues à compter du transfert de la propriété ou, en cas de location-gérance, de la jouissance du bien sur lequel porte la garantie. Il peut être dérogé aux dispositions du présent alinéa par accord entre le cessionnaire et les créanciers titulaires des sûretés.* »

²⁸⁴ Cass. com., 19 octobre 2010, pourvoi n° 09-68377, Bull. 2010, IV, n° 155, sous réserve d'une convention expresse contraire.

²⁸⁵ Cass. com., 13 avril 1999, pourvoi n° 97-11383, Bull. 1999, IV, n° 87, qui précise que l'opération n'emporte pas novation du contrat initial entre le prêteur et le cédant. Voir PAILLER (P.), *Régime général de l'obligation et procédures collectives*, RLDC, 2014, n°113, p. 89

Conclusion Partie I Titre I Chapitre II

La structure spécifique à chacune des entités définissant le régime applicable aux universalités de biens cédées, lors des réalisations d'actifs en phase de liquidation judiciaire, ne peut donc plus être différenciée clairement à ce stade de la procédure. L'aspect social, et l'organisation propre aux éléments concourant au maintien de l'activité de la notion d'« entreprise », quelle que puisse être l'interprétation qui en soit faite en droit commun, sont graduellement minorés lors de l'appréhension de l'entité par le droit des entreprises en difficulté. Cette mutation culmine lors de la mise en œuvre du plan de cession. L'« entreprise cédée en plan de cession » nie en effet ces attributs, et se voit en conséquence difficilement différenciable du fonds de commerce qu'elle contient dans un certain nombre de cas²⁸⁶.

A cette première difficulté s'ajoute, en outre, une confusion inextricable de leurs éléments centrifuges, qui sont appelés à maintenir, en temps normal, la cohésion des ensembles concernés. L'activité et la clientèle étant inextricablement liés, leur caractérisation ne suffit plus, à ce stade, à distinguer les concepts qui leur sont rattachés.

Le cumul de la disparition de traits caractéristiques de l'« entreprise » lorsque cette dernière devient simplement « l'entreprise cédée en plan de cession », et l'assimilation des éléments structurellement déterminants de cette dernière et du fonds de commerce explique le caractère inévitable de la confusion des régimes de réalisation d'actifs aujourd'hui rencontrés.

²⁸⁶ Voir DERRIDA (F.), GODE (P.) ET SORTAIS (J.-P.), *op. cit.*, *supra* note n° 1, p. 15, qui relèvent que l'entreprise cédée en plan de cession « ne saurait représenter l'activité envisagée en elle-même, c'est-à-dire l'exploitation exercée par les moyens mis en œuvre, comme dans le plan de... continuation de l'entreprise. » Seuls les biens permettant le déploiement de l'activité et l'organisation de cette dernière sont cédés, ce qui est insuffisant à caractériser une entreprise.

Conclusion Partie I Titre I :

L'étude de ce premier titre présente clairement, nous l'espérons, les causes et les enjeux liés à notre problématique. Le lecteur identifiera aisément, sur cette question, un terreau fertile en confusions potentielles. Deux lignes de force doivent être, selon nous, dégagées et méditées pour pleinement saisir les implications de cette problématique, et proposer des solutions crédibles aux risques en découlant.

Tout d'abord, le caractère polysémique de la notion d'entreprise enjoint à la plus grande prudence lorsqu'il est manipulé²⁸⁷. Lors des réalisations d'actifs se déroulant dans le cadre de la liquidation judiciaire, la difficulté qui doit être surmontée provient de la capacité à jauger si « l'entreprise » cédée recouvre, encore, malgré les différentes interprétations envisageables du terme, les caractéristiques essentielles communes à toutes les déclinaisons de celui-ci. A la lecture des développements précédents, il nous semble impossible de cautionner cette assimilation, qui nous semble abusive sur de nombreux points. L'ensemble de biens cédés, dans le cadre d'un plan de cession en liquidation judiciaire, présente un contour indéniablement plus proche de celui d'un fonds de commerce que d'une « entreprise », dans sa compréhension habituelle, particulièrement du fait de la rétrogradation et de l'instrumentalisation de la dimension sociale de l'entreprise au profit de la préservation de l'activité économique. L'entreprise cédée en plan de cession n'est tout simplement plus une entreprise²⁸⁸. Cette

²⁸⁷ Nous reprenons ici à notre compte la remarque de Messieurs Derrida, Godé et Sortais, qui relèvent qu'« *une chose est de rattacher des solutions particulières ponctuelles au concept d'entreprise, autre chose est de construire sur cette notion un ensemble législatif, qui exige des bases solides.* » Voir DERRIDA (F.), GODE (P.) ET SORTAIS (J.-P.), *Ibid.*, note n°58

²⁸⁸ Elle se rapproche plus, à notre sens, du « *fonds d'entreprise* » développé par Mme Vallansan dans le cadre des cessions d'entreprises réalisées en droit commun. VOIR VALLANSAN (J.), *op. cit.*, *supra* note n° 273. Cette assimilation de l'entreprise cédée aux éléments permettant l'exercice d'une activité est partagée par d'autres auteurs éminents, voir CAGNOLI (P.), *op. cit.*, *supra* note n° 265, p. 99, *spéc.* n°s 130-131. et les références citées, qui, retient cette définition dans le cadre de l'entreprise cédée en procédure collective. Il constate que si « *la doctrine est réticente à essayer de dégager un concept de l'entreprise, propre à la matière des procédures collectives...l'examen des textes et de la jurisprudence consacre, nous semble-t-il, le concept d'entreprise, défini comme l'activité de l'entrepreneur* ». Nous verrons cependant plus loin que cette notion est, selon nous, insuffisante à décrire précisément tous les ensembles de biens fédérés par une activité au moment de leur cession en liquidation judiciaire.

superposition conceptuelle ouvre donc la voie à un dédoublement des modes de cession applicables au fonds de commerce « nu ».

A ce débat sur la nature et la composition de l'entreprise cédée en plan de cession, s'ajoutent les interrogations relatives à son identité même. Si les biens nécessaires à la poursuite de l'activité sont bien transmis au cessionnaire, il nous apparaît comme un très préjudiciable abus de langage d'assimiler l'« entreprise » exploitée par le cédant à l'« entreprise » qui sera par la suite exploitée par le cessionnaire. Nombre de paramètres, déterminants dans l'identité de l'entreprise exploitée, varient dans une mesure suffisante pour interdire une telle déduction. Aussi l'emploi de la notion d'entreprise lors de cette phase de la procédure nous semble-t-il particulièrement malvenu.

Ensuite, les failles théoriques patentées dans la construction théorique du fonds de commerce, particulièrement préjudiciables à la crédibilité de la distinction des modes de cession lui étant applicables en liquidation judiciaire, rapprochent un peu plus encore les ensembles de biens cédés sous les deux régimes. En effet, si l'entreprise cédée en plan de cession n'est plus vraiment une entreprise et se confond avec le fonds de commerce qu'elle abrite²⁸⁹, celui qui est cédé dans les conditions de la cession de biens isolés peut, dans un certain nombre de cas, ne pas se voir offrir les moyens de sa subsistance²⁹⁰. Comment, dès lors, assurer la pérennité d'un fonds de commerce dont la cession n'aurait pas été accompagnée de celle des contrats d'exploitation qui lui sont habituellement indispensables, ou de celle de l'immeuble aménagé pour son exploitation ? Ce fonds paralysé doit-il être désavantagé par l'application d'un mode de cession inadéquat ? Ces deux contradictions suffisent à brouiller les frontières entre les ensembles cédés, et enjoignent finalement le juge à exploiter cette faille, et à abuser des modes

²⁸⁹ Voir REINHARD (Y.), THOMASSET-PIERRE (S.) ET NOURISSAT (C.), *op. cit.*, *supra* note n°66, p. 366, *spéc.* n° 592 : « Ainsi la cession d'entreprise, régie par les articles L642-1 et suivants du Code de Commerce sur la liquidation judiciaire, emporte indiscutablement cession du fonds de commerce : la cession des autres éléments, et en particulier celle de certains contrats, est seulement facultative. »

²⁹⁰ Sans compter que la valorisation des biens cédés, particulièrement pour ce qui concerne les biens incorporels, dans le cadre de la cession de biens isolés présente des difficultés absentes du plan de cession. Voir sur ce point MARTIAL-BRAZ (N.), *Le sort des biens incorporels grevés de sûretés en cas de cession d'actifs isolés*, RPC, n° 2, Mars 2015, dossier 29

de cessions disponibles, pour permettre simplement une transmission sereine des ensembles de biens concernés, au mépris de leur véritable nature.

Aussi les enseignements du premier titre nous apparaissent limpides : l'étanchéité du cloisonnement des régimes de cession applicables aux fonds de commerce doit être absolue et le domaine de leurs applications respectives doit être prévisible pour les différents intervenants à la cession, que ce soit de manière directe (parties à la cession), ou indirecte (salariés, créanciers et cocontractants). Ces impondérables conditionnent leur légitimité et leur efficacité, et en conséquence leur impartialité et leur crédibilité, aux yeux des justiciables. La loi²⁹¹, comme la jurisprudence²⁹² le commandent. La volonté de faire profiter le plus grand nombre des avantages du plan de cession, en jouant sur les ambiguïtés conceptuelles des régimes de cession applicables aux fonds de commerce, ne peut prospérer. Aucune bienveillance ne saurait conduire à justifier l'arbitraire.

²⁹¹ Le principe constitutionnel de clarté et de lisibilité de la loi, consacré par de nombreuses décisions du conseil constitutionnel, et déduit de l'article 34 de la constitution du 4 octobre 1958 et des articles 4, 5, 6 et 16 de la déclaration des droits de l'homme, tend à prémunir le citoyen des risques de l'arbitraire dans l'interprétation de la loi, Voir à ce sujet FLÜCKIGER (A.), *Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal*, janvier 2007, dossier : la normativité, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 21

²⁹² Voir CA Paris, Ch. 3, Sect., 5 mars 1991, *Soc. Husson Distribution c/ Soc. Promodes*, D. 1991, jurispr. p. 376, note SORTAIS (J.-P.) ; Dans cette espèce, la Cour avait déterminé qu'une offre de reprise ne portant que sur le fonds de commerce et dépourvue de tout autre engagement ne saurait être qualifiée d'offre de reprise au sens de l'ancien article L. 621-85 du Code de commerce et en conséquence, qu'en l'absence d'offre véritable, le candidat ne pouvait former d'appel-nullité, faute d'intérêt à agir.

Titre II) Causes techniques de la confusion : insuffisances procédurales des régimes de cession applicables au fonds de commerce

Certains mécanismes, processuels et juridictionnels, accentuent encore les difficultés nées des préjudiciables entraves conceptuelles analysées au sein du premier titre. La caractérisation précise ainsi que l'identification subséquente des notions d'entreprise cédée et de fonds de commerce, lors des réalisations d'actifs en phase de liquidation judiciaire, s'en trouve d'autant complexifiée.

L'étude des décisions rendues par les juridictions internes montre, en effet, que les interpénétrations des régimes de cession applicables au fonds de commerce, au moment de la réalisation des actifs, sont chose courante. Suite aux observations réalisées au sein du premier titre, on conviendra que ces convergences étaient fatalement inévitables. Les juges pouvaient, en effet, difficilement établir une délimitation hermétique et infaillible des régimes de cession applicables à ce stade de la liquidation judiciaire sur des bases théoriques aussi inadaptées.

Aux incertitudes théoriques, qui entachaient déjà la crédibilité de l'édifice juridique, viennent donc se greffer d'autres défaillances d'ordre technique, qui aggravent encore les conséquences de la confusion conceptuelle parasitant les régimes de cession applicables au fonds de commerce en liquidation judiciaire, et par conséquent les incertitudes auxquelles sont soumis les justiciables.

Ces difficultés techniques sont perceptibles à deux stades de la liquidation judiciaire, et seront donc abordées successivement. En amont de la réalisation des actifs, le premier obstacle découle de l'inadéquation des prérogatives des organes de la procédure pour permettre un contrôle efficace du périmètre des biens cédés (Chapitre I). En aval de la réalisation des cessions, l'insuffisance des moyens de contrôle judiciaire constitue un second obstacle majeur à une séparation efficace des modes de cession applicables (Chapitre II).

Chapitre I) Carences du contrôle du périmètre des biens cédés par les organes de la procédure

La mise en œuvre des régimes de cession applicables en liquidation judiciaire étant troublée par la convergence des notions en guidant l'application dans cette phase de la procédure, le contrôle des organes de celle-ci, et des juridictions, était appelé à jouer un rôle essentiel en compensant ces déficiences conceptuelles. Hélas, l'inadéquation des moyens procéduraires mis à la disposition des différents intervenants, au cours de la procédure, bien loin de les réduire, accentue l'impact des tares conceptuelles lésant les régimes de cession applicables au fonds de commerce lors de la réalisation des actifs en liquidation judiciaire, et contribue à empêcher une répartition indiscutable des ensembles de biens cédés sous le régime approprié.

L'inadaptation du contrôle des ensembles de biens cédés lors de l'initiation des opérations de cession, en amont de la réalisation des cessions proprement dites, est ici principalement en cause. Nous considérerons dans un premier temps les contrôles effectués par les organes de la procédure dans le cadre de l'adoption d'un plan de cession, suivant les prescriptions des articles L642-1 et suivants du Code de Commerce (Section I), puis nous évaluerons la pertinence des contrôles effectués dans le cadre de la cession de biens isolés de l'article L642-19 du Code de Commerce (Section II)

Section I) Dans le cadre du plan de cession

L'inadéquation des contrôles réalisés par les organes de la procédure, dans le cadre d'un plan de cession, découle de l'étude des prérogatives attribuées aux différents organes de cette procédure. Ces dernières ne permettent pas un examen conceptuel suffisamment poussé des ensembles cédés pour sécuriser parfaitement les modes de réalisation des actifs. Ces insuffisances sont constatées au sein des attributions de la juridiction compétente dans ce cas de figure (A), mais également des attributions des auxiliaires de justice indispensables au bon déroulement de la procédure (B).

I) Insuffisance du contrôle juridictionnel

La supervision de la procédure, lors de la mise en œuvre du plan de cession, est logiquement confiée au tribunal. Il désigne les autres organes, et reste décisionnaire dans le choix de l'offre devant être retenue. Il dispose pour se faire d'importantes prérogatives, garantes de la sécurité juridique, dont il convient cependant d'évaluer la pertinence à l'aune de notre problématique. Tant son mode de désignation (A) que les pouvoirs de contrôle dont il est investi par la loi (B), doivent théoriquement concourir à permettre une séparation étanche des modes de réalisation des actifs.

A) Désignation du tribunal compétent

Le mode de désignation du tribunal encadrant le déroulement des plans de cession intervenant au cours de la liquidation judiciaire est un premier indice du traitement qui sera réservé à notre problématique. Une compréhension subtile de la matière est indiscutablement requise chez les juges appelés à se saisir de celle-ci, afin de garantir l'étanchéité requise entre les modes de cession applicables lors de la réalisation des actifs. Il convient donc d'évaluer, avec recul, l'adéquation entre le choix des juges désignés, et l'encadrement des cessions de fonds de commerce se déroulant en liquidation judiciaire.

Les juges se prononçant sur le plan de cession font l'objet d'un double critère de désignation²⁹³. Le premier concerne le domaine d'activité du débiteur (1), le second se réfère quant à lui aux caractéristiques de l'entreprise cédées, en fonction de seuils définis par décret (2).

²⁹³ Une fois désigné, le tribunal sera compétent pour tout ce qui attrait à la procédure engagée, ainsi que le prévoit l'article R662-3 du Code de Commerce, qui prévoit les exceptions dans le cadre de la mise en cause de la responsabilité civile de certains acteurs de la procédure. Une autre exception est la compétence des instances prud'homales qui restent compétentes pour ce qui concerne les contestations issues de l'application du droit travail, que les actions aient été introduites antérieurement ou postérieurement à l'ouverture de la procédure collective. Voir FIN-LANGER (L.), *Le particularisme des instances prud'homales dans les procédures collectives*, RPC, n°1, janvier 2012, dossier 5

1) Selon le domaine d'activité du débiteur

Le premier critère est relatif au domaine de compétence des juges. L'article L721-3 du Code de Commerce prévoit que le tribunal de commerce voit sa compétence reconnue dans les cas de contestations nées entre commerçants, entre établissements de crédit, entre sociétés de financement, ou entre eux. D'autre part, ces tribunaux sont compétents dans le cadre des litiges éclos entre sociétés commerciales, et enfin dans le cadre des actes de commerce accomplis entre toutes personnes. L'article L621-2 du Code de Commerce adapte cette logique au domaine des procédures collectives. Il prévoit ainsi explicitement, dans sa dernière mouture, modifiée par l'ordonnance du 18 décembre 2008, que « *le tribunal compétent est le tribunal de commerce si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale.* » Il précise ensuite que dans les autres cas, le tribunal de grande instance sera compétent, et que, dans le cas d'une extension de la procédure à une ou plusieurs autres personnes, le tribunal initialement saisi conserve la main.

Les textes légaux, devant la complexité du contentieux, exigent conjointement que les juges soient roués aux particularités de la matière. L'article L722-2 du Code de Commerce, dans sa rédaction découlant de l'ordonnance du 8 juin 2006 n° 2006-673, précise ainsi que dans les cas où la juridiction statue en matière de sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire, une majorité des juges doit avoir exercé des fonctions judiciaires pendant au moins deux ans.

Ces dispositions matérialisent le souci du législateur de confier la conduite des opérations de liquidation à des juges spécialisés, disposant d'une expérience préalable suffisante pour affronter les situations, humainement et juridiquement complexes, du droit des entreprises en difficulté. On ne peut que se féliciter de cette volonté, au vu de la subtilité de la question posée, et des analyses nécessaires pour en dénouer l'écheveau. On conviendra néanmoins que ces premières garanties, certes encourageantes, ne peuvent pourtant suffire à établir avec certitude une séparation intraitable des modes de cession applicables au fonds de commerce à ce stade de la procédure.

2) Selon les caractéristiques de l'entreprise cédée

La loi, dite « Macron » du 6 août 2015²⁹⁴, a de plus complexifié les modalités de désignation du tribunal compétent en adjoignant un second critère dans la désignation du tribunal compétent. Elle réinstitue l'existence de tribunaux spécifiquement désignés lorsque les dimensions de l'entreprise défaillante, faisant l'objet d'un plan de cession, dépassent certains seuils établis par la loi. En effet, cette idée était déjà présente dans les réformes du 23 septembre 1967 et du 25 janvier 1985.

L'article L721-8 du Code de Commerce vise les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation, ainsi que la procédure de conciliation dans des conditions particulières. Il prévoit que cette compétence spéciale est déclenchée selon une double exigence, néanmoins alternative : soit la société visée réalise un chiffre d'affaires d'au moins 40 millions d'Euros, soit l'effectif des salariés est au moins égal à 250 et le montant net du chiffre d'affaires est d'au moins 20 millions d'Euros. L'article L662-8 alinéa 3 du Code de Commerce précise en sus que toute procédure ouverte à l'encontre d'une société contrôlée par une société à l'encontre de laquelle est ouverte une procédure devant une juridiction spécialisée, devra être renvoyée pour être instruite devant cette même juridiction.

Le mode de désignation de la juridiction compétente fournit donc certaines garanties dans la sécurisation du déroulement des plans cessions. Il permet la supervision du déroulement des plans de cession par des juridictions spécialisées dont la composition évolutive s'adapte à l'importance du contentieux traité²⁹⁵. Mais cette spécialisation de la juridiction compétente ne peut garantir à elle seule une compréhension satisfaisante de la problématique qui nous préoccupe. Il nous faut évaluer les priorités imposées par le législateur, et les moyens techniques mis à leur disposition pour exercer leurs prérogatives.

²⁹⁴ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JORF n°182 du 8 août 2015, p. 13776

²⁹⁵ Au risque néanmoins de développer une « *nouvelle complexité* », dans le domaine des procédures collectives, qui « *tiendra à la mise en œuvre des nouvelles règles de compétence qui créeront des risques procéduraux nouveaux avec pour premier effet de ralentir les procédures.* » Voir BOCCARA (V.) ET LELIEVRE (Y.), *Une nouvelle complexité des procédures collectives risque de se développer*, Bull. Joly Ent. Diff, n°6, 01 novembre 2015, p.397

B) Carences du contrôle du périmètre des biens cédés

Si la vérification de la concordance des notions guidant l'application des régimes de cession avec la réalité des ensembles cédés n'est pas explicitement mentionnée par les textes, on ne peut pour autant hâtivement en conclure que ce contrôle n'est pas réalisé. L'article 12 alinéa 2 du Code de procédure civile impose en effet aux juges de « *donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* ». ²⁹⁶ Des garde-fous textuels, permettant de vérifier la pertinence des offres soumises, sont donc prévus, mais ils sont actuellement insuffisants pour permettre une délimitation infaillible des régimes de cession applicables au fonds de commerce en liquidation judiciaire.

Trois causes principales interdisent un contrôle performant : aucune hiérarchie n'est imposée par les textes concernant les étapes et le contenu des vérifications devant être réalisées (1), ensuite les critères prévus par les textes afin de guider les opérations de contrôle souffrent eux aussi de préjudiciables ambiguïtés, qui rendent celles-ci incertaines (2). Enfin, des délais procéduraux inadaptés s'opposent à une efficacité optimale de ces dispositifs (3).

1) Absence de hiérarchisation des phases de vérification des offres de reprise

Un contrôle efficace de la procédure d'appel d'offres apparaît comme la condition initiale d'une répartition rigoureuse des modes de cession en liquidation judiciaire, et respectueuse des finalités recherchées par les textes. Celles-ci déterminent donc un véritable cahier des charges, que l'offre soumise à la juridiction va devoir respecter. En cas de contrevenance à ces exigences, l'offre devra être rejetée. Une constatation préliminaire suffit pourtant à semer le doute sur la pertinence des contrôles réalisés sous l'empire de la législation actuelle : la vérification conceptuelle des ensembles cédés n'est pas spécifiquement abordée par les textes. Aucune

²⁹⁶ Monsieur le Professeur Derrida en déduit que l'application de cet article dans le cadre du plan de cession, alors exclusif au redressement judiciaire, « *conduit à exclure les règles applicables au seul et véritable plan de redressement* » dans les cas de cessions de gré à gré d'un fonds de commerce réalisées sous le couvert d'un plan de cession partielle. Voir DERRIDA (F.), *L'article 93 de la loi du 25 janvier 1985 ne s'applique pas lorsque le tribunal arrête deux plans de cession partielle portant chacun sur un immeuble cédé à un prix déterminé*, D. 1996, p.5

disposition légale ne détaille précisément le contenu des contrôles mis à la charge de la juridiction compétente, ni l'ordre dans lequel ces derniers doivent être menés. Tout juste l'article L642-2 du Code de Commerce prévoit-il laconiquement que la juridiction compétente déterminera si un plan de cession totale ou partielle est envisageable. Si l'hypothèse est réalisable, elle autorise alors la poursuite d'activité, et fixe le délai de dépôt des offres. Elles doivent alors être adressées au liquidateur ou, s'il en a été désigné un, à l'administrateur. L'article L642-5 du Code de Commerce indique, en outre, que la juridiction retiendra l'offre la plus satisfaisante.

Or, à notre sens, une hiérarchie doit être imposée aux juges dans la vérification des critères qualifiant une offre de reprise. Au premier rang des priorités doit nécessairement s'imposer le contrôle de l'identité de l'ensemble de biens cédés, tout spécialement lorsque les concepts basant l'application de régimes aussi différents sont susceptibles de multiples interprétations, et peuvent, en sus, potentiellement être confondus. Tel n'est pourtant pas le cas dans la législation actuelle ²⁹⁷. Le retranchement de cette pierre fondatrice compromet donc logiquement l'intégrité de l'édifice entier. Sans l'obligation faite aux juges de procéder à ce contrôle conceptuel, les contrôles subséquents se révèlent inefficaces pour cloisonner efficacement les régimes de cession applicables à un fonds de commerce, au moment de la réalisation des actifs.

2) Inadéquation des critères de contrôle

Le premier des critères conditionnant la recevabilité d'une offre de reprise est stipulé à l'article L642-4 du Code de Commerce, qui énonce au sein de son premier alinéa que « *Le liquidateur ou l'administrateur lorsqu'il en a été désigné donne au tribunal tous éléments permettant de vérifier le caractère sérieux de l'offre ainsi que la qualité de tiers de son auteur au sens des dispositions de l'article L. 642-3.* » Ce critère du caractère sérieux de l'offre apparaît dès la loi

²⁹⁷ Même si l'article L642-2 II détermine les éléments essentiels qui doivent être impérativement indiqués au sein de l'offre. Au premier rang de ces éléments, l'article prévoit « *la désignation précise des biens, des droits et des contrats inclus dans l'offre* ». Mais cette disposition ne concerne que l'inventaire du contenu des ensembles repris, et non le contrôle de l'identité du contenant. On notera qu'aux 8 éléments imposés par la loi de sauvegarde, la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages a ajouté un neuvième critère devant être mentionné dans l'offre, les « *modalités de financement des garanties financières envisagées lorsqu'elles sont requises au titre des articles L. 516-1 et L. 516-2 du code de l'environnement.* »

du 25 janvier 1985. Evoqué au sein des articles 84 et 155 de celle-ci, il conditionne depuis lors l'aspect général que doit revêtir l'offre de reprise lors de la mise en œuvre du plan de cession, si elle doit être retenue. De manière relativement précoce, la doctrine, qui constatait le dépeçage de l'entreprise par les multiples détournements du plan de cession, insista d'ailleurs sur le rôle que devait jouer cette qualification²⁹⁸. Pour autant, la détermination de ce que recouvre exactement ce caractère reste délicate, et sujette à caution (a).

Le second critère devant servir de repère aux juges dans leurs investigations est prévu à l'article L642-5 du Code de Commerce, et guide le choix de l'offre devant être retenue. Mais ce critère peine également à s'émanciper d'une approche purement économique des cessions réalisées en exécution du plan (b).

a) Dimension essentiellement économique du « caractère sérieux de l'offre »

Il est nécessaire d'approfondir le sens donné par la loi à l'épithète « sérieux », qui est au centre du dispositif de vérification de l'article L642-4 du Code de Commerce. Il convient d'évaluer si celui-ci est suffisamment contraignant pour permettre une délimitation précise des modes de cession applicables aux ensembles de biens cédés dans le cadre de la liquidation. Une étude croisée des analyses doctrinales et jurisprudentielles est nécessaire pour déterminer si l'approche pratique intègre cette question dans l'analyse des offres présentées, ou si au contraire elle ne s'intéresse finalement qu'aux aspects économiques de l'opération de cession, sans s'attacher à conférer à l'analyse une crédibilité théorique.

L'analyse doctrinale reste relativement laconique sur la portée exacte du caractère « sérieux » de l'offre de reprise. Certains auteurs²⁹⁹ lient logiquement le caractère sérieux de l'offre, et les

²⁹⁸ Voir sur ce point PEROCHON (F.), *Halte au détournement de la cession judiciaire d'entreprise*, D. 1990, p. 252 : « Mieux vaut alors chercher dans d'autres directions comment obliger le repreneur à jouer « pour de bon » le jeu de la cession judiciaire : cela suppose que les organes de la procédure s'assurent concrètement du caractère sérieux de l'offre (art. 84 et 155). »

²⁹⁹ Voir PELISSIER (A.), *Nature et sanction de l'engagement du cessionnaire de l'entreprise en difficulté*, D. 2000, p. 383 ; ROUSSEL-GALLE (P.), *La réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005*, Paris : LITEC, 2005, p. 280 ; GIBIRILA (D.), *Droit des entreprises en difficulté*, Paris : Defrénois Lextenso Editions, 2009, p. 577, spèc. n° 683 ; Voir également NEUVILLE (S.), *op. cit.*, supra note

caractéristiques que doit en conséquence revêtir l'offre retenue par le tribunal de commerce, énumérées à l'article L642-5 du Code de Commerce³⁰⁰, soient les perspectives d'emploi, le remboursement des créanciers, et les garanties dans l'exécution de la cession. D'autres auteurs³⁰¹ ont pour leur part relevé que l'évolution textuelle entre les anciens articles L621-86 et L621-87 du Code de Commerce, et leurs descendants issus de la loi de sauvegarde, les articles L642-4 et L642-5 du Code de Commerce, mettait l'accent sur l'apurement du passif. Ceux-ci regrettent que le législateur n'ait pas plutôt privilégié une valorisation du prix proposé dans l'offre. Néanmoins, dans un cas comme dans l'autre, la vérification de l'offre n'est abordée que sous son aspect économique. Aussi doit-on constater à ce stade qu'aucune approche de ce caractère sérieux ne s'attache spécifiquement à la vérification de la concordance du concept d'entreprise et du périmètre de l'ensemble cédé³⁰².

Les trois critères évoqués, synonymes du caractère sérieux de l'offre ne s'attachent qu'aux conséquences sociales (perspectives d'emploi), et économiques (remboursement des créanciers

n° 216, pp.130-131, *spéc.* n°130, qui lie le caractère sérieux de l'offre à la « *solidité financière* » de cette dernière, et à la « *morale des affaires* », tout en actant l'absence de rigueur du mécanisme, et en évoquant la responsabilité de l'administrateur en cas d'erreur.

³⁰⁰ Cet article a peu évolué depuis son incarnation originelle. L'article 85 de la loi n°85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises prévoyait déjà que « *le tribunal retient l'offre qui permet dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi attaché à l'ensemble cédé et le paiement des créanciers* », sans pour autant faire référence aux garanties d'exécution.

³⁰¹ Voir COURET (A.), *Le plan de cession, mesure de redressement ou de liquidation*, supplément RLDA n°80, mars 2005, p. 42, *spéc.* n° 28 et 29 ; LUCAS (F.-X.), ET LECUYER (H.), *La réforme des procédures collectives*, L.G.D.J, 2006, pp. 324-325 ; SOINNE (B.), *La réforme des procédures collectives : la confusion des objectifs et des procédures*, RPC, n°2, mars-avril 2004, p.81 ; SOINNE (B.), *Réalisme et confusion (à propos du projet de loi réformant le droit des procédures collectives)*, D. 2004, p. 1506. Voir également HENRY (L.-C.), *Le plan de cession et la loi de sauvegarde des entreprises*, Gaz. Pal., n°251, 08 septembre 2005, qui constate que malgré cette prise en compte accrue de l'apurement du passif, la vérification du caractère sérieux de l'offre reste, comme avant la réforme, pour le moins « *délicate* ».

³⁰² Le Rapport n° 2095 sur le projet de loi n° 1596 de sauvegarde des entreprises, Ass. Nat. se bornait à préciser en commentaires, concernant la vérification du « *caractère sérieux de l'offre* », que « *l'offre doit subir la critique du liquidateur afin que le tribunal puisse trancher en connaissance de cause* ».

et garanties d'exécution) du plan de cession. Les vérifications semblent, à la lecture de ces textes, plus guidées par une approche pragmatique que conceptuelle du plan de cession³⁰³, et ne peuvent permettre une analyse conceptuelle homogène et systématisée des ensembles cédés par les tribunaux concernés³⁰⁴.

On ajoutera que les éléments complémentaires devant être fournis par le liquidateur ou l'administrateur, exigés par l'alinéa 2 de l'article L642-4 du Code de Commerce afin de permettre une évaluation sérieuse de l'apurement du passif, se situent dans le prolongement de cette évaluation économique. « *Le prix offert, les actifs résiduels à recouvrer ou à réaliser, les dettes de la période de poursuite d'activité et, le cas échéant, les autres dettes restant à la charge du débiteur* » ne renvoient qu'aux aspects économiques de l'« entreprise » cédée.

De plus les occurrences, en droit interne, du « *caractère sérieux* » des offres de reprise ne permettent pas non plus de tisser un raisonnement par analogie. Tout juste peut-on rapidement évoquer la récente loi sur la reconquête de l'économie réelle, dite « Loi Florange »³⁰⁵ dans un domaine approchant, sans pour autant qu'il soit possible d'en inférer des conclusions de portée générale. En effet, cette loi avait pour principale ambition d'encadrer les décisions de dirigeants d'entreprises souhaitant procéder à la fermeture d'établissement *in bonis* d'une certaine dimension (plus de mille salariés), afin de limiter les conséquences sociales et économiques de

³⁰³ Cette inféodation du « *caractère sérieux* » aux critères économiques et sociaux, au détriment d'une approche conceptuelle rigoureuse, peut également être déduite du rapport n°335, fait au Sénat par Mr Hiest, déposé le 11 mai 2005 au nom de la Commission des lois. Dans les commentaires attachés au nouvel article L642-4, sont évoqués successivement, afin que le liquidateur éclaire le choix du tribunal, « *des éléments permettant de juger de la suffisance ou non du prix proposé* », puis « *la démonstration de la capacité réelle du candidat cessionnaire à reprendre l'entreprise* », passant par « *une analyse crédible sur la pérennité de l'entreprise et de l'emploi* », puis, enfin, « *les éléments permettant d'apprécier les conditions d'apurement du passif* ». Si ces commentaires ne constituent que des propositions formulées à l'usage des professionnels, ainsi qu'on peut le déduire de la formulation conditionnelle utilisée, pour autant on constate qu'aucune réflexion sur le contenu conceptuel des ensembles de biens cédés n'est ici convoquée.

³⁰⁴ Voir GORRIAS (S.), *op. cit.*, *supra* note n° 128, *spéc.* n°43: « *La mise en œuvre du plan dépendra donc de la politique générale des tribunaux sur l'appréciation des critères mais également sur le praticien qui devra, par la plus grande commercialisation, susciter les meilleures offres.* »

³⁰⁵ Loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle

ces fermetures perçues comme iniques et injustifiées. A cette fin, obligation était faite aux dirigeants de l'entreprise (qui, insistons sur ce point, ne présentait pas de difficultés économiques au sens du livre VI du Code de Commerce), de prévoir la recherche d'un repreneur, et de choisir l'offre la plus sérieuse, sous peine de sévères sanctions. Trop sévères sûrement, le Conseil Constitutionnel ayant censuré par une décision³⁰⁶ polémique³⁰⁷ plusieurs points de la loi qui étaient pourtant au centre du dispositif d'origine. Au nombre des dispositions ayant été éconduites, on compte notamment les sanctions qui étaient prévues en cas de refus de l'offre de reprise sérieuse par le dirigeant, ainsi que le caractère obligatoire de l'offre de reprise.

Le Conseil constitutionnel a en effet considéré que les sanctions étaient disproportionnées et punitives, et que le fait de substituer une décision du juge à une décision du dirigeant *in bonis* dans ce cas de figure représentait une atteinte à la liberté d'entreprendre et au droit de propriété. Le caractère contraignant est en revanche maintenu pour l'obligation faite aux dirigeants de rechercher un repreneur. Néanmoins, l'article 1^{er} de la loi prévoyait l'adjonction d'un titre VII au Livre VII du Code de Commerce, afin de réglementer la recherche d'un repreneur éventuel. L'article L772-2 du Code de Commerce réglementant les investigations devant être réalisées par le tribunal de commerce prévoyait que ce dernier devait notamment examiner « *le caractère sérieux des offres de reprise, au regard notamment de la capacité de leur auteur à garantir la pérennité de l'activité et de l'emploi de l'établissement* ». A la lecture de ces critères de vérification, on constate, à l'aune de notre problématique, qu'une fois encore, le caractère sérieux des offres ne semblait pas prendre en compte l'identification précise de l'ensemble de biens cédés, et qu'il dissimulait mal une certaine vacuité.

³⁰⁶ Cons. const., 27 mars 2014, n° 2014-692 DC.

³⁰⁷ Voir sur ce point CHAZAL (J.-P.), *Propriété et entreprise : le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie*, D. 2014, p. 1101, qui qualifie la décision du Conseil Constitutionnel de « *péremptoire* » et qui lui attribue une motivation « *politique* » ; FIN-LANGER (L.), *Que reste-t-il de la loi Florange après la censure du Conseil constitutionnel ?* RPC, n° 3, Mai 2014, étude 9 ; FABRE (A.), *La promesse présidentielle de « Florange » à l'épreuve du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre*, Constitutions 2014, p.204 ; ROBLOT-TROIZIER (A.) ET TUSSEAU (G.), *Chronique de jurisprudence - Droit administratif et droit constitutionnel*, RFDA 2014, p.589, qui considère que la décision sur la « *loi Florange* » s'inscrit dans la logique d'un affermissement du contrôle de constitutionnalité opéré au regard de la liberté d'entreprendre.

b) Laconisme de l'article L642-5 du Code de commerce

Le second critère, évoqué par les textes afin de guider le juge dans le choix de l'offre devant être retenue, est abordé au sein de l'article L642-5 du Commerce, qui décrit celle-ci comme « *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.* »³⁰⁸ On constatera immédiatement que ces attributs recouvrent l'interprétation faite du caractère sérieux sus-évoqué, et n'apportent en définitive aucun indice ferme et complémentaire sur les démarches devant guider l'identification des ensembles cédés.

On conclura que les prérogatives dont est investi le tribunal sont insuffisantes à déterminer précisément la nature de l'ensemble de biens cédés. Les points névralgiques de la démarche de vérification sont, pour une part, trop imprécis et soumis à l'ambiguïté, et d'autre part inadaptés, puisque concentrés sur les qualités économiques des ensembles cédés.

On notera, toutefois, que certaines des prérogatives attribuées au tribunal lui permettent de sécuriser un tant soit peu les suites du jugement décidant du plan de cession, et de pallier aux insuffisances légales. Ainsi qu'évoqué plus haut, l'article L642-10 du Code de Commerce introduit la possibilité de prévoir une clause au sein du jugement organisant l'inaliénabilité de tout ou partie des biens cédés, tout en précisant les conditions de sa mise en application, et donc d'éviter que le plan de cession ne concoure au « *dépeçage* »³⁰⁹ de l'entreprise. Néanmoins cette disposition reste une faculté, permettant certes d'encadrer *a minima* les cessions de fonds de commerce, mais totalement détachée des préoccupations de notre étude, et donc insuffisante à garantir un découpage satisfaisant des procédures.

³⁰⁸ Ou la « *plus globalement satisfaisante* », voir DELFOSSE (A.) ET PENIGUEL (J.- F-), *op. cit., supra* note n° 127

³⁰⁹ Voir CHAPUT (Y.), *La réforme de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises*, JCP G, n° 38, 21 Septembre 1994, I 3786

3) Inadaptation des délais procéduraux

Un dernier obstacle à l'absence d'un contrôle conceptuel satisfaisant doit être abordé. L'une des conditions de l'efficacité des procédures collectives tient à la rapidité de leur mise en œuvre et de leur exécution. Dans le cadre de la liquidation judiciaire, où la situation du débiteur est irrémédiablement compromise, et où la question de la trésorerie disponible devient particulièrement sensible, la célérité de la procédure est d'autant plus déterminante. Or si la vérification du contenu d'une offre est chose relativement aisée à effectuer, ainsi que les prévisions économiques lui étant attachées, le contrôle conceptuel de l'ensemble de biens désigné au sein de l'offre de reprise est plus complexe, et nécessite donc plus de temps³¹⁰. On peut avancer que l'efficacité du plan de cession pâtirait sans doute de la nécessité d'effectuer une telle démarche.

La priorité donnée à l'appréciation du juge se trouve, de plus, renforcée par une innovation récente, découlant de l'ordonnance du 12 mars 2014. Le nouvel article L643-9 du Code de Commerce permet au tribunal de ne pas faire procéder à la cession d'un bien résiduel dès lors que les difficultés de réalisation de celui-ci porteraient atteinte au bon déroulement de la liquidation judiciaire, et que la poursuite de cette dernière apparaîtrait consécutivement « *disproportionnée* ». Dans ce cas de figure, le tribunal doit alors prononcer la clôture de la procédure pour insuffisance d'actifs³¹¹. A un contrôle du déroulement de la procédure du plan de cession s'ajoute alors le contrôle de l'opportunité de la réalisation de la cession elle-même³¹².

³¹⁰ Particulièrement du fait de l'accroissement des possibilités de soustraction d'actifs à l'effet réel de la procédure, qui complexifient déjà l'identification des biens devant être cédés. Voir BORGA (N.), *op. cit.*, *supra* note n° 149

³¹¹ Cette innovation tempère ainsi la jurisprudence de la Haute Juridiction, qui « *jusqu'alors, jugeait que la présence d'un actif réalisable empêche le prononcé de la clôture* », ce qui posait notamment problème « *en présence d'un site d'exploitation pollué. Dans ce cas, en effet, la valeur du terrain peut se révéler inférieure au coût de sa remise en état* ». Voir VOINOT (D.), *Les modifications intéressant la liquidation judiciaire issues de l'ordonnance du 12 mars 2014*, *Gaz. Pal.*, 08 avril 2014, n° 98, p. 23

³¹² Concernant les conséquences de la clôture pour insuffisance d'actifs, voir LEGROS (J.- P-), *op. cit.*, *supra* note n° 149, *spéc.* n°32 à 34; Ces interrogations sur les critères d'évaluation de l'opportunité de la clôture sont partagées par la doctrine, voir notamment MACORIG-VENIER (F.) ET VALLANSAN (J.), *Les améliorations de la procédure liquidative et des cessions*, *RPC*, n°4, juillet 2014, dossier 32

Cette innovation est symptomatique de la mission assignée par le législateur aux modes de réalisation de l'actif. Les deux éléments privilégiés à ce stade de la procédure sont la célérité et la simplicité, objectifs cohérents et compréhensibles dans un contexte troublé, où le manque de liquidités oblige les différents organes de la procédure à une véritable course contre la montre. Aussi le pouvoir d'interprétation du juge est-il adoubé par le législateur dans cette phase de la procédure, puisque lui accorder la priorité, sans lui adjoindre d'encadrement trop directif, permet de satisfaire à ces objectifs, en limitant les risques de contestation.

Mais cette volonté de procéder à marche forcée est à double tranchant, et écarte de fait toute analyse théorique plus complexe, pourtant nécessaire à la résolution de la problématique qui nous occupe, et qui conditionne les étapes postérieures des cessions de fonds de commerce lors des réalisations d'actif en liquidation judiciaire.

II) Insuffisance des contrôles réalisés par les auxiliaires de justice

Au cours de la phase préparatoire du plan de cession, le tribunal est assisté par d'autres organes, qu'il nomme à cette fin dès l'ouverture de la liquidation judiciaire, selon les dispositions de l'article L641-1 II. Au nombre de ceux-ci, deux acteurs de la procédure sont susceptibles de préciser les contours des ensembles cédés, et de l'assister dans la sécurisation du plan de cession, lors des réalisations d'actifs.

Le mandataire liquidateur a un rôle capital dans le cadre de la procédure de liquidation judiciaire. Au stade de l'initiation d'un plan de cession, le dirigeant de la société placée en liquidation est dépossédé de ses prérogatives de gestion, et le mandataire judiciaire est investi par les textes de pouvoirs étendus, afin que les objectifs attachés à la réalisation du plan de cession, précisés au sein de l'article L642-5 du Code de Commerce, soient atteints. Ces pouvoirs peuvent, en outre, être partagés avec un administrateur sous certaines conditions.

Il convient donc d'évaluer ici l'étendue de ses prérogatives à l'aune de notre problématique.

(A) Le second organe disposant de pouvoirs d'investigation quant aux contours de l'ensemble de biens transmis lors de la réalisation du plan de cession est l'expert judiciaire, dont nous étudierons ici le contenu de la mission (B).

A) Prérogatives du liquidateur et de l'administrateur

Liquidateur et administrateur disposent de prérogatives étendues dans le cadre des réalisations d'actifs en liquidation judiciaire. Néanmoins, ces dernières s'avèrent insuffisantes pour permettre un traitement approfondi de la problématique au centre de la présente étude. Que ce soient les pouvoirs de direction de l'entreprise dont ils sont investis (1), ou plus spécifiquement leurs attributions dans le cadre des cessions réalisées (2), ces prérogatives échouent à offrir aux justiciables concernés une véritable sécurité juridique lors des cessions impliquant la transmission d'un fonds de commerce.

1) Pouvoirs de direction de l'entreprise

Les pouvoirs de direction, dont sont alternativement investis le mandataire, ou l'administrateur, du fait du dessaisissement du débiteur³¹³, ne concernent pas directement le contrôle du périmètre des biens cédés et leur qualification. Ils permettent pourtant *de facto* à ces derniers de modifier le périmètre des biens soumis à la procédure, ce qui est en définitive susceptible d'influencer le choix du mode cession applicable au moment de la réalisation des actifs³¹⁴. L'article L641-10 du Code de Commerce prévoit de manière générale dans son 2^e alinéa que

³¹³ L'article L641-9 al.1 prévoit ce dessaisissement au profit du liquidateur, tant pour « *l'administration que pour la disposition de ses biens* ». Néanmoins, l'étendue de ce dessaisissement reste sujet à débat, la jurisprudence ayant une approche relativement protectrice des droits du débiteur, notamment pour ce qui concerne les effets de la déclaration d'insaisissabilité, ou l'exercice des droits attachés à la personne du débiteur, comme « *les actions attachées aux qualités d'associé et de gérant du débiteur* ». Voir CERATI-GAUTHIER (A.), *La déclaration d'insaisissabilité à l'épreuve des procédures collectives*, Ann. Loy. 2010, p. 887 ; ROUSSEL-GALLE (P.) et LELOUP-THOMAS (V.), *La protection du dirigeant : insaisissabilité*, EIRL..., RPC, n° 4, Juillet 2016, dossier 25, p.1; THERON (J.), *Les contours du dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire*, RPC, n° 1, Janvier 2013, dossier 3 ; LE NORMAND (S.), *Le dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire à l'épreuve des évolutions récentes*, JCP E, n° 22, 31 Mai 2012, p. 1337, spéc. n°8 à 16, et les références jurisprudentielles citées. Néanmoins, les limites de ce dessaisissement apparaissent plus floues que la rédaction limpide des textes ne le laisse espérer, et impose aux mandataires de lourdes obligations, dont l'exécution pèse « *matériellement et financièrement sur l'ensemble des créanciers* ». Voir FROELICH (P.), *Point de vue d'un mandataire judiciaire sur la liquidation judiciaire*, RLDA, n° 80, 1er mars 2005, p. 59 ; La récente ordonnance du 12 mars 2014 a de plus modifié l'article L641-9 du Code de Commerce, en y ajoutant un IV qui refuse la réalisation de biens résultant d'une succession ouverte après l'ouverture ou le prononcé de la procédure de liquidation, et le partage de l'indivision s'en suivant, voir ROUSSEL-GALLE (P.), *La réforme du droit des entreprises en difficulté par l'ordonnance du 12 mars 2014*, Rev. Soc. 2014, p. 351 et THULLIER (B.), *Les droits du débiteur dans le projet d'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives*, RLDA, n°91, mars 2014, p.18, spéc. n°12 et suivants. Pour une évaluation globale du statut et des prérogatives dévolus au débiteur dans la cadre de la liquidation judiciaire, voir LETHIELLEUX (L.), *Management des entreprises en difficulté*, Paris : Lextenso Editions, 2008, p.100-101

³¹⁴ Pour autant, on constatera que la mission de représentation du débiteur dont est investi le liquidateur comprend tant la gestion proprement dite de l'entreprise, que celle de son patrimoine, qui doit respecter également les principes directeurs de la procédure. Sa responsabilité délictuelle, relevant des articles 1382 et 1383 du Code Civil, pourra être engagée en cas de négligence dans la préservation du patrimoine de l'entreprise. Voir SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des Entreprises en Difficulté*, 9^e édition, Paris : Montchrétien éditions, 2014, p. 752, spéc. n° 1205

« le liquidateur administre l'entreprise ». Cette supervision du liquidateur doit permettre de préserver l'activité de l'entreprise dans la perspective d'une cession. Aussi les pouvoirs de direction transférés au liquidateur, à ce moment crucial de la procédure de liquidation, sont-ils augmentés de prérogatives exorbitantes du droit commun afin de concourir à permettre la réalisation du plan de cession dans les meilleures conditions.

Le 3^e alinéa de l'article L641-10 du Code de Commerce prévoit ainsi que le liquidateur peut procéder aux licenciements, dans certaines conditions prévues à l'article L631-17 du Code de Commerce. L'article L641-11-1, lui, permet dans cette perspective de résilier certains contrats en cours lorsque la prestation en cause concerne le paiement d'une somme d'argent³¹⁵, ou de faire prononcer la résiliation par le juge commissaire lorsque cela n'est pas le cas, afin d'adapter le volume d'activité à la trésorerie disponible, et de ne pas compromettre l'activité en phase préparatoire du plan de cession. Enfin l'article L641-12 du Code de Commerce encadre spécialement la possibilité dont dispose le liquidateur de procéder à la résiliation du bail commercial. Dans un certain nombre de cas, les pouvoirs de direction de l'entreprise échoient à un administrateur judiciaire³¹⁶. L'intervention de ce dernier au cours de la phase liquidative n'est pourtant pas systématique³¹⁷. Il n'intervient en soutien du mandataire liquidateur que

³¹⁵ Voir ROUSSEL-GALLE (P.), *Les « nouveaux » régimes des contrats en cours et du bail*, RPC, n°1, janvier 2009, Dossier 7, p.55, spéc. n°s 27 à 32

³¹⁶ En ce qui concerne les innovations induites par la loi de sauvegarde en termes de répartition des missions confiées à l'administrateur et au liquidateur à ce stade de la procédure, notamment suite à la conversion d'un redressement en liquidation judiciaire voir FROEHLICH (P.), *La nouvelle répartition des rôles entre administrateurs et mandataires judiciaires dans la cession*, PA, n°119, 14 juin 2007, p. 79. L'auteur constate que si l'intervention d'un administrateur dans le cadre de la liquidation judiciaire est une innovation qui devait à l'origine contribuer à une « clarification du rôle des organes de la procédure », elle complique cependant « un peu la donne » et génère un « sentiment d'égarement », notamment dans la désignation du rédacteur des actes de cession, ou « en matière de licenciement en cas de maintien provisoire de l'activité en liquidation judiciaire ». Voir également, pour un récapitulatif de la répartition des missions en fonction de la configuration de la procédure, LECUYER (H.), SENECHAL (M.), ZATTARA (A.-F.), FROEHLICH (P.) ET LUCAS (F.-X.), *La loi de sauvegarde article par article*, PA, n°29, 09 février 2006, p. 4

³¹⁷ Au contraire des procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire, où il est dans l'intérêt de tous de ne pas voir se confondre les fonctions de représentation des créanciers et de direction de l'entreprise, ainsi que cela pouvait l'être avant la loi du 25 janvier 1985, lorsque ces deux professions étaient regroupées au sein des fonctions de syndic. Voir ETIENNE-MARTIN (E.) et LAFONTAINE (M.-A.), *L'administrateur judiciaire : du syndic au praticien*

lorsque le contentieux concerne une entreprise d'une certaine envergure, dont la défaillance pourrait avoir des répercussions significatives sur le tissu économique, tout du moins à l'échelle locale. Les conditions de l'intervention de ce dernier sont précisées à l'alinéa 5 de l'article L641-10 du Code de Commerce. Ce dernier conditionne l'intervention d'un administrateur à des seuils concernant le nombre de salariés et le chiffre d'affaires de l'entreprise dont la cession est envisagée³¹⁸. Les prérogatives conférées à l'administrateur recourent celles du liquidateur opérant en temps normal, lorsque l'évaluation de l'entreprise est inférieure aux seuils sus-évoqués. Elles découlent donc, comme dans le cas du liquidateur, des articles L622-4, L624-6, L641-11-1 et L641-12. Elles sont très étendues, et l'administrateur, tout comme le liquidateur, est en conséquence susceptible de voir sa responsabilité engagée dans un grand nombre de cas³¹⁹. On constatera, suite à ce passage en revue, que tant dans le cadre d'une gestion assurée par le liquidateur que dans le cadre d'une supervision de l'administrateur, les textes n'imposent à ces derniers aucune précaution particulière dans l'exercice de ces prérogatives en anticipation des cessions à venir, tout du moins pour améliorer le traitement de notre problématique lors des phases subséquentes de cession.

2) Pouvoirs de contrôle des opérations de cession

Le rôle occupé par le liquidateur, dans le contrôle de la mise en œuvre du plan de cession, est capital. L'alinéa 4 de l'article L641-10 du Code de Commerce dispose à ce titre que « *le cas échéant, il prépare un plan de cession, passe les actes nécessaires à sa réalisation, en reçoit et en distribue le prix*³²⁰. »

de l'entreprise, RPC, n° 1, Janvier 2016, dossier 8

³¹⁸ Ces seuils sont précisés aux articles R641-19 du Code de Commerce, et par renvoi, à l'article R621-1 du même code. Ils sont de vingt salariés, ou pour ce qui concerne le chiffre d'affaires, de trois millions d'Euros H.T.

³¹⁹ Pour une présentation des différents cas où l'administrateur est susceptible d'engager sa responsabilité civile ou pénale, voir GENITEAU (A.), *La responsabilité de l'administrateur*, RPC, n° 6, Novembre 2010, dossier 11

³²⁰ Un arrêt de la Cour d'appel d'Agen a précisé que l'opposition formée par les créanciers sur le prix de vente d'un fonds de commerce cédé avant l'ouverture de la liquidation judiciaire à l'encontre du débiteur, et permettant de maintenir l'indisponibilité du prix de vente, devenait caduque dès le jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire, et que « *les fonds provenant de la vente devaient être obligatoirement remis au liquidateur afin d'être distribués selon les règles de la procédure collective* ». Voir CA Agen, 1^{re} ch. com., 15 avril 2013, RG n°

Afin de permettre la préparation du plan de cession, l'article L642-4 du Code de Commerce dispose que le liquidateur, ou l'administrateur lorsqu'il en a été désigné un, reçoit les offres³²¹, donne au tribunal tous les éléments permettant de vérifier le caractère sérieux de celles-ci, ainsi que les éléments permettant d'apprécier les conditions d'apurement du passif. Selon l'article L642-7 du Code de Commerce, il communique les observations des cocontractants du débiteur dans la perspective du maintien de l'activité. L'article L642-5 du Code de Commerce dispose, en outre, que le liquidateur est entendu par le tribunal avant de retenir l'offre répondant le mieux aux exigences légales³²². Il procédera également aux démarches nécessaires à la mise en œuvre des licenciements subséquents.

12/00820, *S.A Weill Productions c/ S.A.R.L Lucy*, Comm. VALIERGUE (J.), JCP G, n° 28, 8 Juillet 2013, p. 818. Pour l'application des règles d'indisponibilité en droit commun, voir DEJOIE (A.) ET PAN THANH (F.), *Le sort du prix de vente de fonds de commerce*, Defrénois, n° 8, 30 avril 2009, p. 801

³²¹ L'article L642-2 IV précise que ces offres doivent être déposées au greffe. L'appel d'offres doit en outre être réalisé dans un délai de deux mois à compter de la date du jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire. Ces délais n'ont pas été modifiés lors du transfert des dispositions applicables au plan de cession dans les textes régissant la liquidation judiciaire, ce qui a engendré des difficultés du fait du manque de trésorerie des entreprises placées en liquidation judiciaire. « *Dans la pratique, la difficulté posée par la loi a conduit à des demandes d'ouverture de redressement judiciaire en vue de réaliser un appel d'offres.* » Voir DEMEYERE (D.), *Les enjeux de la cession de l'entreprise en difficulté*, PA, n° 108, 30 mai 2012, p. 39. L'ordonnance du 18 décembre 2008 a de plus modifié l'article R642-1, et rétabli les anciens usages hérités du décret du 27 décembre 1985, en refusant la modification de ces offres deux jours ouvrés avant la date d'audience, alors que la réforme de 2005 l'autorisait jusqu'au jour de l'audience, voir ROUSSEL-GALLE (P.), *Les plans, apports de la réforme*, Revue Dr. et Patr., n°187, décembre 2009, p. 79

³²² On notera que ces offres, depuis la réforme de 2005, ne sont plus confidentielles, mais déposées par le liquidateur, ou l'administrateur, au greffe du tribunal, où tout intéressé peut dorénavant en prendre connaissance. Voir sur ce point ROUSSEL-GALLE (P.), *op. cit.*, *supra* note n° 299

Le mandataire devra ensuite notifier les licenciements dans un délai d'un mois³²³, le liquidateur devant quant à lui procéder à ces licenciements dans la quinzaine³²⁴, afin que la créance soit garantie par l'AGS³²⁵.

Néanmoins, s'ils doivent procéder aux licenciements dans les meilleurs délais afin de favoriser un déroulement rapide de la procédure, ils sont en outre responsables de la protection des droits des salariés³²⁶. Depuis la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, le rôle du mandataire dans le contrôle de l'exécution du plan liquidatif a été considérablement renforcé. Antérieurement à la réforme, le commissaire à l'exécution du plan s'était vu attribué cette mission dans tous les compartiments de la procédure collective, que cela soit dans le cadre du redressement ou de la liquidation judiciaire. La réforme a mis fin à l'exclusivité de cette compétence, en écartant la liquidation judiciaire du domaine d'action de cet organe³²⁷. L'article L642-11 du Code de Commerce prévoit désormais que le cessionnaire devra rendre compte au liquidateur de

³²³ Il faut noter que le non-respect de ce délai n'entraîne pas pour autant la nullité des licenciements mais engage la responsabilité du mandataire, auquel le salarié lésé pourra demander une indemnisation. Voir Cass. Soc., 10 juillet 2002, pourvoi n°00-42340, Bull. 2002, V, n° 242, p. 237. En outre cette notification devra faire mention du jugement arrêtant le plan de cession et autorisant les licenciements pour éviter toute contestation. Voir Cass. Soc., 18 novembre 1988, pourvoi n°86-40.648, Bull. 1988, V, n° 500, p. 324

³²⁴ La garantie de l'AGS ne s'étend pas aux indemnités à verser suite à une action en résiliation du contrat de travail initiée avant l'ouverture de la procédure. Voir AUFORT-DUPRAT (A.) et DUPRAT (P.), *Résiliation judiciaire du contrat de travail et procédures collectives*, RPC, n°1, janvier 2012, dossier 3

³²⁵ A la lisière de notre sujet doit cependant être évoquée une décision récente Cass. Soc., 21 janvier 2014, pourvoi n° 12-18421, Bull. 2014, V, n° 25, qui a précisé un point discuté, à savoir que l'AGS est également redevable de l'avance des créances nées après la conversion d'une sauvegarde en redressement judiciaire. Certains auteurs ont appelé de leurs vœux une mise au point législative, trouvant illégitime cet assujettissement. Le rôle d'« amortisseur social du droit des entreprises en difficulté » dévolu à l'AGS présentant également des failles dans le domaine du remboursement des créances avancées par elles dans lesquelles elle n'est pas subrogée. Voir sur ce point LE CORRE (P.-M), *Pour une clarification du traitement des créances de remboursement des avances de l'AGS*, D. 2014, p. 378. On ajoutera que le transfert du plan de cession dans le cadre liquidatif a compliqué les notifications mises à la charge du liquidateur dans le cadre des licenciements, laissant les praticiens dans l'expectative. Pour un résumé de ces questions, voir ARSEGUEL (A.) ET METAYE (T.), *op. cit.*, supra note n°257, spéc. n°27.

³²⁶ Voir FROELICH (P.), *La mise en œuvre des règles par les mandataires de justice*, RLDA, 2012, n°75, p. 64

³²⁷ Voir LUCAS (F.-X.), ET LECUYER (H.), *op. cit.*, supra note n°301, p. 337.

l'exécution des engagements formulés dans le plan de cession, le commissaire à l'exécution du plan ne restant titulaire de ce rôle que dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire.

Lorsqu'un administrateur est nommé, ce dernier se voit investi de la satisfaction de l'ensemble des démarches devant être effectuées en préparation du plan de cession. Pour ce qui concerne les informations devant être présentées par l'administrateur au tribunal, selon les dispositions de l'article L642-4 du Code de Commerce, les obligations de l'administrateur sont similaires aux obligations mises à la charge du mandataire liquidateur. Il peut donc voir sa responsabilité engagée si les informations fournies se révèlent défectueuses. Sa responsabilité civile sera ainsi engagée si les informations concernant l'identité du repreneur et les garanties offertes par ce dernier sont insuffisantes³²⁸.

L'analyse critique des dispositions présentées ci-dessus conduit à une déduction inquiétante. Tout comme dans le cadre des pouvoirs de contrôle attribués au tribunal, aucune disposition ne fait explicitement référence à la nécessité d'un contrôle conceptuel mis à la charge des auxiliaires de justice intervenant au cours de la procédure, que cela soit dans les contrôles préalables à la cession, ou bien plutôt dans les vérifications effectuées à posteriori, lors de l'examen des conditions d'exécution du plan de cession.

B) Déroulement des expertises

Le tribunal peut, facultativement, s'appuyer sur l'assistance d'experts reconnus afin de le guider dans les investigations préalables à la tenue d'un plan de cession. Dans le cadre de notre problématique, un tel appui est des plus précieux pour permettre au tribunal d'éconduire les ensembles de biens ne souscrivant pas aux exigences de la mise en œuvre d'un plan de cession. Hélas, tant le mode de désignation de ceux-ci (1), que le contenu de la mission leur étant assignée (2), n'ont de conséquences significatives dans la délimitation conceptuelle des régimes de cession applicables en liquidation judiciaire.

³²⁸ Voir Cass. com., 8 janvier 2008, pourvoi n° 07-10079, inédit

1) Modalités de désignation des experts

Dans le cadre de la liquidation judiciaire, comme dans le cadre des procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire, l'initiative de la nomination d'experts est confiée à deux instances distinctes³²⁹. Au moment de l'ouverture de la procédure, seul le tribunal a la possibilité de nommer les experts indispensables au bon déroulement de celle-ci³³⁰. Au cours du déroulement de la procédure de liquidation, cette compétence revient au juge-commissaire, comme le prévoit l'article L641-11 du Code de Commerce³³¹.

2) Contenu de la mission de l'expert désigné

a) Une mission conditionnée par les termes de l'offre

La mission de l'expert désigné est bien évidemment conditionnée par les termes de sa saisine. Les investigations conduites répondent donc étroitement aux attentes du juge qui les sollicite dans le cadre de la procédure engagée. Leur périmètre, tout comme leur domaine, ne peuvent outrepasser les limites fixées lors de leur saisine. Aussi une première remarque, évidente à la lecture des développements qui ont précédé, peut-elle être immédiatement formulée : les

³²⁹ Avec néanmoins des variations relatives à la nature de la procédure. En redressement judiciaire, lorsque la gestion de l'entreprise est assurée par un unique administrateur, la nomination d'un expert est une obligation.

³³⁰ Voir article L641-1 II al. 2 du Code de commerce.

³³¹ Cet article renvoie sur ce point aux dispositions applicables au cours de la procédure de sauvegarde, soit à l'article L621-9 du Code de Commerce, qui prévoit au sein de son deuxième alinéa que : « *Lorsque la désignation d'un technicien est nécessaire, seul le juge-commissaire peut y procéder en vue d'une mission qu'il détermine, sans préjudice de la faculté pour le tribunal prévue à l'article L. 621-4 de désigner un ou plusieurs experts. Les conditions de la rémunération de ce technicien sont fixées par un décret en Conseil d'Etat.* » Il est à noter que la compétence exclusive du juge-commissaire pour désigner un expert n'est apparue que tardivement, par l'introduction de l'article L621-9 du Code de Commerce. Auparavant, la Jurisprudence avait consacré la possibilité, notamment pour le liquidateur, d'obtenir la désignation d'un expert sur le fondement de l'article 145 du Code de Procédure Civile. Voir Cass. com., 1^{er} octobre 1997, pourvoi n° 95-13477, Bull. 1997, IV, n° 238 ; D. 1997, p. 250 ; D. Affaires 1997, p. 1330. Un arrêt récent, Cass. com., 17 septembre 2013, pourvoi n° 12-17741, Bulletin 2013, IV, n° 134 a confirmé la compétence exclusive du juge-commissaire dans ce domaine. Pour un historique de cette évolution, voir COUTURIER (G.), Commentaire sous Cass. com., 17 sept. 2013, n° 12-17741, Bull. Joly Soc., 01 novembre 2013, n°11

attentes du juge, lors de son recours à l'expert, étant conditionnées par ses attributions propres dans le cadre de la procédure, il est peu probable que l'expert se voit confier une analyse théorique poussée de l'ensemble de biens cédés dans la mesure où le juge en charge exclut lui-même cette analyse du champ de sa réflexion.

Aussi, les expertises initiées à cette phase de la procédure recourent-elles les attentes liées aux buts poursuivis au stade de la cession, tout particulièrement le désintéressement des créanciers, par une évaluation précise de la valeur économique de l'ensemble de biens cédés. D'analyse purement théorique, il ne peut ici être question.

b) Des méthodes d'évaluation inadaptées

Néanmoins peut-être les méthodes d'estimation utilisées contrebalancent-elles cet écueil, en distinguant efficacement les méthodes applicables dans le cadre de l'évaluation d'une entreprise de celles applicables à l'évaluation d'un fonds de commerce ? La consultation des méthodes utilisées ne permet malheureusement pas de se prononcer dans ce sens. En effet, la cession d'une entreprise saine nécessite une évaluation dépassant la valorisation de ses différentes composantes, ainsi que le propose la méthode basée sur les barèmes professionnels, attachée aux résultats d'exploitation. A l'inverse, dans le cadre d'un plan de cession, les effets de la réification de l'entreprise induisent une évaluation restreinte à son seul aspect patrimonial³³².

³³² Voir TOURNIER (J.-B.) et TOURNIER (J.-C.), *Evaluation d'entreprise : Que vaut une entreprise ?* 4^e Edition, Editions d'Organisation, Paris, pp.175-176. Voir BONDUELLE (P.), *L'état de l'entreprise donnée*, JCP N, n° 6, 7 Février 1992. L'auteur précise que « *La valeur mathématique de l'entreprise n'en reflète le prix que lorsqu'on envisage la liquidation ou la vente isolée de certains de ses éléments.* » et que « *Plus proches de la réalité, les évaluations basées sur les résultats économiques de l'entreprise s'intéressent à sa capacité à produire des richesses. L'entreprise n'est plus alors définie comme la juxtaposition d'outils de travail, mais par son chiffre d'affaires, sa capacité d'autofinancement, son taux de rendement ou d'endettement, le goodwill, ... sur la base desquels sera déterminée sa valeur par l'application des coefficients généralement retenus dans sa branche d'activité : 80% du chiffre d'affaires annuel pour une auto-école, 150% du bénéfice net annuel pour une agence immobilière...* » L'auteur reconnaît néanmoins : « *Chacun sait en effet que l'évaluation d'une entreprise ne relève pas d'une science exacte, que déjà de nombreuses corrections doivent être apportées aux données comptables pour en tirer une image plus « fidèle » encore de l'actif net, qu'aucune des très nombreuses méthodes proposées ne rend compte à elle seule de toutes les caractéristiques de l'entreprise et que leur nécessaire combinaison sera elle-même faite de manière subjective.* » Voir également NUSSENBAUM (M.), *Les ambiguïtés actuelles de*

L'évaluation économique de l'entreprise cédée en plan de cession est avant tout basée sur l'évaluation cumulative de la valeur de ses composantes individuelles, qui converge une fois encore avec les méthodes d'évaluation du fonds de commerce³³³. L'évaluation de la valeur du

l'évaluation du fonds de commerce, Gaz. Pal., n° 155, 04 juin 2009, p. 81, qui oppose les méthodes d'évaluation globalisantes, à notre sens plus adaptées aux entreprises saines, et les approches analytiques, plus adaptées aux cessions liquidatives, et qui procèdent à l'estimation par addition de la valeur des composantes. Dans l'exercice de ce second type d'évaluations, l'auteur distingue l'actif économique, « *universalité de fait qui a succédé au fonds de commerce qui est à la fois plus large et l'inclut. Elle représente les moyens nécessaires pour faire fonctionner l'entreprise, ce que le fonds de commerce représente pour exploiter un commerce* », du fonds de commerce proprement dit. Le premier excède le second par l'inclusion des immobilisations corporelles nettes et des besoins en fonds de roulement « *considérés comme la différence entre créances et dettes d'exploitation nécessaires pour faire fonctionner l'entreprise.* » Dans le cadre du plan de cession, on observera que les fonds de roulements n'étant pas transmis, la distinction entre l'actif d'entreprise et le fonds de commerce ne se résume qu'aux immeubles, absents dans nombre de cas. Plus rien ne s'oppose à l'assimilation des deux notions dans de tels cas, tout du moins d'un point de vue comptable.

³³³ Les méthodes d'évaluation habituellement utilisées, lorsque l'expertise concerne un fonds de commerce, partagent ainsi deux caractéristiques : une part d'aléatoire insurmontable, due au foisonnement de facteurs devant être pris en considération, ainsi qu'une démarche nécessairement empirique. Toutes ces méthodes, qu'elles comptent au rang des méthodes d'évaluation « classiques », et se basent sur le chiffre d'affaire, les bénéfices, ou un barème propre à chaque profession, ou soient plus confidentielles, et découlant de la pratique de certains experts renommés (méthode réaliste basée sur l'évaluation des composants du fonds, méthode Leake basée sur le superbénéfice constitué par le bénéfice d'exploitation auquel est soustrait le capital investit, méthode Marx basée sur l'emplacement du fonds, ou encore la méthode Retail basée sur une projection du bénéfice éventuel en fonction de la durée du bail) ne permettent qu'une approche économique du fonds de commerce, impropre à satisfaire les exigences de notre problématique. Or l'entreprise cédée dans le cadre du plan de cession se réduisant le plus souvent à un ou plusieurs fonds de commerce, l'évaluation de cette dernière est réalisée en suivant ces méthodes, augmentant encore la confusion des modes de réalisation des actifs. Voir *Évaluation : terrains, immeubles bâtis, fonds de commerce, titres non cotés en bourse, droits d'auteur et droits voisins*, Paris : Francis Lefebvre, 2015, pp. 152-155, Voir également LEMEUNIER (F.), *Fonds de commerce, achat et vente*, Paris : Dalloz, 2004, pp. 118-121 ; DELPECH (X.), *op. cit.*, *supra* note n° 35, spéc. pp. 231-233 ; GRESSE (C.), *op. cit.*, *supra* note n° 5, pp. 74-78. L'auteur expose la méthode d'évaluation applicable aux entreprises cédées en plan de cession, que cela soit dans le cadre du redressement ou de la liquidation judiciaire. La valeur de l'entreprise cédée est décomposée en trois composantes cumulatives : le fonds de commerce, lié avant tout à l'évaluation de la valeur du droit au bail, les immeubles, et les meubles corporels que sont les marchandises et le stock. On perçoit bien ici l'assimilation latente de l'entreprise et du fonds de commerce, au moment de leur cession en procédures collectives ; BONDUELLE (P), *Ibid.*, spéc n° 16 et suivants, qui indique que la valeur patrimoniale, ou valeur brute liquidative, « *résulte de l'addition des valeurs marchandes des différents éléments incorporels et corporels composant son patrimoine.* » Ces éléments sont « *le droit au bail, le matériel, le stock et la clientèle* », soient les composantes principales du

droit au bail cédé, et des autres éléments incorporels, tient ici une place essentielle, dans les deux cas. Or cette valorisation des éléments incorporels reste encore actuellement éminemment problématique³³⁴.

Aussi, les expertises diligentées dans le cadre des cessions ne permettent-elles à notre problématique d'espérer un traitement plus adapté.³³⁵

fonds de commerce. Le Professeur Paillusseau ajoute : « *Dans le cadre de la liquidation judiciaire des entreprises, les biens sont valorisés à la valeur de marché qu'ils ont à ce moment-là* », la valeur patrimoniale de l'entreprise cédée étant donc « *corrigée* ». L'auteur constate néanmoins que cette valeur patrimoniale n'est plus ce qui importe aujourd'hui, mais bien plutôt sa valeur de rendement, qui vise à « *apprécier la potentialité de l'entreprise à générer des revenus futurs* ». Voir PAILLUSSEAU (J.), *op. cit.*, *supra* note n° 218

³³⁴ Voir sur les difficultés particulières attachées aux biens incorporels, ROSSIGNOL (J.-L.), *La problématique comptable et fiscale des éléments incorporels (1^{ère} Partie)*, PA, n° 140, 16 juillet 2001, p. 4 et ROSSIGNOL (J.-L.), *La problématique comptable et fiscale des éléments incorporels (Suite et fin)*, PA, n° 141, 17 juillet 2001, p. 4

³³⁵ Un auteur résume en ces termes l'intervention des experts au sein d'une procédure collective : « *leur mission consiste essentiellement à informer le tribunal de la situation de l'entreprise afin que celui-ci puisse prendre une décision en toute objectivité et en conformité avec la réalité du terrain.* » Voir RAKOTOVAHINY (M.-A.), *L'essentiel des procédures collectives*, Paris : Ellipses, 2015, p.60 Ces termes font exclusivement référence, de manière évidente, à la situation économique de l'entreprise cédée.

Section II) Dans le cadre de la cession de biens isolés

Les carences constatées dans le cadre du plan de cession de l'entreprise se reproduisent inévitablement, pour les mêmes raisons, dans le cadre de sa parente, la cession de biens isolés. En effet, les vérifications d'ordre conceptuelles restent là encore, à l'instar du plan de cession, cantonnées à l'arrière-plan des préoccupations du législateur. Aussi n'est-il pas surprenant que, là encore, le contrôle juridictionnel (A), tout comme les interventions des auxiliaires de justice (B), ne puissent suffire à assurer une démarcation pleinement convaincante des régimes de réalisation des actifs.

I) Insuffisance du contrôle juridictionnel

Le juge-commissaire constitue une instance disposant d'une large palette d'attributions dans le cadre des procédures collectives³³⁶, tant en période d'observation que dans le cadre de la

³³⁶Un auteur décrit ainsi les attributions du juge commissaire dans le cadre des procédures collectives : « *Il est très précisément informé des opérations de la procédure et détient un important pouvoir d'autorisation d'actes qui dépassent les pouvoirs du chef d'entreprise ou des mandataires, sans être suffisamment graves pour nécessiter une décision du tribunal lui-même.* » Voir SOUWEINE (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, 2^e Edition, Grenoble : Presses universitaires, 2007, 296 p. Un autre auteur résume ses attributions en considérant qu'« *il constitue quelque part l'interface entre le débiteur en difficulté et le tribunal.* » Voir RAKOTOVAHINY (M.-A.), *ibid.* De manière notable, le II de l'article L622-7 l'investit de pouvoirs étendus au cours de la période d'observation. Le Juge-commissaire peut « *autoriser le débiteur à faire un acte de disposition étranger à la gestion courante de l'entreprise, à consentir une hypothèque, un gage ou un nantissement ou à compromettre ou transiger* ». Il « *peut aussi l'autoriser à payer des créances antérieures au jugement, pour retirer le gage ou une chose légitimement retenue ou encore pour obtenir le retour de biens et droits transférés à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire, lorsque ce retrait ou ce retour est justifié par la poursuite de l'activité* ». Enfin, il peut en outre permettre de tels paiements « *pour lever l'option d'achat d'un contrat de crédit-bail, lorsque cette levée d'option est justifiée par la poursuite de l'activité* ». On constate néanmoins que si la cession d'un fonds de commerce n'a pas recueilli l'autorisation du juge-commissaire avant le jugement de conversion du redressement judiciaire en liquidation, celle-ci ne peut plus être décidée que par le liquidateur pour la période postérieure au jugement de liquidation, « *la réalisation des actifs mobiliers relevait du pouvoir exclusif du liquidateur en vertu des dispositions des articles L. 641-9 et L. 642-19 du même code* ». Voir CA Aix-en-Provence, ch. 8, sect. A, 22 mars 2012, RG n° 11/14367, comm. LEBEL, RPC, n° 6, Novembre 2012, comm. 197. Dans le cadre du règlement judiciaire, il était titulaire d'une attribution essentielle de la procédure, de par son impact sur les suites de la procédure ; il décidait en effet de la poursuite d'activité, alors que le tribunal en décidait dans le cadre de la liquidation des biens. Sur le fondement de l'article 14 de la loi de 1967, il pouvait en outre autoriser la cession du

réalisation des actifs en liquidation judiciaire. Unique pouvoir juridictionnel³³⁷ intervenant lors des cessions isolées d'actifs en liquidation judiciaire, il garantit théoriquement la sécurisation du déroulement de ces dernières (A). Il dispose pour se faire d'une panoplie d'attributions, dont l'efficacité dans le traitement de notre problématique doit ici être évaluée (B)

A) Rôle du juge-commissaire dans les cessions de biens isolés

1) Fonction pacificatrice du juge-commissaire

Dans le cadre précis des cessions de biens isolées, le rôle du juge-commissaire est décisif. Il sécurise la cession des actifs du débiteur en liquidation judiciaire, et met ainsi un terme aux errements qui ont précédé³³⁸. Désigné par le tribunal au sein du jugement d'ouverture de la liquidation, comme le prévoit l'article L641-1 II, les articles L642-18 et L642-19 du Code de Commerce lui confèrent en outre la charge de réaliser ces différentes cessions, soit sous le régime de la vente aux enchères qu'il « *autorise* », soit sous le régime de la cession amiable, qu'il « *ordonne* » alors³³⁹. Ces distinctions sémantiques ont néanmoins des incidences pratiques mineures³⁴⁰.

fonds de commerce, que la poursuite de l'activité soit autorisée ou pas. Voir BEZIAN (B.) ET TEYNIER (E.), *op. cit.*, *supra* note n° 9, *spéc.* p.70

³³⁷ Sur les incompatibilités lors de la désignation du juge-commissaire, particulièrement depuis la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, dite « loi JXXI », voir CAGNOLI (P.) ET ADDA (J.-L.), *Tribunaux de commerce spécialisés, le renouveau des juridictions*, RPC, n° 4, Juillet 2017, dossier 2

³³⁸ Il faut en effet rappeler que sous l'empire de la loi du 13 juillet 1967, le syndic disposait seul du pouvoir décisionnaire concernant la forme que devait revêtir la cession des biens du débiteur. On excluait cependant de ce domaine de compétence la vente des immeubles qui étaient uniquement réalisés sous forme de saisie immobilière et de cession à forfait.

³³⁹ Voir BRENAC (A.) ET BRANCO FERNANDES (Y.), *Le sort du prix de cession du fonds de commerce en liquidation judiciaire*, RPC, n° 2, mars 2015, dossier 23 : « *L'autorisation judiciaire est le préalable indispensable à toute cession en liquidation judiciaire hors le cas de la liquidation judiciaire simplifiée.* »

³⁴⁰ Voir MACORIG-VENIER (F.), *Les ventes de gré à gré dans la liquidation judiciaire : actualité et perspectives*, JCP N, n° 27, 1er juillet 2004, 1311, *spéc.* n°36

Si la fonction du juge-commissaire diffère, selon que la cession soit réalisée par la voie de la vente aux enchères, ou *a contrario* par la voie de la cession de gré à gré, son rôle reste néanmoins le même. Son intervention, dans le cadre de la cession de biens isolés, a une vertu « *pacificatrice* »³⁴¹. Elle vise à permettre la réalisation du gage commun des créanciers, et ce dans les meilleures conditions. Il est, à ce titre, le « *chef d'orchestre* »³⁴² des opérations de cession. Aussi la jurisprudence décide-t-elle que la vente de biens isolés, qui serait réalisée sans obtention préalable de l'ordonnance du juge-commissaire, est nulle, de nullité absolue, même en cas de régularisation ultérieure³⁴³.

2) Variabilité du rôle juridictionnel selon le mode de cession retenu

Dans le cadre de la tenue d'une vente aux enchères publiques, l'organisation de cette dernière ne nécessite, cependant, l'intervention du juge-commissaire, que pour la fixation de la mise à prix et des conditions de la vente. Aucun rôle juridictionnel n'est rempli, aucune contestation n'étant soumise, à ce stade, à l'appréciation du juge. Il doit uniquement s'assurer que la mise à prix est apte à garantir un désintéressement optimal des créanciers. En revanche, le juge-commissaire exerce bien un rôle juridictionnel dans le cadre de la cession réalisée de gré à gré³⁴⁴. Son intervention confère à ces cessions leur teinte judiciaire, et les distingue d'une simple cession amiable. Dans ces cas, il tranche en effet une contestation. Il intervient pour accorder la priorité à une proposition unique formée par le repreneur, sur le mécanisme de vente aux enchères publiques, qu'il évalue comme étant moins à même de désintéresser efficacement les créanciers du débiteur cédé.

³⁴¹ Voir THERON (J.), *Le rôle du juge-commissaire dans les cessions isolées*, RPC, n° 2, mars 2015, dossier n° 19

³⁴² Voir LE CORRE (P.-M.), *Les difficultés pratiques de réalisation des actifs en liquidation judiciaire*, Supplément RLDA n°80, 2005, p.61

³⁴³ Voir sur ce point Cass. com. 27 octobre 1998, pourvoi n° Bull. IV, n° 259, p. 215. Cette nullité est une nullité absolue qui peut être invoquée par tout individu, sans que ce dernier n'ait à justifier d'un grief quelconque. Voir également RAKOTOVAHINY (M.-A.), *La cession amiable d'actifs dans la liquidation judiciaire : propos sur une certaine institutionnalisation de la vente*, PA, n° 21, 31 janvier 2000, p. 4

³⁴⁴ Cette assertion a été confirmée par la jurisprudence. Voir sur ce point Cass.Com., 16 mars 1999, pourvoi n° 95-20982, Bull. IV, n° 65, p. 53

En conséquence la cession de gré à gré des biens à un repreneur est-elle parfaite dès le prononcé de l'ordonnance du juge-commissaire³⁴⁵, même si la passation des actes de cession n'intervient qu'ultérieurement³⁴⁶. Plusieurs conclusions découlent de cette approche générale du rôle investi par le juge-commissaire au moment de la réalisation des actifs, sous le régime de la cession de biens isolés. Tout d'abord, bien plus encore que dans le cadre du plan de cession, la logique économique prévaut dans le déroulement de ces opérations. Le désintéressement des créanciers constitue bien le principal enjeu de ces opérations. Aussi les préoccupations d'ordre conceptuel sont-elles accueillies par une audience bien peu réceptive à ce stade de la procédure. Ensuite la fonction remplie par le juge-commissaire est assujettie à cette logique pragmatique. Plus qu'un contrôleur, il doit ici jouer le rôle d'un facilitateur, permettant un déroulement rapide et sûr des opérations, et retenant l'offre présentant les meilleures chances de désintéressement des créanciers. Aussi la vérification de l'adéquation du mode de cession retenu et de la réalité de l'ensemble de biens cédés apparaît-elle bien secondaire au regard de ses attributions. L'étude de ses prérogatives met d'ailleurs en lumière, l'absence de directives précises dédiées à ce type de vérifications, ainsi que de prérogatives spécialisées allant en ce sens.

³⁴⁵ Voir Cass. Com., 11 mars 1997, pourvoi n°94-19207, Bull. IV, n° 69, p. 62. Cette position constitue une évolution majeure si on la compare avec le régime précédent, qui prévoyait que l'ordonnance du juge-commissaire constituait une simple autorisation d'agir, sans réaliser ni constater l'accord des parties sur la chose et sur le prix. Voir Cass. Com., 17 janvier 1989, pourvoi n°87-10188, Bull. IV, n° 22, p. 13. On constatera que la Haute Juridiction a, postérieurement, étendu cette solutions aux ventes d'immeubles de gré à gré, qui n'étaient pourtant qu'« autorisées » sous le régime de la loi du 25 janvier 1985. Voir Cass. com., 4 octobre 2005, pourvoi n°04-15062, Bull. 2005, IV, n° 191, p. 207, obs. A. Lienhard D. 2005, p. 2593. Certains auteurs en ont déduit que « *Quelle que soit la nature du bien concerné par la cession et quoi que décide le juge-commissaire, la vente est parfaite dès le prononcé de l'ordonnance, sous la condition suspensive toutefois que celle-ci passe en force de chose jugée.* » Voir LECUYER (H.), SENECHAL (M.), ZATTARA (A.-F.), FROEHLICH (P.) ET LUCAS (F.-X.), *op. cit.*, *supra* note n° 316

³⁴⁶ Cass. com., 27 septembre 2016, pourvoi n° 14-22372, inédit, qui octroie la possibilité au cessionnaire d'un actif, dans le cadre d'une cession de gré à gré, d'assortir son offre d'une condition suspensive qui, si elle n'était pas réalisée, peut lui permettre de refuser la régularisation de la vente sans que son comportement ne soit considéré comme fautif. Un commentateur relève que : « *C'est sans nul doute une brèche qui s'ouvre dans les cessions d'actifs isolés de gré à gré dont la portée n'est peut-être pas extensible aux plans de cession mais certainement, en revanche, aux ventes aux enchères publiques ainsi qu'à celles par adjudication amiable, quelle que soit la nature - mobilière ou immobilière - de l'actif cédé.* » Voir BRIGNON (B.), comm. sous Cass. com., 11 juin 2014, pourvois n° 13-16.194 et n° 13-20.375, Bull. 2014, IV, n° 100, JCP G, n° 41, 6 Octobre 2014, 1017

B) Insuffisance du contrôle du périmètre des biens cédés

Si la logique guidant les cessions de biens isolés n'est pas la plus propice à une vérification conceptuelle approfondie des ensembles de biens cédés, il reste néanmoins à déterminer si les prérogatives du juge-commissaire lui permettent d'envisager un traitement sérieux de notre problématique, lors de son intervention à ce stade de la procédure.

Dans le cas de la vente aux enchères, où son intervention est moins déterminante, comme dans le cas de la cession de biens isolés, son rôle est cantonné à une évaluation des possibilités de désintéressement des créanciers suite à la cession. Aucune mention spécifique n'est faite d'éventuelles investigations devant être menées sur le périmètre des biens cédés, ni concernant la cohérence de ceux-ci avec les notions déclenchant la mise en place des différents régimes. Aussi, les voies devant être empruntées pour un contrôle conceptuel efficace du contenu des offres ne sont-elles finalement guère plus détaillées que dans le cadre du plan de cession³⁴⁷.

L'intervention du juge-commissaire est bien différente de celle du tribunal au moment de la cession de l'entreprise en plan de cession. Ainsi que le constate un auteur³⁴⁸, ces ventes constituent des voies d'exécution forcée³⁴⁹, dont le but est le désintéressement des créanciers.

³⁴⁷ L'article R642-38 du Code de Commerce fait pourtant nommément référence aux ventes de fonds de commerce sous le régime de l'article L642-19. Mais ses stipulations ne concernent que les modalités de radiation des inscriptions sur le fonds de commerce cédé sous ce régime. On notera que la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 a modifié la lettre de l'article L 642-19 C. com en ajoutant que la cession de gré à gré ne pouvait être déclenchée que « *lorsqu'elle est de nature à garantir les intérêts* » du débiteur. Il ne nous semble pas possible, actuellement, de déduire de cette modification une amélioration du traitement de notre problématique.

³⁴⁸ Voir THERON (J.), *op. cit.*, *supra* note n° 341

³⁴⁹ *Contra* voir Cass. com., 11 février 2014, pourvoi n° 12-26208, Bull. 2014, IV, n° 35, qui dispose que « *la vente aux enchères publiques ordonnée par le juge-commissaire ne constitue pas une mesure d'exécution forcée dont les contestations relèvent de la compétence du juge de l'exécution, mais une opération de liquidation* ». Néanmoins, à la suite de monsieur le Professeur Théron, nous pensons que si ces opérations ne constituent pas des voies civiles d'exécution, et excluent à ce titre toute intervention du juge de l'exécution, ce que l'arrêt discuté concluait, elles constituent néanmoins une voie d'exécution collective dont le principe est acté à l'article L643-1 du Code de Commerce. Ce dernier prévoit que « *le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire rend exigibles les créances non échues* », et donc que les biens du débiteur seront cédés pour permettre le désintéressement des créanciers. Voir THERON (J.), *Ibid.*

Aussi le laconisme des textes n'est-il pas surprenant, la cohérence conceptuelle du mode de cession, et des ensembles de biens qu'il permet de transmettre, ne figurant pas au premier rang des priorités assignées aux cessions de biens isolés.

La jurisprudence a suppléé une nouvelle fois au pointillisme du législateur, et proposé des palliatifs qui, s'ils s'avèrent insatisfaisants, ont au moins le mérite d'offrir quelques garanties aux justiciables. Un arrêt de la Cour d'Appel de Paris³⁵⁰ a ainsi mis à la charge du juge-commissaire l'obligation d'entendre le débiteur avant de prononcer l'autorisation de cession des actifs de ce dernier. En cas contraire, l'ordonnance rendue serait passible de nullité. Même si cet arrêt n'a pas été rendu sous le régime de la loi de sauvegarde, ses conclusions nous semblent en tout point reconductibles. Plus hétérodoxe est la position de certaines cours d'Appel³⁵¹ qui semblent appliquer dans le cadre de la cession de biens isolés les dispositions des articles L642-3 et L642-4 du Code de Commerce, pourtant a priori exclusivement applicables à la procédure du plan de cession. La doctrine a aussi pu se prononcer, sous le régime antérieur, pour l'obligation de la tenue d'un débat contradictoire devant le juge, avant le choix de l'offre retenue et le prononcé de l'ordonnance³⁵². Mais ces apports jurisprudentiels restent bien insuffisants dans le cadre de notre problématique. L'ambition purement économique, inhérente à la logique d'exécution forcée des cessions de biens isolées, beaucoup plus présente que dans le cadre du plan de cession, éloigne d'autant plus la possibilité de pouvoir procéder à un contrôle conceptuel satisfaisant.

³⁵⁰ CA Paris, 3^e ch., sect. C, 27 juin 2003, RG n° 2002/18120

³⁵¹ Voir CA Lyon, Ch.3A, 1^{er} juillet 2011, RG n°11/02416, ou encore CA Agen, 1^{ère} Ch. com, 2 novembre 2015, RG n° 14/01559, qui précise dans ses motifs « *qu'au demeurant rien en l'espèce ne permet de penser que le juge-commissaire ait même été informé du problème juridique qu'il n'évoque même pas, étant rappelé que l'article L.642-4 dispose qu'il appartient au liquidateur de donner tous éléments permettant de vérifier la qualité de tiers de l'auteur de l'offre au sens de l'article L.642-3* ».

³⁵² AUBERT (F.), *les réalisations de gré à gré*, PA, n° 8, 12 janvier 2000, p. 21, l'auteur se base sur la nécessité que le choix de l'offre soit fait dans les meilleures conditions.

II) Insuffisance des contrôles réalisés par les auxiliaires de justice

Les objectifs assignés à la réalisation des actifs dans le cadre de la cession de biens isolés induisent donc un contrôle conceptuel expéditif des opérations par la juridiction compétente. Aussi, le rôle joué par le mandataire est-il d'autant plus fondamental pour permettre un traitement adapté de notre problématique en cette phase de la procédure. Malheureusement, cette préoccupation conceptuelle est encore une fois absente des textes déterminant les attributions de ce dernier (A). De plus, le pointillisme de ces textes induit une pratique propre à chaque mandataire, éloignant d'autant la possibilité d'une approche unifiée et réglementée, accordant à cette vérification conceptuelle la place centrale qui lui échoit (B).

A) Imprecision des textes encadrant la vérification des ensembles cédés

En liquidation judiciaire, le débiteur est dessaisi³⁵³ du droit de disposer des éléments du patrimoine de l'entreprise placée sous le régime des procédures collectives. De plus, les créanciers ne peuvent plus, à ce stade, agir en réalisation forcée des biens du débiteur, du fait de l'arrêt des voies d'exécution et des poursuites individuelles. Les articles L641-4 et L641-5 du Code de Commerce transfèrent donc cette compétence au liquidateur. L'article L641-9 du Code de Commerce précise en outre que, suite au dessaisissement, « *les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont exercés pendant toute la durée de la liquidation judiciaire par le liquidateur* ». Ce sera donc le liquidateur qui saisira le juge-commissaire afin d'obtenir l'autorisation de vendre les biens isolés³⁵⁴.

Au cours de cette phase de la procédure, l'intervention du liquidateur est déterminante. Il va orienter la décision du juge-commissaire quant au choix de l'offre lui paraissant la plus méritante. Plusieurs phases de son intervention se succèdent à cette fin : il recevra tout d'abord les offres de reprise, qui doivent lui être transmises par les candidats. Une fois qu'il aura pris connaissance du contenu de celles-ci, il présentera une requête au juge-commissaire, qui

³⁵³ Sur la notion de dessaisissement, voir THULLIER (B.), *Que reste-t-il du dessaisissement ?* RPC, n°3, mai-juin 2012, dossier 14

³⁵⁴ Voir Cass. com., 22 janvier 2002, pourvoi n° 99-14010, inédit, qui décide qu'une requête de ce type présentée par un tiers ne pourrait se voir donner suite par le juge-commissaire, qui commettrait alors un excès de pouvoir.

reprendra tout ou partie de ces offres. Enfin, une fois l'ordonnance du juge-commissaire rendue, il réalisera tous les actes nécessaires à la cession³⁵⁵. La fonction remplie par le mandataire liquidateur lors de la rédaction de la requête au juge commissaire a été justement décrite par un auteur comme celle d'un « *transformateur* » à qui les textes offrent une certaine « *latitude* »³⁵⁶. Pour autant, à l'instar des développements concernant son intervention dans le cadre du plan de cession, on constatera qu'aucune obligation ne lui est faite de procéder au contrôle de l'identité réelle de l'ensemble de biens cédés.

B) Une pratique polymorphe

La grande latitude octroyée par les textes, dans le cadre de la vérification des actifs cédés dans le cadre des cessions de biens isolés, autorise chaque liquidateur à développer une pratique personnelle de ses obligations, et de la meilleure manière de les honorer, à ce moment de la procédure. Un auteur³⁵⁷ précise que cette étape consiste à « *extraire des offres leurs caractéristiques essentielles afin de permettre au juge de les comparer.* » Le juge doit donc pouvoir consulter sur un document unique les éléments considérés comme décisifs dans le choix de l'offre retenue. Le terme de « *transformateur* » utilisé plus haut est donc parfaitement adapté.

Le mandataire liquidateur va filtrer les informations reçues, et transmettre une interprétation de celles-ci. Le juge ne se voit donc pas transmettre les informations brutes. Le liquidateur doit cependant respecter un délicat équilibre entre la nécessité d'investiguer suffisamment pour présenter objectivement les qualités et défauts de chaque offre, et la retenue indispensable à une présentation neutre de celles-ci. Le filtrage réalisé par le liquidateur au moment de la rédaction de la requête ne doit pas influencer le juge.

³⁵⁵ Sauf dans le cas où, dans les six mois du jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire, un bien constituant l'assiette d'une sûreté réelle spéciale, ou établie au profit du trésor public, n'a toujours pas été réalisé par les soins du liquidateur. Le créancier concerné peut alors poursuivre lui-même la réalisation du bien concerné. Voir SOUWEINE (C.), *op. cit.*, *supra* note n° 336, p. 240, *spéc.* n°470.

³⁵⁶ HOAREAU (S.), *Le rôle du mandataire judiciaire dans les cessions isolées*, RPC, n° 2, mars 2015, dossier n°20. L'auteur, mandataire judiciaire de profession, indique à cet effet que le mandataire doit à ce stade engranger des offres et restituer une requête.

³⁵⁷ HOAREAU (S.), *Ibid.*

L'auteur évoque trois critères principaux devant être intégrés dans la retranscription des offres au juge. Le premier est bien évidemment le prix offert pour la reprise des biens cédés. Celui-ci est évalué au regard des autres prix proposés au sein des offres concurrentes, mais aussi au regard de la somme que le commissaire-priseur aurait retenue comme valeur de réalisation si l'ensemble avait été cédé selon la procédure de vente aux enchères. Le second critère est constitué logiquement par l'inventaire des garanties de paiement offertes par les différents repreneurs intéressés. Enfin sont évoqués les coûts annexes³⁵⁸ à la cession. Ces derniers peuvent par exemple comprendre les économies qui seront réalisées du fait de la tenue de la cession sous le régime de la vente de gré à gré, préférentiellement à une vente aux enchères. Des variations existent dans la pratique des différents mandataires, selon leur sensibilité. Certains transmettront la totalité des offres dans un souci de transparence, d'autres préféreront ne sélectionner que les offres dont le montant dépasse la valeur de réalisation retenue par le commissaire-priseur. On notera également que, tout comme dans le cadre du plan de cession, l'administrateur peut partager ces attributions et être tenu d'organiser les cessions prévues aux articles L642-18 et L642-19 du Code de Commerce, concernant les ventes d'immeubles isolés pour la première, et de meubles isolés pour la seconde.

Pour autant, si des éléments textuels encadrent, même de manière imparfaite, les vérifications réalisées au cours de la préparation du plan de cession, il n'y a pas de règles analogues pour les cessions de biens isolés. A l'instar de décisions évoquées plus haut, privilégiant l'esprit des textes pour préciser le rôle du juge-commissaire à la lumière des articles relatifs au plan de cession, certaines décisions ont appliqué la même logique afin de préciser le domaine dans lequel un administrateur est susceptible d'engager sa responsabilité lors d'une cession de biens isolés³⁵⁹. A la lecture de ce retour d'expérience, il apparaît que les lacunes des textes sur la

³⁵⁸ L'auteur évoque, de manière non exhaustive, « *certaines honoraires de vente ; les frais de préparation de la vente, voire de déménagement et de stockage ; d'éventuels loyers post-liquidation judiciaire, lorsque le liquidateur est obligé de se maintenir sur place.* »

³⁵⁹ Voir CA Amiens, 1^{ère} Ch., 2^e Sect., 10 mai 2011, RG n° 09/05482. Dans le cadre d'une liquidation judiciaire, l'administrateur judiciaire avait cédé le fonds de commerce de l'entreprise à un repreneur, qui s'était révélé incompetent. L'administrateur l'avait pourtant alors maintenu dans les locaux, contre l'avis des bailleurs. Ces derniers engagent alors la responsabilité de l'administrateur afin de se voir rembourser les débours occasionnés par la mauvaise gestion du repreneur indélicat (sommes allouées à la remise en état des locaux suite aux dégradations perpétrées, loyers non perçus durant l'occupation du repreneur, et frais de justice suite à l'action en

procédure de recueil et de vérification des offres autorisent une pratique, sur ce point, polymorphe. Le liquidateur est bien plus qu'une courroie de transmission dans la procédure de vente de gré à gré. Il constitue plutôt un agent simplificateur permettant au juge-commissaire d'avoir une vision globale et rapide des offres présentées.

Il apparaît également que les points contrôlés, comme dans le cadre du déroulement de la vente sous l'égide du plan de cession, sont axés sur l'évaluation économique de l'ensemble cédé. Là encore, ni les textes, ni la pratique, ne semblent s'attarder sur la cohérence théorique des ensembles cédés avec les notions fondant la délimitation des régimes de cession. Il nous semble pourtant que la moralité de la vente est en partie tributaire de cet examen conceptuel, dans la mesure où une erreur sur ce point remet en cause la légitimité de celle-ci, et est susceptible d'impacter durablement non seulement les parties concernées directement, mais également les tiers à la cession (salariés, cocontractants...). L'obligation de probité dans les démarches réalisées par le liquidateur ne semble finalement réellement contraignante que lorsqu'elle concerne la vérification de l'identité du repreneur potentiel, exigée à l'article L642-3 du Code de Commerce, ou encore lorsque ce dernier tente adroitement d'obtenir une amélioration des offres afin de pouvoir les départager, sans pour autant verser dans l'ornière de la vente aux enchères privées, qui constitue un dévoiement.

résiliation du bail subséquente). L'administrateur, pour s'exonérer des griefs formulés à son encontre, invoquait un argument simple. Les articles L642-3 du Code de Commerce, concernant la vérification et les contre-indications relatives à l'identité du repreneur, ainsi que L642-4 du Code de Commerce, relatives principalement au contrôle du caractère sérieux de l'offre, ne concerneraient que les ventes intervenues sous l'égide du plan de cession. Leurs dispositions ne seraient en conséquence pas transposables aux cessions de biens isolés. Néanmoins la Cour d'Appel rend un arrêt courageux, et privilégie l'esprit des textes encadrant les modes de cession, à une analyse strictement technique des textes concernés. Cette solution nous semble louable et logique, dans la mesure où, les prescriptions guidant les vérifications des offres en matière de plan de cession étant déjà insuffisamment scrupuleuses, en dispenser les offres formées en cession de biens isolés ôterait tout semblant de rigueur à ce mode de cession. Nous reproduisons ici une partie de la décision, significative selon nous : « *« La cour relève que les préceptes de bon sens et de sagesse mentionnés par le législateur dans les principes applicables aux cessions d'entreprises, qui visent à garantir la compétence et l'intégrité du cessionnaire et une absence de proximité suspecte avec le débiteur cédé, n'ont pas à être écartés dans le cadre de la cession de certains éléments d'actif, qui, tel le droit au bail objet du présent litige, constituent un élément essentiel d'un fonds de commerce et dont l'efficience économique dépend à l'évidence de la personnalité et des qualités du cessionnaire... ».*

Conclusion Partie I Titre II Chapitre I

Le contrôle conceptuel exercé par les organes des deux régimes de cession applicables aux fonds de commerce réalisés est, en phase liquidative, insuffisamment précis pour permettre une identification infaillible des ensembles cédés. Tant en plan de cession qu'au cours des réalisations de biens isolés, l'examen des conditions de cession ne met l'accent que sur l'évaluation des conséquences financières des opérations réalisées. La vérification du périmètre des biens cédés et de leur qualification précise, ne relevant pour sa part que de principes généraux, apparaît dès lors comme une préoccupation secondaire dans la conduite des opérations de liquidation.

Dans le cadre du plan de cession, ces insuffisances découlent principalement de l'imprécision du caractère sérieux de l'offre, dont l'évaluation ne comprend pas d'injonction précise d'identifier l'ensemble de biens cédés. Dans le cadre des cessions de biens isolés, elles résultent de la pratique polymorphe de la présentation des offres par les mandataires en charge, ainsi que d'une tendance encore plus marquée de la procédure à favoriser le désintéressement des créanciers.

Aussi une réévaluation des prérogatives de ces organes, ainsi qu'une redéfinition de leurs missions de contrôle nous semble-t-elle souhaitable afin de permettre un traitement satisfaisant de notre problématique à ce moment crucial de la procédure.

Chapitre II) Carences du contrôle judiciaire du périmètre des biens cédés

Devant l'imprécision conceptuelle des régimes de cession applicables au fonds de commerce en liquidation judiciaire, et les carences avérées du contrôle des offres par les organes de la procédure, il serait en conséquence apparu souhaitable que la jurisprudence mette à profit son pouvoir interprétatif afin de rétablir une véritable sécurité juridique³⁶⁰ à ce stade de la procédure. Le contrôle judiciaire des cessions de fonds de commerce réalisées au moment de la réalisation des actifs apparaît en effet comme le dernier rempart contre une utilisation discrétionnaire de celles-ci³⁶¹. Mais l'étude des décisions rendues révèle malheureusement l'abdication du contrôle judiciaire des modes de cession applicables au fonds de commerce lors des réalisations d'actifs (Section I). Si ce renoncement peut trouver, pour une part, ses origines dans une volonté de ménager aux modes de cession une certaine plasticité dans leur application, l'action des juges est également bridée par des restrictions textuelles qui limitent notablement les possibilités de porter à leur réflexion la problématique qui nous préoccupe, (Section II)

³⁶⁰ Antérieurement à la réforme, la possibilité de procéder à la vente de fonds de commerce sous différents régimes de cession était constatée et assimilée depuis longtemps. Voir AUBERT (F.), *op. cit.*, *supra* note n° 352, qui constatait qu'« en l'état actuel de la jurisprudence, tous les modes sont utilisés : plan de cession, vente d'unités de production, vente de gré à gré. La jurisprudence manque peut-être de rigueur mais elle tient compte des caractéristiques très variables des fonds de commerce. Le fonds de commerce peut s'identifier à l'entreprise elle-même, auquel cas ni l'adoption d'un plan de cession, ni la vente d'unité de production ne sont à exclure ». Monsieur le Professeur Soinne concluait, après la réforme de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, que l'entretien de ces imprécisions conduisait à la possibilité pour les tribunaux de réaliser des cessions « à la carte », selon leur propre interprétation des textes, et à la négation de toute sécurité juridique au moment de la cession. Voir SOINNE (B.), *Problématique de la nouvelle cession d'entreprise*, RPC, n°4, juillet-août 2006, p. 313.

³⁶¹ Voir DERRIDA (F.), GODE (P.) ET SORTAIS (J.-P.), *op. cit.*, *supra* note n° 1, p.17, qui pointaient déjà le rôle déterminant dévolu aux juges dans le cadre de l'application de la loi de 1985 du fait des approximations conceptuelles des régimes de cession : « De sorte qu'en définitive, même dans la loi de 1985, et surtout dans la pratique judiciaire le terme entreprise a pu souvent être utilisé comme une « commodité de langage » plus que comme un concept juridique ; cependant, la notion proprement juridique d'entreprise devra être précisée quand il s'agira de qualifier des opérations qui pourraient être analysées, soit comme une cession d'entreprise, soit comme une vente réalisée dans le cadre de la liquidation judiciaire...par exemple une vente de fonds de commerce ne saurait être déguisée en une cession d'entreprise... La Cour de Cassation devra donc, dans ces cas, contrôler la qualification de l'opération avant d'appliquer les solutions concernant les seules cessions d'entreprise. »

Section I) Confusion jurisprudentielle des régimes de cession en liquidation judiciaire

La Haute Juridiction ne s'est pas encore, à l'heure actuelle, et malgré les réformes successives, prononcée sur une méthode permettant une délimitation infaillible des régimes de cession applicable lors de la réalisation des actifs³⁶². Aussi, à défaut d'une meilleure lisibilité des procédures applicables, l'arbitraire continue-t-il de régner au moment des cessions d'actifs, autant dans le cadre du plan de cession (I) que dans le cadre des cessions de biens isolés (II).

I) Dévoisement du plan de cession

Il n'est pas rare de croiser au sein de décisions rendues des situations juridiques illustrant la confusion des régimes de cession applicables au fonds de commerce à ce stade de la procédure, sans pour autant que les causes profondes de ce désordre ne soient directement abordées. Le plan de cession concentre une majorité de ces cas de dévoisement.

Cette prévalence trouve sa justification au sein de nos précédents développements : l'entreprise est un ensemble juridique plus large, et plus adaptable, que le fonds de commerce. La variabilité des éléments entrant dans sa composition permet d'en retrancher un certain nombre, sans pour autant que son identité ne subisse d'altération irréversible. Il est en conséquence plus simple de réduire une entreprise au fonds de commerce qu'elle abrite, que de procéder selon un cheminement inverse. Les dérives du plan de cession empruntent trois formes, éloignant graduellement celui-ci de ses objectifs initiaux. D'une cession de l'entreprise, le plan de cession va progressivement s'appliquer au fonds de commerce (A), puis à une portion de ce dernier (B), pour ne plus finalement concerner dans certains cas que certains éléments des actifs de l'entreprise (C), actant définitivement l'assimilation partielle des notions directrices des régimes de cession, et la nécessité d'un renouveau conceptuel dans ce domaine.

³⁶² Certains auteurs remarquaient encore récemment qu'« à ce jour, la Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée sur les problématiques ci-dessus mentionnées, ni sur l'identification du critère permettant de choisir le mode adéquat de réalisation du fonds de commerce dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire » et concluait à « l'absence de critère définitif et de pratique uniforme. » Voir MONSERIE-BON (M.-H.) ET AMIZET (B.), *Cession du fonds de commerce en liquidation judiciaire*, RPC, n° 2, mars-avril 2015, dossier 22

A) Cession totale d'un unique fonds de commerce en plan de cession

La principale itération de notre problématique, dans la jurisprudence actuelle, s'incarne dans la cession de fonds de commerce « nus » par l'intermédiaire du plan de cession³⁶³. Au-delà d'un dévoiement de procédure devenu habituel (1), on ne peut que constater les errements rédactionnels de la jurisprudence incriminée, montrant, s'il en était besoin, la nécessité d'une intervention législative sur ce point (2).

1) Un dévoiement devenu courant

De nombreux arrêts mentionnent la cession d'un simple « fonds de commerce » sous le régime d'un plan de cession d'entreprise, sans pour autant que cette contradiction ne commande une investigation plus poussée. La terminologie utilisée par les juridictions illustre fidèlement les conséquences du manque de précision des notions, dont l'identification doit pourtant déclencher l'application d'un régime spécifique de cession au cours de la liquidation judiciaire.

Le fonds de commerce et l'entreprise sont donc dans certains cas, purement et simplement confondus. Les notions sont alors perçues comme interchangeable. De nombreux arrêts de la Haute Juridiction évoquent ainsi sans détours un « *plan de cession du fonds de commerce* »³⁶⁴.

³⁶³ Un auteur constate que, dans le cadre du plan de cession, l'objet de la cession est constitué par « *les actifs indispensables au maintien de l'activité* », et que « *le plus souvent elle comprend son fonds de commerce* ». Ce qui induit que cette configuration n'est pas systématique. Voir BONNARD (J.), *op. cit.*, *supra* note n°6, p. 136 ; Voir également FRAIMOUT (J.-J.), *op. cit.*, *supra* note n° 180, p.166, qui relève que « *l'ensemble cédé doit en tout cas représenter l'ensemble des moyens économiques et commerciaux de l'entreprise. Car la cession de certains éléments fussent-ils importants comme un fonds de commerce ne réaliserait pas nécessairement à elle seule une cession au sens de la loi si un élément faisait défaut pour conserver l'intégrité de l'entreprise cédée ou du moins d'une branche autonome d'activité en cas de cession partielle* ».

³⁶⁴ Voir Cass. 1ère Civ., 18 février 2009, pourvoi n° 07-21197, inédit, qui évoque un tel cas dans le cadre de la procédure antérieure à l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005. Un tel plan de cession avait été décidé dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire, possibilité absente des textes. Voir également Cass. Com., 11 Avril 2012, pourvoi n° 09-1243, *préc.* ; Cass. Com., 11 février 2004, pourvoi n° 01-14198, inédit ; Cass. Com., 11 février 2004, pourvoi n° 01-13738, Bull. 2004, IV, n° 25, p. 24 ; Cass. Com., 14 novembre 2000, pourvoi n° 97-22659, inédit ; Cass. Com., 26 avril 2000, pourvoi n° 97-19952, inédit ; Cass. Com., 14 mars 2000, pourvoi n° 97-20492, Bull. 2000, IV, n° 54, p. 47 ; Cass. Com., 27 octobre 1998, pourvoi n° 96-14666, *préc.* ; Cass. Com., 21 octobre 1997, pourvoi n° 95-17167, inédit. Dans le cadre de l'arrêt Cass. Com., 22 octobre 1996,

Mais ce nombre limité d'arrêts ne doit pas masquer une réalité plus inquiétante : nombre de contentieux de ce type ne dépassent pas le stade de l'appel, voire de la première instance³⁶⁵. Et la qualification du régime de cession n'est, dans la plupart des cas, évoquée qu'incidemment³⁶⁶.

2) Caractère aléatoire de la jurisprudence incriminée

Certains arrêts précisent le fourvoiement qui a guidé leur prononcé, écartant tout doute sur les intentions des juges ayant validé de tels plans. Ainsi, dans le cadre d'un contentieux portant sur l'éventuelle subsistance de la personnalité morale de la société à l'issue des opérations réalisées pour les besoins de la procédure collective, un arrêt de la Haute Juridiction mentionne que « *le plan de cession porte sur l'ensemble des éléments du fonds de commerce de la société, en ce inclus la clientèle* »³⁶⁷.

pourvoi n° 94-10356, inédit, un commentateur déplorait que l'arrêt « *ait été rendu à propos de la cession d'un fonds de commerce isolé, réalisé sous le couvert d'un plan de cession déguisé* » et qu'« *autant on conçoit que le plan de cession tendant au redressement d'une véritable entreprise puisse être soumis à des règles autonomes, excluant l'application du droit commun, dès lors que celui-ci mettrait obstacle à la finalité de l'opération, autant on doit rejeter une telle exclusion sous le couvert d'un acte étranger à la cession d'une véritable entreprise, serait-ce celle du seul fonds de commerce ; une fois encore, on en revient à la distinction essentielle du fonds de commerce et de l'entreprise commerciale, le premier n'étant qu'un élément de la seconde, auquel doivent s'en ajouter d'autres (immeubles, contrats, droits de propriété intellectuelle, etc.) pour constituer une entreprise* ». Voir DERRIDA (F.), comm. sous Cass. Com., 22 octobre 1996, n° 94-10.356, PA, 08 janvier 1997 n° 4, p. 14, et DERRIDA (F.), comm. sous Cass. Com., 22 octobre 1996, n° 94-10.356, D. 1997 p. 3

³⁶⁵ Voir CA Bastia, 15 avril 2015, Ch. Civ. B, RG n°13/00562 ; CA Versailles, 2 mai 2012, RG n°11/00327 ; CA Montpellier, 5 février 2008, RG n°07/1788 ; CA Nîmes, 11 septembre 2007, RG n°05/044678 ; CA Versailles, 25 octobre 2001, RG n°1998/7034

³⁶⁶ Cette confusion est néanmoins parfois directement évoquée. Voir Cass. Com., 6 octobre 2009, pourvoi n°07-15325, Bull. 2009, IV, n° 120, dans le cadre d'un contentieux concernant la date de résiliation d'un contrat d'assurance-vie, l'argument soulevé par l'assureur selon lequel « *le plan de cession...n'a pas entraîné la cession de la totalité des actifs mais seulement du fonds de commerce* ».

³⁶⁷ Voir Cass.Com., 17 Juillet 2001, pourvoi n°98-19954, inédit

Un arrêt récent rendu par la Cour d'Appel de Montpellier³⁶⁸ évoque quant à lui que dans le cadre du « *plan de cession totale du fonds de commerce, la société E... procédait à l'acquisition du fonds de commerce de celle-ci, en ce compris le droit au bail* ». On ne peut que constater dans ces cas que la difficulté n'est pas terminologique, mais bien d'ordre conceptuelle. Ce n'est pas la désignation de l'ensemble cédé qui est alors en cause, mais bien la qualification de son contenu.

Un arrêt récemment rendu par la Cour d'Appel de Paris³⁶⁹ résume parfaitement les enjeux et les conséquences de ce dévoiement du plan de cession. Le fonds de commerce d'une entreprise placée en liquidation judiciaire a dans un premier temps fait l'objet d'une cession de gré à gré, ordonnée par le juge commissaire, étant précisé que l'ordonnance visait la transmission « *des éléments corporels et incorporels de son fonds de commerce* ». Suite à l'infirmité de cette ordonnance, les mêmes éléments ont fait l'objet d'un jugement du tribunal autorisant leur transmission, réalisée cependant cette fois-ci sous le régime du plan de cession. L'arrêt d'appel retient d'ailleurs que « *Le tribunal a essentiellement retenu que l'offre d'acquisition du fonds de commerce par les époux B. était supérieure à celle retenue dans l'ordonnance du juge commissaire du 24 novembre 2011 et que cette offre permettrait tant la défense de la valorisation de l'actif de la liquidation judiciaire dans l'intérêt tant de la société liquidée que de l'ensemble des créanciers.* »

En d'autres termes, il est acté que le choix de ce mode de cession est guidé non pas par l'identification des éléments permettant le déclenchement de la procédure s'ils se révèlent présents, mais par la finalité recherchée par les juges. L'incertitude résultant de ce choix ouvert est telle que les parties au procès ne peuvent que dédoubler leurs demandes afin de tenter de satisfaire le juge, et de voir leurs droits préservés³⁷⁰.

³⁶⁸ Voir CA Montpellier, 14 Octobre 2014, RG n°13/03229. Voir également CA Pau, 2^e Ch., 1^{ère} Sect., 26 mars 2009, RG n° 08/01659, qui fait référence à la cession, sous le régime des articles L642-1 et suivants, d'une entreprise « *composée du fonds de commerce* ».

³⁶⁹ CA Paris, 24 octobre 2013, Pôle 5, Ch. 9, RG n° 12/13817

³⁷⁰ Nous reproduisons ci-dessous une partie ciblée de ces demandes : « *Dans l'hypothèse où le fonds de commerce de la SARL LGCC aurait été cédé dans le cadre de l'article L642-19 du code de commerce, constater que le tribunal de commerce d'Evry a été saisi en lieu et place du juge commissaire...dans l'hypothèse où le fonds de commerce de la SARL LGCC aurait été cédé dans le cadre des articles L642-1 et suivants du code de commerce,*

Certaines décisions affirment pourtant clairement la distinction des régimes applicables en cas de cession du fonds de commerce en liquidation judiciaire. Elles réaffirment sans ambivalence l'impossibilité de procéder à la cession d'un fonds de commerce sous le régime de l'article L642-1 du Code de Commerce³⁷¹. L'assimilation du fonds de commerce et de l'entreprise devant faire l'objet du plan de cession n'est cependant pas systématique, et certains arrêts évitent le piège de l'équivoque en précisant clairement la distinction par un effort dans le choix de la terminologie utilisée³⁷². L'existence de ces deux courants jurisprudentiels n'étant pas conciliable, l'ambiguïté reste reine et appelle une intervention du législateur, ou à défaut du juge pour trancher la question.

B) Cession partielle d'un fonds de commerce en plan de cession

Parfois, la sémantique utilisée par les juridictions malmène la substance même des notions invoquées au sein de la décision. Certains arrêts mentionnent ainsi la possibilité de procéder à la cession partielle d'un fonds de commerce par l'entremise du plan de cession. Si cette hypothèse constitue déjà une véritable aberration théorique (1), elle emprunte au surplus des formes variées, dont nous dresserons ici un rapide inventaire (2).

constater que la mesure de publicité prévue à l'article L642-22 du code de commerce pour les cessions d'entreprise n'a pas été réalisée, et que les avis prévus par l'article L642-5 du code de commerce n'ont pas été recueillis. »

³⁷¹ Voir CA Douai, 2^e Chambre, 16 février 2011, RG n° 10/07099, qui dispose que « *la cession du fonds de commerce n'entre pas dans les prévisions des articles L. 642-1 et suivants du Code de commerce relatifs à la cession totale ou partielle de l'entreprise en ce qu'il ne constitue pas « un ensemble d'éléments d'exploitation qui forment une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activités » ; « qu'une telle cession est gouvernée par l'article L. 642-19 dudit Code selon lequel « le juge-commissaire autorise, aux prix et conditions qu'il détermine, la vente de gré à gré des autres biens du débiteur ».*

³⁷² Voir par exemple Cass.Com., 11 décembre 1990, pourvois n° 89-16225 et n°89-16246, Bull. 1990, IV, n° 319, p. 220. Le contentieux concernait ici l'éventuelle validation par les juges de la mise en demeure adressée à l'administrateur par la bailleuse visant à se prononcer sur la continuation du bail portant sur le local où s'exerçait l'activité de la débitrice. Un plan de cession avait été décidé, malgré une instance introduite en résiliation du bail et expulsion, du fait de l'absence de réponse de l'administrateur à la mise en demeure dans le délai imparti. Il est mentionné que le plan de cession ordonné est « *un plan de cession de l'entreprise incluant la cession du fonds de commerce* ».

1) Inanité conceptuelle de la cession partielle du fonds de commerce

Le fonds de commerce constituant une universalité, il est indivisible, et ne peut en toute logique faire l'objet d'une cession partielle. La jurisprudence s'est à de nombreuses reprises prononcée en ce sens.³⁷³ Aussi, dans le cas où un simple fonds de commerce viendrait à être ainsi cédé par l'entremise d'un plan de cession décidé par le tribunal de commerce, le dévoiement de ce dernier serait plus grave encore que dans le cas précédemment évoqué de la cession totale, car à l'illégalité d'une telle décision, s'ajouterait alors une méconnaissance conceptuelle des entités cédées.

En effet, le seul élément pouvant faire l'objet d'une cession partielle dans le cadre d'un plan de cession est l'entreprise, sous la forme d'une « *branche autonome d'activité* », et en aucun cas un fonds de commerce. La branche autonome d'activité recouvre toutes les caractéristiques de l'entreprise et ne peut donc, en aucun cas, être réduite au fonds de commerce qui en constitue le cœur, tout comme dans le cas de son aînée, l'entreprise³⁷⁴.

³⁷³ Voir Cass. Com., 26 octobre 1993, pourvoi n°91-15877, Bull. 1993, IV, n°362 ; RTD.Com. 1994.37, obs. Derrupé ; JCP E 1993, n°1451 ; Cass. Com., 12 novembre 1992, pourvoi n°90-20845, Bull. IV, n°350

³⁷⁴ Cette opinion est partagée depuis longtemps en doctrine. Le Professeur Derrida constatait ainsi que « *très souvent la cession de gré à gré du fonds de commerce appartenant à la personne soumise à la procédure s'effectue ainsi dans le cadre d'un plan dit de cession partielle* ». Or, « *un plan de cession, serait-elle partielle, ne saurait déguiser une « vulgaire » cession de fonds de commerce ou une vente ordinaire d'immeuble* ». Voir DERRIDA (F.), *op. cit.*, *supra* note n° 296. *Contra*, voir SORBIER (M.), *op. cit.*, *supra* note n° 195, pp. 32-33 et les références citées. L'auteur rapporte qu'« *un fonds de commerce est susceptible de comprendre plusieurs branches d'activités qui correspondent chacune à une entreprise par suite de cession* ». Selon nous, la confusion du fonds de commerce et de l'entreprise est ici totale et interdit d'accréditer cette thèse. L'entreprise, plus complexe, ne peut assurément être contenue dans le fonds qu'elle protège.

Néanmoins de nombreuses décisions validant des « *cessions partielles de fonds de commerce* » ont été rendues³⁷⁵. Plus troublant encore, certaines décisions font alternativement référence aux deux termes, les présentant de fait comme équivalents et interchangeables³⁷⁶.

2) Un dévoiement empruntant des formes variées

Un autre cas de figure troublant se rencontre également. Dans l'hypothèse où plusieurs fonds de commerce coexistent au sein de la même entreprise, un plan de cession partielle est décidé afin de n'englober que l'un d'entre eux³⁷⁷. Cette possibilité heurte moins la logique juridique que le postulat précédent, mais il n'en reste pas moins inenvisageable si l'on s'en réfère à la lettre des textes de loi. La Jurisprudence avait d'ailleurs pu constater antérieurement que la seule offre de reprise d'un fonds de commerce par son locataire gérant ne pouvait permettre la cession d'une branche complète et autonome d'activité³⁷⁸.

Un arrêt déjà ancien³⁷⁹, rendu sous le régime de la loi du 25 janvier 1985, avive sur ce point nos inquiétudes. Le liquidateur d'une société avait formé un pourvoi en cassation contre un arrêt rendu par la Cour D'Appel de Metz, en date du 27 novembre 1990, qui avait adopté un plan de cession qui ne concernait selon lui que l'un des fonds de commerce de cette société.

³⁷⁵ Dans ce sens : Cass.Com., 14 novembre 2000, pourvoi n° 97-21175, inédit ; Cass.Com., 16 octobre 2012, pourvoi n° 11-23703, inédit ; CA Nîmes, 8 novembre 2007, RG n°05/04188. Voir également Cass. Com., 8 novembre 2011, pourvoi n° 10-24119, inédit, qui fait référence, de manière plus obscure encore à « *un plan de cession partielle portant sur l'immeuble et le fonds de commerce* », ce qui laisse le commentateur dans l'expectative : que reste-il à céder qui n'ait pu alors justifier un plan de cession totale de l'entreprise ?

³⁷⁶ Voir Cass.Com., 22 novembre 1994, pourvoi n° 93-19484, Bull. 1994, IV, n° 346, p. 282, qui fait référence dans un premier temps à une « *cession partielle d'entreprise* », pour ensuite évoquer une « *cession partielle du fonds de commerce* » dans son attendu.

³⁷⁷ Voir Cass.Com., 27 octobre 1998, pourvoi n° 94-21873, Bull. 1998, IV, n° 261, p. 217, dans le cadre de la cession partielle d'une entreprise qui exploitait conjointement un hôtel-restaurant et un débit de boissons.

³⁷⁸ Voir CA Paris, 19 avril 1988, RPC, n°2, mars-avril 1989, n°28, p.194, obs. SOINNE (B.) ; D. 1991, somm. 5, obs. DERRIDA (F.) ; JCP N 1989, n°6, p. 1025, obs. CABRILLAC (M.) et P. PETEL (P.)

³⁷⁹ Cass. Com., 2 février 1993, pourvoi n° 91-10915, Bull. 1993, IV, n° 41, p. 28

La Haute Juridiction éconduit le liquidateur au motif que « *dès lors que la cession partielle de l'entreprise porte sur un ensemble d'éléments d'exploitation formant une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activités, il importe peu que cet ensemble ne représente qu'une fraction de l'actif de l'entreprise* ». Certains auteurs en concluent que « *le plan est possible même s'il ne porte que sur un fonds de commerce représentant une faible partie des actifs* »³⁸⁰.

Il nous semble cependant que l'interprétation de cette décision ne permet pas d'en déduire une autorisation générale de céder le fonds de commerce nu sous le régime du plan de cession. La qualification de « *branche autonome d'activité* » semble en l'espèce principalement tributaire de l'engagement du cessionnaire, au sein de son offre, de reprendre la totalité des salariés. Le débat ne portait pas sur l'identification d'un fonds de commerce à une branche autonome d'activité, mais uniquement sur la possibilité que la branche autonome d'activité puisse ne concerner qu'une faible part des actifs cédés. Il est regrettable que la Haute Juridiction n'ait pas profité de cette opportunité pour se saisir du débat sur la démarcation entre les notions de fonds de commerce et de branche autonome d'activité.

Parfois la logique juridique s'en trouve malmenée jusqu'à l'incompréhension, et au dévoiement du régime du plan de cession partielle se greffent d'autres incompatibilités théoriques. Un arrêt récent rendu par la Haute Juridiction³⁸¹ nous servira ici d'illustration. Dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire, un plan de cession est une nouvelle fois décidé. Ce dernier est un plan de cession partielle, qui ne peut donc concerner qu'une « *branche autonome d'activité* ». Il est dans un premier temps précisé que celui-ci ne concerne que des « *actifs* » de l'entreprise cédée. Cependant l'étude de l'attendu laisse une nouvelle fois dubitatif. Il est indiqué que cette cession concernait « *l'ensemble des éléments corporels et incorporels du fonds de commerce unique de la société* » débitrice. Notre problématique est ici bicéphale : Au-delà de l'utilisation intempestive du plan de cession pour permettre la transmission du fonds de commerce, pourquoi avoir réalisé une cession partielle alors que le fonds de commerce cédé était l'unique fonds de la société faisant l'objet de la procédure ?

³⁸⁰ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *op. cit.*, *supra* note n° 143, *spéc n°1128*. L'auteure fait pourtant référence à une décision, CA Paris, 1^{ère} Ch., 23 juillet 1992, D. 1992, p.491, obs. DERRIDA, qui interdit la cession d'un simple fonds de commerce dans le cadre d'un plan de cession portant sur une branche autonome d'activité.

³⁸¹ Voir Cass.Com., 30 octobre 2012, pourvoi n° 11-12588, inédit

C) Cession d'éléments d'actifs en plan de cession sous couvert d'une cession de fonds de commerce

Enfin, d'autres décisions augmentent encore le degré de confusion régnant sur la répartition des modes de cession, en y additionnant d'autres approximations, rendant parfois le choix du mode de cession indéchiffrable. Ainsi en arrive-t-on parfois à la création d'hypothèses contradictoires en tous points avec le régime de cession désigné. Au premier rang de ces cas d'espèce au parfum d'absurde, il convient d'évoquer l'éventualité de la cession de simples éléments de l'actif du débiteur sous le régime du plan de cession³⁸².

Un exemple significatif nous est fourni par un arrêt somme toute récent³⁸³. Nous évoquerons succinctement les faits de l'espèce, qui nous seront de moindre utilité que l'analyse de la terminologie utilisée par les juges.

Une société est placée en redressement judiciaire. Cette procédure est convertie en liquidation judiciaire, au cours de laquelle un plan de cession est élaboré, puis validé par le tribunal de commerce. L'URSSAF adresse par la suite au repreneur plusieurs avis de contribution au Fonds de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante (FCAATA). Ce dernier refuse sa participation à ce fonds du fait qu'il n'expose pas ses salariés à des risques entrant dans cette catégorie, et que « *les entreprises placées en redressement ou en liquidation judiciaire sont exonérées de la contribution au Fonds de cessation anticipée d'activité des travailleurs de l'amiante.* » Ses arguments ne sont pas reçus par la Haute Juridiction et la société cessionnaire est finalement condamnée à régler ses contributions auprès de l'organisme.

³⁸² Cette hypothèse était déjà évoquée par monsieur le Professeur Soinne sous le régime antérieur à la loi de sauvegarde de 2005. Il constatait il y a déjà presque deux décennies que « *le plan absorbe les opérations de réalisation dans le cadre de la liquidation et ce même lorsqu'il s'agit de biens isolés* », et qu'« *on gomme ainsi purement et simplement les articles L. 154 et L. 156 pour ne retenir que l'article L. 81, et ce au grand dam des créanciers, notamment privilégiés et hypothécaires, privés de l'exercice de leurs droits légitimes.* » Une conclusion, désillusionnée mais clairvoyante, ajoutait que « *Tout est bon pour admettre un plan de cession, un ou plusieurs immeubles, un simple fonds de commerce, sans souci de la moindre interrogation sur la notion d'entreprise* ». Voir SOINNE (B.), *Le bateau ivre, (A propos de l'évolution récente des procédures collectives)*, PA, 14 mai 1997 spèc n° 58, p. 12 ; SOINNE (B.), *Le bateau ivre (Suite et fin), (A propos de l'évolution récente des procédures collectives)*, PA, 16 mai 1997 n° 59, p. 4

³⁸³ Cass. Civ 2^e, 20 septembre 2012, pourvoi n° 11-18390, inédit

Dans le cadre de la liquidation judiciaire, c'est un plan de cession qui a été décidé. Ce plan de cession ne concernait pas l'ensemble des actifs de l'entreprise cédée. Ainsi, le bail afférent aux locaux d'exploitation n'avait pas été poursuivi. De même, seule une partie des contrats de travail attachés à l'exploitation avait été poursuivis. L'argumentaire du repreneur pour se dédouaner du versement des indemnités réclamées laisse cependant perplexe. Il est ainsi argué que « *la société ... n'a donc pas poursuivi l'activité de la société..., mais n'en a repris que certains éléments d'actifs* », et que ceci était par ailleurs précisé dans le jugement arrêtant le plan de cession ayant permis la « *reprise du fonds de commerce.* »

Un plan de cession a une fois encore ici permis la cession « nue » d'un fonds de commerce. L'utilisation fallacieuse de ce mode de cession a permis le licenciement d'un certain nombre d'employés, ce qui n'aurait pu être le cas dans le cadre de la cession de biens isolés. Il semble de plus que, de l'aveu même du repreneur, l'activité d'origine n'ait pas été poursuivie, soupçon renforcé par la rupture du contrat de bail des locaux d'exploitation (même si cette observation ne peut en aucun cas constituer une preuve suffisante de l'abandon de l'activité). Mais surtout, ce qui distingue cette décision est le fait que le plan de cession n'ait finalement pas plus concerné une entreprise qu'un fonds de commerce, mais bien plutôt un certain nombre d'éléments d'actifs de l'entreprise débitrice.

Cet arrêt ne constitue malheureusement pas un cas isolé. D'autres décisions ont validé la cession d'éléments d'actifs sous le régime du plan de cession³⁸⁴. Ces décisions sont doublement en infraction avec la jurisprudence applicable au plan de cession. Bien que cette jurisprudence ait été élaborée sous l'ancienne législation de la loi de du 25 janvier 1985, leurs recommandations sont reconductibles. Ainsi, selon les dispositions de l'article 81, alinéa 4 de la loi du 25 janvier 1985, seuls les biens affectés à l'activité de l'entreprise peuvent faire l'objet d'un plan de cession.

³⁸⁴ Voir notamment Cass. Com., 30 novembre 1993, pourvoi n° 91-18067, Bull. 1993, IV, n° 442, p. 321 ; Cass. Com., 22 avril 1997, pourvoi n° 94-19522, inédit CA Basse-Terre, Ch. Soc., 12 mars 2012, S.A.R.L Socadi c/ Martel C., RG n°09/01860, qui fait référence à la cession partielle d'un fonds de commerce, ordonnée par le tribunal de commerce de Pointe-à-Pitre, qui ne comportait en définitive qu'un unique droit au bail.

Or l'activité ayant été arrêtée, le recours au plan de cession est abusif. De plus, les biens du débiteur ne faisant pas l'objet d'une intégration au sein du plan de cession doivent faire l'objet d'une cession distincte dont les modalités sont régies par le titre III du Code de Commerce relatif à la liquidation judiciaire.

II) Dévoiemment de la cession de biens isolés

A) Un dévoiement aux effets peu attractifs

L'hypothèse de la vente d'une entreprise sous le régime plus restrictif de la cession de biens isolés est également une réalité. Mais le régime plus restrictif de l'article L642-19 du Code de Commerce nous oblige à considérer différemment ce dévoiement de procédure. Là où la cession d'un fonds de commerce sous le régime du plan de cession permet à l'acquéreur de s'affranchir d'un certain nombre d'obligations auxquelles il aurait dû être normalement astreint, et de profiter de possibilités absentes des textes relatifs à la cession de biens isolés (notamment les dispositions de l'article L642-7 permettant la cession des contrats indispensables à la poursuite de l'activité, ou l'article L642-5 permettant la tenue de licenciements), la cession de biens isolés n'offre que peu d'avantages à l'acquéreur en comparaison du plan de cession de l'article L642-1 du Code de Commerce³⁸⁵.

L'insuffisance des avantages légaux à placer la cession sous le régime de la cession de biens isolés doit exclure, à notre sens, toute dimension utilitariste dans une ordonnance rendue par un juge-commissaire et entérinant ce dévoiement.

B) Une hypothèse néanmoins présente en pratique

Malgré le peu d'occurrences de cette opération, elle reste préjudiciable à la cohérence des régimes de cession applicables en procédure collective, et est parfois évoquée devant les juridictions d'appel. A l'instar des cas évoqués plus haut, cet abus de procédure peut prendre deux formes. Ainsi, sous couvert de la cession d'un simple fonds de commerce, c'est parfois

³⁸⁵ On peut néanmoins évoquer l'obligation, faite par le premier alinéa de l'article L642-5 du Code de Commerce au tribunal de commerce, de recueillir l'avis du ministère public avant de décider du plan de cession de l'entreprise. Cette obligation n'est pas présente au sein du régime de la cession de biens isolés.

une branche complète et autonome d'activité³⁸⁶ qui va être transférée. Mais c'est parfois l'entreprise entière qui est cédée indûment sous ce régime³⁸⁷.

³⁸⁶ CA Poitiers, 11 février 2014, 2^e Civ., RG n°13/01506 ; CA Poitiers, 17 mai 2011, 2^e Civ., RG n° 10/02898, qui annule l'ordonnance d'un juge-commissaire qui avait autorisé la cession de lots constitués d'ensemble immobiliers sous le régime de la cession de biens isolés de l'article L642-18 du Code de Commerce, alors que ces derniers constituaient des branches complètes et autonomes d'activité, et devaient en conséquence être cédées sous le régime de l'article L642-1 du Code de Commerce.

³⁸⁷ CA Montpellier, 24 février 2015, 2^e Ch., RG n°14/01619. Dans cet arrêt, le cédant demandait l'annulation de la cession de gré à gré du fonds de commerce selon l'argument suivant : « *cette cession, fondée sur les dispositions des articles L. 642-18 et L. 642-19 du code de commerce est nulle pour violation des dispositions d'ordre public des articles L. 642-1 et suivants du même code, qui étaient seules applicables s'agissant de la cession intégrale de l'entreprise.* »

Section II) Insuffisances des possibilités d'appel et de pourvoi

Le caractère très restrictif des possibilités d'appel et de pourvoi en cassation, pour ce qui concerne les décisions permettant la transmission d'un fonds de commerce dans le cadre des procédures collectives, constitue l'un des obstacles majeurs à la clarification des domaines d'application des modes de cession. Cette restriction des possibilités d'examen de notre problématique par les juges est en outre constatée tant dans le cadre des voies de recours de droit commun que dans le cadre des recours nullité.

Nous analyserons donc dans un premier temps les recours de droit commun pouvant être formés tant dans le cadre des cessions réalisées par l'entremise des articles L642-1 et suivants du Code de Commerce, que dans le cadre des cessions de gré à gré dépendantes de l'article L642-19 du Code de Commerce (I). Nous aborderons ensuite les caractéristiques de l'application des recours nullité dans le cadre de ces deux types de cession (II).

I) Les recours de droit commun

Les recours de droit commun invocables dans le cadre des réalisations d'actifs en liquidation judiciaire présentent un aspect limitatif. Un grand nombre de justiciables, directement concernés par les conséquences de ces réalisations d'actifs, se voient éconduire par la loi lorsqu'ils souhaitent former un recours à l'encontre de ces décisions. Or, cette limitation des recours diminue d'autant les chances de voir solutionner notre problématique, que cela soit dans le cadre du plan de cession (A), ou bien plutôt de la cession de biens isolés (B).

A) Dans le cadre du plan de cession de l'entreprise de l'article L642-1 du Code de Commerce

Les conditions d'invocation des voies de recours de droit commun, dans le cadre de la tenue de ventes de fonds de commerce découlant de plans de cession décidés au cours d'une liquidation judiciaire, sont des plus restrictives (1). Elles restent actuellement insuffisantes à permettre une délimitation efficace des modes de cession dans le cadre des cessions de fonds de commerce (2).

1) Présentation des voies de recours invocables

Les décisions arrêtant le plan de cession sont rendues par jugement du Tribunal de Commerce ou du Tribunal de Grande Instance. Les articles L661-6 et L661-7 du Code de Commerce, dans leur dernière version résultant de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, encadrent strictement les possibilités d'appel (a), et de pourvoi en cassation (b), formés à l'encontre de ceux-ci. Si cette limitation des voies de recours concourt indiscutablement à satisfaire à l'exigence de célérité que requiert le droit des procédures collectives, l'étude conceptuelle nécessitée par notre problématique ne peut en revanche qu'en pâtir.

a) Conditions d'interjection de l'appel

Un nombre restreint d'intervenants est susceptible de former un appel à l'encontre des jugements prononçant le plan de cession. Le III de l'article L661-6 du Code de Commerce prévoit en effet que « *Ne sont susceptibles que d'un appel de la part soit du débiteur, soit du ministère public, soit du cessionnaire ou du cocontractant mentionné à l'article L. 642-7 les jugements qui arrêtent ou rejettent le plan de cession de l'entreprise. Le cessionnaire ne peut interjeter appel du jugement arrêtant le plan de cession que si ce dernier lui impose des charges autres que les engagements qu'il a souscrits au cours de la préparation du plan. Le cocontractant mentionné à l'article L. 642-7 ne peut interjeter appel que de la partie du jugement qui emporte cession du contrat.* »

On notera pourtant une ouverture graduelle des possibilités d'appel, qui étaient, auparavant, plus exclusives encore. Ainsi le débiteur peut-il notablement aujourd'hui former appel directement des décisions prononçant le plan de cession, alors que jusqu'à la loi du 26 juillet 2005, seuls les appels indirects du débiteur en cas de rejet de son plan de continuation étaient reçus³⁸⁸.

³⁸⁸ Voir REMERY (J.-P.), *L'appel dans la loi de sauvegarde des entreprises*, JCP E, n° 5, 31 Janvier 2008, 1154 et REMERY (J.-P.), *Les voies de recours dans la réforme de la loi de sauvegarde des entreprises*, JCP G, n° 13, 25 Mars 2009, I 129. Sur les conditions d'appel du débiteur lorsque le dirigeant est empêché, Voir CAGNOLI (P.), *Appel du jugement de cession, Intervention de la caution dans l'instance d'appel du jugement de cession*, Comm. sous Cass. com., 12 janv. 2016, pourvoi n° 13-24058, RPC, n° 2, mars 2016, comm. 34 ; Voir enfin GENITEAU (A.), *La cession d'entreprise dans la loi de sauvegarde des entreprises*, Supplément RLDA n° 88, décembre 2005, p.23

On notera également que le V de l'article L 661-6 du Code de Commerce a revêtu en 1994 l'appel formé par le ministère public de certaines caractéristiques particulières. Ce dernier est ainsi suspensif, sauf dans certains cas précisés par la loi³⁸⁹. L'intransigeance de la Cour de Cassation, quant au domaine d'application de ces articles, s'impose de plus, tant aux jugements se prononçant sur le plan de cession lui-même, qu'aux jugements interprétatifs rendus suite à une requête formulée sur la base de l'article 461 du Code de Procédure Civile, sauf dans le cas d'un excès de pouvoir ouvrant la voie d'un appel-nullité, ne pouvant viser alors que l'annulation du jugement, et non sa réformation³⁹⁰.

b) Conditions de formation du pourvoi

Les possibilités de pourvoi sont plus exclusives encore. L'article L661-7 alinéa 2 du Code de Commerce prévoit ainsi que le ministère public est l'unique acteur de la procédure qui dispose de cette faculté³⁹¹. Le contrôle de l'opportunité de l'application d'un régime de cession en fonction du contenu et de l'identité des éléments cédés s'en trouve donc singulièrement restreint.

³⁸⁹ Voir CHAPUT (Y.), *op. cit.*, *supra* note n° 309, qui précisait à l'époque que cette modification était un « *prolongement de l'esprit de 1985* », qui visait à « *maintenir l'unité et la rapidité de la procédure* ».

³⁹⁰ Voir sur ce point, dans le cadre d'une requête formulée à l'initiative du cessionnaire, Cass.Com., 13 mai 2014, pourvoi n° 13-11622, Bull. 2014, IV, n° 88, D. 2014, p.1150

³⁹¹ Le pourvoi en cassation n'est ouvert qu'au ministère public à l'encontre des arrêts rendus en application du III, IV et V de l'article L. 661-6. Néanmoins, pour un auteur, une incohérence relative à la rédaction de l'article L661-7 du Code de Commerce permet néanmoins, théoriquement, de contourner l'obstacle. Le premier alinéa de cet article prévoit qu'« *il ne peut être exercé de tierce opposition ou de recours en cassation ni contre les jugements mentionnés à l'article L. 661-6, ni contre les arrêts rendus en application des I et II du même article.* » Le I et le II de l'article L661-6 du Code de Commerce concernant les jugements relatifs à la désignation des organes de la procédure, et à ceux modifiant la mission confiée à l'administrateur, on peut alors en déduire le paradoxe suivant : si la tierce opposition n'est pas envisageable à l'encontre des jugements se prononçant sur le plan de cession, le modifiant, ou en prononçant la résolution, elle est en revanche parfaitement envisageable à l'encontre des arrêts statuant sur ces mêmes sujets. Voir sur ce sujet STAES (O.), *Aspects de procédure et voies de recours*, RPC, n° 1, Janvier 2009, dossier 5

Qui plus est, la rédaction de cet article, ou tout du moins l'interprétation qui en est réalisée par la jurisprudence, semble exclure des raisons pouvant fonder un pourvoi le contrôle de cette qualification, ainsi que nous le détaillerons au sein des développements ultérieurs.

2) Illustration des insuffisances des voies de recours

C'est par l'étude des décisions rendues qu'apparaissent les conséquences délétères de cette sévère restriction des voies de recours. L'inadéquation de ces dernières avec un traitement sérieux de la problématique qui nous occupe est évidente. On l'a vu, le contrôle de la qualification du régime de cession appliqué est écarté des attributions du cessionnaire, ou du cocontractant de l'article L 642-7 du Code de Commerce, qui sont pourtant tous les deux concernés au premier chef. D'autres intervenants, qui auraient eu intérêt à faire valoir leurs droits, sont privés des voies de recours de droit commun, au premier rang desquels l'auteur éconduit d'une offre de reprise. Seuls le débiteur et le ministère public pourraient donc théoriquement formuler des remarques concernant la qualification des biens cédés, ce qui apparaît à notre sens comme trop restrictif³⁹².

Un exemple significatif nous est offert par l'analyse d'un arrêt, rendu par la 2^e Chambre Commerciale de la Cour d'appel de Rennes, en date du 27 octobre 2009³⁹³. Les faits étaient ici les suivants : la société Biche de Bère avait été placée en redressement judiciaire par un jugement du Tribunal de Commerce de Nantes en date du 19 avril 2007, plus tard converti en liquidation judiciaire par un jugement en date du 31 octobre 2007. Dans le cadre de cette procédure, il avait été décidé de procéder à la cession partielle de l'entreprise, par application du régime des articles L 642-1 et suivants, pour ce qui concerne les magasins exploités en direct par la société liquidée. La cession partielle était justifiée par le fait que l'« *unité de production* » située à Châteaubriant, n'avait pu trouver de repreneur. On gagera que l'utilisation du vocable « *unité de production* » était une résurgence bien involontaire d'habitudes plus anciennes.

³⁹² On notera de plus que certains arrêts font intervenir, au surplus de la qualité à agir du débiteur, un contrôle de l'intérêt à agir de celui-ci, qui peut parfois se révéler problématique dans la mesure où il peut être délicat de distinguer l'intérêt de l'entreprise débitrice de celui de ses dirigeants ou associés. Voir CA Riom, Ch. com., 29 juin 2007, *SA Etablissements Toury / SELARL Bauland Gladel et Martinez*, Comm. FRAIMOUT (J.-J.), RPC, n° 1, janvier 2009, comm. 13

³⁹³ CA Rennes, 2^e Ch., 27 octobre 2009, RG n° 08/01237

L'offre de reprise des actifs des 13 magasins avait été présentée, en respect des dispositions de l'article L642-2 du Code de Commerce, par la société AVENIR TELECOM, distributeur de téléphonie mobile. On constatera immédiatement que cette activité n'a que bien peu de rapports avec l'activité originelle du cédant, orientée vers le prêt à porter et la bijouterie fantaisie féminine. Le maintien de l'activité visé par l'article L 642-1 du Code de Commerce n'a dès lors que bien peu de chances d'aboutir. Cette remarque trouve d'ailleurs écho au sein de la proposition elle-même puisque le cessionnaire prévoyait déjà le coût de la désécialisation à venir et le reclassement des salariés. Cette offre de cession était donc entérinée par un jugement en date du 6 février 2008. Désireux de se délier des engagements souscrits, le cessionnaire refusait par la suite de se présenter à la convocation de régularisation des actes de cession. Un P.V de carence était dressé en conséquence.

Par un jugement en date du 14 mai 2008, le tribunal de commerce de Nantes prononçait, sur le fondement de l'article L 642-11³⁹⁴ du Code de Commerce, la résolution des plans de cession, sans préjudice des dommages et intérêts à venir à l'encontre du cessionnaire défaillant. Bien qu'empreint d'une certaine mauvaise foi, l'argumentaire développé au sein de l'appel par la société AVENIR TELECOM ne manquait cependant pas d'une réelle pertinence. La société argumentait en effet que le tribunal avait matérialisé une branche d'activité en la limitant au seul droit au bail. Qu'en conséquence, les actifs cédés ne pouvaient justifier la tenue d'une cession sur le fondement des articles L 642-1 et suivants du Code de Commerce, et ne pouvaient être cédés que selon le régime des autres biens du débiteur, en suivant les dispositions de l'article L 642-19. Elle ajoutait de plus que, de ce fait, le tribunal ne pouvait statuer sur la cession des baux, ainsi que nous avons pu le voir, qu'après autorisation du Juge-commissaire, ce qui n'avait pas été le cas.

³⁹⁴ L'article L642-11 du Code de Commerce permet au tribunal de prononcer la résolution du plan de cession en cas d'inexécution par le cessionnaire des obligations contractées : « *Le cessionnaire rend compte au liquidateur de l'application des dispositions prévues par le plan de cession. Si le cessionnaire n'exécute pas ses engagements, le tribunal peut, à la demande du ministère public d'une part, du liquidateur, d'un créancier, de tout intéressé ou d'office, après avoir recueilli l'avis du ministère public, d'autre part, prononcer la résolution du plan sans préjudice de dommages et intérêts. Le tribunal peut prononcer la résolution ou la résiliation des actes passés en exécution du plan résolu. Le prix payé par le cessionnaire reste acquis* ». Ces dispositions sont plus dures pour le cessionnaire que ne l'étaient les précédentes, dans la mesure où il est bien précisé que la résolution est réalisée sans préjudice de dommages et intérêts, ce qui n'était pas le cas sous l'ancienne législation. Voir sur ce point ROUSSEL-GALLE (P.), *op. cit.*, *supra* note n° 299.

Que la cession se soit réellement limitée au droit au bail, ou ainsi que le mentionne le tribunal en reproduisant le contenu de l'offre formulée, qu'elle ait pu concerner « *la totalité du fonds de commerce et des biens nécessaires à l'activité de cette branche autonome, à savoir : fonds de commerce, bail, personnel, clientèle et achalandage rattaché, mobilier, matériel d'exploitation et agencements se trouvant sur le site* », on ne peut que constater que ces actifs ne répondent pas aux exigences de l'article L 642-1 du Code de Commerce.

Tout d'abord, rien ne différencie dans ce cas l'« *entreprise* » cédée, telle que définie dans l'offre, des fonds de commerce qu'elle englobe. Rien ne justifie en conséquence que ces actifs ne soient pas cédés sous le régime de l'article L 642-19 du Code de Commerce. Remarque d'autant plus justifiée s'il apparaît effectivement que les « *fonds de commerce* » cédés sous ce régime inopportun se limitent finalement au droit au bail...

Ensuite, et c'est là d'autant plus critiquable, on voit très mal comment l'activité de « *l'entreprise* » cédée aurait pu être poursuivie, et consolidée, au vu du domaine d'activité du repreneur. On perçoit également avec difficulté la manière dont la clientèle aurait pu être pérennisée dans ces conditions. Aussi, à supposer que les actifs aient été cédés sous le régime plus adapté des autres biens du débiteur, on peut cependant arguer que les fonds de commerce n'auraient pas pu être mieux identifiés, et que ces derniers, désintégrés du fait de la disparition de la clientèle, ne se seraient réduits qu'aux actifs les composant, qui auraient alors dû être cédés séparément. L'argumentaire développé par l'appelant semblait donc à notre sens convaincant, et éclairait bien les répercussions néfastes du dévoiement du plan de cession.

L'arrêt rendu par la Cour d'Appel permet de mesurer l'inadéquation des prescriptions légales à la problématique qui nous préoccupe. La Cour déboute l'appelant sur un fondement procédural. Ainsi qu'évoqué plus haut, l'article L 661-6 du Code de Commerce prévoit que « *Le cessionnaire ne peut interjeter appel du jugement arrêtant le plan de cession que si ce dernier lui impose des charges autres que les engagements qu'il a souscrits au cours de la préparation du plan* »³⁹⁵.

³⁹⁵ Cette disposition figurait à l'époque au II de cet article. Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance de l'ordonnance du 18 décembre 2008, applicable à compter du 15 février 2009, cette disposition figure désormais au III de ce même article.

La Cour constate ici que le contenu de l'offre formulée est conforme au périmètre de la cession réalisée, et qu'à ce titre aucun engagement complémentaire n'a été mis à sa charge. « *Le droit d'appel étant ainsi limité* », le contrôle de la légitimité de la cession ordonnée est entièrement éludé.

On aurait pu argumenter que ce sont pourtant bien des « *charges autres* », qui sont attribuées au cessionnaire au travers de cette décision. « *Charges autres* » n'est pas synonyme de charges supplémentaires. Si le contenu de l'offre recoupe le périmètre de la cession, il est cependant mentionné que les engagements ont été souscrits au cours de la préparation du plan. Or ce plan concerne la transmission d'une entreprise, qui sous-entend le maintien de l'activité de cette dernière. Ces caractéristiques n'étant pas constatées, et la cession ne concernant au mieux que la transmission d'un fonds de commerce, au pire d'un droit au bail, on pourrait argumenter que les engagements qui en résultent sont bien autres que ceux ayant présidé à la préparation du plan. On peut s'interroger ici sur l'interprétation faite ici du texte par la Cour d'Appel.

Mais ce motif de pur droit ne pourrait être évoqué qu'au moyen d'un pourvoi en cassation, qui, selon l'alinéa 2 de l'article L661-7 du Code de Commerce, n'est ouvert quant à lui qu'au ministère public.

Un arrêt rendu par la Haute Juridiction en date du 3 novembre 2009³⁹⁶ nous permet de préciser nos critiques quant à l'impact funeste de la limitation stricte des possibilités de recours sur la recherche d'une solution claire à notre problématique. Les faits sont encore une fois relativement similaires. Une société est mise en redressement judiciaire. Le tribunal de commerce arrête un plan de cession partielle, englobant divers fonds de commerce dont celui exploité dans un local donné à bail, et prévoyant la cession forcée des contrats nécessaires au maintien de l'activité, celle des baux, notamment. La bailleresse interjette appel de ce jugement, dont elle demande l'annulation ou, à défaut, l'infirmité en ce qu'il ordonne la cession du bail.

³⁹⁶ Cass.Com., 3 novembre 2009, pourvoi n° 07-14283, inédit

L'argumentaire développé par le bailleur au soutien de son pourvoi est une nouvelle fois basé sur l'incohérence supposée du régime de cession choisi, au vu des actifs cédés, et des projets avoués du repreneur. En effet, après avoir justement évoqué que « *le tribunal ne peut ordonner la cession forcée du bail de l'immeuble affecté à l'activité de l'entreprise que si elle s'inscrit dans le cadre d'une véritable cession de fonds de commerce* », il était une nouvelle fois constaté que « *l'adoption d'un plan de cession aux termes duquel le cessionnaire prévoit et organise un changement d'activité de celle exercée par le débiteur en redressement judiciaire a pour effet nécessaire la perte de la clientèle et constitue une liquidation du fonds du débiteur* ». En effet, comme dans l'espèce précédente, le repreneur prévoyait, au terme d'une période de dix-huit mois, de procéder à une déspecialisation pouvant être qualifiée de totale.

En conséquence, le pourvoi soutenait que le régime de l'article L642-1 du Code de Commerce ne pouvait s'appliquer, et qu'en conséquence le bénéficiaire du plan de cession ne pouvait se prévaloir de la « *qualité de cessionnaire du fonds de commerce* ». On peut déduire que, si cet argumentaire aboutissait, le bail commercial aurait alors dû être cédé sous le régime de la cession des autres biens du débiteur, et donc permettre l'application des clauses contractuelles restrictives à sa cession.

La problématique évoquée devant la Haute Juridiction diffère assez peu de celle de la précédente espèce. Nous précisons donc ici cette nuance. Ainsi que nous l'avons vu, le problème soulevé précédemment provenait de ce que les biens cédés sous le régime de la cession d'entreprise se limitaient, au vu de l'offre reproduite, au fonds de commerce, et ne répondaient donc pas aux exigences de l'article L642-1 du Code de Commerce. Cet argument soulevé logiquement par l'acquéreur potentiel, portait bien sur la différenciation des régimes de cession applicables indépendamment au fonds de commerce (et à fortiori au seul bail commercial), et à l'entreprise.

Ici, la problématique soulevée par le bailleur commercial visait plutôt à contester la légitimité de l'application de l'article L642-1 du Code de Commerce du fait d'un changement d'activité ne pouvant permettre le maintien de l'activité dans la forme qu'elle revêtait originellement. Si cet élément était également présent au sein de l'espèce précédente, il ne pouvait cependant être évoqué par le repreneur potentiel. La question n'était pas de savoir si les biens cédés constituaient bien une entreprise plutôt qu'un fonds de commerce, mais si l'entreprise, du fait des projets du repreneur, pouvait réellement poursuivre une activité pérenne.

Cependant, les deux argumentaires tendaient à s'interroger sur les critères déterminant l'application du régime de la cession d'entreprise. L'estompement des frontières entre l'entreprise, le fonds de commerce qu'elle renferme, et le bail commercial qui est souvent l'élément pivot de ce dernier, est ici clairement illustré.

La solution rendue par la Cour de Cassation, logique au vu des textes légaux, permet de mesurer le caractère contreproductif de la législation sur la problématique qui nous occupe. Le pourvoi du bailleur est en effet déclaré irrecevable sur le fondement « *de la combinaison des articles L. 661 7, alinéa 2, et L. 661-6 II du code de commerce* », de l'analyse desquels il résulte « *qu'il ne peut être exercé de recours en cassation contre les jugements et arrêts rendus en matière de cession d'entreprise* ». Si l'article L661-6 du Code de Commerce, bien que déjà très restrictif quant aux appels des jugements arrêtant les plans de cession d'entreprise, permet à tout le moins à certains cocontractants et intervenants principaux de faire valoir leurs réserves sur la qualification des faits, l'article L661-7 du même code tue quasiment dans l'œuf toute possibilité de parvenir à une jurisprudence définitive sur les critères d'application du régime de ces cessions. On peut s'interroger sur le bien-fondé d'une législation aussi intransigeante, dans la mesure où la réflexion des juges de la Haute Juridiction pourrait justement apporter des précisions souhaitables dans ce domaine.

B) Dans le cadre des cessions de biens isolés de l'article L642-19

La situation rencontrée dans le cadre des plans de cession réalisés en liquidation ne doit pas faire croire à approche plus ouverte des voies de recours dans le cadre des cessions de fonds de commerce réalisées sous l'égide du régime de la cession de biens isolés. Ces dernières connaissent également d'importantes restrictions (1), qui concourent à refuser à notre problématique un traitement satisfaisant (2).

1) Présentation des voies de recours applicables

Les décisions permettant la tenue d'une cession de biens isolés ne relèvent pas de la compétence du tribunal de commerce. Les formalités étant allégées par rapport à sa proche parente, une telle cession relève, ainsi qu'étudié lors de développements précédents, de la compétence du juge-commissaire.

Dans un premier temps, les ordonnances du juge-commissaire peuvent faire l'objet d'un recours devant le tribunal de commerce « *dans les dix jours de la communication ou de la notification, par déclaration faite contre récépissé ou adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception au greffe*³⁹⁷. » Les possibilités d'appel et de pourvoi pouvant permettre le contrôle des cessions de fonds de commerce réalisées sous l'égide du régime de l'article L642-19 du Code de Commerce sont néanmoins également très restrictives³⁹⁸. Elles ne suffisent pas, à notre sens, pour permettre un contrôle satisfaisant du périmètre des biens cédés sous le régime de la cession de biens de gré à gré.

Le régime de l'appel dans le cadre de l'application de ce régime est prévu à l'article R642-37-3 du Code de Commerce³⁹⁹. Il dispose sans autre précision, au sein de son alinéa 2, que « *les recours contre ces décisions sont formés devant la cour d'appel.* ». Cet article, contrairement aux recours envisageables dans le cadre de la cession effectuée sous le régime du plan de cession, ne limite donc pas à lui seul le droit d'appel selon le statut de l'appelant au regard de la procédure. A défaut de texte spécial, l'article R662-1 du Code de Commerce prévoit en son alinéa 1 un renvoi aux dispositions générales de procédure civile, soit l'application de l'article 31 du Code de Procédure Civile⁴⁰⁰, qui prévoit l'action ouverte en cas d'intérêt légitime du demandeur.

³⁹⁷ Art R621-1 du Code de Commerce, alinéa 4

³⁹⁸ On notera que l'appel des jugements statuant sur les recours formés contre une ordonnance du juge-commissaire est une possibilité récente. Avant la loi de sauvegarde de 2005, l'ancien article L623-4 du Code de Commerce refusait une telle possibilité. « *Les jugements par lesquels le tribunal statue sur le recours formé contre les ordonnances rendues par le juge-commissaire dans la limite de ses attributions, à l'exception de ceux statuant sur les revendications* », étaient insusceptibles d'opposition, de tierce opposition, d'appel, ou de recours en cassation.

³⁹⁹ Les modalités que les recours contre les ordonnances du juge-commissaire doivent respecter ont été fixées par décret en Conseil d'Etat, ainsi que le prévoit l'article L642-19-1 du Code de Commerce, ce qui explique le renvoi des textes à la partie réglementaire pour ce qui est du détail de celles-ci.

⁴⁰⁰ CPC, art. 31 : « *L'action est ouverte à tous ceux qui ont un intérêt légitime au succès ou au rejet d'une prétention, sous réserve des cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé.* »

Il faut également constater que la compétence de la Cour d'Appel, pour ce qui concerne les recours formulés dans le cadre d'une cession se déroulant sous le régime de l'article L642-19 du Code de Commerce, est une compétence exclusive. Ainsi, un créancier ayant obtenu du juge de l'exécution une ordonnance obligeant la société débitrice à lui remettre des installations particulières, qui avaient malgré cela fait l'objet d'une vente aux enchères par effet d'une ordonnance du juge-commissaire dans le cadre de la liquidation, avait vu ses prétentions refusées. La Haute Juridiction a pu préciser au sein de cet arrêt⁴⁰¹ que « *la vente aux enchères publiques ordonnée par le juge commissaire ne constitue pas une mesure d'exécution forcée dont les contestations relèvent de la compétence du juge de l'exécution, mais une opération de liquidation des biens du débiteur, prise en application de l'article L642-19 du Code de Commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 18 décembre 2008* ». De ce fait, les recours doivent être formés selon les seules prescriptions de l'article R642-37-3 du Code de Commerce. En conséquence, le juge de l'exécution est incompétent en la matière.

2) Illustration des insuffisances des voies de recours

Plusieurs observations peuvent être réalisées sur la base des décisions illustrant l'application de ces articles. Au contraire des dispositions légales régulant les voies de recours invocables à l'encontre du plan de cession, les dispositions régissant l'appel dans le cas des cessions de biens isolés restent de formulation générale. L'application qui en est faite se révèle pourtant une nouvelle fois décevante, et inadaptée pour apporter les précisions attendues dans la délimitation des régimes de cession. Ces incohérences, au regard de la problématique qui nous mobilise, proviennent de l'inadéquation de la notion d'intérêt à agir qui guide ces démarches (a), ainsi, encore une fois, que de l'absence de toute obligation faite aux juges de procéder à une vérification conceptuelle des ensembles cédés (b)

a) Concernant la notion d'intérêt à agir

La perception jurisprudentielle de l'intérêt à agir contribue à rendre délicate l'intervention des juges sur la question de la distinction des modes de cession du fonds de commerce au cours de la liquidation judiciaire. La jurisprudence détache en effet le bien-fondé de l'action de l'intérêt

⁴⁰¹ Cass. Com., 11 février 2014, *préc.*

à agir⁴⁰² du demandeur. De plus la jurisprudence insiste sur l'appréciation souveraine par les juges du fond de cet intérêt⁴⁰³.

La position de la jurisprudence sur la question de l'intérêt à agir du repreneur évincé est ancienne et constante. Elle a traversé les différentes réformes de la matière sans être écornée. La Haute Juridiction nie, au travers d'une jurisprudence constante, la prétention des repreneurs évincés à soutenir au sens des articles 4 et 31 du Code de procédure civile⁴⁰⁴. Cette position de la Haute juridiction est constante depuis les origines du droit des procédures collectives. Dans le cadre de la loi de 1967, les jugements rendus conformément à l'article 88 de cette loi n'étaient ainsi pas plus susceptibles d'appel⁴⁰⁵. Sous le régime de la loi de 1985, les jugements sur opposition aux ordonnances du juge-commissaire rendues sur le fondement des anciens articles L. 622-16, L. 622-17 et L. 622-18 du Code de Commerce n'étaient pas non plus susceptibles d'appel de la part des repreneurs éconduits⁴⁰⁶.

Enfin, sous le régime de la loi de 2005 (antérieure aux entrées en vigueur de l'ordonnance du 18 décembre 2008 et du décret du 12 février 2009), les jugements sur opposition aux ordonnances du juge-commissaire rendus sur le fondement des articles L. 642-18 et L. 642-19 du Code de Commerce n'étaient pas non plus susceptibles d'appel⁴⁰⁷ de la part du repreneur

⁴⁰² Cass. Civ., 1^{re}, 17 mai 1993, pourvoi n° 91-15761 : Bull. 1993. I, n° 169

⁴⁰³ Ainsi qu'il résulte d'une jurisprudence ancienne, voir Cass. Civ., 1^{re}, 4 novembre 1980, pourvoi n° 79-13554, Bull. 1980, I, n° 279

⁴⁰⁴ Dans le sens d'une irrecevabilité du candidat repreneur à se pourvoir en cassation dans le cadre d'un plan de redressement, voir Cass. Com., 22 mars 1988, pourvois n° 87-15901, 87-15902, Bull. 1988, IV, n° 113, p. 79 ; Dans le sens d'une irrecevabilité du même candidat à former un appel nullité, dans le cadre d'une cession de gré à gré réalisée en phase de liquidation judiciaire, voir Cass. Com., 3 déc. 2003, pourvoi n° 00-20298, Bull. 2003, IV, n° 193 p. 217

⁴⁰⁵ Voir à ce titre l'ancien article 103, al. 5

⁴⁰⁶ Voir à ce titre l'ancien article L. 623-4, al. 2

⁴⁰⁷ Voir à ce titre l'ancien article L661-5 du Code de Commerce

évincé. Les seuls appels et pourvois envisageables, hors des appels nullité ouverts en cas d'excès de pouvoir, sont alors réservés au Ministère Public⁴⁰⁸. Il faut cependant nuancer cette position intransigeante⁴⁰⁹ de la Cour de Cassation, les juridictions du fond résistant à cette jurisprudence, en accueillant parfois ces recours sur lesquels elles statuaient souvent en dernier ressort, du fait des restrictions procédurales sus évoquées. Ces demandes étaient en effet accueillies afin de permettre l'amélioration de l'offre réalisée, dans la perspective d'un désintéressement plus efficace des créanciers⁴¹⁰.

L'analyse d'un arrêt rendu par la Cour d'Appel de Versailles⁴¹¹ illustre les conséquences néfastes que fait peser l'intérêt à agir sur le contrôle de la cession d'un fonds de commerce opérée par le truchement d'une cession de biens isolés. Elle ne fait donc que reconduire sous le nouveau régime découlant de l'ordonnance du 18 décembre 2008 et du décret du 15 février 2009⁴¹² les solutions antérieurement admises. On peut regretter que la sévérité de telles décisions soit nuisible à l'intérêt des créanciers, et soit également préjudiciable à la recherche d'une solution définitive à la problématique qui nous occupe. Les faits, banals, étaient ici les suivants : Par jugement du 18 mars 2011, le tribunal de commerce de Pontoise avait ouvert une procédure de liquidation judiciaire. Deux offres avaient alors été présentées concernant la reprise d'éléments dans le cadre d'une vente de gré à gré. Les deux repreneurs potentiels s'étaient présentés à l'audience du juge commissaire du 10 juin 2011 et avaient amélioré leurs offres. Par ordonnance du 10 juin 2011, le juge-commissaire avait autorisé la vente de gré à gré pour l'ensemble des actifs subsistants au profit de la société CVM.

⁴⁰⁸ Cass. Com, 22 mai 2012, pourvoi n°11-12015, Bull. 2012, IV, n° 108

⁴⁰⁹ Cass. Com., 28 avril 2009, pourvoi n° 07-18715, Bull. 2009, IV, n° 57

⁴¹⁰ Voir GOURDAIN (P.), *La contestation des ordonnances du juge-commissaire en matière d'autorisation de cession*, D. 2011, p.114. L'auteur regrette que ces « oppositions-surenchères » aient été condamnées dès 1985 par la Haute-Juridiction, et que cette exclusion ait été consacrée par le décret du 12 février 2009, au risque de « *léser gravement les intérêts financiers des créanciers des liquidations judiciaires* ».

⁴¹¹ CA Versailles, 13^e Chambre, 24 mai 2012, RG n°11/04803. Voir également sur des faits similaires CA Amiens, Ch. Eco., 10 janvier 2012, RG n° 11/03468.

⁴¹² Solution déjà évoquée par un arrêt CA Paris, pôle 5, ch. 8, 16 novembre 2010, RG n° 10/18922

Le repreneur évincé interjetait alors appel de l'ordonnance du juge commissaire. Il argumentait que le fondement de l'ordonnance prise par le juge-commissaire était erroné dans la mesure où les actifs cédés formaient bien une entreprise au sens de l'article L642-1 du Code de Commerce, et devaient donc être cédés sous ce régime. Cependant, cet argumentaire ne prospère pas plus dans le cadre d'un appel formé sur le fondement de l'article L642-37-3 du Code de Commerce que dans le cadre sus évoqué de l'appel formé sur le fondement de l'article L661-6 III du Code de Commerce. La Cour d'Appel décide en effet que « *l'auteur d'une offre d'acquisition d'un actif d'un débiteur en liquidation judiciaire, n'ayant aucune prétention à soutenir au sens des articles 4 et 31 du code de procédure civile, n'est pas recevable à exercer ce recours contre la décision du juge-commissaire ordonnant la vente au profit de l'auteur d'une offre concurrente.* »

Le fondement préalable à l'action, soit l'intérêt à agir, est restrictivement interprété. On ne peut que regretter que la convergence du bien-fondé de l'action et de l'intérêt à agir ne soient pas perçus avec plus de bienveillance par les juges d'appel. Un nombre non négligeable des pourvois formés à l'encontre d'ordonnance de juges-commissaires, concernant la délimitation des régimes de cession du fonds de commerce en liquidation judiciaire, reste en effet à l'initiative des repreneurs dont l'offre n'a pas été retenue. Il faut par exemple que la qualité de repreneur évincé se double du statut d'épouse en communauté de biens du débiteur cédé pour que le fond de la demande prévale⁴¹³ et aboutisse à une sanction d'un dévoiement dorénavant si répandu.

b) Concernant le pouvoir d'interprétation des juges

Une fois écarté par la Cour l'argument d'irrecevabilité de l'action pour absence d'intérêt à agir, peut alors s'ouvrir le débat sur la justesse de la qualification du régime de cession retenu par l'ordonnance du juge-commissaire. Mais là encore les voies de recours actuellement applicables admettent rapidement leurs limites, principalement en raison du pouvoir d'interprétation du juge, insuffisamment encadré.

Comme dans le cadre des recours attachés à la mise en place du plan de cession, une disposition particulière au sein des articles déterminant les voies de recours, obligeant les juges à procéder

⁴¹³ CA Poitiers, 11 février 2014, *préc.*

à la vérification du bien-fondé du régime de la cession, nous paraît là encore indispensable, afin que le fond de tels dossiers puisse être évoqué, et les dérives sanctionnées. On ne peut placer sur le même plan les conséquences particulières à chacun des intervenants du mode de cession retenu, qui nécessitent effectivement une restriction afin de juguler le nombre de pourvois, et le choix du mode de cession lui-même.

Un arrêt rendu par la Cour d'Appel de Chambéry le 19 février 2013⁴¹⁴ synthétise nos reproches. Les faits évoqués devant la Cour sont ici particulièrement évocateurs. En l'espèce, le fonds de commerce d'un centre équestre mis en liquidation judiciaire avait été cédé selon la technique de la vente de gré à gré, englobant le bail attaché à l'exploitation. L'ordonnance autorisant cette cession ayant été rendue par le juge commissaire, le bailleur formait appel de cette décision selon les dispositions de l'article R632-37-3 du Code de Commerce.

Le bailleur arguait que la cession lui ayant été notifiée, et le contrat le concernant ayant été transféré sans le consulter, il présentait bien un intérêt à agir au sens de l'article 31 du Code de Procédure Civile. En conséquence, il demandait l'annulation de l'ordonnance rendue par le juge-commissaire au motif que la cession du fonds de commerce constituait en réalité une cession d'entreprise au sens de l'article L642-1 du Code de Commerce, et qu'à ce titre, il devait être fait application de l'alinéa 3 de cet article, qui prévoit qu'en cas de cession d'un bail rural, celui-ci doit prioritairement être attribué au bailleur ou à l'un des proches évoqués par les dispositions de l'article, ou à une personne désignée par celui-ci⁴¹⁵.

L'argumentaire était adroit mais nécessitait, pour le voir aboutir, la reconnaissance successive par la Cour de deux conditions préalables. Tout d'abord, que la cession opérée constituait bien une cession d'entreprise. Ensuite que le bail cédé sous le régime de cette cession d'entreprise

⁴¹⁴ CA Chambéry, Ch. Civ., 19 février 2013, RG n° 13/00031

⁴¹⁵ Article L642-1 al 3 : « *Lorsqu'un ensemble est essentiellement constitué du droit à un bail rural, le tribunal peut, sous réserve des droits à indemnité du preneur sortant et nonobstant les autres dispositions du statut du fermage, soit autoriser le bailleur, son conjoint ou l'un de ses descendants à reprendre le fonds pour l'exploiter, soit attribuer le bail rural à un autre preneur proposé par le bailleur ou, à défaut, à tout preneur dont l'offre a été recueillie dans les conditions fixées aux articles L. 642-2, L. 642-4 et L. 642-5. Les dispositions relatives au contrôle des structures des exploitations agricoles ne sont pas applicables. Toutefois, lorsque plusieurs offres ont été recueillies, le tribunal tient compte des dispositions des 1° à 4° et 6° à 9° de l'article L. 331-3 du code rural et de la pêche maritime.* »

était bien un bail rural. La logique du raisonnement commandait par ailleurs que les deux éléments soient constatés dans cet ordre afin de conférer à l'argumentaire sa pleine efficacité, la circonstance que le bail soit bien qualifié de rural n'ayant aucune conséquence dans le cadre d'une cession de biens de gré à gré, l'article 641-2 alinéa 3 du Code de Commerce ne pouvant dans ce cas trouver application.

La décision paradoxale rendue par la Cour d'Appel de Chambéry provoque la perplexité. Dans un premier temps, la Cour se penche sur l'intérêt à agir du bailleur. Elle situe donc logiquement son analyse en regard de l'article R642-37-3 du Code de Commerce, et non de l'article L661-6 du même code, ainsi que cela avait pu être argumenté en défense, *« puisqu'il ne s'agit pas de l'appel d'un jugement arrêtant un plan de cession »*. Elle constate ensuite l'intérêt du bailleur à agir, dans la mesure où : *« la vente ordonnée affecte ses droits, ce qui est le cas en l'espèce puisque le droit au bail fait partie des éléments cédés avec le fonds »*.

C'est ensuite que le raisonnement développé par les juges surprend. La Cour d'Appel va procéder à l'analyse du bail concerné. Elle va fort justement considérer que *« l'article 38 paragraphe 1 de la loi du 23 février 2005, ayant ajouté aux activités devant être qualifiées d'agricoles les activités de préparation et d'entraînement des équidés domestiques en vue de leur exploitation, est inapplicable en la cause, puisque le bail dont il s'agit, toujours en cours, remonte à 2003 »*. Pour écarter définitivement la qualification de bail rural, elle va ensuite constater que le centre exerçait une activité commerciale de centre équestre, cours d'équitation, pension de chevaux, qu'à ce titre, l'entreprise était immatriculée au R.C.S, et qu'en dehors de ces activités, il n'était pas démontré que le centre *« aurait principalement exercé des activités correspondant à la maîtrise et à l'exploitation d'un cycle biologique de caractère animal et constituant une ou plusieurs étapes nécessaires au déroulement de ce cycle, au sens de l'article L 311-1 du code rural »*. En conséquence le bail discuté était donc bien un bail de nature commerciale.

Cependant, ainsi que nous l'avons fait remarquer plus haut, la prise en compte du caractère éventuellement rural du bail ne vaut que si l'on se situe dans le cadre d'une cession d'entreprise. Or en l'espèce, la Cour ne procède à aucune analyse préliminaire pouvant mener à une requalification des faits. C'est en ceci que la décision rendue est paradoxale. Pourquoi procéder à l'analyse du bail si le pré requis permettant de donner sa force aux conclusions pouvant éventuellement s'en suivre est absent ?

La Cour se contente ici, une fois le caractère commercial du bail constaté, de confirmer l'ordonnance rendue par le juge commissaire en ces termes laconiques : « *Attendu que l'ordonnance entreprise qui a retenu l'offre la plus appropriée, aux termes de motifs que la cour adopte, sera entièrement confirmée* ». Aucune remise en cause du mécanisme ayant permis la réalisation n'est exécutée, alors pourtant que cet élément était abordé au sein des conclusions de l'appelant.

L'analyse de la légitimité du mode de cession emprunté est ici, une fois encore, escamotée. Il nous semblait pourtant du devoir du juge de contrôler la qualification des faits de l'espèce, quitte à débouter ensuite le demandeur de ses prétentions au motif que le bail mentionné se révélait bien être un bail commercial. Mais cette conclusion devait à notre sens nécessairement faire suite à une analyse du bien-fondé du régime de cession choisi.

Cet arrêt illustre parfaitement les reproches que nous nourrissons à l'encontre de la législation actuelle. Si les restrictions des voies de recours sont une contrainte majeure à la résolution de notre problématique, ou tout du moins à son appréhension par la jurisprudence, le manque de précision des textes guidant les démarches du juge en amoindrit encore la probabilité.

II) Les recours-nullité

Les carences évoquées des voies de recours invocables en droit commun handicapant le traitement de notre problématique, et compromettant un peu plus la crédibilité des régimes de réalisation des actifs, on eut pu penser que la voie alternative des recours-nullité aurait permis de compenser ces affres⁴¹⁶. Las, cette voie de recours connaît également des défaillances irrémédiables, du fait d'un fonctionnement spécifique parfois cryptique (A), qui interdit de présenter cette solution comme une alternative fiable. Aussi ne permet-elle pas de satisfaire aux exigences de notre problématique, que cela soit dans le cadre du plan de cession (B), ou dans le cadre de la cession de biens isolés (C).

A) Fonctionnement des recours-nullité

Les recours-nullité constituent une voie de recours au fonctionnement particulier, détaché des exigences des textes légaux (1). Mais s'ils sont émancipés des principes habituellement applicables aux voies de recours, ils restent néanmoins régis par un régime propre, qui s'adapte comme le précédent aux impondérables du droit des entreprises en difficulté (2).

1) Notion d'excès de pouvoir

Les recours de droit commun prévus par le Code de Commerce ne sont pas les seuls actionnables par les justiciables. La jurisprudence a progressivement accueilli la possibilité, pour certaines parties à la procédure, de former des « recours-nullité » non prévus par les textes, afin de poursuivre en annulation les jugements de cession d'entreprise, ainsi que les ordonnances du juge-commissaire prononçant la cession de gré à gré⁴¹⁷. Cette possibilité

⁴¹⁶ Un auteur commente à ce sujet que, si la jurisprudence a ouvert la « brèche » des recours-nullités dans le cas des excès de pouvoir, c'est parce que les dispositions rigoureuses régissant les voies de recours de droit commun étaient « *mal acceptées par la pratique et pouvaient se révéler dommageables compte tenu des pouvoirs considérables du tribunal* ». Voir PETEL (P.), *op. cit.*, *supra* note n° 6

⁴¹⁷ On évoquera ici le débat terminologique concernant ce type de recours. Monsieur le Professeur Cagnoli réfute cette appellation en invoquant deux arguments complémentaires. D'une part, ces recours ne sont pas les seuls à permettre l'annulation d'une décision juridictionnelle, puisqu'ils partagent cette caractéristique avec les recours de droit commun. De plus, ces recours n'ouvrent pas « *loin s'en faut* » uniquement droit à la nullité de la décision

apporte une souplesse bienvenue, qui ne peut qu'être profitable pour bannir l'arbitraire au sein des décisions rendues.

Pourtant les conditions de sa recevabilité, ainsi que le manque de précision concernant les modalités de sa mise en œuvre, ne peuvent suffire à permettre la sécurisation complète des différents régimes de cession applicables lors des cessions de fonds de commerce. L'exercice des recours-nullité, dans le cadre des cessions opérées lors des réalisations d'actifs en liquidation judiciaire⁴¹⁸, est intimement lié à la perception du contenu de la notion d'excès de pouvoir dans ce domaine particulier du droit. Il est donc indispensable de détailler préalablement les caractéristiques de ce dernier.

L'excès de pouvoir peut se définir comme la conduite d'un juge qui excède ses attributions légales dans le cadre d'une décision de justice⁴¹⁹. Un tel comportement, selon les règles de procédure civile, ouvre au justiciable le droit à l'invocation d'une voie de recours d'origine prétorienne, le recours nullité, afin de voir annuler la décision contestée. Les jugements rendus par le tribunal, ainsi que les ordonnances prononcées par le juge-commissaire, sont susceptibles de faire l'objet d'un recours-nullité. Ce dernier peut donc, en théorie, se révéler un auxiliaire précieux pour permettre la sanction d'un dévoiement de procédure.

attaquée. Aussi l'auteur propose-t-il la dénomination de « *recours restaurés* », à laquelle nous souscrivons. Cependant, cette dénomination n'étant pas d'usage courant, nous conserverons au sein de nos développements l'usage des termes de « recours-nullité ». Voir CAGNOLI (P.), *op. cit.*, *supra* note n° 265, pp. 392-393, n°s 476-477

⁴¹⁸ Les recours nullité peuvent être invoqués non seulement dans le cadre d'un excès de pouvoir, mais également dans le cadre de « *la méconnaissance par le juge d'un principe essentiel de procédure* », comprenant principalement la violation des principes directeurs du procès (notamment la règle du contradictoire), ainsi que des règles fixant la composition du tribunal. Ce pan des recours-nullités ne permettant pas le traitement de notre problématique, nous nous cantonnerons aux recours fondés sur l'excès de pouvoir. Voir CAGNOLI (P.), *loc. cit.* et les références jurisprudentielles citées.

⁴¹⁹ Mr le Professeur Cagnoli définit ceux-ci comme « *la prise de décision que ne peut se permettre un juge, quel qu'il soit* », et subdivise ces excès de pouvoir en deux catégories distinctes, l'excès de pouvoir général, et l'excès de pouvoir pour violation d'une règle substantielle, le premier désignant comme le « *dépassement du pouvoir juridictionnel de tout juge* », le second la violation d'une « *règle de fond* ». Dans notre cas, le second type d'excès de pouvoir est concerné. Voir CAGNOLI (P.), *Ibid.*, pp.402-414.

2) Un usage soumis aux impératifs de la procédure collective

Confronté aux ambitions particulières du droit des procédures collectives, l'excès de pouvoir apparaît dès lors comme le siège d'intérêts antagonistes⁴²⁰. D'une part, l'excès de pouvoir est vecteur d'instabilité, et de déperdition de la sécurité juridique. Il doit donc à ce titre être sanctionné, sous peine de porter atteinte à la légitimité du système judiciaire, et de créer de l'insécurité juridique.

D'autre part, l'objectif affiché de la procédure collective est la préservation de l'entreprise en difficulté. La rapidité d'intervention des organes de la procédure constitue un impondérable afin de satisfaire cette ambition. Elle doit nécessairement être favorisée pour permettre une action efficace des procédures adoptées. Cette exigence de célérité peut avoir pour conséquence de limiter dans certains cas l'accès aux voies de recours afin de ne pas préjudicier prématurément aux mesures de consolidation ou de sauvetage des entreprises en cours⁴²¹.

Ces deux positions antagonistes sont ménagées par la jurisprudence. Les modalités d'invocation des recours-nullités sont donc assorties de conditions visant à en limiter l'usage, afin que cette possibilité ne se transforme pas en voie de recours alternative et systématique. Tout d'abord, les délais dans lesquels sont enfermés l'exercice des recours nullités sont calqués sur ceux qui sont habituellement applicables aux recours prévus par la loi. Ainsi l'appel devra être interjeté dans un délai de dix jours à compter de la notification du jugement contesté, et le pourvoi devra quant à lui être formé dans les deux mois de la signification de l'arrêt critiqué.

⁴²⁰ Voir VALLANSAN (J.) ET CAGNOLI (P.), *Clarification des voies de recours ouvertes à compter du 15 février 2009*, RPC, n°5, Septembre 2010, étude 26 : « On sait que l'objectif de la réglementation des voies de recours dans le cadre du droit des entreprises en difficulté est de concilier deux impératifs contradictoires : restreindre les voies de recours (et réduire les délais) afin de ne pas retarder l'issue de la procédure qui en principe a pour souci de trouver une solution pour l'entreprise, et respecter les droits de la défense. »

⁴²¹ BERNARDINI (L.), *L'excès de pouvoir dans les procédures collectives*, PA, n° 239, 28 novembre 2008, p. 21, spéc. n°3 : « L'efficacité des procédures collectives peut alors conduire à empêcher une multiplication des actes de procédure et par conséquent l'accès aux voies de recours, limitant ainsi la protection des victimes d'excès de pouvoir. »

Ensuite, l'excès de pouvoir ne peut être invoqué que lorsque le recours qui en fait mention présente un caractère subsidiaire. Qu'entend-on par-là ? Que le justiciable qui dispose d'une voie de recours-réformation ne pourra dans ce cas obtenir la validation d'un recours-nullité, puisqu'il n'a pas utilisé toutes les voies de recours légalement prévues. La jurisprudence a pu cependant préciser que la fermeture d'une voie de recours légale à une certaine catégorie de justiciables ne pouvait être supposée, ou déduite du silence d'un texte. Une telle interdiction ne peut découler que d'une formulation explicite⁴²². Aussi peut-on en déduire que pour que le recours-nullité puisse être envisagé par un justiciable, il faut inévitablement que ce dernier se soit vu interdire l'exercice des autres voies de recours.

B) Dans le cadre du plan de cession de l'entreprise de l'article L642-1 du Code de Commerce

La législation encadre, de manière sévèrement restrictive, les possibilités d'appel et de pourvoi à l'encontre des jugements décidant de la tenue des plans de cession de l'entreprise. Sous l'empire des textes antérieurs, les restrictions étaient, cependant, encore plus affirmées. La rédaction de l'article 174 de la loi du 25 janvier 1985 était ainsi plus intransigeante que celle des incarnations successives de l'article L661-6 du Code de commerce. L'article 175, prévoyait quant à lui, au sein de son alinéa 2, tout comme l'actuel article L661-7 du Code de commerce, que *« le pourvoi en cassation n'est ouvert qu'au ministère public à l'encontre des arrêts rendus en application des quatrième et cinquième alinéas de l'article 174.*

Si la jurisprudence a longtemps appliqué de manière implacable et intransigeante les restrictions textuelles, et refusé tout recours émanant d'une autre partie que celles prévues par les textes sus visés⁴²³, elle s'est considérablement assouplie en permettant à certaines parties de former des recours-nullité (appels et pourvois) contre les décisions rendues dans le cadre des cessions

⁴²² Cass. com., 5 mai 2004, pourvoi n° 01-16758, Bull. 2004, IV, n° 83, p. 87, D. 2004, AJ, p. 1734. Cet arrêt a précisé, à propos de l'ouverture de l'appel contre un jugement de clôture des opérations de cession, que le silence du législateur ne pouvait s'interpréter que comme une ouverture à l'appel réformation, entraînant donc l'interdiction de former un recours-nullité.

⁴²³ Cass.Com., 22 mars 1988, *préc*

d'entreprise⁴²⁴. Cette évolution était appelée par certains auteurs⁴²⁵, mais elle reste actuellement insuffisante pour permettre un contrôle satisfaisant des décisions rendues, et pour garantir une qualification efficace des biens cédés dans le cadre du plan de cession.

Ainsi, le caractère subsidiaire du recours-nullité (1), ainsi que les ambiguïtés attachées à la notion d'excès de pouvoir (2), lestent cette voie de recours d'obstacles s'opposant, dans le cadre des cessions de fonds de commerce effectuées en plan de cession, à un traitement efficace de notre problématique.

1) Subsidiarité du recours-nullité

Le premier obstacle à l'utilité du recours-nullité afin de sanctionner les dévoiements du plan de cession, dans le cadre des cessions de fonds de commerce, vient de ce que ce recours ne peut être invoqué que subsidiairement⁴²⁶. Aussi, les parties mentionnées à l'article L661-6 du Code de Commerce ne peuvent théoriquement pas former d'appel-nullité afin de voir annuler le jugement litigieux. Un arrêt rendu par la Cour d'Appel de Versailles en date du 16 juillet 2010⁴²⁷ confirme cette impossibilité.

⁴²⁴ Voir notamment Cass. Com., 9 juin 1992, pourvoi n° 90-14905, inédit : D. 1992. IR.228, qui déterminait qu'« attendu que l'arrêt attaqué a statué sur l'appel formé contre un jugement arrêtant le plan de cession de l'entreprise en redressement judiciaire ; qu'un tel arrêt n'est pas susceptible de pourvoi en cassation en vertu de l'art. 175 de la loi du 25 janv. 1985, si ce n'est en cas d'excès de pouvoir ».

⁴²⁵ Un auteur faisait justement remarquer qu'au vu caractère éminemment limitatif des possibilités d'appel, il était en conséquence « opportun de suppléer à la vigilance du parquet ». Voir DERRIDA (F.), *À propos des plans de cession de l'entreprise : dévoiement de procédure*, Commentaire sous CA Paris, 23 juillet 1992, D. 1992, p. 301.

⁴²⁶ A l'instar de la tierce opposition, voir Cass, 1^{ère} Civ., 14 mai 2014, pourvoi n°12-35035, Bull. 2014, I, n° 92

⁴²⁷ CA Versailles, 13^e Chambre, 16 juillet 2010, RG n° 09/05463. Dans cette espèce un recours pour excès de pouvoir avait été formé conjointement par le liquidateur et le Ministère Public contre un jugement rendu par le Tribunal de Commerce de Pontoise ayant arrêté un plan de cession d'une entreprise. Il était argumenté que le périmètre des biens cédés ne pouvait convenir à la tenue d'une cession d'entreprise sous ce régime. Le ministère public disposant du recours de droit commun, il avait été déclaré irrecevable à former un appel-nullité.

En sus de cette subsidiarité, il faut également préciser que toutes les personnes privées de voies de recours légalement prévues ne peuvent pour autant porter un recours devant les Cour d'Appel sur le fondement d'un appel nullité. Le repreneur évincé ne peut pas plus se fonder sur un excès de pouvoir pour espérer voir annuler un plan de cession ou une ordonnance de juge commissaire⁴²⁸. La notion d'intérêt à agir garde ici toute sa force.⁴²⁹

Il faut également préciser que la notion d'intérêt à agir dépend de la reconnaissance qui en est faite par le juge. Cette notion fait de plus obstacle à la possibilité pour le repreneur évincé de former une tierce opposition, qui répond aux mêmes exigences que l'appel nullité sur ce point⁴³⁰. On notera cependant que certaines parties se sont vues reconnaître très récemment encore la possibilité de former un appel nullité dans le cadre d'une cession d'entreprise opérée dans le cadre des procédures collectives⁴³¹.

⁴²⁸ Solution déjà ancienne, voir Cass. com., 8 novembre 1988, pourvoi n° 87-18077, Bull. 1988, IV, n° 295 ; Cass. com., 2 avril 1996, pourvoi n° 94-13.201, Bull. 1996, IV, n° 109

⁴²⁹ Cass. Com., 14 décembre 2010, pourvoi n° 10-17235, Bull. 2010, IV, n° 202

⁴³⁰ Cass. com., 27 mars 2012, pourvoi n° 11-10139, inédit, qui décide que la tierce opposition ne peut être exercée par le repreneur évincé contre les jugements arrêtant un plan de cession, pas plus qu'il ne peut former un appel nullité de la décision décidant d'écarter toute offre de reprise pour préférer une continuation de l'activité par voie de cession interne à l'entreprise.

⁴³¹ Cass. com., 17 février 2015, pourvoi n° 14-10279, Bull. 2015, IV, n° 36, reconnaissant au comité d'entreprise la possibilité de former un appel-nullité contre les décisions validant le plan de cession de l'entreprise en procédures collectives. Un commentateur indique, pour combler le laconisme de la formulation de l'attendu, que cette possibilité est octroyée, « *c'est, peut-être, parce qu'elle considère que les intérêts des salariés sont plus immédiatement concernés par le jugement de cession que ne le sont ceux du repreneur évincé ou du créancier inscrit.* ». Voir CAGNOLI (P.), *Jugement de cession et appel pour excès de pouvoir*, RPC n° 4, Juillet 2015, comm. 84. Pour un autre, c'est l'obligation légale d'entendre les représentants du comité préalablement à la cession, formulée à l'article L642-5 du Code de Commerce, qui justifient l'octroi de cette nouvelle possibilité. Voir DE LAJARTE-MOUKOKO (C.), *Le comité d'entreprise peut-il faire appel-nullité du plan de cession ?* Bull. Joly Ent. Diff, n° 4, 01 juillet 2015, p. 245

2) Ambiguïté de la notion d'excès de pouvoir dans le cadre du plan de cession

Le dernier obstacle, en même temps que le plus préjudiciable à la résolution de notre problématique, provient de la qualification de la notion d'excès de pouvoir, dont la constatation déclenche la possibilité de former un recours nullité. Un Juge commettant un excès de pouvoir, selon les expressions généralement retenues par la jurisprudence, « *sort des limites de ses attributions* », ou encore « *méconnaît l'étendue de ses pouvoirs* ». Mais cette définition imprécise⁴³² pose difficulté, et ajoute une interrogation supplémentaire sur un point qu'il aurait fallu indiscutable et précis.

L'arrêt sus-évoqué rendu par la Cour d'Appel de Versailles⁴³³ nous permet ici de préciser en quoi la notion même d'excès de pouvoir peut ici représenter un obstacle. Les faits sont révélateurs : la société Les 3 D avait présenté une offre globale relative aux sociétés CJD Poiret et Poiret SAV, qui avaient pourtant fait l'objet de procédures collectives distinctes. Le tribunal avait requalifié la partie de l'offre relative à la reprise des véhicules appartenant à la société SAV en reprise d'actifs isolés, et statué sur celle-ci.

Le Ministère public et le liquidateur avait alors interjeté appel-nullité de cette décision, se fondant sur l'excès de pouvoir. Il était argué que seul le juge commissaire disposait des pouvoirs nécessaires pour statuer sur la reprise d'actifs isolés. On pouvait légitimement penser que ce jugement représentait bien une méconnaissance de l'étendue des attributions des juges, ou encore que les juges du fonds étaient bien sortis des limites de leurs attributions.

⁴³² Sous l'ancien régime légal découlant de la loi du 25 janvier 1985, certains arrêts ne précisaient déjà pas en quoi la démarche de la partie qui s'était pourvue en cassation ne correspondait pas à la notion d'excès de pouvoir. Dans un arrêt Cass. Com., 28 mai 1996, pourvoi n° 94-15.501, inédit, le débiteur ayant fait l'objet d'un plan de cession s'était pourvu en cassation pour obtenir l'annulation d'un plan de cession qu'il accusait de camoufler une simple vente d'immeubles. On se souvient que sous l'ancien régime légal, l'article 174 ne permettait pas au débiteur de former appel ou pourvoi à l'encontre des jugements arrêtant un plan de cession. Aussi la voie de l'appel-nullité était-elle la seule envisageable. La Haute Juridiction rejette cependant le pourvoi en indiquant que « *la critique formulée par les sociétés débitrices à la supposer fondée n'est pas de nature à faire obstacle à l'irrecevabilité de leur recours* ».

⁴³³ CA Versailles, 13^e Chambre, 16 juillet 2010, RG n° 09/05463, *préc.*

Mais l'arrêt rendu surprend en ce qu'il rejette la demande d'annulation pour excès de pouvoir du liquidateur, seul habilité à agir dans le cadre d'un appel nullité. La motivation de la décision mérite d'être reportée : « *Mais considérant que la notion d'excès de pouvoir doit s'entendre comme la méconnaissance par les premiers juges de l'étendue de leurs pouvoirs juridictionnels. Que le grief fait au tribunal de commerce de Pontoise relève d'une divergence d'appréciation ou d'une mauvaise application de la loi, mais en aucun cas cette juridiction, en arrêtant un plan de cession en retenant l'offre de la sociétés les 3D n'a méconnu ses pouvoirs juridictionnels ; qu'à défaut d'un excès de pouvoir, l'appel nullité est irrecevable.* »

On perçoit bien ici, à notre sens, que la notion d'excès de pouvoir est elle-même trop sujette à l'interprétation et à la controverse pour constituer un moyen de contrôle sûr de la qualification des opérations de cession. La question de l'analyse de ces opérations est centrale. Quand bien même la décision du tribunal résulterait-elle d'une divergence d'appréciation des faits ou d'une méconnaissance de l'étendue de leurs pouvoirs, à partir du moment où la méconnaissance de leurs attributions par les juges est constatée, l'excès de pouvoir nous semble constitué. En l'espèce, le tribunal s'est bel et bien prononcé sur la cession d'éléments qui échappent à ses pouvoirs juridictionnels. Cela n'est du reste nullement nié par la Cour d'Appel. La circonstance que cette erreur soit volontaire ou pas nous semble ici accessoire.

C) Dans le cadre des cessions effectuées sous le régime de l'article L642-19 et du Code de Commerce

La difficulté soulevée dans le cadre de l'application du régime de la cession d'entreprise est ici reconductible. Les notions de subsidiarité et d'intérêt à agir sont donc également déterminantes dans la mise en œuvre éventuelle d'un appel-nullité formé à l'encontre d'une cession réalisée par voie d'ordonnance. Néanmoins, la rédaction de l'article R642-37-3 du Code de Commerce rend encore plus restrictive la pratique de cette voie de recours.

Cette constatation est surprenante dans la mesure où la rédaction initiale de l'article L661-5 du Code de Commerce, au moment de la publication de la loi de sauvegarde de 2005, prévoyait que les ordonnances du juge-commissaire étaient susceptibles d'un recours devant le tribunal, et que le jugement de ce dernier n'était susceptible d'appel et de pourvoi en cassation que de la part du ministère public. Elle reprenait les prescriptions antérieures de l'ancien article L623-5

du Code de Commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi de sauvegarde⁴³⁴. L'article R642-37-3 du Code de Commerce, quant à lui, ne prévoit pas de limitation particulière du droit d'appel, ainsi que peut le faire l'article L661-6 du même code. Aussi l'appel de droit commun reste-t-il l'unique recours contre les décisions du juge commissaire, toute personne ayant un intérêt à agir pouvant former un appel de droit commun⁴³⁵. Le principe de l'intérêt à agir interdit au repreneur évincé, comme dans le cas de l'appel nullité formé à l'encontre du plan de cession, de former un appel nullité contre l'ordonnance du juge commissaire⁴³⁶.

Un autre arrêt⁴³⁷ illustre les conséquences des distinctions rédactionnelles présentes entre l'ancien article L661-5 du Code de Commerce et l'actuel article R642-37-3 du même code. Les faits dépeignent typiquement les situations parfois iniques qui en découlent. Un repreneur avait présenté une offre de reprise dans le cadre du régime de l'article L642-1 du Code de Commerce, en respectant les prescriptions de l'article L642-2 du Code de Commerce. Finalement le fonds de commerce avait été cédé de gré à gré à un autre repreneur sous le régime de l'article L642-19 du Code de Commerce, par ordonnance du juge commissaire, sans que le premier repreneur en ait été averti, ou qu'il ait été mis en mesure de présenter une offre pour le fonds de commerce. L'arrêt rendu déboute le repreneur évincé pour deux motifs. Il réprovoque d'abord toute prétention du demandeur au motif de l'intérêt à agir, constatant comme dans l'espèce précédente que l'appel nullité n'est ouvert qu'« *aux personnes qui ont été parties à la première instance* ». Le second motif retenu découle de la subsidiarité de l'action. La Cour précise en effet que

⁴³⁴ Cette évolution rédactionnelle a eu d'importantes conséquences sur la formation des appels-nullité. En effet, sous l'empire des textes antérieurs, La Cour de Cassation avait validé la possibilité de former un appel-nullité à l'encontre des ordonnances du juge-commissaire.

⁴³⁵ Ainsi, le liquidateur qui avait pu former valablement un appel nullité dans le cadre de la cession d'entreprise, comme l'illustre l'espèce dépeinte au sein de l'arrêt CA de Versailles du 16 juillet 2010, *préc.*, n'aurait pu, suivant ce raisonnement, former qu'un appel de droit commun dans le cadre d'une cession de gré à gré, faute de texte excluant le recours de droit commun à son encontre.

⁴³⁶ CA Amiens, Ch. Eco, 10 janvier 2012, *préc.* L'appel nullité formé par le repreneur évincé, visant à obtenir l'annulation de l'ordonnance du juge commissaire du fait que les biens cédés constituaient une entreprise et devaient de ce fait être cédés sous le régime de l'article L642-1 du Code de Commerce, ne peut aboutir, car il « *n'était pas partie à la première instance* ».

⁴³⁷ CA Versailles, 13ème Chambre, 22 avril 2010, RG n° 09/09994

« *considérant que l'appel-nullité est subsidiaire, si bien qu'il est également irrecevable au motif que l'appel de droit commun est le recours prévu par l'article R.642-37-3 à l'encontre de l'ordonnance du juge-commissaire faisant application de l'article L.642-19* ». On ne saurait trouver meilleure illustration des conséquences délétères de la restriction des voies de recours sur la sécurité juridique.

Cependant il faut noter que certains arrêts d'appel récents⁴³⁸ ont reconnu la possibilité de former un appel-nullité dans le cadre d'une cession de fonds de commerce exécutée sous l'égide de l'article L642-19 du Code de Commerce. La question n'ayant pas encore fait l'objet d'une décision de la Cour de Cassation sous le régime de l'article R642-37-3 du Code de Commerce dans sa rédaction actuelle, il faudra encore attendre pour connaître avec certitude les possibilités que recouvre la formation d'un appel-nullité dans ces circonstances.

⁴³⁸ CA Poitiers, 2^e Civ., 17 mai 2011, *préc.* Dans cette espèce, une ordonnance du juge-commissaire est annulée, après que la Cour ait qualifié d'excès de pouvoir la cession d'un fonds de commerce qui, au vu de l'analyse des éléments le composant, aurait dû se voir appliqué le régime du plan de cession, peu important en l'espèce que la poursuite d'activité n'ait pas été accordée.

Conclusion Partie I Titre II Chapitre II

Le contrôle judiciaire exercé par les juridictions responsables de la mise en œuvre des régimes de cession applicables aux fonds de commerce au moment de la réalisation des actifs en liquidation judiciaire présente les mêmes tares que celles présentées par le contrôle confié aux organes de la procédure. L'indigence des notions guidant ces procédures, conjuguée aux imprécisions de la loi dans la définition de la mission des juges, ne permet pas une sécurisation satisfaisante des cessions de fonds de commerce en cette phase de la procédure.

A ces insuffisances de fond s'ajoute une insuffisance de forme qui achève de paralyser toute initiative d'approfondissement de la crédibilité théorique des cessions opérées : l'impossibilité pour un grand nombre de justiciables, dans un nombre conséquent de cas, de porter devant leurs recours devant une juridiction compétente. Ces constatations commandent donc une réaction pour restaurer la sécurité juridique au sein de ces cessions.

Conclusion Partie I Titre II:

Les constatations réalisées au sein du présent titre sont, en ce qui nous concerne, sans appel. Les insuffisances pratiques, qu'elles soient d'ordre procédural ou judiciaire, interdisent un déroulement paisible, et surtout prévisible, des cessions de fonds de commerce dans le cadre des réalisations d'actifs en liquidation judiciaire. Cette conclusion amère est rendue inévitable par le cumul de deux handicaps, qui rendent inefficaces les prérogatives accordées aux organes de la procédure, tout comme les contrôles judiciaires invocables postérieurement à la tenue des cessions.

La logique nécessairement expéditive des cessions réalisées à ce stade de la procédure constitue un premier obstacle d'envergure. Ces dernières doivent respecter un rythme soutenu, motivé par la préservation de l'activité des ensembles de biens cédés, et la logique conceptuelle est donc inévitablement reléguée au second plan. Dans le cas de la cession de fonds de commerce, plus délicates car déjà lestées, on l'a vu, de défauts théoriques patents, un contrôle rigoureux aurait été nécessaire pour s'assurer de la cohérence des modes de cessions applicables. Mais la logique de célérité de la matière prime ici une fois encore, et oriente de manière défavorable les vérifications nécessaires.

Ensuite, le phénomène le plus délétère dans le cadre des cessions de commerce reste le fait que la spécificité de la transmission de ce type de biens n'ait pas été soulignée par le législateur. Les fonds de commerce étant les seuls ensembles de biens complexes potentiellement éligibles aux deux modes de réalisation des actifs, nous pensons que des directives particulières auraient dû être érigées par le législateur pour sécuriser au mieux leur transmission. Au premier rang de ces obligations devrait émerger la vérification de l'identité de l'ensemble cédé. Mais nulle trace d'une telle préoccupation n'émerge de l'analyse des prérogatives des organes de la procédure amenés à se prononcer au moment de leur cession. Bien au contraire, l'application sans nuance des buts poursuivis par la procédure, soient le maintien de l'activité, des emplois et le désintéressement des créanciers, se révèle, dans cet environnement particulier, accentuer les incohérences déjà relevées dans le premier titre.

Mais si les moyens de contrôle de la cession d'un fonds de commerce, lors de sa phase préparatoire, sont inadaptés, on constate malheureusement que les voies de recours invocables, et par là même les possibilités de soumettre notre problématique à l'examen des juges, ne permettent pas de rétablir la sécurité juridique. La particularité des cessions de fonds de commerce lors des réalisations d'actifs ne trouve, dans leur exercice, aucun écho. Pire, la mise en œuvre des voies de recours communément applicables, qu'elles soient dérogatoires ou de droit commun, s'oppose à l'appréhension de notre problématique par la jurisprudence.

Conclusion Partie I :

Les développements réalisés au sein de cette première partie mettent en lumière d'inquiétants angles morts conceptuels dans les notions gouvernant le déclenchement des modes de réalisation des actifs, lorsque ceux-ci appréhendent des universalités. La logique présidant à ces réalisations d'actifs, utilitariste par essence car exclusivement focalisée sur l'aspect économique des cessions, tend à perpétuer ces approximations, car elles apparaissent aux yeux du profane indifférentes à la réussite des opérations de cession.

Aussi ces approximations se doublent-elles d'un contrôle théorique insuffisant, et ce à tous les stades de la procédure. Les conclusions qui en découlent sont logiques et implacables. Lorsqu'un ensemble de biens siège d'une activité doit être cédé d'un seul tenant, l'interpénétration des régimes de cession d'actifs en liquidation est totale, et le dédoublement des modes de cession applicables permet en définitive au juge de disposer d'un choix dont il est normalement privé par la loi, la répartition des modes de cession n'étant pas potestative, mais bien soumise à l'identification de véritables concepts juridiques. Or les notions actuelles s'opposent, par leurs incohérences, à la sécurité juridique attendue, et ne peuvent remplir une telle fonction.

Cette tolérance coupable du législateur, si elle peut être perçue comme un blanc-seing donné au juge afin que ce dernier puisse exercer sa sagacité à l'égard des opérations soumises à son attention, sans qu'il soit par gêné aux entournures par des textes trop dirigistes, et qu'il puisse ainsi adapter le régime aux besoins de l'espèce, n'est pourtant pas sans conséquences fâcheuses. Privilégier à tout prix la poursuite de l'activité, si l'intention est louable, ne peut trouver de légitimité que si l'équité et la rigueur guident l'esprit du juge. Or actuellement, les approximations identifiées au sein de la présente partie sont sources d'instabilité juridique pour les personnes associées à l'activité de l'ensemble cédé, qui ne peuvent anticiper le régime de cession, et par conséquent les conséquences particulières de celui-ci sur leur situation propre.

La situation actuelle commande donc une révision des textes afin d'imposer la sécurité juridique lors des cessions de fonds de commerce en liquidation judiciaire.

Partie II) Propositions de réforme des régimes de cession applicables au fonds de commerce lors de la réalisation des actifs

Les développements précédents mettent en lumière une situation juridiquement contestable : les notions de fonds de commerce et d'entreprise tendent à se superposer progressivement lors des cessions exécutées sous le régime des procédures collectives, cette convergence conceptuelle atteignant son zénith au moment des réalisations d'actifs opérées en liquidation judiciaire. Cette confusion sape la pertinence des régimes de cessions applicables à chacune de ces notions. Les contrôles réalisés par les organes de la procédure, puis par les juridictions de l'ordre judiciaire sont de plus, on l'a vu, actuellement toujours insuffisants à pallier à ces défaillances conceptuelles.

Il nous appartient donc de tirer pleinement les conséquences des carences relevées jusqu'ici, et de proposer des pistes de réforme crédibles, et susceptibles de mettre fin à la situation actuelle. Nous nous attacherons donc au sein de cette seconde partie, dans un premier temps, à dégager et analyser les différentes hypothèses de réforme exploitables. Ne seront néanmoins débattues que celles qui permettraient enfin une justification théoriquement convaincante de la délimitation des régimes de cession applicables au fonds de commerce, dans le cadre de la liquidation judiciaire (Titre I). Une fois écartés les postulats inadéquats, nous détaillerons ensuite les avantages pratiques, pour les différentes parties à la cession, de cette rationalisation des régimes de cession applicables au fonds de commerce pour les (Titre II).

Titre I) Identification des axes de réforme

Le constat opéré au sein de la première partie appelle, nous le pensons, réflexion et réaction de la part du législateur. Deux catégories d'hypothèses se présentent objectivement pour porter un coup d'arrêt à ces dévoiements, et assainir le déroulement des cessions de fonds de commerce lors des réalisations d'actifs. Une hypothèse économe, ne nécessitant pas de réfection d'ampleur des régimes de cession, et qui permettrait le maintien du fonds de commerce au nombre des biens pouvant faire l'objet d'une cession de biens isolés, sous le régime de l'article L642-19 du Code de Commerce.

Si l'on ne peut affirmer sans abuser de la logique que l'entreprise cédée en plan de cession recouvre totalement les caractéristiques habituelles d'une entreprise en bonne santé financière, pour autant peut-il être envisagé de différencier cette dernière du fonds de commerce qu'elle abrite, et de maintenir un régime de cession dualiste en y apportant sécurité et cohérence ? (Chapitre I).

La seconde hypothèse, plus innovante et à notre sens plus objective, nécessite en revanche un remodelage beaucoup plus lourd de ces régimes de cession, et l'élaboration d'un régime unique, applicable uniformément à toutes les universalités de biens cédées lors des réalisations d'actifs, accompagnée de plus du retrait du fonds de commerce du domaine des cessions de biens isolés, régime dont l'existence et l'utilité ne sont bien sûr pas remises en cause (Chapitre II).

Chapitre I) Maintien d'un régime dualiste

L'hypothèse du maintien d'un régime dualiste de cessions, applicable aux universalités cédées lors de la réalisation des actifs, est de prime abord séduisante. Elle ménage les réflexes acquis depuis la mise en place du droit des entreprises en difficulté moderne, en conservant le principe de répartition binaire des cessions d'ensembles complexes de biens.

Cette démarche adapte, plutôt qu'elle ne bouleverse, la répartition existante des biens cédés. Néanmoins, des critères de démarcation fiables doivent être identifiés afin de surmonter les difficultés évoquées au sein de la première partie⁴³⁹. Le maintien d'un régime de cession dualiste applicable aux fonds de commerce exige indiscutablement une répartition infaillible des ensembles de biens appréhendés par la liquidation judiciaire⁴⁴⁰.

Aussi la confusion conceptuelle observée dans nos précédents développements doit-elle être impérativement surmontée. L'identification de caractéristiques propres au fonds de commerce, et à l'entreprise cédée en plan de cession (version transitoire de cette dernière, dont certaines des caractéristiques habituelles sont absentes, mais qui permettra la reconstitution de l'entreprise une fois la cession effectuée), et dont la reconnaissance déclenche l'application des régimes dédiés, doit impérativement être menée à son terme.

⁴³⁹ De nombreux auteurs conviennent de l'actualité de ce débat et de l'absence de solution unanime. Voir VINCENT (C.), *op. cit.*, *supra* note n° 278. : « Les auteurs sont partagés sur la ligne de démarcation entre plan de cession et cession d'actif. » Voir également MONSERIE-BON (M.-H.) ET AMIZET (B.), *op. cit.*, *supra* note n° 362. : « Ainsi, en l'absence de critère définitif et de pratique uniforme, il conviendra de rester particulièrement attentif, car chacun de ces modes de cession obéit à un régime qui lui est propre. »

⁴⁴⁰ La question de la répartition des ensembles de biens au moment de leur cession n'émerge que dans le cas de la liquidation judiciaire, qui met en opposition ces deux régimes. Néanmoins, dans le cadre de la cession effectuée en procédure de redressement judiciaire, la question présente des implications plus insidieuses encore. Si seul le régime de la cession d'entreprise est de mise, la confusion des deux notions a alors pour conséquence l'appréhension par celui-ci de situations juridiques qui devraient lui rester inaccessibles, la cession de fonds de commerce de l'article L642-19 indépendamment des autres éléments de l'entreprise n'étant pas prévue en phase de redressement judiciaire.

Sans cette démarche préliminaire, toute amélioration des moyens de contrôle mis à la disposition des organes de la procédure resterait vaine. En revanche, sur une base théorique solide, le législateur pourrait enfin remédier aux défaillances de l'appareil juridique pointées au sein de notre second titre, rendant inutile la tenue de longues investigations par les juridictions compétentes, car en escamotant la cause. Plusieurs propositions peuvent être formulées pour distinguer efficacement les domaines d'applications des deux régimes de cession : des méthodes de répartition basées sur l'identification de l'élément central de chacune des deux notions (section I), ou plutôt sur celle d'éléments caractéristiques qui seraient indissociables de l'une, tout en étant systématiquement absents de l'autre (Section II).

Section I) Distinction des régimes de cession en fonction des caractéristiques de l'activité présente au sein de l'ensemble cédé

La présence d'une activité au sein de l'ensemble cédé peut apparaître, à première vue, comme un outil infaillible dans la délimitation des procédures applicables à une espèce déterminée.

L'article L642-1 du Code de Commerce précise en effet qu'au premier rang des buts poursuivis par la mise en œuvre d'une cession d'entreprise figure le maintien de l'activité de cette dernière. Le maintien de cette activité au sein de l'ensemble cédé induit donc nécessairement sa présence au moment de la cession, et conditionne la viabilité de l'entreprise du repreneur. L'absence de cette exigence dans le cadre de la mise en œuvre de la cession de biens isolés laisse donc entendre que le maintien de l'activité peut constituer un repère satisfaisant pour la délimitation des régimes de cession invocables en liquidation. Mais, on l'a vu, une lecture précipitée de cette disposition aboutit à une impasse, où la confusion des notions d'entreprise et de fonds de commerce fait écho à l'assimilation de l'activité et de la clientèle qu'ils recèlent en leur cœur.

Aussi l'étude du maintien de l'activité au moment de la cession opérée en liquidation ne peut se faire par le biais d'une approche littérale. Deux dimensions bien distinctes de cette activité doivent être analysées. La première, formaliste, est relative à la décision du juge d'autoriser la poursuite de l'activité au moment du prononcé du jugement de liquidation. La portée juridique de celle-ci doit être évaluée. Il est nécessaire de déterminer si elle constitue un prérequis indispensable pour permettre l'élaboration du plan de cession, ou si l'importance de son prononcé doit être relativisée (I). La seconde nous interroge ensuite logiquement sur les conséquences de la présence, et de la consistance, de l'activité subsistante au sein de l'ensemble cédé. Il faut déterminer si une précision des caractéristiques de cette dernière est possible, et permette de l'ériger en un critère satisfaisant pour délimiter efficacement les régimes de cession applicables au fonds de commerce en cette phase critique de la procédure (II).

I) Etude de la décision de maintien de l'activité

La décision de la poursuite de l'activité par le tribunal, au moment du prononcé du jugement de liquidation judiciaire, est une originalité spécifique à la matière des procédures collectives. Elle est originale en ce que l'activité réelle, présente au sein de l'ensemble de biens cédés, ne représente plus dès lors l'unique angle d'évaluation de l'activité « globale » de cet ensemble. L'activité « globale » de l'ensemble de biens cédés doit alors faire l'objet de deux approches complémentaires : une approche orthodoxe résultant de l'observation empirique de l'activité réelle de l'ensemble cédé, et une approche formaliste, purement judiciaire, qui consistera dans la constatation du prononcé, par le tribunal, du jugement ordonnant la poursuite de l'activité.

Dans la quête d'un élément clivant, différenciant efficacement les modes de cession de l'entreprise et d'un fonds de commerce dans le cadre de la liquidation judiciaire, ce dernier critère peut, à première vue, apparaître comme une véritable aubaine. Il constitue en effet un repère idéal sous plusieurs points de vue. Acte juridictionnel, il présente les avantages du formalisme. De plus, il est particulier au plan de cession. Néanmoins, le lecteur aura relevé que nombreux sont les concepts d'apparence solide qui se révèlent finalement friables une fois passés au crible d'un examen attentif. Aussi la question doit-elle être posée en ces termes : la décision de maintien provisoire de l'activité est-elle indispensable à la réalisation du plan de cession ? Si la demande de maintien de l'activité est éconduite, est-ce à dire que l'ensemble de biens cédés est dépourvu de toute activité ?

La portée de la décision de poursuite d'activité prononcée par le tribunal doit donc être évaluée de manière critique, selon deux axes complémentaires. La première afin de procéder à une analyse textuelle des articles prévoyant la mise en œuvre de ce type de décisions juridictionnelles (A). La seconde afin de confronter le but théorique poursuivi lors de leur mise en œuvre, et la réalité de leur application, notamment par l'analyse de décisions de justice s'intéressant à la portée de ces actes (B).

A) Analyse textuelle

L'analyse des textes régissant la décision de poursuite d'activité doit être menée sur deux fronts. Une analyse littérale des textes de loi doit être initiée en premier lieu (1), puis complétée ensuite par l'approche doctrinale, à même de nous éclairer sur la véritable valeur de l'ordonnance de poursuite d'activité (2).

1) Interprétation littérale

La décision de maintien de l'activité revient au tribunal chargé de l'étude et de la validation du plan de cession. Si aucun texte n'est exclusivement consacré aux conditions de l'élaboration de cet acte juridictionnel, son existence est néanmoins actuellement évoquée de manière évasive au sein de deux articles⁴⁴¹. Ceux-ci sont les articles L 641-10 et L 642-2 du Code de Commerce.

A la première lecture, leur rédaction semble indéfectiblement lier la possibilité de mettre en place un plan de cession de l'entreprise à l'autorisation de poursuite de l'activité accordée à cette dernière⁴⁴². L'éventualité d'un plan de cession semble donc relever du pouvoir décisionnaire du tribunal. Dans la quête d'un critère de différenciation satisfaisant, cette décision en apparaît d'autant plus attractive. Mais une lecture plus attentive fait immédiatement apparaître des doutes dans l'esprit averti du juriste. Des divergences significatives apparaissent dans la rédaction des textes. La rédaction de l'article L 641-10 du Code de Commerce laisse transparaître un caractère potestatif marqué⁴⁴³.

⁴⁴¹ La partie réglementaire du Code de commerce n'apporte pas plus précisions, les articles R 641-18 à R 641-22 ne précisant pas les conditions de son élaboration.

⁴⁴² La période de maintien de l'activité apparaît de ce fait comme « *un ersatz de la période d'observation* » pour certains auteurs. Voir BOUSTANI (D.), *op. cit., supra* note n° 171, p.83, *spéc.* n°150

⁴⁴³ « *Si la cession totale ou partielle de l'entreprise est envisageable, ou si l'intérêt public ou celui des créanciers l'exige (...) le maintien de l'activité peut être autorisé par le tribunal* ». On notera que la loi de 2005 a dû ajouter aux textes antérieurs la première locution, relative aux cessions nouvellement envisageables en cette phase de la procédure, aux hypothèses prévues par la loi de 1985, pour permettre dans ces cas le maintien de l'activité. Aux yeux de certains auteurs, la période de maintien de l'activité correspond en fait à la période d'observation dont la liquidation judiciaire est privée, « *destinée à favoriser la négociation dans de bonnes conditions* ». Voir LIENHARD (A.), *Procédures collectives*, 3^e édition, Paris : Delmas, p.177

A la lecture de ce seul article, on pourrait déduire que le tribunal dispose d'un choix quant à la poursuite de l'activité lorsqu'il opte pour la cession totale ou partielle de l'activité. Il peut autoriser la poursuite de l'activité pour faciliter cette cession. Cependant on peut également en conclure qu'une cession peut être réalisée sans pour autant que le tribunal n'ait permis cette poursuite de l'activité. A l'inverse, l'article L642-2 du Code de Commerce⁴⁴⁴ utilise une formulation beaucoup plus impérative. Si l'on s'en tient à une lecture littérale, il apparaît que le tribunal, s'il veut mettre en place un plan de cession de l'entreprise, doit nécessairement permettre la poursuite de l'activité de cette dernière.

2) Interprétation doctrinale

La perception doctrinale des caractéristiques de la décision de maintien de l'activité révèle la même perplexité. Le caractère impératif des dispositions étudiées est contesté par certains auteurs de doctrine⁴⁴⁵. Un auteur⁴⁴⁶ estime ainsi que la poursuite d'activité ne conditionne pas le choix offert au tribunal concernant la procédure applicable.

⁴⁴⁴ « Lorsque le tribunal estime que la cession totale ou partielle de l'entreprise est envisageable, il autorise la poursuite de l'activité. »

⁴⁴⁵ Voir VINCENT (C.), *op. cit.*, *supra* note n° 278, l'auteur analyse que « La rédaction des dispositions impose que le tribunal décide ce maintien de l'activité ; sans celui-ci, aucun plan de cession ne peut, en principe, être adopté. Or, cette application littérale des textes doit être écartée ». Certains auteurs sont néanmoins beaucoup plus catégoriques sur la question. *Contra* VIDAL (D.) et CESARE GIORGINI (G.), *Cours de droit des entreprises en difficulté*, 2^e Edition, Issy-Les-Moulineaux : Gualino, 2016, p. 341, qui estiment que, dans la mesure où la liquidation judiciaire n'entraîne pas l'ouverture d'une quelconque période d'observation, l'activité doit être arrêtée à défaut d'autorisation expresse du tribunal. Les auteurs estiment que la lettre de l'article L641-10, al.1 exige cette autorisation. Voir également GIBIRILA (D *op. cit.*, *supra* note n° 299, p.546, qui lie indéfectiblement la préparation d'un plan de cession au maintien provisoire de l'activité. Voir enfin, LUCAS (F.-X.), ET LECUYER (H.), *op. cit.*, *supra* note n° 301, pour qui : « pour identifier quel mode de cession, le critère n'est pas la présence ou non de salariés à l'ouverture de la liquidation judiciaire, mais la décision du tribunal de poursuivre l'activité à cette date. » ; Dans le même sens, LE CORRE (P.-M.), *Droit et Pratique des procédures collectives*, Paris : Dalloz Action 2012/2013, *spéc.* n°531.42

⁴⁴⁶ VALLANSAN (J.), *Fonds de commerce et plan de Cession*, Bull. Ent. Diff., n° 1, 01 janvier 2013, p. 56 : « Si le tribunal n'a pas autorisé le maintien de l'activité, c'est qu'il n'a pas pensé que la cession de l'entreprise était envisageable. Cela ne signifie pas qu'elle n'a pas pu être envisagée. L'autorisation du maintien de l'activité ne doit pas être un critère du choix du plan de cession pour la cession du fonds de commerce. »

Le caractère impératif découlant de la rédaction de l'article L642-2 du Code de Commerce est nié au nom du réalisme du juge. A la suite de l'auteur, on peut souhaiter, afin de préserver au mieux les possibilités de cession de l'entreprise, que le prononcé du maintien provisoire de l'activité ne constitue pas un obstacle définitif à la tenue d'un plan de cession. Ce serait en effet accorder au juge une influence excessive sur l'issue de la procédure, et ce dès l'ouverture de cette dernière. Or le juge, aussi éclairé soit-il, reste faillible⁴⁴⁷. Exclure l'hypothèse d'un plan de cession aussi tôt dans le déroulement de la procédure pourrait donc sembler préjudiciable à la bonne administration de la justice, et aux intérêts des parties concernées.

Sur la base de ces réflexions, on ne peut sérieusement ériger le jugement de maintien de l'activité par le tribunal en critère permettant la différenciation des régimes de cession applicables au fonds de commerce en liquidation judiciaire. L'absence de caractère impératif ôte tout aspect révélateur au prononcé de cette ordonnance, qui est dès lors rétrogradé au rang d'événement comportant une part d'aléatoire.

Néanmoins, le rejet du caractère impératif de l'ordonnance de maintien de l'activité ne va pas sans inconvénients. En adoptant la rédaction plus tolérante de l'article L641-10 du Code de Commerce, une incohérence évidente se fait jour : pourquoi le tribunal, s'il souhaite procéder à une cession de l'entreprise, se priverait-il d'une des démarches les plus efficaces dont il dispose pour atteindre ce but ? Si on ne peut assurer avec certitude que l'autorisation du maintien de l'activité conditionne la réalisation d'un plan de cession, on ne peut cependant nier qu'elle favorise la réussite de celui-ci⁴⁴⁸.

⁴⁴⁷ Même s'il peut s'appuyer, pour cette décision, sur le rapport établi par le juge enquêteur avant l'ouverture de la liquidation judiciaire. Pour ce qui concerne les modalités du déroulement de cette investigation, voir art. L621-1 al. 4 du Code de Commerce.

⁴⁴⁸ Cet aspect est d'autant plus sensible depuis l'introduction, par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, au sein du nouvel alinéa 2 de l'article L642-2 du code de commerce, de la possibilité de présenter des offres de reprise reçues par le mandataire ad hoc ou le conciliateur qui aurait officié avant l'ouverture de la liquidation judiciaire. La Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, a précisé les modalités d'adoption d'une telle offre en ajoutant à cet alinéa que : « *Lorsque la mission du mandataire ad hoc ou du conciliateur avait pour objet l'organisation d'une cession partielle ou totale de l'entreprise, ceux-ci rendent compte au tribunal des démarches effectuées en vue de recevoir des offres de reprise, nonobstant l'article L. 611-15.* » Ce Prepack

B) Portée actuelle de l'autorisation de poursuite de l'activité

L'étude des décisions jurisprudentielles interdit définitivement l'adoption du prononcé de l'ordonnance de maintien de l'activité comme critère différenciant les modes de cession du fonds de commerce en liquidation judiciaire. En effet, des positions antinomiques sont défendues par les différentes juridictions du fond, que cela soit en faveur du caractère obligatoire de l'ordonnance de poursuite de l'activité (1), ou au contraire niant tout caractère impératif à cette dernière (2). Au surplus, aucune décision de la Haute Juridiction n'a encore été rendue, à notre connaissance, sur la valeur potentiellement impérative de l'ordonnance.

1) Pour le caractère obligatoire de l'autorisation de maintien de l'activité

Dans le sens d'une importance décisive accordée au prononcé de cette ordonnance de maintien de l'activité, on peut citer notamment un arrêt relativement récent de la Cour d'Appel de Paris⁴⁴⁹, dont l'étude ne souffre aucune ambiguïté d'interprétation. Nous retranscrivons ici succinctement les faits de l'espèce afin d'en apprécier le raisonnement et la portée. Une société avait été placée en redressement judiciaire par jugement du 26 octobre. Elle avait ultérieurement été mise en liquidation judiciaire par jugement du 10 juin 2010. En effet, constatant que le chiffre d'affaires était en baisse constante et que la société n'était pas en mesure de redresser son exploitation courante, le tribunal avait immédiatement mis fin à la période d'observation alors en cours, et avait prononcé la liquidation judiciaire de la société, sans autoriser la poursuite d'activité. Par ordonnance du 17 juin 2010, le juge-commissaire avait autorisé le liquidateur judiciaire à céder, de gré à gré, le fonds de commerce de cette société à une société en cours de constitution, représentée de ce fait par son futur gérant. Cependant, le bailleur des locaux avait interjeté appel, aux fins de voir prononcer la nullité de l'ordonnance rendue par le juge commissaire, en ce que l'opération ne constituait nullement une cession de gré à gré, soumise au régime de l'article L642-19 du Code de Commerce, mais bien une cession d'entreprise. Le juge-commissaire avait de ce fait excédé ses pouvoirs en autorisant une opération qui ne relevait pas de ses compétences.

cession, si la lettre des textes ne l'exclut pas si l'activité n'est pas poursuivie par le tribunal, ne pourrait être adopté, de l'avis de certains auteurs « *qu'en cas de liquidation avec maintien d'activité* ». Voir DOUAOUI-CHAMSEDDINE (M.), *Le Prepack Cession dans les procédures collectives*, RLDA, n°94, Juin 2014, p.69

⁴⁴⁹ CA Paris, Pôle 5, Ch. 9, 16 juin 2011, RG n° 10/21884

La rédaction de l'arrêt est limpide : la délimitation des procédures applicables dans le cadre de la cession d'actifs relève de la mention au sein du jugement de la poursuite de l'activité⁴⁵⁰. Cette approche formaliste confère en ce domaine un pouvoir exclusif au juge, hors de toute considération objective.

Un même ensemble de biens pourrait ainsi se voir appliquer deux régimes foncièrement dissemblables selon l'appréciation qui est faite de sa situation par les juges du fond, quelle que soit son activité réelle. On peut cependant remarquer dans le cadre de notre étude que les biens cédés étaient constitués d'un unique fonds de commerce, ce qui apparaît dès lors totalement en accord avec les prescriptions de l'article L642-19 du Code de Commerce. L'arrêt doit sur ce point être approuvé.

Le fondement de la décision laisse pourtant songeur. Ce n'est pas ici la nature juridique des biens cédés qui a permis de désigner le régime valablement applicable. C'est bien la mention au sein du jugement de la poursuite d'activité⁴⁵¹. On peut déduire de ce qui précède que pour permettre la tenue d'une cession d'entreprise, une activité doit être constatée, et la poursuite de cette dernière permise par le jugement ouvrant la procédure de liquidation judiciaire. A défaut, c'est sous le régime de la cession des autres biens du débiteur que devront être réalisés les actifs, au nombre duquel le fonds de commerce. On peut également en déduire que le fonds de commerce et l'entreprise sont dans cette espèce strictement perçus comme étant constitués des mêmes biens, et que la seule poursuite de l'activité décidée par le tribunal suffit à faire pencher cet ensemble de biens dans le domaine d'un régime de cession particulier, ce qui est bien ici le plus troublant.

⁴⁵⁰ « Pour envisager la cession de l'entreprise, initialement exploitée par la société mise en liquidation judiciaire, il est préalablement nécessaire que l'activité ait été maintenue par la décision ordonnant la liquidation judiciaire, afin de permettre une cession dans le cadre liquidatif. »

⁴⁵¹ « Que ce maintien d'activité n'ayant pas été prévu par le tribunal, il appartient au liquidateur judiciaire de réaliser les actifs de la société, le fonds de commerce de la société constituant, dès lors, un 'autre bien du débiteur' au sens de l'article L642-19 du code de commerce, à défaut d'autorisation de la poursuite d'activité par le tribunal. »

2) Contre le caractère obligatoire de l'autorisation de maintien de l'activité

D'autres décisions se sont prononcées dans le sens d'une éviction du caractère décisif de l'ordonnance de maintien de l'activité.

Un arrêt relativement récent rendu par la Cour d'Appel de Poitiers⁴⁵² soutient une opinion fondamentalement opposée au raisonnement déployé dans l'espèce précédente. Les faits sont également dénués d'une quelconque difficulté d'interprétation. Un juge-commissaire avait permis, à la demande du liquidateur, sous le régime de l'article L 642-19 du Code de Commerce la cession d'éléments d'actifs constituant un fonds de commerce. Cependant, alors même que le tribunal avait refusé la poursuite de l'activité, la Cour d'Appel fait ici fi de la lettre de l'article L 642-2 du Code de Commerce, et décide que l'ordonnance du juge-commissaire doit être annulée pour excès de pouvoir, dans la mesure où l'ensemble des biens cédés constitue une entreprise, qui aurait donc dû, en conséquence, être cédée sous le régime du plan de cession prévu à l'article L642-1 du Code de Commerce. La position développée au sein de cet arrêt est ici complètement antagoniste de la précédente, puisque c'est bien l'analyse de la composition de l'ensemble cédé qui emporte le choix du mode de cession, et non pas le prononcé préliminaire de l'arrêt de l'activité par le tribunal⁴⁵³.

Une décision ambiguë rendue récemment par le Conseil d'Etat⁴⁵⁴ nous enjoint également à la plus grande circonspection dans l'appréhension de la valeur de l'ordonnance du maintien de l'activité. A première lecture, l'arrêt affirme pourtant que « *dans le cas où le tribunal de commerce n'a pas autorisé de maintien de l'activité dans les conditions de l'article L641-10*

⁴⁵² CA Poitiers, 2e ch., 17 mai 2011, *préc.*

⁴⁵³ Ainsi que remarqué par un commentateur : « *Le choix fait par le liquidateur pouvait pourtant se recommander du choix du tribunal de ne pas ordonner le maintien de l'activité quand l'article L. 642-2 paraît bien établir un lien entre le plan de cession et la poursuite de l'activité. La cour ne s'arrête pas à cette objection, et se contentant du constat qu'il s'agissait de vendre des biens constituant une entreprise et que l'activité s'était de fait poursuivie, elle considère que cela suffisait à commander le recours au plan de cession.* » Voir LUCAS (F.-X), Commentaire sous CA Poitiers, 2e ch., 17 mai 2011, RG n° 10/02898, l'essentiel droit des entreprises en difficulté, n° 8, 01 septembre 2011, p. 1

⁴⁵⁴ CE, 22 mai 2015, n° 371061

du même code, le jugement ouvrant la liquidation judiciaire a pour effet la cessation totale et définitive de l'activité de l'entreprise. ».

Mais le même arrêt retient qu'un inspecteur du travail saisi d'une demande de licenciement ne peut se contenter de cette constatation et doit rechercher tous les éléments de droit et de fait « qui seraient de nature à faire obstacle au licenciement envisagé », et notamment « une reprise, même partielle, de l'activité » qui pourrait permettre « un transfert du contrat de travail à un nouvel employeur en application de l'article L1224-1 du Code du Travail. ». Si la mention de l'article L1224-1 du Code du Travail semble faire référence à la cession de biens isolés, la mention d'une reprise « même partielle » de l'activité interdit toute certitude sur ce point. Dans tous les cas cette décision démontre la nécessité d'une approche pragmatique, afin de déterminer exactement si l'absence d'ordonnance de maintien de l'activité suffit à réellement mettre fin à l'activité de l'ensemble de biens soumis à la liquidation.

On ajoutera au surplus que, dans le cadre particulier des plans de cessions prononcés au cours d'une liquidation faisant suite à une phase de redressement judiciaire, l'ordonnance de poursuite de l'activité peut ne pas être indispensable au bon déroulement du plan de cession, puisque les offres peuvent alors avoir été reçues au cours de la phase de redressement⁴⁵⁵.

⁴⁵⁵ Voir FRAIMOUT (J.-J.), *op. cit.*, *supra* note n°180, p. 164

II) Etude de l'activité subsistante au sein de l'ensemble cédé

L'article L642-1 du Code de Commerce précise que le but principal poursuivi lors de la mise en œuvre d'une cession d'entreprise est le maintien de l'activité de cette dernière. La préservation de cette activité est, nécessairement, synonyme de sa permanence. Si l'on épouse la logique des textes, l'existence de cette activité caractérise l'entité « entreprise », conforme en cela aux différentes acceptions de la notion évoquées dans la première partie. Elle conditionne la cohésion des différents éléments de cet ensemble pour les transcender, et leur imposer une destinée commune. Sa présence justifie donc théoriquement leur placement sous un régime de cession spécifique en phase liquidative.

Cette activité réelle se différencie de l'approche formaliste précédemment étudiée en ce que sa présence résulte, tout du moins en théorie, d'une constatation empirique effectuée par le juge, mais qui ne nécessite pas de décision de sa part. Aussi un critère qui ne nécessiterait aucune intervention positive des organes décisionnaires apparaît-il comme une hypothèse préférable, qu'il convient de détailler ici.

Mais il n'aura pas échappé au lecteur qu'un lien étroit unit cette réflexion aux développements de notre première partie relatifs à l'analyse éléments constituant le socle des notions de fonds de commerce et d'entreprise. Nous avons préalablement comparé les notions d'entreprise et de fonds de commerce, et en avons conclu à une superposition incomplète de celles-ci au moment de leurs cessions liquidatives. Il nous semble donc conceptuellement inexact que puisse être cédé un fonds de commerce, qui en tant qu'entité indivisible doit comprendre une clientèle existante (et non potentielle, ainsi qu'a pu le distinguer monsieur le Professeur Soinne)⁴⁵⁶, et qui puisse simultanément n'être le siège d'aucune activité. Si le régime de « cession des autres biens du débiteur » n'érige aucune exigence quant au maintien de l'activité, il nous apparaît pourtant certain que cette condition reste implicite⁴⁵⁷.

⁴⁵⁶ SOINNE (B.), *op. cit.*, *supra* note n° 251

⁴⁵⁷ D'autres auteurs partagent cette perception, voir THERON (J.), *Liquidation judiciaire et ventes de fonds de commerce*, RPC, n°2, avril 2008, dossier n°13. L'auteur indique : « Si la simplicité du raisonnement est séduisante, elle est pourtant trompeuse en ce que la cession d'un fonds de commerce, quelle qu'en soit la forme, implique nécessairement la reprise de son activité par le cessionnaire. En effet, le fonds de commerce constitue une universalité de biens fédérés par la poursuite d'une activité commerciale, l'exploitation d'une clientèle. Dès lors

Aussi la disqualification de cette hypothèse nous apparaît-elle inévitable. Néanmoins, au vu de l'importance accordée à cette possibilité dans les débats actuels, il nous semble essentiel de l'analyser objectivement, et d'argumenter les causes de notre rejet. Même si le maintien de l'activité n'est pas intégré explicitement au sein des préoccupations de l'article L642-19 du Code de Commerce, nous pensons que cette constatation ne peut suffire à départager les deux éventualités.

L'étude de la validité de cette hypothèse doit être décomposée en deux mouvements consécutifs. Dans un premier temps, doit être abordée la question de l'existence même d'une activité résiduelle (A). Sans caractériser préalablement celle-ci, envisager son maintien est absurde. Ensuite, lorsqu'une activité est identifiée, la « consistance » de cette dernière devra alors être évaluée (B).

A) Présence d'une activité au moment de la cession

La présence d'une activité résiduelle est le préalable indispensable permettant d'envisager la cession d'une entreprise dans le cadre du régime de l'article L642-1 du Code de Commerce. C'est d'ailleurs bien pour protéger cette dernière que l'autorisation de maintien de l'activité étudiée plus haut est prévue, qu'elle soit d'application obligatoire ou facultative. Aussi convient-il de déterminer si la simple constatation de la présence de cette activité peut constituer un critère de délimitation recevable. A cette fin, il est nécessaire d'identifier exactement les contours de l'activité étudiée (1), tout en détaillant les inévitables zones d'ombre conceptuelles présentes au sein de celle-ci pouvant préjudicier à notre réflexion (2).

1) Dissociation de l'activité du débiteur et de l'entreprise

Il faut bien différencier l'activité de l'ensemble de biens, alors désigné comme une entreprise, de l'activité du débiteur lui-même. C'est bien ici l'activité de l'entreprise qui est recherchée. Si cette précision peut sembler aujourd'hui inutile, ce n'est pourtant que relativement récemment

que cette activité cesse, la clientèle s'évanouissant, le fonds a vocation à disparaître. Par conséquent, les biens le composant se désagrègent, retrouvent leur autonomie et doivent être cédés isolément. »

que les incertitudes sur ce point ont pu être levées. L'ancien article L622-1 du Code de Commerce, codification tardive de l'article 148 de la loi du 25 janvier 1985, mentionnait en effet que si le redressement de l'entreprise était manifestement impossible ou si l'activité avait cessé, la liquidation judiciaire devait alors être prononcée sans l'ouverture préalable d'une période d'observation. Dans la mesure où la liquidation judiciaire d'alors ne pouvait traiter de la transmission d'une entreprise viable, le plan de cession étant uniquement applicable dans le cadre du redressement judiciaire, on ne s'étonnera pas de cette formulation qui s'adaptait à la transmission d'entités à l'activité défunte, ou tout du moins moribonde et sans espoir de rétablissement.

Mais le bouleversement profond de l'organisation des procédures collectives par la loi de sauvegarde a nécessité une révision de la lettre de ce texte, alors inadapté au contenu des ensembles de biens soumis à la liquidation, et mis fin à la confusion régnant entre l'entreprise et le débiteur qui est à sa tête. L'article L640-1 du Code de Commerce, héritier du précédent, a donc vu sa rédaction épouser les ambitions de la loi pour cette version modernisée de la liquidation judiciaire. La cession d'entreprise faisant désormais partie intégrante de cette phase de la procédure collective, la nouvelle formulation maintient le critère du redressement manifestement impossible, mais retranche la mention d'une activité qui a cessé⁴⁵⁸.

L'autre adaptation du texte à la nouvelle logique des procédures collectives est la clarification du sujet de la liquidation judiciaire. C'est bien désormais le débiteur qui est mentionné⁴⁵⁹. Cette évolution lexicale est essentielle à notre réflexion, dans la mesure où la philosophie de la liquidation judiciaire prévue par la loi du 25 janvier 1985 visait exclusivement à la réalisation de l'actif du débiteur failli.

⁴⁵⁸ Voir LE CORRE (P.-M), *Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises*, D. 2005, p. 2297, *spéc.* n°55 : « En réalité, les critères ne s'en trouvent pas modifiés car, si l'activité a cessé, le redressement est manifestement impossible. »

⁴⁵⁹ La rédaction de cet article symbolise par ailleurs la contradiction conceptuelle fondamentale de la liquidation judiciaire dans sa forme actuelle. Le but assigné à cette dernière est, selon le second alinéa, de « mettre fin à l'activité de l'entreprise » ou de « réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses biens », ce qui correspond, à l'inverse des premiers termes, à la préservation de l'activité par l'entremise du plan de cession.

Les cessions avaient alors pour préoccupation unique l'optimisation du désintéressement des créancier alors que la logique actuelle fait de la liquidation judiciaire le berceau privilégié de la transmission d'entités viables, dont l'activité est encore décelable. On peut déduire de cette évolution rédactionnelle que l'entreprise doit bien présenter une activité au moment de sa cession sous le nouveau régime légal, ce qui comme dit plus haut, peut être déduit de l'article L642-1 du Code de Commerce.

On peut également en déduire que l'absence d'une quelconque activité n'a plus pour unique issue le placement du débiteur sous le régime liquidatif. D'autres issues sont désormais envisageables, ainsi que le démontre un arrêt récent⁴⁶⁰. Un débiteur, fut-il à la retraite, qui aurait vendu son fonds de commerce, et qui par conséquent ne pourrait prétendre exercer aucune activité professionnelle, pourrait cependant présenter un plan de redressement judiciaire pour le remboursement des dettes résiduelles, sans devoir inévitablement en passer par l'ouverture d'une liquidation judiciaire. En d'autres termes, les conséquences de l'absence d'activité ne sont pas systématiquement les mêmes sur l'entreprise et sur son exploitant.

2) Insuffisances théoriques

Même si cette question ne trouve pas un écho important au sein de la jurisprudence (la Haute Juridiction ne s'est pas prononcée sur ce point), quelques décisions isolées soutiennent également que l'éligibilité d'un ensemble de biens à la mise en place d'un plan de cession dépend de l'indispensable survie de l'activité en son sein. Ainsi, un arrêt de la Cour d'Appel de Basse Terre⁴⁶¹, réaffirme par exemple cette obligation en indiquant que la fermeture pendant une longue période, d'un complexe hôtelier implanté sur un lieu touristique avait entraîné la disparition de l'activité, et qu'à ce titre, il ne pouvait y avoir lieu à la réalisation d'une cession d'entreprise.

⁴⁶⁰ Voir sur ce point LE MESIE (L.), *Plan de redressement et cessation d'activité*, Commentaire sous Cass. com., 29 avril 2014, pourvoi n° 13-11070, inédit, Bulletin Joly Ent. Diff., n° 5, 01 septembre 2014, p. 293. La Haute Juridiction énonce clairement au sein de cet arrêt que les motifs tirés de la cession du fonds de commerce et de la retraite du débiteur sont « *impropres à établir que le redressement du débiteur était manifestement impossible* ».

⁴⁶¹ CA Basse-Terre, 2^e Civ., 10 novembre 2008, RG n° 07/01607

Les juges précisait donc à cet effet que « *l'activité requise pour un plan de cession, ne peut se réduire à un potentiel touristique exceptionnel de sites naturels, à un groupe aux contours devenus flous, de salariés qui demeureraient disponibles...* »⁴⁶².

Pour autant, si la présence d'une activité est nécessaire pour permettre la transmission d'un ensemble de biens en liquidation judiciaire sous le régime du plan de cession, peut-on affirmer qu'elle est en conséquence absente des ensembles de biens cédés sous le régime de l'article L642-19 du Code de Commerce ? Dans la négative, la détection d'une activité au sein de l'ensemble cédé ne peut constituer un repère satisfaisant pour distinguer efficacement les modes de cession applicables en liquidation.

Or, il faut répondre négativement à la question précédente. Au sein de nos développements précédents, nous avons pu démontrer que les notions de clientèle et d'activité, qui sont les fondations du fonds de commerce et de l'entreprise, étaient, sinon confondus, du moins interdépendants.

Aussi la présence d'une activité en son sein ne peut-elle suffire à placer un ensemble de biens sous le régime du plan de cession⁴⁶³

⁴⁶² De manière moins significative, cet argument est repris dans l'argumentaire avancé au sein de certaines décisions pour argumenter de la justification de la réalisation de la vente sous un régime plutôt que sous un autre, voir CA Amiens, Ch. Eco., 10 janvier 2012, *préc.* Une partie argumente ainsi « *que les dispositions de l'article L642-1 du code de commerce sont uniquement applicables en cas de plan de cession, et que, au moment des offres qui ont été formulées 6 mois après la cessation d'activité, la vente litigieuse avait uniquement un caractère liquidatif, que l'autorisation de cette dernière était donc bien de la compétence du juge commissaire* ».

⁴⁶³ Pour un avis contraire, voir SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *op. cit.*, *supra* note n° 32, si « *bien évidemment, toute cession de fonds de commerce n'est pas ipso facto une cession d'entreprise* », « *la cession de fonds de commerce, à la réflexion, peut-être une cession d'entreprise lorsque c'est une activité qui est cédée et la notion sera d'autant plus aisée à retenir que des emplois seront attachés au fonds* ». La position défendue nous apparaît théoriquement critiquable, l'entreprise étant présenté comme un fonds de commerce « augmenté » d'une activité. Or c'est l'exploitation de la clientèle qui génère l'activité. Aussi un fonds de commerce cédé « sans activité » n'en est-il plus vraiment un.

B) Viabilité de l'activité subsistante

La présence d'une activité réelle au sein de l'ensemble devant être cédé sous le régime du plan de cession ne pouvant suffire à différencier efficacement les différents régimes de cession, se pose alors la question de la caractérisation de cette activité. La reconnaissance complémentaire de certaines propriétés remarquables à cette activité peut-elle constituer un repère fiable pour délimiter les domaines d'application des régimes de cession ?

La viabilité de l'activité résiduelle, présente au sein de l'ensemble devant être cédé en phase liquidative, est l'une des propositions les plus récemment formulées⁴⁶⁴. Cette hypothèse apparaît à première vue convaincante. Elle exclut une différenciation basée sur des critères utilitaristes. Elle dépasse la reconnaissance simple d'une activité, en spécialisant cette dernière. Elle s'attache enfin à fournir une véritable distinction entre les deux notions-clés de l'activité et de la clientèle, dans le cadre des cessions liquidatives. Néanmoins, cette hypothèse comporte certaines insuffisances théoriques préoccupantes (1), et laisse craindre, en cas d'adoption, la survenue de nombreuses dérives dans son application pratique (2).

1) Insuffisances théoriques du critère proposé

Les contradictions théoriques susceptibles d'interdire l'adoption de l'évaluation de la viabilité de l'activité subsistante, comme critère clivant des modes de cession applicables à la transmission du fonds de commerce se concentrent, selon nous, sur deux éléments. Le premier concerne les atteintes à la théorie du fonds de commerce s'il venait à être retenu (a). Le second découle du rôle ambigu joué par le repreneur dans cette éventualité (b).

a) Atteintes à la théorie du fonds de commerce

Les arguments théoriques nous apparaissent donc une fois encore insuffisamment précis pour permettre la validation de cette méthode. Le raisonnement se heurte en effet ici aux mêmes obstacles que dans le cadre de la précédente proposition.

⁴⁶⁴ Voir VINCENT (C.), *op. cit.*, *supra* note n° 278 : « Selon nous, un autre déterminant doit être retenu : celui de l'activité subsistante, en sommeil ou non, si l'activité est viable, le régime du plan de cession doit être respecté. »

Si l'on accepte de suivre ce raisonnement, cela aboutirait à reconnaître qu'un fonds de commerce permettant de maintenir ou de redémarrer une activité pouvant être pérennisée constituerait une entreprise, et devrait en conséquence automatiquement faire l'objet d'un plan de cession. En revanche les fonds de commerce moribonds seraient finalement les seuls fonds de commerce pouvant être cédés sous le régime des autres biens du débiteur... et donc théoriquement les seuls fonds de commerce reconnus comme tels en liquidation judiciaire.

Ce critère de distinction malmène la conception actuellement retenue du fonds de commerce. Elle sous-entend que l'entreprise présente, à l'inverse du fonds de commerce, une activité réelle ou envisageable. Le fonds de commerce, perçu au travers de ce prisme, est au mieux agonisant, et de toutes manières inévitablement voué à disparaître en tant qu'entité. Or, rien dans les textes actuels ne permet de préjuger de ceci. Il nous semble malavisé de caractériser les ensembles viables d'« entreprises », pour réserver le vocable de « fonds de commerce » aux malades en phase terminale. Cette approche rejoint finalement, de manière certes plus nuancée, la proposition précédente, en ce qu'elle fait fi du caractère nécessairement dynamique du fonds de commerce⁴⁶⁵. Or ce dynamisme est aussi consubstantiel au fonds qu'à l'entreprise qui l'accueille. La seule progression provient de ce qu'on passe de l'absence de dynamisme dans la première hypothèse, à un dynamisme déclinant et condamné dans la seconde. Les deux hypothèses ne nous en paraissent pas moins injustes et sources d'arbitraire pour différencier les modes de cession applicables au fonds de commerce à cette phase de la procédure. De plus, il faut noter que la jurisprudence a déjà pu se prononcer par le passé pour le maintien de l'intégrité de fonds de commerce dont l'activité avait subi une, parfois longue, interruption⁴⁶⁶.

⁴⁶⁵ L'auteur confirme quelque peu cette assimilation en indiquant que le fonds suivra alors la même destinée que les éléments inertes qui le composent : « *En revanche, si l'exploitation du fonds de commerce n'est pas viable, il peut être cédé sur le fondement de l'article L. 642-19. Il en va de même de chacun des éléments subsistants qui composent un fonds disparu en raison d'un défaut de clientèle* ». Voir HAEL (J. -P.), *Le choix du juge-commissaire entre les formes de réalisation des meubles et des immeubles : cession ut singuli ou cession des unités de production*, RTD Com. 1990, p. 479

⁴⁶⁶ Voir Civ. 3^e, 15 septembre 2010, *préc.*, qui avait déterminé que l'emplacement d'un commerce (sur la voie des Pèlerins de Lourdes), interdisait de reconnaître la disparition de son fonds malgré une longue interruption de l'activité. Cette décision présente en outre une approche originale du fonds de commerce en reconnaissant que l'élément principal du fonds, permettant sa survie, et l'achalandage, qui se substitue ici à la clientèle.

Des auteurs ont également acté cette survie du fonds de commerce à la suite d'une fermeture temporaire⁴⁶⁷. Aussi nous semble-t-il inadéquat de consacrer un critère qui nie au fonds de commerce la possibilité de se rétablir suite à une interruption d'exploitation. Cette caractéristique serait alors l'apanage exclusif de l'entreprise. Cette solution possède donc, sur ce point, les mêmes défauts que le critère de la simple présence d'une activité au sein de l'ensemble cédé.

b) Rôle problématique du repreneur

Un autre argument nous conduisant à écarter cette hypothèse provient de l'étude de l'obsolète cession d'unités de production, prévue par la loi du 25 janvier 1985, et qui permettait avant la réforme de la loi du 26 juillet 2005 de céder des ensembles de biens pouvant permettre le redémarrage d'une activité en liquidation judiciaire⁴⁶⁸.

Ces ensembles bénéficiaient d'un régime dédié, différent sur certains points des cessions de biens isolés, qui accueillait les cessions de fonds de commerce. Se posait alors déjà la question de la délimitation du régime de cession d'unités de production et de la vente *ut singuli* des biens isolés. Il avait été alors tenu pour acquis en doctrine que la définition de l'unité de production permettant l'application du régime dédié ne pouvait s'entendre restrictivement comme un ensemble de biens siège d'une activité réelle au moment de la cession. La conception de l'unité de production était plutôt celle d'un ensemble de biens qui, s'il n'était plus siège d'une activité, pouvait cependant permettre le redémarrage de cette activité⁴⁶⁹ et la création d'emplois.

⁴⁶⁷ Voir SAINTOURENS (B.), *Existence du fonds de commerce et cessation temporaire d'activité : l'importance de la localisation du fonds*, comm. sous Civ. 3^e, 15 sept. 2010, pourvoi n° 09-68521, Bull. 2010, III, n° 155, RTD Com. 2011 p. 311

⁴⁶⁸ Voir VINCENT (C.), *op. cit.*, *supra* note n° 278 : « Le sujet fait inévitablement penser à la défunte cession d'unité de production permise par la loi de 1985. »

⁴⁶⁹ HAEL (J. -P.), *op. cit.*, *supra* note n° 465 : « ... cette cession d'une unité de production correspond à une réalisation d'actifs et ne se différencie de la vente dispersée de biens de nature hétérogène que par le fait que ces éléments permettent d'envisager la reprise d'une activité et d'embaucher des salariés. »

On retrouve ici le concept d'activité viable ou « *en sommeil* ». De l'avis de certains auteurs, cette cession d'unités de production était conceptuellement très proche de la cession partielle d'entreprise, dont elle constituait la déclinaison liquidative⁴⁷⁰. Elle ne s'en différenciait réellement que par « *l'élément intentionnel* », que constituait l'engagement du repreneur de redémarrer une activité viable mais interrompue⁴⁷¹.

Or cette démarche revient à convier l'incertitude dans la réussite de l'opération. La reprise de l'activité viable n'est plus une certitude acquise, mais devient tributaire de la bonne foi et du talent du repreneur. En retenant aujourd'hui la viabilité de l'activité de l'entreprise comme critère opérant distinction, on s'expose de fait aux mêmes errements. Les plans de cession feraient ainsi profiter de leurs avantages deux types de cas de figure. D'un côté les ensembles de biens pourvus d'une activité vivace et indiscutable, et de l'autre les héritiers de la cession d'unités de production, à l'activité incertaine, dépendante de la morale et des qualités professionnelles du repreneur.

Cette démarche est donc, à notre sens, théoriquement injustifiable, car elle convie un nouvel élément aléatoire dans la délimitation des régimes de cession, ce qui interdit alors toute répartition objective des ensembles de biens cédés.

⁴⁷⁰ Voir NEUVILLE (S.), *op. cit.*, *supra* note n° 216, pp. 188-189, *spéc.* n° 195 : « *la cession partielle doit concerner un « ensemble d'éléments d'exploitation qu'ils forment une ou plusieurs branches complètes et autonome d'activité ».* Cette notion se rapproche de la cession globale d'« *unité de production composée de tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier* » permise en cas de liquidation judiciaire. *La procédure permettant d'aboutir au transfert est en effet sensiblement proche.* »

⁴⁷¹ Voir SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *op. cit.*, *supra* note n° 32, qui relève que c'est l'engagement du repreneur (« *l'élément intentionnel* ») de poursuivre l'activité cédée qui constitue la démarcation entre les domaines du plan de cession et de la cession d'unités de production, Voir également HAEL (J. -P.), *op. cit.*, *supra* note n° 465, qui précise que « *dans ces conditions, même lorsque les biens cédés peuvent constituer une unité d'exploitation, l'opération comporte seulement l'engagement pris par l'acquéreur de faire revivre l'exploitation (en réembauchant certains salariés et en promettant d'en reprendre d'autres plus tard* ».

2) Incertitudes pratiques

Les lacunes théoriques que comporteraient l'adoption du critère de la viabilité de l'activité, se doublent de complications pratiques difficilement acceptables. Sont à craindre, notamment, les sempiternels débats sémantiques qui ne manqueront pas d'éclorre quant à la consistance de la viabilité de l'activité (a). Ces craintes se doublent de légitimes interrogations quant à l'établissement de sanctions mesurées, en cas d'échec commercial rencontré par le repreneur, au lendemain de la cession du fonds de commerce (b).

a) Difficultés interprétatives

Si ce critère devait être retenu, le terme « viable » devrait faire l'objet d'une définition légale concise et indiscutable. Ce qui apparaît peu probable, tant il apparaît difficile d'évaluer précisément les cas qui permettraient à coup sûr un redémarrage de l'activité, de ceux qui ne pourraient franchir ce seuil. La viabilité de l'activité devrait alors faire l'objet d'une analyse au cas par cas par les juges chargés de décider si la tenue du plan de cession est réalisable⁴⁷².

Or, dès que le pouvoir d'interprétation des juges est sollicité, on ne peut espérer, sur des questions aussi subtiles, une jurisprudence uniforme. Au-delà de la question de la perpétuation de cette activité après la cession, qui présente déjà un potentiel certain en termes d'interprétations contradictoires, s'ajoute selon nous la question de la durée de cette viabilité. Devra-t-on permettre la mise en place d'un plan de cession pour une activité qui ne fera que survivre quelques mois ? Tous les juges n'auront certainement pas la même approche de ce dilemme.

Au soutien de nos inquiétudes sur ce point, nous convoquons encore une fois les enseignements tirés de l'expérience longue de vingt ans de la pratique des cessions d'unités de production. La nature de l'activité « redémarrable » de l'unité de production était déjà le sujet d'oppositions et d'opinions divergentes en jurisprudence. Certaines juridictions percevaient cette exigence de manière restrictive, et refusaient la qualification d'unité de production à tout ensemble qui

⁴⁷² Voir VINCENT (C.), *op. cit.*, *supra* note n° 278: « Le tribunal doit s'interroger sur les conditions minimales et raisonnables de survie de l'activité en menant une analyse prospective et dynamique au cours de laquelle ses caractéristiques doivent être appréciées in concreto et objectivement. »

n'était pas immédiatement opérationnel⁴⁷³. D'autres privilégiaient une interprétation extensive⁴⁷⁴, qui faisait profiter du régime de l'ancien article L622-17 du Code de Commerce les ensembles de biens qui présentaient uniquement un potentiel de maintien, ou de « naissance » de l'activité. Il est à prévoir que ces débats, aujourd'hui dépassés, reflouriraient au sein de la jurisprudence, si le critère de la viabilité de l'activité devait être entériné.

On conclura sur ce point en constatant que cette analyse complexe mise à la charge des juges, en plus d'un caractère aléatoire évident, allongerait sans aucun doute la durée des procédures liquidatives, ce qui contrevient à la volonté de célérité affichée par le législateur, notamment par la création de procédures écourtées, comme la liquidation judiciaire simplifiée, et aux objectifs de la matière. On peut, sans posséder de don de divination, prédire que cet allongement de la durée moyenne de la procédure de liquidation judiciaire portera atteinte dans un certain nombre de cas... à l'activité subsistant au sein de l'ensemble de biens en attente de cession. On ajoutera finalement que les moyens mis à la disposition des juges dans ce délicat travail restent à préciser, et que leur adéquation avec le critère retenu déterminerait pour une part importante l'efficacité de ce dernier. Ce qui représente, convenons-en, un grand nombre d'attentes cumulées.

b) Imprévisibilité des sanctions

Un dernier élément de réflexion disqualifie définitivement, à nos yeux, l'utilisation de ce critère pour différencier efficacement les modes de cession potentiellement applicables aux fonds de commerce cédés au moment de la réalisation des actifs. Projetons-nous un instant postérieurement à l'adoption de ce critère comme limite de démarcation entre les deux régimes de cession, et à son entrée en vigueur. Un plan de cession a été adopté pour permettre la cession

⁴⁷³ Voir T.Com. Lille, 13 décembre 1989, Les Annonces de la Seine n° 3, 11 janv. 1989, *Dict. perm.*, Bull. n° 65, p. 8535, qui décidait que constituait bien une unité d'exploitation un fonds de commerce, « *ensemble productif et opérationnel* » accompagné de la poursuite des contrats de travail.

⁴⁷⁴ Voir notamment CA Paris, 3^e Ch. Sect. A, 27 février 1990, *Sté Lexmar Corporation c/ M^e Girard, liquidateur de la Sté Chantiers du Nord et de la Méditerranée, Normed, et autres*, Les Annonces de la Seine, n° 22, 19 mars 1990, p. 2 ; *Gaz. Pal.*, 28-29 mars 1990, comm. p. 16 ; *Dict. perm. Bull.* n° 66, 19 mars 1990, p. 8515, qui prévoyait qu'« *une véritable unité de production, c'est-à-dire un ensemble de moyens matériels et humains permettant la poursuite ou la naissance d'une activité économique* ».

d'un ensemble de biens présentant une activité ayant été qualifiée de viable par le tribunal ayant prononcé la cession. Malheureusement, le commerce ne survit que peu de temps. Comment déterminer précisément les responsabilités dans un tel cas ?

Le caractère nécessairement subjectif de l'évaluation réalisée a pour conséquence la dilution des responsabilités, et une difficulté accrue dans l'application d'éventuelles sanctions pour non-respect du plan. Le repreneur est-il fautif de ne pas avoir rempli ses obligations, ou bien le tribunal partage-t-il une part de la responsabilité de cette défaillance du fait d'une évaluation imprécise ? Aussi l'accumulation d'obstacles, tant d'ordre théorique que pratique, ainsi que les ramifications judiciaires de ce critère, interdisent son adoption comme critère discriminant.

Section II) Distinction des régimes de cession selon la présence d'éléments spécifiques aux ensembles cédés

La distinction des régimes de cession applicables au fonds de commerce ne pouvant se fonder sur les caractéristiques de l'activité abritée au sein des ensembles réalisés, d'autres pistes doivent donc être sondées à cette fin. L'élément principal structurant chacun des ensembles cédés ne permettant pas d'établir une dichotomie infaillible, il nous faut donc analyser d'autres éléments satellites, dont l'identification permettrait de scinder efficacement les régimes de cession d'actifs. Plusieurs hypothèses se présentent au juriste et font écho aux observations réalisées au sein de la première partie de cette étude. Les éléments les plus sûrement invocables à cette fin sont, en effet, ceux qui sont conceptuellement refoulés de l'un des ensembles étudiés, mais intégrés au sein de l'autre. Ainsi, seront successivement évaluées, comme possible critère dirimant, la présence de salariés (I), puis la présence de biens immobiliers (II), pour enfin considérer la présence de contrats d'exploitation au sein de l'ensemble cédé (III).

I) Délimitation des régimes de cession par la présence de salariés au sein de l'ensemble cédé

La présence de salariés au sein de l'ensemble de biens cédés a déjà pu faire l'objet d'une proposition de consécration, en tant que repère délimitant les régimes de cession applicables au fonds de commerce lors des réalisations d'actifs. Aussi en présenterons-nous l'argument (A), ainsi que les avantages incontestables (B), avant de nuancer cette analyse par les critiques inhérentes à cette hypothèse (C).

A) Argument

Un premier postulat a donc retenu l'attention de la doctrine : Monsieur le Professeur Théron a, dans un article remarqué⁴⁷⁵, développé une approche selon laquelle la ventilation des cas d'espèce, sous l'un ou l'autre des régimes de cession, serait décidée par la présence de salariés au sein de l'ensemble cédé.

Monsieur le Professeur conclut dans un premier temps à l'assimilation pleine et entière des notions d'entreprise et de fonds de commerce. Le fondement de cette démonstration provient

⁴⁷⁵ THERON (J.), *op. cit.*, *supra* note n° 457

du fait que, selon son auteur, le fonds de commerce « *répond à toutes les définitions d'entreprise proposées par la doctrine, aussi différentes soient-elles.* » Si nous ne partageons pas une analyse aussi radicale, ce rapprochement audacieux pose courageusement la question de la différenciation de ces deux notions. L'auteur pointe également une seconde anomalie, à laquelle nous souscrivons ici sans réserve : au moment de la cession d'un fonds de commerce en phase de liquidation judiciaire, les régimes invocables sont confondus⁴⁷⁶.

B) Avantages de la distinction

Cette hypothèse est attractive car elle présente l'avantage de la simplicité. Elle présente de plus un intérêt certain d'un point de vue conceptuel, puisqu'elle souscrit aux exigences de l'article L642-5 du Code de Commerce, qui dispose que l'offre retenue doit être celle « *qui permet dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi attaché à l'ensemble cédé.* » Cette cohérence reste néanmoins de façade, puisque ce raccourci théorique conduit à confondre les buts assignés au plan de cession, et les critères de sa mise en œuvre.

Elle présente également un certain nombre d'avantages fonctionnels. Au premier rang de ceux-ci, elle présente les qualités de l'évidence : la présence de salariés est aisée à identifier, et ne laisse aucune place à l'interprétation. Le découpage des modes de cession s'en trouverait simplifié. De plus, l'auteur avance au soutien de sa proposition que cette recherche du maintien de l'emploi permet de justifier les efforts supplémentaires demandés aux créanciers dans le cadre du plan de cession. Nous restons plus mesurés quant à cette dernière assertion. Il nous apparaît en effet abusif de motiver les sacrifices supplémentaires réclamés aux créanciers, induits par l'application du régime des articles L 642-1 et suivants du Code de Commerce, au nom de l'intérêt de salariés dont la position est précarisée par ce même régime. Aussi cet aspect de la proposition doit-il, selon nous, être relativisé.

⁴⁷⁶ L'auteur constate que « *la suppression de la cession d'unité de production par la loi du 26 juillet 2005 n'a pas mis fin à la concurrence des modes de cession du fonds de commerce. Si autrefois, en période de liquidation, deux modes de cession étaient envisageables, subsiste aujourd'hui la concurrence entre la cession d'entreprise et la cession comme un des autres biens du débiteur.* » Il ajoute : « *Le régime des deux modes de cession étant tellement distinct, il est inconcevable qu'un même fonds de commerce puisse être cédé selon l'une ou l'autre forme. Dès lors, il convient d'identifier le critère qui permet au cas par cas de déterminer le mode de réalisation adéquat.* »

C) Inconvénients de la distinction

Le choix de la constatation de la présence de salariés, au sein de l'ensemble de biens cédés, reste néanmoins lesté de défauts qui rendent, selon nous, sa consécration hasardeuse. Elle nous semble inadaptée aux mutations à l'œuvre dans l'entreprise lors de sa régence par le droit des procédures collectives (1). De plus, un aspect opportuniste, teintant ce critère d'aléa, et le rendant tout autant arbitraire que le régime actuel, nous semble décelable (2). L'impartialité de ce choix est donc critiquable. Enfin, l'articulation du régime légal qui en découlerait rencontrerait d'importants problèmes d'adaptation pour se greffer à l'application de l'article L1224-1 du Code du Travail (3)

1) Absence d'une vision évolutive de l'entreprise

Monsieur le Professeur nous semble ici conclure, de manière générale, à l'assimilation de l'entreprise et du fonds de commerce. Telle que présentée, cette conviction semble trouver application quel que puisse être la période de son existence juridique où l'entreprise est évaluée. L'entreprise serait donc assimilable au fonds de commerce qu'elle recèle en son sein, de sa naissance jusqu'à sa disparition. Cette affirmation nous apparaît excessive. Tout d'abord, les conceptions de l'entreprise en tant qu'institution, puis plus tard en tant qu'entité économique et sociale, supposent l'existence d'une structure, d'une organisation sociale particulière, et d'un centre autonome de décision, ainsi que d'autres éléments évoqués cités par Monsieur le Professeur Paillusseau⁴⁷⁷, et traités plus haut dans notre étude. De plus, si l'entreprise est appréhendée comme un bien, certains éléments peuvent être intégrés à l'entreprise et ne pas l'être au sein d'un fonds de commerce, ainsi que le sont les immeubles. Aussi les différentes définitions invoquées par Monsieur le Professeur ne nous semblent pas pouvoir être indifféremment appliquées au fonds de commerce, ce dernier ne pouvant se voir reconnaître les vertus sociales et structurelles attachées à l'entreprise.

L'entreprise ne peut, à notre sens, être rapprochée du fonds de commerce que ponctuellement, au moment de sa cession, et spécifiquement dans le cadre des procédures collectives, où la logique de ce droit dérogatoire sacrifie au maintien de l'activité ces attributs normalement essentiels de l'entreprise, qui sont dans tous les cas inaccessibles au fonds de commerce, qui ne

⁴⁷⁷ PAILLUSSEAU (J.), *op. cit.*, *supra* note n° 218

reste « qu' » une universalité de fait. L'entreprise, prise en tant qu'institution ou en tant qu'entité économique et sociale, conserve sa nature juridique métisse d'objet et de sujet de droit, et ne peut à ce titre faire l'objet d'une cession. C'est bien parce qu'elle se « dénude », au moment de l'application de ces cessions spécifiques, et qu'elle perd ses attributs de sujet de droit, qu'elle est susceptible de se confondre avec le fonds de commerce qu'elle abrite.

Aussi, seule la seconde définition évoquée par Monsieur le Professeur Théron, aux termes de laquelle elle est réduite à un bien, à une universalité de fait, nous paraît à même de justifier la confusion des régimes de cession applicables au moment de la liquidation judiciaire. Monsieur le professeur conclut son étude comparative en affirmant qu'« *il faut inéluctablement admettre le fonds de commerce comme une manifestation de la notion d'entreprise* ». Au vu des éléments rassemblés au soutien de la présente étude, il nous semble préférable au contraire de présenter l'entreprise comme une émanation de la notion de fonds de commerce, qui sublime ce dernier au cours de son existence et de son exploitation, mais qui peut se réduire à lui au moment de la mise en place de sa cession, avant que sa renaissance par le biais de cette cession ne lui permette de redéployer ses attributs propres, soit cette structure sociale et décisionnelle, entre les mains du repreneur. En dehors de la période de son appréhension par le droit des procédures collectives, l'entreprise comporte bien évidemment en son sein la masse salariale, et donc les contrats de travail qui constituent le lien indispensable des salariés à cette entité. Il nous semble pourtant que du fait de la désagrégation de la structure de cette dernière au moment de sa cession organisée sous le régime qui nous intéresse, ces derniers se présentent comme des éléments non plus intégrés au nombre de ses éléments constitutifs, mais plutôt comme des éléments « satellites », pouvant être modulés en fonction des besoins nécessaires au maintien de l'activité, quand bien même la question de leur sauvegarde reste bien présente, même à ce stade, dans les préoccupations du législateur⁴⁷⁸.

⁴⁷⁸ La rédaction même de l'article L 642-1 du Code de Commerce nous semble induire cette interprétation. Le texte précise bien en effet que la cession de l'entreprise a pour but le maintien de tout ou partie des emplois « *qui y sont attachés* ». Sans en tirer de conclusions abusives, il nous paraît plausible d'avancer que le terme choisi par le législateur est moins innocent qu'il ne pourrait le sembler à la première lecture. L'utilisation de ce participe passé suggère à notre sens un lien bien différent de l'inclusion au sein de l'ensemble cédé, et accentue leur aspect « secondaire » dans la logique des opérations de cession. Il nous semble dans tous les cas probable que cette formulation ne puisse avoir la même signification qu'une rédaction qui aurait prévu le maintien des emplois « *y étant intégrés* ».

2) Un critère de distinction opportuniste

La confusion actuelle découle pour une part d'une identification défectueuse des notions assimilées aux biens cédés. Aussi un remodelage de la répartition des ensembles cédés doit-il avoir pour objectif de préciser ces notions, et pour guide la volonté d'apporter à la pratique une cohésion théorique jusqu'ici fort malmenée. L'application de ce critère nous apparaît en conséquence trop circonstancielle, et peu propice à l'amélioration de la répartition des ensembles cédés en liquidation judiciaire.

L'adoption d'une telle proposition engendrerait la distinction arbitraire d'entités en théorie identiques, en fonction de la présence aléatoire de certains éléments⁴⁷⁹. En effet, si l'on veut bien admettre que l'entreprise perd au moment de sa cession, entre autres aspects, la dimension de structure sociale qui la caractérise habituellement, et qu'elle se réduit à un ensemble de biens devant demeurer siège d'une activité pour conserver sa cohérence, il ne peut à notre sens être présenté comme crédible que les emplois représentent une part primordiale de cette entité⁴⁸⁰.

Aussi cruciale et délicate que puisse être la question de leur maintien dans le cadre de la cession, celle-ci reste néanmoins secondaire en comparaison du maintien de l'activité, gradation des priorités d'ailleurs soulignée par les textes. C'est dans ce but que le régime de la cession d'entreprise organise la possibilité de licenciements ciblés, afin de permettre la poursuite de l'activité dans les meilleures conditions. En cas d'adoption de cette proposition, tous les fonds de commerce d'E.U.R.L seraient défavorablement traités, et ne pourraient se voir accorder les bénéfices de l'article L642-7 du Code de Commerce. Or la logique qui a présidé au basculement du plan de cession en liquidation judiciaire est bien de permettre, jusque dans les phases les plus délicates de la procédure collective, le sauvetage d'entités pouvant poursuivre une activité économique.

⁴⁷⁹ Ce critère est d'ailleurs rejeté par certains auteurs en doctrine pour ces mêmes raisons. Voir VINCENT (C *op. cit.*, *supra* note n° 278 : « Peu importe, à cet égard, que des contrats de travail existent ; ce ne sont pas eux qui constituent la substance du fonds de commerce qui peut exister en leur absence. Retenir ce critère relatif aux emplois reviendrait à priver bon nombre de petites entreprises en difficulté du bénéfice des plans de cession. Telle n'est pas la volonté affichée de la loi qui recherche le sauvetage de toute activité économique. »

⁴⁸⁰ Voir sur ce point Cass.Com, 2 mai 1972, *préc.* qui reconnaît l'existence d'une entreprise de fabrication de pâtes alimentaires, réalisant sans activité sans aucun salarié, par l'entremise d'un procès de production automatisé.

On perçoit alors mal pourquoi des activités autonomes devraient de trouver désavantagées, sur la base de la reconnaissance d'un critère extérieur à l'ensemble cédé⁴⁸¹. De plus, ce choix présenterait à notre sens un aspect contradictoire car, si Monsieur le Professeur qualifie uniformément les ensembles de biens cédés en liquidation judiciaire de fonds de commerce, sa proposition conduit à qualifier un fonds cédé accompagné de salariés attachés d'entreprise, ce qui nous semble abusif.

3) Paralysie des effets de l'article L1224-1 du Code du Travail

A supposer qu'un fonds de commerce auquel n'est attaché aucun contrat de travail doive être cédé sous le régime de l'article L642-19, et qu'au contraire un fonds de commerce, nécessitant pour la continuation de son activité la poursuite d'un certain nombre de contrats de travail, doive être qualifié d'entreprise et donc être cédé sous le régime de l'article L642-1 dudit code, cette proposition entrerait en conflit avec la logique même de l'article L1224-1 du Code du Travail⁴⁸².

En effet, cet article oblige au transfert de plein droit des contrats de travail en cas de cession du fonds de commerce. Seules les cessions organisées dans le cadre d'une cession d'entreprise empêchent l'application automatique de cette disposition, du fait de la portée dérogatoire de l'article L642-5 du Code de Commerce. Comment, dès lors, justifier que l'article L1224-1 du Code du Travail ne puisse paradoxalement trouver pleine application, dans le cadre d'une liquidation judiciaire, que dans les cas où, justement, le fonds cédé ne se voit attaché aucun emploi ?

⁴⁸¹ Un auteur constate qu'« indiscutable du temps où le plan de cession ne se concevait qu'en phase de redressement judiciaire, le critère de la présence de salariés paraît cependant aujourd'hui inadapté... ». Voir LIENHARD (A.), *op. cit.*, *supra* note n° 26

⁴⁸² En vertu de l'article L1224-1 du Code du Travail, ces derniers sont transférés de plein droit en cas de modification de la situation de l'employeur, notamment en cas de cession du fonds de commerce. Certains auteurs ont pu en déduire, qu'à l'instar d'autres contrats suivant la destination du fonds, comme les contrats d'édition ou d'assurance, ces derniers devaient être comptés au sein des éléments du fonds de commerce. Voir BARRET (O.), *op. cit.*, *supra* note n° 78, *spéc* n°16. Si l'on devait souscrire à cette inclusion, alors la distinction de l'application des régimes de cession en fonction de la présence de salariés dans l'entreprise en apparaîtrait d'autant plus arbitraire.

Et que parallèlement il puisse être dérogé à son application dans les cas, où, précisément, les emplois sont présents ?⁴⁸³ La contradiction est ici insurmontable, et discrédite à nos yeux définitivement l'hypothèse.

⁴⁸³ La difficulté semble d'ailleurs engendrer un certain trouble auprès des services de la chancellerie, ainsi qu'en témoigne la retranscription de la question n°70094, posée par Mr le député Gérard Cherpion, et dont la réponse a été publiée le 1^{er} novembre 2011 au Journal Officiel. Mr le député s'interrogeait fort justement sur l'opportunité de l'application de l'article L1224-1 du Code du Travail dans le cadre des cessions opérées selon le régime de l'article L642-19 du Code de Commerce. La réponse apportée est des plus surprenantes puisqu'il est argumenté que cette question se révèle obsolète depuis la loi de sauvegarde de 2005, l'article L642-5 du Code de Commerce permettant de déroger aux dispositions de cet article...dans le cas de la cession d'entreprise.

II) Délimitation des régimes de cession par la présence de biens immobiliers au sein de l'ensemble cédé

Le recours à un élément structurellement distinctif des ensembles de biens comparés apparaît comme la voie royale pour permettre une distinction efficace des régimes de cession applicables aux fonds, en s'attachant à établir une séparation conceptuellement convaincante. Malgré cette approche séduisante (A), présentant des arguments probants (B), ces avantages ne suffisent selon nous à contrebalancer les inconvénients patents de cette hypothèse (C).

A) Argument

On l'a vu, la jurisprudence offre de nombreux exemples où le contenu des ensembles cédés sous le vocable d'« entreprises » et de « fonds de commerce » semblent superposables, questionnant la validité du principe du dédoublement des régimes de cession applicables en liquidation judiciaire. Ce rapprochement des notions utilisées comme concepts directeurs des régimes de cession applicables génère des interrogations légitimes quant à l'identité réelle des ensembles faisant l'objet d'une cession dans le cadre du redressement judiciaire.

Aussi le choix du régime applicable aux ensembles de biens envisagés en cas de cession forcée doit-il être déclenché par la reconnaissance d'un élément discriminant, propre à l'un des concepts cédés. Doit donc être recherché, si l'on souhaite réellement distinguer les deux régimes de cession sur des bases équitables, et juridiquement justifiables, un critère d'application dépourvu de tout aléa, et différenciant sans ambiguïtés les ensembles pouvant être qualifiés d'« entreprise », des ensembles pouvant être qualifiés de « fonds de commerce ». La critique que nous avons pu émettre à l'encontre de la proposition de Monsieur le Professeur Théron vient de ce qu'à notre sens, le critère de distinction qu'il propose ne nous semble pas révélateur de la nature juridique réelle des ensembles cédés en phase de cession.

Or, il est un élément dont il n'est pas nié qu'il ne puisse être cédé sous le régime de la vente des autres biens du débiteur, tel que prévu au sein de l'article L642-19 du Code de Commerce, si le fonds de commerce est placé sous ce régime.

Il s'agit de l'immeuble, qui est exclu historiquement de la constitution du fonds de commerce. Si le commerce cédé est exploité dans un immeuble appartenant également au commerçant, et si le fonds de commerce est cédé en tant que bien autonome, alors la transmission de celui-ci ne pourra être réalisée qu'en respectant les prescriptions de l'article L642-18 du Code de Commerce, qui régit les règles de cession de ce dernier en liquidation judiciaire⁴⁸⁴. Pour une large part, cet article opère par renvoi aux règles habituellement applicables, et fixées par le Code Civil. Il prévoit également les règles de fixation du prix de l'immeuble à la vente, et le principe de répartition du prix de cette vente. En revanche, un bien immobilier peut être intégré au sein de l'ensemble de biens cédés dans le cadre de la cession d'entreprise, car l'immeuble peut compter au rang des éléments affectés à l'exploitation de l'entreprise et nécessaires à celle-ci⁴⁸⁵. Un fonds de commerce exploité dans un immeuble, si ce dernier est nécessaire à son fonctionnement, ne pourrait donc pas être cédé autrement que sous le régime de l'article L642-1 du Code de Commerce, alors qu'un fonds de commerce détaché de toute attache irréversible avec une exploitation dans un lieu donné pourrait, lui, être cédé sous le régime de l'article L642-19 du Code de Commerce.

⁴⁸⁴ Un élément intéressant dans le cadre de notre problématique provient du fait que les ventes d'immeubles et les ventes de meubles isolés présentent les mêmes caractéristiques pour ce qui concerne la date de la perfection de la vente et du transfert de propriété. Si elle est parfaite dès le prononcé de l'ordonnance de cession, pour autant le transfert de propriété ne s'opère qu'au moment de la signature des actes de cession. Voir BRIGNON (B), comm. sous Cass. com., 11 juin 2014, *op. cit.*, *supra* note n° 346. Pour un comparatif des cessions d'immeubles réalisées dans le cadre du plan de cession et dans le cadre des cessions de biens isolés, voir CAGNOLI (P.), *Le notaire, la vente d'immeuble et les procédures collectives : quelques difficultés pratiques*, PA, n° 110, 03 juin 2014, p. 75

⁴⁸⁵ Et justifier à ce titre qu'« un héritier puisse demander que lui soit attribué l'immeuble indivis où il exploite un fonds de commerce qui, reçu par donation du de cujus, ne dépend pas de l'indivision », en vertu de l'application de l'article 832 du Code Civil. En effet, un arrêt de la Cour de Cassation a pu préciser qu'« attendu qu'après avoir relevé que les murs dans lesquels le fonds de commerce était exploité constituaient une composante de l'entreprise, la cour d'appel a pu attribuer préférentiellement l'immeuble à M. J... » Voir sur ce point GRIMALDI (M.), comm. sous Cass. 1^{ère} Civ., 6 février 2008, pourvoi n° 06-19089, Bull. 2008, I, n° 47, RTD Civ. 2008 p. 341 ; Dans le même ordre d'idée, il a pu être décidé que lorsque le fonds de commerce et l'immeuble dans lequel se déroule l'exploitation de celui-ci se trouvent dans la masse des biens partageables, l'attribution préférentielle a vocation à porter simultanément sur les deux éléments, peu important dans ce cas que la valeur de l'immeuble excède de beaucoup la valeur du fonds. Les deux éléments participent de la même entreprise. Voir sur ce point CA Pau, 3 juillet 1963, JCP 1963, II. 13427, note VOIRIN, RTD Civ. 1964. 146, obs. SAVATIER

B) Avantages de la distinction

Cette distinction s'appuie donc, au contraire de la précédente, sur des arguments théoriques éprouvés, et à notre sens, plus significatifs que dans le cas de la précédente proposition, car elle fait référence aux éléments constitutifs des deux notions au moment de leur cession.

Ces arguments trouvent de plus une véritable justification dans les textes de loi applicables à la liquidation judiciaire simplifiée, qui tend à crédibiliser ce critère pour distinguer efficacement les modes de cession applicables au moment de la liquidation judiciaire. Les procédures de liquidation judiciaire simplifiées, qu'elles soient obligatoires ou facultatives, sont nées de la réforme de la loi de sauvegarde de 2005, et ont pour principal objectif d'améliorer encore la célérité du déroulement de la procédure, et de permettre une mobilisation moins importante des organes de la procédure, afin de désengorger les tribunaux de commerce.

Dans cette perspective d'efficacité, en plus de ne mobiliser qu'un nombre plus restreint d'intervenants, certaines prérogatives attachées habituellement à la liquidation judiciaire ne peuvent plus être actionnées. Le plan de cession est la procédure dont l'absence est la plus notable. Cette éviction est néanmoins logique du fait de la complexité de la procédure, et du temps qu'elle requiert pour être menée à son terme. Ces délais sont incompatibles avec l'exigence de rapidité de la liquidation judiciaire simplifiée⁴⁸⁶.

Aussi doit-on en conclure qu'une entreprise ne peut donc être cédée sous ce régime. Ce qui apparaît cohérent du fait de la complexité supérieure de cette notion, dont l'identification déclenche la mise en œuvre du plan. Les seuls ensembles de biens structurés qui peuvent faire l'objet d'une cession dans les procédures simplifiées sont donc, sous le régime actuel, les fonds de commerce. Mais nous l'avons vu, les limites assignées à ces notions deviennent moins discriminantes en phase de liquidation judiciaire. Aussi se pose la question de la sécurisation

⁴⁸⁶ L'article L644-2 prévoit que ces procédures accélérées doivent voir intervenir les ventes dans un délai de quatre mois à compter de la date d'ouverture de la procédure, et l'article L644-5 que leur clôture doit intervenir dans un délai de six mois à compter de l'ouverture de la procédure dans le cadre de la liquidation simplifiée obligatoire, et dans un délai d'un an à compter du jugement d'ouverture pour ce qui concerne la version facultative. Voir LUCAS (F.-X), *op. cit.*, *supra* note n° 149 ; MACORIG-VENIER (F.) ET VALLANSAN (J.), *op. cit.*, *supra* note n° 312, *spéc* n°26

des cessions réalisées dans le cadre des liquidations judiciaires simplifiées. Il est en effet nécessaire d'éviter la cession « malencontreuse » d'une entreprise sous le régime de la cession de biens isolés. La loi impose l'application de certains critères afin d'encadrer la mise en place des procédures de liquidation judiciaire simplifiées. En plus des restrictions applicables en fonction du chiffre d'affaires réalisé par la structure soumise à la procédure, et du nombre de salariés qu'elle emploie, une autre distinction est opérée par les textes. En effet, les articles L642-1 et L642-1-2 du Code de Commerce adjoignent l'obligation de constater qu'aucun immeuble ne fait partie de l'ensemble de biens soumis à la procédure.

Cette distinction, si elle est sans doute commandée par l'obligation de célérité de la procédure (la réalisation des immeubles compliquerait le déroulement de la procédure et, allongerait exponentiellement les délais) a, de plus, d'importantes implications théoriques. Elle conduit à considérer que les ensembles complexes cédés en plan de cession ne se distinguent conceptuellement des ensembles soumis au régime de la liquidation judiciaire simplifiée que par la présence d'un immeuble, les différences existant en termes de chiffre d'affaire et de nombre de salariés ne pouvant de toute évidence être considérés comme significatifs sous l'angle conceptuel.

Aussi, la soustraction de l'immeuble à une entreprise distingue cette dernière du fonds de commerce pouvant être cédé en liquidation judiciaire simplifiée et dans le cadre des cessions de biens isolées.

C) Inconvénients de la distinction

Tout comme l'hypothèse de la constatation de la présence de salariés au sein de l'ensemble cédé, de trop lourds aléas lestent ce postulat pour qu'il puisse prétendre incarner un critère scientifiquement crédible. Le plus gênant est, sans conteste, l'absence d'immeubles au sein d'un nombre conséquent d'opérations de cession (1). On ajoutera que des interrogations subsistent sur les rapports conceptuels entretenus par le fonds de commerce et l'immeuble qui l'abrite, ainsi que nous avons déjà pu l'évoquer au sein de nos développements relatifs à la nature du fonds de commerce (2).

1) Un domaine d'application trop limité

Une entreprise dont les biens nécessaires à l'exploitation du fonds de commerce intégreraient un immeuble ne pourrait donc être confondue avec ce dernier. La présence d'un immeuble au sein de l'entreprise pourrait ainsi représenter le critère de différenciation idéal entre les deux régimes de cession applicables en liquidation. Le domaine d'applicabilité de ce critère est néanmoins des plus restreint. Deux limites à l'efficacité du critère se dévoilent rapidement.

Cette distinction ne peut concerner potentiellement que les cas de cession où l'immeuble, dans lequel est exploité le fonds de commerce, appartient simultanément au cédant. Ensuite, il faut également restreindre son domaine d'application aux cas où l'immeuble est un élément nécessaire à l'exploitation du fonds, c'est-à-dire dans les cas où la survie de l'exploitation est tributaire de l'emplacement du local⁴⁸⁷. Cette éventualité se rencontre principalement dans le cas de la cession de fonds industriels, où l'exploitation est en général indissociable du lieu de l'exploitation, et de fonds de commerce d'hôtellerie, pour lesquels l'emplacement et les caractéristiques propres au local sont bien évidemment cruciaux.

2) Interrogations relatives à la place de l'immeuble dans le fonds de commerce

Source de nombreux débats doctrinaux quant à la légitimité de son exclusion, cette dernière ne souffre pas encore actuellement de réelle remise en cause⁴⁸⁸, en partie parce que l'intégration de celle-ci causerait de l'aveu de la profession notariale, un alourdissement considérable du régime de cession du fonds de commerce⁴⁸⁹. Néanmoins, les arguments avancés pour justifier

⁴⁸⁷ On peut ici introduire un parallèle avec les cas dans lesquels la jurisprudence a pu considérer que le bail commercial ne constituait pas un élément essentiel du fonds de commerce. Pour que le critère de la présence d'un immeuble au sein de l'ensemble cédé soit efficace, il faut donc logiquement que celui-ci soit indispensable au maintien de l'activité.

⁴⁸⁸ Ce débat revient néanmoins régulièrement dans les réflexions doctrinales relatives à la composition et à l'évolution de la notion de fonds de commerce. Voir BLAISE (J.-P.), *Les rapports entre le fonds de commerce et l'immeuble dans lequel il est exploité*, RTD com, 1966, p. 827, ou plus récemment BOUQUET (B.), *op. cit., supra* note n° 78

⁴⁸⁹ Voir sur ce point BARRET (O.), *op. cit., supra* note n° 78

de cette exclusion n'ont jamais été pleinement convaincants (a). L'immeuble et le fonds de commerce hébergé peuvent, dans certaines configurations, entrer en concurrence (b), et mener à considérer l'éventualité d'une possible obsolescence de la notion de fonds de commerce dans ces cas précis (c).

a) Rappel des critiques formulées sur les rapports de l'immeuble et du fonds de commerce

On l'a vu au cours de nos développements précédents, la place de l'immeuble dans le fonds de commerce est inconfortable. D'une part, l'exclusion de l'immeuble du fait de la nature mobilière du fonds de commerce apparaît plus déclarative que valable scientifiquement⁴⁹⁰. Mr Gary convenait que le fonds de commerce n'était qualifié de meuble incorporel que par une « *fiction elliptique* », à des fins de simplification quant au régime pouvant lui être appliqué. Constatant la variabilité de celle-ci, il renonçait par ailleurs à attribuer une nature juridique particulière à l'universalité de fait,⁴⁹¹.

⁴⁹⁰ On peut ici évoquer utilement l'approche de la question retenue par la législation belge. La loi du 25 octobre 1919, qui règle les modalités de la mise en gage du fonds de commerce, et qui constitue donc à ce titre un équivalent de notre loi du 17 mars 1909, s'éloigne de cette dernière en ce que la liste des éléments composant ce dernier n'est pas limitative. Le fonds de commerce tel qu'il est déterminé par l'article 2 de la loi est un contenant à géométrie variable, adaptable, et pouvant parfaitement comprendre à ce titre des éléments non mentionnés par l'énumération légale, au nombre desquels peut être compté l'immeuble, ainsi que le laisse entendre l'introduction de l'adverbe « *notamment* » en tête de l'énumération des composantes du fonds, par ailleurs quasi-similaire à la conception retenue en droit français : « *notamment la clientèle, l'enseigne, l'organisation commerciale, les marques, le droit au bail, le mobilier de magasin et l'outillage, le tout sauf stipulation contraire* », ainsi que « *les marchandises en stock à concurrence de 50 p.c. de leur valeur* ».

⁴⁹¹ D'anciennes décisions jurisprudentielles ont accueilli une approche alternative ayant comme avantage de ne pas remettre en cause la qualification de meuble du fonds de commerce. Ces rares décisions reconnaissaient la possibilité d'une fiction de « mobilisation par destination » et considéraient que « *des immeubles peuvent être considérés comme des meubles par la volonté des parties, lorsqu'ils se confondent comme accessoires dans une universalité mobilière, qu'il en est ainsi, notamment des immeubles compris dans un fonds de commerce.* » Voir CA Montpellier, 29 novembre 1897, *préc.*, ou CA Pau, 6 novembre 1917, S. 1913 2 193, note WAHL. Néanmoins cette initiative a été rejetée par la Haute juridiction au motif de son incompatibilité avec la « *summa divisio rerum* », qui veut que la distinction entre meubles et immeubles soit d'ordre public, et qu'en conséquence il ne puisse y être dérogé par la volonté individuelle. Voir Cass. Civ., 15 mars 1899, *préc.*

De plus, l'autre argument couramment invoqué pour justifier de l'exclusion des immeubles du fonds de commerce découle de la conception essentialiste de celui-ci retenue jusqu'ici. La clientèle ayant été présentée par la jurisprudence comme l'élément essentiel et suffisant à la constitution du fonds de commerce, l'application de la règle de l'accessoire interdisait⁴⁹² en conséquence l'inclusion de l'immeuble dans le fonds de commerce, un immeuble ne pouvant se révéler être l'accessoire d'un meuble incorporel, en l'occurrence la clientèle.

Or le déclin de cette approche essentialiste, présentant non plus la clientèle comme un élément du fonds mais plutôt comme le but de ce dernier, et la preuve de son existence, modifie la portée de la règle de l'accessoire dans l'organisation du fonds de commerce. De ce fait, son importance dans la justification de l'exclusion de l'immeuble de la composition du fonds est d'autant plus relative. En effet, si la clientèle n'est plus l'élément essentiel à proprement parler, ce statut s'est transféré sur le ou les éléments servant de support à celle-ci.

Rien n'interdit dans ce cas théoriquement que cet élément attractif de la clientèle puisse être un immeuble. Or, si l'élément essentiel du fonds, car principal responsable de l'attraction de la clientèle, est un immeuble, l'invocation de la règle de l'accessoire comme justification à l'exclusion de celui-ci du fonds n'est plus crédible. En d'autres termes, d'accessoire à un meuble incorporel, l'immeuble devient dans ce cas le principal.

⁴⁹² Cette interdiction n'étant néanmoins pas une interdiction absolue. Ainsi que l'indiquait un auteur, l'une des raisons de l'exclusion de l'immeuble de la composition du fonds est « *la répugnance à admettre qu'un immeuble puisse être l'accessoire d'un meuble* ». En effet il paraît difficile d'affirmer qu'en toutes circonstances, le régime d'un immeuble puisse être calqué sur celui d'un meuble. Cependant, cet argument « *ne paraît guère pertinent au regard des critères de l'accessoire : les seules données à prendre en compte, pour que le rapport d'accessoire à principal soit établi, sont, d'une part, la volonté du propriétaire d'affecter un bien à un autre, et d'autre part le rapport de nécessité qui lie ces deux biens ; dès lors que l'immeuble est affecté par la volonté du propriétaire à l'exploitation commerciale, et qu'il apparaît indispensable pour cette exploitation, rien ne devrait s'opposer à ce qu'il soit l'accessoire du fonds...* ». BARRET (O *op. cit.*, *supra* note n° 78, spéc n°20

b) Concurrence de l'immeuble et du fonds de commerce

L'embarras généré par la question de la place occupée par l'immeuble vis à vis du fonds de commerce est décelable en filigrane de certaines décisions jurisprudentielles. Un arrêt, rendu par la chambre commerciale de la Cour de Cassation, le 31 mars 2009⁴⁹³, synthétise les difficultés posées dans la pratique par cette exclusion, ainsi que de la complexité et de l'aspect paradoxal des réponses apportées par la jurisprudence pour la justifier.

La société Noga Hôtels Cannes était exploitante d'un complexe hôtelier Cannois en vertu d'un bail à construction. La société Jesta Fontainebleau est, aux termes d'une saisie immobilière, déclarée adjudicataire, tant de l'immeuble bâti que du bail à construction. Néanmoins, la société Noga Hôtels Cannes reste quelques temps dans les lieux, postérieurement à l'adjudication, et perçoit au cours de cette période l'encaissement d'acomptes versés par des clients au titre de diverses réservations effectuées. Cependant, les prestations relatives aux dites réservations sont exécutées par l'adjudicataire, une fois ce dernier entré en possession des locaux. Suite à cela, la société Jesta assigne l'ancien exploitant en paiement des acomptes reçus. Les poursuites du fonds de commerce n'ayant visé que le bail à construction et l'immeuble, la société Jesta avait argumenté qu'elle avait en conséquence conservé son fonds de commerce jusqu'à son éviction, et qu'à ce titre, les acomptes versés lui restaient attachés. La Cour d'appel d'Aix-En-Provence, dans un arrêt en date du 8 février 2008, avait refusé de faire droit à cet argumentaire et avait en conséquence prononcé la condamnation du défendeur au paiement des sommes visées. Ce dernier s'était alors pourvu en cassation. Les différents moyens présentés par la société Noga Hôtels Cannes au soutien de son pourvoi doivent être abordés également, ceux-ci étant en lien direct avec notre réflexion. Nous passerons ici rapidement sur la question relative à l'application de l'article 524 du Code Civil, quant à la reconnaissance du mobilier affecté à l'exploitation du fonds de commerce comme immeuble par destination, et non comme faisant partie de l'universalité mobilière constituée par le fonds de commerce lui-même. A ce titre, les meubles, devenus par le jeu de l'article 524 du Code Civil des immeubles par destination, pouvaient bien entrer dans le périmètre de la saisie immobilière visant l'immeuble dans lequel ils se trouvaient.

⁴⁹³ Cass. Com., 31 mars 2009, pourvoi n° 08-14180, Bull. 2009, IV, n° 47

Le principal axe de réflexion provient de la réponse apportée par la Haute Juridiction au second moyen invoqué par le demandeur au soutien de son pourvoi. Ce dernier argumente que la saisie du bien immobilier dans lequel est exploité le fonds de commerce ne peut priver l'ancien exploitant de la propriété de son fonds de commerce. Ainsi qu'avancé : « ... *l'immobilisation par destination du mobilier affecté à l'exploitation d'un fonds de commerce ne s'étend pas au fonds lui-même, lequel a la nature d'un meuble incorporel.* »

Le demandeur, invoque au soutien de son argument, ainsi que précédemment évoqué, les dispositions de l'article 524 du Code civil, ainsi que le bénéfice de celles visées à l'article L141-5 du Code Commerce⁴⁹⁴, relatif au privilège du vendeur du fonds de commerce, et l'article 1^{er} du protocole additionnel de la CEDH⁴⁹⁵, relatif à la préservation du droit de propriété. Or La Cour de Cassation, dans un attendu quelque peu sibyllin, confirme l'arrêt de la Cour d'Appel en relevant que l'adjudicataire n'avait pas eu droit à la jouissance du fonds de commerce à compter de la date de l'adjudication, non plus que ne lui avait été cédé le fonds de commerce. Les sommes perçues au titre des réservations hôtelières lui étaient dues du fait de son « *entrée en jouissance de l'immeuble* » et de son « *droit de l'exploiter à cette date* ». Du fait de cette absence de transmission du fonds de commerce, le principe de non transmission des créances et des dettes attachées au fonds ne pouvait trouver application. L'analyse de cet arrêt nous permet un véritable inventaire des insuffisances de la théorie du fonds de commerce dans sa relation avec les immeubles. Ainsi que l'indique un commentateur, « *c'est l'idée d'exploitation de l'immeuble qui est au cœur de l'arrêt : c'est elle qui explique comment l'immeuble attire à lui le matériel et les disponibilités.* », or « *l'exploitation est littéralement le moteur du fonds de commerce, bien dynamique qui n'existe pas sans elle ; il perd donc son âme lorsque, faute de*

⁴⁹⁴ Qui prévoit que ce privilège ne porte « *que sur les éléments du fonds énumérés dans la vente et dans l'inscription, et à défaut de désignation précise, que sur l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage* ».

⁴⁹⁵ Ainsi rédigé : « Article 1 : Protection de la propriété *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes.* »

dissociation de l'immeuble et du fonds, l'exploitation se rattache inéluctablement à la propriété.

»⁴⁹⁶

Dans les cas où l'emplacement est un facteur-clé de l'attraction de la clientèle, la perte de celui-ci signifie la disparition du fonds de commerce. La logique qui découle de l'arrêt impose ici une première remarque : le droit personnel conféré par le bénéfice d'un bail commercial permet une bien meilleure préservation de l'intégrité du fonds de commerce que le droit réel conféré par la propriété de l'immeuble dans lequel ce dernier est exploité. En effet, si le bail commercial est un élément constitutif du fonds, et en conséquence indissociable de ce dernier, l'exclusion de l'immeuble entraîne une fragilisation du fonds de commerce lorsque ce dernier dépend de l'emplacement concédé.

Si dans ces cas d'exploitations commerciales fermement attachées au lieu où elles s'exercent, le bail commercial est un élément essentiel du fonds de commerce, c'est bien parce qu'une clientèle lui est conjuguée. La maîtrise de cet élément contractuel est alors synonyme de maîtrise de la clientèle et donc de la propriété du fonds de commerce. Or dans le cas de l'arrêt étudié, il peut être inféré de l'attendu que la maîtrise de cette clientèle passe par la maîtrise de l'immeuble. En d'autres termes, la clientèle de l'entreprise hôtelière est ici plus attirée par l'immeuble que par le fonds de commerce !

La position de la Haute Juridiction met ainsi maladroitement en concurrence le fonds de commerce et l'immeuble pour ce qui concerne l'attraction de la clientèle. Au prix d'incohérences évidentes (l'exclusion théorique de l'immeuble du fonds de commerce est respectée, pour autant la construction jurisprudentielle et doctrinale de celui-ci est singulièrement malmenée, voire ignorée), les juges maintiennent une cohérence toute relative avec la construction habituellement retenue du fonds de commerce : le fonds de commerce et l'immeuble restent donc indépendants. Cependant, l'immeuble étant dans ce cas plus attractif que le fonds de commerce, la transmission du premier engendre la dissolution du second. L'exploitation de l'entreprise est alors finalement synonyme de l'exploitation de l'immeuble, et non plus des éléments du fonds de commerce, sur lesquels l'immeuble prime en définitive.

⁴⁹⁶ PLANCKEEL (F.), *Notion de fonds de commerce dans ses rapports avec l'immeuble abritant le fonds*, JCP E n°39, 24 septembre 2009, p. 1899

La clientèle n'est plus ici la résultante des éléments réunis du fonds de commerce, mais la simple conséquence de la maîtrise de la propriété de l'immeuble dans lequel celui-ci est exploité.

c) Obsolescence de la conception actuelle du fonds de commerce

Ainsi que le fait remarquer monsieur le Professeur Planckeel : « *L'arrêt du 31 mars 2009 admet implicitement qu'un fonds de commerce cohabite avec l'immeuble, mais cette position rend d'autant plus difficile la justification de la perte du fonds du seul fait de la perte de l'immeuble.* » Comme le suggère cet auteur, une telle interprétation n'aurait-elle pas comme conséquence finale de « *ne reconnaître le fonds de commerce que dans l'hypothèse où le commerçant n'a pas de droit réel sur l'immeuble essentiel à son exploitation ?* », ce qui constitue une aberration dans la mesure où ce raisonnement reviendrait à conditionner la révélation de l'existence du fonds à la présence d'un élément qui en est exclu.

Néanmoins, cette remarque illustre bien le dilemme auquel sont soumis les juges devant se prononcer sur les rapports entretenus par l'immeuble et le fonds de commerce. Pour justifier l'exclusion de l'immeuble du champ du fonds de commerce, les concepts sont malmenés jusqu'au contresens, menaçant la cohérence de l'édifice théorique dans son entier. Une autre interprétation plus conforme à la construction du fonds de commerce peut pourtant être avancée. La maîtrise du fonds de commerce est synonyme de la maîtrise des éléments supports de la clientèle, et dans les cas où l'emplacement est essentiel dans le cadre de l'activité commerciale, la maîtrise de cet emplacement assure alors la pérennité du fonds de commerce. La maîtrise de cet emplacement peut passer par un bail commercial, qui en tant qu'élément du fonds au sens de l'article L141-5 du Code de Commerce, acquiert alors un statut d'élément support de la clientèle, et est dès cet instant un élément déterminant du fonds, sans lequel ce dernier ne pourrait exister. Faut-il dès lors appliquer un raisonnement différent lorsque la maîtrise de l'emplacement est dépendante d'un droit de propriété immobilière ? N'est-il pas plus logique d'admettre que, dans ces cas, l'immeuble est bien le support de la clientèle et donc, *de facto*, un élément du fonds de commerce ?

En conclusion, il apparaît que l'utilisation de l'immeuble comme critère permettant de différencier l'application des régimes de cession applicables aux fonds de commerce cédés en liquidation judiciaire est trop aléatoire, et incertaine, pour emporter réellement l'adhésion.

L'exclusion de l'immeuble du contenu du fonds de commerce entraîne des incohérences considérables dans des cas particuliers, et suscite en conséquence des interrogations légitimes⁴⁹⁷. La présence de celui-ci ne peut, de fait, servir de base à l'application générale d'une distinction entre des notions aussi lourdes de conséquences juridiques que l'entreprise et le fonds de commerce. La position fondamentalement ambiguë de l'immeuble vis à vis du fonds de commerce tend finalement, à notre sens, au vu de la désagrégation de la structure sociale et décisionnelle de l'entreprise, à rapprocher d'autant ces deux notions au moment de leur cession en liquidation judiciaire.

⁴⁹⁷ Comme l'indique un auteur, « l'exclusion de l'immeuble de l'assiette du fonds de commerce nuit ainsi à la cohérence du régime juridique de celui-ci. » Voir BARRET (O.), *op. cit.*, *supra* note n° 78, *spéc* n°21

III) Délimitation des régimes de cession par la présence de contrats d'exploitation au sein de l'ensemble cédé

Une dernière hypothèse peut donc être évoquée afin de fournir un critère satisfaisant à la réflexion qui nous occupe (A). Elle présente, comme celle mettant à l'honneur les salariés, de louables intentions visant à ménager les intérêts d'intervenants secondaires à ces cessions, et un certain bon sens juridique (B). Elle reste néanmoins, comme les précédentes, entravée d'inconvénients rédhibitoires (C).

A) Argument

La présence de contrats liés à l'exploitation de l'entreprise afin de différencier les notions d'entreprise et de fonds de commerce constitue une hypothèse crédible pour matérialiser une séparation étanche des modes de cession applicables en liquidation judiciaire. Ces contrats sont en effet historiquement exclus du fonds de commerce, alors qu'ils font partie intégrante de l'entreprise, ainsi que nous avons pu l'aborder au sein du premier titre.

Ils peuvent néanmoins être intégrés par une stipulation expresse dans la vente d'un fonds de commerce, cette intégration devant être réalisée avec l'accord du cocontractant⁴⁹⁸. Cette possibilité est invocable dans le cadre de la cession de biens isolés de l'article L642-19 du Code de Commerce. Au terme du plan de cession, ils bénéficient en revanche du régime de continuation forcée des contrats d'exploitation présent à l'article L642-7 du Code de Commerce.

B) Avantages de la distinction

Leur présence pourrait donc avantageusement différencier les ensembles cédés sous chacun de ces régimes. Les ensembles dépendants, pour le maintien de leur activité, de la poursuite de ces contrats seraient alors cédés sous le régime de la cession d'entreprise, les autres pouvant alors être cédés sous le régime des autres biens du débiteur.

⁴⁹⁸ L'application de l'article 1165 du Code Civil, qui pose le principe de la relativité des conventions conclues entre cocontractants, interdit en principe, sauf accord du cocontractant, la transmission d'un contrat *intuitu personae* à un tiers.

Cette position est d'ailleurs défendue par certains auteurs comme une alternative crédible à la prise en compte de la présence de salariés au sein de l'entreprise. Ainsi, Madame la Professeure Vallansan indique : « *Au-delà du critère de la présence de salariés, il y a également lieu de privilégier le plan de cession dès lors que des liens ont été tissés par le débiteur failli pour asseoir sa position sur un marché qui nécessite d'être perpétués par celui qui entend conserver la place concurrentielle.* » Madame la Professeure propose ainsi que le maintien de la position concurrentielle de l'entreprise, sur le segment commercial qu'elle occupe, constitue le critère déterminant dans le choix du mode de cession.

A compter du moment où le maintien de cette position est assujéti à la poursuite de contrats particuliers, « *c'est donc par le critère du maintien de l'entreprise sur le marché concurrentiel que la ligne de partage entre réalisation d'actif et plan de cession devra s'opérer.* »⁴⁹⁹ L'auteure considère ici qu'un fonds de commerce augmenté des contrats permettant le maintien de l'activité constitue non plus un fonds de commerce, mais un « *fonds d'entreprise* », qui ne peut alors être cédé que sous la forme d'un plan de cession.

C) Inconvénients de la distinction

Si la simplicité de cette approche peut apparaître convaincante, elle présente à notre sens, à l'instar des précédentes, une proportion incontestable d'arbitraire, car faisant finalement peu de cas des caractéristiques des notions étudiées. L'exclusion des contrats d'exploitation de l'énumération des composantes du fonds de commerce ne peut aujourd'hui suffire à masquer les incohérences théoriques majeures qu'elle suppose. L'observation empirique du fonctionnement d'un grand nombre de fonds de commerce révèle les contradictions d'une telle affirmation (1). De plus, le raisonnement ayant conduit à ce bannissement reste encore sujet à caution (2). Aussi la consécration d'un tel critère ne ferait-elle, selon nous, que perpétuer les errances actuelles sous une nouvelle forme.

⁴⁹⁹ VALLANSAN (J.), *op. cit.*, *supra* note n° 446

1) Incohérence pratique de l'exclusion des contrats d'exploitation

Il faut d'abord remarquer le caractère anachronique et aléatoire des exceptions légales. En effet, dans de très nombreux cas, la conservation de la clientèle passe par la maîtrise des contrats relatifs à l'exploitation. Si le fonds de commerce ne comprend pas ceux-ci, il n'en reste pas moins, dans un très grand nombre de cas, entièrement dépendant. Prenons le cas du contrat de franchise. La transmission du fonds de commerce d'un franchisé perd une très grande partie de son sens, et le fonds concerné de sa valeur, s'il n'est pas accompagné de la transmission de ce contrat, élément principal de l'attraction de la clientèle dans un grand nombre de cas. On peut avancer que son intégrité en dépend. Dans le cadre d'une cession opérée en liquidation judiciaire, les conséquences de cet état de fait pourraient être les suivantes : un fonds de commerce dont la clientèle est attachée étroitement à l'un de ces contrats ne pourrait être cédé sous le régime de l'article L 642-19 du Code de Commerce. Il ne pourrait valablement être cédé que sous le régime de la cession d'entreprise, accentuant ainsi encore la confusion entre ces deux notions au moment de la cession.

La difficulté est alors la même que dans le cas sus évoqué, où l'attraction de la clientèle repose sur l'immeuble. La confrontation entre l'organisation théorique du fonds de commerce et sa réalité pratique se charge pareillement d'incohérences. L'élément support de la clientèle est exclu de la composition du fonds, dispersant celui-ci. Faut-il en déduire alors que le fonds de commerce de pareilles entreprises ne peut être cédé indépendamment de ces dernières ? Qu'il doit, pour conserver son identité, être inévitablement cédé au sein de l'ensemble qui comprend conjointement les éléments nécessaires à l'attraction de la clientèle, et que cet ensemble constitue alors l'entreprise ? Le fonds existe-t-il encore puisque la réunion de ses éléments ne permet pas à elle seule l'attraction de la clientèle ?

Comme dans le cadre de la précédente réflexion qui concernait la position de l'immeuble vis-à-vis du fonds, cette perception, si elle respecte l'exclusion historique des contrats de la composition du fonds, trouve rapidement ses limites dans le cadre de la cession de ce dernier. Aussi, une Cour d'appel a-t-elle pu annuler une vente de fonds de commerce pour non-transmission des contrats de distribution. La Haute juridiction l'avait approuvée⁵⁰⁰ en jugeant

⁵⁰⁰ Cass. Com., 4 mai 1993, pourvoi n° 91-17321, Bull. 1993, IV, n° 163, p. 113, D. 1993. IR 144, JCP, éd. E, 1994. I. 310, n° 2, obs. IZORCHE, *préc.*

que « pour conclure valablement le contrat de cession du fonds, l'acquéreur doit avoir connaissance du contenu des contrats de distribution, éléments jugés essentiels par les parties ». Si ces éléments sont jugés essentiels par les parties et justifient l'annulation de la vente du fonds, c'est bien parce qu'ils constituent l'élément d'attraction principal de la clientèle.

Aussi deux interprétations sont-elles là encore possibles :

Soit le fonds de commerce et les contrats d'exploitation, dans les cas où ceux-ci se révèlent indispensables, ne sont pas miscibles. Alors la maîtrise de l'exploitation de l'entreprise n'est plus attachée au fonds lui-même, mais à la maîtrise de ces contrats, ce qui détache la clientèle des éléments habituellement intégrés au fonds, et nous semble de la dernière incohérence. Le fonds de commerce perd alors son intégrité pour s'effacer devant le « *fonds d'entreprise* »⁵⁰¹.

Soit les ensembles dénommés comme fonds de commerce comprennent les éléments supports de la clientèle, et les contrats d'exploitation comptent alors *de facto* au rang de ceux-ci⁵⁰². Dans cette hypothèse, les régimes de cession d'entreprise et de fonds de commerce tendent alors une fois de plus à se confondre.

Un argument en ce sens provient du régime particulier appliqué au bail commercial. En droit commun, la cession du fonds de commerce engendre de plein droit la cession légale de ce dernier. Le principe de relativité des conventions est ici écarté afin de permettre de conserver l'intégrité du fonds de commerce, dans son acception historique. Pourquoi ne pas faire jouer cette dérogation à l'avantage du contrat support de la clientèle, dans les cas où l'attraction de la clientèle est liée à la maîtrise d'un autre contrat d'exploitation ?

⁵⁰¹ Voir VALLANSAN (J.), *op. cit.*, *supra* note n° 273

⁵⁰² Cette position a pu récemment être défendue dans le cadre d'un colloque visant à réévaluer la notion de fonds de commerce. Voir PANCRAZI (M.-E.), *op. cit.*, *supra* note n° 35

2) Incohérence théorique de l'exclusion des contrats d'exploitation

Un second argument met également à mal le choix de ce critère. Argument qui n'est guère original, et qui a maintes fois été évoqué par de nombreux auteurs, mais qui garde toute sa pertinence. Il tient à la structure même du fonds de commerce, et à l'exclusion péremptoire des contrats d'exploitation de cette entité. Ainsi qu'a pu justement le résumer une auteure⁵⁰³, cette exclusion ne va pas obligatoirement de soi.

Les contrats sont historiquement exclus du fonds de commerce, de par le fait que la cession de l'ensemble que constitue le fonds de commerce, ne suffit pas à permettre la transmission automatique des contrats discutés, quand bien même il serait souscrit à la fiction de leur intégration au sein de l'ensemble cédé. Il est en effet indispensable qu'une cession particulière du contrat visé accompagne la cession de l'ensemble afin de permettre sa transmission. Ainsi que le résume l'auteure, « *la transmission du fonds est insuffisante pour que le tiers cessionnaire ait recueilli la cause de l'obligation contractuelle* ». Cette assertion est particulièrement vérifiable dans le cadre de la transmission de contrats revêtus d'un fort *intuitu personae*, pour lesquels est exigé de surcroît l'accord de l'autre cocontractant.

Est-ce à dire pour autant que l'exigence d'une cession de contrat complémentaire interdit toute intégration de ceux-ci au sein de l'ensemble ? Nous ne le pensons pas. L'universalité constituée par le fonds de commerce peut parfaitement accueillir les contrats d'exploitation, à l'instar des contrats légalement intégrés au sein du fonds de commerce, et permettre leur transmission au moment de sa cession, sous réserve d'actes de cession spécifiques. Que la transmission ne s'opère pas de plein droit ne constitue pas, à notre sens, un obstacle déterminant à l'intégration des contrats d'exploitation au sein de cette entité.

On ne peut donc que conclure que, bien que l'adoption de la présence de ces contrats d'exploitation comme critère discriminant présente les avantages de la simplicité, les incohérences relevées révèlent néanmoins l'utilitarisme qui teinte cette démarche, et conduit, là encore, à disqualifier ce dernier.

⁵⁰³ DENIZOT (A.), *op. cit.*, *supra* note n° 39, p. 52-53 et les références citées.

Conclusion Partie II Titre I Chapitre I

Le maintien d'un système dualiste permettant la cession de fonds de commerce en phase de liquidation des actifs apparaît à la lumière des développements précédents, tant en pratique qu'en théorie, injustifiable et incohérent. La difficulté éprouvée et de plus récurrente, tant par la jurisprudence que par la doctrine, à identifier une frontière infaillible délimitant précisément le domaine d'application de chaque régime de cession, résonne comme un aveu. Cette dichotomie aux justifications, on l'a vu, peu convaincantes quel que soit le critère qui puisse être envisagé, apparaît finalement forcée et artificielle⁵⁰⁴ et commande l'exploration d'autres pistes de réflexion, négligées jusqu'ici.

On constate en menant l'analyse que « l'entreprise cédée dans le cadre du plan de cession », si elle n'est plus qu'une version minimaliste de l'entreprise, expurgée de ses dimensions sociale et organisationnelle, ne peut plus par ses caractéristiques propres, être efficacement distinguée du fonds de commerce. Aucun critère distinctif satisfaisant ne peut être objectivement retenu selon nous. Aussi, une réflexion supposant l'unification des régimes de cession applicables au fonds de commerce doit-elle être initiée pour sortir de l'impasse actuelle.

⁵⁰⁴ Cette opinion est parfois évoquée en doctrine : « *L'administrateur judiciaire qui souhaite céder un actif du débiteur a donc deux options : soit il cède cet actif par le biais d'une cession isolée d'actifs, soit dans le cadre d'un plan de cession. Ce système hybride se révèle en pratique très peu adapté à la cession du fonds de commerce.* » Voir BARON (J.), *Cessions d'actifs en procédures collectives : techniques à la disposition de l'administrateur*, RPC, n° 2, mars-avril 2015, dossier 21

Chapitre II) Adoption d'un régime unifié

Suite à l'échec des tentatives visant à identifier un critère clivant véritablement convaincant, seule une approche unificatrice des régimes de cession applicables aux fonds de commerce dans le cadre de la liquidation judiciaire nous semble donc réaliste, et pleinement à même de leur conférer la cohérence dont ils sont actuellement dépourvus. Néanmoins l'objet de cette étude n'est pas, bien sûr, de procéder à une remise en cause globale de l'un de ces régimes, dont la suppression ne pourrait être que préjudiciable. Le régime de la cession de biens isolés est aujourd'hui encore un auxiliaire performant, indispensable pour permettre la réalisation rapide de biens dont le régime ne nécessite pas les faveurs et les attentions du plan de cession.

L'unification des régimes de cession applicables au fonds de commerce nous semble s'imposer par son évidence. L'ensemble des conclusions réalisées jusqu'ici nous oriente vers cette hypothèse. De la confusion théorique des notions d'entreprise et de fonds de commerce au moment de leur cession lors de la réalisation des actifs du débiteur, ne pouvaient que découler les errements jurisprudentiels actuels, accentués par l'insuffisance des contrôles effectués en amont des cessions réalisées, ainsi que par les obligations engendrées par le basculement du plan de cession au sein de la liquidation judiciaire⁵⁰⁵. De là une quête impossible d'un critère validant cette séparation des régimes de cession applicables. On ne peut forcer la logique sans générer contradictions et dysfonctionnements.

⁵⁰⁵ Certains auteurs perçoivent en effet, dans la nécessité de faire coïncider le plan de cession aux impératifs de la liquidation judiciaire, la justification du maintien d'un système dualiste de cession des fonds de commerce à ce stade de la procédure. Voir LUCAS (F.-X.), ET LECUYER (H.), *op. cit., supra* note n° 301, pp. 370-371. Les auteurs affirment que la « *qualification systématique du fonds de commerce en entreprise nous paraît devoir être, à tout prix, écartée* », ce à quoi nous souscrivons sans réserve. Ils en déduisent que, le législateur ayant spécifiquement prévu, à l'art. 284 du décret du 28 décembre 2005, le maintien du fonds de commerce au nombre des éléments pouvant faire l'objet d'une cession de biens isolés, ce mode de cession doit être conservé dans l'intérêt des créanciers. Ils notent en effet que « *dans beaucoup de cas, la réalisation rapide du fonds de commerce est le seul moyen de parvenir à une répartition collective au profit des créanciers. La réglementation rigide du plan de cession, au-delà du fait qu'elle soit extrêmement défavorable aux créanciers titulaires d'un droit de suite, n'est souvent pas adaptée aux exigences de la pratique.* » On ne peut mieux peindre l'utilitarisme du maintien du dualisme des modes de cession du fonds de commerce à ce stade de la procédure, soumis aux impératifs peu adaptés de la liquidation judiciaire, et faisant fi de la réalité des concepts et de la cohérence théorique pour privilégier le désintéressement des créanciers.

Ces conclusions amènent certaines réflexions, qui guideront l'élaboration de notre proposition. Tout d'abord, le fonds de commerce représente un bien d'une telle complexité qu'il doit à notre sens être définitivement exclu des cessions de biens isolés. Il ne présente d'ailleurs rien de commun avec les autres biens cédés dans le cadre des cessions de biens isolées. On verra de plus que, sous le régime actuel, les effets attachés à la cession de biens isolés, combinés aux exigences du régime de droit commun applicable au fonds de commerce, peuvent se révéler néfastes au maintien de son intégrité. Les objectifs affichés du législateur privilégiant le maintien de l'activité de l'ensemble de biens cédé, le fonds de commerce doit pouvoir être cédé sous le régime du plan de cession. Ce basculement éteindrait du même coup le débat portant sur l'identification d'un critère permettant de distinguer les cas d'application de l'un ou de l'autre régime actuel.

Mais le régime du plan de cession doit évoluer pour instiller cohérence et crédibilité en cette adaptation. Et faire face à ses propres contradictions. La principale difficulté vient de la dénomination retenue pour qualifier les ensembles de biens faisant l'objet du plan. Une rupture franche avec les errements actuels ne peut prospérer que si une qualification objective de ces ensembles est enfin imposée, suivant ainsi la logique organisationnelle, opposée à la logique technicienne qui a prévalu jusqu'ici, telles qu'exposées par le Professeur Paillusseau⁵⁰⁶. Il faudra en outre que la qualification retenue ne se voit pas attacher un régime préexistant par trop contraignant, qui pourrait entrer en conflit avec le droit dérogatoire des procédures collectives, générant d'insolubles complications qui réduiraient à néant l'intérêt de cette réfection des régimes de cession.

⁵⁰⁶ Voir PAILLUSSEAU (J.), *op. cit.*, *supra* note n° 145, spéc. n° 22 : « L'approche technicienne est caractérisée par le réflexe du juriste qui, confronté à une relation nouvelle, ou à une activité, ou à une situation non encore organisée sur le plan juridique, cherche à l'identifier et à la qualifier juridiquement pour la faire entrer dans une catégorie juridique connue et lui appliquer le régime juridique correspondant. C'est en suivant cette logique que l'on veut faire entrer les activités économiques et l'entreprise dans des catégories juridiques connues aux caractéristiques bien établies, telles que personne morale, patrimoine, chose, même si elles sont manifestement inadaptées. Alors que l'approche organisationnelle conduit, à partir de leur réalité économique et sociale, à concevoir et à aménager des règles juridiques qui tiennent compte de leur nature, de leurs besoins en organisation juridique et des finalités de cette organisation ». Pour un exposé clair de cette méthode, voir PAILLUSSEAU (J.), *Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit*, Recueil D. 1997, p.97

Deux pistes peuvent être empruntées afin de définir cette notion unitaire : le recours à des notions juridiques existantes (Section I), ou bien plutôt, si cela s'avère nécessaire, la création d'une notion spécifique (Section II).

Section I) Recours à des notions existantes

L'unification des régimes de cession a pour principale ambition de bannir les détournements rencontrés actuellement. Afin d'imposer une réelle cohérence dans le traitement des fonds de commerce cédés lors de la réalisation des actifs du débiteur, il est indispensable que le regroupement des modes de cessions applicables au fonds de commerce s'accompagne d'une évolution lexicale, afin que la légitimité des cessions ne puisse être remise en cause.

Cette proposition de modification n'a rien d'une démarche cosmétique. Les notions actuellement utilisées pèchent à la fois par leur imprécision, et par les limites inhérentes aux régimes qui leur ont été progressivement attachés, lesquels entrent parfois en conflit avec les impératifs de la liquidation judiciaire (I). Aussi doivent être évaluées les qualités d'autres notions juridiques existantes, qui devront pallier à ces deux défauts (II). La notion retenue devra présenter à la fois la plasticité requise, pour que les ensembles cédés obéissent à un régime unique malgré des contenus variables, et une certaine indépendance de régime, permettant d'adapter celui-ci à un droit majoritairement dérogatoire au droit commun, et permettant de satisfaire aux objectifs énoncés à l'article L 642-1 du Code de Commerce, soient le maintien de l'activité, et le traitement le plus respectueux possible des salariés et créanciers concernés.

I) Insuffisances des notions actuelles

La première possibilité envisageable, et accessoirement celle qui nécessiterait le moins de modifications textuelles (ce qui n'est pas à négliger au vu de l'inflation législative), serait bien évidemment de ne pas introduire au sein des régimes existant de réalisation des actifs en liquidation judiciaire de nouvelle notion, et de s'en tenir à celles qui sont actuellement utilisées. Le fonds de commerce ou l'entreprise peuvent-ils seulement remplir cette délicate fonction ? Afin de mesurer l'adéquation des notions actuelles à la logique d'unification des modes de cession des ensembles de biens complexes sous l'égide du plan de cession, nous évaluerons donc successivement les arguments présentés par le fonds de commerce (A), et de l'entreprise (B).

A) Carences de la notion de fonds de commerce

La première des tentations réside sûrement dans le choix d'une solution simpl(iste). Le choix du fonds de commerce comme notion centrale du plan de cession présenterait, certes, certains avantages. En premier lieu, il permettrait de donner corps à nos conclusions précédentes, qui voient la notion d'entreprise converger, en liquidation judiciaire, avec le fonds de commerce qu'elle héberge, et ce dans un grand nombre de cas. La confusion des notions serait alors actée, et éviterait les stériles débats actuels sur la reconnaissance d'un critère distinctif. De même il serait ainsi mis fin à la question bicéphale de l'assimilation de la clientèle du fonds de commerce, et de l'activité de l'entreprise. Appliquer le régime du plan de cession à tous les fonds de commerce, en adoptant cette dénomination est néanmoins inenvisageable pour un certain nombre de raisons, certaines d'ordre conceptuel (1), d'autres d'ordre pratique (2)

1) Incohérences conceptuelles

Les obstacles théoriques à la consécration du fonds de commerce comme concept unique déclenchant le plan de cession apparaîtront au lecteur, à ce stade de notre étude, évidents. La qualité strictement unitaire du fonds de commerce (a), doublée de la rigidité handicapante de certains de ses aspects (b), constituent autant de raisons objectives de rejeter cette hypothèse.

a) Caractère nécessairement unitaire de la notion de fonds de commerce

Au premier rang des insuffisances que compte la notion de fonds de commerce, pour être pleinement éligible en tant que notion unificatrice, déclenchant l'application du plan de cession par son identification, compte l'impossibilité de scinder ce dernier. Ainsi que nous avons pu l'étudier précédemment, le fonds de commerce est une universalité fédérée autour d'une clientèle, elle-même captée par un ou plusieurs éléments décisifs, variables dans leur nature selon l'emplacement, ou le domaine d'activité du commerce concerné. Il constitue à ce titre une entité indivisible, ce qui ne s'oppose pas pour autant à la possibilité de procéder au remplacement de certains de ses éléments, ou à son évolution par adjonction d'éléments.

Or les buts poursuivis par la mise en œuvre du plan de cession sont incompatibles avec ces caractéristiques.

En effet, afin d'assurer dans les meilleures conditions le maintien de l'activité, l'une des prérogatives des juges dans le cadre de la cession d'entreprise actuelle est la possibilité de procéder, lorsque la cession de l'ensemble des biens est inenvisageable, à la cession d'une ou de plusieurs branches d'activités. Ces dernières pourront alors poursuivre indépendamment l'activité spécifique dont elles sont le siège. Mais un fonds de commerce ne peut abriter plusieurs activités distinctes, dont l'exploitation générerait chacune une clientèle spécifique. Seules des activités connexes peuvent faire l'objet d'une exploitation simultanée au sein d'un même fonds, sans pour autant générer la constitution de clientèles indépendantes. Le changement d'activité d'un fonds de commerce ne peut être réalisé que par une déspecialisation totale, ce qui engendre la désagrégation du fonds original pour faire place à la constitution d'un nouveau fonds.

Une telle division est donc incompatible avec les règles même de son organisation intime, dont le principe directeur est l'unité. Aussi l'adoption de la notion de fonds de commerce comme sujet du plan de cession serait très gravement préjudiciable en pratique, dans un grand nombre de cas. Il condamnerait par avance toute tentative de transmission de sous-ensembles viables, introduisant une nouvelle dose d'iniquité dans l'application du plan de cession.

b) Rigidité handicapante de la notion de fonds de commerce

D'autres éléments théoriques ferment définitivement la porte à l'adoption de la notion de fonds de commerce comme notion unificatrice. Déjà évoquées au sein du chapitre précédent, lors de l'étude des critères pouvant éventuellement être utilisés pour différencier les modes de cession en cas de maintien d'un régime dualiste, les carences constatées interdisent ici symétriquement l'unification des régimes sous l'égide du fonds de commerce. Les contours de ce dernier demeurent trop stricts pour répondre à l'exigence de plasticité que doit présenter la notion permettant d'unifier les modes de cession applicables. L'exclusion actuelle de l'immeuble du périmètre du fonds de commerce, si elle est critiquable, n'en reste pas moins actée, tant en doctrine qu'en jurisprudence. On a vu par ailleurs que, malgré les remarques formulées contre cette exclusion, celle-ci n'a pour autant jamais été réellement remise en cause, et qu'elle a donc peu de chances de se trouver prochainement au premier rang des préoccupations du législateur. La transmission d'un immeuble et d'un fonds de commerce dans le cadre de la cession de biens isolés, s'opère sous deux régimes distincts et incompatibles.

Si le fonds de commerce venait à être reconnu comme concept impliquant l'application du plan de cession, cette incompatibilité perdurerait et générerait une cascade de répercussions néfastes pour tous les acteurs de la procédure. Des procédures dédoublées, et donc plus lourdes, pour permettre la transmission simultanée du fonds et de l'immeuble, des complications provenant des délais différents applicables à chacune de ces procédures, l'impossibilité pour l'immeuble de bénéficier de la purge automatique des inscriptions de l'article L642-12, qui ne serait alors applicable qu'aux éléments mobiliers cédés, le traitement inéquitable des créanciers, dont certains se verraient appliquer les dispositions propres au plan de cession, alors que d'autres se verraient en revanche soumis au droit commun, les multiples différences de rang dans le désintéressement des créanciers inscrits... la liste est sans fin, et nécessiterait de colossales modifications textuelles pour introduire une cohérence dans un tel régime, qui se révélerait de toutes manières inefficace dans un certain nombre de cas.

Un autre élément théorique interdit encore l'adoption du fonds de commerce comme principe unificateur dans le cadre du plan de cession. Il s'agit de l'exclusion des contrats d'exploitation du contenu du fonds de commerce. On l'a vu, cette dernière, à l'image de l'exclusion de l'immeuble, fait l'objet de critiques nourries, et selon nous, fondées. Mais à l'instar de l'immeuble, cette exclusion n'a jamais fait l'objet d'une véritable remise en cause, et ce défaut conceptuel du fonds de commerce, bien qu'identifié, perdure encore aujourd'hui. Il serait optimiste de présager une prise de conscience soudaine du législateur sur ce point, et idéaliste de la voir se concrétiser sous peu. Aussi le fonds de commerce continuera-t-il sans doute encore longtemps de voir refuser, au sein de ses éléments constitutifs, l'inclusion des contrats d'exploitation.

Mais cette exclusion complique encore la candidature du fonds de commerce comme concept central du plan de cession. Ainsi que nous le verrons plus loin, l'un des principaux avantages du plan de cession réside dans la possibilité pour le liquidateur d'imposer aux cocontractants du cédant la poursuite de leurs relations avec le cessionnaire⁵⁰⁷, lorsque ceux-ci sont indispensables au maintien de l'activité. Or si ces contrats font partie intégrante de l'entreprise cédée, leur exclusion du fonds de commerce compromettrait la légitimité de leur transmission forcée. Le retranchement de la possibilité d'effectuer ces cessions de contrat porterait préjudice

⁵⁰⁷ Art. C. Com. L642-7

au maintien de l'activité, et à l'attraction de la clientèle du fonds, et serait en contradiction totale avec les objectifs assignés au plan de cession par le législateur.

2) Incohérences pratiques

Le fonds de commerce est une notion ancienne. Un régime de droit commun très détaillé conditionne notamment la constitution des sûretés le concernant, ou encore les modalités de sa transmission. Son introduction en tant que concept central du plan de cession devrait donc conduire le législateur à faire fi de ce régime en liquidation judiciaire, et ce dans tous les cas de figure. Une telle atteinte aux droits des différents intéressés ne pourrait soulever qu'une franche hostilité, et cette perspective ne manquera pas de décourager un législateur qui voudrait dépasser les inconvénients évoqués plus haut.

En outre la jurisprudence⁵⁰⁸ interdit actuellement la cession d'un unique fonds de commerce dans le cadre d'un plan de cession. Ces décisions explicites, soucieuses de la cohérence théorique du droit applicable au moment de la réalisation des actifs, devraient être désavouées pour permettre l'adoption du fonds de commerce comme concept directeur du plan de cession. Et sacrer l'utilitarisme du plan de cession au détriment de sa cohérence juridique.

B) Carences de la notion d'entreprise

La notion de fonds de commerce ne pouvant convenir à l'adoption d'une notion unitaire définissant le domaine d'intervention du plan de cession, en raison on l'a vu de son caractère par trop restrictif, on se tournera donc vers l'autre notion actuellement consacrée par les textes de la liquidation judiciaire. En effet, le but poursuivi étant l'unification des régimes de cession applicables au fonds de commerce, par le retranchement des possibilités de cession dans le cadre de l'article L 642-19 du Code de Commerce, une solution à moindre frais serait le maintien du plan de cession dans sa forme actuelle, qui deviendrait alors l'unique régime applicable dans le cadre des cessions de fonds de commerce prenant place lors des réalisations d'actifs.

⁵⁰⁸ Voir CA Douai, 2^e Chambre, 16 février 2011, *préc.* Néanmoins, cette opinion n'a jamais été confirmée expressément par la Cour de Cassation. *A contrario*, de nombreuses décisions rendues par la Haute Juridiction font référence à l'application du plan de cession pour permettre la transmission de fonds de commerce.

Dans la perspective d'une évaluation impartiale, on ne peut que reconnaître à celle-ci des qualités dont le fonds de commerce est dépourvu. Le contenant que représente cette notion est, on l'a vu, plus large et plus adaptable. Nul besoin ici de complexes constructions juridiques pour justifier de la transmission simultanée, et sous le même régime, du fonds de commerce et de l'immeuble qui l'abrite, la notion d'entreprise le reconnaissant au nombre de ses éléments constitutifs. De la même manière, les contrats d'exploitation et de travail font partie intégrante de cette universalité. De plus, le régime actuel de la cession d'entreprise a démontré la plasticité de cette notion. Contrairement au fonds de commerce, elle est divisible, et permet la constitution de sous-ensembles viables et transmissibles séparément.

Néanmoins, certains éléments discréditent l'emploi de cette notion pour permettre l'unification des régimes de cession du fonds de commerce. Et, en fait d'éléments décisifs, il nous semble devoir évoquer deux tares insurmontables. La première est l'inadéquation de cette notion en matière de liquidation judiciaire (1) la seconde, qui n'est pas moins disqualifiante, est l'impossible assimilation du fonds de commerce à l'entreprise qui l'héberge (2).

1) Incompatibilité de l'entreprise et du régime de la liquidation judiciaire

Le plan de cession de l'entreprise était, on a pu le voir, réservé au seul redressement judiciaire avant l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde. Son transfert dans le cadre de la liquidation judiciaire a généré certaines conséquences, qui ont de toute évidence été ignorées par le législateur, et qui rendent l'utilisation de cette dernière inadéquate dans le cadre actuel et *a fortiori* dans l'optique d'une unification des régimes applicables au fonds de commerce.

On a pu le voir au sein des développements précédents, l'entreprise telle qu'elle est appréhendée au sein des différentes branches du droit reste une notion se dérochant à une analyse unidimensionnelle. Sa qualification reste délicate. Mais quelle que soit l'approche retenue, deux éléments apparaissent essentiels, et interdisent de transiger quant à leur présence au sein d'une entreprise : une activité et une structure décisionnelle fonctionnelle⁵⁰⁹.

⁵⁰⁹ Un auteur résume parfaitement cette inadéquation en établissant la comparaison suivante : « *Le droit ne connaît pas techniquement la notion d'entreprise telle qu'elle pourrait faire l'objet d'un contrat de cession précisément défini. En droit commun, la cession « d'une entreprise » se traduit par la cession d'un fonds de commerce ou d'un « paquet » de droits sociaux* » ; « *Quant à l'entreprise dont nous connaissons la notion en droit des difficultés*

Or si l'existence de cette structure se trouvait déjà remise partiellement en cause dans le cadre du redressement judiciaire, et même dans une certaine mesure dans le cadre d'une cession de droit commun, elle vole littéralement en éclat dans le cadre actuel de la liquidation judiciaire, qui retire complètement la direction de l'entreprise au dirigeant de celle-ci, et la transfère au liquidateur. Dès lors l'entreprise se voit priver d'un de ses éléments cruciaux, et ne peut, au terme d'une démarche intellectuellement honnête, se voir pleinement caractérisée au moment de la réalisation des actifs.

L'entreprise cédée en plan de cession ne constitue plus, ou pas encore, une entreprise lors de l'exécution du plan de cession. L'entreprise cédée et l'entreprise exploitée ne sont pas pleinement assimilables, tout particulièrement lors des réalisations d'actifs en liquidation judiciaire⁵¹⁰. La polysémie du terme entreprise s'exprime jusque dans les ultimes soubresauts de la procédure collective. Cette constatation suffit à disqualifier ce vocable pour élaborer un régime unitaire, afin de ne pas répéter les approximations actuelles.

2) Incompatibilité de l'entreprise et du fonds de commerce

Réunir les régimes de cession du fonds de commerce sous le dénominateur actuel de plan de cession de l'entreprise induit les difficultés inverses de l'hypothèse précédente. Si la qualification de fonds de commerce est trop limitative pour accueillir tous les cas de figure pouvant être appréhendés en plan de cession, la qualification d'entreprise est, quant à elle, trop large pour être utilisée dans le cadre de la simple cession d'un fonds de commerce isolé.

*qu'elle peut rencontrer, elle est un processus économique et le lieu de rencontre -ou d'affrontement- de ses divers partenaires. » Aussi, « la loi ne donne donc pas une définition descriptive de l'objet de la cession. Elle comporte une approche téléologique, c'est en considération du but ainsi défini (le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif) que l'on déterminera, parmi les biens, droits, charges et engagements contractuels du débiteur ceux qui entrent dans l'objet de la cession ». Voir VIDAL (D.) et CESARE GIORGINI (G.), *op. cit.*, *supra* note n° 445 , p. 306-307*

⁵¹⁰ Un auteur synthétise nos remarques sur ce point, en avançant : « *L'intérêt de l'entreprise est incontestablement protégé par le législateur de 1985, si l'on accepte de donner à cette expression le sens indiqué : il ne s'agit pas de maintenir le groupement entreprise, avec ses composantes traditionnelles que sont les dirigeants, les associés et les travailleurs, il s'agit de maintenir l'activité économique. La plupart des règles ont pour effet juridique de permettre un tel résultat.* » Voir CAGNOLI (P.), *op. cit.*, *supra* note n° 265, spéc. n°147

Si l'entreprise cédée lors de la réalisation des actifs du débiteur n'est plus à proprement parler une entreprise, et tend à se rapprocher du fonds de commerce⁵¹¹, il n'en reste pas moins que l'utilisation de cette notion, pour désigner les ensembles cédés dans un plan de cession regroupant toutes les hypothèses de cession du fonds de commerce, représenterait indéniablement un très préjudiciable abus de langage. La notion, qu'elle que puisse être la perception qui en soit retenue, comporte des éléments distinctifs qui ne se retrouvent pas en cette étape particulière de la procédure. Leur absence interdit en conséquence l'emploi de ce vocable pour incarner le concept unique déclenchant l'application du plan de cession.

Notre démarche visant à l'uniformisation des modes de cession du fonds de commerce au moment de la réalisation des actifs, avec pour corollaires une distribution cohérente des ensembles de biens cédés selon les modes de cession applicables, et une lisibilité accrue de leurs droits et obligations par les différents intervenants à la procédure, il serait dès lors bien peu logique de privilégier une notion criblée d'insuffisances aussi rédhitoires.

⁵¹¹ Le Professeur Derrida fait d'ailleurs remarquer à propos de l'entreprise cédée et du fonds de commerce, que « *le seul transfert des contrats de travail ne suffit pas pour caractériser la cession d'une entreprise, car ce transfert est également lié à la cession d'un fonds de commerce, celui-ci constituant une entreprise au sens de l'art. L. 122-12, al. 2, c. trav.* » Voir DERRIDA (F.), *op. cit.*, *supra* note n° 296. Nous récusons cependant, ainsi que nous l'avons déjà affirmé plus haut, l'assimilation totale du fonds de commerce et de l'entreprise, y compris dans le cadre restrictif de l'application de l'article L 122-12 du Code du Travail.

II) Insuffisances des autres universalités invocables

Les conclusions de l'évaluation des notions d'entreprise et de fonds de commerce, actuellement au centre des différents modes de cession, opposent un veto à leur reconduction dans le cadre de l'unification des modes de cession applicables au fonds de commerce à ce stade de la procédure. Il nous faut donc élargir notre champ d'investigation et nous tourner vers d'autres notions juridiques susceptibles de synthétiser les caractéristiques de l'ensemble des universalités pouvant faire l'objet d'un plan de cession. La dénomination commune devra nécessairement constituer une universalité, et être apte à accueillir meubles et immeubles, ainsi que des éléments tant de nature matérielle qu'immatérielle. Deux notions apparentées nous semblent éligibles⁵¹². Leur compatibilité doit en conséquence être analysée. Dans cette perspective, nous reviendrons dans un premier temps sur cette notion désormais obsolète qu'est l'unité de production (A), puis nous nous pencherons sur l'Entité Economique Autonome (B).

A) Retour sur la notion d'unité de production

La notion d'unité de production est une notion spécifique à la liquidation judiciaire, qui a été introduite par la loi du 25 janvier 1985, et dont le régime a été abrogé par l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde en 2005. Conçue afin de permettre la transmission d'un bloc d'ensembles de biens, dans le cadre d'une liquidation judiciaire qui refusait alors ses auspices à la transmission d'« entreprise », les contradictions de son régime ont finalement eu raison de sa présence au sein de l'arsenal des procédures collectives. Néanmoins, ses caractéristiques la qualifient comme une hypothèse crédible dans la recherche d'une notion unificatrice. Il convient donc à ce titre d'exhumer ici l'unité de production, désormais obsolète, et de reconsidérer son régime, ses qualités (1), et ses inconvénients (2), qui sont source d'enseignements précieux dans le cadre de notre démarche.

⁵¹² D'autres déclinaisons de l'entreprise ne peuvent être valablement envisagées dans le cadre de notre étude. On évoquera notamment l'unité économique et sociale, dont la définition retenue par la jurisprudence est trop particulière pour permettre son utilisation. Constatée plutôt que créée, elle vise à qualifier « *l'idée selon laquelle il faut, pour l'application des règles du droit du travail (ou de certaines d'entre elles), savoir appréhender la réalité d'une entreprise unique derrière la juxtaposition des sociétés juridiquement distinctes* ». Voir COUTURIER (G.), *L'unité économique et sociale, Trente ans après*, Sem. Soc., supplément n°1140, 20 octobre 2003

1) Avantages de la notion

Au cours des deux courtes décennies qui auront résumé son existence juridique, l'unité de production s'est vue accorder bien peu d'attentions de la part du législateur. L'ancien article L622-17 du Code de Commerce était de rédaction minimaliste et ne permettait de définir avec précision ni les contours exacts de la notion, ni le régime qui lui était attaché. Concernant ses caractéristiques, tout juste était-il précisé au sein du premier alinéa que l'unité de production était composée de « *de tout ou partie de l'actif mobilier ou immobilier* », et qu'à ce titre elle pouvait faire l'objet « *d'une cession globale* ».

Cette définition ouverte de l'ensemble de biens faisant l'objet de la cession présente, indéniablement, des avantages particulièrement valorisables dans le cadre de notre étude. Contrairement au fonds de commerce, cette notion n'est pas réfractaire à l'intégration en son sein de biens immobiliers. Cette plasticité bienvenue ne s'oppose donc pas à la cession de biens de nature différentes sous un régime unique, et permet une application du régime tant à de simples fonds de commerce⁵¹³ qu'à des ensembles nettement plus complexes.

Un autre avantage indiscutable découle de son domaine d'application. Elle ne peut se voir identifiée que dans le cadre des réalisations d'actifs en liquidation judiciaire. Ce caractère exclusif interdit en conséquence toute contradiction néfaste avec des applications qui auraient pu en être faites en dehors du droit des procédures collectives, et garantit une perception unique de ce concept. Cela se révèle une qualité inestimable lorsqu'on la compare avec les notions actuellement utilisées que sont l'entreprise et le fonds de commerce, qui se voient attachées un régime contraignant, héritage d'un grand nombre de jurisprudences rendues dans des contextes souvent très différents du droit des entreprises en difficulté, et aux objectifs bien éloignés des préoccupations de celui-ci. L'unité de production garde comparativement une certaine indépendance du fait de son caractère univoque.

⁵¹³ Voir Cass. Com., 19 octobre 1993, *préc.*, qui a pu décider que la cession, qui comprenait « *le fonds de commerce y inclus les baux...* », « *... constituait une cession d'unité de production au sens de l'article 155 de la loi du 25 janvier 1985* »,

Enfin, l'approche délibérément pointilliste du législateur concernant cette notion a nécessité l'intervention complémentaire de la jurisprudence, afin d'élaborer un régime d'application cohérent à cette notion. Il se révèle aujourd'hui que ce régime, désormais désuet, anticipait sur certains points le régime aujourd'hui applicable en plan de cession liquidatif, reconduisant certaines solutions alors applicables exclusivement en plan de cession relevant du redressement judiciaire⁵¹⁴. Cette convergence rend théoriquement compatible en de nombreux points le plan de cession dans son acception actuelle, et la notion d'unité de production. On peut notamment citer au soutien de cette assertion l'exclusion des garanties habituellement applicables à la vente en droit commun⁵¹⁵, commune aux deux régimes du fait de l'existence d'un aléa, incompatible avec l'existence de ces garanties.

2) Insuffisances de la notion

La notion d'unité de production présente cependant certaines caractéristiques qui interdisent d'envisager sa réintroduction au sein du droit des entreprises en difficulté, tout particulièrement aux fins d'unification des régimes de cession applicables aux différents ensembles complexes de biens cédés. Le manque de précision caractérisant l'activité au sein de l'ensemble de biens qu'elle constitue (a) ainsi qu'un régime légal incompatible avec les exigences du plan de cession pour ce qui concerne le traitement des salariés concernés (b) é conduisent cette option.

a) Une activité aux caractéristiques aléatoire

Le défaut le plus gênant est lié à une certaine indigence conceptuelle. On l'a vu, le législateur a été avare de détails quant à sa qualification. Et la contrepartie de la plasticité que lui procure cette définition simpliste est un contour évanescent, et donc mouvant.

⁵¹⁴ Cet alignement de la cession d'unités de production sur le plan de cession avait été perçu par certains auteurs dès la réforme du 10 juin 1994. Voir BERGER-PERRIN (B.), *Plan de continuation, plan de cession et liquidation judiciaire : Le regard du praticien*, PA, n° 112, 18 septembre 1995, p.9

⁵¹⁵ Voir, Cass. Com., 12 octobre 1993, pourvoi n° 91-18505, Bull. IV, n° 331, p. 238, Comm. COURTIER (J.-L.), PA, n° 86, 20 juillet 1994. Dans cette espèce, la Haute Juridiction interdit l'application de la garantie d'éviction dans le cadre d'une cession d'unité de production, « opération dont le caractère forfaitaire impliquait 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 partiel de l'activité ».

Aussi la Haute juridiction a-t-elle dû faire œuvre créatrice, et préciser les caractéristiques de cette notion. Elle a donc été développée comme correspondant « à un ensemble d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre ». ⁵¹⁶ Cette définition permettait de comprendre le rapport entre cette notion et l'activité dont elle devait être le siège. L'usage du participe présent « permettant », indiquait que la réunion des éléments ⁵¹⁷ composant cette entité devait, par leur agrégation, créer les circonstances propices à une activité pouvant être exploitée. En revanche, la réunion de ces éléments ne présupposait pas cette activité ⁵¹⁸, ce qui différenciait l'unité de production de l'entreprise cédée dans le cadre d'un plan de cession.

Mais cette subtile distinction contribue encore aujourd'hui à disqualifier cette notion dans le cadre de notre étude. Le caractère imprécis de cette activité « en sommeil » interdit l'utilisation de cette notion comme référentiel d'un régime unifié, voué à permettre la transmission d'entités viables, et sièges d'une activité indiscutable au moment de leur cession, et dont le but poursuivi est de bannir l'arbitraire.

Les conséquences de cette incertitude s'étendent aux sanctions applicables. Il apparaîtrait particulièrement difficile de déterminer l'étendue de la responsabilité du repreneur en cas d'échec de la reprise de l'activité dans de telles conditions. D'autre part, et c'est à notre sens un aveu implicite de la part du législateur de 1985 du caractère imprécis de la cession d'unité de production, aucune sanction n'était prévue en cas d'arrêt de l'activité à la suite de la cession d'une unité de production, contrairement à ce qui avait pu être prévu dans le cadre d'une cession d'entreprise.

De plus, il pouvait en outre apparaître problématique de déterminer le moment précis où l'activité disparaissait, mais où les éléments conservaient une attractivité et une unité suffisantes

⁵¹⁶ Cass. Soc., 27 avril 2000, pourvoi n° 98-40064, Bull. 2000, V, n° 156

⁵¹⁷ Cass. Com., 9 mai 2007, pourvoi n°06-10064, Bull. 2007, IV, n° 122, qui a déterminé qu'un unique bail commercial ne pouvait suffire à constituer une unité de production.

⁵¹⁸ Certaines décisions avaient par ailleurs précisé qu'une unité de production ne pouvait être qualifiée comme telle en l'absence de toute activité. Voir CA Lyon, 3^e Ch., 6 septembre 1996, JCP E 1997, I, 623.

pour permettre sa renaissance. Cette difficulté conférerait un caractère artificiel à la notion, et en faisait en quelque sorte une déclinaison liquidative de l'entreprise cédée en plan de cession au cours de la procédure de redressement judiciaire⁵¹⁹.

Cet aspect utilitariste de la notion d'unité de production a gagné une épaisseur supplémentaire après les bouleversements engendrés par la loi de sauvegarde, et ce pour deux raisons. La première vient de ce que l'entreprise cédée en phase de redressement judiciaire, et *a fortiori* sous le régime actuel de la sauvegarde, ne coïncide pas trait pour trait avec l'entreprise cédée en liquidation judiciaire. Comme nous avons pu largement l'évoquer au sein des développements précédents, l'entreprise doit présenter une véritable structure décisionnelle, synonyme d'indépendance. En redressement judiciaire, si cette indépendance est déjà sérieusement écornée par l'intervention des organes de la procédure, pour autant le dirigeant n'est pas complètement écarté de la gestion de l'entreprise concernée. En revanche, dans le cadre de la liquidation judiciaire, le liquidateur est investi de tous les pouvoirs de direction, et les buts qu'il poursuit à ce stade de la procédure ne coïncident en rien avec les buts d'une entreprise en bonne santé, ou engagée sur la voie du redressement. Si l'existence de l'unité de production sous le régime précédent l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde pouvait se justifier par ces différences, elle perd donc toute justification sous le régime actuel⁵²⁰, et apparaît quelque peu redondante avec la notion d'entreprise cédée en plan de cession.

La seconde preuve du caractère artificiel de cette notion se déduit des conséquences même de sa disparition. Le nouveau régime de cession de l'entreprise en phase liquidative prend en charge *de facto* les situations jusque-là dévolues aux anciennes cessions d'unités de production.

⁵¹⁹ Voir PEROCHON (F.), *op. cit.*, *supra* note n° 170, p. 555, *spéc.* n°1235, qui qualifie la cession d'unité de production de « *diminutif mal fini* » de la cession d'entreprise.

⁵²⁰ Un raisonnement par l'absurde peut d'ailleurs être formulé : l'entreprise cédée en phase liquidative n'étant plus réellement une entreprise, l'unité de production telle que définie par la Cour de cassation est finalement plus proche de la réalité des ensembles cédés en plan de cession, la question de son activité en hibernation mise à part. La présentation de l'unité de production comme une entreprise s'étant vue retirer certains de ses attributs est partagée en doctrine, voir GAUDU (F.), *op. cit.*, *supra* note n° 112, qui relève que « *toutefois, lorsque l'entreprise est regardée comme une unité de production, elle ne conserve pas nécessairement son intégrité* ». D'autres auteurs ont précocement relevé cette confusion conceptuelle, voir LE NABASQUE (H.), *La cession de l'entreprise en redressement judiciaire*, JCP E, n° 19, 10 mai 1990, p.15770, *spéc.* n°25 et les références citées.

Or, le régime de cession d'entreprise qui lui a succédé prévoit spécifiquement le maintien de l'activité de cette dernière, et traite pourtant des mêmes situations⁵²¹. Le législateur semble avoir acté la difficulté à caractériser les situations précises où, l'activité ayant été interrompue, la cession de certains éléments engendrerait la reprise certaine de celle-ci. Cette intégration au sein du plan de cession révèle à notre sens la véritable nature de l'antique cession d'unités de production. Elle permettait la cession en liquidation judiciaire d'ensembles assimilables à une entreprise, mais qui n'avait pu trouver d'acquéreur sous le régime trop contraignant du plan de cession.

b) Un traitement des salariés incompatible avec le plan de cession

Un autre défaut d'envergure interdit définitivement le recours à cette notion comme dénomination commune des ensembles cédés sous le régime unifié du plan de cession. Défaut qui n'est pas insurmontable mais qui nuit, à notre sens, trop grandement à sa crédibilité. Il est lié au régime de cession qui avait été développé avant la réforme de 2005. En effet, sous l'ancien régime, il avait été décidé, aux termes de la célèbre décision *Guermontez*⁵²² que la

⁵²¹ Voir sur ce point LE CORRE (P.-M.), *Redressement et liquidation judiciaires, Réalisation de l'actif, Cession des unités de production*, JCL Com., juillet 2003, Fascicule n°2710, qui précisait déjà que « la cession d'unité de production doit être appréhendée dans une conception dynamique, et ne peut, sur ce terrain, être distinguée de la cession d'entreprise en plan de cession », et qu'en conséquence : « Peu importe, pour qu'il y ait cession d'unité de production, que l'activité de l'entreprise débitrice ait cessé ou qu'elle soit poursuivie. Ce qui compte est, dans l'hypothèse où l'activité a cessé, qu'elle puisse redémarrer. » Voir également FROEHLICH (P.), *op. cit.*, supra note n° 150, qui relève que cette « fiction juridique » qu'était la distinction de la cession d'entreprise en redressement judiciaire et de la cession d'unité de production en liquidation avait généré « l'alignement » des deux régimes par le législateur de 1994, et qu'« ainsi, à l'exception de l'autorité judiciaire compétente, le cahier des charges de la cession d'unité de production avait-il été aligné sur celui du plan de cession ».

⁵²² Cass. Soc., 20 janvier 1998, *préc.* Cette jurisprudence fut par ailleurs régulièrement reconduite, jusque postérieurement à la publication de la loi de sauvegarde, voir Cass. Ch. Mixte, 7 juillet 2006, pourvoi n° 04-14788, Bull. 2006, Ch. mixte n° 5 p. 17, malgré de nombreuses critiques formulées en doctrine, Voir notamment MOREUIL (L.) et MORVAN (P.), *Cession d'unité de production après liquidation judiciaire et transfert des contrats de travail : un revirement ou une réforme s'impose*, JCP E 2004, n° 1897, et LIENHARD (A.), *Pas de dérogation au transfert des contrats de travail en cas de cession d'une unité de production*, D.2006, p. 1954. On notera cependant qu'une décision avait un moment pu faire croire à un revirement jurisprudentiel. Voir Cass. soc., 11 octobre 2005, pourvoi n° 03-46008, inédit. Pour certains auteurs, cet arrêt opérerait « un changement radical de méthode », qui fut

cession d'une unité de production dans le cadre d'une liquidation judiciaire constituait la cession d'une « entité économique autonome ». A ce titre la transmission de l'entité économique autonome entraînait automatiquement l'application de l'article L122-12 du Code du Travail⁵²³ et la transmission subséquente de la totalité des contrats de travail attachés à celle-ci, étendant donc cette prérogative à la transmission de tous les ensembles de biens cédés dans le cadre de la liquidation judiciaire.

Or l'application de cette disposition handicapait grandement la réalisation des cessions en phase de liquidation judiciaire, car elle ajoutait à la charge du repreneur d'une activité déjà moribonde la charge de la totalité des contrats de travail. Cette charge pouvait se révéler trop importante et décourager de potentiels acquéreurs, pour finalement précipiter la défaillance de l'entreprise et l'arrêt définitif de l'activité, là où procéder à des licenciements ciblés comme dans le cadre du plan de cession d'entreprise pouvait au contraire se révéler salvateur.

L'adoption de cette notion entrerait en conflit ouvert avec cet héritage jurisprudentiel. Cependant, la transmission d'un fonds de commerce est à l'origine lestée des mêmes exigences, et seule l'application de l'article L642-5 du Code de Commerce permet de procéder de manière dérogatoire à des licenciements lorsque ce dernier est intégré à un plan de cession. Rien n'interdirait alors de procéder de la sorte avec l'unité de production. Il nous faut néanmoins admettre que, dans une démarche de cohérence accrue et de lisibilité des régimes de cession, le signal envoyé serait pour le moins ambigu et confus⁵²⁴.

cependant de courte durée. Voir MARTINON (A.), *Cession globale des éléments d'actif et transfert des contrats de travail*, Chronique sous la direction de Bernard Teyssié, JCP E, n° 3, 19 janvier 2006, p. 1130

⁵²³ Position à notre sens critiquable car voyant appliquer, à l'unité de production les mêmes conditions de transfert des contrats de travail qu'à une entreprise saine. Voir pour une opinion convergente GAUDU (F.), *op. cit., supra* note n° 112, qui relève : « *La cession en bloc d'unité de production, décidée dans le cadre d'une liquidation judiciaire (article 155 de la loi du 25 janvier 1985) entraîne « de plein droit » l'application de l'article L. 122-12 du Code du travail... bien qu'elle corresponde fort souvent à un démembrement de l'entreprise.* »

⁵²⁴ Cette perception est confortée par un autre arrêt de la Haute Juridiction, qui refuse l'application des conditions de l'ancien article L621-63 du Code de Commerce, dans le cadre d'une cession d'unité de production. Cet article, spécifique au plan de cession, interdisait de mettre à la charge du repreneur des obligations autres que celles auxquelles il avait souscrit dans le cadre de son offre. Voir Cass. Soc., 2 octobre 2002, pourvoi n° 00-42193, inédit

B) Evaluation de la notion d'entité économique autonome

L'unité de production ne pouvant permettre une unification cohérente des régimes de cession applicables au fonds de commerce dans le cadre des réalisations d'actifs, la notion d'entité économique autonome apparaît alors comme une alternative crédible. Elle a pour elle d'incontestables avantages (1), mais présente également certaines failles conceptuelles, rédhibitoires dans le cadre du traitement de notre problématique (2).

1) Avantages de la notion

L'entité économique autonome a fait son entrée dans le droit des procédures collectives par l'intermédiaire de l'unité de production. L'éviction de cette dernière par la loi de sauvegarde ne doit pas pour autant rejeter dans l'ombre cette notion, issue du droit du travail, et qui présente un certain nombre de qualités enviables dans le domaine de la recherche qui nous occupe.

Concernant sa composition tout d'abord : l'entité économique autonome n'est pas, contrairement à l'unité de production, spécifique au droit des procédures collectives. C'est une notion d'origine jurisprudentielle, et non légale. Elle a été élaborée pour préciser les conditions de transfert des contrats de travail dans le cas de la modification de la situation juridique de l'employeur, ainsi que déterminé à l'article L1224-1 du Code du Travail⁵²⁵. La Haute Juridiction a ainsi décidé à plusieurs reprises que le transfert automatique des contrats de travail s'opérait lorsqu'était établi « *le transfert d'une entité économique autonome conservant son identité, et dont l'activité était poursuivie ou reprise* »⁵²⁶.

⁵²⁵ Article L1224-1 du Code du Travail : « *Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise.* »

⁵²⁶ Voir Cass. Ass. Plèn., 16 mars 1990 pourvoi n° 89-45730, Bull. Ass. Plèn., 1990, n° 4, p. 6 ; Cass. Ass. Plèn., 16 mars 1990 pourvoi n° 86-40686, Bull. Ass. Plèn., 1990, n° 4, p. 6 ; Cass. Soc. 13 décembre 2011, pourvoi n° 10-17716, inédit

Trois éléments caractérisent donc cette entité ⁵²⁷ : Un ensemble de personnes et de biens, corporels ou incorporels, une activité économique, qui soit pourvue d'une véritable autonomie. Le maintien de l'identité de cette entité est la condition *sine qua non* de son transfert⁵²⁸, le repreneur pouvant ensuite réorganiser celle-ci⁵²⁹.

Aussi l'entité économique autonome présente-t-elle les qualités de plasticité requises. L'ensemble de biens fédérés autour de l'activité peut être de nature variable. Il peut comprendre des immeubles ou des meubles, et ces meubles peuvent être de nature tant corporelle qu'incorporelle.

⁵²⁷ Certaines décisions rendues à propos de l'entité économique autonome font de plus le lien direct entre les notions de clientèle et d'activité, assurant la liaison entre les notions de fonds de commerce et d'entreprise. Comme on a pu le voir, une activité est indispensable pour permettre de fédérer les biens et contrats de travail au sein d'une telle entité. Elle constitue, comme dans le cas de l'entreprise, le ciment unissant les éléments constitutifs de la notion. Or une certaine décision de la Haute Juridiction, rendue à propos d'un cabinet d'avocats, établit un postulat recoupant pour partie nos conclusions précédentes. Voir Cass. Soc., 25 septembre 2007, pourvoi n°06-41892, inédit. L'attendu dispose que « *le transfert de tous les dossiers du cabinet entraînait celui de la totalité de la clientèle qui y était attachée et qui constituait l'élément essentiel de cette entité* » Cette décision établit littéralement la jonction entre les dénominateurs du fonds de commerce et de l'entreprise, que nous ne faisons que théoriser jusqu'ici.

⁵²⁸ La modification de l'activité exercée ne permet donc pas la caractérisation du transfert d'une entité économique autonome. Voir dans ce sens Cass. Soc., 13 novembre 2007, pourvoi n° 06-41512, inédit. La scission de l'activité entre deux sociétés empêche également tout transfert d'entreprise au sens de l'article 1224-1 du Code du Travail. Voir également Cass. Soc., 12 janvier 2016, pourvoi n° 14-22216, comm. ICARD (J.), JCP S, n° 15-16, 19 Avril 2016, 1142. En revanche, l'autonomie de l'entité économique transférée ne doit être constatée qu'au moment du transfert proprement dit pour permettre le maintien de cette identité. Voir Cass. Soc., 13 novembre 2007, pourvoi n°06-41800, inédit. Ainsi que le fait remarquer un commentateur : « *la perte d'autonomie après le transfert n'a aucun effet sur l'application de l'article L. 122-12, alinéa 2 du Code du travail.* » Voir WAQUET (P.), *Transfert d'une entité économique autonome, perte d'identité*, Commentaire sous Cass. Soc., 13 novembre 2007, pourvois n° 06-41.512 et 06-41.800, inédit, RLDT, 2008, p.35

⁵²⁹ Voir sur la période où doit être évaluée le maintien de l'identité de l'entité cédée : CHAGNY (Y.), *Voyage autour de l'entité économique autonome*, Sem. Soc., Supplément n°1140, 20 octobre 2003. L'auteur relève : « *L'autonomie existe chaque fois que l'ensemble considéré est viable économiquement et que son objectif, sa raison sociale et son organisation rendraient inutile son rattachement à un autre ensemble plus vaste ou plus structuré, qu'il pourrait constituer une entreprise à lui seul.* »

Le seul élément décisif pour permettre leur transmission en tant qu'éléments constitutifs de l'entité économique autonome est leur caractère nécessaire au maintien de l'activité de l'ensemble de biens cédés⁵³⁰. L'entité économique autonome peut donc être incarnée tout autant par une entreprise⁵³¹ que par un fonds de commerce, caractéristique indispensable à notre raisonnement⁵³².

Parmi les qualités évidentes de cette notion, on compte également sa divisibilité, qui permet, comme dans le cas de l'entreprise, la cession partielle de l'ensemble de biens. Un ensemble de biens fédérés autour d'une activité économique, et dont l'exploitation est opérée par un personnel qualifié et spécialement affecté, permet l'identification d'une entité économique autonome, peu important que l'ensemble de biens ne représente qu'un sous-ensemble de l'universalité originelle, et qu'il ne s'adosse qu'à l'exploitation d'une activité accessoire de l'ensemble global. L'activité poursuivie doit présenter une véritable autonomie, conférant au sous-ensemble cédé le caractère d'une véritable entreprise indépendante. Aussi cette notion

⁵³⁰ Voir Cass. Soc. 7 juillet 1998, pourvoi n° 96-21451, Bull. 1998, V, n° 363, p. 275 : qui précise qu'une entité économique est « *un ensemble de personnes et d'éléments corporels ou incorporels permettant l'exercice d'une activité économique qui poursuit un objectif propre.* » et que « *les contrats de travail en cours sont maintenus entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise en cas de transfert d'une entité économique, conservant son identité, dont l'activité est poursuivie ou reprise.* ». Cette position a fait l'objet de confirmations ultérieures, voir Cass. Soc., 18 juillet 2000, pourvoi n° 98-18037, Bull. 2000, V, n° 285, p. 225. Peu importe donc par exemple, qu'à la suite du transfert, les locaux ne soient plus donnés à bail par une personne de droit privé mais par une collectivité territoriale, le transfert de l'entité économique autonome n'en est pas moins caractérisé. Voir Cass. Soc., 20 décembre 2006, pourvoi n° 04-42475 Bull. 2006, V, n° 390, p. 377

⁵³¹ Voir BARBET (P.) ET GUEVEL (D.), *op. cit.*, *supra* note n° 112, *spéc.* p.13, qui relève : « *Qu'il s'agisse de la cession dans le cadre du plan de cession ou de la cession d'unités de production en cas de liquidation judiciaire, il y avait nécessairement transfert d'une entité économique autonome.* »

⁵³² Voir CHAGNY (Y.), *op. cit.*, *supra* note n° 529, qui relève « *qu'il y a des entités économiques autonomes qui peuvent être dites par nature, parce que leur définition légale suppose la présence de l'ensemble des éléments qui viennent d'être vus : le fonds de commerce, un office public ou ministériel, les biens et droits compris dans la cession totale ou partielle de l'entreprise en redressement judiciaire, les unités de production de l'entreprise en liquidation judiciaire dont la cession globale est autorisée par le juge-commissaire, la concession exclusive de la vente de véhicules d'une marque... Cependant, dans la plupart des cas, le juge devra rechercher et assembler les éléments constitutifs de l'entité pour en constater l'existence ou l'inexistence.* »

épouse-t-elle sur ce point l'une des exigences du plan de cession, à savoir la possibilité de transmission d'une branche autonome d'activité.

2) Inconvénients de la notion

L'entité économique autonome est néanmoins lésée d'un défaut rendant inenvisageable son adoption dans le cadre de notre démarche. Si elle peut être constituée d'un certain nombre d'éléments matériels, son régime lui attache une dimension sociale impérieuse. En effet, le fondement même de l'éclosion de la notion d'entité économique autonome provient de la nécessité de justifier la transmission simultanée des éléments matériels soutenant l'activité, et des contrats de travail attachés à l'exploitation de cette activité. Aussi l'une des principales caractéristiques de la notion est-elle cette osmose entre la dimension sociale et la dimension économique dont elle est le siège. La présence de salariés spécialement affectés à l'exploitation est donc un impondérable⁵³³.

Cette exigence est incompatible avec les adaptations que requiert le plan de cession. L'une des forces de ce dernier réside dans la possibilité de moduler le nombre de contrats transmis au moment de la cession, en suivant la procédure de licenciement de l'article L642-5 du Code de Commerce. Or la raison d'être de l'E. E. A est une transmission automatique et globale de tous les contrats de travail attachés à l'activité transmise⁵³⁴. Sa fonction est avant tout sociale. Aussi l'adoption d'une telle notion unificatrice se heurterait-elle à un obstacle insubmersible.

⁵³³ En conséquence, la Haute Juridiction a pu décider que l'absence de salariés spécialement affectés à l'activité pouvait empêcher la reconnaissance de l'existence d'une entité économique autonome. Voir Cass. Soc., 18 juillet 2000, pourvoi n°99-13976, inédit. Néanmoins, on relèvera ici une divergence entre la perception de cette notion retenue par la jurisprudence française, et par celle retenue par la jurisprudence communautaire. Pour la Cour de Cassation, l'entité économique autonome se caractérise par la réunion de moyens matériels et de moyens humains spécialement qualifiés, et ne peut donc être qualifiée dans le cadre d'une simple reprise du matériel. Voir Cass. Soc. 13 mai 2008, pourvoi n° 07-40369, inédit. La reprise d'éléments d'exploitation est indispensable à la qualification de l'entité économique autonome. Voir Cass. Soc., 3 novembre 2011, pourvoi n°10-11820, Bull. 2011, V, n° 249. En revanche pour la jurisprudence communautaire, l'existence d'une « *communauté de travailleurs que réunit durablement une activité commune peut correspondre à une activité économique* », sans qu'il y ait obligatoirement besoin d'adjonction d'éléments matériels. Tout dépendra dans ce cas du secteur d'activité. Voir CJCE 20 janvier 2011 aff. 463/09, *CLECE SA c/ Martin Valor*

⁵³⁴ Il faut néanmoins que les contrats visés puissent être réellement qualifiés de contrats de travail. Dans le cadre

Tout d'abord, la possibilité de prononcer des licenciements selon le régime dérogatoire de l'article L642-5 du Code de Commerce entrerait-elle en conflit avec le régime élaboré jusqu'ici par la jurisprudence à propos de cette notion. Le corollaire de cette constatation est que le concept même d'entité économique autonome interdit tout simplement l'intervention de licenciements lors de sa transmission⁵³⁵, ce qui clôture nos investigations concernant l'évaluation de cette notion. Une entité cédée dans ces conditions ne pourrait tout simplement pas être qualifiée d'entité économique autonome.

Il faut ensuite préciser que les réglementations propres à l'organisation de l'activité économique ne permettent pas de faire échec à cette règle⁵³⁶. Le transfert des salariés en cas de transfert d'une entité économique autonome est donc strictement impératif.

du transfert d'une E. E. A, la Haute juridiction a pu préciser qu'un contrat de travail pouvant faire l'objet de l'application de l'article L122-12 du Code du Travail (ancienne numérotation de l'actuel article L1224-1) devait présenter un état de subordination défini comme « *l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur, qui a le pouvoir de donner des ordres et des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné* ». Voir Cass. Soc., 29 avril 2009, pourvois n°07-45509 et n°07-45566, inédit

⁵³⁵ Voir Cass. Ass. Plén., 16 mars 1990, *préc.* : « *L'article L122-12 s'applique à tout transfert d'une entité économique conservant son identité et dont l'activité est poursuivie ou reprise, même en l'absence d'un lien de droit entre les employeurs successifs.* » Voir également Cass. Soc., 28 janvier 2015, pourvoi n°13-16719, Bull. 2015, V, n° 11, dans le cadre de la poursuite de contrats de gardiennage attachés à la transmission d'une entité économique autonome. Si cette règle n'est pas respectée, le repreneur devra s'acquitter d'indemnités de rupture accompagnées de dommages-intérêts. A la condition qu'ait été réellement manifestée son intention de ne pas poursuivre les contrats de travail. Voir Cass. Soc., 28 septembre 2011, pourvois n°10-30020 et 10-30021, inédit. Pour une approche chronologique de cette jurisprudence, voir MAZEAUD (A.), *Sort des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise : vers une réécriture des articles L. 122-12 et L. 122-12-1 du code du travail ?* D. 1998, p. 106

⁵³⁶ Voir Cass. Soc., 10 octobre 2006, pourvoi n° 04-43.453, Bull. 1998, V, n° 363, p. 275. Un auteur relève : « *L'existence d'une entité économique autonome, dont il appartient au juge du fond de rechercher les éléments qui la constituent, est indépendante des règles d'organisation et de gestion du service au sein duquel s'exerce l'activité économique* ». Voir WAQUET (P.), *Notion d'entité économique autonome*, RLDT, 2006, p.391

Section II) Nécessité de la création d'une notion sui generis

L'échec prévisible des différentes tentatives d'identification d'un critère dirimant, séparant objectivement les différents modes de cession actuellement applicables, ainsi que l'inadéquation des différentes notions actuellement utilisés à l'édification d'un concept permettant une unification efficace de ces régimes, nous enjoignent à approfondir notre réflexion. La principale origine de cet échec réside, selon nous, dans une démarche ayant par trop fait fi de la réalité des situations rencontrées. Si les tentatives de rationalisation des régimes de cession n'ont pas, jusqu'ici, permis d'aboutir à une solution pleinement convaincante, c'est parce qu'elles présentent toutes la même tare. Dans tous les cas, il s'est agi de faire coïncider une situation présentant d'importantes spécificités juridiques avec des notions trop générales, et donc inadaptées. On a voulu à force identifier les ensembles cédés à des notions préexistantes⁵³⁷, présentant pour la plupart un régime construit sans préoccupation du domaine de l'entreprise en difficulté. D'où les errements contemporains.

Afin de dépasser ces contradictions, l'élaboration d'une notion spécifique, représentative de la totalité des ensembles cédés dans le cadre du plan de cession, apparaît dès lors comme un impératif. Ces ensembles présentent des particularités incontestables (I), qui les éloignent des notions trop génériques actuellement utilisées. Il est donc nécessaire d'adopter une démarche empirique et déductive, « *organisationnelle* », à rebours des approches retenues jusqu'ici, afin que cette notion *sui generis* représente au mieux les spécificités, et la diversité, des ensembles cédés au moment de la réalisation des actifs. C'est au terme de cette démarche que pourra être présentée un concept objectivement représentatif de la réalité des ensembles cédés, et que pourra être déterminé son domaine d'application. (II).

⁵³⁷ Cette inadéquation des notions utilisées, et l'abus de celles-ci aux fins de d'extension des domaines assignés aux régimes de cession étaient déjà critiqués dans le cadre de la loi de 1967. Des auteurs, critiques vis-à-vis de l'application de cette loi, constataient déjà, tant dans le cadre des cessions de l'article 14 en règlement judiciaire que des cessions à forfait relevant de l'article 88 en liquidation des biens, que « *le procédé intellectuel, caractérisé par une approche économique des notions juridiques* », conduisait au « *détournement* » des modes de cessions, et était « *semble-t-il, à l'honneur chez les praticiens de la reprise des actifs des entreprises en difficulté* ». Voir BEZIAN (B.) ET TEYNIER (E.), *op. cit., supra* note n°9, *spéc.* p.72

I) Caractéristiques principales de la notion

L'élaboration d'une notion sur des bases empiriques nécessite l'identification de caractéristiques communes à tous les ensembles cédés sous le régime unifié. Ces caractéristiques sont, pour certaines, communes à celles servant de référence aux régimes actuels (A), et pour d'autres originales et justifient en conséquence la création d'une notion particulière aux régimes de cession invocables lors des réalisations d'actifs (B).

A) Caractéristiques communes aux notions actuellement utilisées

L'élaboration d'une notion permettant d'unifier les régimes de cession applicables aux différents ensembles de biens cédés au moment des réalisations d'actifs doit inévitablement suivre certains cheminements intellectuels, maintes fois empruntés. Prosaïquement, la composition des ensembles de biens cédés n'a pas changé, malgré l'adoption de réformes successives en la matière ; c'est leur perception par le législateur qui a évolué. Aussi, la détermination de certaines des caractéristiques de cette notion unificatrice ne peut-elle s'émanciper de certains impondérables. Elle doit incontestablement constituer une universalité de fait (1), et présenter une activité viable au moment de sa cession (2).

1) Un bien constituant une universalité de fait

Concernant sa nature juridique, la notion retenue devra permettre la présence cumulative en son sein de meubles et d'immeubles, afin de ne pas reproduire les difficultés actuelles de la cession de fonds de commerce sous le régime de la cession de biens isolés, qui nécessite on l'a vu la cession séparée de l'immeuble abritant le commerce. Tous les éléments matériels nécessaires à la perpétuation de l'activité doivent pouvoir être cédés d'un seul tenant. A l'instar de l'« *entreprise* » cédée actuellement dans le cadre du plan de cession, et du fonds de commerce, le contenant conceptuel doit également pouvoir accueillir en son sein tant les éléments corporels que les éléments incorporels, le seul critère devant déterminer leur présence au sein de l'ensemble étant leur utilité dans le cadre de la pérennisation de l'activité. Ainsi les contrats d'exploitation nécessaires au maintien de l'activité et les contrats de travail doivent-ils faire partie intégrante de la notion pour permettre l'application des conditions dérogatoires des articles L642-5 et L642-7 du Code de Commerce.

Le périmètre du concept créé doit donc impérativement dépasser les limites traditionnelles du fonds de commerce, et ses incohérences théoriques, pour épouser le cadre plus large attribué à l'entreprise lors de l'application du plan de cession.

2) Présence d'une activité viable au moment de la cession

Concernant l'élément central des ensembles cédés, on a pu voir au sein des développements précédents à quel point il apparaissait vain de songer à différencier objectivement la clientèle de l'activité, la seconde étant la résultante de l'exploitation de la première⁵³⁸. Aussi la conception d'une notion unificatrice nécessite-t-elle de dépasser ce débat. Nous proposons donc comme critère permettant la reconnaissance de la notion, et sa transmission sous le régime du plan de cession, la caractérisation d'une activité viable, qui soit présente au moment de la cession, et dont la pérennisation soit une certitude⁵³⁹ (dans les limites du prévisible), découlant d'évaluations prospectives, et non une hypothèse découlant du seul engagement du repreneur, comme dans le cas de la défunte unité de production.

B) Caractéristiques originales

Les ensembles cédés présentent à notre sens deux caractéristiques remarquables, que les notions actuellement employées sont insuffisantes à identifier. Ces deux critères distinctifs sont leur caractère transitoire (1), et la nécessité d'une capacité de financement suffisante pour permettre leur transmission (2).

⁵³⁸ Un auteur indiquait ainsi de manière sibylline que la notion de fonds de commerce « *visé à traduire les moyens nécessaires au commerçant pour entreprendre son activité* ». Voir NUSSENBAUM (M.), *op. cit.*, *supra* note n° 332

⁵³⁹ Par exception, les activités suspendues pour les besoins de la procédure de manière réversible pourront être cédés. Voir DUMONT-LEFRAND (M.-P.), *la cession isolée du contrat de bail commercial*, RPC, n° 2, mars 2015, dossier n°25, *spéc.* n° 20 et 21, qui indique qu'un défaut d'exploitation du fonds, fût-il de trois ans, s'il est causé par « *le déroulement de la procédure* », et s'il ne présente pas de « *caractère irréversible* », n'interdit pas la cession amiable du fonds de commerce dans un cadre liquidatif. Pour un exemple jurisprudentiel, voir Cass. 3e civ., 10 décembre 2008, *préc.*

1) Caractère transitoire de la notion

Les notions actuellement utilisées, soient le fonds de commerce et l'entreprise, conservent les mêmes éléments caractéristiques (à défaut d'une définition complète et invariable) dans les différents domaines juridiques. Cette stabilité conceptuelle, au vu de leur prééminence dans le secteur économique, est à double tranchant. Elle permet, en règle générale, une utilisation réaliste et transparente de ces notions par le législateur et la jurisprudence. Mais cette stabilité a pour corollaire une plasticité réduite, et des capacités d'adaptation limitées lorsque, comme dans le cas des entreprises en difficulté, elles sont confrontées à un régime dérogatoire.

On l'a vu, le défaut conceptuel majeur des régimes de cession actuels est une identification défailante des ensembles appelés à être cédés dans le cadre des réalisations d'actifs. Dans le cadre du plan de cession, on a pu voir que les ensembles cédés ne présentaient pas tous les traits saillants de l'entreprise. En particulier, les aspects organisationnels, principalement sociaux, et décisionnels sont particulièrement mis à mal par la liquidation judiciaire. En revanche, une fois l'opération de cession réalisée, le droit commun reprenant ses droits, l'ensemble cédé recouvre ces éléments mis en stase au cours de son traitement par le droit des procédures collectives.

Perçu dans une perspective chronologique, cet ensemble de biens présente donc un profil complexe. Deux périodes de stabilité économique, durant lesquelles l'ensemble est pleinement identifiable à une entreprise, encadrent une période de turbulences, au cours de laquelle ce même ensemble se retrouve dépouillé de certains de ses éléments distinctifs. Au cours de cette période atypique, l'entreprise s'échappe à elle-même, et ne constitue donc plus *stricto sensu* une entreprise. L'entreprise cédée en plan de cession n'est littéralement plus une entreprise.

Dans le cadre de la cession de biens isolés, les ensembles cédés apparaissent dans un certain nombre de cas similaires aux premiers, exceptions faites des restrictions conceptuelles interdisant par exemple la possibilité de céder sous le même régime meuble et immeuble. C'est cette méprise qui est le socle de la corruption des modes de réalisation de l'actif, et qui génère la confusion de l'entreprise et du fonds de commerce qu'elle abrite. Afin que la notion envisagée soit crédible dans toutes les situations de fait envisageables, il faut donc qu'elle représente au plus près la réalité des ensembles cédés, qui ne sont plus au stade de leur liquidation des entreprises complètes, mais qui dépassent pourtant dans un certain nombre de

cas le simple fonds de commerce⁵⁴⁰. Surtout, il est indispensable que l'utilisation de cette notion reste cantonnée au domaine des cessions menées dans le cadre des réalisations d'actifs, seul moment de son existence juridique où l'ensemble de biens cédés présentera ces caractéristiques particulières. Son impermanence est donc la première des exigences. A l'instar de l'unité de production, qui était une version tronquée de l'entreprise, et qui pouvait se réduire à un simple fonds de commerce, cette notion devra rester exclusive au droit des entreprises en difficulté, et caractériser la phase transitoire de la vie d'une entreprise au cours de laquelle est imposé le droit dérogatoire des procédures collectives.

Le caractère transitoire de la notion proposée présente un autre avantage appréciable, qui remédie à une incohérence conceptuelle majeure des régimes actuels. Dans le cadre du plan de cession actuellement applicable, la notion d'« entreprise » cédée présente deux défauts théoriques cumulatifs. En plus de ne pas correspondre pleinement aux différentes définitions envisageables de l'entreprise en droit commun, elle sous-entend que l'identité de l'entreprise reprise correspond trait pour trait à l'entreprise appréhendée par la procédure collective. Ce qui nous semble parfaitement imprécis.

L'entité cédée, une fois son activité redéployée postérieurement à la cession, redevient une entreprise, mais qui selon nous diffère de celle qui a été soumise à la procédure. Son organisation interne peut varier à la discrétion du repreneur, la structure décisionnelle est bouleversée et peut être réorganisée, et sont donc autant de critères qui indiquent que si l'entité soumise à la liquidation et celle qui émerge postérieurement à la cession dans les mains du repreneur partagent de nombreuses caractéristiques, leur assimilation apparaît néanmoins tout à fait abusive.

⁵⁴⁰ Voir PAILLUSSEAU (J.), *op. cit.*, *supra* note n° 218, *spéc.* n°50, qui relève : « le fonds de commerce...a parfois une place si importante dans l'entreprise qu'il peut constituer l'essentiel de la partie active du patrimoine. Les dettes n'en font pas partie mais elles peuvent, néanmoins, résulter pour leur plus grande part de son exploitation. » Il ajoute que « certaines entreprises, notamment les plus petites, n'ont pas d'autre objet que l'exploitation de leur fonds de commerce, et l'entreprise n'est rien d'autre que cette exploitation. Fonds de commerce, patrimoine et entreprise sont très intimement liés, parfois difficilement dissociables. » Au moment de la cession de la cession liquidative de ces petites entreprises, en suivant ce raisonnement, ce qui est transmis dans le cadre du plan de cession est donc la portion active du « patrimoine de l'entreprise », ensemble des droits et obligations résultant de l'exercice de l'activité, qui peut se confondre dans certains cas avec le fonds de commerce exploité.

Le caractère transitoire de la notion proposée évite ces écueils, et propose une perception beaucoup plus objective et rigoureuse des mutations à l'œuvre. Son caractère éphémère permet de matérialiser clairement cette phase transitoire de l'entité concernée, et de ne pas abuser de la logique en imposant artificiellement à l'esprit une permanence de l'identité de l'ensemble cédé. Elle établit enfin une chronologie logique des événements décrits, là où le régime actuel masque ses insuffisances derrière une cohésion conceptuelle de façade. Ce n'est pas là le moindre des arguments plaidant pour l'adoption d'un mode de transmission uniforme des fonds de commerce liquidés.

2) Importance essentielle de la capacité de financement

L'exigence d'une surface financière suffisante pour permettre la transmission de l'ensemble, dans des conditions qui n'attendent pas à sa stabilité, est un impondérable reconnu par la pratique (a) qui pourrait de plus trouver un véritable rôle dans le déclenchement du prononcé de l'ordonnance de poursuite d'activité (b).

a) Un financement déterminant dans la réussite du plan de cession

Concernant maintenant la nécessité d'une capacité de financement, cet élément relève de la plus stricte observation du déroulement actuel des cessions intervenant lors des réalisations d'actifs, et constitue à notre sens l'élément pragmatique qui a manqué jusqu'ici dans l'agencement des modes de réalisation d'actifs. Ce critère a pourtant déjà été évoqué en doctrine. Ces références enjoignaient à l'utilisation de ce dernier aux fins de distinction des deux modes de cessions applicables actuellement au fonds de commerce⁵⁴¹, ce qui nous paraît de la dernière incohérence. Comment en effet justifier qu'un même ensemble, selon qu'il soit complété ou

⁵⁴¹ Voir MONSERIE-BON (M.-H.) ET AMIZET (B.), *op. cit.*, *supra* note n° 362 : « Par ailleurs, le critère le plus pertinent quant au choix du mode de cession du fonds de commerce semble finalement lié à la situation financière du débiteur : dans l'hypothèse où le débiteur a suffisamment de trésorerie pour faire face à ses charges courantes, et que le tribunal est informé d'une possible mise en place d'une cession dans des délais brefs, alors la poursuite provisoire de l'activité en liquidation judiciaire pourra être ordonnée, afin que le fonds de commerce soit cédé via la cession d'entreprise. A contrario, en l'absence de trésorerie, aucune poursuite d'activité n'est envisageable, la liquidation judiciaire est prononcée et le fonds de commerce sera cédé comme un simple actif isolé selon les dispositions de l'article L. 642-19 du Code de commerce. »

non d'un financement qui lui soit conceptuellement extérieur, puisse constituer dans un cas une entreprise, dans l'autre un fonds de commerce, et faire alors l'objet de deux modes de cessions antinomiques ? En revanche, son utilisation se justifie parfaitement lorsqu'il permet de distinguer un ensemble viable qui pourra ainsi valablement être transmis en conservant son unité, d'un autre ensemble de biens dont l'activité a disparu, et dont les éléments désormais sans liens doivent alors être cédés séparément sous le régime de la cession de biens isolés.

b) A propos de l'ordonnance de poursuite d'activité

Ce critère nous apparaît, de plus, particulièrement judicieux⁵⁴², en ce qu'il permet d'ajouter à la cohérence des régimes en devenant le déclencheur du prononcé de l'ordonnance de maintien de l'activité. Cette ordonnance, dont le caractère indispensable à la mise en œuvre du plan de cession est remis en cause par une partie de la doctrine et de la jurisprudence, se débarrasserait ainsi de son caractère potestatif, pour consacrer une situation aboutissant sans faille à la mise en œuvre du plan. En constatant préalablement l'existence du financement nécessaire au maintien de l'activité de l'« entreprise » en liquidation, la juridiction compétente prononcerait alors automatiquement l'ordonnance de maintien de l'activité, et engagerait consécutivement la préparation du plan. En revanche, la capacité de financement devra faire l'objet d'une analyse approfondie. La préparation d'un plan de cession s'avérera plus longue dans le cas de la cession d'ensembles plus complexes. La capacité de financement devra être évaluée à l'aune de ce délai⁵⁴³.

⁵⁴² Il consacre de plus une réalité, qui fait actuellement écarter par les mandataires liquidateurs l'hypothèse de la tenue d'un plan de cession lorsque les capacités de financement de l'entreprise cédée ne sont pas suffisantes pour assurer la pérennité de l'entreprise pendant la période nécessaire à l'élaboration d'un plan de cession. Cette contradiction a par ailleurs déjà été relevée en doctrine, voir BARON (J.), *op. cit.*, *supra* note n° 504 : « *En effet, malgré la volonté du législateur de dupliquer la procédure du plan de cession en liquidation judiciaire lors de la réforme de 2008, des difficultés pratiques de mise en œuvre sont apparues pour les petites entreprises. En effet, si la procédure du plan de cession présente des avantages nombreux dont sa préparation par un administrateur judiciaire, sa lisibilité vis-à-vis des candidats et l'imperatum attaché à une décision judiciaire, elle nécessite une poursuite d'activité de l'entreprise qui s'avère parfois difficile à maintenir faute de trésorerie* »

⁵⁴³ Cette évaluation reste délicate et pour une part prospective, ainsi que l'on fait remarquer certains auteurs. Voir LUCAS (F.-X.), ET LECUYER (H.), *op. cit.*, *supra* note n° 301, p. 372 : « *le financement équilibré de la poursuite d'activité ne doit pas nécessairement être un critère indispensable à la poursuite d'activité par le tribunal. Ce critère est toujours très délicat à apprécier à l'ouverture et l'on ne pourra de toute façon juger son bien-fondé* »

Si les capacités de financement s'avéraient insuffisantes, il serait alors mis fin à l'activité, et les éléments de l'ensemble feraient alors indépendamment l'objet de cessions de biens isolés. Cet automatisme mettrait fin à l'incohérence que représente actuellement la cession de fonds de commerce sous le régime de la cession de biens isolés, théoriquement siège d'une activité alors que le juge lui a refusé le bénéfice du prononcé de l'ordonnance de maintien de celle-ci. Lorsque ce financement sera suffisant, il sera néanmoins nécessaire de réaliser dans les meilleurs délais les ensembles ne présentant pas d'importantes réserves financières. On peut envisager que les ensembles les plus modestement financés bénéficient d'un rang privilégié dans la mise en œuvre de leur cession.

qu'une fois le plan de cession arrêté au regard des économies générées par la reprise éventuelle d'une partie du personnel par le cessionnaire de l'entreprise. » Néanmoins, à l'inverse de l'auteur, il nous semble indispensable, par souci de réalisme, de lier la capacité de financement au prononcé du maintien de l'activité.

II) Consécration du concept d'Unité Economique Transmissible en Plan de Cession

L'adoption d'un concept original, représentant fidèlement la nature et l'organisation particulières des ensembles cédés dans le cadre des réalisations d'actifs, apparaît donc indispensable. Nous proposons à cette fin de fédérer les ensembles cédés, au moment de la réalisation des actifs en liquidation judiciaire, sous le vocable commun d'Unité Economique Transmissible en Plan de cession (U. E. T. P.). Cette dénomination a pour fonction de rendre immédiatement perceptibles l'originalité, ainsi que les caractéristiques des ensembles cédés (A). Mais l'adoption de ce concept unique nécessite la redéfinition des domaines d'application du plan de cession et de la cession de biens isolés, et nécessite en outre des adaptations dans le cadre de la liquidation judiciaire simplifiée (B)

A) Justification de la dénomination retenue

L'approximation lexicale des régimes actuels de cession est à la source des errements reportés au sein de la présente étude. L'adoption d'un concept spécialisé, incarnation théorique de la réalité des ensembles cédés, a pour ambition d'évacuer les confusions actuelles, et d'imposer une cohérence et une lisibilité absentes des régimes de cession contemporains⁵⁴⁴. La crédibilité d'une telle démarche s'initie dès le choix de la dénomination de la notion proposée. Le terme d'Unité Economique Transmissible en Plan de cession permet selon nous de synthétiser les caractéristiques essentielles des ensembles de biens pouvant être cédés dans le cadre du plan de cession. En premier lieu, l'élément unitaire nous apparaît comme une évidence. L'ensemble de biens cédés doit indiscutablement constituer une unité structurelle, qui dépasse la somme de ses parties constitutives. A l'instar du régime actuel, il est inenvisageable que le plan de cession puisse permettre la cession d'éléments isolés. Ces éléments constitutifs doivent être fédérés autour d'une activité présente au moment de la mise en œuvre du plan de cession, et non, comme dans le cas de l'obsolète unité de production, d'une activité dont le redémarrage hypothétique ne dépendra que de la volonté du repreneur de respecter ses engagements.

⁵⁴⁴ Voir SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *op. cit.*, *supra* note n° 143, p.4, n°6, qui double le constat unanime selon lequel « l'entreprise ne fait cependant l'objet d'aucune définition dans ces textes légaux qui s'y réfèrent pourtant constamment », en ajoutant que « les textes ne définissent pas non plus ce qu'est « l'entreprise en difficulté ».

La présence d'une activité au sein de l'ensemble de biens cédés détermine, comme dans le cas actuel de l'« entreprise » cédée en liquidation judiciaire, l'appartenance des biens et contrats à cet ensemble. Les éléments indispensables au maintien de cette activité postérieurement à sa transmission au repreneur sont *de facto* intégrés au sein de cet ensemble. L'Unité Economique Transmissible en Plan de cession est donc une universalité ouverte, à géométrie variable, qui peut comprendre des éléments tant mobiliers qu'immobiliers, corporels qu'incorporels. Elle met fin sur ce point à deux anomalies conceptuelles actuelles.

Tout d'abord, elle peut se réduire à un simple fonds de commerce, tout comme elle peut l'excéder. Elle a vocation à regrouper tous les ensembles de biens complexes susceptibles d'être cédés au moment de la réalisation des actifs. Elle acte la superposition actuelle des notions d'entreprise et de fonds de commerce utilisées dans un contexte liquidatif⁵⁴⁵. Elle évacue de ce fait la principale contradiction actuelle, qui veut qu'une entreprise cédée dans le cadre d'un plan de cession ne puisse se réduire au fonds de commerce qu'elle inclut, alors que cette confusion est actée en pratique. Le plan de cession devenant l'unique mode de cession applicable à ces ensembles, un simple fonds de commerce doit donc pouvoir être cédé sous ce régime dérogatoire⁵⁴⁶.

Ensuite, le regroupement de tous les ensembles de biens complexes sous ce régime offre à ceux-ci les mêmes outils pour le maintien de leur activité dans les meilleures conditions. Les fonds de commerce actuellement cédés sous le régime de la cession de biens isolés ne bénéficient pas des atouts du plan de cession, alors même que ces conditions de transmission dérogatoires au droit commun s'avèrent dans un certain nombre de cas indispensables au maintien de leur intégrité, et donc de leur unité. L'adoption d'un régime unique, auquel seraient soumis tous les ensembles de biens complexes cédés lors de la réalisation des actifs, permettrait l'application uniforme des conditions dérogatoires souvent garantes du maintien de l'activité de l'ensemble cédé, au nombre desquelles les plus évidentes sont la possibilité d'ajuster la masse salariale à

⁵⁴⁵ La notion de « *fonds d'entreprise* » développée par Mme Vallansan acte également cette superposition des domaines de l'entreprise et du fonds de commerce lors de leurs cessions, mais ne permet pas de rendre compte de l'ensemble des caractéristiques de l'ensemble cédé en liquidation judiciaire, notamment de la nécessité d'une capacité de financement suffisante. Voir VALLANSAN (J.), *op. cit.*, *supra* note n° 273

⁵⁴⁶ Contrairement à la jurisprudence actuelle, qui refuse la cession d'un unique fonds de commerce sous ce régime. Une dérogation légale doit être intégrée.

l'activité par la mise en œuvre de licenciements, et la possibilité d'obtenir la poursuite des contrats nécessaires au maintien de l'activité au bénéfice du repreneur. Tous les éléments indispensables à l'activité doivent faire partie intégrante de l'Unité Economique Transmissible en Plan de cession. Sa composition ne doit dépendre que des situations de fait rencontrées, et non de limitations théoriques.

Le second élément lexical devant à notre sens être intégré dans la dénomination de cette notion est l'aspect économique de la notion. Cet élément ne souffre selon nous pas de discussion, dans la mesure où il est commun à tous les ensembles appelés à être cédés sous ce régime. Tant l'entreprise, que l'unité de production, ou encore le fonds de commerce, et a fortiori l'entité économique autonome, ont en commun la poursuite d'une activité de nature économique.

Enfin, le plus significatif est l'intégration de l'épithète « transmissible » à cette dénomination. Il présente une double signification. Pour que l'ensemble de biens soit transmissible sous le régime du plan de cession, il faut que cet ensemble soit actif au moment de la mise en œuvre du plan de cession. Comme expliqué plus haut, la présence d'une activité doit être vérifiable et indiscutable. Elle ne doit pas relever d'un engagement unilatéral du repreneur. L'unité n'est transmissible en tant que telle que parce que cette activité est présente au sein de l'ensemble, faute de quoi les éléments constitutifs de celui-ci doivent faire l'objet d'une cession de biens isolés.

L'aspect transmissible se prolonge également dans la prise en compte de la capacité de financement du débiteur. Il faut que la trésorerie disponible puisse permettre l'élaboration du plan de cession. Quand bien même une activité serait présente au moment de l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire, il est impératif que le délai de mise en œuvre du plan de cession ne porte pas un coup d'arrêt au maintien de l'activité, du fait d'un financement qui se révélerait insuffisant⁵⁴⁷.

⁵⁴⁷ Cette évolution des régimes liquidatifs représenterait à notre sens l'aboutissement de l'évolution initiée par la loi de sauvegarde de 2005, qui avait permis la reconnaissance de la liquidation judiciaire comme une procédure à part entière, porteuse de solutions économiques propres, se détachant ainsi des approches ayant précédé, et qui consacraient plutôt la liquidation judiciaire comme une procédure limitée, destinée à prendre le relais des redressements judiciaires ayant échoué. Un auteur convenait que la logique de la loi de sauvegarde postulait que « *si une entreprise ne peut pas trouver preneur rapidement, ces actifs devront alors être dispersés.* » Cette approche nous semble améliorée dans l'hypothèse de l'adoption de la notion d'U. E. T. P., les ensembles soumis

Une prise en compte de cet aspect dans l'identification de l'universalité cédée permettrait en outre de donner corps aux avancées réalisées en droit comptable. Le fonds de commerce y a été progressivement supplanté par la notion d'actif économique de l'entreprise, qui regroupe tous les actifs nécessaires à l'exploitation, corporels comme incorporels. Il comprend les besoins en fonds de roulement, fonds nécessaires pour faire fonctionner l'entreprise, comme on l'a vu précédemment. L'U. E. T. P. permet de prendre cette évolution en compte. En plus de permettre la transmission des contrats et immeubles éventuellement nécessaires à la poursuite de l'activité, elle offre également une place à la prise en compte de la surface financière nécessaire au fonctionnement de l'ensemble faisant l'objet du plan de cession, au cours de la procédure. Ainsi L'U. E. T. P. s'il n'est pas assimilable à l'actif économique, car n'entraînant pas transmission de l'actif et du passif lié à l'activité, en représente-t-il en quelque sorte une déclinaison liquidative. L'actif économique est ainsi préservé au cours de la phase préparatoire de la cession par l'exigence d'une capacité de financement suffisante pour maintenir l'activité, et reconstitué postérieurement à la cession une fois le plan de cession réalisé⁵⁴⁸. Le caractère dynamique de l'ensemble cédé est ainsi réellement acté au sein de la procédure, et il permet ainsi de faire profiter la totalité des ensembles recelant une activité d'être appréhendés par le plan de cession, sans se préoccuper de sa taille ou de son secteur d'activité.

Pour permettre la préservation de cette capacité de financement, les innovations consécutives à l'introduction récente des *prepack cessions* seraient à privilégier. La préparation d'un plan de cession, en amont de la liquidation judiciaire, permet de réduire les délais d'appels d'offre et de maximiser les chances de transmission de l'entité en épargnant la trésorerie du débiteur.⁵⁴⁹

à la liquidation étant identifiés de manière plus précise, et les conditions de leur maintien permettant objectivement de distinguer les ensembles viables de ceux voués à la disparition. Cette adaptation nous semble concourir au respect des ambitions du législateur de 2005, soient le « *respect de la concurrence* » et « *la nécessité d'éliminer les entreprises non saines* ». Voir FROELICH (P.), *op. cit.*, *supra* note n° 150

⁵⁴⁸ Voir sur les rapports entre les notions d'actif économique et de fonds de commerce, NUSSENBAUM (M.), *op. cit.*, *supra* note n° 332

⁵⁴⁹ Voir MACORIG-VENIER (F.) ET VALLANSAN (J.), *op. cit.*, *supra* note n° 312, *spéc.* n° 23. Voir également, concernant les avantages de ces cessions dans la phase préparatoire, BUISINE (O.), *Le pre-pack cession, une alternative au plan de cession « classique »*, Revue Banque/Banque Magazine, n° 747, avril 2012, p. 35-3, p. 35-38 et MONTERAN (T.) ET MIEULLE (M.), *Le vade-mecum du plan de cession « prepack »*, Bull. Joly Entr. Diff., 01 mai 2015, n°3. Voir enfin, pour un comparatif avec les cessions organisées directement en redressement ou

Enfin, il nous semble indispensable d'enfermer l'utilisation de cette notion dans le seul cadre du plan de cession. La dénomination choisie devra donc mentionner explicitement cette exclusivité. Il nous semble donc indispensable d'ajouter que cette unité économique n'est transmissible que dans le cadre du plan de cession, afin d'éviter une interpénétration prévisible et délétère avec d'autres domaines juridiques, éloignés de la logique propre au droit des entreprises en difficulté, ainsi que cela avait pu être le cas avec l'entité économique autonome. Cette précision permettra ainsi de limiter strictement l'application du régime dérogatoire du plan de cession, que cela soit dans le cadre de la sauvegarde, du redressement ou de la liquidation judiciaire.

B) Domaine d'application de la notion

Cette notion présentée, il nous reste à borner son domaine d'application, tant dans le cadre de la liquidation judiciaire générale (1), que dans celui de la liquidation judiciaire simplifiée (2).

1) Dans le cadre de la liquidation judiciaire générale

L'Unité Economique Transmissible en Plan de cession a pour fonction de regrouper, sous sa dénomination, les différents ensembles de biens accueillant une activité viable au moment de l'ouverture de la liquidation judiciaire, et présentant les capacités de financement nécessaires à son maintien au cours de la procédure. Elle doit donc remplacer l'imprécise notion d'« entreprise » comme élément déclencheur de la mise en œuvre du plan de cession.

Cependant, tout comme la notion inaboutie d'entreprise cédée actuellement en plan de cession, cette notion pourra faire l'objet d'une cession totale, comprenant la totalité des biens de l'entreprise faisant l'objet de la procédure collective, ou d'une cession ciblée, comprenant les biens fédérés autour d'une activité pouvant être transmise, comme dans le cas actuel de la cession d'une branche d'activité autonome. Aussi l'actuel article L642-1 du Code de Commerce devrait-il faire, dans l'hypothèse de l'adoption de ce nouveau découpage des modes de cession, l'objet des modifications adéquates.

liquidation judiciaire, SABATHIER (S.) ET CAVIGLIOLI (C.), *La cession dans les différentes procédures : prepack, redressement et liquidation judiciaires*, RPC n° 6, novembre 2015, dossier 55

Si les buts poursuivis par la mise en œuvre ne sont pas remis en cause, la référence à l'entreprise au sein du premier alinéa doit nécessairement disparaître. De plus, l'adoption d'un concept exclusif à la cession d'actifs en liquidation judiciaire nécessiterait l'intégration au sein de l'article L680-4 du Code de Commerce d'une définition de l'U. E. T. P.⁵⁵⁰, et la mention de ce concept au sein du premier alinéa de l'article L642-1⁵⁵¹ et par report, à l'article L641-10 du Code de Commerce en lieu et place du terme « entreprise ».

Mais l'adoption de ce dernier induit inévitablement d'autres adaptations des régimes de cession applicables en liquidation judiciaire. L'Unité Economique Transmissible en Plan de cession regroupant en son sein la totalité des ensembles complexes de biens pouvant faire l'objet d'une cession au moment de la réalisation des actifs en liquidation judiciaire, il est indispensable que d'autres modes alternatifs de cession ne puissent permettre la transmission officielle d'ensembles pouvant être qualifiés d'U. E. T. P., afin de ne pas voir ressurgir sous une autre forme les errements actuels. La conséquence logique est l'exclusion de la possibilité de procéder à la cession d'un fonds de commerce sous le régime de la cession de biens isolés. Le régime de l'article L642-19 devra donc expressément prévoir l'exclusion de la transmission par ce moyen d'ensembles de biens complexes pouvant être identifiés comme des U. E. T. P. De la même manière, les articles de la partie réglementaire du code devront préciser dorénavant que l'unique voie de transmission applicable à un fonds de commerce⁵⁵² est le plan de cession d'une U. E. T. P.

2) Dans le cadre de la liquidation judiciaire simplifiée

Le régime de la liquidation judiciaire simplifiée, qu'elle soit obligatoire ou facultative, pose difficulté. Intégrés récemment à l'arsenal des procédures collectives, ces régimes engendrent le

⁵⁵⁰ « L'U. E. T. P. est constituée de tout ou partie des biens, mobiliers ou immobiliers, et contrats indispensables à la pérennisation de l'activité de l'entreprise liquidée. »

⁵⁵¹ Nous proposons la rédaction suivante : « La cession d'une Unité Economique Transmissible en Plan de cession a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif. »

⁵⁵² Notamment l'article R 642-38 du Code de Commerce

placement des entreprises concernées⁵⁵³ sous un régime particulier, dans lequel la célérité de la procédure est le principal objectif. A cette fin, l'article L644-2 du Code de Commerce introduit un régime de cession dérogatoire au régime de la cession de biens isolés de l'article L642-19, dans lequel le liquidateur se trouve investi de pouvoirs étendus. C'est donc un régime autonome, indépendant pour partie de la liquidation judiciaire générale⁵⁵⁴, qui est ajouté par le législateur. Il présente pour notre étude deux points d'intérêt.

Tout d'abord, la liquidation judiciaire simplifiée ne prévoit, au nombre des possibilités de transmission offertes, qu'une seule hypothèse. L'article L644-2 du Code de Commerce met en place une version expurgée de la cession de biens isolés de l'article L642-19 du même code, sous le contrôle exclusif du liquidateur, qui pourra réaliser les actifs exclusivement mobiliers de l'entreprise concernée sans pouvoir excéder pour se faire un délai de trois semaines à compter de l'ouverture de la procédure. Ces réalisations d'actifs pourront emprunter les formes de la cession de gré à gré ou de la vente aux enchères, les biens résiduels devant obligatoirement être réalisés par la voie des enchères publiques. Aucune alternative n'est prévue, et aucun équivalent au plan de cession n'est donc ici invocable⁵⁵⁵. Ensuite, la mise en œuvre de la liquidation judiciaire simplifiée est soumise à la reconnaissance de seuils définis par décret, qui excluent que le tribunal puisse l'imposer de manière discrétionnaire.

⁵⁵³ Les entreprises concernées doivent présenter des caractéristiques spécifiques en termes de composition, puisqu'elles ne doivent pas compter en leur sein d'éléments immobiliers, en termes de chiffre d'affaires et en terme d'effectifs. Ces caractéristiques sont déterminées par décret, et varient selon que la procédure simplifiée soit obligatoire ou facultative.

⁵⁵⁴ Voir Article L644-1 du Code de Commerce

⁵⁵⁵ Concernant les modalités de cession dans le cadre de la liquidation judiciaire simplifiée, voir PETEL (P.), *op. cit.*, *supra* note n° 158, *spéc* n°18 à 21 ; LIENHARD (A.), *Réforme du droit des entreprises en difficulté, présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008*, D. 2009, p.110 ; NOTTE (G.), *Ordonnance 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté*, JCP E, n°1, 1^{er} janvier 2009, act.1 ; LE CORRE (P.-M.), *Le Nouveau Visage de la Liquidation Judiciaire Simplifiée*, D.2009, p. 677

Ce mode de réalisation des actifs n'a pas vocation à devenir un mode alternatif de réalisation des actifs en liquidation judiciaire, concurrent de la voie générale. Néanmoins, ses caractéristiques demeurent problématiques dans le cadre de notre réflexion. La détermination des biens mobiliers pouvant être cédés sous le régime de la liquidation judiciaire simplifiée ne reproduit pas la dichotomie entre l'entreprise et le fonds de commerce, qui est actuellement appliquée. La seule incompatibilité soulevée est que l'ensemble cédé ne peut comprendre aucun élément immobilier. Ces modes de réalisation d'actifs permettent donc la cession de fonds de commerce, et selon les classifications actuellement en vigueur, d'entreprises ne comprenant pas en leur sein de bien immobilier. Ils permettent donc la transmission d'ensembles qui relèveraient en temps normal tant du plan de cession que de la cession de biens isolés. Ces ensembles de biens correspondent à la définition de l'Unité Economique Transmissible en Plan de cession, et pourraient néanmoins, si la rédaction actuelle des textes était conservée, être cédés sous le régime simplifié, dépourvu des avantages du plan de cession.

Dans le cadre de la liquidation judiciaire simplifiée obligatoire, le tribunal ne peut qu'investir le liquidateur de la réalisation des biens visés sous ce régime. Le choix du régime de réalisation des biens ne lui appartient pas. En revanche, dans le cadre de la liquidation judiciaire simplifiée facultative, le tribunal dispose bien de ce choix. Il pourra choisir de faire application de ce régime, qui induit la possibilité de réaliser certains ensembles de biens complexes, constituant des U. E. T. P., sans faire application du plan de cession. Même très minoritaires, ces hypothèses portent atteinte à la crédibilité du régime unitaire, et lui ôtent pour partie son intérêt en réintroduisant l'opposition de deux régimes distincts permettant de procéder à la cession d'un fonds de commerce en liquidation judiciaire à l'initiative du juge.

Deux approches peuvent être envisagées. On peut tout d'abord considérer que la liquidation judiciaire simplifiée constitue un régime autonome, et distinct de la liquidation judiciaire générale. Ce régime ne présentant pas les défauts de son aînée, car il n'oppose pas deux modes de cessions distincts applicables à des ensembles potentiellement équivalents, on peut considérer en conséquence qu'il sort du champ d'investigation de notre étude. Néanmoins, nous sommes plus enclins à considérer que la communication des régimes généraux et simplifiés, particulièrement dans le cas de la liquidation judiciaire simplifiée facultative, nous oblige à intégrer cet élément dans le champ de notre réflexion. La transmission, par ce biais, d'ensembles pouvant être qualifiés d'U. E. T. P. nous semble incompatible avec la logique de clarification qui guide notre travail. Il apparaît incohérent de permettre la transmission

d'ensembles complexes de biens sous un régime qui n'est pas à même de permettre la pérennisation de l'activité dans les meilleures conditions. De plus, même sur une période aussi courte que le délai de trois semaines dans lequel la tenue des opérations de cession est enfermée, la question de la trésorerie du débiteur, étroitement liée au maintien de l'activité, ne peut être écartée. Ces arguments sont d'ailleurs identiques à ceux guidant notre volonté d'exclure le fonds de commerce des prévisions actuelles de l'article L642-19 du Code de Commerce.

Pour ces raisons, il nous semble important d'exclure du domaine d'application de la liquidation judiciaire simplifiée, quelle que soit sa déclinaison, obligatoire ou facultative, la cession d'ensembles pouvant être identifiés à une U. E. T. P. A cette fin, il nous semble indispensable de procéder à la modification des premiers alinéas des articles L641-2 et L641-2-1 du Code de Commerce⁵⁵⁶.

⁵⁵⁶ L'article L641-2 du Code de Commerce doit être modifié comme suit : « *Il est fait application de la procédure simplifiée prévue au chapitre IV du présent titre si l'actif du débiteur ne comprend pas de bien immobilier et si le nombre de ses salariés au cours des six mois précédant l'ouverture de la procédure ainsi que son chiffre d'affaires hors taxes sont égaux ou inférieurs à des seuils fixés par décret. **La présente procédure ne peut en outre permettre la cession d'une Unité Economique Transmissible en Plan de cession, telle que définie à l'article L680-4 du présent code.*** » Le premier alinéa de l'article L641-2-1 du Code de Commerce doit se voir apporter les modifications suivantes : « En l'absence de bien immobilier et si le nombre des salariés du débiteur ainsi que son chiffre d'affaires hors taxes sont supérieurs aux seuils fixés en application de l'article L. 641-2 sans excéder des seuils fixés par décret, la procédure simplifiée prévue au chapitre IV du présent titre peut être ordonnée. **La présente procédure ne peut en outre permettre la cession d'une Unité Economique Transmissible en Plan de cession, telle que définie à l'article L680-4 du présent code.** »

Conclusion Partie II Titre I Chapitre II

Les concepts actuellement utilisés de fonds de commerce et d'entreprise ne permettent pas un regroupement exhaustif des ensembles cédés en liquidation judiciaire. Ils ne permettent pas non plus de rendre fidèlement compte des spécificités indiscutables des universalités cédées à ce moment de la procédure. D'autres universalités, l'unité de production, et l'entité économique autonome, dont on aurait pu envisager l'utilisation comme concepts unificateurs, révèlent également des lacunes les rendant impropres à la recherche d'une solution stable à notre problématique.

Aussi nous semble-t-il nécessaire, afin d'offrir une assise solide à notre proposition d'unification des régimes de cession applicables au fonds de commerce, de proposer l'adoption d'un concept dédié, dans le cadre de la modernisation du plan de cession. L'U. E. T. P., concept que nous soumettons à l'attention du lecteur, nous semble à même de combler ces attentes. Il permet de matérialiser distinctement les caractéristiques que doit présenter l'ensemble de biens aspirant à se voir appliquer le plan de cession. Il présente en outre l'avantage de permettre son intégration au sein des nouvelles procédures légales, en marquant une frontière nette avec les ensembles cédés dans le cadre des procédures de liquidation judiciaires simplifiées.

Conclusion Partie II Titre I

La nécessité de pallier aux défaillances actuelles des régimes de cession applicables au fonds de commerce lors des réalisations d'actifs réclame une démarche pragmatique, n'excluant aucune hypothèse. Le seul impératif devant être recherché est une cohérence théorique imprenable, seule garante d'une véritable sécurité juridique. Les investigations menées au sein du présent titre é conduisent néanmoins, sur cette base, un certain nombre des possibilités envisageables.

Le maintien d'un régime de cession dualiste ne peut donc, à notre sens, être sérieusement argumenté dès lors qu'un fonds de commerce est concerné. Quel que puisse être le critère distinctif retenu, l'obstacle conceptuel actuel se reproduit invariablement. La sélection d'un élément clivant, quel qu'il soit, aboutit à une délimitation artificielle des régimes de cession applicables aux fonds de commerce cédés. Il faut donc se résoudre à constater, et acter, l'identité commune des notions cédées en plan de cession et dans le cadre de la cession de biens isolés, et en tirer les conclusions qui s'imposent.

La conclusion objective des développements précédents revêt, selon nous, la force de l'évidence : les universalités fédérées autour d'une activité économique doivent emprunter un unique mode de cession au moment de la réalisation des actifs. Ce mode de cession doit permettre la pérennisation de l'activité dans les meilleures conditions. Aussi, dans cette optique, la cession de biens isolés doit-elle être écartée, car insuffisamment pourvue en termes de mécanismes légaux organisant le soutien de l'activité. Les ensembles complexes de biens doivent donc être regroupés sous la bannière du plan de cession lors de ces cessions.

A ce stade de notre étude, une seconde conclusion s'impose rapidement dans l'esprit du juriste. Dans une approche unifiée, les notions utilisées ne permettant pas une identification infaillible des universalités devant être transmises, il est alors indispensable d'adopter une dénomination évitant les écueils actuels, et constituant un tamis suffisamment exigeant pour ne laisser filtrer aucun ensemble de biens potentiellement concerné par la procédure du plan de cession. Une étude des concepts potentiellement invocables suffit à révéler leur inadéquation, et impose la création d'un nouveau concept spécifique à ce stade de la procédure.

Notre proposition de consécration de la notion d'U. E. T. P. comme concept déclencheur de la mise en œuvre du plan de cession répond à ces impératifs, en introduisant une notion capable de regrouper l'ensemble des cas de figures pouvant être envisagés, respectant les spécificités de la situation, et leur impact sur l'ensemble de biens cédés. Au premier rang de celles-ci le caractère transitoire de l'ensemble de biens cédés, et la nécessité d'une surface financière permettant de soutenir l'activité au cours de la procédure, apparaissent enfin clairement. Une telle caractérisation permettra également d'enfermer la notion dans cet usage, et d'éviter tout parasitage du régime dédié par des utilisations ultérieures de ce concept au sein d'autres branches du droit, contrairement à ceux actuellement utilisés.

Titre II) Apports de l'unification des régimes de cession applicables au fonds de commerce lors de la réalisation des actifs en liquidation judiciaire

L'unification des régimes de cession actuellement applicables au fonds de commerce, sous une bannière plus respectueuse de la réalité juridique des ensembles cédés, induirait de nombreux avantages immédiatement profitables à l'ensemble des parties concernées par ces cessions, tant pour ce qui concerne l'organisation proprement dite des cessions, qui s'en trouveraient simplifiées, que pour ce qui concerne la lisibilité de leurs droits et obligations dans de tels cas (Chapitre I).

Le sort des contrats transmis corrélativement aux cessions de fonds de commerce, qu'elles soient opérées sous le régime du plan de cession ou sous celui de la cession de biens isolés, gagnerait également en lisibilité, et permettrait aux cocontractants qui ne sont pas directement parties à la cession d'anticiper avec certitude, et une sérénité inédite, les conséquences particulières de la cession du fonds de commerce (Chapitre II).

Une fois combinées, ces améliorations permettraient, par le retrait du paradoxe que constitue la cession de fonds de commerce sous le régime de la cession de biens isolés, de cloisonner enfin efficacement les deux régimes de cession et de leur offrir la crédibilité et l'impartialité dont ils sont malheureusement privés aujourd'hui.

Chapitre I) Préparation et mise en œuvre des cessions

L'unification des possibilités de cession du fonds de commerce, au cours des ultimes soubresauts liquidatifs, apporterait des certitudes aux différentes parties à la cession, là où les conditions actuelles restent porteuses d'inconfortables interrogations. Pour le cédant et le cessionnaire, une visibilité accrue des modalités de la réalisation des cessions, et une lisibilité quant à l'étendue de leurs obligations de garantie (Section I). Pour les créanciers, des précisions légitimes quant à l'étendue de leurs prérogatives et de leurs recours, tout particulièrement dans le cadre de la réalisation des sûretés éventuelles, et dans celui de la mise en œuvre de la procédure de surenchère (Section II).

Section I) Simplification du déroulement des cessions

Les cessions, réalisées sous l'égide des articles L642-1 et suivants du Code de Commerce, diffèrent de celles réalisées sous le patronage de l'article L642-19 du Code de Commerce dans leur organisation sur à peu près tous les plans. On l'a vu, l'autorité judiciaire compétente investie par le législateur pour présider à la réalisation de ces cessions n'est pas la même. Les voies de recours ne sont pas non plus régies par les mêmes textes. Mais le schéma du déroulement même des cessions se distingue selon que le fonds de commerce soit cédé sous l'un ou l'autre régime. Ainsi, les conditions de formation de ces cessions varient actuellement (I), particulièrement pour ce qui concerne la réceptivité des juges aux vices du consentement potentiels de la vente, ce qui induit évidemment d'importantes conséquences pour les parties à la cession. Les modalités de leurs publications sont également bien différentes, ce qui impacte l'application des droits de préemption collectifs (II). On déterminera ici les avantages de l'unification des régimes de cession du fonds de commerce sur ces sujets.

I) Formation de la cession

Les conditions de réalisation des ensembles de biens cédés lors des réalisations d'actifs ne présentent pas les mêmes exigences selon le mode de cession emprunté. Un même fonds de commerce pourra ainsi, même si certaines évolutions légales ont déjà pu gommer certaines divergences, se voir opposer des restrictions différentes quant aux repreneurs en lice (A). L'exécution de certaines obligations, notamment d'information, ne sera pas non plus évaluée par les juges avec la même sévérité en cas de vices du consentement (B).

A) Concernant l'identité du cessionnaire

Les restrictions légales, quant à l'identité du repreneur, constituent une première distinction entre les deux régimes de cession applicables à un fonds de commerce à ce stade de la procédure, même si les dernières modifications légales ont atténué ces divergences (1). Les conditions de la mise en œuvre potentielle de la faculté de substitution varient également (2).

1) Régime des incompatibilités

Au nombre des modifications apportées par la loi de sauvegarde au droit des entreprises en difficulté compte notamment le remaniement des dispositions attachées à l'identité des repreneurs, et aux incompatibilités applicables sur ce point. Cette prise de conscience tardive du législateur a permis la rectification d'une anomalie qui accentuait encore les divergences entre les régimes de cession d'actifs en liquidation judiciaire. Malgré son obsolescence, cet aspect de notre problématique est encore présent dans le traitement des liquidations prononcées antérieurement à la réforme, de sorte que son évocation reste aujourd'hui encore pertinente.

Jusqu'à la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, les règles concernant les interdictions attachées à la personne du cessionnaire constituaient donc l'une des divergences existantes entre les régimes du plan de cession et de la cession de biens isolés. Le prédécesseur de l'article L642-3 du Code de Commerce déterminait précisément, dans le cadre du plan de cession, l'identité des personnes ne pouvant former une offre de reprise, et consécutivement, ne pouvant acquérir divers biens attachés à cette cession dans les cinq ans suivant la réalisation de la cession. Ces dispositions ont été reprises sous le régime actuel⁵⁵⁷.

La cession de biens isolés ne connaissait pas alors le même type de restrictions. Cette distinction arbitraire a pris fin avec l'introduction, par la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, de l'article L642-20⁵⁵⁸ du Code de commerce, qui prévoit que les ventes relevant du régime des articles

⁵⁵⁷ L'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 a modifié le domaine d'application de l'article L642-20 en l'assouplissant. Sur requête du ministère public, le juge-commissaire peut désormais autoriser la cession à l'une des personnes visées à l'article L642-3. Voir LEGROS (J.- P-), *op. cit.*, *supra* note n° 149, *spéc.* n°35

⁵⁵⁸ L'ordonnance du 18 décembre 2008 a en outre modifié cet article en ajoutant au 2^e alinéa la possibilité d'écarter ces incompatibilités pour permettre l'acquisition de biens « nécessaires aux besoins de la vie courante et de faible

L642-18 et L642-19 du Code de Commerce seraient dorénavant soumises aux mêmes incompatibilités que celles découlant de l'application de l'article L642-3 du même Code.

A cette distinction péremptoire s'ajoutaient les difficultés d'interprétation qui interdisent encore aujourd'hui d'établir avec certitude le statut de certains repreneurs potentiels. Aussi, si l'équilibre entre les modes de cession sur cette question est aujourd'hui de mise, les insuffisances des textes et les interrogations qui en découlent se sont parallèlement propagées à l'ensemble des modes de réalisation de l'actif en liquidation judiciaire. On citera pour exemple un arrêt récent, rendu par la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation, qui permet à un gérant de société dessaisi de ses fonctions de présenter une offre de reprise⁵⁵⁹, cas de figure qui se présentait par ailleurs également sous l'ancien régime légal.

Ainsi l'insuffisance du texte, découlant de l'imprécision de la notion de dirigeant de fait, et malgré les objurgations des juges du premier degré, a-t-elle pour conséquence la validation par la Haute juridiction d'une situation légalement en contradiction évidente avec les objectifs poursuivis par la loi. De plus, la décision de la Haute Juridiction reste à notre sens critiquable, car elle ne précise pas à quel moment doit être évaluée la qualité du présentateur de l'offre. Devra-t-elle être évaluée au moment de l'ouverture de la procédure, ou au moment de la présentation de l'offre ? Un laps de temps particulier devra-t-il s'écouler avant que l'ancien dirigeant puisse présenter une telle offre ?⁵⁶⁰

valeur ». Voir sur ce point CANET (P.), *Premières remarques sur les modifications apportées par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 en matière de voies d'exécution*, RPC n° 1, janvier 2009, dossier 8, p.65

⁵⁵⁹ Voir Cass. Com., 23 septembre 2014, pourvoi n° 13-19713, Bull. 2014, IV, n° 136 et les observations de Mr Roussel-Galle, Rev. Soc. 2014 p. 750. L'auteur constate que, si sur le fond, le gérant fraîchement démis de ses fonctions peut être assimilé à un dirigeant de fait, et doit à ce titre être écarté des potentiels repreneurs, ainsi que le dispose l'article L642-3 du Code de Commerce, pour autant la lettre du texte ne permet pas cette assimilation.

⁵⁶⁰ Pour une présentation approfondie des différentes problématiques résultant de cette jurisprudence, voir PETEL (P.), *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Chronique, JCP E, n° 50, 11 2014, p. 1637

2) Mise en œuvre de la faculté de substitution

Une autre disposition rendant plus commode la cession d'un fonds de commerce dans le cadre d'un plan de cession concerne la faculté, offerte au repreneur, de prévoir à son endroit une faculté de substitution. L'article L642-9 alinéa 3 du Code de Commerce autorise la possibilité de prévoir une substitution d'acquéreurs au moment de la ratification du plan de cession, sous réserve de certaines conditions particulières⁵⁶¹. La faculté de substitution doit principalement être mentionnée dans le jugement arrêtant le plan de cession. De plus le régime de cette substitution en plan de cession est complexe. La solidarité prévue au troisième alinéa de l'article L642-9 du Code de Commerce ne s'étend pas, en effet, à tous les éléments de la cession. La jurisprudence a joué sur ce point un rôle notable de précision des dispositions légales⁵⁶².

Mais cette faculté de substitution est actuellement absente des dispositions relatives à la cession de biens isolés. L'adoption de la notion d'U. E. T. P., comme référentiel unique de l'application du plan de cession, permettrait donc une application uniforme de cette faculté à tous les fonds de commerce cessibles au cours de la réalisation des actifs en phase de liquidation judiciaire.

⁵⁶¹ « Toute substitution de cessionnaire doit être autorisée par le tribunal dans le jugement arrêtant le plan de cession, sans préjudice de la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 642-6. L'auteur de l'offre retenue par le tribunal reste garant solidairement de l'exécution des engagements qu'il a souscrits. ». Néanmoins, cette faculté était déjà offerte par la jurisprudence sous le régime précédent, la loi de sauvegarde n'ayant fait que consacrer les solutions précédemment retenues. Voir COURET (A.), *op. cit.*, *supra* note n° 301, *spéc.* n° 23 et 24. Pour une illustration de la jurisprudence antérieure, voir Cass. Com., 8 décembre 1998, pourvoi n°95-16503, Bull. 1998, IV, n° 296, p. 245, Comm. BROCARD (E.) ET JEULAND (E.), JCP E, n° 3, 19 janvier 2000, II 10234

⁵⁶² Voir sur ce point PAILLER (P.), *Quelle est l'étendue de la garantie de l'auteur d'une offre de reprise avec faculté de substitution ?* Comm. sous Cass. Com., 16 septembre 2014, n° 13-23901, Bull. Joly Soc, 02 novembre 2014 n° 11, p. 452 et VINCENT (C.), *Retour sur la substitution de repreneur et la garantie de l'auteur de l'offre*, Bull. Joly Ent. Diff, n° 1, 01 janvier 2015, p. 21, commentaire sous Cass. Com., 16 septembre 2014, nos 13-17189 et 13-23901, FS-PB, commentaire sous Cass. com., 16 septembre 2014, nos 13-17189 et 13-23901, FS-PB. Ainsi la garantie « ne s'étend[-elle] pas à l'exécution des engagements résultant des contrats cédés par le plan » ni, apprend-on dans l'arrêt commenté, « au paiement, au prêteur, des échéances du crédit dues à compter du transfert de la propriété du bien financé inclus dans ce plan ». Voir également VOINOT (D.), *Substitution de cessionnaire : l'auteur de l'offre n'est pas garant de la bonne exécution des obligations résultant des contrats cédés*, Comm. sous Cass. Com., 12 juillet 2016, n° 15-16389, Gaz. Pal., n°36, p.59

B) Concernant les vices du consentement

La cession de fonds de commerce est une opération juridique lourde de conséquences pour un grand nombre d'intervenants. La loi a en conséquence imposé en droit commun, aux articles L 141-1 et suivants du Code de Commerce, la réalisation de formalités particulières, afin de garantir l'exercice des droits de chacun. Ces obligations relèvent, pour une part, de mentions imposées dans l'acte de cession lors de sa rédaction (1), et pour une autre part de la bonne foi devant caractériser les échanges d'informations entre les parties (2), et doivent être respectées au risque de voir appliquer des sanctions que nous détaillerons plus loin.

Mais la variabilité du caractère impératif de ces dispositions, au moment de la vente, constitue une autre distinction entre les régimes de cession actuellement applicables en liquidation. L'unification de ces régimes permettrait de faire bénéficier toutes les ventes de fonds de commerce réalisées, à ce moment de la procédure, de la plasticité des exceptions applicables en plan de cession, et d'assurer un traitement égalitaire des parties concernées.

1) Uniformisation du domaine d'application de l'obligation d'information

L'article L141-1 du Code de Commerce⁵⁶³ prévoit l'inclusion obligatoire de mentions spécifiques lors de la rédaction d'une cession amiable de fonds de commerce. La Jurisprudence a par ailleurs précisé que cette liste est limitative⁵⁶⁴ et d'ordre public⁵⁶⁵.

⁵⁶³ « Dans tout acte constatant une cession amiable de fonds de commerce, consentie même sous condition et sous la forme d'un autre contrat ou l'apport en société d'un fonds de commerce, le vendeur est tenu d'énoncer :

1° Le nom du précédent vendeur, la date et la nature de son acte d'acquisition et le prix de cette acquisition pour les éléments incorporels, les marchandises et le matériel ;

2° L'état des privilèges et nantissements grevant le fonds ;

3° Le chiffre d'affaires qu'il a réalisé durant les trois exercices comptables précédant celui de la vente, ce nombre étant réduit à la durée de la possession du fonds si elle a été inférieure à trois ans ;

4° Les bénéfices commerciaux réalisés pendant le même temps ;

5° Le bail, sa date, sa durée, le nom et l'adresse du bailleur et du cédant, s'il y a lieu ».

Pour note, cette rédaction est issue d'une loi de 1935, remaniée par la loi LME n° 2008-776 du 4 août 2008

⁵⁶⁴ Cass. com., 7 juin 1974, pourvoi n° 73-11391, Bull. 1974, IV, n° 177

⁵⁶⁵ Cass. com., 4 novembre 1970, pourvoi n° 68-12261, Bull. 1970, IV, n° 293

En application de cet article, le cédant n'est donc pas astreint à mentionner l'absence de certains éléments du fonds⁵⁶⁶, sans préjudice cependant des actions ouvertes au cessionnaire sur d'autres fondements, tels que les vices du consentement. Les sanctions de l'omission de ces mentions sont prévues par l'article L. 141-1, II, du Code de commerce, disposant que *"l'omission des énonciations ci-dessus prescrites peut, sur la demande de l'acquéreur formée dans l'année, entraîner la nullité de l'acte de vente"*.

Le délai de l'action est en outre un délai préfix, qui ne peut de ce fait se voir interrompu ou suspendu. Néanmoins, les sanctions ne sont pas automatiques, et leur application est soumise à l'appréciation des juges. Ainsi, l'omission de ces mentions ne pourra permettre l'annulation de la vente que s'il est prouvé que ces manquements ont vicié le consentement de l'acquéreur⁵⁶⁷ et que ce dernier a bien subi consécutivement un préjudice⁵⁶⁸.

Dans le cadre des procédures collectives, il est de jurisprudence constante que les mentions obligatoires à l'acte de vente relevant de l'application de l'article L141-1 du Code de Commerce doivent impérativement être respectées lors des cessions de gré à gré⁵⁶⁹. Il est cependant à noter que, selon les juridictions, la simple omission de ces mentions peut ne pas suffire à l'annulation de la vente, si le repreneur avait la possibilité de se procurer ces informations sans difficultés⁵⁷⁰.

⁵⁶⁶ Voir par exemple Cass. com., 13 janvier 1998, pourvoi n° 95-14521, inédit, sur l'absence de l'obligation de mentionner la perte de la clientèle, en vertu de l'article L 141-1 du Code de Commerce.

⁵⁶⁷ Voir notamment Cass. com., 5 mai 1987, pourvoi n° 84-17776, inédit ; Cass. com., 3 mars 1992, pourvoi n° 89-16371, Bull. 1992, IV, n° 106 ; RTD com. 1992, p. 353, obs. DERRUPPE

⁵⁶⁸ Cass. com., 3 juin 1980 : Bull. civ. 1980, IV, n° 236

⁵⁶⁹ Cass. com., 19 novembre 2003, pourvoi n° 00-22220, inédit. Voir à ce sujet GAZEAU (O.), BLIN (S.) ET SARDOT (C.), *Le notaire et la réalisation des actifs en liquidation judiciaire : la vente des meubles*, JCP N, n°20, 16 mai 2014, 1201, spéc. n°21 et 22 ; MACORIG-VENIER (F.), *op. cit., supra* note n° 340 ; pour un modèle d'acte de cession d'un fonds de commerce sous le régime de l'article L642-19, voir BRIGNON (B.), *Cession d'un fonds de commerce appartenant à une société en liquidation judiciaire*, RPC, n° 3, mai 2012, form. 3

⁵⁷⁰ Voir CA Lyon, 1ère Ch. civ. A, 4 décembre 2014, RG n° 13/02325

La mise à l'écart des garanties du droit commun de la vente, du fait de l'existence d'un aléa dans le cadre de l'exécution d'un plan de cession, tend à l'inverse à refuser l'application de ce même article lors de cessions de fonds de commerce effectuées dans le cadre actuel d'une cession d'entreprise⁵⁷¹.

Dans le cadre d'un plan de cession, la jurisprudence a en outre suivi récemment une nouvelle impulsion, tendant à la reconnaissance d'une obligation d'information mise à la charge du liquidateur. La méconnaissance de cette obligation a pour conséquence la possibilité d'engager la responsabilité professionnelle du mandataire⁵⁷². Cependant, la Haute Juridiction a réaffirmé l'obligation pour le cessionnaire, même en présence d'un défaut d'informations substantielles de la part du liquidateur, de signer les actes de cession permettant la finalisation du plan de cession⁵⁷³. Cette responsabilité personnelle du liquidateur peut être également invoquée dans les mêmes circonstances dans le cadre d'une cession de biens isolés, au surplus de l'annulation de la vente pour vices du consentement⁵⁷⁴. Sur ce point particulier du moins, les régimes de cession d'un fonds de commerce au cours de la liquidation judiciaire ne souffrent donc pas de dissemblance. En raison des objectifs, et du contexte spécifique des cessions intervenant dans le cadre des réalisations d'actifs, il nous semble indiqué de sceller les distinctions les séparant des cessions de droit commun en excluant l'application de l'article L141-1 du Code de commerce dans le cadre des réalisations de fonds de commerce. La distinction conceptuelle du fonds de commerce et de l'U. E. T. P. accrédite également cette démarche.

⁵⁷¹ Voir LE CORRE (P.-M.), *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e Edition, Paris : Dalloz, 2015, p.121

⁵⁷² Ainsi, dans ce sens, et concernant l'absence d'information du repreneur sur l'existence d'un bail commercial au profit d'un tiers, portant sur le local où l'entreprise était exploitée, et la responsabilité subséquente du commissaire à l'exécution du plan, voir Cass. com., 8 janvier 2008, n° 07-10079, *préc.* ; Concernant le défaut d'information du liquidateur en matière environnementale, qui avait entraîné postérieurement à la cession, l'obligation pour le cessionnaire d'obtenir une autorisation préfectorale, et d'effectuer des travaux de mise en conformité : Cass. com., 18 juin 2008, n° 07-12966, Bull. 2008, III, n° 108 ; Act. proc. coll. 2008, comm. 15, obs. FRAIMOUT ; RPC 2011, comm. 122, obs. RUFFIE. Pour une vue d'ensemble des obligations de l'administrateur sur ces points, GENITEAU (A.), *op. cit.*, *supra* note n° 319

⁵⁷³ Cass. com., 28 octobre 2008, pourvoi n° 07-15286, inédit ; Cass. com., 8 janvier 2008, *préc.*

⁵⁷⁴ CA Paris, Ch. 16, Sect. B, 8 juin 2001, RG n° 1999/24311

2) Clarification du domaine d'application de l'obligation de bonne-foi

Un autre pan de l'obligation d'information découle de l'obligation de bonne foi mise à la charge des cocontractants. Le respect de cette obligation est actuellement nuancé en fonction du régime de réalisation des actifs appliqué au fonds de commerce, au moment de son transit en liquidation judiciaire. Or, du fait de la confusion des modes de cession, émane là encore de cette différence de traitement un parfum d'iniquité.

Actuellement, dans le cadre d'une cession de gré à gré, le liquidateur peut voir sa responsabilité engagée et la vente être annulée pour vices du consentement s'il s'avère que le liquidateur a omis volontairement le transfert d'informations essentielles au cessionnaire, qui auraient pu influencer sa décision d'acquiescer⁵⁷⁵. Mais ces décisions ponctuelles des juges du fond pourraient trouver un obstacle définitif du fait d'une récente décision de la Cour de Cassation, qui remet en cause la possibilité d'appliquer la théorie des vices du consentement dans le cadre des cessions de biens isolés⁵⁷⁶, du fait du caractère de ventes faites par autorité de justice de celles-ci. En revanche, la jurisprudence ne souffre pas ces contradictions dans le cadre du plan de cession, et a écarté les actions en nullité de la vente pour vices du consentement⁵⁷⁷. On notera

⁵⁷⁵ Ainsi, concernant le défaut d'information du cessionnaire sur l'absence d'alimentation en eau du local, et sur la hausse du loyer, voir CA Nîmes, 2^e ch. com., sect. B, 7 avril 2011, RG n° 09/03026. De même, si le consentement de l'acheteur a été vicié pour dol ou pour erreur sur les qualités substantielles de la chose vendue, voir CA Montpellier, 2^e ch., 8 février 2011, RG n° 10/01070. Enfin, dans le cadre de la rétention d'informations concernant la délivrance par le bailleur de commandements visant la clause résolutoire et l'inadéquation de la consistance des lieux loués avec les attentes du repreneur, voir CA Paris, Pôle 5, Ch. 8, 13 Octobre 1999, n° 08-10258, Act. Proc. Coll. 2009-19, Comm. 293, obs. VALLANSAN. Certains auteurs restaient néanmoins réfractaires à l'application des vices du consentement dans le cadre de la vente de biens isolés. Voir RAKOTOVAHINY (M.-A.), *Les ventes de gré à gré dans la liquidation judiciaire*, RLDA 2003, n° 60, 1^{er} mai 2003

⁵⁷⁶ Voir Cass. com., 4 mai 2017, n° 15-27899, Comm. PETIT (F.), Act. Proc. Coll., n° 10, mai 2017, alerte 163. L'auteur relativise cependant cette décision en pointant son caractère « contestable », et en émettant des doutes quant à sa portée réelle, s'interrogeant sur la possibilité de cantonner cette jurisprudence au seul dol, et sur sa compatibilité avec d'autres décisions antérieures.

⁵⁷⁷ Voir Cass. com., 23 novembre 1999, pourvoi n° 97-11834, inédit, RJDA 2000, n° 196, ou encore CA Paris, 13 septembre 1994, RPC, 1996, p. 89, note SOINNE. Un auteur constate également que « le caractère aléatoire des cessions d'entreprise et des unités de production tend à exclure l'action en nullité pour vice du consentement en raison de l'aléa que comportent ces cessions ». Voir AUBERT (F.), *op. cit.*, supra note n° 352. Voir également

que les articles 1135 et 1136 du Code Civil⁵⁷⁸, respectivement relatifs à l'erreur sur simple motif et à l'erreur sur la valeur, limitent déjà, à l'heure actuelle, les éventuels excès de zèle de repreneurs indécis.

Des doutes importants lestant actuellement l'hypothèse de l'application des vices du consentement dans le cadre des cessions de biens isolés, et les juges du fond ne partageant pas l'interprétation discutable faite par la Haute juridiction sur cette question, une unification définitive des modes de cession applicables à la cession d'un fonds de commerce nous semble, ici encore, souhaitable afin que tous les repreneurs d'un fonds de commerce se voient imposer sur ce point un régime commun lors des cessions se déroulant dans le cadre des réalisations d'actifs. Une telle démarche engendrerait automatiquement l'exclusion uniforme de la possibilité d'invoquer les vices du consentement lors d'une cession se déroulant dans ce cadre, dans la mesure où l'adoption de la notion d'U. E. T. P. ne modifierait en rien le caractère aléatoire et forfaitaire du plan de cession qui en deviendrait la terre d'élection.

Pourtant, cette position nous apparaît actuellement excessive et discutable, car l'obligation de bonne foi diffère de beaucoup, par nature, de l'obligation d'information évoquée plus haut, découlant de l'article L141-1 du Code de Commerce, ou de la garantie des vices cachés abordée plus loin. Si le caractère particulier du régime du plan de cession peut justifier la mise à l'écart d'un formalisme régissant les cessions de fonds de commerce de droit commun, on comprend en revanche mal comment ce même régime peut conduire à valider des comportements potentiellement dolosifs de la part du cédant. Certes, ces mesures relèvent également du droit commun, mais n'ont pour but assumé que de moraliser le déroulement des cessions, à l'inverse des dispositions de l'article L141-1 du Code de Commerce, qui sont des mesures formalistes

MONSERIE-BON (M.-H.), *Les ventes dans le plan de cession*, RLDA, n° 60, 1er mai 2003: « Il semble possible de considérer que la référence faite dans l'arrêt au caractère forfaitaire et aléatoire de l'opération de cession est de nature à écarter une nullité de la vente sur le fondement de l'erreur, en vertu du principe selon lequel l'aléa chasse l'erreur » et qu' « en ce qui concerne le dol », ..., « les contraintes imposées par le plan et le respect strict des prescriptions de celui-ci, lors de la conclusion des actes semblent de nature à pouvoir écarter, sauf circonstances particulières, la reconnaissance d'un dol. »

⁵⁷⁸ Dans leur rédaction découlant de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF du 11 février 2016, texte 26

spécifiques à la vente d'un fonds de commerce. La moralisation des cessions ayant été à l'avant-poste des préoccupations du législateur au cours des réformes successives du droit des procédures collectives, l'exclusion des actions et sanctions relatives aux vices du consentement dans le cadre du plan de cession nous apparaît déraisonnable et contreproductive.

Aussi préconiserions-nous, conjointement à l'introduction de la notion d'U. E. T. P. dans le cadre de l'élaboration d'un régime unique, l'ajout d'un article L642-1-2⁵⁷⁹ au sein du Code de Commerce, qui mentionnerait en toutes lettres la possibilité pour le repreneur d'introduire une action pour vices du consentement, et plus généralement les diverses dispositions de droit commun qu'il semble souhaitable de voir se perpétuer dans le cadre dérogatoire du plan de cession. L'intégration d'une disposition légale rendrait ainsi caduque la jurisprudence applicable jusqu'ici à ce sujet au plan de cession.

⁵⁷⁹ Nous proposons pour se faire la rédaction suivante. L642-1-2 al 1 : « *La cession totale ou partielle d'une U. E. T. P. ne fait pas obstacle à l'application des dispositions des articles 1130 à 1144 du Code Civil.* »

II) Publication des cessions

Le dédoublement des modes de cession du fonds de commerce dans le cadre des réalisations d'actifs génère également des divergences handicapantes dans le déroulement de la vente, dont les étapes successives et les intervenants varieront selon le mode de réalisation choisi, ainsi que nous avons pu le voir plus haut. Cette implication de notre problématique est loin d'être anecdotique, la sécurisation des cessions ne présentant pas les mêmes garanties en fonction du régime utilisé⁵⁸⁰.

Ces différences se prolongent dans le cadre de la publication des cessions du fonds de commerce. Ces dernières ne sont pas réalisées selon les mêmes modalités (A), et leurs conséquences varient également, notamment dans le cadre de la mise en œuvre des droits de préemption collectifs (B). Une unification des régimes applicables serait donc là encore particulièrement appréciable.

A) Modalités de publication de la cession

En droit commun, le régime de publication des cessions de fonds de commerce est étroitement encadré par la loi, du fait de ses conséquences pour un grand nombre d'intervenants (salariés, partenaires commerciaux). Nous présenterons donc tout d'abord les particularités de ce régime (1), avant d'étudier les modulations imposées par le déroulement des cessions liquidatives, variables, une fois encore, selon le mode de cession privilégié (2).

⁵⁸⁰ Voir GAZEAU (O.), BLIN (S.) ET SARDOT (C.), *op. cit.*, *supra* note n° 569 ; Les auteurs relèvent par exemple que dans le cadre de la vente aux enchères d'un fonds de commerce, la composition de ce dernier aura une incidence déterminante sur la désignation de l'officier public compétent, qui assurera le bon déroulement de la vente. Dans le cas où la valeur des éléments incorporels excéderait celle des éléments corporels, le notaire serait donc désigné. Dans le cas inverse, seul l'intervention d'un commissaire-priseur serait alors de circonstance. Voir articles L322-4 à L322-7 du Code de Commerce. Pour les origines de cette distinction des compétences, voir ESCARRA (J.), ESCARRA (E.), ET RAULT (J.), *op. cit.*, *supra* note n° 51, p. 499, *spéc.* n° 474, et les références citées

1) Dans le cadre d'une cession de droit commun

En dehors de toute procédure collective, les cessions de droit commun sont soumises à un formalisme spécifique, découlant des dispositions des articles L141-12 et suivants du Code de Commerce. La première de ces formalités est l'enregistrement de la cession, qui doit être réalisé dans les quinze jours de sa réalisation, auprès de la recette des impôts de la situation du fonds cédé. L'enregistrement est le préalable indispensable à l'accomplissement des publicités⁵⁸¹. Il permet en outre de donner pleine efficacité à l'application du privilège du vendeur⁵⁸². Toute cession de fonds de commerce doit être ensuite simultanément publiée dans la quinzaine de son enregistrement sous forme d'extrait ou d'avis dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans l'arrondissement ou le département dans lequel le fonds est exploité et au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales⁵⁸³.

Cette dernière publication revêt une importance particulière. Elle constitue en effet le point de départ du délai d'opposition des créanciers sur le prix de la cession. L'inobservation de ces modalités n'atteint cependant pas la validité de la cession⁵⁸⁴. En revanche, le paiement du prix

⁵⁸¹ Art. L 141-13 du C. Com.

⁵⁸² Art. L 141-5 du C. Com.

⁵⁸³ Art. L 141-12 du C. Com. L'article L 141-13 précise le contenu de la mention d'enregistrement de la cession. Il faut également noter que la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives, dite « loi Warsmann IV », a modifié ces délais qui étaient auparavant indépendants. La publication au journal d'annonces légales devait être effectuée dans un premier intervalle de quinze jours à compter de la date de l'enregistrement de la cession, puis, cette première publication effectuée, s'ouvrait alors un second délai de quinze jours permettant l'accomplissement de la publicité au BODACC. Pour une approche critique des avantages apportés par cette loi, notamment pour ce qui concerne les gains réels de temps en matière de publication, voir ALLAIN (T.), *La durée de séquestre du prix de cession d'un fonds de commerce après la loi dite « Warsmann IV » du 22 mars 2012*, JCP E, n° 17, 26 Avril 2012, p. 1277. On passera rapidement sur l'embrouillamini législatif qui a vu l'article 107 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, supprimer l'obligation de publication dans un journal local, obligation rétablie par l'article 21 de loi n° 2016-1524 du 14 novembre 2016.

⁵⁸⁴ Cass. com., 18 décembre 1990, pourvoi n° 88-18171, inédit

sera logiquement inopposable aux créanciers⁵⁸⁵. En droit commun, les droits d'enregistrement consécutifs à la mutation à titre onéreux d'une clientèle ou d'un fonds de commerce sont calculés sur la base du prix acquitté pour l'acquisition du bien cédé. Les différents pourcentages applicables à chaque tranche sont fixés à l'article 719 du CGI, qui définit également l'assiette du calcul de la valeur retenue⁵⁸⁶.

2) Dans le cadre des réalisations d'actifs en liquidation judiciaire

Les modes de transmission du fonds de commerce invocables au cours de cette phase de la procédure collective n'impliquent actuellement pas les mêmes obligations en termes de publication. Ce point a été définitivement clarifié par une réponse ministérielle à une question écrite⁵⁸⁷, le Code de Commerce précisant seulement : « *Toute cession d'entreprise et toute réalisation d'actif doivent être précédées d'une publicité dont les modalités sont déterminées par un décret en Conseil d'Etat en fonction de la taille de l'entreprise et de la nature des actifs à vendre.* »⁵⁸⁸

⁵⁸⁵ Voir DEJOIE (A.) ET PAN THANH (F.), *La publication de cession de fonds de commerce*, Defrénois, n° 10, 30 mai 2009, p. 977

⁵⁸⁶ Sous réserve de l'application potentielle de deux régimes plus favorables définis aux articles L722 bis et L732 ter du CGI. Pour les questions découlant de l'application de ce dernier, voir ARNAUD-EMERY (A.), *Ventes de fonds, comment appliquer l'abattement de 300 000 euros ?* JCP N, n° 24-25, 13 Juin 2014, 1231. Pour un inventaire exhaustif des impôts et taxes exigibles dans le cadre des cessions de fonds de commerce de droit commun, voir DEJOIE (A.) ET PAN THANH (F.), *Les aspects fiscaux de la cession de fonds de commerce*, Defrénois, n° 11, 15 juin 2009, p. 1097

⁵⁸⁷ Rep. min. n° 21197, JO Sén., Q, 16 avr. 2012, p. 445. Une réponse ministérielle plus ancienne avait déjà pu préciser la nécessité de respecter les obligations de publication des articles L 141-5 et suivants du Code de Commerce dans le cadre d'une cession de fonds de commerce réalisée dans le cadre de la cession de biens isolés. Voir Rép. Min. n°11206, 1^{er} Octobre 1998, JO Sén., Q, 3 déc.1998, p.3879, D.Aff. 1999, n°144, p.64. Voir RAKOTOVAHINY (M.-A.), *Le « clair-obscur » de la vente de gré à gré d'un fonds de commerce dans le cadre d'une liquidation judiciaire*, D. 2000, p.51

⁵⁸⁸ Art. L 642-22 C. Com.

La question concernait l'éventualité de l'application des mesures de publication mentionnées à l'article L 141-12 du Code de Commerce à la procédure de liquidation judiciaire simplifiée. La réponse apportée par le ministère de la justice permet d'offrir un panorama exhaustif des solutions applicables, selon le type de cession retenu. Pour ce qui concerne la cession intervenant dans le cadre d'un plan de cession, l'article L 141-12 du Code de Commerce prévoit textuellement l'exclusion de l'application de ses prérogatives au cas visé par l'article L 642-5 du Code de Commerce, renvoyant à l'application du plan de cession⁵⁸⁹. Le jugement arrêtant le plan de cession, par le jeu de l'article R 642-4 du Code de Commerce, calque son régime de publication sur celui applicable au jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde. Ce dernier est détaillé à l'article R 621-8 du Code de Commerce. L'article L 642-4 prévoit en outre, au sein de son deuxième alinéa, l'obligation faite au greffier de faire signifier le jugement arrêtant le plan, dans un délai de huit jours, aux personnes pouvant interjeter appel de la décision, autres que le procureur de la République, le bailleur, ou le cocontractant. Ce régime spécifique est réaffirmé par le ministère⁵⁹⁰.

Dans le cadre de la liquidation judiciaire simplifiée, le ministère exclut également l'applicabilité des règles de publication de droit commun⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ Voir Cass. Com., 10 janvier 2006, pourvoi n° 03-19519, Bull. 2006, IV, n° 4, p. 3, Comm. JCP N, n° 49, 8 décembre 2006, 1375 : « *Il en résulte que pour cette cession d'entreprise, ..., il n'y a ni publicité (l'article L. 141-12 l'exclut), ni surenchère du sixième (l'article L. 141-19 l'écarte), ni problème de purge...* ». Le commentateur fait cependant exception pour ce qui concerne l'application de la solidarité fiscale prévue à l'article 1684-1 du CGI, et « *qui paraît avoir été oubliée par le législateur* ». Voir également BRENAC (A.) ET BRANCO FERNANDES (Y.), *op. cit.*, supra note n° 339, qui indiquent que « *ce régime de solidarité s'applique dans tous les cas de cession, qu'il s'agisse d'une vente forcée ou volontaire, qu'elle ait lieu à titre onéreux ou à titre gratuit* », et précisent les inévitables adaptations de ce régime dans le cadre des cessions applicables en liquidation judiciaire.

⁵⁹⁰ « *Le plan de cession ne porte pas sur des éléments d'actif isolés, mais soit sur une entreprise, soit sur un ensemble d'éléments d'exploitation qui forment une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activité. Cette caractéristique justifie qu'il soit fait exception aux obligations de publicité imposées par l'article L. 141-12. Le jugement qui arrête le plan de cession, lui-même publié conformément à l'article R. 624-4, en rend les dispositions applicables à tous, et le paiement du prix de cession emporte purge des inscriptions grevant les biens compris dans cette cession.* » Il est à noter que nous retranscrivons le texte de la réponse sans y avoir apporté de modification, mais que l'article se rapportant aux publicités à accomplir est l'article R 642-4.

⁵⁹¹ Il est d'ailleurs fait référence à une incompatibilité « *tant en fait qu'en droit* ».

Pour ce qui concerne le régime de publication des cessions de biens isolés, le ministère rappelle que ce type de cession, contrairement à leurs consœurs réalisées en plan de cession, ne bénéficie pas de l'exemption du respect des règles déterminées par l'article L 141-12 du Code de Commerce. Leur publication devra donc souscrire aux exigences du droit commun, et les conséquences habituellement attachées à ces publications trouveront alors à s'appliquer⁵⁹², ajoutées aux dispositions communes de l'article L 642-22 du Code de Commerce.

Au vu de la confusion actuelle des modes de cession applicables, ces divergences de traitement nous apparaissent une nouvelle fois inopportuns. L'application des règles de publication propres au droit commun dans le cadre d'une cession de biens isolés nous semble, en effet, conceptuellement critiquable. La cession d'un fonds de commerce dans cet environnement est assurément originale, même si les éléments la distinguant d'une véritable cession de droit commun apparaissent plus ténus que dans le cas du plan de cession. L'unification des régimes de cession applicables aux fonds de commerce engendrerait l'exclusion systématique des conditions de publication de droit commun, ce qui nous semble bénéfique au regard des conséquences de celles-ci. On notera que, si le régime de publication des cessions diverge, le choix du mode de cession ne semble en revanche pas influencer la question de l'application des droits d'enregistrement du fait de la mutation à titre onéreux du fonds de commerce, que celui-ci fasse partie de l'entreprise ou qu'il soit nu. Ces droits s'appliquent dans les mêmes conditions en matière de plan de cession ou de cession de biens isolés. La jurisprudence⁵⁹³ précise d'ailleurs que l'assiette des droits d'enregistrement acquittés dans le cadre de la cession d'une entreprise en plan de cession ne porte pas uniquement sur le prix mentionné dans l'offre, mais également sur l'ensemble des charges supportées par le vendeur et profitant à l'acquéreur.

⁵⁹² Voir JAFFRAIN (S.), *Modalités de vente d'un fonds de commerce dans le cadre d'une liquidation judiciaire*, JCP E, n° 2, 14 janvier 1993, 205, *spéc.* n°3. Néanmoins, l'exercice du droit d'opposition des créanciers sur le prix de la cession est influencé par le cadre juridique contraignant de la liquidation judiciaire. Seuls les créanciers postérieurs méritants au sens de l'article L622-17 du Code de Commerce, et l'AGS, « *subrogée dans les droits des salariés pour la fraction superprivilégiée de ses avances* », peuvent valablement faire valoir leur opposition. Voir sur ce point BRENAC (A.) ET BRANCO FERNANDES (Y.), *op. cit.*, *supra* note n° 339

⁵⁹³ Cass. com., 27 mai 2015, pourvoi n° 14-14744, inédit, comm. VABRES (R.), RPC, n° 6, Novembre 2015, comm. 197

B) Application consécutive des droits de préemption collectifs

Les modalités de publication des cessions de fonds de commerce varient donc selon le mode de cession choisi pour en assurer la transmission. Mais ces conditions formelles décident également de la possibilité, pour certains acteurs publics, de déclencher la mise en œuvre de leur droit de préemption. Ainsi, les droits de préemption urbains (1) et des communes dans le cadre de la reconstitution des offres commerciales (2) dépendent du mode de cession retenu.

1) Droit de préemption urbain

Le plus ancien⁵⁹⁴ des droits de préemption a vu son domaine d'application s'élargir considérablement avec le temps, notamment avec l'entrée en vigueur de la loi ALUR n° 014-366 du 24 mars 2014⁵⁹⁵. Positionné à l'article L 213-1 du Code de l'Urbanisme, son domaine d'application étant défini à l'article L 211-1 du même code, ce dernier vise avant tout à permettre la préemption par la commune d'immeubles dans des zones d'urbanisation délimitées, présentes ou futures. Son application dans le cadre des procédures collectives s'est également vue préciser au fil des réformes successives, et contribue à distinguer les modes de cession applicables dans le cadre liquidatif, lorsque la cession d'un immeuble accompagne celle d'un fonds. En effet, dès l'entrée en vigueur de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, le législateur a précisé que ce dernier n'avait pas vocation à s'appliquer à « *ceux qui sont compris dans un plan de cession arrêté en application des dispositions des articles L. 621-83 à L. 621-101 du code de commerce et dans une unité de production cédée en application de l'article L. 622-17 du même code.* »

⁵⁹⁴ Institué par la loi n° 85-729 du 18 juillet 1985 relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d'aménagement, le droit de préemption urbain a vu préciser ses attributions dans le cas du fonds de commerce par la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, et les modalités de son application dans ce cas précis par un décret d'application en date du 28 décembre 2007. Voir pour le détail de ce régime BOITUZAT (A.), *Le droit de préemption des communes sur les cessions de fonds de commerce et artisanaux et de baux commerciaux*, RDI 2008, p.313, et BROUSSOLLE (Y.), *Le décret du 26 décembre 2007 relatif au droit de préemption des communes sur les fonds de commerce, les fonds artisanaux et les baux commerciaux*, Defrénois 2008, p. 1065

⁵⁹⁵ Voir DAVIGNON (J.-F.), *La loi ALUR et la réforme des droits de préemption*, AJDA, n° 6, juin 2014, étude 11

En revanche dès l'origine, les cessions de biens isolées applicables en liquidation, dans le cas des immeubles les cessions de l'actuel article L642-18, ne constituaient pas un obstacle à la mise en œuvre de ces droits de préemption. Cette logique s'est vue pérennisée par l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde de 2005, qui a modifié la rédaction de l'alinéa 1 de l'article L 213-1 du Code de l'Urbanisme, en refusant textuellement son application aux immeubles « *compris dans un plan de cession arrêté en application de l'article L. 631-22 ou des articles L. 642-1 et suivants du code de commerce.* »⁵⁹⁶

2) Droit de préemption des communes sur les fonds artisanaux, les fonds de commerce et les baux commerciaux

La loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises a introduit au sein du Code de l'Urbanisme les articles L 214-1 à L 214-3⁵⁹⁷, qui instituent un droit de préemption au profit du conseil municipal à l'égard « *de fonds artisanaux, de fonds de commerce ou de baux commerciaux* » dont l'aliénation intervient « *à titre onéreux.* » Il faut néanmoins se reporter à la partie réglementaire du Code de Commerce pour obtenir des précisions sur la coordination de ces dispositions avec le régime des procédures collectives.

L'article R 214-3 du Code de l'Urbanisme va préciser, de la même manière que les textes post-loi de sauvegarde avaient pu le faire pour ce qui concerne le droit de préemption urbain applicable aux immeubles, que les cessions d'activités de l'article L 626-1 et le plan de cession des articles L 642-1 à L 642-17 du Code de Commerce ne permettent pas l'application de ce

⁵⁹⁶ Rejoignant en ceci les prescriptions antérieures de l'administration et du Conseil d'Etat, qui s'étaient déjà prononcés sous les régimes antérieurs pour la paralysie du droit de préemption urbain dans le cadre du plan de cession, du fait de l'absence au sein de ce dernier, lors de sa mise en œuvre, du caractère d'« *aliénation volontaire* ». Voir Rép. min., n° 00899, JO Sénat 6 janv. 1994, p. 33. Voir néanmoins VIDAL (D.) et CESARE GIORGINI (G.), *op. cit.*, *supra* note n° 445, p.372, qui en exclut l'application dans le cadre de l'ensemble des cessions liquidatives, même isolées.

⁵⁹⁷ La loi du 18 juin 2014 a modifié les conditions d'application de ce droit de préemption en abrogeant une partie de l'alinéa 2 de l'article L145-2 du Code de Commerce, qui prévoyait que le statut des baux commerciaux n'était pas applicable pendant le temps de détention du bail par la commune. Voir sur ce point BLATTER (J.-P.), *La loi Pinel et le statut des baux commerciaux (1)*, AJDI, 2014, p. 576

droit de préemption⁵⁹⁸. En revanche, contrairement au cas des immeubles, les textes précisent le sort d'un droit de préemption invoqué au cours d'une cession de biens isolés en liquidation judiciaire. En effet, un décret postérieur⁵⁹⁹ a prévu ce cas de figure au sein des articles R 214-7 et R 214-8 du Code de l'Urbanisme. Le premier article concerne les cessions opérées par voie d'adjudication amiable, alors que le second concerne les cessions de gré à gré. Dans les deux cas, ces articles consacrent la possibilité d'exercer ce droit de préemption⁶⁰⁰.

En l'état actuel des choses, il existe donc une véritable asymétrie entre les différents régimes de cession applicables en liquidation pour ce qui concerne l'application des droits de préemption. L'unification des régimes aurait pour conséquence de permettre une application homogène de l'ensemble des droits de préemption collectifs lors des cessions de fonds de commerce dans le cadre des réalisations d'actifs. Cependant, l'exclusion systématique des droits de préemption dans le cas de la transmission de fonds de commerce pourrait se révéler excessivement préjudiciable au dynamisme commercial en milieu urbain. On peut ici approfondir la réflexion et s'interroger sur la légitimité du critère actuellement retenu pour décider de l'application des droits de préemption. Sous le régime actuel, c'est le mode de cession appliqué au moment de la réalisation des actifs qui décide de ceci. Ce critère présente bien évidemment l'avantage de la simplicité : la répartition s'opère de manière stricte et indiscutable. Néanmoins, ce critère de répartition est bien éloigné des objectifs attachés à l'exercice de ces droits de préemption, qui visent avant tout à maintenir dynamisme et cohésion au sein d'un tissu entrepreneurial à l'échelle locale.

⁵⁹⁸ L'ordonnance du 18 décembre 2008 a participé à la clarification du régime de ce droit de préemption, en intégrant un quatrième alinéa au sein de l'art. L 642-5 C. Com., qui exclut explicitement l'application de cette prérogative dans le cadre de la tenue d'un plan de cession.

⁵⁹⁹ Le décret n° 2007-1827 du 26 décembre 2007 relatif au droit de préemption des communes sur les fonds de commerce, les fonds artisanaux et les baux commerciaux, a créé les art. R 214-1 à R 214-16 du Code de l'Urbanisme, qui organisent le régime de ce droit de préemption.

⁶⁰⁰ Sur les conditions de mise en œuvre de ces droits de préemption dans le cadre des ventes aux enchères et dans le cadre des cessions de gré à gré en liquidation judiciaire, voir BOSGIRAUD (C.), *Libres propos relatifs au droit de préemption sur les cessions de fonds de commerce, de fonds artisanaux, de baux commerciaux - préempter pour rétrocéder...*, JCP N, n°16, 18 Avril 2008, 1179

Dans le cadre d'une unification des régimes de cession applicables aux fonds de commerce cédés lors des réalisations d'actifs, des aménagements en fonction de la position du commerce souhaité, ou en fonction du domaine d'activité, pourraient être envisagés. Certains commerces, de par leur emplacement ou de par la nature de leur activité, sont parfois déterminants dans l'attractivité d'une zone commerciale.

Il conviendrait donc de prévoir les conditions d'intervention à la cession des pouvoirs publics, lorsque cette dernière permet l'application d'une politique d'intérêt général, rejoignant en ceci les vœux formulés lors de l'intronisation de ces nouveaux droits de préemption. Le juge pourrait disposer pour se faire d'un pouvoir modérateur, adaptant l'application des droits de préemption en fonction des nécessités particulières à chaque zone de chalandise. Ces adaptations trouveraient naturellement leur place au sein des articles R 214-3 du Code de l'Urbanisme et L 143-4 du Code Rural.

Section II) Clarification des effets de la cession

Dans le régime actuel, les effets attachés à la cession d'un fonds de commerce dans le cadre de la liquidation judiciaire dépendent du régime de cession appliqué, et sont en conséquence éminemment variables. L'exercice des garanties habituellement applicables dans le cadre de la vente (I), tout comme les prérogatives dont disposent les créanciers dans la sauvegarde de leurs droits (II), présentent d'importantes divergences qui seront étudiées au sein de la présente section, et qui plaident en faveur d'un remaniement des modes de cession.

I) Concernant l'application des garanties de la vente

Les garanties de droit commun habituellement attachées aux cessions de fonds de commerce ne trouvent pas actuellement le même écho, selon que ce dernier emprunte les voies du plan de cession ou de la cession de biens isolés. Le caractère dérogoire du droit des procédures collectives se manifesterait ainsi de manière plus affirmée dans le cadre du plan de cession, qui octroie une plus grande latitude par rapport aux prescriptions du droit commun, notamment pour ce qui concerne l'application de l'obligation de délivrance (A), ou encore celle des vices du consentement (B). Aussi l'unification des régimes de cession applicables au fonds de commerce permettrait-elle d'offrir aux justiciables une lecture plus précise de leurs droits et obligations sur ces points.

A) Obligation de délivrance

En droit commun de la vente, l'article 1603 du Code Civil met deux obligations principales à la charge du vendeur : l'obligation de délivrance et l'obligation de garantie. L'article 1604 du Code Civil⁶⁰¹ définit le principe de la première ; l'article 1615 du même code précise pour sa part le contenu de cette obligation. Elle concerne autant l'élément principal faisant l'objet du transfert de propriété, que les éléments accessoires à ce dernier, ainsi que tout ce qui est destiné à l'usage perpétuel de la chose.

⁶⁰¹ Art.1604 C. Civ. : « *La délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur.* »

Cette obligation unique induit des conséquences, tant matérielles que juridiques. Elle oblige le cédant à transférer le bien vendu en la possession du cessionnaire, et exige également le transfert de tous les droits relatifs à la maîtrise juridique du bien, qui doit en outre être rigoureusement identique aux attentes exprimées par le cessionnaire dans l'acte⁶⁰². Il doit « *la conserver jusqu'à la délivrance, en y apportant tous les soins d'une personne raisonnable* »⁶⁰³. La mise en sourdine du droit commun de la vente, dans le cadre du plan de cession, nous enjoint à étudier le régime de cette obligation lors des cessions d'actifs se déroulant en liquidation judiciaire, afin de déterminer sur ce point les points de divergence entre les régimes de cession applicables. Aussi, le principe même de son maintien sera évalué en fonction du régime de cession concerné (1), et les incertitudes attachées à sa mise en œuvre au sein de ces régimes seront ensuite consécutivement abordées (2).

1) Maintien de l'obligation de délivrance

L'étude du régime de l'obligation de délivrance, dans le cadre des cessions de fonds de commerce, doit donc en premier lieu concerner l'éventualité de son maintien, tant sous le régime du plan de cession (a), que de la cession de biens isolés (b).

a) Dans le cadre du plan de cession

Se pose en premier lieu la question du maintien de l'obligation de délivrance en procédures collectives. La survie d'une obligation de délivrance restant à la charge du vendeur dans le cadre du plan de cession est une interrogation légitime, car la jurisprudence a pu décider que le plan de cession ne constituait pas une vente de droit commun, et que la présence d'un aléa était en conséquence exclusif de l'application des garanties prévues en pareil cas⁶⁰⁴.

⁶⁰² CA Nîmes, Ch. 2, Sect. B, 24 février 2000

⁶⁰³ Voir art. 1197 du Code Civil, dans sa rédaction découlant de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. En revanche, la jurisprudence détermine que, lorsque le cessionnaire est chargé de la gestion dans l'attente de l'accomplissement des actes nécessaires à la cession, lui échoient alors les attributions lui permettant d'agir en contrefaçon, voir Cass. com., 11 février 1997, pourvoi n° 93-21226, inédit, note DERRIDA, PA, n° 28, 06 mars 1998, p. 22

⁶⁰⁴ Cass. Com., 22 octobre 1996, *préc.*

Néanmoins, l'exclusion des garanties habituellement mises à la charge du vendeur n'est pas uniforme, et la jurisprudence s'est finalement prononcée en faveur du maintien de l'obligation de délivrance dans le cadre du plan de cession. C'est par un arrêt rendu par la Cour de Cassation, en date du 14 octobre 1997⁶⁰⁵, que l'obligation de délivrance a vu son maintien confirmé dans le cadre du plan de cession. Au vu de l'argumentaire utilisé par la Haute Juridiction au soutien de sa décision, il ne fait aucun doute que cette solution se transpose sous le régime actuel. Cette décision visait en effet à rappeler que le cessionnaire engageait sa responsabilité, s'il empêchait la bonne tenue de la vente en refusant de signer les actes de cession, alors qu'il n'avait pas été prouvé que le cédant avait manqué à son obligation de délivrance, le bien cédé étant conforme aux exigences formulées dans l'offre.

b) Dans le cadre de la cession de biens isolés

La jurisprudence a précisé que l'obligation de délivrance devait également être respectée dans le cadre de la cession de biens isolés. Cette position a été affirmée tant sous le régime antérieur à la loi de sauvegarde⁶⁰⁶, que sous le régime actuel⁶⁰⁷. Il a été en outre précisé par la jurisprudence que lorsque la cession de gré à gré concerne un fonds de commerce, la transmission des éléments essentiels du fonds doit être effective, ce dernier perdant son intégrité en cas de retranchement de l'un de ceux-ci⁶⁰⁸.

⁶⁰⁵ Cass.Com., 14 octobre 1997, pourvoi n° 95-13143, Bull. 1997, IV, n° 263 p. 228

⁶⁰⁶ Cass. Com., 29 avril 2003, pourvoi n° 00-11123, inédit ; Cass. com., 13 novembre 2012, pourvoi n° 11-18958 et 11-19702, inédit

⁶⁰⁷ Voir Cass. com., 9 juillet 2013, pourvoi n° 12-21062, Bull. 2013, IV, n° 126 ; D. actu., 26 juill. 2013, obs. X. Delpech, comm. REILLE, RPC, n°1, janvier 2014. Le commentateur fait justement remarquer que « *si la notion d'accessoire a longtemps été appréhendée comme visant une chose corporelle indispensable à l'utilisation du bien vendu, elle inclut depuis quelques temps, par une extension de son périmètre, les accessoires juridiques, c'est-à-dire tous les documents et droits, également nécessaires à l'usage de la chose* ».

⁶⁰⁸ Cass. Com., 16 octobre 2007, pourvoi n° 06-10916, inédit, sur la possibilité de rétractation accordée à un acquéreur du fait de l'absence d'une marque au sein du fonds de commerce cédé, alors que cet élément était bien mentionné au sein de l'offre ; Cass. Com., 3 novembre 2010, n° 09-70372, inédit, qui admet la rétractation dans le cadre de la vente d'un fonds de commerce dont le liquidateur aurait acquiescé au congé avec refus de renouvellement délivré par le bailleur, sauf dans le cas où ledit acquéreur serait entré en jouissance en étant gérant de la société civile immobilière ayant acquis les locaux initialement donnés à bail ; CA Agen, Ch. com, 17 janvier

2) Incertitudes actuelles dans le cadre de la vente d'un fonds de commerce

Malgré le maintien du principe de l'obligation de délivrance au sein des différentes formes de réalisation de l'actif applicables en liquidation judiciaire, le régime d'application de celle-ci n'est pas pour autant uniforme. D'importantes variations apparaissent en fonction du mode de cession retenu, qui apparaissent néfastes et injustifiables dans le cadre de notre problématique. Elles accentuent la nécessité d'une uniformisation des régimes de cession du fonds de commerce au moment de la liquidation judiciaire. Ces divergences concernent tant la date d'exécution de l'obligation de délivrance (a), que l'identité du débiteur de l'exécution de celle-ci (b).

a) Concernant la date d'exécution de l'obligation de délivrance

L'obligation de délivrance ne peut être exécutée qu'à la suite du transfert de propriété⁶⁰⁹, or le moment de l'intervention de ce transfert subit des variations selon que le mode de réalisation des actifs choisi. Aussi une unification des modes de cession d'un fonds de commerce en liquidation judiciaire apparaîtrait-elle sur ce point comme une simplification bienvenue.

2011, RG n° 10/00373, dans le cas de l'absence de transfert de la licence III.

⁶⁰⁹ Ce qui explique que dans le cadre d'un plan de cession, l'obligation de délivrance ne peut être confondue avec la mise en possession aux fins de gestion anticipée du fonds par le repreneur qui est opérée en exécution des dispositions du dernier alinéa de l'article L642-8 du Code de Commerce. Dans un tel cas, le repreneur ne fait en effet que poursuivre l'activité de l'entreprise cédée, mais en tant que gérant. Voir sur ce point DERRIDA (F.), *Responsabilité du cessionnaire pour refus de réalisation de la cession aux conditions de son offre dès lors qu'aucun manquement du cédant à son obligation de délivrance n'a pu être retenu*, Comm. sous Cass.Com., 14 octobre 1997, pourvoi n° 95-13143, D. 1998, p. 9, qui relève : « *Ce n'est que si le tribunal a prescrit le transfert immédiat de la propriété des biens inclus dans le plan, que la délivrance doit avoir lieu sur-le-champ ; mais alors il n'est plus question de « confier au cessionnaire la gestion de l'entreprise cédée » (art. 87, al. 2, L.), car il va l'exploiter en sa qualité de propriétaire. »*

En droit commun, le transfert de propriété se déroule sous le patronage des articles 1196⁶¹⁰ et 1583⁶¹¹ du Code Civil. Ces articles déterminent que celui-ci s'effectue dès la rencontre des consentements. Or, en droit des procédures collectives, cette règle est écartée. En liquidation judiciaire, le caractère forcé de la vente réalisée sous l'autorité judiciaire vide de sa substance l'exigence du consentement des parties, ou plus exactement d'une des parties à l'acte, le cédant. Logiquement, le transfert de propriété ne peut donc plus s'appuyer sur le moment de l'échange des consentements pour déterminer la date exacte de son exécution.

Dans le cadre du plan de cession, le transfert de propriété va s'opérer à la signature des actes de cession⁶¹², et donc postérieurement au choix de l'offre de cession préférable par le tribunal⁶¹³. Cette solution est également retenue dans le cadre de la cession de gré à gré. Il y aura alors dans ce cas dissociation entre la formation de la vente, qui est parfaite dès le prononcé

⁶¹⁰ Ancien article 1138 du Code Civil. La nouvelle rédaction, découlant de l'entrée en vigueur de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016, a conservé le principe du transfert de propriété effectué *solo consensu*, qui est dorénavant érigé en effet légal du contrat.

⁶¹¹ « Elle est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. »

⁶¹² Le plan de cession est de ce fait qualifié « *d'engagement programmatique* », car il ne transfère pas *ipso facto* les biens inclus dans le plan, il oblige seulement à passer les actes de cession pour chacun des éléments cédés. Voir FRAIMOUT (J.-J.), *op. cit.*, *supra* note n° 180, p.166. Cette dissociation du jugement entérinant le choix de l'offre retenue, et du transfert de la propriété des biens par la signature des actes de cession est critiquée en doctrine, car « *l'acquéreur a déjà manifesté sa volonté d'acquérir dans le cadre de son offre tandis que la décision de céder a été prise par le jugement arrêtant la cession.* » Voir THERON (J.), *Les actes de cession et difficultés d'exécution. Analyse juridique*, RPC, n° 6, novembre 2015, dossier 59, spéc. n°12. Sur les difficultés pratiques engendrées par cette dissociation, voir THIOULET (P.), *Les actes de cession et les difficultés d'exécution. Point de vue du praticien*, RPC, n° 6, novembre 2015, dossier 60

⁶¹³ Voir Cass.Com., 26 Janvier 1993, pourvoi n° 91-40308, Bull. 1993, IV, n° 30, p. 18. Il a pu être observé que « *le plan se situe donc en amont du contrat de cession qui n'apparaît plus alors que comme un moyen d'exécution du plan.* », voir PELISSIER (A.), *op. cit.*, *supra* note n° 299

de l'ordonnance rendue par le juge-commissaire⁶¹⁴, et le transfert de propriété qui s'effectue au moment de la réalisation des actes de cession⁶¹⁵.

En revanche, la vente aux enchères pratiquée en phase liquidative suit un régime particulier. Contrairement à la cession réalisée de gré à gré, l'ordonnance ne vaut pas vente dans ce cas précis⁶¹⁶, cette dernière ne fixant pas le prix, et ne désignant par ailleurs pas le cessionnaire.

⁶¹⁴ Sous réserve du passage de la décision en force de chose jugée, conformément à l'article R 661-1 du Code de Commerce, qui prévoit néanmoins l'exécution provisoire de tout jugement ou ordonnance rendu en matière de procédures collectives. Voir sur ce point CA Paris, 02 Juin 1992, RG n°91/23181. Le repreneur dont l'offre a été acceptée et actée comme telle au sein de l'ordonnance du juge-commissaire, lors d'une cession de gré à gré, ne peut se prévaloir postérieurement de désordres dont il est de plus lui-même responsable pour se rétracter. Dans un tel cas, la Cour peut prononcer l'annulation de la vente et la condamnation du repreneur à verser au liquidateur la somme représentant la valeur du fonds de commerce. Cette solution est réaffirmée régulièrement : Voir récemment Cass. com., 11 juin 2014, *préc.*

⁶¹⁵ SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Cessions de gré à gré. Portée de l'ordonnance du juge-commissaire*, Comm. sous Cass. Com. 3 octobre 2000, pourvoi n° 98-10672, Bull. 2000, IV, n° 146, p. 133, D. 2000.397, RTD com. 2001. 224. Voir également GALLET (C.-H.), *Cession du fonds de commerce, droit au renouvellement du bail et indemnité d'éviction en cas de liquidation judiciaire*, Comm. sous Cass. 3^e civ., 5 janvier 2010, pourvoi n° 08-12156, inédit, Rev. Loy. 2010, p. 906. Il faut noter qu'une solution équivalente avait été retenue pour les cessions de biens immobiliers réalisées sous le régime de la cession de biens isolés, voir sur ce point Cass. Com., 4 octobre 2005, *préc.* Cependant une interrogation relative à la date de la perfection de la vente avait éclo du fait de la nouvelle rédaction choisie par le législateur pour la cession de biens mobiliers isolés. Là où l'ancien texte octroyait au juge-commissaire le pouvoir d'ordonner la vente de gré à gré et les ventes aux enchères dans un environnement liquidatif, la loi de sauvegarde de 2005 retenait désormais que les ventes de gré à gré n'étaient désormais plus qu'« autorisées » par ce dernier. Aussi certains justiciables se prévalaient-ils de cette évolution sémantique pour en conclure que la vente n'était plus parfaite au moment du rendu de l'ordonnance autorisant la vente, ce qui était susceptible de générer d'importantes conséquences juridiques. Par un arrêt en date du 7 septembre 2010, la Haute Juridiction a réaffirmé que la date de l'ordonnance et la date retenue pour la perfection de la vente coïncidaient toujours malgré l'évolution rédactionnelle. Voir sur ce point, pour ce qui concerne les modalités d'exercice du droit de préemption du bailleur, BERTHELOT (G.), *Une fois autorisée par le juge-commissaire, la vente de gré à gré est parfaite dès l'ordonnance*, Comm. sous Cass. Com., 7 Septembre 2010, pourvoi n°09-66284, RPC, n°6, novembre 2010, Comm. 249. Cette solution a pu être réaffirmée depuis. Voir Cass. com., 13 mars 2012, pourvoi n° 10-24192, Bull. 2010, IV, n° 132 Pour un résumé des débats sur cette question, voir JACQUEMONT (A.), *Droit des entreprises en difficulté*, 8^e Edition, Paris : Lexis Nexis, 2013, p. 548-549, *spéc.* n°999.

⁶¹⁶ L'ordonnance du juge-commissaire décidant de la tenue de la vente n'emportant pas la perfection de celle-ci, il a été décidé que ce dernier n'avait en conséquence pas à fixer de mise à prix, Voir Cass. Com., 26 octobre 1999,

C'est à la date de l'adjudication du bien à l'issue de la vente aux enchères que s'opérera le transfert définitif de la propriété du bien visé.

Une unification des régimes de cession applicables au fonds de commerce permettrait donc, à ce stade, d'uniformiser la date retenue pour le transfert de propriété. L'unique date d'application de l'obligation de délivrance serait alors la date de signature des actes de cession.

b) Concernant l'identité du débiteur de l'obligation de délivrance

Même si cette observation peut sembler secondaire, un autre élément différencie actuellement les modalités d'exécution de l'obligation de délivrance selon le mode de cession retenu, et accrédite en conséquence la proposition d'unification des régimes de cessions applicables aux fonds de commerce. Contrairement au droit commun, c'est le liquidateur qui est ici redevable de l'exécution de l'obligation de délivrance. Du fait du dessaisissement du débiteur, c'est en vertu de l'exercice d'un droit propre, et non d'un droit de représentation, que le liquidateur se verra échoir la responsabilité de l'exécution de cette obligation de délivrance conforme.

Dans le cadre d'une cession de gré à gré, comme dans le cadre du plan de cession, c'est donc le liquidateur qui verra sa responsabilité engagée en cas de défaillance de sa part dans l'exécution de l'obligation de délivrance conforme. Les éléments visés dans l'offre doivent ainsi être livrés au cessionnaire. En revanche, si le fonds de commerce est cédé dans le cadre d'une vente aux enchères publiques, c'est l'officier responsable de la vente qui sera responsable de l'exécution de l'obligation de délivrance⁶¹⁷.

pourvoi n°96-13.186, Bull. 1999, IV, n°191 ; D. 2000, somm. p. 330, obs. A. HONORAT ; PA, 3févr. 2000, n°24, p. 5, note P.M, Act. Proc. Coll. 1999-19, n°262, RTD Com. 2000, p. 189, obs. MARTIN-SERF.

⁶¹⁷ Voir CA Lyon, 26 mars 1935 : S. 1935, 2, p. 86

B) Garantie des vices cachés

L'article L 1641 du Code Civil⁶¹⁸ prévoit, au nombre des obligations mises à la charge du vendeur dans le cadre de cessions de droit commun, le respect de la garantie des vices cachés. Mais l'application de cette dernière dans le cadre du droit dérogatoire des procédures collectives soulève des interrogations. En effet, son maintien n'est pas uniforme, et varie en fonction du mode de cession retenu pour céder le fonds de commerce au moment de la liquidation judiciaire, plan de cession dans un cas (1), ou cession de biens isolés dans l'autre (2).

1) Dans le cadre d'un plan de cession

La loi prévoit en premier lieu que les ventes réalisées sous autorité de justice ne peuvent permettre au cessionnaire de bénéficier d'une telle garantie⁶¹⁹. Les cessions d'actifs effectuées en liquidation judiciaire, par l'intermédiaire du plan de cession, comptent indiscutablement parmi ces dernières.

En conséquence, la jurisprudence a, de longue date, apporté une réponse franche et dénuée de toute ambiguïté à l'application éventuelle de la garantie des vices cachés dans le cadre de la tenue d'un plan de cession. Par un arrêt rendu le 22 octobre 1996⁶²⁰, la Haute Juridiction a décidé que la cession de l'entreprise se déroulant dans le cadre d'un redressement judiciaire, par l'entremise d'un plan de cession, ne constituait pas une vente de droit commun, mais présentait une nature *sui generis*, qui peut-être définie comme une « *opération dont le caractère forfaitaire impliquait 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.* » Cette jurisprudence est reconductible sous le régime actuel.

⁶¹⁸ Art. 1641 C. Civ. : « *Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus.* »

⁶¹⁹ Art. 1649 C. Civ. : « *Elle n'a pas lieu dans les ventes faites par autorité de justice.* »

⁶²⁰ Cass. Com., 22 octobre 1996, *préc.*

2) Dans le cadre de la cession de biens isolés

L'application de la garantie des vices cachés dans le cadre des cessions de l'article L 642-19 du Code de Commerce est plus nuancée. En effet, à l'inverse du plan de cession de l'entreprise, le caractère aléatoire de la cession, absent ici, ne peut suffire à affirmer la nature de « *vente par autorité de justice* » de l'opération. Il est donc d'abord nécessaire d'établir la nature juridique de ces ventes avant de déterminer le régime de la garantie des vices cachés pour chacune d'elle.

Dans le cadre de la vente aux enchères, l'interrogation n'a pas lieu d'être. S'agissant d'une vente réalisée par autorité de justice, la garantie des vices cachés ne peut en aucun cas trouver à s'appliquer, et n'est donc pas due par le cédant.

Dans le cadre d'une cession de gré à gré, en revanche, l'incertitude est présente. Si le déroulement spécifique de la vente aux enchères interdit sans contestation l'application des garanties habituelles du droit de la vente, on peut cependant objecter que le régime de la cession de gré à gré la rapproche davantage de la tenue d'une cession de droit commun. La particularité de la cession est en effet beaucoup moins affirmée. On pourrait en conclure que ces divergences prennent en conséquence l'ascendant sur les éléments communs, à savoir principalement l'intervention de l'autorité judiciaire. La position de la jurisprudence sur cette question ne permet pourtant pas actuellement de se positionner avec certitude sur la nature de la cession de gré à gré opérée en liquidation judiciaire. En effet, la Haute Juridiction a pu décider que la vente de gré à gré d'un immeuble constituait bien une vente par autorité de justice⁶²¹, mais elle ne s'est pas prononcée sur la nature des ventes mobilières.

⁶²¹ Voir sur ce point, Cass. 3e civ., 6 octobre 2010, pourvoi n° 09-66683, Bull. 2010, III, n° 182 ; Act. proc. coll. 2010, comm. 248, VALLANSAN ; Voir également Cass.Com., 16 juin 2004, pourvoi n° 01-17185, Bull. 2004, IV, n° 125, p. 128, qui dans le cadre d'une cession de gré à gré d'un immeuble, a pu préciser que « *la vente des immeubles d'un débiteur en liquidation judiciaire par le liquidateur, fût-elle de gré à gré, est une vente qui, d'après (...) l'article L. 622-16, alinéas 1 et 3 du Code de Commerce, ne peut être faite que d'autorité de justice et n'est, en conséquence, pas susceptible de rescision pour lésion* ». Néanmoins, certains auteurs se prononcent pour l'application de la garantie des vices cachés dans le cadre de cessions d'actifs immobiliers effectuées de gré à gré, du fait de l'absence de caractère aléatoire dans le cadre de ces cessions, voir SAINTAMAN (V.), *Liquidation judiciaire et vente de gré à gré d'un site pollué*, Gaz. Pal., n° 267, 24 septembre 2011, p. 35

Les juridictions du fond se sont en conséquence emparées du sujet. Mais la jurisprudence rendue est, encore à ce jour, cacophonique. Des positions antagonistes continuent, encore aujourd'hui, à être défendues. Certaines plaident pour la reconnaissance d'une obligation de garantie des vices cachés à la charge du liquidateur⁶²². D'autres en revanche nient tout simplement l'existence d'une telle obligation⁶²³.

La doctrine est également confuse sur la question de la garantie des vices cachés, et les deux positions comptent des partisans convaincus⁶²⁴. Aussi, sur la question de l'application de la garantie des vices cachés dans le cadre des cessions applicables lors de la liquidation judiciaire, l'uniformisation des solutions applicables aux ventes de fonds de commerce apparaît-elle nécessaire pour s'affranchir de l'arbitraire. Un régime unifié applicable à ceux-ci aboutirait à la reconnaissance de l'ensemble de ces opérations comme ventes réalisées sous autorité de justice, et exclurait définitivement le jeu des garanties de droit commun.

⁶²² Voir CA Lyon Ch. 3 Sect. A, 4 octobre 2012, RG n° 12/02869, qui précise : « *dans le cadre d'une vente de gré à gré judiciaire le liquidateur judiciaire est tenu des obligations incombant au vendeur sur le fondement du droit commun, celle d'assurer la délivrance de la chose vendue aux caractéristiques convenues et de la garantie des vices cachés.* »

⁶²³ Un arrêt CA Aix-en-Provence, Ch. 8 Sect. A, 10 novembre 2005 refuse ainsi le jeu des garanties de droit commun dans le cadre des cessions de biens isolés en liquidation judiciaire. D'autres arrêts retiennent plus précisément que la vente de gré à gré d'un fonds de commerce est une vente par autorité de justice, et qu'à ce titre, la garantie des vices cachés doit se trouver exclue en cas de contestation subséquente. Voir CA Paris, 3e ch. B, 13 octobre 2006. Plus récemment encore, CA Orléans, 14 mars 2013, RG, n°12/02157 qui décide dans le cadre d'une vente de gré à gré opérée en liquidation judiciaire : « *qu'il s'agit d'une vente par autorité de justice, exclusive de la garantie des vices cachés susceptible d'être invoquée à l'encontre du cédant selon le droit commun de la vente.* »

⁶²⁴ Voir RAKOTOVAHINY (M.-A.), *La liquidation judiciaire et la vente : une vente faite d'autorité de justice. Prospectives*, JCP G, n° 46, 10 novembre 2004, II 10173, Comm. sous Cass. com., 16 juin 2004, qui considère que toutes les ventes intervenant dans le cadre de la liquidation judiciaire présentent une nature identique, et donc que « *par conséquent, il n'y a plus aucun doute quant à la non-application de la garantie des vices cachés, s'agissant de vente faite à l'occasion d'une liquidation judiciaire* ». *contra* LE CORRE (P.-M), *op. cit.*, *supra* note n° 342, qui relève que la vente de gré à gré, « *bien que s'inscrivant dans le cadre judiciaire, n'est en effet pas une vente par autorité de justice* », et qu'en conséquence « *le liquidateur doit, sauf clause contraire de l'acte de cession, sa garantie contre les vices cachés* ».

II) Concernant la sauvegarde des droits des créanciers

La procédure de purge des inscriptions est un effet corollaire de la vente d'un fonds de commerce. Elle permet à l'acquéreur de libérer celui-ci des sûretés contractées par le cédant, notamment celles ayant pour conséquence le bénéfice de l'exercice d'un droit de suite pour son titulaire, et de se prémunir de poursuites ultérieures initiées par des créanciers inscrits sur ce fonds de commerce. Le droit commun de la vente, dans cette perspective, impose à l'acquéreur d'un fonds de commerce de notifier à ceux-ci la cession réalisée, dans des conditions de forme et de délais précises⁶²⁵. Dans le cadre des réalisations d'actifs en liquidation judiciaire, cette démarche rencontre également des modulations sensibles en fonction du mode de cession appliqué. Les conséquences de ces variations sont perceptibles dans l'exercice de certaines prérogatives des créanciers, qui se voient parfois bridées. En effet, l'objectif de maintien de l'activité associé au plan de cession rend ce régime plus défavorable aux créanciers que ne l'est le régime alternatif de la cession de biens isolés⁶²⁶.

⁶²⁵ Cette exigence est formulée au sein du 2^e alinéa de l'article L143-12 du Code de Commerce. Les délais et formes devant être respectés sont précisés par l'article L 143-1 du Code de Commerce.

⁶²⁶ Voir COUTURIER (G.), *Les créanciers et la sauvegarde financière de l'entreprise en difficulté*, Bull. Joly Soc., 01 juillet 2010, n°7, p. 683 ; MACORIG-VENIER (F.), *Les créanciers et leurs garanties*, RPC, n° 6, novembre 2015, dossier 53, spéc n°5 à 7, qui relève que « *Les créanciers ne sont pas ès qualités des acteurs de la cession de l'entreprise. Ils n'ont aucun pouvoir de proposition ni même de contestation du plan de cession (même via un appel-nullité) tel que proposé dans le cadre des procédures judiciaires* », même si, « *à titre exceptionnel, il peut s'avérer nécessaire de recueillir l'accord de créanciers pour alléger le poids d'exigences légales d'ordre financier pesant sur le repreneur* ». Parallèlement, l'auteur constate pour ce qui concerne les garanties que le plan de cession est « *très défavorable à l'origine aux créanciers, y compris en principe aux créanciers titulaires de sûretés réelles* » et que « *quant au régime des sûretés personnelles, spécialement du cautionnement, il ne fait pas l'objet de dispositions particulières* » ; voir enfin JAZOTTES (G.), *La situation générale des créanciers dans la préparation du plan*, RPC, n° 3, mai 2015, dossier 38, spéc. n°13, qui relève que, contrairement aux plans prévus dans les procédures de sauvegarde et de redressement, « *les créanciers ont un rôle passif dans le plan de cession* ».

Nous évoquerons consécutivement la situation des créanciers titulaires de sûretés (A), ainsi que les conditions de mise en œuvre des procédures de surenchère (B), et les avantages espérés de l'unification des régimes de cession dans ces domaines.

A) Droits des créanciers titulaires de sûretés

Les rapports entre droit des procédures collectives et droit des sûretés sont conflictuels⁶²⁷. Si le premier se voit octroyé par la loi une certaine émancipation vis-à-vis du second, aux travers de dispositions spéciales écartant certaines règles prévues au sein du Code Civil, notamment par l'introduction de l'article 2287 par l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, qui donne la priorité au droit des procédures collectives, le droit des sûretés n'en conserve pourtant pas moins une importance déterminante dans le déroulement des procédures collectives, contribuant à définir les limites du patrimoine appréhendé par la procédure⁶²⁸, et influençant le sort des créanciers qui sont titulaires de telles garanties.

⁶²⁷ Les Professeurs Farge et Gout relèvent à ce propos que « *Droit des entreprises en difficulté et droit des sûretés entretiennent des relations délicates. A chaque réforme des procédures collectives, l'équilibre entre l'intérêt de la procédure collective et celui des créanciers est revu.* » Voir FARGE (M.) ET GOUT (O.), *L'impact du nouveau droit des entreprises en difficulté sur le droit des sûretés*, RLDC 2009, n°58. Certains auteurs font remarquer que le manque de principes directeurs guidant l'évolution du droit des sûretés a conduit à une complexification croissante de ce droit, sans pour autant que son efficacité n'en ait été améliorée. Voir DROBNIG (U.), *La réforme Française du droit des sûretés réelles*, D. 2007, p. 1488, et LEGAIS (D.), *La réforme des sûretés, la fiducie et les procédures collectives*, RDS 2007, p. 687, spéc. n°2, qui constatent l'occasion manquée par l'ordonnance du 23 mars 2006, « *d'élaborer des règles de base communes* » pour le droit français des sûretés réelles, écartelé entre le Code Civil, le Code de Commerce, et le Code Monétaire et Financier. De plus, ce constat est d'autant plus flagrant lors du déclenchement d'une procédure collective. Dans la situation économique actuelle, la faiblesse des droits des créanciers représente un problème fondamental. La fragilité des garanties octroyées aux créanciers crée un déficit d'attractivité pour les investisseurs potentiels et se révèle finalement néfaste au sauvetage des entreprises, voir sur ce point VERMEILLE (S.) ET BEZERT (A.), *L'analyse économique du droit au secours du droit des sûretés et du droit des procédures collectives*, D. 2014, p. 289. Ce manque de concertation est illustré par le monsieur le Professeur Vallens dans une troublante retranscription parallèle des dates d'adoption des différents projets de loi concernant ces deux matières. Voir VALLENS (J.-L.), *Les modifications apportées par l'ordonnance sur les sûretés au droit des procédures collectives*, RLDA, n°7, 1^{er} juillet 2006.

⁶²⁸ Notamment au travers de l'application du gage. Les dispositions les plus récentes ont ainsi consacré, aux termes des articles 2333 et 2337, l'extension du régime de ce dernier aux choses futures, ou la création d'un gage sans dépossession. D'autres élargissements du gage à de nouvelles catégories de biens sont reconnus, notamment par

Il nous faut ajouter que l'efficacité ménagée par le droit des procédures collectives au droit des sûretés influence de manière marquée le sauvetage éventuel de l'entreprise au cours des phases précédant la liquidation judiciaire. En effet, une paralysie trop importante de l'opposabilité des droits accordés aux créanciers privilégiés bénéficiant de sûretés réelles amenuise le recours au financement pour l'entreprise débitrice, les créanciers accordant rarement un prêt lorsque l'octroi de garanties est tari⁶²⁹. Dans le cadre légal actuel, le placement d'une cession d'un fonds de commerce sous le régime du plan de cession des articles L 642-1 et suivants du Code de Commerce, ou sous le régime des cessions de biens isolés de l'article L 642-19 du Code de Commerce, a une influence déterminante sur l'étendue des droits des créanciers inscrits, et sur les conditions d'exercice de leurs prérogatives⁶³⁰, notamment au travers de la question de l'automatisme de la purge des inscriptions (1).

l'article 2355 envisageant son utilisation en ce qui concerne les meubles incorporels ou les ensembles de biens incorporels, ou encore l'article 2420 concernant les immeubles futurs. Mais si l'article 2287 du Code Civil donne la priorité à l'application dérogatoire des dispositions du Livre VI du Code de Commerce sur celles des dispositions relatives aux sûretés qui pourraient leur être contradictoires, cet article n'a pas pour autant vocation à priver d'effet les gages constitués régulièrement avant l'ouverture d'une procédure. L'antichrèse, également reconnue officiellement par l'ordonnance du 23 mars 2006, génère les mêmes difficultés. Un immeuble grevé de ce type de sûreté est rendu indisponible dans le cadre de l'élaboration d'un plan de cession. Aussi le liquidateur qui souhaiterait intégrer le bien dans un plan de cession devrait-il se résoudre à acquitter le prix au créancier titulaire. La situation se complique encore lorsque d'autres créanciers sont inscrits sur ce même bien, car certains droits priment sur ceux du créancier rétenteur. Le liquidateur devra alors, avant de pouvoir payer le créancier rétenteur, désintéresser les créanciers bénéficiant d'un rang préférentiel ainsi que prévu par l'article 2340 du Code Civil, ce qui éloignera d'autant la possibilité d'un plan de cession. D'autres dispositions tendent également à réduire le gage commun des créanciers, comme les dispositions intéressant l'hypothèque. Le droit réel qu'elle confère au créancier hypothécaire peut également s'avérer un obstacle au traitement égalitaire des créanciers.

⁶²⁹ Sur les conséquences économiques de l'application du droit des sûretés en procédures collectives, et sur la nécessité de conjuguer au mieux le respect des garanties octroyées au créancier et le sauvetage de l'entreprise, voir VERMEILLE (S.) ET BEZERT (A.), *Sortir de l'impasse grâce à l'analyse économique du droit : comment rendre à la fois le droit des sûretés réelles et le droit des procédures collectives efficaces ?* RTDF 2013, n°4, p.1, spéc. n°34 à 37

⁶³⁰ Tout du moins lorsque la sûreté a fait l'objet d'une déclaration dans les formes et délais requis auprès des organes de la procédure. Pour les conséquences du défaut de déclaration selon les dispositions de l'article L 622-25 al.1 C. com., voir ROUSSEL-GALLE (P.), *La déclaration de créances et les sûretés réelles*, PA, 11 février 2011 n° 30, p. 37

De plus, si la suspension des poursuites individuelles des créanciers à l'ouverture de la procédure s'impose à tous quel que soit le mode de cession choisi, les droits de ceux-ci ne sont en revanche pas identiquement maintenus selon le mode de cession retenu, et les atteintes à ceux-ci plus lourdes dans le cadre du plan de cession (2). Ces disparités, ainsi que l'incertitude corrélative du créancier concernant l'étendue de ses droits, sont injustifiables au vu des failles évoquées au sein de la présente étude, qui compromettent l'étanchéité des deux régimes invocables. L'unification des régimes de cession applicables au fonds de commerce, en phase de réalisation des actifs, nous semble donc, particulièrement sur ce point, absolument impérative.

1) Concernant l'automatisme de la purge

L'une des améliorations attendues du placement de l'ensemble des fonds de commerce réalisés sous un régime de cession unique serait de permettre une application uniforme de la procédure de purge des inscriptions. Cet ajustement aurait pour conséquence principale de placer tous les ensembles de biens cédés dans les mêmes conditions de reprise. En effet aujourd'hui, le déclenchement automatique de la purge des inscriptions n'est pas acquis dans le cadre de toutes les réalisations d'actifs. Acquis dans le cadre du plan de cession (a), cette procédure est en revanche variable dans le cadre des cessions de biens isolés (b).

a) Dans le cadre du plan de cession

Dans le cadre du plan de cession, le quatrième alinéa de l'article 93 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, repris à l'identique au sein de son héritier, l'article L 642-12 du Code de Commerce, a posé en principe la purge automatique des inscriptions grevant les biens composant l'ensemble cédé. En cela, cette procédure diffère grandement de son homologue de droit commun, qui ne reste qu'une faculté à l'usage de l'acquéreur du fonds, dont il est « *libre de ne pas user, peu important qu'il ait connaissance des inscriptions grevant le fonds* »⁶³¹.

⁶³¹ Voir Cass.Com., 28 avril 2004, n°01-12079, Bull. 2004, IV, n°78, p.81, particulièrement explicite sur cette distinction dans le cadre d'une liquidation judiciaire. Il est à noter que l'arrêt n'éconduit pas pour autant les recours que le créancier nanti, lésé par le fait de ne pas avoir été averti de la cession du fonds avant l'ouverture de la procédure, pourrait mettre en place.

Néanmoins, si la purge est automatique, l'efficacité de cette dernière est subordonnée au prononcé d'une ordonnance du juge-commissaire⁶³². De plus, la jurisprudence exige que les biens grevés d'une sûreté spéciale soient intégrés, sans ambiguïté, dans le périmètre de la cession pour permettre l'application de la purge⁶³³.

b) Dans le cadre des cessions de biens isolés

Dans le cadre des autres modes de réalisation d'actifs, la procédure est plus variable. La cession de gré à gré, se voyant imposer les dispositions de droit commun applicables à la vente, en présente tous les attributs. Sa mise en œuvre n'entraîne pas de purge automatique des inscriptions, et le cessionnaire⁶³⁴ doit en conséquence accomplir toutes les formalités de purge mentionnées à l'article L 642-38 du Code de Commerce pour que le bien acquis soit débarrassé des inscriptions le grevant. L'adjudication du fonds de commerce suite à la tenue d'enchères publiques entraîne en principe purge automatique des inscriptions⁶³⁵. Il faut cependant pour que cette purge s'opère sans autre démarche du repreneur, que la vente aux enchères se soit déroulée selon les prescriptions des articles L 143-6 et L 143-7 du Code de Commerce. A défaut, la purge automatique des inscriptions grevant le fonds ne pourra trouver à s'appliquer.

⁶³² L'article R 642-10 C. Com. précise les formalités devant être accomplies pour l'obtention de cette ordonnance. Il renvoie pour plus d'indications à l'article R 642-38 C. Com. qui détermine les formalités de purge des inscriptions dans le cadre des cessions d'actifs, en précisant que la justification de la purge n'est pas requise dans le cadre du plan de cession.

⁶³³ Tel n'est pas le cas d'un plan de cession n'ayant pas précisé l'inclusion ou l'exclusion d'immeubles grevés d'hypothèques, objets d'une vente à terme. Aussi la mainlevée des inscriptions sur le fondement de l'article 93 n'est-elle pas justifiée dans un tel cas. Voir sur ce point PEROCHON (F.), *Le paiement complet du prix emporte purge des inscriptions d'hypothèques grevant l'immeuble inclus dans le plan de cession*, RPC, n°5, septembre 2010, Comm.177 sous Cass. Com. 30 mars 2010, pourvoi n° 09-13101, Bull. 2010, IV, n° 67

⁶³⁴ Trib. com., Paris, Ch. 1 Sect. A, 28 juin 1993 : JurisData n° 1993-043662 ; RPC, 1995, p. 78, obs. DUREUIL, qui précise que c'est le cessionnaire, et non le liquidateur, qui doit accomplir les formalités de purge lors d'une cession de gré à gré.

⁶³⁵ Voir GIBIRILA (D.), *op. cit.*, supra note n° 299; GAUDEMET (A.), *La cession des biens meubles corporels grevés de sûretés réelles dans les procédures collectives*, RPC, n° 2, mars 2015, dossier 28

Mais, que cette purge soit automatiquement appliquée par l'effet de la loi, ou qu'elle fasse suite à l'accomplissement des formalités habituellement requises dans le cadre du bien commun, l'article L 643-11 II du Code de Commerce prévoit qu'après le prononcé de la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actifs, « *les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent poursuivre le débiteur s'ils ont payé à la place de celui-ci.* ». De même, le IV du même article prévoit que les créanciers recouvrent leurs droits de poursuite individuelle en cas de fraude, sans que le régime de cession n'ait d'influence. Aussi les droits de certains créanciers, s'ils sont modulés dans le cadre de la réalisation des actifs, sont à nouveau uniformément applicables une fois la procédure collective terminée.

2) Concernant la transmission des sûretés

Le régime régissant la transmission des sûretés est, en liquidation judiciaire, éminemment dépendant du mode de cession appliqué au fonds de commerce. Cette fluctuation⁶³⁶ peut être constatée tant dans le cadre de la transmission des sûretés réelles (a), que dans celui de la transmission des sûretés personnelles (b).

a) Transmission des sûretés réelles

La transmission des sûretés réelles est logiquement une préoccupation majeure au moment de la réalisation des actifs en liquidation judiciaire. C'est donc une question qui a mobilisé les soins du législateur depuis l'éclosion de la matière du droit des entreprises en difficulté. Aussi de constantes évolutions législatives ont-elles constamment modifié l'équilibre entre les droits des titulaires de ce type de sûretés, et ceux des parties à la cession (α). Le périmètre des sûretés réelles transmises a, en conséquence, subi d'importantes évolutions (β).

⁶³⁶ Pour autant, les sûretés réelles et les sûretés personnelles ne sont pas logées à la même enseigne par le droit des entreprises en difficulté. Les sûretés personnelles sont traitées de manière relativement homogène, alors que dans le cadre des sûretés réelles, l'hétérogénéité des situations fait que « *chacune connaît un sort qui lui est propre* ». Voir GOUT (O.), *Les sûretés face aux procédures collectives*, JCP N, mars 2012, p.45

α) Evolution législative

L'évolution législative du statut occupé par les sûretés au cours des réalisations d'actifs, initiée dès la conception de cette branche dérogatoire du droit, a progressivement remodelé les prérogatives des titulaires de sûretés réelles (α1). La plus spectaculaire de ces évolutions est sans aucun doute incarnée par la consécration du principe de transfert des sûretés en plan de cession (α2).

α1) Rééquilibrage progressif des prérogatives des créanciers

Dans le cadre du plan de cession, les textes déterminant le sort des sûretés réelles lors de l'exécution de ce dernier ont vu se modifier leur rédaction au gré des orientations successives de la législation régissant le droit des procédures collectives. Le précurseur de ceux-ci est l'article 93 de la loi du 25 janvier 1985. Ce texte prévoyait déjà plusieurs dispositions, qui ont été conservées au sein de son héritier direct, l'article L642-12 du Code de Commerce. Les mécanismes actuels étaient déjà présents. Les droits des créanciers inscrits, dans le cadre du plan de cession, ne leur permettaient pas, et ce dès l'origine, de refuser la vente du bien faisant l'objet de la sûreté.⁶³⁷ L'affectation d'une quote-part du prix total versé lors de la cession, aux fins de désintéressement des créanciers titulaires « *d'un privilège spécial, d'un nantissement ou d'une hypothèque* »⁶³⁸, était ainsi déjà prévue au sein de l'alinéa 1 de l'article 93 de la loi n°85-98 du 25 janvier 1985. De même, la restriction de l'exercice du droit de suite aux seuls cas d'aliénation du bien cédé par le cessionnaire, dans la période précédant le plan de cession, était déjà prévue au sein du quatrième alinéa de l'article 93 de cette loi. Ce n'est qu'ultérieurement que le régime applicable aux sûretés dans le cadre du plan de cession, partant de cette ébauche, a trouvé sa forme définitive. La loi n°94-475 du 10 juin 1994 a ainsi introduit des évolutions d'envergure⁶³⁹.

⁶³⁷ Voir, sur les avantages et inconvénients de la condition de créancier inscrit, antérieurement à la loi de sauvegarde, DELEBECQUE (P.), *Sûretés réelles et procédures collectives* : Dr. et patr. 2002, n° 106, p. 49

⁶³⁸ L'introduction du gage au sein des sûretés permettant l'affectation d'une quote-part ne sera effective qu'à compter de l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 18 décembre 2008.

⁶³⁹ Afin de rééquilibrer des procédures jusqu'alors trop défavorables aux créanciers. Pour le détail des modifications apportées par la loi du 10 juin 1994 améliorant le sort des créanciers, voir CHAPUT (Y.), *La réforme*

Tout d'abord, l'adjonction d'un nouveau second alinéa, qui prévoit que le versement complet du prix de cession interdit aux créanciers titulaires de sûretés de faire valoir les droits qu'ils détenaient de ces dernières à l'encontre du cessionnaire. Cette précision fait écho à la purge automatique des inscriptions grevant le fonds suite à l'acquittement du prix de cession. Elle en précise les conséquences. Parallèlement, la loi a également renforcé la position des créanciers en faisant primer, dans la hiérarchie des paiements postérieurs à l'ouverture de la phase liquidative, les créanciers⁶⁴⁰, bénéficiant de sûretés immobilières sur les créanciers de l'antique « article 40 »⁶⁴¹, et en revalorisant les saisies immobilières et mobilières spéciales qui ne sont plus depuis systématiquement interrompues par le jugement d'ouverture.

du droit des entreprises en difficulté, Aperçu rapide sur la Loi n°94-475 du 10 Juin 1994, JCP E, n° 27, 6 juillet 1994 ; CHAPUT (Y.), La réforme de la loi du 25 janvier 1985 par la loi n° 94. 475 du 10 juin 1994, relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises apporte des modifications ponctuelles aux grandes lignes du droit des entreprises en difficulté, RTD Com. 1994, p. 556 ; DERRIDA (F.), SORTAIS (J.-P.), La réforme du droit des entreprises en difficulté, premier aperçu, D. 1994, p. 267 ; DELEBECQUE (P.) ET SIMLER (P.), Sûretés immobilières en général. Réforme des procédures collectives. Loi du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, RDI 1994 p. 481, qui constatent : « L'un des objectifs de ce nouveau texte est de restaurer les droits des créanciers. Il faut dire que la loi du 25 janvier 1985 les avait passablement mis à mal. » Ils relèvent dans ce sens que dorénavant est « inopposable toute forclusion aux titulaires d'une sûreté ou d'un crédit-bail publiés qui n'auraient pas été personnellement avisés » ; PICOD (Y.), Droit des sûretés, Thémis Droit, Nanterre : P.U.F, 2016, p.283-284, qui nuance cette évolution, en relevant que ce mouvement législatif « privilégie le sauvetage d'entreprise sur toute autre considération. », ainsi que les notes p.291-292, n°182.

⁶⁴⁰ On notera que le nombre des créanciers éligibles au privilège des créances postérieures au jugement d'ouverture a été étendu par l'ordonnance du 12 mars 2014 à d'autres catégories de créanciers, voir ROUSSEL-GALLE (P.), *La réforme du droit des entreprises en difficulté par l'ordonnance du 12 mars 2014*, Rev. Soc. 2014, p. 351 ; DAMMANN (R.) ET PODEUR (G.), *Le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers résultant de l'ordonnance du 12 mars 2014*, D. 2014, p. 752 ; TEBOUL (G.), *L'ordonnance du 12 mars 2014 sur la réforme du droit des entreprises en difficulté : un duel créanciers /débiteurs à armes égales ?* Gaz. Pal., n° 86, 27 mars 2014, p. 6

⁶⁴¹ Depuis 2005, « l'ordre de paiement défini par l'article L 641-13 en matière de liquidation judiciaire place les créances garanties par des sûretés immobilières, des sûretés mobilières spéciales assorties d'un droit de rétention ou un nantissement de l'outillage avant ces créances postérieures. » Voir SORTAIS (J.-P.), *Les attraits de la liquidation-cession*, PA, n° 119, 14 juin 2007, p. 28. Pour le détail de l'ordre de paiement des créanciers au cours de la liquidation judiciaire, ainsi que de l'influence de l'existence d'un droit de rétention sur ce classement, voir MIGNOT (M.), *Droit des sûretés*, Paris : Montchrestien, coll. Cours, n° 1349, 2010, pp. 517-520. Pour un détail du régime, découlant de la réforme de 1994, antérieur à la loi de sauvegarde et applicable aux créanciers rétenteurs, voir LE CORRE (P.-M.), *Le gage avec droit de rétention face au plan de cession, (Rien ne sert de concourir il faut à point retenir)*, PA, n° 127, 22 octobre 1997, p. 5.

De plus, la forclusion n'est plus applicable aux créanciers détenteurs d'un crédit-bail ou d'une sûreté qui n'auraient pas été avisés personnellement. Les réformes conduites postérieurement ont, elles aussi, contribué à revaloriser les droits des créanciers⁶⁴². L'évolution récente la plus significative de ce rééquilibrage des forces en faveur des créanciers est l'introduction, par la loi de sauvegarde, de l'article L650-1 du Code de Commerce, qui prévoit une irresponsabilité de principe (assortie néanmoins d'exceptions entraînant l'application de sanctions établies au sein du même article) à l'égard des créanciers ayant consenti à l'entreprise en difficulté des concours financiers⁶⁴³.

α2) Principe du transfert de la charge des sûretés réelles en plan de cession

En 1985, la question du transfert de la charge des sûretés réelles n'avait alors pas encore mobilisé les soins du législateur. Seule la question du transfert spécifique du nantissement garantissant le paiement du « *prix d'acquisition de l'outillage ou du matériel d'équipement professionnel* » avait fait l'objet d'attentions particulières. Cette disposition spécifique laissait cependant envisager le traitement qui échoirait à un nombre plus important de sûretés lors des

⁶⁴² Voir CANET (P.), *Premières remarques sur les modifications apportées par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 en matière de liquidation judiciaire*, RPC n° 1, Janvier 2009, dossier 12, p.91, *spéc* n°s 41 et s.

⁶⁴³ Cette innovation est cependant très diversement accueillie par la doctrine. Pour certains, cette mesure lève des obstacles ayant trop longtemps rendus les banques « timorées » dans l'aide accordée aux entreprises en difficulté, Voir LEGUEVAQUES (C.), ROUSSEL-GALLE (P.), GORRIAS (S.), BREMOND (G.), GENDROT (H.), SAIGNE (P.) ET VALLIOT (R.), *La situation des créanciers : plus de droits, plus de privilèges... et moins de privilégiés*, PA, n° 189, 21 septembre 2006, p.39. Pour d'autres, cette disposition ne se justifie ni d'un point de vue économique, ni d'un point de vue sociologique. Elle apparaît au surplus fragile d'un point de vue juridique, et « *risque de ne pas résister à l'assaut des moyens développés sur le terrain de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, relatif au procès équitable...* » Voir LECUYER (H.), SENECHAL (M.), ZATTARA (A.-F.), FROEHLICH (P.) ET LUCAS (F.-X.), *op. cit.*, *supra* note n° 316. Certains auteurs s'étonnent de l'absence de seuil de disproportion pour limiter le pouvoir d'appréciation du juge, voir CROCQ (P.), *La réforme du droit des procédures collectives et le droit des sûretés*, D. 2006, p. 1306, *spéc.* n°16 et 17. On objectera que cette évaluation se fera, ainsi que précisé par le texte, au regard « *des concours consentis* », et que l'ordonnance du 18 décembre 2008 a permis au juge de mieux moduler la sanction « *en lui donnant la faculté de préférer à l'annulation une réduction de la sûreté* ». Voir FARGE (M.) ET GOUT (O.), *op. cit.*, *supra* note n° 629. On ajoutera enfin que cet article est l'un des outils principaux mis à disposition des juges pour juguler les effets de la fiducie-sûreté introduite à l'article 2011 du Code civil par la loi n°2007-211 du 19 février 2007. Voir DAMMANN (R.) ET PODEUR (G.), *Fiducie-Sûreté et droit des procédures collectives : évolution ou révolution ?* D. 2007, p. 1359

réformes postérieures⁶⁴⁴. C'est le nouvel alinéa 3 de l'article 93, devenu aujourd'hui l'alinéa 4 de l'article L 642-12 du Code de Commerce⁶⁴⁵, qui a considérablement élargi le mécanisme de transmission des sûretés jusqu'alors réservé au nantissement⁶⁴⁶. Le transfert des sûretés au repreneur au moment de la cession a donc été étendu depuis à toutes « *les sûretés immobilières et mobilières spéciales garantissant le remboursement d'un crédit consenti à l'entreprise pour lui permettre le financement d'un bien sur lequel portent ces sûretés* »⁶⁴⁷. Il constitue depuis lors une exception majeure à l'automatisme de la purge des inscriptions lors du paiement du prix.

⁶⁴⁴ Les dispositions actuelles de l'article L642-12 du Code de Commerce restent relativement analogues à celles qui prévoyaient les conditions du transport du nantissement grevant un fonds faisant l'objet d'un plan de cession. L'obligation de l'acquittement entre les mains du créancier des échéances restant dues postérieurement à la cession et au transfert de propriété, ou en cas de location gérance, du transfert de la jouissance du bien était déjà mentionnée.

⁶⁴⁵ On notera que la codification de la partie législative du code par l'ordonnance du 18 septembre 2000, n° 2000-912, abrogeant l'article 93 pour en transférer le contenu à l'article L621-96 du Code de Commerce, n'y apportera aucune modification. Le transfert du contenu de cet article au sein du corps de règles applicable à la liquidation judiciaire n'a pas non plus été accompagné de remaniements. Certains auteurs ont fait part de leurs regrets concernant ce manque d'adaptation aux buts de la liquidation. Ainsi, « *le fait de n'avoir pas modifié au passage le régime juridique du plan de cession, et notamment celui de l'article L. 621-96 du Code de commerce, peut poser certaines difficultés liées à la finalité classique de la liquidation judiciaire.* » Voir LECUYER (H.), SENECHAL (M.), ZATTARA (A.-F.), FROELICH (P.) ET LUCAS (F.-X.), *Ibid.* ; LUCAS (F.-X.), ET LECUYER (H.), *op. cit.*, *supra* note n° 301

⁶⁴⁶ Monsieur le Professeur Amlon rappelle : « *prévue principalement pour décourager les repreneurs malhonnêtes, la règle du transfert des sûretés au cessionnaire est désormais bien connue. Autrefois réservée au nantissement des biens d'équipement, elle concerne, depuis la loi du 10 juin 1994, la quasi-totalité des sûretés mobilières et immobilières spéciales permettant le financement des investissements réalisés par les entreprises.* » Voir sur ce point AMLON (G.), *Transfert d'un crédit assorti de sûretés et accord entre le créancier garanti et le cessionnaire*, Act. Proc. Coll. n°20, décembre 2010, repère 277. Dans le cadre de la loi du 25 janvier 1985, seule la reprise des dettes et des sûretés était envisagée au bénéfice du créancier titulaire du nantissement de la loi du 18 janvier 1951 (actuellement, C. Com., art. L525-1 et s.) du fait de l'acquisition du matériel et de l'outillage.

⁶⁴⁷ La loi introduit néanmoins deux aménagements pour moduler les effets de l'automatisme du transfert : la possibilité d'obtenir des délais de paiement mentionnés à l'article 86, et qui sont donc accordés par le tribunal est reconduite. L'innovation vient de la possibilité pour le repreneur de passer un accord avec les créanciers afin d'aménager les effets et conséquences du transfert des biens grevés.

Malgré de nombreuses critiques concernant la complexité de sa mise en œuvre⁶⁴⁸, cet article, tant sur son principe que dans sa forme⁶⁴⁹, représente encore aujourd'hui l'un des instruments essentiels mis à la disposition du juge pour optimiser les chances de réussite du plan de cession, et l'une des principales distinctions avec les autres régimes de cession applicables dans le cadre de la réalisation des actifs du débiteur. La rédaction de l'article L 642-12 du Code de Commerce vise par ailleurs expressément le transfert des sûretés réelles, qu'elles soient mobilières ou immobilières, en plan de cession.

Aussi cette question est-elle explicitement réglée par les textes légaux. Cette position est de plus réaffirmée par la jurisprudence, évacuant toute ambiguïté d'interprétation⁶⁵⁰. Une

⁶⁴⁸ Au point que l'existence de ce dernier s'était un temps trouvée remise en cause Voir AMLON (G.), *Ibid.*, qui indique : « Pour faciliter la reprise des entreprises en difficulté, l'avant-projet de réforme du 14 octobre 2003 en avait envisagé la suppression, mais le législateur l'a finalement maintenue. ». Concernant les critiques faites par la pratique aux difficultés d'application de l'article 93, voir MARTIN-SERF (A.), *Prise en charge d'un contrat de prêt par le repreneur, et maintien de la caution de l'emprunteur*, RTD Com. 2000, p.177, qui relève que « l'article 93 de la loi du 25 janvier 1985 est un des textes les plus complexes et les plus difficiles à mettre en œuvre de toute la législation sur les procédures collectives » ; et VIGREUX (S.), *Les difficultés d'application de l'art.93, loi du 25 janvier 1985*, RPC n°4, 1999, p.141

⁶⁴⁹ La loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 a conservé une rédaction quasi identique, en retranchant néanmoins la dérogation relative aux délais de paiement accordés par le tribunal. L'ordonnance du 18 décembre 2008, quant à elle, a intégré les innovations les plus récentes. Pour une analyse des conditions d'application du droit de rétention sans dépossession du créancier gagiste, voir BUISINE (O.), *L'opposabilité du droit de rétention « fictif » dans le cadre du plan de cession*, RPC n° 6, novembre 2011, étude 31, et LE CORRE (P.-M.), *Un exemple d'exclusivité : le droit de rétention fictif du gagiste sans dépossession*, PA, n° 30, 11 février 2011, p. 68. Enfin, la récente ordonnance du 12 mars 2014, portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, a modifié la rédaction du premier alinéa de l'article L642-12 du Code de Commerce. Elle a précisé de manière opportune le mode de calcul de la quote-part du prix de cession octroyée, qui sera donc dorénavant « déterminée au vu de l'inventaire et de la prise des actifs et correspondant au rapport entre la valeur de ce bien et la valeur totale des actifs cédés. » Si cette innovation est perçue comme « protectrice », « elle n'améliorera véritablement la situation des créanciers concernés qu'autant que le prix de cession sera suffisamment élevé ». Voir MACORIG-VENIER (F.), *op. cit.*, *supra* note n° 628, spéc. n°11,

⁶⁵⁰ Cass. Com., 7 Juillet 2009, pourvoi n° 08-17275, Bull. 2009, IV, n° 100, qui précise dans son attendu, à propos de la transmission d'un nantissement dont est grevé un fonds de commerce cédé dans le cadre d'un plan de cession, que « la cession du fonds de commerce grevé d'un nantissement garantissant le remboursement d'un crédit consenti à l'entreprise pour en permettre le financement, ordonnée par le jugement ayant arrêté le plan de cession,

condition est néanmoins imposée par la jurisprudence afin de favoriser la pleine efficacité de la transmission des sûretés réelles. Il a ainsi pu être jugé que l'acte par lequel le crédit est affecté doit précisément prévoir la destination de ce dernier, ainsi que la sûreté qui en garantira le remboursement⁶⁵¹. Cette exigence nous semble en outre pareillement applicable dans le cadre de la transmission de sûretés personnelles.

En revanche, dans le cadre de la cession isolée d'actifs, aucune disposition équivalente à l'article L642-12 alinéa 4 du Code de Commerce ne prévoit de transmission automatique de la charge du prêt et des sûretés réelles attachées à celui-ci⁶⁵², une fois la purge effectuée. Le dispositif est antinomique du précédent. De plus, aucune attribution d'une quelconque quote-part par le juge-commissaire au désintéressement des créanciers inscrits n'est prévue. La distribution du prix par le liquidateur sera réalisée selon leur rang de préférence⁶⁵³. En revanche le droit de suite ne subit pas les restrictions évoquées dans le cadre du plan de cession.

opère transmission de plein droit au cessionnaire de la charge de la sûreté qui n'est pas perdue et que le privilège du créancier gagiste suit le fonds de commerce en quelques mains qu'il passe ; cette transmission est de plus pleinement efficace dans le cas même où créancier et cessionnaire auraient limité conventionnellement le montant des sommes à acquitter par ce dernier, voir Cass. Com., 19 octobre 2010, pourvoi n° 09-68377, Bull. 2010, IV, n° 155, préc.

⁶⁵¹ Voir notamment Cass.Com., 23 novembre 2004, pourvoi n° 02-12982, Bull. 2004, IV, n° 204, p. 229, dans le cadre de la transmission du nantissement contracté en garantie d'un prêt finançant un fonds de commerce

⁶⁵² Un auteur relève à ce propos que « *certes, le juge-commissaire peut déterminer les conditions de la vente, et des contrats peuvent être cédés à titre accessoire. Mais il est douteux que cela permette d'aller aussi loin. La transmission de la charge du crédit et des sûretés réelles prévue à l'article L. 642-12, al. 4, du Code de commerce est un mécanisme exceptionnel et propre à la cession de l'entreprise. Rien n'autorise à procéder à l'identique en cas de cession isolée d'actif* ». Voir BORGIA (N.), *Cession d'actif en liquidation judiciaire et libération de la caution*, Comm. sous CA LYON, Ch. 1 Sect. A, 31 janvier 2013, RG n° 11/07565. Un autre auteur ajoute : « *pour ce qui est de la forme de la cession, la cession de gré à gré des biens meubles du débiteur se fait selon le droit commun... si le bien est un fonds de commerce, comme il est fréquent, le formalisme de cession du fonds de commerce doit être respecté.* » Voir GAUDEMET (A.), *op. cit.*, supra note n° 637

⁶⁵³ Il faut noter que le rang des créanciers inscrits était plus avantageux en liquidation judiciaire que dans le cadre du redressement et de la sauvegarde, avant la réforme du 26 juillet 2005. Le II de l'ancien art. L621-32, C. Com. les faisait primer, depuis 1994, sur les créanciers postérieurs à l'ouverture de la procédure. Cette faveur a pris fin avec l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde.

β) Périmètre des sûretés transmises

Consécutivement à ces incessants rééquilibrages des prérogatives des créanciers titulaires de sûretés réelles, le périmètre des sûretés transmises a fait l'objet de remodelages successifs. Ainsi, l'article L642-12 du Code de Commerce ne s'applique pas uniformément aux différents types de sûretés réelles (β1). Des variations apparaissent également dans le cadre des cessions de biens isolés (β2).

β1) Domaine d'application de l'article L642-12 du Code de Commerce

Le périmètre des sûretés transmises doit néanmoins être circonscrit. De nombreuses innovations récentes du droit des sûretés n'ont ainsi pu trouver application du fait d'un manque de concertation flagrant entre les rédacteurs des textes relatifs à ces deux matières. Aussi toutes les sûretés réelles, qu'elles soient mobilières ou immobilières, ne se trouvent pas transmises par l'effet de l'article L642-12 du Code de Commerce.

Le pacte comissoire constitue ici un exemple révélateur. Son intronisation au sein du Code Civil n'a pas été accompagnée d'une réflexion suffisante concernant l'adaptation de son régime au sein des dispositions applicables en liquidation judiciaire. Il voit en conséquence sa conclusion, tout comme sa réalisation, paralysées dans le cadre de cette procédure⁶⁵⁴.

⁶⁵⁴ Le pacte comissoire a été introduit aux articles 2348 et 2358 du Code Civil, respectivement pour les matières mobilières et immobilières, par l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés. Il constitue un contrat par lequel le créancier deviendra conventionnellement propriétaire d'une chose gagée par le débiteur si ce dernier ne s'acquitte pas des sommes dues. Le troisième alinéa du I de l'article L 622-7 du Code de Commerce dispose ainsi : « *il (le jugement d'ouverture) fait enfin obstacle à la conclusion et à la réalisation d'un pacte comissoire* ». Il est fait renvoi à cet article, dans le cadre du redressement judiciaire, par l'article L631-14, et à l'article L641-3 dans le cadre de la liquidation judiciaire. A la suite d'un auteur, on peut s'interroger sur cette dérogation propre au droit des entreprises en difficulté, dans la mesure où, si l'ouverture d'une procédure collective interdit au débiteur concerné de procéder au paiement de dettes antérieures, et d'appauvrir son patrimoine, en revanche, au cours de la période d'observation, le juge-commissaire peut permettre de manière exceptionnelle la réalisation d'actes impactant le patrimoine du débiteur, au nombre desquels la constitution de nantissement ou la réalisation d'actes de disposition. Aussi est-il justifié de s'interroger sur les raisons justifiant le bannissement complet du pacte comissoire au cours de cette période. Voir sur ce point VALLENS (J.-L.), *op. cit.*, *supra* note n° 629

L'attribution judiciaire d'un immeuble voit également son intervention paralysée suite à l'ouverture d'une procédure collective⁶⁵⁵. D'autres sûretés réelles, comme la clause de réserve de propriété ou l'hypothèque rechargeable, malgré une consécration légale tardive, n'ont pas vu leur régime adapté au droit des procédures collectives, générant de déplorables incertitudes quant au régime leur étant applicable dans un tel environnement⁶⁵⁶.

Concernant la fiducie, sûreté introduite à l'article 2011 du Code civil par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, il semble que cette dernière trouve une égale application dans les deux types de réalisation d'actifs. Sauf exceptions légalement prévues, les biens intégrés dans un

⁶⁵⁵ L'attribution judiciaire des biens du débiteur défaillant était, jusqu'à la publication de l'ordonnance du 23 mars 2006 réformant le droit des sûretés, une possibilité uniquement applicable aux biens mobiliers. Les art. 2458 C. Civ. et suivants prévoient désormais expressément la transmission de biens immobiliers, en prenant néanmoins soin de préciser que l'immeuble d'habitation ne peut être appréhendé par ce moyen. Cependant, malgré cette admission au sein de l'arsenal législatif du droit des sûretés, cette faculté ne peut être invoquée une fois la procédure collective déclenchée. Mais la difficulté provient ici non pas de la présence d'une disposition incompatible, mais de l'absence d'une habilitation particulière. En effet, le législateur a prévu restrictivement les droits restants actionnables par le créancier hypothécaire, qui sont le droit de poursuite, le versement d'une quote-part déterminée du prix de l'immeuble, le versement d'une provision lors de l'inscription de la créance au passif, et enfin le transfert de la sûreté au tiers acquéreur lors de la tenue d'un plan de cession. L'attribution judiciaire de l'immeuble n'ayant pas été prévue spécifiquement par le régime dérogatoire des procédures collectives, cette possibilité pourtant présente au sein du Code Civil, est donc une nouvelle fois écartée par la disposition générale de l'article 2287 du Code Civil.

⁶⁵⁶ Dans le cas de la clause de réserve de propriété appliquée à la matière immobilière, qui a fait son entrée officielle au sein des dispositions du Code Civil par l'entremise de l'ordonnance du 23 mars 2006, après une longue période où elle avait seulement été reconnue par la jurisprudence, cette dernière n'a pas fait l'objet de dispositions spécifiques au sein du Code de Commerce. On nuancera cette constatation en relevant que ces difficultés étaient déjà présentes sous le régime antérieur à la loi de sauvegarde. Voir VALLENS (J.-L.), *La clause de réserve de propriété et la procédure de redressement judiciaire*, JCP E, n° 6, 6 Février 1986, 14651. De même, la nouvelle hypothèque rechargeable, dorénavant évoquée aux articles 2422 et 2423 du Code Civil, ne bénéficie pas non plus de dispositions permettant d'anticiper avec certitude son régime une fois la procédure collective engagée. On ne peut déduire des articles concernés les circonstances permettant la conclusion d'une convention de rechargement au cours de la procédure collective, pas plus qu'on ne peut pour l'instant déterminer si l'article L 650-1 C. Com., qui interdit la prise de garanties pour un montant disproportionné aux concours consentis, pourrait trouver à s'appliquer.

patrimoine fiduciaire⁶⁵⁷ ne pourront être cédés dans le cadre d'une procédure de liquidation judiciaire. En effet, l'opération de fiducie utilisée comme sûreté réelle présente d'importantes particularités en regard de ses consœurs, la plus remarquable, et utile pour le créancier, provenant du fait que la fiducie fasse sortir le bien concerné du patrimoine du débiteur, faisant échapper celui-ci à l'effet réel de la procédure engagée⁶⁵⁸. Si le bien fiduciaire est indispensable à l'exercice de l'activité cédée, la fiducie-sûreté devient une arme redoutable à l'usage du créancier bénéficiaire, et pourra empêcher la mise en œuvre d'un plan de cession⁶⁵⁹, ou de toute cession de biens isolés. Les seules possibilités envisageables permettant de s'affranchir de ce funeste dénouement sont, d'une part, l'intervention du juge-commissaire afin d'autoriser le désintéressement du créancier pour obtenir le retour du bien affecté dans le giron du patrimoine

⁶⁵⁷ L'ordonnance du 18 décembre 2008 a introduit une nouveauté d'envergure, en modulant les effets du droit de rétention et de la fiducie en fonction de la procédure collective à laquelle est soumise l'entreprise. Ainsi, l'article L622-23-1 C. Com. restreint-il les effets de ces sûretés dans le cadre de la sauvegarde, tout en leur réattribuant plein effet dans le cadre de la liquidation judiciaire et du redressement. La convention de fiducie ne peut plus faire l'objet, au moment de la mise en place d'un plan de cession, d'une exécution forcée ou d'une cession forcée, ainsi que le précisent respectivement les articles L 641-11-1 et L 642-7 du Code de Commerce. Voir MACORIG-VENIER (F.) et SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Les créanciers dans l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté*, RPC n° 1, janvier 2009, dossier 9, spéc. n°45. De ce fait, selon un autre auteur : « *il faut bien comprendre que désormais, lorsque des actifs stratégiques feront l'objet d'une fiducie-sûreté ou d'un gage sans dépossession, les créanciers bénéficiaires de ces sûretés ne pourront être contraints de se partager un prix de cession insuffisant à les remplir de leurs droits, de sorte qu'il n'y aura tout simplement plus de plan de cession.* » Voir LUCAS (F.-X.), *L'efficacité des sûretés réelles et les difficultés des entreprises*, RPC, n° 6, novembre 2009, dossier 17, spéc. n°8 à 17. Concernant les apports de l'ordonnance sur le régime applicable à la fiducie dans le cadre des procédures collectives, voir également LEGAIS (D.), *Garanties. Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008*, RTD Com. 2009 p. 193 et MACORIG-VENIER (F.), *Les biens fiduciaires (biens distraits des procédures)*, RPC, n°1, janvier 2011, dossier 10, spéc n°9

⁶⁵⁸ Voir sur ce point FAHRI (S.), *Fiducie-sûreté et droit des entreprises en difficulté : étude de l'efficacité du mécanisme*, Issy-Les-Moulineaux : LGDJ, 2016, p.176, spéc. n°244 : « *La première explication tient au patrimoine affecté créé pour l'opération de fiducie. Comme le débiteur n'est plus propriétaire des choses entrées dans le patrimoine fiduciaire, sa procédure ne peut interdire l'exécution d'un transfert réalisé hors du patrimoine par elle appréhendé, car la procédure a pour effet réel de saisir l'intégralité du patrimoine d'une unique personne. Le patrimoine ici appréhendé étant celui du débiteur, la procédure collective ne peut saisir le patrimoine affecté détenu par un tiers, le fiduciaire. Le patrimoine d'affectation n'étant pas saisi par la procédure collective du constituant de la fiducie sûreté, celle-ci ne peut prohiber la réalisation du transfert fiduciaire.* »

⁶⁵⁹ CA Paris, Pôle 5, Ch. 9, 4 novembre 2010, RG n°10/07100

du débiteur cédé, et d'autre part l'intégration dans le cadre du plan de cession d'une convention de mise à disposition du bien fiduciaire, accordée conjointement par le créancier garanti et le constituant⁶⁶⁰.

β2) Particularités de la cession d'actifs isolés

Il faut ajouter à cette dissemblance des régimes applicables certaines dispositions relatives à certaines sûretés, spécifiques à la cession de biens isolés, et qui éloignent encore un peu plus l'un de l'autre les régimes de cession applicables en liquidation judiciaire. On prendra pour exemple l'article L 642-20-1 du Code de Commerce, et plus particulièrement ses alinéas 2 et 3⁶⁶¹, qui accordent au créancier gagiste, avant la tenue de la cession, la possibilité de demander l'attribution judiciaire du bien gagé⁶⁶².

⁶⁶⁰ Voir FAHRI (S.), *Ibid.*, spéc. n° 338 et suiv. L'auteur constate en outre que la fiducie-sûreté peut être utilisée par le créancier garanti afin de se voir attribuer le contrôle de l'entreprise de manière préférentielle, concurrençant ainsi par ses effets le plan de cession lui-même. Ces « *Loan To Own* » permettent en effet au créancier, au terme de démarches comportant certes une part d'aléatoire, d'acquérir un fonds de commerce, ou des parts sociales, sans que le droit des procédures collectives ne puisse s'opposer à de tels agissements.

⁶⁶¹ Ces dispositions sont habituellement perçues comme une particularité de la cession de biens isolés. Voir COQUELET (M.-P.), *Entreprises en difficulté, instruments de paiement et de crédit*, 5^e Edition, Paris : Dalloz, 2015, p. 333, spéc. n° 455. Néanmoins, la possibilité pour le créancier titulaire d'un gage de demander l'attribution judiciaire du bien gagé dans le cadre du plan de cession est aujourd'hui encore fort discutée, à la suite du remaniement des textes applicables en liquidation judiciaire par l'ordonnance du 18 décembre 2008. En effet, le transfert de l'ancien article L 642-25 du Code de Commerce à l'actuel article L 642-20-1 a eu pour conséquence de déplacer cet article des dispositions communes à toutes les ventes aux dispositions uniquement applicables aux cessions de biens isolés, sans que l'on sache si cette modification était volontaire ou résultait plutôt d'une maladresse rédactionnelle. Voir MACORIG-VENIER (F.), *L'alternative à la cession des biens grevés : l'attribution en propriété*, RPC, n° 2, mars 2015, dossier 30. Pour une application des dispositions de l'article L 642-20-1 à l'ensemble des cessions d'actifs liquidatives, voir ANTONINI-COCHIN (L.) HENRY (L.-C.), *op. cit.*, supra note n° 138, spéc. p.123.

⁶⁶² Cette disposition semble être applicable tant en ce qui concerne les biens corporels qu'incorporels, au nombre desquels compte le fonds de commerce. Voir MARTIAL-BRAZ (N.), *op. cit.*, supra note n° 290

Cette possibilité a fait l'objet d'élargissements successifs, voyant l'attribution judiciaire intégrer le régime d'autres sûretés réelles⁶⁶³. Dans le cas où la cession aurait déjà été réalisée, le créancier gagiste se voit échoir en contrepartie un droit au paiement préférentiel⁶⁶⁴.

b) Transmission des sûretés personnelles

La transmission des sûretés personnelles, au premier rang desquelles émerge la caution des emprunts contractés par le débiteur cédé, est une question aux implications tout aussi importantes. Le principe du transfert de la charge des sûretés personnelles garantissant le remboursement d'un contrat de prêt obtenu pour l'achat d'un bien cédé doit en premier lieu être analysé (α), puis le régime appliqué aux sûretés transmises sera subséquemment abordé (β).

α) Principe du transfert de la charge des sûretés personnelles

Si le sort des sûretés réelles dans le cadre du plan de cession est évoqué directement au sein des dispositions de l'article L641-12 du Code de Commerce, le destin des sûretés personnelles ne fait en revanche l'objet d'aucune précision. La jurisprudence a donc dû combler cette lacune en édictant le régime applicable aux sûretés personnelles dans le cadre de la mise en œuvre d'un

⁶⁶³ Aux côtés du gage, d'autres sûretés réelles permettent l'attribution judiciaire du bien gagé. Ainsi l'antichrèse et le créancier hypothécaire peuvent-ils invoquer cette possibilité au moment de la cession de biens isolés. (Même si le cas de l'hypothèque, stipulé à l'article 2458 du Code Civil, reste débattu). Le nantissement permet également cette attribution judiciaire. Néanmoins, la distinction sévère de ce dernier et du gage, depuis la réforme des sûretés de 2006, aurait nécessité une mention expresse au sein de l'article L642-20-1 du Code de Commerce pour lever toutes les objections. On relèvera de plus, dans le cadre de notre sujet, que l'article L142-1 du Code de Commerce interdit l'attribution judiciaire d'un fonds de commerce nanti. Voir MACORIG-VENIER (F.), *op. cit.*, *supra* note n° 628

⁶⁶⁴ Le liquidateur devra choisir avant la cession entre « *retirer le bien gagé contre paiement ou le vendre* ». Dans ce dernier cas, « *le mécanisme débouche sur une situation préférentielle étrange au regard de sa nature, puisque, selon l'article L. 642-20-1, alinéa 3, le droit de rétention se trouve reporté sur le prix* ». Ce paiement sera acquitté en priorité, quelles que soient les garanties des autres créanciers. Voir LUCIANO (K.), *Analyse juridique du droit de rétention*, RPC, n°4, juillet 2012, étude n°29. Le caractère privilégié de la créance ne peut, de plus, être contesté si la réalisation des actifs de la société placée en procédure collective a permis la cession de l'objet gagé à l'insu du créancier gagiste. Voir CA Caen, 29 avr. 2010, RG n° 08/03336, Giraudeau, ès qual. c/ CRCAM de Normandie : JurisData n° 2010-011299, comm. PEROCHON (F.), RPC, n° 5, septembre 2010, comm. 179

plan de cession. Pour procéder à cette construction jurisprudentielle, il a d'abord fallu s'attacher à déterminer la nature du mécanisme de transmission. La solution a été posée par un arrêt de la Haute Juridiction⁶⁶⁵, qui a précisé que le mécanisme de transmission du contrat de prêt dans le cadre d'un plan de cession était une cession de dette⁶⁶⁶, qui ne revêtait aucun caractère novatoire⁶⁶⁷, et qui ne pouvait non plus constituer une délégation, qu'elle soit parfaite ou imparfaite.

Aussi la transmission d'un contrat de prêt dans le cadre du plan de cession n'entraîne-t-elle pas, ainsi que le précise un auteur, changement de débiteur, mais adjonction d'un nouveau débiteur pour les échéances du prêt restant à courir postérieurement à la cession du fonds de commerce par l'entremise du plan⁶⁶⁸. Le repreneur devra donc assumer la charge des sûretés inscrites sur le bien acquis lors de la tenue du plan de cession, du fait de l'obligation qui lui est faite de devoir acquitter entre les mains du créancier les échéances postérieures à la date de la cession⁶⁶⁹.

⁶⁶⁵ Cass.Com, 13 avril 1999, *préc.*

⁶⁶⁶ Voir LIPINSKI (P.), *Cautionnement et procédures collectives : précisions sur la portée de l'engagement de la caution*, D. 2000 p. 257, qui précise : « En écartant toute idée de novation par changement de débiteur, la Haute juridiction retient en conséquence la qualification de cession. » Il ajoute : « La dette est liée à la chose qui est grevée du droit de gage. Or, en recevant le gage non purgé totalement de sa charge (*lex dixit*), le repreneur ne peut pas recevoir une dette à titre principal. Il ne la reçoit qu'accessoirement au bien. » La cession de contrat est explicitement exclue par la Haute Juridiction, qui précise dans son attendu : « le contrat de prêt des fonds intégralement remis à l'emprunteur avant l'ouverture de sa procédure collective n'est pas un contrat en cours au sens de l'art. 37 et ne peut être cédé au titre des contrats visés par l'art. 86 de la loi du 25 janv. 1985. »

⁶⁶⁷ La novation était, dans ce dossier, la conception défendue par les juges du second degré. Or cette conception avait une conséquence de toute première importance. En effet, la novation entraîne l'extinction de l'ancienne obligation, pour la permuter avec une obligation nouvelle, distincte et indépendante, dont les parties au contrat ne sont plus identiques. Corrélativement, dans le cas d'une telle opération, les cautions garantissant le contrat de prêt se trouvent libérées du fait de la substitution de débiteur. Le rejet de l'effet novatoire du plan de cession sera réaffirmé ultérieurement, voir notamment sur ce point Cass.Com., 7 juillet 2009, *préc.*

⁶⁶⁸ Voir sur ce point LE CORRE (P.-M.), *Cautionnement et transfert de la charge de la sûreté en plan de cession : questions-réponses*, Gaz. Pal., n° 194, 13 juillet 2013, p. 33

⁶⁶⁹ Un auteur résume cet effet en synthétisant ce raisonnement de la manière suivante : « Il faut donc comprendre que la sûreté inscrite sur le bien financé grâce au prêt accordé va subsister et que le créancier pourra s'en prévaloir entre les mains du repreneur, qui devient tenu à la dette parce qu'il a la chose entre les mains. C'est un

Le sort des cautions garantissant un contrat de prêt transmis dans le cadre d'un plan de cession a fait l'objet de mentions précises au sein de l'arrêt, confirmant l'absence de conséquences novatoires attachées au plan de cession.

La Haute Juridiction indique ainsi que « *le remboursement des échéances du prêt dues au CEPME (...) continuait à être garanti par les cautions* ». Ainsi, nonobstant le débat relatif à la date de naissance de l'obligation de rembourser du débiteur principal, qui ne se pose de toutes manières que dans le cadre d'un contrat de prêt consensuel, accordé par un établissement de crédit⁶⁷⁰, la caution se voit donc inévitablement liée par la transmission du contrat de prêt qu'elle s'est engagée à garantir.

β) Régime applicable aux sûretés personnelles

L'étendue des obligations de la caution dans le cadre d'un plan de cession est ainsi détaillée : si le débiteur originel reste lié pour les échéances antérieures à la date du plan de cession, et que le repreneur endosse donc automatiquement la responsabilité du remboursement des sommes postérieures à ce dernier, en revanche la caution devra garantir le remboursement des échéances du prêt dans les deux cas, peu important que l'identité du débiteur principal de l'obligation varie au cours du temps. La caution ne sera néanmoins tenue que dans le cas où le contrat de prêt concerne un bien cédé dans le cadre du plan de cession.

obligé réel à la dette. Le repreneur est tenu propter rem. » LE CORRE (P.-M), *ibid.* Le même auteur constate de plus que si les contrats de prêt sont des contrats unilatéraux, et qu'ils n'entrent pas dans le domaine d'application de l'article L642-7, pour autant, par la réforme de 1994, « *les crédits assortis d'une sûreté se rapprochent ainsi sensiblement de la cession de contrats, telle qu'elle résulte de l'article 86 de la loi du 25 janvier 1985.* », voir LE CORRE (P.-M), *Effets de la transmission de la charge de la sûreté en plan de cession*, PA, n° 110, 14 septembre 1994 ; *La transmission de la charge de la sûreté en plan de cession*, PA, n° 120, 07 octobre 1994, p. 4

⁶⁷⁰ Voir à ce sujet LE CORRE (P.-M), *ibid.* L'auteur regrette que la Cour de Cassation n'ait pas saisi l'opportunité offerte par les circonstances de l'espèce pour trancher définitivement le débat relatif à la détermination de la date de la naissance de l'obligation. Si cette interrogation est absente des situations découlant de l'octroi d'un prêt selon un contrat réel, où seule la date de la remise des fonds peut être invoquée, elle reste cependant délétaire dans le cadre d'un contrat consensuel, la date retenue pouvant tout autant être la date de signature du contrat, que la date de la remise des fonds.

Mais si le transfert automatique des sûretés personnelles contractées en garantie d'un prêt repris dans le cadre d'un plan de cession constitue déjà une distinction majeure avec le régime des cessions de biens isolés, les prérogatives dont dispose la caution dans le cadre du plan de cession diffèrent également beaucoup du droit commun. Le droit des procédures collectives, dont l'aspect dérogatoire est particulièrement perceptible dans le cadre du plan de cession, module un certain nombre de recours dont dispose habituellement la caution en droit commun, et donc dans le cadre des cessions de gré à gré, qui reconduisent sur ce point les solutions applicables en dehors du droit des entreprises en difficulté.

Ainsi, pour ce qui concerne l'exercice du droit de subrogation dont est investi la caution en droit commun⁶⁷¹, la mise en œuvre du plan de cession a de nombreuses implications. Tout particulièrement, dans l'identification des conditions permettant de décharger la caution de ses obligations.⁶⁷² En droit commun, pour permettre cette exemption, le fait du créancier doit avoir été exclusif, et ne pas apparaître comme l'un des multiples vecteurs de la privation des droits de la caution⁶⁷³.

⁶⁷¹ En vertu de l'art. 2306 C. Civ, la caution qui a acquitté la dette du débiteur à l'égard du créancier, bénéficie d'une subrogation dans « *tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur* » afin d'obtenir le remboursement des sommes qu'elle a dû acquitter.

⁶⁷² L'art 2314 C. Civ. prévoit quant à lui : « *La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Toute clause contraire est réputée non écrite.* » Voir à ce sujet CA Chambéry, ch. com., 17 mai 2011, RG n° 10/01703, Comm. FRAIMOUT, RPC, n° 6, novembre 2011, comm. 185

⁶⁷³ Même dans le cas d'une action répréhensible du créancier privilégié, qui aurait eu pour conséquence de priver la caution d'un droit préférentiel obtenu par le bénéfice de la subrogation, le créancier dispose de possibilités lui permettant de tenter de modérer les effets de l'article 2314 du Code Civil. Ainsi, il pourra tenter de prouver, car la charge de la preuve lui incombera dans ces cas, que la subrogation, qui ne pourra donc jouer à l'avantage de la caution, était dépourvue de toute efficacité. Il pourra encore tenter de démontrer que le droit préférentiel dont se trouve privée la caution ne porte que sur une portion des sommes engagées, et qu'à ce titre la caution reste actionnable pour une partie du montant du prêt (ce qui revient à démontrer que la caution n'a perdu le bénéfice de la subrogation que pour les échéances à venir, et qu'elle reste engagée pour les montants échus).

Dans le cadre du plan de cession, contrairement aux cessions de biens isolés, la déclaration de créances va jouer un rôle essentiel dans la détermination des prérogatives de la caution⁶⁷⁴.

⁶⁷⁴ Voir LE CORRE (P.-M), *op. cit.*, *supra* note n° 670. L'auteur détaille ainsi plusieurs incidences de la déclaration de créance sur l'étendue des droits de la caution. La première éventualité selon laquelle le créancier, afin de se prémunir de défaillances ultérieures, ou dans la perspective de ne pas multiplier les intervenants au contrat de prêt accordé, va déclarer au passif de la procédure engagée la totalité des sommes découlant dudit contrat. Dans ce cas le repreneur, ne se voyant plus astreint au remboursement de quelconques échéances futures, ne se verrait en conséquence pas transférer le prêt, ni les sûretés y afférant. Pour la caution les effets sont dévastateurs : les sommes étant déclarées comme échues, elles seront alors, pour la portion qui ne pourra être remboursée par le débiteur défaillant, recouvrables auprès d'elle. De plus, la subrogation prévue par l'article 2306 du Code Civil se verra en partie privée d'intérêt, puisque le repreneur ne pouvant être appelé en paiement par le créancier, la caution ne pourra pas davantage se retourner contre lui afin d'obtenir remboursement des sommes par elle versées. Les recours de la caution lui permettant d'obtenir décharge de ses engagements se voient également soumis aux effets du plan de cession. Dans le cas d'une poursuite d'activité prononcée par le tribunal en application de l'article L643-1 du Code de Commerce, si le créancier a malgré tout déclaré l'intégralité des sommes comme étant échues, alors la caution pourra demander à se voir libérer de ses obligations de garantie du prêt, le créancier ayant amoindri les chances de recouvrement qu'elle pouvait espérer tenir du fait du bénéfice de subrogation. Dans le cas inverse, si aucune poursuite d'activité n'a été prévue, l'alinéa 1 de l'article L 643-1 du Code de Commerce indique que les créances non encore échues deviennent immédiatement exigibles. La caution ne peut donc plus invoquer de manquement de la part du cessionnaire, et doit assumer toute la charge de son engagement. La seconde éventualité qui doit être abordée est celle où le créancier ne procède pas à la déclaration de sa créance. Cette question a acquis une complexité accrue depuis l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005. En effet, le régime antérieur prévoyait que la créance non déclarée se trouvait éteinte, ce qui interdisait au créancier de réclamer les sommes tant au débiteur qu'au repreneur, mais également à la caution, qui pouvait invoquer l'atteinte à ses droits pour réclamer l'application de l'article 2314 du Code Civil. La loi du 26 juillet 2005 a profondément modifié la donne en bouleversant la rédaction de l'article L622-26 du Code Civil, qui prévoit depuis que la créance non déclarée a pour conséquence de rendre le créancier inadmissible au titre des répartitions et des dividendes résultant de la procédure collective. Cette sanction moins radicale a pour conséquence essentielle de ménager les recours dont il dispose à l'encontre du repreneur. Le sort du débiteur et de la caution a depuis été clarifié par l'ordonnance du 18 décembre 2008, qui a remanié une nouvelle fois le texte de cet article, et adjoint un second alinéa, précisant que le débiteur et, pendant la période d'exécution du plan, les « *personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie* » pouvaient se prévaloir de l'inopposabilité de la créance non déclarée. Il faut néanmoins noter que cette possibilité n'est applicable qu'au cours de la période d'exécution du seul plan de sauvegarde, et ne peut en conséquence être généralisée dans le cadre des plans de cession réalisés dans les phases de redressement et de liquidation judiciaire, et que, loin de concerner toutes les cautions, cette exception ne concerne que les personnes physiques. Les cautions personnes morales ne sont donc en conséquence pas concernées. Pour un état des lieux de la jurisprudence et des positions doctrinales à ce sujet, voir PICOD (Y.), *op. cit.*, *supra* note n° 641, p.88-90

De plus, la jurisprudence a consacré la validité, dans le cadre du plan de cession, des offres de reprises mentionnant comme condition expresse que les biens convoités seront apurés de toute sûreté⁶⁷⁵, hypothèse bien évidemment inenvisageable dans le cadre de la cession de biens isolés, les sûretés devant être purgées. La caution ne peut dans un tel cas demander la décharge de ses obligations, puisque l'anéantissement des garanties du débiteur ne relève pas de son fait, mais du simple effet du jugement de cession.

D'autres arrêts permettent d'avoir une perception plus large encore des limitations imposées à la caution dans le cadre d'un plan de cession. Ainsi, l'accord intervenant entre le créancier titulaire des sûretés et le cessionnaire, prévu par l'alinéa 4 de l'article L642-12 du Code de Commerce, permet-il de déroger aux effets de la transmission automatique de la charge des sûretés⁶⁷⁶.

⁶⁷⁵ Voir Cass. com., 21 février 2012, pourvoi n° 10-24239, inédit, note BRENNAN. Cette espèce est particulièrement significative des implications de notre problématique dans le sort de la caution, aussi reporterons nous ici les faits, qu'il convient de soumettre à l'attention du lecteur. Une banque octroie un prêt, sans doute destiné au financement d'un fonds de commerce, dont le remboursement est garanti simultanément par un cautionnement et un nantissement du même fonds. Le 1^{er} octobre 2004, l'emprunteur est placé en redressement judiciaire puis, le 1^{er} avril 2005, en liquidation. Le liquidateur en charge prévoit dans un premier temps, après avoir obtenu l'autorisation du Juge Commissaire, de procéder à la vente de gré à gré du fonds de commerce pour un montant de 43 000 €, dont 18 000 € « réservés » au bailleur, avec l'accord du créancier nanti. Pourtant la cession du fonds de commerce sous le régime de la vente de gré à gré est ajournée, et le tribunal décide en lieu et place la tenue d'un plan de cession englobant le fonds de commerce « apuré de toute sûreté », ainsi qu'exigé au sein de l'offre du repreneur, et donc débarrassé du nantissement garantissant le prêt, sans que le créancier nanti ne s'en émeuve. La caution demande sa décharge sur le fondement désormais très usité de l'art. 2314 C. Civ., accusant le créancier nanti de ne pas avoir préservé les droits dont il aurait pu bénéficier par l'effet de la subrogation. Si la Cour d'appel est sensible à cet argumentaire, la Haute Juridiction le rejette fermement et casse l'arrêt d'appel. Même si la Cour de Cassation ne se prononce que sur le sort de la caution lors de l'exécution du plan de cession, on ne peut que constater que l'espèce rapportée dépeint au mieux les manquements de la législation pour encadrer fermement les domaines respectifs du plan de cession et de la cession de biens isolés. Un parfum d'arbitraire plane sur la caution, qui a bien du mal à déterminer l'étendue de ses droits, dans la mesure où le mode de cession initialement retenu, qui avait par ailleurs obtenu l'assentiment du juge commissaire, avait été écarté au profit d'un plan de cession portant sur les mêmes biens. Ainsi, non content de ne pouvoir déterminer avec certitude le mode de cession des biens qu'elle garantit, la caution ne pourra, dans le cadre du plan de cession qui serait décidé, que se résigner à la disparition d'une partie des prérogatives dont elle aurait pu bénéficier par le jeu de la subrogation, tout en restant tenue de garantir les échéances postérieures du prêt en cas de défaillance du repreneur.

⁶⁷⁶ Pour un inventaire des cas permettant de décharger la caution de ses engagements du fait des actions du

Reste pourtant à déterminer la forme et le contenu de ce type d'accords. La caution peut-elle déduire d'une renonciation implicite l'existence d'un tel accord, qui lui permettrait d'invoquer logiquement la décharge prévue par l'article 2314 du Code Civil ? Il semble bien que non. La jurisprudence a pu, à de nombreuses reprises, indiquer que, même dans le cas où un créancier titulaire de sûretés, en l'occurrence de nantissements, ne s'est pas opposé avec véhémence à l'adoption d'un plan de cession entérinant une offre excluant le transfert des sûretés, la caution n'en est pas pour autant légitime à demander à son endroit l'application de l'article 2314⁶⁷⁷. La Cour de Cassation a également pu préciser⁶⁷⁸ que l'accord d'un créancier sur un règlement forfaitaire, modérant la somme des remboursements découlant des échéances futures, ne pouvait être assimilée à la conclusion de l'accord visé par l'article L642-12 al. 4 du Code de Commerce, et que la caution ne pouvait pas plus obtenir une décharge sur la base de ce motif⁶⁷⁹.

Dans le cadre d'une cession de biens isolés, un arrêt rendu par la Cour d'Appel de Lyon, en date du 31 janvier 2013⁶⁸⁰, apporte quelques éléments de réponse sur le sort des cautions garantissant un prêt ayant servi à financer un bien compris dans le périmètre d'une cession isolée d'actifs. L'arrêt retient que l'obligation faite au cessionnaire par l'ordonnance du juge commissaire, nonobstant les circonstances particulières de l'espèce, de rembourser les échéances postérieures du prêt ayant permis l'acquisition du contrat de bail, ne permet pas de constater l'existence d'une novation, qui, selon l'article 1273 du Code Civil, ne peut par ailleurs

créancier concerné, voir CROCQ (P.), *op. cit.*, *supra* note n° 645, et les références jurisprudentielles cités.

⁶⁷⁷ Cass.Com., 13 mai 2003, pourvoi n°99-21551, Bull. 2003 IV, n°71 ; Cass.Com., 4 janvier 2005, pourvoi n°02-19099, inédit

⁶⁷⁸ Cass.Com., 19 octobre 2010, *préc.*

⁶⁷⁹ Ainsi que le constate un commentateur, « *le créancier qui a consenti à la proposition de règlement forfaitaire du cessionnaire au titre des échéances futures du crédit, ne doit pas être présumé avoir conclu avec ce dernier d'accord visé par les textes, qui a pour effet d'écarter l'effet légal attaché à l'inclusion du bien grevé dans le plan de cession. Cela revient à considérer que cet accord, qui doit être mentionnée dans la décision du tribunal, doit nécessairement constater une renonciation expresse du créancier aux sûretés garantissant le crédit pris en charge par le repreneur.* » Voir AMLON (G.), *op. cit.*, *supra* note n° 648

⁶⁸⁰ CA LYON, Ch. 1 A, 31 janvier 2013, *préc.*

se présumer. Elle partage donc cette caractéristique avec le plan de cession. La cession de biens isolés voit en revanche la transmission de la totalité des sûretés qui sont concernées, sous réserve de l'exécution facultative des formalités de purge, que celles-ci garantissent le remboursement d'un crédit accordé pour financer un bien cédé ou pas. Les réformes ultérieures ont permis d'effacer ces inégalités⁶⁸¹.

Les multiples subtilités détaillées ici, présentes dans le cadre de la tenue du plan de cession, mais absentes des cessions de biens isolés, accentuent encore les divergences injustifiables entre les modes de cession applicables à un fonds de commerce lors de la réalisation des actifs. Il y a urgence à établir une réforme afin de sécuriser la situation des cautions impliquées dans une liquidation judiciaire, qui bafoue leurs droits du fait du caractère interchangeable des modes de cession. L'unification des régimes de cession, et l'application uniforme du régime actuel du plan de cession en matière de sûretés, dans les cas impliquant la cession d'une U. E. T. P., nous semble donc particulièrement souhaitable. Ainsi que nous avons pu le voir, l'évolution de la législation a permis un rééquilibrage progressif entre le respect des droits des créanciers et ceux du débiteur dans le cadre du plan de cession⁶⁸².

Cet arbitrage du législateur avait pour ambition de favoriser l'attractivité des ensembles de biens cédés tout en ménageant les droits de créanciers. Or cet équilibre délicat, fruit d'une lente maturation, n'existe pas dans le régime de la cession de biens isolés. En priver les créanciers impliqués dans la cession d'un fonds de commerce, sous le régime de la cession de biens isolés, est à notre sens injustifiable, particulièrement une fois les rapports incestueux des régimes de cession mis en lumière.

⁶⁸¹ L'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014, portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, a ainsi modifié le II de l'article L 643-1 du Code de Commerce, en prévoyant que les poursuites à l'encontre du débiteur sont désormais ouvertes, après la clôture de la liquidation, aux « *coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent poursuivre le débiteur s'ils ont payé à la place de celui-ci.* ». Voir PELLIER (J.-D.), *La poursuite de la construction d'un régime de sûretés pour autrui, à propos de la modification de l'article L643-11 du Code de Commerce par l'ordonnance du 12 mars 2014*, D. 2014, p. 1054, et PAILLER (P.), *Le sort des sûretés dans la nouvelle ordonnance de réforme du droit des procédures collectives du 14 mars 2014*, RLDC, 2014, n°115, p. 30

⁶⁸² Sur ce rééquilibrage du droit des procédures collectives en faveur des créanciers, voir MACORIG-VENIER (F.) et SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *op. cit.*, *supra* note n° 659

On notera que dans le cas de la garantie autonome, l'écoulement du temps est bénéfique à l'amélioration du régime de certaines sûretés au cours de la procédure collective. Reconnue depuis longtemps⁶⁸³ par la jurisprudence comme une garantie personnelle inspirée du cautionnement, l'ordonnance du 23 mars 2006 a officialisé son intégration au sein des sûretés légalement reconnues⁶⁸⁴. Son régime une fois la procédure collective engagée est donc en grande partie calqué sur celui de son aïeule⁶⁸⁵. Néanmoins, malgré ces nombreuses analogies, les distinctions entre les régimes applicables privaient les garants de droits accordés aux cautions, sans que l'on en comprenne réellement la raison⁶⁸⁶.

On ne peut qu'espérer que cette évolution bénéfique de la législation initie une réflexion approfondie de la part du législateur, permettant d'aboutir enfin à un équilibre juste et définitif entre les impératifs liés à la procédure collective et le respect des droits des créanciers. Notre proposition permettrait à tout le moins de limiter les déséquilibres actuels, en en restreignant les effets dans le cadre des cessions de fonds de commerce réalisées en liquidation judiciaire.

⁶⁸³ Cass.Com., 20 décembre 1982, pourvoi n°81-12579, Bull. 1982, n° 417

⁶⁸⁴ Prévus à l'article 2321 C. civ., la garantie autonome est, selon l'al.1 : « *l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues.* »

⁶⁸⁵ Ainsi, les dispositions d'un accord amiable homologué sont applicables tant au garant qu'à la caution (C. Com, art. L 611-10). La suspension des poursuites produit les mêmes effets à l'égard du garant que de la caution personne physique (C. com, art. L622-28 al.2). Le plan de sauvegarde est enfin invocable dans des conditions similaires par la caution personne physique et par le garant (C. Com, art. L 626-11).

⁶⁸⁶ L'article L 643-11 du Code de Commerce prévoyait en effet, au sein de son II, une dérogation à la non reprise des poursuites individuelles, une fois la clôture de la liquidation judiciaire prononcée, au profit de la caution s'étant acquittée d'une somme en lieu et place du débiteur. La caution pourra donc se retourner contre le débiteur initial afin d'obtenir remboursement de la somme payée. On ne peut que s'étonner que le garant ne bénéficie pas alors de la même possibilité. Sur les conséquences potentiellement délétères de cette distinction des régimes, voir CROCQ (P.), *op. cit.*, *supra* note n° 645

B) Exercice uniforme des droits de surenchère

Au nombre des prérogatives dont disposent certains créanciers au moment de la cession d'un fonds de commerce comptent les droits de surenchère. Ils permettent à certaines catégories spécifiques de créanciers, lorsque le prix dégagé par la vente est insuffisant à les désintéresser, de présenter une offre de reprise à un prix majoré. Néanmoins, les conditions de l'exercice de ces droits subissent également des aménagements lorsque la cession du fonds de commerce se déroule dans le cadre de la liquidation judiciaire.

D'importantes disparités dans l'exercice des droits de surenchère sont décelables selon le mode de cession choisi (ces dernières sont néanmoins plus limitées depuis la mise en application des dispositions de la loi « Macron » qui a porté le coup de grâce à la procédure de surenchère du sixième, qui apparaissait comme « *désuète* »⁶⁸⁷). Les carences conceptuelles discutées dans le cadre de ce travail ôtent cependant toute justification crédible à cette distinction. Aussi concevons-nous l'unification de (l'abandon de) l'exercice des droits de surenchère comme une conséquence logique des constatations réalisées plus haut. Afin de traiter efficacement cet aspect de notre problématique, nous présenterons tout d'abord les différentes procédures de surenchère applicables (1), pour en observer l'application dans chacun des régimes de cession applicables, lors des réalisations d'actifs en liquidation judiciaire (2).

1) Présentation de la procédure de surenchère

La loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi Macron, a foncièrement rénové la pratique de l'exercice des droits de surenchère, en supprimant purement et simplement la surenchère du sixième, suite à la constatation de son obsolescence (a). Ne subsiste donc actuellement que la surenchère du dixième (b). Nous rappellerons néanmoins les conditions d'application de la désormais obsolète surenchère du sixième, qui concerne encore les procédures engagées antérieurement à la réforme.

⁶⁸⁷ Voir DELPECH (X.), *Loi Macron : quelles nouveautés pour les entreprises ?* AJCA, 2015, p.342

a) Principe de la surenchère du sixième

La surenchère du sixième était prévue par l'article L141-19 du Code de Commerce⁶⁸⁸. Si le montant de la vente réalisée dans le cadre de l'article L642-19 du Code de Commerce était perçu comme insuffisant par les créanciers pour désintéresser les créanciers, alors ces mêmes créanciers pouvaient exiger la remise en vente du fonds de commerce, en surenchérissant eux-mêmes sur le prix initial, majoré d'un sixième de ce dernier.

Plusieurs caractéristiques conditionnaient sa mise en œuvre : Elle concernait tous les créanciers du débiteur ; il devait y avoir eu vente d'un fonds de commerce, et ce dernier devait avoir été réalisé de manière amiable ; l'opposition devait avoir été formée dans un délai de dix jours à compter de la publication. Le délai pour former surenchère était lui de vingt jours. Enfin, le montant total des créances devait être supérieur au prix initial de la vente, cette insuffisance justifiant la remise en vente du fonds.

Cette procédure n'était que rarement actionnée, ce qui a précipité sa désuétude, et sa mise au rebus. Elle faisait en effet peser une trop lourde responsabilité sur le créancier surenchérisseur. Ce dernier devenait adjudicataire définitif du fonds si, postérieurement à sa surenchère, aucun nouvel acquéreur ne venait à se manifester. Dans un tel cas, le créancier qui avait formé surenchère se voyait alors obligé de payer le prix du fonds pour lequel il s'était engagé.

b) Principe de la surenchère du dixième

La surenchère du dixième est la seule procédure de surenchère restant actuellement applicable. Concernant les conditions de sa mise en œuvre, plusieurs exigences doivent être respectées, et sont précisées à l'article L143-11 du Code de Commerce⁶⁸⁹. Elle est, à la différence de la précédente, réservée aux créanciers inscrits du débiteur, suite à l'initiation d'une procédure de purge des inscriptions réalisée à la suite de la vente d'un fonds de commerce. Il doit donc s'agir soit du vendeur antérieur et impayé du fonds ayant privilège, soit du créancier nanti.

⁶⁸⁸ Ancien article 5 de la loi du 17 mars 1909, prévoyant les règles de publicité de la vente d'un fonds de commerce, et les modalités de l'exercice des droits de surenchère des créanciers.

⁶⁸⁹ Originellement prévu à l'article 23 de la loi du 17 mars 1909

Contrairement à la procédure précédente, il ne peut s'agir des créanciers du précédent vendeur, puisque cette procédure ne permet pas de mettre en œuvre le droit de suite à l'égard du gage que représente le fonds de commerce. Aux termes de la vente aux enchères, la propriété du fonds sera transférée au surenchérisseur mieux disant. L'article L143-11 précise qu'aucune autre surenchère ne pourra être formée. Tout comme à l'issue de la précédente procédure, si aucune autre surenchère n'est formée, le créancier surenchérisseur sera déclaré adjudicataire du fonds.

2) Application des droits de surenchère en procédures collectives

L'exigence préliminaire, pour permettre l'application des droits de surenchère, est le respect des publications consécutives à la vente du fonds de commerce. L'article 3 de la loi du 17 mars 1909, devenu l'article L141-12 du Code de Commerce, détermine, on l'a vu, les délais devant être respectés pour la publication de la vente du fonds de commerce. Ces délais conditionnent l'exercice des droits de surenchère par les créanciers désignés, et permettent consécutivement d'établir le point de départ d'autres délais dans lesquels sont enfermés les déclenchements de ces prérogatives.

La sanction du non-respect de ces publications peut avoir de graves conséquences puisque, sans provoquer la nullité de la vente, cette omission entraînera l'inopposabilité du paiement du prix, et consécutivement, le risque pour l'acquéreur de devoir payer une nouvelle fois le prix de la vente.

La question du régime des droits de surenchère dans le cadre des procédures collectives a subi une longue maturation. Jusqu'à la loi de sauvegarde, qui a modifié de manière substantielle la rédaction de l'article L141-12 du Code de Commerce, l'incertitude était de mise concernant l'application potentielle de cet article en cas de procédure collective. Au moment de l'entrée en application de la loi du 25 janvier 1985, était alors débattue la question de savoir à quel type de cession de fonds de commerce devaient être appliquées ces dispositions. Les hypothèses envisageables allaient de l'exclusion pure et simple de l'application des procédures de surenchère, à une application uniforme de celles-ci à tous les modes de cession, en passant par une approche distributive de ces droits en fonction du mode de cession actionné.

Une réponse ministérielle⁶⁹⁰ précisa dans un premier temps que la vente du fonds de commerce en procédure collective échappait aux publicités d'ordre public prévues à l'article 3 de la Loi de 1909. Néanmoins l'argumentaire critiquable utilisé, et les incertitudes qu'ouvrait cette interprétation, commandèrent une révision plus aboutie de cette position⁶⁹¹. Aussi, une nouvelle réponse ministérielle corrigea-t-elle cette interprétation en déterminant que « *les formalités de publicité des cessions de fonds de commerce sont régies par la Loi de 1909 et que les publicités doivent être effectuées, que la cession intervienne ou non dans le cadre des procédures collectives* »⁶⁹².

La Jurisprudence avait initié cette intégration des procédures de surenchère au sein des procédures collectives en se prononçant pour la possibilité, accordée aux créanciers, de former une surenchère du dixième dans le cadre d'une liquidation judiciaire⁶⁹³.

La réflexion qui nous mobilise ne peut faire l'impasse sur ce sujet. Aussi analyserons-nous le régime actuel de la surenchère, tant dans le cadre du plan de cession (a), que dans le cadre de la cession de biens isolés (b), avant de nous prononcer sur l'opportunité d'une évolution de celui-ci dans l'hypothèse de l'unification des régimes de cession applicables au fonds de commerce lors des réalisations d'actifs.

⁶⁹⁰ Rép. Min. n° 12017, JOAN, 21 août 1989, p. 3685

⁶⁹¹ Cette réponse se basait en effet, pour écarter l'application de la loi de 1909 dans le cadre d'une procédure collective, sur l'8 B-5ème du décret du 30 mai 1984 relatif au registre du commerce et des sociétés, qui concerne les mentions devant être indiquées dans la demande d'immatriculation au RCS. Le texte indiquait en conclusion de l'énumération de ces exigences que ces dernières n'étaient pas requises dans les cas d'acquisition d'un fonds de commerce appartenant à une personne soumise aux procédures de règlement judiciaire ou de liquidation des biens. Si cette solution donnait en surface une impression de cohérence, elle n'en paraissait pas moins spéculative sur certains points. D'une part, on pouvait légitimement s'étonner de la prévalence des directives émanant d'un décret sur celles découlant de la lettre de la loi, d'autre part d'écarter les obligations de publicité dans le cadre d'une publication au RCS. Enfin, on ne pouvait manquer de relever l'antériorité du décret invoqué sur la loi du 25 janvier 1985. Pour un résumé du débat s'étant tenu sur ce point, voir VAUVILLE (F.), *Cession de fonds de commerce - Liquidation judiciaire et publicités de la loi de 1909*, Dr. et Patr., 1999, n°72

⁶⁹² Rép. Min. n°11206, *préc.*

⁶⁹³ Cass. com., 20 octobre 1998, pourvoi n° 96-15107, Bull. 1998, IV, n° 248, p. 206

a) Dans le cadre du plan de cession

Le régime actuel, qui module l'exercice des droits de surenchère en liquidation judiciaire selon le régime de cession privilégié, n'apparut qu'avec la nouvelle rédaction de l'article L141-12 du Code de Commerce. Ce dernier dispose désormais sans ambiguïté que les règles de publication sont applicables à toute cession de fonds de commerce, « *sauf si elle intervient en application de l'article L642-5 du Code de Commerce* ». L'article L143-11 du même code, concernant les modalités de surenchère du dixième, seule encore invocable, en procédant par renvoi aux conditions de cet article, a suivi la même évolution.

Le régime de la cession d'entreprise est, on l'a vu, exclusif des règles de publicité applicables en cas de cession du fonds de commerce. Au surplus, l'article L642-8 du Code de Commerce prévoit dans son dernier alinéa qu'« *aucune surenchère n'est admise* » lorsqu' un plan de cession comprend le transfert d'un fonds de commerce. L'article L642-12 du Code de Commerce précise par ailleurs que dans cette configuration, le paiement du prix emporte purge des inscriptions, ce qui annihile la possibilité de former surenchère.

b) Dans le cadre des cessions de biens isolés

En revanche, ces publicités doivent être réalisées dans le cadre des cessions judiciaires de fonds de commerce de l'article L622-7 du Code de Commerce, intervenant sur initiative du mandataire, tout comme dans le cadre des cessions de biens isolés. Mais il semble que le traitement de l'application de la surenchère dans le cadre des cessions de l'article L642-19 du Code de Commerce doive être différencié⁶⁹⁴ selon le mode de cession invoqué.

En effet, malgré le fait que ces différentes ventes aient été qualifiées par la jurisprudence de cessions effectuées par autorité de justice⁶⁹⁵, et que ces dernières se déroulent toutes deux dans le cadre judiciaire, la possibilité de former surenchère découle directement du déclenchement

⁶⁹⁴ Cette opinion n'est cependant pas commune à tous les auteurs. *Contra*, voir VAUVILLE (F.), *Remise du prix en cas de procédure collective*, Defrénois, n° 1, 15 janvier 2010, p. 17. Monsieur le Professeur n'établit pas, dans le cadre des prérogatives de surenchère, de distinctions entre les différents régimes de cession de biens isolés.

⁶⁹⁵ Voir sur ce point, Cass.Com., 16 juin 2004, *préc*

de la purge des inscriptions. Aussi, si cette purge est automatiquement consécutive à la réalisation de la vente, il est alors logique que le droit de surenchère soit enrayé et se révèle finalement éteint. Dans le cadre de la cession de gré à gré, la jurisprudence a précisé à plusieurs reprises que ce type de cession n'emportait pas purge automatique des inscriptions dont le fonds de commerce est grevé⁶⁹⁶. En conséquence, la responsabilité de procéder à la purge des inscriptions⁶⁹⁷ incombera à l'acquéreur. Dans le cadre de la cession d'un fonds de commerce de gré à gré, la jurisprudence a pu en déduire que la procédure de surenchère trouvait à s'appliquer⁶⁹⁸.

On notera que cette jurisprudence complexifie la nature d'une cession de gré à gré effectuée selon les prescriptions de l'article L 642-19 du Code de Commerce. Tout en étant une vente réalisée sous autorité de justice, elle ne constitue donc pas une vente judiciaire, puisque la surenchère est admise. Cette position est à opposer à la situation du fonds vendu dans le cadre d'enchères publiques. Une telle vente, contrairement à sa proche parente, entraîne une purge

⁶⁹⁶ Voir notamment, dans le cadre spécifique de la cession de fonds de commerce, CA Paris, Chambre 1, 28 novembre 1997, RJ Com. 1998, n°94, obs. SAINT-ALARY-HOUIN ; Trib. Com. Paris, 28 juin 1993, *préc.*

⁶⁹⁷ Voir T. Com. Paris, 28 juin 1993, *préc.* Il a pu être jugé que le liquidateur devait sommer l'acquéreur de procéder à cette formalité si ce dernier ne s'exécutait pas. Il engagera sa responsabilité personnelle s'il ne procède pas à ce rappel, Voir CA Paris, 18 septembre 1992, RPC 1994, p.118, SOINNE

⁶⁹⁸ Voir à ce sujet Cass. com., 10 janvier 2006, *préc.* Cet arrêt, s'il consacre la possibilité de recourir à la procédure de surenchère dans le cadre de la cession amiable d'un fonds de commerce, consacre également l'obligation pour le surenchérisseur de respecter les formes habituellement applicables en droit commun. La lecture de son premier attendu est particulièrement intéressante : « *après avoir relevé que la loi du 25 janvier 1985 ne contient aucune disposition régissant la procédure de surenchère du créancier inscrit en cas de cession amiable du fonds de commerce autorisée par le juge-commissaire, l'arrêt en déduit exactement qu' à défaut de dérogation aux dispositions de la loi du 17 mars 1909 sur la cession du fonds de commerce, les formalités qu'elle prévoit en son article 23, devenu les articles L. 143-13 à L. 143-15 du Code de commerce, doivent être respectées par le créancier surenchérisseur.* » Un commentateur (Voir le commentaire de Monsieur SAINTOURENS (B.), *La procédure de surenchère s'applique en cas de cession du fonds de commerce lors d'une vente de gré à gré d'une entreprise en liquidation judiciaire*, commentaire sous Cass. com., 10 janv. 2006, *Sté NACC c/ M^{me} Moretti*, pourvoi n° 03-19.519, arrêt n° 25 F-P+B, D. 2006, AJ p. 368, obs. A. Lienhard, RTD Com. 2006 p. 567), relève par ailleurs la volonté de la Haute Juridiction de démystifier l'application de la surenchère en cas de cession amiable, en formulant sa décision de la manière la plus limpide possible.

automatique des inscriptions dont le fonds est grevé, par effet de la loi⁶⁹⁹. De ce fait, les procédures de surenchère, tant du sixième que du dixième, en sont exclues, ainsi qu'explicitement stipulé par les articles L 141-19 et L 143-11 du Code de Commerce, qui visent les ventes de fonds de commerce aux enchères publiques.

Ces variations importantes dans l'application des droits de surenchère ne trouvent pas selon nous, actuellement, de justification satisfaisante. Aussi nous semble-t-il indispensable, dans le cadre de l'unification des cessions de fonds de commerce que nous préconisons à cette étape de la procédure, d'imposer uniformément le régime actuellement applicable dans le cadre du plan de cession.

⁶⁹⁹ Pour les modalités particulières à réaliser afin que la purge soit effective, voir ZATTARA-GROS (A.-F.), *Le notaire et le chef d'entreprise en difficulté, A l'aune des ordonnances du 12 mars et du 26 septembre 2014*, JCP N, n°45-46, 7 novembre 2014, 1335

Conclusion Partie II Titre II Chapitre I

Sous le régime actuel, la disparité des modes de cession, applicables aux fonds de commerce lors des réalisations d'actifs, est donc totale sur de nombreux points, et reste nuancée dans certains autres domaines. On conviendra néanmoins que les conditions actuelles de mise en œuvre de ces cessions ne permettent plus de justifier les incertitudes auxquelles sont soumis les justiciables, incapables d'anticiper avec certitude leurs prérogatives lors des cessions de ces fonds.

Ces variations de traitement s'imposent aux parties à la cession, tant pour ce qui concerne les modalités de mise en œuvre de ces dernières, que pour ce qui attrait aux garanties invocables à l'issue de celle-ci. Mais elles altèrent également les prérogatives des créanciers du débiteur cédé, par la modulation du droit des sûretés en fonction du mode de transmission choisi, et des droits de surenchère invocables. Aussi l'adoption d'un régime de cession unitaire des fonds de commerce, sous l'égide de l'U. E. T. P., permettrait-il une application uniforme et légalement justifiée des avantages liés à l'application du plan de cession, en adaptant toutefois certaines de ses modalités qui nous semblent actuellement impropres au but de maintien de l'activité affiché.

Chapitre II) Régime des contrats cédés

Les divergences, tant dans l'organisation que dans la réalisation des cessions d'actifs en liquidation judiciaire, se doublent de variations importantes dans le régime applicable aux contrats cédés, capitales pour les cocontractants du débiteur défaillant. La question du maintien des relations contractuelles avec le repreneur concerne au premier chef, aux termes de l'article L642-7 du Code de Commerce, les cocontractants impliqués dans le maintien de l'activité (section I). Elle concerne ensuite les salariés de l'entreprise placée en liquidation judiciaire (Section II).

Section I) Conséquences des dispositions de l'article L642-7 du Code de Commerce

Perçu sous l'angle de notre problématique, le sort des cocontractants visés à l'article L642-7 du Code de Commerce se révèle peu enviable. Ceux-ci sont les premiers concernés par les effets dérogatoires du droit des procédures collectives. Ils voient le domaine de leurs obligations bouleversé, et leurs recours contre ces modifications unilatérales sont de plus, on l'a vu, singulièrement limités. Ils comptent parmi les intervenants les plus sollicités par les efforts réclamés afin de permettre la poursuite de l'activité de l'ensemble de biens cédé.

Le statut accordé aux droits des cocontractants par le législateur a de plus subi de nombreuses altérations au fil des réformes de la matière, rendant le contour de leurs prérogatives incertain. Dans le cadre des cessions d'actifs, le régime utilisé impose à ces collaborateurs parfois involontaires des obligations bien différentes, qui deviennent iniques du fait de la confusion de ceux-ci. L'unification des régimes de cession applicables aux fonds de commerce apparaît ici encore souhaitable, afin de dissiper les doutes qui rendent leur position inéquitable.

Deux catégories convergentes de cocontractants sont concernées par les répercussions de notre problématique. Tout d'abord, nous aborderons les droits de ceux qui se voient liés au débiteur par un contrat nécessaire au maintien de l'activité (I), puis, de manière plus spécifique, nous évoquerons les droits du bailleur des locaux dans lesquels s'exerce l'activité (II).

I) Régime légal des contrats nécessaires au maintien de l'activité

L'une des distinctions les plus préjudiciables, dans le cadre actuel des cessions de fonds de commerce opérées lors des réalisations d'actifs en liquidation judiciaire, est liée à l'application à géométrie variable des dispositions de l'article L642-7 du Code de Commerce. Ces dernières sont exclusives au plan de cession, bien qu'essentielles, sinon vitales, au soutien de l'activité générée par la communion des biens constituant l'ensemble cédé. Les fonds cédés sous le régime de la cession de biens isolés sont de ce fait irrémédiablement lestés d'un handicap insurmontable, qui attente à leur pérennité⁷⁰⁰. Aussi une application uniforme et impartiale de ces dispositions nous semble-t-elle souhaitable (A), ainsi qu'une approche homogène des clauses restrictives de cession applicables à ces contrats, qui influencent de manière décisive, elles-aussi, l'exécution des contrats poursuivis (B).

A) Application impartiale de la cession de contrats de l'article L642-7 du Code de Commerce

Les dispositions de l'article L642-7 du Code de Commerce conditionnent à elles seules, dans bien des cas, la réussite des opérations de cession lorsqu'une activité subsiste au sein des biens transmis. Aussi devons-nous en saisir précisément les caractéristiques (1) afin d'apprécier objectivement les enjeux d'une uniformisation de son application, dans le cadre des cessions de fonds de commerce se déroulant au cours de cette phase de la procédure (2).

1) Présentation de la cession forcée des contrats nécessaires au maintien de l'activité

L'une des distinctions les plus significatives entre les régimes de cession applicables à l'entreprise et au fonds de commerce nu, réside dans la possibilité, ménagée par l'article L642-7 du Code de Commerce, d'obliger, dans le cadre de la cession de la première, les cocontractants de l'entreprise cédée à poursuivre leurs relations contractuelles avec le cessionnaire de cette dernière. Cet article confère au régime du plan de cession une plasticité à laquelle ne peut prétendre la cession de biens isolés. Le cessionnaire d'un fonds de commerce

⁷⁰⁰ Pour un exemple récent sur les conséquences de la non-transmission d'un contrat de mandat dans le cadre de la cession d'un fonds de commerce d'agent immobilier, voir Cass. com., 28 juin 2017, pourvoi n° 15-17394, publié au bulletin.

cédé sous le régime de l'article L642-19 du Code de Commerce ne peut en effet exiger des créanciers du cédant pareils sacrifices. Cette disposition, hautement attentatoire au principe de liberté contractuelle, est prévue au sein du dispositif applicable aux difficultés des entreprises, depuis la loi du 25 janvier 1985, et représente une quasi exception dans le paysage légal français, la cession d'un contrat ne pouvant en droit commun se dérouler sans l'obtention de l'accord des deux cocontractants⁷⁰¹. Une étude de son mécanisme doit donc être menée pour en saisir les subtilités (a). Cette disposition influençant le succès de la reprise de manière déterminante dans nombre de cas, il nous semble critiquable qu'elle puisse s'appliquer à des situations ne correspondant pas à ses prérogatives, comme la cession isolée d'un fonds de commerce. A l'inverse, il apparaît souhaitable de s'interroger, au vu de son influence, sur la légitimité de son absence au sein d'autres dispositifs de cession pouvant permettre la cession de fonds de commerce, et se déroulant dans le cadre des procédures collectives. Les multiples remodelages du droit des entreprises en difficulté ont, en outre, permis une extension importante de son domaine d'application, aussi en déterminerons-nous les limites actuelles dans les différents modes de cession applicables au fonds de commerce (b)

a) Mécanisme de la cession forcée des contrats nécessaires au maintien de l'activité

Les dispositions de l'article L642-7 du Code de Commerce hébergent un principe juridiquement iconoclaste, attentatoire au droit commun des obligations (α). Il poursuit en cela la logique initiée par l'article L622-13 C. com., qui permet à l'administrateur, dès la phase d'observation de la procédure de sauvegarde, de poursuivre, ou au contraire de procéder à la résiliation de contrats en cours au moment de l'ouverture de la procédure. Ces dispositions forcent cependant encore un peu plus le droit commun en imposant au cocontractant un nouvel interlocuteur. La caractéristique la plus remarquable de ce mécanisme provient de ce qu'il écarte, malgré cela, tout mécanisme novatoire lors de sa mise en œuvre, pour privilégier la poursuite du contrat initial (β).

⁷⁰¹ Voir sur ce point PAILLER (P.), *op. cit.*, *supra* note n° 285, qui relève : « *alors que la validité de principe de la cession de contrat n'a été reconnue que par la jurisprudence en l'absence de fondement légal, la loi la consacre expressément en droit des procédures collectives, où la continuité de l'activité de l'entreprise le justifie pleinement.* »

α) Principe

La poursuite imposée du contrat visé doit, pour justifier sa légitimité, être consécutive à l'exécution d'un plan de cession, et permettre la réalisation d'objectifs supérieurs aux intérêts contractuels malmenés par son application. Cet intérêt supérieur est une nouvelle fois celui de l'entreprise. La préservation du tissu entrepreneurial, ses répercussions en cascade sur l'emploi, et sur les différents secteurs économiques en dépendant, expliquent les pouvoirs exorbitants mis à la disposition du juge, et son immixtion dans la relation contractuelle, habituellement exclusive. Pour imposer sa poursuite, le juge doit mentionner formellement le contrat visé au sein du plan de cession⁷⁰².

L'identité des contrats pouvant faire l'objet de l'application des dispositions de l'article L642-7 du Code de Commerce reste imprécise. En effet, si l'article L642-7 mentionne les contrats de crédit-bail ainsi que les contrats de location, aisément identifiables, il mentionne également les contrats de fourniture de biens et de services, dont on conviendra que l'intitulé ne permet pas de cerner exactement les contrats concernés. La jurisprudence a, sur ce point, joué un rôle de précision notable⁷⁰³.

Un exemple révélateur est le sort du bail commercial, selon que l'ensemble de biens au sein duquel il émerge soit cédé en plan de cession ou en cession de biens isolés. Dans le cadre d'un plan de cession, le bail commercial ne pourra être cédé que s'il est mentionné cumulativement au sein de l'offre de reprise et du jugement portant réalisation du plan de cession. Quand bien même le plan de cession mentionnerait-il la cession d'un fonds de commerce au sein de l'ensemble cédé, la mention précise du bail au sein du jugement arrêtant le plan resterait indispensable à sa transmission⁷⁰⁴.

⁷⁰² Cass. com., 16 octobre 1990, pourvoi n° 89-13367, Bull. 1990, IV, n° 241, RJDA 1991, n°s 62 et 63, RPC, 1991, p. 323, obs. SOINNE

⁷⁰³ Voir JACQUEMONT (A.), *op. cit.*, *supra* note n° 617., et les références jurisprudentielles citées.

⁷⁰⁴ Voir sur ce point NEUVILLE (S.), *op. cit.*, *supra* note n°216, pp. 206-207, *spéc.* n°210, et les références citées. Voir également CASTEL (R.) ET ROMAIN-HUTTIN (A.), *le bail commercial à l'épreuve des procédures collectives*, RLDA, 2010, n°48. Voir enfin VOINOT (D.), *Procédures collectives*, 2^e Edition, Paris : LGDJ, 2013, p.286, *spéc.* n° 748, et les références jurisprudentielles citées. Pour un avis contraire, voir FRAIMOUT (J.-J.), *op. cit.*, *supra* note n° 180, p. 148.

La cession du contrat est ici une cession judiciaire⁷⁰⁵. L'ensemble visé est une entreprise, et le maintien de son activité n'exige pas systématiquement la poursuite du contrat de bail⁷⁰⁶. Le bailleur sera entièrement tributaire de la décision du tribunal, qui devra plus que jamais tenir compte de l'étendue des engagements formulés par le repreneur. Le bail commercial pourra théoriquement être détaché, par simple effet de la volonté du juge, de l'ensemble auquel il est attaché par la loi. C'est l'intégration du fonds de commerce dans un dessein plus large, la sécurisation de la pérennité de l'entreprise, qui justifie les atteintes éventuelles à l'unité du fonds de commerce. La seule interrogation présentant une utilité dans la décision du tribunal devra être l'impact de la poursuite ou de la résiliation du bail sur le maintien de l'activité de l'entreprise⁷⁰⁷. A cet effet le bailleur sera garanti d'être entendu par le tribunal avant la tenue des opérations de cession.

Dans le cadre d'une cession isolée de fonds de commerce, le bien cédé est une universalité dont l'organisation intime est plus encadrée, et qui a fait l'objet d'une jurisprudence pléthorique et évolutive. Le bail commercial figure au nombre des éléments essentiels de cette dernière, et ne peut se trouver écarté de la cession de l'ensemble que s'il ne représente pas un élément décisif dans la stratégie de fidélisation de la clientèle. Le bail fera donc l'objet d'une cession légale au sein de l'ensemble de biens transmis⁷⁰⁸.

⁷⁰⁵ Voir NEUVILLE (S.), *Ibid*, p. 204, et les références citées.

⁷⁰⁶ Cette affirmation contient cependant une réciprocité implicite. Pour que le contrat de bail puisse être poursuivi, il faut que l'activité de l'entreprise cédée soit poursuivie. Dans le cas où le repreneur abandonnerait, postérieurement à la cession, l'activité originelle du débiteur cédé, l'application de l'article L642-7 du Code de Commerce apparaîtrait comme illégitime. On peut se reporter à l'argumentaire développé par le bailleur cédé, malgré le rejet de ses prétentions du fait des restrictions d'appel et de pourvoi développées précédemment, Voir sur ce point Cass. Com., 3 novembre 2009, *préc.*

⁷⁰⁷ Voir sur ce point SOUWEINE (C.), *op. cit.*, *supra* note n° 336, p. 231, *spéc.* n° 447.

⁷⁰⁸ Voir Cass. 3^e civ., 9 septembre 2014, n° 13-19753, inédit

β) Absence d'effet novatoire

La jurisprudence a précisé de longue date⁷⁰⁹ qu'aucun effet novatoire n'était attaché à cette opération. La cession judiciaire du contrat n'entraîne que la substitution d'une des parties à l'acte⁷¹⁰, et en conséquence, le cocontractant cédé devra poursuivre l'exécution du contrat dans les conditions initiales⁷¹¹. Seul le cédant se verra déchargé de ses obligations à compter du jour de la passation des actes de cession. Le repreneur les reprendra à sa charge, à compter de cette même date. Si la cession judiciaire du contrat n'emporte pas purge des inexécutions antérieures⁷¹², le cocontractant ne pourra pourtant pas pour autant demander la résolution du contrat du fait des manquements du cédant⁷¹³.

Concernant la situation de la caution du débiteur cédé, il convient de rappeler ici les dispositions de l'article 1281 du Code Civil, prévoyant, au sein de son second alinéa, que « *la novation opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions* ». Le contrat cédé par le biais de la cession judiciaire conservant son identité, la jurisprudence a pu décider à de nombreuses

⁷⁰⁹ Cass. com., 12 octobre 1993, pourvoi n° 91-17.128, Bull. 1993, IV, n° 333, D. 1994, jur., p. 353, note PLAYOUST, Defrénois 1994, p. 1237, note SENECHAL, Dr. sociétés 1994, n° 6, obs. CHAPUT Y., JCP E 1994, I, n° 348, spéc. n° 2, obs. CABRILLAC et PETEL., RPC, 1993, p. 512, obs. SOINNE

⁷¹⁰ La remarque du Professeur Chaput est sur ce point éclairante : « *Toutefois la loi de 1985 ne va pas jusqu'à personnaliser l'entreprise pour en faire une des parties au contrat.* » Voir CHAPUT (Y.), *op. cit.*, *supra* note n° 133, p. 390, n°461.

⁷¹¹ Cette opération reste néanmoins une véritable cession de contrats, et non une simple substitution, ainsi que le précise la lettre de l'article L642-7 du Code de Commerce. Sur cette distinction, voir NEUVILLE (S.), *op. cit.*, *supra* note n° 216., pp. 202-203, spéc. n°208.

⁷¹² Cass., Civ. 3^{ème}, 12 juillet 2000, pourvoi n° 98-21945, Bull. 2000, III, n° 140, p. 97. Une clause résolutoire acquise avant l'ouverture de la procédure pourra valablement être actionnée après la cession.

⁷¹³ Cass. Com., 1^{er} octobre 1997, pourvoi n° 94-22145, Bull. 1997, IV, n° 237, p. 207. Pour un résumé du débat sur les possibilités d'invocation des clauses résolutoires postérieurement à la tenue d'un plan de cession, voir LESAGE (L.), *La résolution du contrat à l'épreuve du droit des entreprises en difficulté*, Thèse, Lille, 2003, pp 83-85.

reprises que la caution ne se retrouvait pas libérée de ses engagements⁷¹⁴. Elle a précisé le mécanisme de la transmission du contrat cédé, et les engagements auxquels doivent faire face les cautions concernées.

Ainsi la caution, si elle ne devra pas son soutien au repreneur comme lorsqu'elle garantit le remboursement d'un contrat de prêt ayant permis l'acquisition de l'un des biens cédés, devra néanmoins respecter les engagements souscrits au titre des actes effectués par le cédant préalablement à la cession⁷¹⁵. Elle pourra, si elle le souhaite, poursuivre son engagement de caution auprès du cessionnaire, seulement si elle procède à la réitération de son engagement⁷¹⁶.

⁷¹⁴ Voir Cass. com., 12 octobre 1993, *préc.*, qui prévoit que « *le contrat dans l'exécution duquel le repreneur succède au débiteur en redressement judiciaire étant celui-là même qui liait le cocontractant cédé au débiteur, il en résulte que ce dernier n'est pas déchargé du passif contractuel afférent à sa propre gestion et que, si la caution n'a pas à garantir les créances nouvelles nées du chef du repreneur depuis la cession, elle demeure tenue au titre des créances nées du chef du débiteur antérieurement à la cession* ». Voir également Cass. com., 14 octobre 1997, pourvoi n° 95-10418, inédit, RJDA 1998, n° 193

⁷¹⁵ Les obligations de la caution postérieurement à la tenue d'un plan de cession diffèrent donc, selon qu'elle garantisse le remboursement d'un prêt visant à acquérir un bien grevé d'une sûreté, tel qu'évoqué à l'art. L642-12 du C. com., ou selon qu'elle garantisse les échéances d'un contrat cédé selon les dispositions de l'art. L642-7 du C. com. Voir, sur ce « *traitement différencié* » des cautions en plan de cession, PEROCHON (F.), *Procédures collectives et cautionnement*, Revue Dr. et Patr., n°172, 1^{er} juillet 2008 ; LE GALLOU (C.), *Droit des sûretés et droit des procédures collectives*, 2^e Edition, Bruxelles : Larcier, 2015, p. 417, *spéc.* n°760 ; PUYGAUTHIER (J.-L.), *Cautionnement et procédures collectives commerciales*, JCP N, n° 7, 15 février 2013, p. 1030, *spéc.* n°58 à 74. Pour une solution équivalente sous le régime antérieur à la loi de sauvegarde, voir CHAPUT (Y.), *op. cit.*, *supra* note n° 133, p. 393-395, *spéc.* n°s 463 à 465

⁷¹⁶ Voir, à propos d'un contrat de crédit-bail, Cass. com., 21 novembre 1995, pourvoi n° 93-20387, Bulletin 1995 IV N° 267 p. 246, JCP G 1996, I, n° 3935, LPA 1997, n° 14, p. 19, note DERRIDA., RD bancaire et bourse 1996, p. 53, obs. CALENDINI, RTD com. 1996, p. 347, obs. MARTIN-SERF

b) Utilisation extensive de la transmission forcée des contrats

A l'origine uniquement présente au sein des développements relatifs à la procédure de redressement judiciaire, la cession judiciaire des contrats est, depuis l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, devenue endémique dans le droit des procédures collectives. Elle peut être appliquée dans le périmètre d'un plan de cession partielle se déroulant en phase de sauvegarde⁷¹⁷. Elle reste bien évidemment invocable dans le cadre originel de la procédure de redressement judiciaire⁷¹⁸ dont elle est issue. Enfin, la disparition de la cession d'unités de production⁷¹⁹, et l'extension de l'application du plan de cession à la liquidation judiciaire, permet dorénavant d'imposer la cession judiciaire des contrats dans le cadre de la liquidation judiciaire, qui en est dorénavant la terre d'élection préférentielle.

2) Conditions d'application de la cession forcée des contrats nécessaires au maintien de l'activité

Les avantages de l'article L642-7 du Code de Commerce sont actuellement réservés aux fonds de commerce ayant été cédés, abusivement ou non, sous le régime du plan de cession. Les dysfonctionnements des modes de cession évoqués précédemment plaident pour l'extension de son domaine d'application, car elle est nécessaire parfois au maintien de l'intégrité d'universalités cédées actuellement dans le cadre de la cession de biens isolés. Il convient dans cette perspective de vérifier que cette extension du domaine d'application ne rencontre aucune incompatibilité rédhibitoire. Mais la plasticité de cette mesure, que ce soit par l'indifférence de l'*intuitu personae* (a), ou bien encore par l'encadrement du caractère nécessaire de l'offre (b), qui évite d'imposer au repreneur des charges non-désirées, rendent l'extension de son domaine d'application d'autant plus souhaitable.

⁷¹⁷ Art. L 626-1 C. com.

⁷¹⁸ Art. L 621-22 C. com.

⁷¹⁹ Pour rappel, la jurisprudence avait pu décider que l'ancien art. L 621-88 C. com. ne pouvait pas recevoir application dans le cadre de la cession d'unités de production, voir notamment Cass. com., 19 décembre 1995, n° 93-13927, Bull. 1995 IV n° 303 p. 277, Dr. & patr. 1996, n° 38, p. 82, obs. MONSERIE ; Cass. com., 4 février 2003, n° 00-16401, inédit, RJDA 2003, n° 747, RPC, 2003, p. 243, obs. ROUSSEL-GALLE

a) Indifférence théorique de l'*intuitu personae*

Concernant le domaine d'application de la cession judiciaire des contrats, il convient de se reporter à la lettre de l'article L642-7 du Code de Commerce. Celui-ci prévoit, en apparence tout du moins, une liste limitative des contrats pouvant être cédés selon ce régime. Le premier alinéa mentionne précisément les contrats de crédit-bail, mais également les contrats «*de location ou de fourniture de biens ou services* ». On conviendra que ce dernier critère est des plus ouverts, et permet d'intégrer dans le périmètre de la cession judiciaire des contrats une grande majorité des contrats rencontrés⁷²⁰.

Le critère de nécessité est de plus étudié par le tribunal à la seule lumière de l'impact du contrat sur le maintien de l'activité. Aussi, peu importe à ce titre l'accord du cocontractant, ou le caractère plus ou moins marqué de l'*intuitu personae* dans le contrat visé⁷²¹. Ces éléments sont indifférents à la logique du plan de cession.

Certaines limites tempèrent cependant cette affirmation. Si l'*intuitu personae* n'est pas un élément rédhibitoire à la transmission du contrat dans le cadre d'un plan de cession, la réalité du contenu des obligations contractuelles peut néanmoins rendre parfois problématique l'application des dispositions de l'article L642-7 du Code de Commerce⁷²². Dans le cas du contrat de franchise, l'*intuitu personae* n'est-il pas trop envahissant pour permettre sa

⁷²⁰ Voir par exemple Cass. com., 27 octobre 1998, *préc.*, dans le cas d'un contrat conclu entre un praticien et une clinique, ou encore CA Colmar, 13 juin 1990, D. 1991, jur., p. 97, note FABIANI, pour l'intégration d'un contrat d'exploitation de licence de brevets dans le cadre d'un plan de cession.

⁷²¹ Cette interrogation était présente dès l'entrée en application de la réforme du 25 janvier 1985. La jurisprudence avait pu très tôt affirmer (voir notamment CA Douai, 8 mars 1990, D. 1990, I.R., p. 87) que la nécessité du contrat au maintien de l'activité de l'entreprise représentait le seul critère conditionnant sa transmission, et qu'en conséquence, l'*intuitu personae* ne pouvait faire obstacle à sa transmission, ce critère n'étant pas évoqué au sein des dispositions de l'article L621-88 du Code de Commerce. Les réformes de 1994, 2005 et 2008 n'ont pas modifié la donne sur ce point, aussi les solutions antérieures gardent-elles toute leur force en la matière.

⁷²² Voir JACQUEMONT (A.), *Procédures collectives*, Paris : LITEC, 2000, p. 171, *spéc.* n°335

cession⁷²³ ? Ne serait-il pas paradoxal de céder un contrat, dont la substance repose sur la maîtrise d'un savoir-faire à un repreneur, qui par définition ne pourra pas avoir acquis celui-ci du simple fait de la transmission du contrat ?

Certaines juridictions ont considéré qu'une telle transmission serait incohérente avec la nature du contrat, et l'ont en conséquence interdite⁷²⁴. Cette position soulève toutefois encore actuellement des critiques⁷²⁵.

⁷²³ La position du franchiseur lors de l'appréhension de son franchisé par le droit des procédures collectives est doublement problématique. Il court tout d'abord celui de se voir reprocher des situations allant de la direction de fait au soutien abusif, et de se voir appliquer les sanctions prévues dans ces cas. Il peut éventuellement se voir appliquer la procédure en cours par extension de cette dernière en cas de confusion des entreprises. Voir REILLE (F.), *La responsabilité du franchiseur dans le cadre de la procédure collective du franchisé*, AJCA, 2014, p. 65. Si l'*intuitu personae* du contrat cédé est difficilement surmontable, et que l'exploitation du repreneur n'est pas couronnée de succès, ce dernier pourrait de plus se voir adresser reproches et demandes de dédommagement. Voir DISSAUX (N.), *La responsabilité du franchiseur en cas de défaillance du franchisé*, AJCA, 2014, p.60

⁷²⁴ Voir sur ce point, LUCAS (F.-X), *La cession du contrat de franchise à l'occasion d'un plan de cession*, Commentaire sous TGI Strasbourg 20 décembre 2013, RG n°2013/003928, Bull. Joly Entr. Diff., n° 3, 01 mai 2014, p. 167. L'auteur remarque : « *Le fait qu'il ait été conclu intuitu personae n'est pas un obstacle radical à la cession d'un contrat, que le tribunal peut ordonner, sur le fondement de l'article L. 642-7 du Code de commerce, à l'occasion de l'arrêté d'un plan de cession. Il n'en va différemment que lorsque la prestation qui constitue l'objet du contrat ne peut être fournie que par le débiteur soumis à la procédure collective et qu'il apparaît alors dépourvu de sens de transmettre un contrat que le repreneur n'est pas en mesure d'exécuter.* » D'autres juridictions avaient par ailleurs pu antérieurement aboutir à une conclusion similaire, voir CA Paris, 15 décembre 1992 : D. 1993, IR, p. 45 ; CA Orléans, 14 septembre 2000, D. 2001, p. 1017, note PICOD.

⁷²⁵ Voir DE SAINT-POL (F.), *Procédure collective du franchiseur et cession forcée du réseau : mais que fait la jurisprudence ?* JCP E, n°45, 6 novembre 2014, 1561. L'auteur s'interroge sur la légitimité d'une telle position, élaborée selon lui « *à l'emporte-pièce* ». Il relève, à notre sens fort justement, que « *rare sont les réseaux disposant d'un savoir-faire véritablement spécifique, original et pouvant difficilement être transmis* », et que ce savoir-faire ayant antérieurement été transmis aux franchisés, on ne saurait sérieusement argumenter qu'il ne peut être transmis de la même manière au repreneur, souvent concurrent direct dans le même domaine d'activité. Sur ce point cependant nous objecterons que les délais de procédure collective, inévitablement courts, ne peuvent permettre une telle transmission dans des conditions propices. Pour un état des lieux des positions jurisprudentielles et doctrinales sur ce sujet, voir JACQUEMONT (A.), *op. cit., supra* note n° 617., *spéc. n° 927*

b) Conditionnement du caractère « nécessaire » du contrat par les termes de l'offre de reprise

Certaines évolutions se sont imposées par l'entremise de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, concernant la détermination de l'étendue précise des engagements du repreneur. La plus importante découle des conséquences de la rédaction de l'article L642-2 II du Code de Commerce, qui prévoit dorénavant que l'offre de reprise formulée dans le cadre d'un plan de cession doit être écrite, et comporter « *la désignation précise des biens, des droits et des contrats inclus dans l'offre* ». Ainsi, s'il appartient au tribunal de désigner les contrats nécessaires au maintien de l'activité, au moyen d'une analyse « *in concreto* », une limite est désormais imposée par les textes.

Sous l'empire de l'ancien Code de Commerce, si le destin des contrats nécessaires au maintien de l'activité échappait aux cocontractants du débiteur cédé, qui ne pouvaient alors demander la résiliation de ceux-ci, cette remarque était tout autant applicable au cessionnaire, qui pouvait se voir imposer la poursuite de ceux-ci au travers du plan de cession. Le tribunal était seul décisionnaire en la matière. En effet, l'ancien article L 621-63 du Code de Commerce disposait que les personnes exécutant le plan ne pouvaient se voir « *imposer des charges autres que les engagements qu'elles ont souscrits au moment de sa préparation* ». Cependant, cet article prévoyait également cinq exceptions à cette limitation, au nombre desquelles l'article L621-88 du Code de Commerce, prédécesseur de l'actuel article L642-7 du Code de Commerce. La réforme menée par la loi de sauvegarde des entreprises a ramené ces exceptions au nombre de deux ; et l'actuel article L626-10 alinéa 3, héritier de l'article L621-63 alinéa 3, ne prévoit désormais plus l'exception attachée à la cession judiciaire des contrats intervenant dans le cadre d'un plan de cession.

Cette solution, applicable en sauvegarde, l'est également en cas de plan de cession organisé dans le cadre d'un redressement judiciaire, ainsi que stipulé par l'actuel article L631-9 du Code de Commerce. En cas de liquidation judiciaire, une solution équivalente se déduit de l'analyse du II introduit à l'article L661-6 du Code de Commerce dans sa rédaction d'alors⁷²⁶, qui

⁷²⁶ Modifié par l'ordonnance du 18 décembre 2008, c'est désormais le III de ce même article qui prévoit : « *Ne sont susceptibles que d'un appel de la part soit du débiteur, soit du ministère public, soit du cessionnaire ou du cocontractant mentionné à l'article L. 642-7 les jugements qui arrêtent ou rejettent le plan de cession de*

conditionne pour le cessionnaire la possibilité de faire appel lors de la survenance d'un abus calqué sur la rédaction de l'ancien article L621-63 du Code de Commerce. Désormais, la détermination du caractère « nécessaire » du concours des différents contrats à la poursuite de l'activité est conditionnée par les termes de l'offre formulée par le cessionnaire.

Ce dernier ne peut dès lors plus se voir imposer la poursuite d'un contrat qu'il n'aurait pas mentionnée par écrit lors de la formulation de son offre de reprise⁷²⁷. Cette position a été entérinée par un arrêt de la Chambre Commerciale de la Cour de Cassation par un arrêt en date du 15 décembre 2009⁷²⁸ (contredisant au passage l'interprétation qui avait été faite de ces modifications textuelles par le rapporteur de la loi de sauvegarde, qui les avait qualifiées de « *modifications de formes* »⁷²⁹). Le caractère « nécessaire » des contrats ne sera donc consacré que par l'intégration de ceux-ci au sein de la décision arrêtant le plan de cession. Si l'importance prépondérante de certains contrats ne fait aucun doute, la jurisprudence a cependant pu affirmer

l'entreprise. Le cessionnaire ne peut interjeter appel du jugement arrêtant le plan de cession que si ce dernier lui impose des charges autres que les engagements qu'il a souscrits au cours de la préparation du plan. Le cocontractant mentionné à l'article L. 642-7 ne peut interjeter appel que de la partie du jugement qui emporte cession du contrat. »

⁷²⁷ Pour une synthèse des débats doctrinaux concernant l'interdiction d'imposer au cessionnaire la charge de contrats n'étant pas mentionnés dans son offre de reprise, voir THULLIER (B.), *Cession judiciaire des contrats et loi de sauvegarde des entreprises : moins de pouvoirs pour le juge*, D. 2006, p.130

⁷²⁸ Cass. Com., 15 décembre 2009, pourvoi n° 08-21235, Bull. 2009, IV, n° 169. La Haute Juridiction a ainsi pu décider, dans le cadre d'un redressement judiciaire, que « *c'est par une exacte interprétation des dispositions combinées des articles L. 626-10, alinéa 3, L. 642-2 II et L. 642-7 du code de commerce, dans leur rédaction issue de la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, que l'arrêt retient que le tribunal ne peut imposer au repreneur la cession d'un des contrats mentionnés par l'article L. 642-7 précité dont l'exécution aggraverait les engagements qu'il a souscrits au cours de la préparation de son offre qui ne mentionnait pas la reprise de ce contrat* ».

⁷²⁹ Voir Ass. Nat. : rapport n° 2095, sur le projet de loi n° 1596 de sauvegarde des entreprises, par Mr X. De Roux

que le tribunal doit impérativement mentionner les contrats cédés au sein du plan, aucun d'entre eux ne faisant exception sur ce point⁷³⁰.

A l'inverse, les contrats se continuant de plein droit lors de la cession des actifs dont ils constituent l'accessoire ne dépendent pas des dispositions de cet article. Il ne sera donc pas nécessaire au juge de les mentionner spécifiquement au sein du jugement afin que leur exécution puisse être poursuivie par le cessionnaire. Il en sera ainsi par exemple du contrat d'assurance⁷³¹. On ajoutera enfin que les contrats qui ne se voient pas intégrés au sein du plan de cession ne sont pas pour autant résiliés de plein droit lors du jugement qui adopte le plan de cession, ni ne peuvent faire l'objet d'une résiliation par le tribunal. Ils doivent en principe être poursuivis par le débiteur cédant jusqu'à l'obtention d'une résiliation d'un commun accord⁷³². Néanmoins, le liquidateur ou l'administrateur peut, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 18 décembre 2008, solliciter auprès du juge-commissaire la résiliation de certains contrats, lorsque cette dernière « *est nécessaire à la sauvegarde du débiteur, et ne porte pas une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant* », ainsi que prévu au sein de l'article L641-11-1 du Code de Commerce.

Dans le cadre d'une cession isolée de fonds de commerce, seuls les contrats cédés de plein droit pourront donc suivre la destination du bien cédé sans pour autant nécessiter une renégociation avec le cocontractant. Les contrats relevant du régime de l'article L642-7 ne pourront être appréhendés dans ce cadre⁷³³. On mesure bien ici la différence fondamentale dans la manière dont sont envisagés ces deux régimes de cession. Les avantages accordés au cessionnaire ne

⁷³⁰ Voir sur l'absence de transmission automatique d'un contrat de bail commercial dans le cadre d'un plan de cession, Cass. com., 17 décembre 1996, pourvoi n° 94-18981, D. 1997, jur., p. 387, note MONSERIE M.-H., D. Aff. 1997, p. 188 ; concernant la transmission d'un contrat d'agence commerciale, Cass. com., 16 oct. 1990, *préc.*

⁷³¹ Civ. 2^e, 13 juillet 2005, pourvoi n° 04-13986, Act. proc. coll. 2005, n° 218, obs. MONSERIE-BON, RJDA 2005, n° 1369 ; JCP E 2006, n° 2, p. 72, obs. PETEL

⁷³² Voir JACQUEMONT (A.), *op. cit.*, *supra* note n°617., *spéc.* n° 932, et les références jurisprudentielles citées. Voir également SALGADO (M.-B.), *Droit commercial : Droit des entreprises en difficulté*, 3^e Edition, Rosny-Sous-Bois : Bréal, 2013, p.184, qui précise que le maintien des contrats en cours, lors de la liquidation judiciaire, n'est pas dépendant de la décision du tribunal de prononcer ou non le maintien de l'activité.

⁷³³ CA Versailles, 14 avril 2004, RPC, Mars 2001, n°1, p.44, n°5

sont justifiés que par la distinction de l'objet de la cession. Aussi l'attribution des avantages concédés, ainsi que les sacrifices imposés aux cocontractants apparaîtraient-ils injustifiés si les objets tendaient à se confondre. L'adoption de la notion d'U. E. T. P. permettrait la transmission uniforme de l'environnement contractuel propice au maintien de l'activité, sans plus se soucier des implications d'un débat théorique paralysant. Le seul guide décidant de la transmission des contrats relevant de l'article L642-7 du Code de Commerce serait alors uniquement le souci de préservation de l'activité de l'ensemble de biens cédés.

B) Traitement homogène des clauses restrictives de cession

Les régimes de cession actuels, applicables dans le cadre de la liquidation judiciaire, divergent également sur la question du respect des clauses restrictives de cession. Ces clauses, qui permettent en temps normal au cocontractant d'encadrer les conditions d'exécution du contrat le liant au débiteur, voient leur efficacité diversement modulée, selon que l'ensemble de biens auquel il est intégré soit cédé sous le régime du plan de cession (1), ou bien plutôt sous le régime de la cession de biens isolés (2).

1) Régime applicable en plan de cession

Dans le cadre du plan de cession, le mécanisme de cession judiciaire de l'article L642-7 du Code de Commerce prive d'effet les clauses restrictives à la cession du bail commercial⁷³⁴. Les clauses d'agrément, qui obligerait le débiteur cédé à recueillir l'autorisation préalable écrite du bailleur se trouvent privées d'effet⁷³⁵. De la même manière, les clauses de préemption, qui permettent au bailleur de se substituer à l'acquéreur, et de conclure un nouveau contrat avec un

⁷³⁴ Voir KENDERIAN (F.), *Le sort du bail commercial dans les procédures collectives*, 4^e Edition, Paris, L.G.D.J., 2015, 286 p. ; CA Caen, ch. civ. et com. 1, 9 novembre 2010, Comm. KENDERIAN, JCP E 2011, n°1265 ; CA Lyon, 12 janvier 2006, ch. civ. 3, n° jurisData n° 2006-295674 ; CA Rennes, ch. 2, 1er juillet 2008, RG n° 08/01007, RPC, 2010, comm. 75, obs. FRAIMOUT. Plus ancien, Cass. com., 6 décembre 1994, pourvoi n° 91-17927, Bull. 1994, IV, n° 368 ; JCP E 1995, I, 455, obs. PETEL ; RPC, 1995, p. 170, n° 43, obs. SOINNE.

⁷³⁵ Cass. com., 6 décembre 1994, *Ibid*, *contra* Cass. Com., 31 janvier 1995, pourvoi n° 91-20735, Bull. 1995, V, n° 31 p. 26, Comm. LE NABASQUE (H.), Rev. Soc. 1995, p. 320. Voir également, dans le cadre du refus de l'application d'un droit de préemption, stipulé cette fois au profit des preneurs à bail, Cass. Com., 1^{er} avril 1998, pourvoi n° 96-14393, Bull. 1998, III, n° 79, p. 53, RJDA, juin 1998, n° 771, p. 545

cocontractant choisi par leurs soins, deviennent caduques une fois soumises au régime du plan de cession⁷³⁶. La Haute Juridiction a récemment précisé cette règle en considérant que le respect des clauses du bail exigeant le respect d'un formalisme particulier, lors de la cession de ce dernier, constituaient également une restriction des possibilités de transmission de ce contrat, et devaient être ignorées dans le cadre d'un plan de cession⁷³⁷.

Dans le cadre d'une unification des régimes de cession, l'application de ce régime serait à privilégier. En effet, si le maintien de l'activité de l'entreprise, et donc la pérennité de la clientèle attachée au fonds de commerce, requiert la poursuite du contrat, alors l'exécution forcée du contrat et le mutisme imposé aux clauses restrictives de cession se justifient. En revanche, dans le cas contraire, la résiliation du contrat visé rendrait inutile la mise en œuvre de telles clauses. Une telle démarche unificatrice permettrait également un traitement égalitaire de tous les ensembles cédés, et améliorerait la sauvegarde de leur intégrité, lorsque cela se révèle possible.

2) Régime applicable en cession de biens isolés

On comprend actuellement mal pourquoi un fonds de commerce, cédé sous le régime de la cession de biens isolés, ne peut bénéficier des mêmes conditions privilégiées que ses homologues cédés en plan de cession. Une fois encore, les limites de la distinction des régimes de cession applicables en liquidation judiciaire rendent arbitraires l'application de ces mesures. Dans le cadre des cessions de l'article L642-19 du Code de Commerce, le sort des clauses restrictives de cession est en effet bien différent. Dans ce cas, le droit commun devra être respecté.

⁷³⁶ CA Paris, 9 novembre 2010, RG n° 10/02643, JCP E 2011, 1265, note F. KENDERIAN ; CA Paris, 15 janvier 2013, RG n° 12/17592 *Contra* voir CA Paris, 14 sept. 1993, PA 20 avril 1994, p. 23, note CALENDINI, qui exigeait à l'époque le respect d'une clause de préemption incluse dans un bail commercial lors de sa transmission dans le cadre d'un plan de cession, position abandonnée depuis.

⁷³⁷ Voir, pour l'exclusion du respect d'une clause exigeant la rédaction d'un acte authentique, Cass. Com., 1^{er} mars 2016, pourvoi n° 14-14716, comm. PUYGAUTHIER, JCP N, n° 30-34, 29 Juillet 2016, 1247, *contra* Cass. 3e civ., 17 juin 2014, pourvoi n° 13-15119, inédit

Ce qui aura plusieurs conséquences, visant à sécuriser la position du cocontractant d'une atteinte disproportionnée à ses droits. En effet, le maintien de l'activité n'étant pas au centre des préoccupations de ce mode de cession d'actifs, les effets de la cession judiciaire ne peuvent être justifiés⁷³⁸. Un juge-commissaire qui appliquerait cette prérogative propre au plan de cession dans le cadre d'une cession de biens isolés commettrait dès lors un excès de pouvoir⁷³⁹.

Le devoir de respect du régime de droit commun applicable en cas de cession de contrat engendre également un certain nombre d'obligations pour le liquidateur, absentes de son homologue en plan de cession. Tout d'abord, l'obligation légale faite au cédant, auquel se substitue en liquidation judiciaire le liquidateur, d'obtenir l'agrément du propriétaire, devra être respectée. Cette obligation doit être satisfaite de manière générale⁷⁴⁰, mais la jurisprudence a déjà pu préciser son caractère obligatoire dans le cadre spécifique de la cession d'un fonds de commerce. Le liquidateur doit alors obtenir l'autorisation de céder le bail auprès du bailleur⁷⁴¹.

Ensuite, la transmission du bail commercial dans le cadre de la cession de biens isolés nécessite parallèlement l'autorisation expresse du juge-commissaire⁷⁴². Cette solution applicable sous le

⁷³⁸ A ce stade de la réalisation des actifs, la cession légale du bail commercial est la seule applicable. Elle se justifie uniquement du fait de l'appartenance du bail commercial au fonds de commerce. Voir LE CORRE (P.-M), *Cession du bail commercial en cas de redressement judiciaire du preneur et plan de cession*, AJDI, 2002, p. 437

⁷³⁹ Cass. com., 4 mars 2003, pourvoi n° 00-16401, inédit, RDBF 2003, comm. 151, obs. LUCAS ; Act. proc. coll. 2003-11, comm. 148 ; Cass. com., 4 mars 2003, pourvoi n° 00-21899, inédit, RPC, 2003, p. 243, n° 10, obs. ROUSSEL-GALLE ; Cass. com., 13 mai 2003, pourvoi n° 00-13397, inédit.

⁷⁴⁰ Cass. com., 13 mai 2003, *préc.* ; CA Versailles, 12e ch., 14 octobre 2004, RG n° 03/06187 : RPC, 2005, p. 44, n° 5, obs. ROUSSEL GALLE

⁷⁴¹ Ainsi que le rappelle un arrêt Cass. Com., 14 octobre 1997, pourvoi n° 95-18029, inédit, qui énonce dans son dispositif qu'un juge-commissaire ne pouvait autoriser la prise de possession d'un fonds de commerce cédé selon les règles de la cession de gré à gré se déroulant en liquidation judiciaire, si les « *clauses du bail* », « *l'agrément du propriétaire* » et « *l'autorisation du tribunal* » n'avaient pas été respectés, ouvrant ainsi la voie de l'appel.

⁷⁴² Voir Cass. com., 9 mai 2007, pourvoi n° 06-10064, Bull. 2007, IV, n° 122 ; Act. proc. coll. Octobre 2007, comm. 118, note VALLANSAN ; JCP E 2007, 2119, p. 22, n° 5, obs. PETEL ; D. 2007, p. 1508, note LIENHARD ; Gaz. pal. 25 et 26 juillet 2007, p. 24, note BRAULT, *préc.* Un commentateur détaille ainsi le fonctionnement de ce mécanisme : « *En conséquence, il est bien clair que toute cession de biens de l'entreprise débitrice, en liquidation judiciaire, doit nécessairement être autorisée préalablement par le juge-commissaire, à peine de nullité, le pouvoir*

régime antérieur à loi de sauvegarde est reconductible sous le régime actuel, position affirmée tant en jurisprudence⁷⁴³ qu'en doctrine⁷⁴⁴. Enfin, la cession du fonds de commerce sous le régime de la cession de biens isolés impose de respecter l'ensemble des clauses contractuelles⁷⁴⁵. Au nombre de celles-ci devront être notamment respectées les pactes de préférence⁷⁴⁶, les clauses d'agrément⁷⁴⁷, les clauses exigeant la réitération de la cession par acte authentique⁷⁴⁸ ou les clauses assujettissant la validité de la cession du fonds de commerce à la rédaction d'un acte authentique.⁷⁴⁹

*donné au liquidateur par l'article L. 622-13 dudit code de céder le bail n'étant que le pouvoir de mettre en œuvre les actes d'exécution de la décision prise par ordonnance, par le juge-commissaire en vertu de l'article L. 622-18 du même code. » Voir GALLET (C.-H.), *La nécessaire autorisation du juge-commissaire pour la cession du droit au bail en cas de liquidation judiciaire du preneur de locaux commerciaux*, Comm. sous Cass. com., 9 mai 2007, pourvoi n° 06-10064, Rev. Loy. 2007, p. 880*

⁷⁴³ CA Douai, Ch. 2, 16 février 2011, *préc.*, qui décide que la cession du fonds de commerce devant se dérouler sous le régime de l'article L642-19, il incombait alors au liquidateur de saisir le juge-commissaire d'une autorisation de céder le bail en même temps que le fonds de commerce ; CA Toulouse, Ch. 2, 5 février 2013, RG n° 11/01495, qui mentionnait que dans l'espèce concernée, la liquidatrice avait présenté une requête au juge commissaire afin d'obtenir l'autorisation de la vente au gré à gré du fonds de commerce comprenant le bail commercial dont était arguée la résiliation par le bailleur des locaux.

⁷⁴⁴ GALLET (C.-H.), *Ibid.*, qui indique : « *En ce qui concerne les dispositions de l'article L. 622-13 du Code de commerce, elles sont reprises par la loi du 26 juillet 2005 à l'article L. 641-12 de ce code, sauf à indiquer que les dispositions de l'article L. 622-15 dudit code sont applicables. Il en résulte qu'en cas de cession du bail, toute clause imposant au cédant des dispositions solidaires avec le cessionnaire est réputée non écrite. Pour leur part, les dispositions de l'article L. 622-18 du Code de commerce sont reprises à l'article L. 642-19 du même code, de sorte que le juge-commissaire doit autoriser la vente de gré à gré des actifs du débiteur, ce dernier devant d'ailleurs être entendu ou dûment appelé. »*

⁷⁴⁵ Cass. Com., 14 octobre 1997, pourvoi n° 95-18029, *préc.*

⁷⁴⁶ Cass. 1^{ère} civ., 13 février 1996, pourvoi n° 94-11473, Bull. 1996, I, n° 83

⁷⁴⁷ Cass. com., 3 juin 2009, pourvoi n° 07-15708, inédit

⁷⁴⁸ Cass. 3^e civ., 17 juin 2014, *préc.*

⁷⁴⁹ Cass. Civ. 3^e, 17 juin 2014, *Ibid.*

Les clauses relatives au droit de préemption du bailleur doivent également être respectées, même si leur mise en œuvre lors des cessions de gré à gré reste confuse⁷⁵⁰.

On peut enfin évoquer brièvement, le sort du bailleur rural, déjà abordé plus haut. En effet, l'article L642-1, en son alinéa 3, prévoit que dans le cadre d'une cession d'entreprise incluant un bail de cette nature, le bailleur peut influencer sur la décision du tribunal prononçant la cession, en ce qui concerne du moins la désignation du successeur du preneur à bail. Cette possibilité n'est en revanche pas mentionnée dans le cadre d'une cession de fonds de commerce opérée sous le régime de l'article L642-19 du Code de Commerce. Aussi peut-on ici encore aisément deviner les fraudes aux droits du bailleur rural en cas d'imprécision dans la qualification des biens cédés. Un ensemble de biens pouvant être à loisir cédé sous l'un ou l'autre des régimes engendrerait pour le bailleur une incertitude préjudiciable dans l'application de ses droits.

On constate bien ici que les régimes de cession applicables dans le cadre de la réalisation des actifs comportent ici des différences irréconciliables, qui impactent tant les conditions de reprise de l'ensemble de biens cédés, que la situation des cocontractants. L'adoption d'une approche unique par le truchement de l'U. E. T. P. gommerait, d'une part, ces traitements inégalitaires en excluant de manière générale l'application des clauses restrictives de cession. Le maintien de l'activité, lorsque cela est possible, justifiant seul l'aspect dérogatoire du traitement contractuel, cet unique aspect doit pouvoir l'emporter sur d'autres considérations. D'autre part, la lisibilité accrue des modes cession mettrait les cocontractants à l'abri de l'aléa présent dans les modes de cession actuels.

⁷⁵⁰ Voir BRIGNON (B.), *Le point sur les réalisations d'actif ou la question de la date du transfert de propriété des actifs*, RPC, n° 4, juillet 2012, étude 22, p.1 et suivantes, *spéc.* n°5 à 8 et les références jurisprudentielles citées. L'auteur constate qu'au sein de l'arrêt commenté (Cass. com., 7 sept. 2010, pourvoi n° 09-66284, Bull. 2010, IV, n° 132 ; D. 2010, p. 2060, obs. LIENHARD ; JCP E 2010, 1910, note BRIGNON ; Bull. Joly entr. diff. mars-avril 2011, p. 18, note THERON ; JCP E 2011, 1030, obs. CABRILLAC, *préc.*), la Haute Juridiction a considéré que le bailleur était « *obligé d'attendre que l'ordonnance du juge-commissaire acquière un caractère irrévocable* », soit la signature des actes de cession, pour exercer son droit de préemption. Cette obligation vide le droit de préemption de son intérêt, puisque le bailleur ne « *pourra exercer son droit qu'à un moment où l'exercice n'aura plus aucun intérêt* ».

II) Particularités du régime légal du bail commercial

Le contrat de bail commercial est cédé selon les modalités de l'article L642-7 du Code de Commerce⁷⁵¹, car sa maîtrise constitue dans la plupart des cas un élément central de la poursuite de l'activité⁷⁵². Cependant, sa cession est soumise en temps normal aux dispositions d'un régime légal de droit commun exhaustif, qui entre en confrontation directe avec le régime dérogatoire des procédures collectives, ce qui génère des particularités⁷⁵³ qui seront être abordées ici. La plus spectaculaire des entorses faites au droit commun, lors de la cession du bail commercial au moment de la réalisation des actifs en liquidation judiciaire, réside dans une innovation récente intégrée au sein de l'article L642-7 du Code de Commerce. Le pouvoir octroyé au juge, dans le cadre du plan de cession, lui permettant d'accorder au repreneur de l'entreprise cédée une déspecialisation partielle, contraste ainsi fortement avec le régime de la cession de biens isolés (A). Au vu des développements précédents, un tel écart de traitement est injustifiable. Les aménagements judiciaires dont l'exécution du bail peut faire l'objet doivent également être abordés, car distinguant encore un peu plus artificiellement les modes de transmission du fonds de commerce à ce stade de la procédure (B).

⁷⁵¹ Voir Cass. Com., 9 mai 2007, pourvoi n°05-20057, inédit ; Cass.Com., 1^{er} mars 2016, pourvoi n°14-14716, *préc.*, qui précise que les clauses restrictives à la cession sont privées d'effet du fait de la soumission de la cession du bail commercial au régime dérogatoire de l'article L642-7 du Code de Commerce.

⁷⁵² Même si l'hypothèse de la transmission du bail commercial lors de la cession du fonds de commerce est prévalente dans la majorité des cas, elle ne présente pas, on l'a vu, un caractère automatique. La Haute Juridiction a déjà pu préciser que si le tribunal ne considère pas le bail comme l'un des contrats nécessaires au maintien de l'activité de l'entreprise cédée, ce dernier peut être exclu du domaine de la cession. Pour cela, il suffira au tribunal de ne pas mentionner le bail commercial au nombre des contrats transmis selon les dispositions de l'article L642-7 du Code de Commerce, la cession judiciaire des contrats régie par cet article nécessitant une mention expresse des contrats cédés au sein du jugement pour être efficace (Voir dans ce sens Cass. com., 17 décembre 1996, *préc.*)

⁷⁵³ On peut prendre pour exemple les modalités de résiliation du bail commercial du fait du non-paiement des échéances postérieures au jugement d'ouverture, qui varient par rapport au droit commun, et qui connaissent même des variations suivant que la requête en résiliation soit adressée au juge-commissaire, ou bien plutôt au juge des référés. Voir CA Aix-en-Provence, 8 ch. A, 21 février 2013, RG n° 12/07700, comm. KENDERIAN (F.), JCP E, n° 41, 10 Octobre 2013, 1549

A) Déspecialisation partielle de l'article L642-7

La loi n°2014-626 du 18 juin 2014, dite « Loi Pinel », a introduit d'importants changements dans un certain nombre de domaines légaux, au nombre desquels se trouve en premier lieu le statut des baux commerciaux⁷⁵⁴. Ce dernier est soumis par ce texte à de spectaculaires évolutions⁷⁵⁵, sur des questions aussi variées que la durée du contrat de bail, les formes devant être revêtues par le congé délivré, les modalités de révision du loyer (dont notamment une innovation majeure, fixant une limite à la variation du montant du loyer lors d'un déplafonnement), ou encore l'exercice du droit de préemption du preneur. D'autres articles de la loi mettent à jour les législations applicables à des domaines proches du bail commercial. Ainsi la convention d'occupation précaire et le bail dérogatoire voient également leurs régimes modifiés.

Ce texte a subi une très longue maturation, compréhensible au vu de l'importance économique déterminante du domaine abordé. Débutée en 2003 à l'initiative du Garde des Sceaux, Mr Dominique Perben, la réflexion du groupe de travail constitué à cet effet, sous la présidence de Me Philippe Pelletier aura donc mis une décennie avant de trouver une incarnation rédactionnelle effective. Présenté une première fois sous une forme très synthétique au conseil des ministres du 21 août 2013, le projet de loi initial relatif à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises comptait alors trente articles. La loi du 18 juin 2014⁷⁵⁶ en compte finalement soixante-treize.⁷⁵⁷

⁷⁵⁴ Voir MESTRE (J), et BARBIER (H.), *L'actualité 2014 du droit des contrats*, RLDC, n°121, décembre 2014, p. 6

⁷⁵⁵ Cette réforme est qualifiée par certains auteurs de « *réforme la plus importante du statut des baux commerciaux depuis le décret du 3 juillet 1972* », voir BLATTER (J.-P.), *op. cit.*, supra note n° 597

⁷⁵⁶ La loi n°2014-626 a été promulguée par le Président de la République le 19 juin 2014, pour une entrée en vigueur le lendemain.

⁷⁵⁷ Le caractère hétérogène de ce texte provient pour partie de la grande variété de domaines abordés : « *...le projet, également inspiré du rapport Pelletier, a été, au fil des débats parlementaires, largement amendé, d'innombrables amendements additionnels ayant permis au texte initial de s'enrichir de dispositifs nouveaux. Sacrifiant à une méthode législative à laquelle le juriste est désormais accoutumé, la loi nouvelle est un assemblage de mesures disparates qui répondent à des objectifs multiples, avec au premier chef, la dynamisation des commerces de*

L'article 15 de cette loi⁷⁵⁸ intervient directement dans le domaine du droit des entreprises en difficulté, en prévoyant la possibilité de procéder à la déspecialisation forcée des baux cédés en plan de cession. Cette innovation est de nature à altérer profondément l'équilibre des modes de cession applicables aux fonds de commerce en liquidation judiciaire. Aussi en exposerons-nous le principe (1), avant de plaider en faveur d'une application uniforme de cette dernière (2).

1) Régime actuel de la déspecialisation partielle

Le régime actuel de la déspecialisation partielle nous apparait, aujourd'hui, absolument inégalitaire. Réservé aux ensembles cédés en plan de cession (a), il dévalorise les ensembles de biens cédés dans le cadre des cessions de biens isolés, qui ne peuvent prétendre bénéficier des mêmes avantages. Cette impression est renforcée par le fait que ce régime diffère, en de nombreux points, du régime de déspecialisation découlant de l'application du droit commun (b).

proximité. » Voir TEFFO (F.), *La réforme des baux commerciaux par la loi relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises du 18 juin 2014*, PA, n° 200, 07 octobre 2014, p. 4

⁷⁵⁸ On notera d'ailleurs que, curieusement, le texte support de cette innovation n'est pas l'ordonnance du 12 mars 2014, portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, et dernière héritière en date de la série de textes ayant remodelé le droit des entreprises en difficulté depuis maintenant une décennie. Un auteur rappelle que les réformes antérieures des procédures collectives, en date de 1985, 1994, 2005 et 2008, avaient toutes retouché le statut des baux commerciaux. L'ordonnance du 12 mars 2014 est à ce titre une exception. KENDERIAN (F.), *La nouvelle cession-déspecialisation du bail en cas de procédure collective, à propos du nouvel alinéa 4 de l'article L642-7 du Code de Commerce, (L.2014-626, 18 juin 2014, Art.15, RPC, n°5, septembre 2014, étude 25.* D'autres auteurs regrettent que le législateur n'ait pas, à cette occasion, procédé à la clarification de quelques incertitudes récalcitrantes, telles « *l'application des règles d'ordre public du statut des baux commerciaux, en cas de saisine du juge-commissaire, ou encore, en cas de cession, sur la possibilité pour le bailleur de compenser les loyers antérieurs avec le dépôt de garantie* ». Voir ROHART-MESSAGER (I.), *Plan de cession et autorisation pour le repreneur d'exercer des activités connexes ou complémentaires à celle prévue dans le bail*, n° 5, Bull. Joly Entr. Diff., 01 septembre 2014, p. 339. Voir également VERCKHEN (H.), *Despecialisation partielle autorisée par le tribunal en plan de cession*, RLDA, n°98, novembre 2014, p. 25, qui remarque que la dernière réforme du droit des entreprises en difficulté avait plutôt pour objectif « *d'adapter le droit des procédures collectives à la période de crise actuelle en rendant plus attractifs encore les mécanismes actuels, notamment en matière de prévention.* »

a) Domaine d'application

Tout d'abord, concernant l'application de la loi dans le temps, l'article 15 précise que cette nouvelle possibilité ne peut trouver application que dans le cadre des procédures ouvertes postérieurement à l'entrée en vigueur du texte, soit à compter du 20 juin 2014⁷⁵⁹. Aucune rétroactivité n'ayant été prévue, les procédures en cours ne sont donc pas concernées par cette modification d'envergure.

Ensuite, on constate que le texte réserve, en phase liquidative, l'application éventuelle de cette nouvelle prérogative du tribunal au seul plan de cession. Les fonds de commerce cédés sous le régime de l'article L642-19 du Code de Commerce ne pourront donc se voir appliquer cette mesure.

b) Conditions d'application

L'application de cette déspecialisation, exclusive au droit des procédures collectives, présente de fortes singularités, qui la différencie de la procédure qui doit normalement être respectée en droit commun. Ainsi, la convocation du bailleur à l'audience (1), mais surtout une véritable émancipation du modèle imposé en droit commun (2), facilitent l'opération, rendant d'autant plus contestable que de tels avantages ne soient pas accordés de manière objective aux ensembles de biens comparables.

1) Convocation du bailleur

Le texte investit donc le tribunal compétent d'un nouveau pouvoir. Il peut dorénavant décider de l'adjonction d'une ou plusieurs activités connexes à la clause de destination originelle du bail.

⁷⁵⁹ Voir sur ce point POURTEAU (S.), *Loi « Pinel » : petit pêle-mêle*, *Gérer- le magazine du responsable comptable administratif et financier*, n° 41, Juillet-Août 2014, p.25. Pour une approche exhaustive de l'application de l'ensemble des dispositions de la loi Pinel dans le temps, voir CHAOUI (H.) ET VAISSIE (M.-O.), *Application dans le temps de la loi du 18 juin 2014 dite « loi Pinel »*, *Rev. Loy.*, n°953, p.3

Si le texte est avare en précisions complémentaires, plusieurs impondérables peuvent néanmoins être déduits de l'analyse du texte. En premier lieu, et c'est le seul élément ne nécessitant pas de se reporter aux solutions antérieures, le bailleur doit être appelé par le tribunal en vue de la déspecialisation. Mais cette sollicitation présente un caractère aléatoire. Il est certes précisé que le bailleur doit être « *entendu* », ⁷⁶⁰ mais le texte précise que si cela ne pouvait se faire, le fait d'avoir été « *dûment appelé* » pourrait suffire à satisfaire les exigences légales. Aussi, cette convocation du bailleur en vue de procéder à la déspecialisation partielle semble-t-elle plus relever de la satisfaction d'une exigence formelle que d'une véritable volonté de concertation ⁷⁶¹.

2) Un régime émancipé de la déspecialisation de l'article L145-47 du Code de Commerce

En revanche, les éléments devant guider le tribunal dans sa décision ne sont pas définis. Il semble en effet certain que le législateur a souhaité s'affranchir du régime habituellement applicable aux demandes de déspecialisation judiciaire, qui est déterminé à l'article L145-47 du Code de Commerce ⁷⁶².

⁷⁶⁰ GOURAUD (C.), *La pratique notariale des baux commerciaux après la loi Pinel du 18 juin 2014*, Defrénois, 15 septembre 2014 n° 17, p. 902 ; GARBIT (P.), *La loi du 18 juin 2014 et la réforme du statut des baux commerciaux (I^{re} partie)*, RLDA, septembre 2014, p.18, qui relève que « *ce texte permet donc de modifier de manière limitée la clause de destination des lieux sans avoir à respecter d'autre formalité que l'appel du bailleur à présenter ses observations ...* »

⁷⁶¹ Voir BLATTER (J.-P.), *op. cit.*, *supra* note n° 597., qui constate que cette nouvelle faculté exonère « *totale*ment le preneur du respect des dispositions de l'article L. 145-47 du code de commerce et notamment en ne permettant pas au bailleur de contester le caractère connexe ou complémentaire des activités dont l'adjonction est sollicitée, si ce n'est que le tribunal statue « *après avoir entendu ou dûment appelé le bailleur* », cette expression énonçant plus une condition de forme de la régularité de la procédure qu'une règle de fond conditionnant l'autorisation d'adjonction d'activités connexes ou complémentaires. Notamment, le tribunal n'a pas, pour se prononcer, à tenir compte de l'évolution des usages commerciaux, puisque le texte ne le prévoit pas. »

⁷⁶² BLATTER (J.-P.), *loc. cit.* Certains auteurs ont d'ailleurs relevé la nécessité de ne pas appliquer à cette nouvelle mesure le régime de la déspecialisation de l'article L145-47 du Code de Commerce « *sinon la mesure n'aurait aucun intérêt* ». Voir également MONEGER (J.) ET KENDERIAN (F.), *Premiers regards sur la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relatives au bail commercial*, RTD Com., 2014 p. 535, et PUYGAUTHIER (J.-L.), *Les conséquences de la loi Pinel sur la cession du bail commercial ou du fonds de commerce*, JCP N, n° 1-2, 9 janvier 2015, 1002, *spéc.*

Ce dernier est en effet trop contraignant pour s'adapter aux conditions de célérité requises dans le cadre des procédures collectives, et se révélerait sans doute contreproductif et inefficace. La modification de l'article R 145-5 du Code de Commerce⁷⁶³ par le décret d'application de la loi⁷⁶⁴ confirme cette déduction. Celui-ci acte définitivement que cette déspecialisation ne peut résulter que d'une négociation contractuelle entre le bailleur et le preneur, ou d'une décision judiciaire. Sont visés spécifiquement à ce titre les articles L 145-47 à L 145-55 du Code de Commerce, ainsi que l'article L 642-7 du Code de Commerce, de manière différenciée⁷⁶⁵. Aussi le régime de déspecialisation de l'article L642-7 du Code de Commerce, s'il est original, demeure-t-il encore relativement cryptique, notamment pour ce qui concerne la définition des critères déclenchant sa mise en œuvre⁷⁶⁶. On peut cependant avancer que la dérogation à la destination originelle du bail ne sera permise que si l'adjonction de nouvelles activités connexes est considérée par le tribunal comme indispensable au maintien de l'activité de l'entreprise cédée par le tribunal.

L'interprétation de la clause de destination est de plus équivoque. Ainsi, si l'article 1728 du Code Civil impose au preneur le respect strict de la clause de destination du bail, et l'impossibilité de pouvoir en déborder sans une renégociation préalable avec le bailleur, la jurisprudence a développé en matière de bail commercial une approche plus souple, autorisant

⁷⁶³ Dans sa rédaction actuelle : « *La destination des lieux est celle autorisée par le bail et ses avenants ou par le tribunal dans les cas prévus aux articles L. 145-47 à L. 145-55 et L. 642-7.* » Il est précisé que les dispositions de cet article ne sont applicables qu'à la date de publication de ce décret.

⁷⁶⁴ Décret n° 2014-1317 du 3 novembre 2014 relatif au bail commercial, spécialement son article 3

⁷⁶⁵ Voir REYGROBELLET (A.), *Bail commercial : important décret d'application de la loi Pinel*, JCP N, n°47, 21 novembre 2014, act. 1174

⁷⁶⁶ Ainsi que l'analyse monsieur le Professeur Kendérian, il est à l'heure actuelle impossible de savoir si le critère sur lequel le tribunal prendra la décision d'une déspecialisation partielle reprendra la logique de « *l'évolution des usages commerciaux* » de l'article L145-47 du Code de Commerce, ou s'il pourra s'en dispenser. A sa suite, nous concluons à l'application probable de la deuxième solution, puisque le nouveau texte est entièrement indépendant de la procédure évoquée par le statut des baux commerciaux. Aussi le tribunal pourrait-il « *alors se prononcer en fonction d'autres critères et notamment en fonction des seules contraintes et exigences liées au projet du repreneur.* » Seule l'étude de la jurisprudence qui sera rendue sur ce sujet nous permettra de déterminer avec certitude les critères retenus par les tribunaux à ce sujet. Voir KENDERIAN (F.), *op. cit.*, *supra* note n° 760

au preneur la possibilité d'exercer des activités qui ne sont pas expressément mentionnées dans le bail, mais qui sont considérées comme étant incluses, car dans le prolongement naturel des activités permises⁷⁶⁷. De plus, si la nouvelle activité ne peut, dans le cadre d'une désécialisation partielle, que s'ajouter à l'activité prévue au bail, (et ne pourra en aucun cas s'y substituer, ce qui représenterait dès lors une désécialisation totale), l'activité connexe permise par le tribunal pourra pourtant devenir économiquement prépondérante, sans contrevenir aux règles de la désécialisation partielle. On peut supposer que cette approche devrait aussi trouver à s'appliquer dans le cadre des désécialisations de l'article L642-7 du Code de Commerce.

Néanmoins, la définition même de la connexité et de la complémentarité des activités est encore actuellement au cœur d'un débat jurisprudentiel, et plusieurs définitions peuvent en être retenues, tout du moins dans le cadre de l'application de l'article L145-47 du Code de Commerce⁷⁶⁸. La caractérisation de la connexité ou de la complémentarité a en effet donné lieu à un important contentieux par devant les Tribunaux de Grande Instance. Le but recherché par les juges consulaires dans le cadre de la nouvelle désécialisation de l'article L642-7 n'étant pas guidé par les mêmes ambitions (la volonté de permettre la transmission d'une entreprise pérenne incitera sûrement les juges à retenir une conception extensive de ces notions), et le pouvoir d'interprétation des juges étant souverain sur ce point, on peut anticiper que le courant jurisprudentiel déterminant les conditions de connexité et de complémentarité, applicables dans ces circonstances, différera sensiblement de la ligne suivie par la jurisprudence des TGI⁷⁶⁹.

⁷⁶⁷ Voir ROHART-MESSAGER (I.), *op. cit.*, *supra* note n° 760. Pour l'auteure, « *la nouvelle activité sera qualifiée de connexe ou complémentaire si le produit vendu est de même nature que le produit initial ou répond aux mêmes besoins, s'il s'adresse à la même clientèle et s'il s'exploite dans les mêmes conditions que le produit initial.* » Elle cite ainsi comme exemple l'activité de pharmacie qui permet la vente de produits homéopathiques ou vétérinaires, ou encore l'activité de banque, qui permet la distribution de produits d'assurance.

⁷⁶⁸ Voir sur ce point CHAMOULAUD-TRAPIER (A.), *op. cit.*, *supra* note n° 182, p. 170. L'auteur résume ainsi les définitions de ces termes retenues par la jurisprudence dans le cadre de l'application du droit commun : « *sont connexes les activités qui ont un rapport étroit avec l'activité déjà exercée, ce qui suppose une similitude ou une dépendance des produits concernés ou des méthodes de travail qu'ils impliquent. Sont complémentaires les activités nécessaires à un meilleur exercice de l'activité principale.* »

⁷⁶⁹ Voir MUTELET (C.), PRIGENT (J.) et RODRIGUEZ (M.-L.), *Réforme des baux commerciaux*, RLCF 2014, juillet-août-septembre 2014, p. 323

On peut donc anticiper une double difficulté à laquelle seront soumis les juges du fonds. A la nécessité d'établir les critères guidant le déclenchement de la déspecialisation, s'ajoutera celle de déterminer la signification que revêt cette connexité dans le cadre du plan de cession. Au risque de voir se développer deux conceptions parallèles de la déspecialisation.

On constatera de manière subsidiaire que les pouvoirs du juge, au moment de cette déspecialisation, avaient été initialement plus largement dotés. En effet, à l'étude des textes des projets de loi ayant précédé la version définitive du texte, il apparaît qu'il avait été retenu que le tribunal ait la possibilité de fixer lui-même, lors du jugement de cession, le montant du loyer du bail transmis, au moment de la révision triennale suivante. Mais au cours du trajet législatif du texte, cette éventualité a finalement été retranchée du texte final lors du passage de ce dernier devant la commission mixte paritaire⁷⁷⁰.

2) Nécessité d'une application égalitaire de la déspecialisation de l'article L642-7 du Code de Commerce

Le régime de la déspecialisation forcée de l'article L642-7 du Code de Commerce est encore inabouti et devra être affiné ultérieurement par l'action conjuguée du législateur et de la jurisprudence, c'est un fait entendu. Néanmoins, ces réflexions s'effacent en partie derrière une interrogation qui nous semble encore plus pressante, et qui est celle de la légitimité de l'application de cette déspecialisation⁷⁷¹. Les droits du bailleur subissent en effet une nouvelle

⁷⁷⁰ Néanmoins la modification de l'article R 145-5 du Code de Commerce, qui prévoit désormais, depuis l'entrée en vigueur du décret d'application n° 2014-1317 du 3 novembre 2014, que la destination des lieux, composante importante de la valeur locative, est « *celle autorisée par le bail et ses avenants ou par le tribunal dans les cas prévus aux articles L145-47 à L145-55 et L642-7* », impose au juge de prendre en compte la destination telle que modifiée au moment de la cession au moment de la révision du loyer ou du renouvellement du bail. Voir PRIGENT (J.), *Loi Pinel et bail commercial : commentaire du décret du 3 novembre 2014*, Rev. Loy., 2014, p.499

⁷⁷¹ On ne peut s'empêcher de discerner dans cette accumulation d'incertitudes les symptômes de l'impréparation et de la précipitation, qui ont nui à la cohérence du texte. Pour une approche très critique du processus législatif ayant précédé la promulgation de la loi n°2014-626, voir DUMUR (J.-P.), *Le « bêtisier » de la loi Pinel en dix stations*, AJDI, 2014, p. 821, qui constate « *la rédaction très approximative* » du texte qui conduit à « *un véritable florilège d'incohérences entraînant des conséquences contraires aux objectifs recherchés, d'effets « boomerang » et d'« arroseurs arrosés* ».

atteinte⁷⁷², et d'envergure celle-là, puisqu'à l'obligation qui lui est faite de céder son bail, s'ajoute désormais, dans le cadre du plan de cession, l'obligation d'en modifier la clause de destination, afin de favoriser le maintien de l'activité du repreneur⁷⁷³. Mais en l'état actuel des textes, l'atteinte aux droits du bailleur est doublement injustifiable. On ajoutera que le cessionnaire bénéficiaire de cette nouveauté se voit octroyer un avantage non seulement fonctionnel, mais également patrimonial, dans la mesure où cette déspecialisation augmente la valeur du fonds cédé. Cette mesure distingue artificiellement des ensembles conceptuellement identiques, invitant une nouvelle fois l'insécurité juridique dans un domaine où cette dernière, le lecteur en conviendra, rôde déjà bien suffisamment (a). De plus, elle introduit une nouvelle source d'incohérence théorique dans l'édifice juridique des cessions liquidatives de fonds de commerce, qui ne pourra être évacuée, selon nous, tant que les ensembles complexes de biens ne seront pas cédés selon un mode de cession unique (b).

a) Discrimination artificielle des modes de cession

Cette nouvelle atteinte aux droits du bailleur est tout d'abord critiquable car elle creuse encore un peu plus le fossé séparant les deux modes de cession applicables dans le cadre de la cession d'un fonds de commerce. L'accentuation du déséquilibre contractuel au détriment du bailleur ne peut pourtant se justifier que dans le cadre de modes de cession étanches, où les objets de ceux-ci sont infailliblement identifiés et distincts. Or leur confusion rend inéquitable d'imposer à un bailleur des obligations complémentaires dans le cadre du plan de cession, dans l'hypothèse où l'ensemble de biens visé pouvait également être cédé dans le cadre de la cession de biens isolés. De plus, le retranchement de la déspecialisation de la cession de biens isolés contrevient aux buts poursuivis par la loi, qui sont de redynamiser les centres-villes en évitant une agrégation des petits commerces dans les zones commerciales périurbaines⁷⁷⁴, ainsi qu'en

⁷⁷² Voir MONEGER (J.) ET KENDERIAN (F.), *op. cit.*, *supra* note n° 764, *supra* notre note n°, qui relèvent que « *le bailleur, qui sera simplement entendu ou appelé, subit une nouvelle restriction de ses droits contractuels.* »

⁷⁷³ Ainsi que le remarque le Professeur Kendérian, l'objectif est de « *faciliter la reprise des fonds de commerce* ». Il est saisissant de constater la signification interchangeable des termes entreprise et fonds de commerce dans les écrits relatifs à cette étape de la procédure. Voir KENDERIAN (F.), *op. cit.*, *supra* note n° 760

⁷⁷⁴ Ainsi que l'exprimait au cours des débats le sénateur de l'Aude, Mr Roland Courteau : « *Force est de le constater, les commerces de proximité sont en danger. Avec leur disparition, ce sont nos bourgs et nos villages qui se sclérosent et se meurent...Parce que ces activités sont au centre de la vie locale, parce qu'elles participent* »

atteste son intitulé, qui vise l'artisanat, le commerce et les très petites entreprises. En effet, la possibilité de déspecialisation partielle n'étant présente qu'en cas de plan de cession, elle ne concerne que les ensembles d'une certaine complexité, et néglige en conséquence les fonds de commerce les plus modestes, voués à être cédés sous le régime de l'article L642-19 du Code de Commerce. On ne peut que déceler là une contradiction, alors que les petits commerces auraient tout autant intérêt, sinon plus, à obtenir cette dérogation pour permettre d'assurer leur pérennité.

Cette contradiction est d'autant plus incompréhensible, que l'égalité des modes de cession sur la question de la déspecialisation forcée du bail était à l'origine parfaite. En effet, l'article 15 de la loi n° 2014-626 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises a ajouté à l'article L642-7 du Code de Commerce, qui concerne le transfert des contrats lors de la tenue des opérations de cession de l'entreprise dans le cadre de la liquidation judiciaire, un quatrième alinéa, siège de la déspecialisation discutée. Ce texte résulte d'un amendement sénatorial⁷⁷⁵. Il est apparu au cours des débats devant la chambre que, dans l'intérêt de l'entreprise, il pouvait se révéler utile de permettre au repreneur de poursuivre le contrat de bail commercial, dans des conditions légèrement différentes de celles appliquées jusque-là. Or il s'avère que l'amendement sénatorial original, ayant introduit la possibilité d'une déspecialisation partielle du bail, et tel que présenté dans le projet de loi en date du 21 avril 2014, avant son passage devant la commission mixte paritaire, différait grandement de la version retenue. Le texte sénatorial intégrait à l'origine une seconde partie, destinée à modifier conjointement l'article L642-19 C. com., et qui étendait la déspecialisation forcée à la cession de biens isolés. Le pouvoir de décider de cette déspecialisation dans le cadre des cessions de l'article L642-19 était alors confié au juge commissaire.

Aussi le vœu des sénateurs était-il bien d'accorder aux fonds de commerce cédés en liquidation judiciaire un traitement égalitaire. La déspecialisation aurait alors concerné tout autant ceux qui sont cédés sous le couvert de la cession d'entreprise, que ceux qui sont cédés dans le cadre de

à son dynamisme et à la qualité de vie à laquelle chacun aspire, nous devons prendre les mesures qui s'imposaient, afin de remédier à ce déclin. » Voir compte-rendu intégral des débats au Sénat, séance du 16 avril 2014

⁷⁷⁵ Amendement n°150 de REQUIER (J.-C.), Doc. Sénat, *compte-rendu intégral des débats, séance du 16 avril 2014.*

la cession de biens isolés de l'article L642-19 du Code de Commerce. De plus la cession de biens isolés pouvant théoriquement concerner tout autant un fonds de commerce qu'un unique bail commercial nu, retenir cette version du texte aurait permis un traitement équitable de tous les contrats de baux commerciaux transmis dans un cadre liquidatif.

On peut conjecturer sur les raisons de cette soustraction au moment du passage du texte devant la commission mixte paritaire, mais il est certain que celle-ci a eu pour conséquence de placer le bailleur dans une position inique, puisqu'il ne peut anticiper ni le sort auquel sera voué le contrat qui le lie au débiteur cédé, ni les conditions de son exécution si ce dernier venait à être poursuivi. Pour toutes ces raisons, il nous apparaît souhaitable d'imposer un traitement uniforme à tous les ensembles de biens cédés en liquidation judiciaire, et d'assurer au bailleur une meilleure lisibilité de ses obligations.

b) Incohérence conceptuelle de la désécialisation forcée de l'article L642-7 du Code de Commerce

Nous évoquons plus haut le caractère doublement injustifiable des nouvelles obligations mises à la charge du bailleur par cette dernière innovation légale. C'est qu'en plus des incohérences sus-évoquées, il nous semble évident que le principe même de la désécialisation, à ce stade, de la procédure collective ne peut s'appliquer actuellement dans des conditions impartiales. Nous l'avons vu au cours des développements antérieurs, les ensembles visés par les régimes de cession actuels des articles L 642-1 et suiv. du Code de Commerce., et L642-19 du même code. d'autre part, sont respectivement l'entreprise et le fonds de commerce. Or ces notions s'articulent autour de l'activité, et de la clientèle qui en est à l'origine.

La législation actuelle permet d'adjoindre d'autres activités connexes ou complémentaires à l'activité prévue au bail, afin de renforcer l'attractivité de l'ensemble de biens cédés en plan de cession. C'est, à notre sens, faire fi de la finalité principale du plan de cession, qui prévoit le « *maintien* » de l'activité de l'entreprise cédée. On ne peut à notre sens parler du maintien d'une activité qu'on modifierait simultanément au moment de sa transmission. La notion de fonds de commerce conserve pour sa part son identité en cas de désécialisation partielle, puisque l'adjonction d'activités connexes ou partielles ne permet pas la création d'une nouvelle clientèle. A l'inverse d'une désécialisation totale qui peut mener à la création d'un nouveau fonds de commerce.

Notre proposition d'unification des régimes de cession applicables aux fonds de commerce appréhendés par la liquidation judiciaire permettrait de clarifier les obligations mises à la charge du bailleur, et d'offrir à la désécialisation de l'article L642-7 du Code de Commerce une cohérence, et une justification théorique qui lui font à notre sens défaut sous le régime actuel. Le plan de cession concernerait dans cette hypothèse tous les ensembles complexes de biens cédés dans le cadre de la liquidation, sans pour autant que ceux-ci ne puissent être identifiés *stricto sensu* comme un fonds de commerce ou une entreprise. Un même ensemble ne pourrait ainsi plus risquer de se voir appliquer deux régimes dissemblables comme dans le cadre actuel. La désécialisation de l'article L642-7 du Code de Commerce pourrait alors être actionnée lorsque cela s'avère utile, sans plus se soucier du régime de cession applicable. Et l'application du plan de cession au concept d'U. E. T. P., spécifique aux procédures collectives, exclurait toute incohérence quant au « *maintien* » de l'activité, la nature transitoire de l'ensemble cédé ne réclamant pas la continuité de cet aspect de l'ensemble cédé.

B) Conditions d'exécution du contrat de bail commercial transmis

Les pouvoirs exorbitants dévolus au tribunal dans le cadre d'un plan de cession lui permettent également d'influer sur les conditions d'exécution du contrat⁷⁷⁶. Les contrats sont donc transmis au cessionnaire au jour du jugement emportant la cession. Cependant, un arrêt de la Cour de Cassation a pu décider que « *le transfert des droits et obligations résultant de ceux-ci (les contrats) ne prend effet qu'à la date de conclusion des actes de cession ou de la prise de possession par le cessionnaire*⁷⁷⁷ ». Ce même arrêt a pu préciser qu'« *en cas de cession de contrats à exécution successive, le cessionnaire est tenu des créances correspondant à la période de jouissance postérieure à la date ainsi fixée, peu important l'exigibilité de ces créances, antérieures à cette date* ». Le contrat transmis doit être exécuté dans les conditions « *en vigueur au jour de l'ouverture de la procédure, nonobstant toute clause contraire* », ainsi que prévu par l'article L642-7 du Code de Commerce.

⁷⁷⁶ Voir, concernant les conditions d'exécution du contrat de bail au cours de la liquidation, ROUSSEL-GALLE (P.), *op. cit.*, *supra* note n° 315

⁷⁷⁷ Cass. Com., 6 janvier 1998, pourvoi n° 95-15407, Bull. 1998, IV, n° 7

Dans le cadre de l'exécution du bail commercial, cette question de la date du transfert de propriété des biens cédés a un impact déterminant sur les prérogatives du bailleur⁷⁷⁸. Toutefois, cette remarque est valable, on l'a vu, tant dans le cadre de la cession de biens isolés que dans le plan de cession. Cela n'est pas pour autant dire que dans le cadre du plan de cession, la totalité des clauses du contrat trouveront leur application au cours de l'exécution du contrat par le cessionnaire. En effet, la limite semble se trouver dans la nature de la clause étudiée. Si cette dernière constitue une créance de nature personnelle mise à la charge du débiteur cédé, le cocontractant ne pourra exiger du repreneur l'exécution de celle-ci⁷⁷⁹.

En revanche, une distinction subsiste dans l'exécution du bail selon le mode de cession privilégié. Si l'article L642-7 du Code de Commerce ne ménage plus au tribunal la possibilité d'accorder des délais de paiements au cessionnaire du contrat⁷⁸⁰, celle-ci reste cependant

⁷⁷⁸ Voir BRIGNON (B.), *op. cit.*, *supra* note n° 752, *spéc.* n°s 9 à 14, et les références jurisprudentielles citées. L'auteur constate : « *si la vente est parfaite dès leur prononcé, pour autant des actes postérieurs sont nécessaires pour que la cession devienne définitive. Et tant que ces actes matériels – rédaction et signature de l'acte de cession par exemple – n'ont pas été passés, un bailleur peut toujours se prévaloir du non-paiement de certains loyers pour mettre fin au bail, sous réserve bien entendu qu'il respecte scrupuleusement la forme de la résiliation.* » Il constate au surplus que le bailleur devra faire preuve d'une particulière vigilance en ce qui concerne la date du transfert de propriété dans la délivrance d'un congé sans offre de renouvellement.

⁷⁷⁹ Cass. com., 13 févr. 2007, pourvoi n° 05-17296, Bull. 2007, IV, n° 38, Gaz. Pal., n° 142, 22 mai 2007, p. 23, note BRAULT. La Haute juridiction précise que l'exécution d'un pacte de préférence inclus dans le contrat cédé ne pourra être exigée par le bailleur auprès du débiteur cédé. Le pacte de préférence n'est en effet pas transmis par le mécanisme de la cession judiciaire du contrat. En revanche la reconstitution du dépôt de garantie, restitué par le bailleur au débiteur cédé au cours de la procédure, doit être respectée. Elle ne représente dans un tel cas qu'une modalité d'exécution du contrat cédé, et ne peut être assimilée à un engagement autre que celui auquel le débiteur s'est astreint au moment de l'offre de reprise du contrat. Voir sur ce point Cass. com., 16 septembre 2008, pourvoi n° 06-17809, Bull. 2008, IV, n° 155, JCP G 2009, I, n° 114, note CABRILLAC. De même, le bailleur ne pourra obtenir le respect d'une clause de préemption lorsque le bail est cédé sous le régime du plan de cession. Voir CA Paris, pôle 5, ch. 3, 23 janvier 2013, RG n° 11/06407

⁷⁸⁰ Dans la rédaction antérieure à la loi de sauvegarde, le tribunal conservait la possibilité d'octroyer de tels délais. Néanmoins, ces prérogatives avaient déjà fait l'objet d'ajustements depuis l'entrée en vigueur de la loi du 25 janvier 1985. La loi du 10 juin 1994 avait ainsi réduit les délais pouvant être octroyés par le tribunal à 10 ans, contre 25 ans sous l'ancienne législation, ce qui aboutissait à des situations « moralement choquantes ». Voir NEUVILLE (S.), *op. cit.*, *supra* note n° 216., *spéc.* n°138, et les références citées. Tout juste la jurisprudence avait-elle précisé que, dans le cadre d'un crédit-bail, les délais accordés ne pouvaient aller à l'encontre de l'économie

invocable dans les procédures collectives ouvertes avant l'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde, et doit donc ici être évoquée. On peut percevoir sur ce point un rapprochement du droit des procédures collectives spécifique au plan de cession, et du droit commun, applicable dans les autres cas de cession envisagés à ce stade par le Code de Commerce.

Enfin, une dernière différence subsiste pour ce qui concerne l'application des clauses de solidarité. La loi de sauvegarde, dans le cadre spécifique de la cession judiciaire d'un bail commercial accompagnant la réalisation d'un plan de cession, a apporté des précisions bienvenues⁷⁸¹. L'article L622-15 du Code de Commerce répute ainsi ces dernières non-écrites. Si le texte ne traite que de l'application de cette disposition à la procédure de sauvegarde, les articles L 631-14 et L 641-12 du Code de Commerce permettent également la pleine efficacité de cette disposition dans le cadre du plan de cession, respectivement en procédure de redressement judiciaire et en liquidation judiciaire. Aussi ne sont-elles pas applicables dans le cadre de la cession de biens isolés.

L'unification des modes de cession applicables aux fonds de commerce nous apparaît, ici encore, souhaitable, afin que les conditions d'exécution des baux cédés soient homogènes, tant dans l'intérêt du preneur que du bailleur.

du contrat et excéder les termes du contrat. Voir sur ce point CA Aix-en-Provence, 13 janvier 1988, D. 1988, jur., p. 280, note FABIANI, Gaz. Pal. 1988, 1, jur., p. 248, note BEY, LPA 1988, n° 49, p. 20, note FABIANI, RPC, 1988, p. 392. Le retrait de cette possibilité est, semble-t-il, lié aux critiques relatives à l'avantage concurrentiel excessif qu'elle octroyait au cessionnaire. Voir LIENHARD (A.), *op. cit., supra* notre note n°113, p. 473. D'autres auteurs lient ce retrait à trois éléments : « *la manifestation d'une meilleure prise en compte du respect des droits des cocontractants* », « *la conséquence du basculement du plan de cession dans la liquidation judiciaire dont la finalité ne saurait être le maintien de l'activité au détriment des créanciers* » et « *la volonté du législateur de renforcer le caractère sérieux du plan de cession qui doit, par principe, conduire à exclure toute faculté d'aménager des délais de paiement au profit du repreneur.* » Voir LUCAS (F.-X.), ET LECUYER (H.), *op. cit., supra* note n° 301, p. 329

⁷⁸¹ En effet, il faut rappeler ici que l'ancien art. L 621-30 C. com., dans sa rédaction antérieure à la loi de sauvegarde, ne prévoyait l'inopposabilité des clauses de solidarité qu'à l'égard de « *l'administrateur* ». Aussi cette rédaction engendrait-elle des hésitations quant à son application dans le cadre du redressement judiciaire simplifié, qui ne nécessite pas obligatoirement la désignation d'un administrateur, et dans le cas de la liquidation judiciaire. Ces interrogations sont clarifiées par la nouvelle rédaction du texte.

Section II) Prérogatives des salariés

La pluralité de régimes de cession applicables au fonds de commerce dans le cadre des procédures collectives au cours de la liquidation judiciaire soumet actuellement les salariés d'une entreprise à de trop lourdes incertitudes. Le choix de l'un de ces régimes de cession a des conséquences fondamentales à leur égard, tant dans le principe même du maintien des contrats de travail, que pour ce qui concerne les conditions d'exécution de ceux-ci (I). La confusion des régimes de cession applicables commande une uniformisation du traitement des salariés, afin de ne pas inviter l'arbitraire au sein de situations déjà douloureuses pour les salariés impliqués⁷⁸² (II).

I) Régime légal de l'article L642-5 du Code de Commerce

Le sort des contrats de travail attachés au fonds de commerce cédé lors des réalisations liquidatives d'actifs constitue l'un des arguments majeurs plaidant pour une refonte profonde des modes de cession applicables au fonds de commerce à ce stade de la procédure. A la lumière de nos développements précédents, et des contradictions mises au jour, le maintien d'une dualité de régimes applicables aux salariés est en effet injustifiable, et les incertitudes auxquelles ils sont soumis d'une brutalité excessive. Afin de traiter cet aspect essentiel de notre problématique de manière exhaustive, nous étudierons, dans un premier temps, le régime bicéphale actuel des contrats de travail concernés (A), puis nous identifierons les incohérences qui en découlent, et proposerons à la suite de cette analyse des pistes d'amélioration (B).

A) Régime légal actuel des contrats de travail au moment de la réalisation de l'actif

La dissemblance des régimes de cession, lors des réalisations d'actifs au moment de la liquidation, sur la question de la poursuite des contrats de travail attachés aux fonds cédés, est actuellement, une fois encore, totale.

⁷⁸² Sur les différents risques encourus par les salariés d'une entreprise soumise à une procédure collective, voir FIN-LANGER (L.), *Les risques subis par les salariés*, RPC, n° 6, novembre 2010, dossier 10

En droit commun, l'article L1224-1 du Code du Travail⁷⁸³, ancien article L122-12, oblige le repreneur d'un fonds de commerce à poursuivre les contrats de travail existant entre les salariés et l'ancien employeur dans les mêmes conditions que celles applicables initialement. Hors du domaine des procédures collectives, la jurisprudence a pu, depuis longtemps, affirmer que cette disposition trouvait à s'appliquer dans les cas où était caractérisée une « *entité économique autonome dont l'activité était poursuivie* »⁷⁸⁴. La question de l'application de ces dispositions, au moment de la réalisation des actifs, est donc bien logiquement au centre de nos attentions. Aussi en étudierons-nous, dans un premier temps, les caractéristiques actuelles dans le cadre la cession de biens isolés (1), qui recourent le régime de droit commun. Nous nous intéresserons ensuite aux particularités du traitement de la question de la transmission des contrats de travail, dans le cadre des dispositions dérogatoires attachées à la mise en œuvre du plan de cession (2).

1) Dans le cadre de la cession de biens isolés

Les cessions réalisées selon l'article L642-19 du Code de Commerce commandent l'application des dispositions de droit commun⁷⁸⁵. Ces dernières imposent, dans le cadre de la cession d'un fonds de commerce, que les contrats de travaux attachés à celui-ci soient transmis à l'acquéreur au moment de la cession, suivant en cela littéralement les prescriptions de l'article L1224-1 du Code du Travail, qui prévoit précisément que son champ d'application concerne la vente d'un

⁷⁸³ Article L1224-1 du Code du Travail : « *Lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par succession, vente, fusion, transformation du fonds, mise en société de l'entreprise, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise.* »

⁷⁸⁴ Cass. Ass. Plèn., 16 mars 1990, *préc.* On notera cependant l'évolution de la jurisprudence récente sur les critères d'application de cette disposition en droit commun, qui en a étendu le domaine d'application. La Cour de Cassation a en effet décidé, dans un arrêt relativement récent, que le transfert « *d'éléments d'exploitation nécessaires et significatifs* » suffisait à justifier le transfert automatique des emplois attachés à l'activité concernée. Voir Cass. Soc., 24 novembre 2009, pourvoi n°08-44148, Bull. 2009, V, n° 264, dans le cadre d'une modification par une clinique du prestataire de services responsable de la gestion de son service de restauration.

⁷⁸⁵ Cass. Soc., 10 mai 2001, pourvoi n° 99-41391, Bull. 2001, V, n° 162, et Cass. Soc., 1^{er} octobre 2003, pourvoi n° 01-43685, inédit, qui réaffirment l'application du droit commun dans le cadre des cessions de biens isolés en liquidation judiciaire, et qui en déduisent l'inefficacité de tout licenciement prononcé à ce titre.

fonds⁷⁸⁶. Cette position a été confirmée par la jurisprudence, tant dans le cadre du régime antérieur à la loi de sauvegarde⁷⁸⁷, que depuis⁷⁸⁸, le fonds de commerce s'étant vu reconnaître, ainsi que nous avons pu le voir, comme une émanation de la notion d'entité économique autonome.

2) Dans le cadre du plan de cession

En revanche, dans le cadre du plan de cession, des aménagements législatifs modulent les effets de l'article L1224-1 du Code du Travail, afin de satisfaire à l'objectif de poursuite de l'activité⁷⁸⁹. En effet, la comparaison entre la notion d'entreprise et celle d'entité économique autonome conclue inévitablement, on l'a vu également, à une identité de concept. L'entreprise cédée par l'entremise d'un plan de cession constitue bien une entité économique autonome. La cession partielle de cette dernière, devant porter sur une branche complète et autonome d'activité, définie comme « *un ensemble organisé de moyens permettant la poursuite de l'exploitation* », correspond en outre également à cette définition. L'article L 642-5 du Code de Commerce prévoit donc en conséquence la possibilité pour le repreneur de procéder à des licenciements⁷⁹⁰, dont les conditions de mise en œuvre sont prévues aux alinéas 5 et 6 de cet

⁷⁸⁶ Se pose néanmoins la question de l'acquiescement du salarié concerné au transfert automatique de son contrat de travail. La jurisprudence française est sur ce point dans une position contradictoire, car refusant l'opposition aux effets de l'article L1224-1 du Code du travail, tout en convenant que la liberté de choix du salarié doit être respectée, conformément aux directives européennes. Cette position est motivée en partie par le droit des entreprises en difficulté, qui verrait l'échec d'un grand nombre de cessions si les salariés devaient préférer l'indemnisation au transfert de leur contrat de travail au repreneur. Voir sur cette question SUPPIOT (A.), *Les salariés ne sont pas à vendre (en finir avec l'envers de l'article L122-12 alinéa 2)*, RDS 2006, p. 264

⁷⁸⁷ Cass. Soc., 14 mai 1998, pourvoi n° 95-45370 96-40293, Bull. V, n° 249, p. 190 ;

⁷⁸⁸ Cass. Soc., 26 juin 2012, pourvoi n°11-10108 et n° 11-21752, inédit

⁷⁸⁹ Voir BAILLY (P.), *Les objectifs du droit des procédures collectives en matière d'emploi*, RLDA n°75, octobre 2012, p. 56

⁷⁹⁰ Néanmoins, certaines catégories de salariés bénéficient d'une protection exceptionnelle du fait des mandats qu'ils doivent assumer. Ainsi, le licenciement d'un représentant des salariés, pour être valable, doit intervenir sur autorisation de l'inspecteur du travail, après que le comité d'entreprise ait été consulté. Voir sur ce point CHAGNY (Y.), *Un organe des procédures collectives : le représentant des salariés*, RDS 2008, p. 1003 ; GRANGE (J.), *La cession de l'entreprise en difficulté*, Les Cahiers Sociaux, n°277, 01 septembre 2015, p.476

article⁷⁹¹. La jurisprudence joue également un rôle notable sur cette question en apportant des précisions précieuses sur les conditions devant être respectées à l'occasion des licenciements effectués dans le cadre de l'exécution d'un plan de cession⁷⁹².

B) Incohérences actuelles des modalités de transmission des contrats de travail

Le maintien d'une dualité de régimes applicables aux contrats de travail, dans le cadre de la cession d'un fonds, affiche des obstacles conceptuels trop importants pour que sa crédibilité n'en soit pas entachée. Le domaine d'application de l'article L642-5 du Code de Commerce, détaché des objectifs prônés par la procédure, au premier rang desquels le maintien de l'activité, est inadéquat (1). Le caractère hasardeux de l'évolution législative, qui a dessiné l'actuel domaine d'application de la mesure, l'est tout autant (2).

Une solution unitaire, visant à étendre celui-ci, actuellement spécifique au plan de cession, à tous les cas d'espèce impliquant la transmission d'un fonds de commerce, nous semble, en conséquence, indispensable pour restaurer un traitement uniforme des salariés dont le contrat de travail passera par les soins de la procédure, et permettre l'adéquation de la masse salariale au soutien de l'activité défaillante.

⁷⁹¹ Pour une présentation des exigences préalables à la tenue de licenciements dans le cadre du plan de cession, notamment la convocation des organes de représentation des salariés, voir LIENHARD (A.), *op. cit.*, *supra* note n° 144, p. 470-471. Cette dérogation est néanmoins présente depuis la loi du 25 janvier 1985. Sous le régime antérieur, l'ancien article L621-83 du Code de commerce prévoyait déjà la cession de l'entreprise, dans le cadre du redressement judiciaire, et le maintien à cet effet au moins partiel des contrats de travail : « *Il s'agissait en somme d'une dérogation légale aux effets de l'article L 122-12, qui ne permettait pas de remettre en cause des licenciements régulièrement prononcés.* » Voir également BAILLY (P.), *Les licenciements et les procédures collectives*, Gaz. Pal., n°313, 08 novembre 2008, p. 3

⁷⁹² CE, 2 juillet 2014, n° 361502, Comm. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, L'essentiel du droit des entreprises en difficulté, n° 9, 2 octobre 2014, p. 6. L'arrêt précise que les exigences de reclassement applicables dans le cas du licenciement d'un salarié, qui découlent des dispositions de l'article 1233-4 du Code du Travail, ne sont pas applicables à la société cessionnaire, dans le cadre du plan de cession.

1) Au vu de l'objectif de maintien de l'activité

Au premier rang des éléments plaçant pour la rénovation des régimes de cession applicables au fonds de commerce, quant au sort réservé aux salariés, apparaît la contradiction avec le but affiché du maintien de l'activité. La recherche d'une véritable adéquation entre ce maintien de l'activité et la poursuite des contrats de travail plaide donc tout particulièrement en la faveur d'un regroupement de tous les régimes de cession d'un fonds de commerce au moment de la réalisation des actifs. Un arrêt récent, en date du 26 juin 2012, rendu par la Chambre Sociale de la Cour de Cassation⁷⁹³, met en exergue les conséquences contreproductives des divergences de régimes applicables à la poursuite des contrats de travail. Il réaffirme le principe du transfert des contrats de travail au repreneur d'un fonds de commerce cédé sous le régime de la cession de biens isolés, et clarifie les conditions d'indemnisation d'une salariée qui aurait indûment été licenciée⁷⁹⁴. Certains commentateurs perçoivent dans cette approche bifide des contrats de travail la possibilité pour le juge, sur la question du transfert des contrats de travail, d'adapter le mode de cession aux souhaits que le repreneur a pu formuler dans l'offre⁷⁹⁵.

⁷⁹³ Cass. Soc., 26 juin 2012, *préc.* Dans le cadre de la cession d'un fonds de commerce sous le régime de la cession de biens isolés, une Cour d'Appel avait refusé l'application de l'article L1224-1 du Code du Travail. La Cour de Cassation casse la décision rendue, et rappelle l'application automatique de l'article visé en cas de transfert d'une entité économique autonome. Dans le cas d'une cession de fonds de commerce opérée dans le cadre de la cession d'actifs isolés du débiteur, organisée à l'art. L642-19 du C. com., le fonds de commerce constitue bien une telle entité au sens de la législation et justifie donc le transfert des contrats de travail.

⁷⁹⁴ Si des licenciements ont été opérés au cours de la cession isolée d'un fonds, la seule solution alors envisageable réside dans la possibilité pour le repreneur de proposer la continuation de son contrat de travail au salarié, sans que ce dernier n'ait pu faire l'objet d'une modification. Cette proposition doit être réalisée avant l'expiration du préavis. Si aucune proposition n'est formulée au salarié, alors ce dernier peut légitimement demander une indemnisation ou une réintégration au sein de l'entreprise cédée.

⁷⁹⁵ Voir sur ce point FIN-LANGER (L.), *Attention la cession isolée d'un fonds de commerce entraîne l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail*, LAPCC n° 13, Juillet 2012, alerte 192, comm. sous Cass. soc., 26 juin 2012, n° 11-10.108 et n° 11-21.752, L'auteur déduit de cet arrêt que « lorsque est présent au moins un salarié, il est préférable de procéder par plan de cession adopté par le tribunal de commerce plutôt que par une cession isolée du fonds de commerce autorisée par une ordonnance du juge-commissaire. En effet, si le tribunal dans cette affaire avait prévu le licenciement de cette salariée en application de l'article L. 642-5 du Code de commerce, il n'y aurait pas eu violation de cette disposition et la salariée n'aurait pas pu obtenir une indemnisation. Le repreneur aurait pu ensuite la reprendre à ses conditions sans qu'il y ait eu violation de ce texte. »

Or, si la technique du plan de cession permet de moduler le volume des contrats de travail poursuivis, cette adaptation ne doit pas être motivée par la satisfaction des exigences formulées par le repreneur au sein de son offre, mais bien plutôt par la recherche de l'établissement de conditions optimales permettant la pérennité de l'activité transmise⁷⁹⁶.

L'application de l'article L1224-1 du Code du Travail, et des garanties qu'il apporte au devenir des salariés, ne peut être potestative. Elle doit rester exclusivement attachée aux faits de l'espèce. C'est parce que l'offre est celle qui permet le maintien de l'activité dans les meilleures conditions que les licenciements sont autorisés, et non parce que l'offre vise l'acquisition d'un fonds vierge de tous salariés. Actuellement, on aboutit en effet au paradoxe suivant : dans le cadre d'un plan de cession, les licenciements sont théoriquement les garants de la poursuite d'une activité viable. Ils interviennent au soutien de cette dernière, afin de ne pas la lester d'obligations auxquelles le repreneur ne saurait faire face. En revanche, le fonds de commerce cédé sous le régime de l'article L 642-19 du Code de Commerce ne bénéficie pas des faveurs et exemptions légalement prévues lui permettant d'optimiser les chances de maintien de l'activité. Le législateur achève les chances de survie de cette activité en imposant un respect strict des dispositions de l'article L 1224-1 du Code du Travail, qui décourage les repreneurs potentiels du fonds de commerce cédé.

Les conséquences de cette application différenciée de l'article L1224-1 du Code du Travail sont donc doublement néfastes. Pour les repreneurs du fonds cédé tout d'abord, qui se verront refuser l'adaptation du nombre de contrats de travail transmis, alors même que l'activité de l'ensemble repris est vacillante. Pour les salariés ensuite, qui ne verront, paradoxalement, la certitude de la poursuite de leurs contrats de travail affirmée que dans les cas où l'ensemble de biens cédé a moins de chances de poursuivre son activité. La confusion des notions déclenchant l'application des régimes de cession ajoute sur ce point l'arbitraire à l'inéquitable. La création d'un régime de cession unique applicable au fonds de commerce permettrait de bannir cette tentation utilitariste des juges du fonds. Un fonds de commerce, quel qu'il soit, partie intégrante d'un ensemble plus important ou isolé, est siège d'une activité économique.

⁷⁹⁶ Voir FIN-LANGER (L.), *Les aspects sociaux de l'opération de reprise de l'entreprise en difficulté*, RPC, n° 3, mai 2010, étude n°17, qui indique : « Ainsi, le plan finalement choisi peut sacrifier les créanciers si le repreneur s'engage à maintenir les emplois ou, à l'inverse, favoriser le désintéressement des créanciers, même si des emplois sont supprimés. »

C'est pour permettre la pérennité de celle-ci que l'article L 642-5 du Code de Commerce adapte le nombre de contrats de travail poursuivis. Aussi apparaît-il légitime que tous les fonds cédés bénéficient des mêmes solutions de traitement au moment de leur cession lors de la réalisation des actifs. Ainsi, le « *compromis acceptable entre la situation de l'entreprise et les nécessités de sa survie, d'une part, et la protection des salariés contre la perte de leur emploi, d'autre part* »⁷⁹⁷ que constitue la possibilité de procéder à des licenciements en plan de cession verrait sa légitimité renforcée en étendant son application à tous les fonds en ayant potentiellement l'utilité, en évitant des licenciements iniques à des salariés n'ayant pu anticiper le régime sous lequel leur contrat de travail aura été transmis.

2) Au vu de l'évolution législative

La prise en considération des intérêts des salariés dans le processus a été graduelle. Dans un premier temps absente des réflexions guidant la maturation du traitement des entreprises en difficulté, elle a suivi une trajectoire parallèle à la volonté de « moralisation » des cessions réalisées en procédures collectives. C'est la loi de 1985 qui a définitivement intégré au rang des préoccupations principales de la procédure le maintien de l'emploi dans les meilleures conditions. Mais cette bienveillance croissante, déployée dans l'intérêt des salariés dont la situation est affectée par la procédure, ne s'est pas accompagnée immédiatement d'une volonté de simplification et de lisibilité des régimes de cession.

A l'origine uniquement invocable en phase de redressement judiciaire, les dispositions relatives aux licenciements applicables au plan de cession ne connaissaient pas d'équivalent dans le cadre de la procédure de liquidation judiciaire. Au régime actuel voyant coexister les régimes du plan de cession et de la cession de biens isolés, répondait alors en miroir cette même cession de biens isolés, dont la forme a finalement peu évolué, et la désormais obsolète cession d'unité de production. Nous avons déjà pu analyser cette notion défunte au cours de nos développements précédents. Son régime avait donné lieu à une très importante contribution jurisprudentielle⁷⁹⁸, qui avait abouti à sa reconnaissance comme entité économique autonome.

⁷⁹⁷ Voir BAILLY (P.), *op. cit.*, *supra* note n° 793

⁷⁹⁸ Voir VATINET (R.), *Sur la place faite aux salariés par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005*, JCP S, n° 15, 4 Octobre 2005, p. 1230 : « *Mais malgré la volonté affichée de moraliser les cessions, on a*

Cette identification avait justifié l'application automatique des dispositions de l'actuel article L 1224-1 du Code du Travail, et donc le transfert systématique de l'ensemble des contrats de travail lors des cessions de ce type en liquidation judiciaire. Aussi aboutissait-on à une uniformité de régimes en liquidation, tout du moins sur la question des conditions de transfert des contrats de travail. Sous l'ancien régime antérieur à la loi de sauvegarde de 2005, quel que soit le mode de cession retenu, tous les contrats de travail étaient en conséquence transférés au repreneur. La loi de sauvegarde de 2005, en supprimant la cession d'unité de production, a procédé à une unification partielle des régimes de cession en liquidation judiciaire, ne laissant subsister que la technique du plan de cession, dorénavant applicable en liquidation judiciaire, et le régime de la cession de biens isolés.

Le régime du plan de cession englutit de fait les situations antérieurement dévolues au curieux régime intermédiaire de la cession d'unité de production⁷⁹⁹. Mais cette assimilation n'est pas sans conséquences. Les licenciements, interdits alors dans le cadre de la cession d'unités de production, se trouvent donc à nouveau autorisés sous le régime actuel, et ce dans des situations juridiquement strictement identiques⁸⁰⁰.

L'arbitraire et la précipitation planent donc, une fois encore, sur cette reconfiguration des modes de cession applicables lors de la réalisation des actifs. L'unique possibilité de mettre un terme

réglementé que les seules cessions aménagées dans le cadre, conçu comme idéal, du plan de redressement (qui pouvait prendre la forme d'un plan de cession ou de continuation). La loi nouvelle laissait curieusement subsister la possibilité d'une cession d'unité de production dans le cadre de la procédure de liquidation. En pratique, cette procédure, qui présente les mêmes risques que l'ancienne cession à forfait tant décriée, a été la voie la plus souvent choisie par les repreneurs d'entreprises en difficulté. Or, comme la question de licenciement n'avait été spécialement envisagée par la loi commerciale que pour la seule cession-redressement, la jurisprudence sociale a eu les mains libres pour contrôler elle-même la question du sort des contrats de travail en cas de cession d'unités de production, en se fondant sur l'article L 122-12 alinéa 2 du code du travail. »

⁷⁹⁹ Voir pour une retranscription critique des différentes étapes jurisprudentielles ayant jalonné l'évolution de l'article L.122-12 du Code du Travail jusqu'à l'adoption de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005, MORVAN (P.), *Transfert d'entreprise et contrats de travail : l'irrésistible article L.122-12 du Code du Travail*, RLDA, 2006, n°9

⁸⁰⁰ Ainsi que le constate un auteur, « le passage du plan de cession dans la liquidation judiciaire conduit naturellement à la suppression de la technique des cessions d'unité de production. Dès lors, au transfert de plein droit des contrats de travail en cours succède une véritable permission de licencier. » Voir CALOMILI (C.) ET GATTO (C.), *op. cit.*, supra note n° 261

à ces redécoupages fallacieux des domaines des modes applicables en liquidation est de procéder à l'unification définitive de ceux-ci. L'identification d'un critère discriminant étant aussi chimérique actuellement qu'elle l'était sous le régime antérieur à la loi de sauvegarde, il convient de placer tous les fonds de commerce sous un régime équivalent, afin que tous voient leur pérennité assurée dans les meilleures conditions.

A ce stade de la procédure, il est certain que si le maintien de l'emploi doit être une préoccupation majeure des organes de la procédure, il ne peut qu'être tributaire de l'activité qui le nourrit, et doit dans tous les cas être adapté en fonction de ce seul but. Que l'activité transmise soit solide, ou plus incertaine, il semble illogique de faire supporter de manière péremptoire la charge de l'ensemble des contrats de travail au repreneur. Cette dernière doit dans tous les cas être adaptée à l'objectif de transmission de l'activité. Dans certains cas, le pouvoir modérateur des juges exigera d'importants sacrifices aux salariés dans ce sens, dans d'autres cas, l'ensemble des salariés pourra voir leur contrat poursuivi. Mais cette transmission devra s'effectuer en fonction des besoins de la procédure, et non suite aux effets particuliers et automatiques d'un régime de cession au domaine d'application difficilement définissable.

L'unification des régimes de cession d'actifs applicables en liquidation représente donc un véritable impératif, dans une perspective guidée par le souci d'un traitement équitable des salariés. L'adoption de l'U.E. T. P., en tant que notion dont l'identification génère l'application du plan de cession, permettrait pour la première fois d'exclure l'arbitraire du sort réservé aux salariés d'une entreprise liquidée, et d'imposer enfin une véritable cohérence sociale à la liquidation judiciaire, absente jusqu'ici⁸⁰¹.

Cette évolution ne peut être économisée. La logique commande que soit préférée une démarche permettant de sécuriser la transmission d'un nombre de contrats de travail adapté aux besoins

⁸⁰¹ Un auteur constatait avant l'adoption de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 que « *La chambre sociale fait ce qu'elle peut pour que le traitement social des difficultés économiques des entreprises puisse faire l'objet d'un contrôle judiciaire minimal. En l'état actuel de notre droit des procédures collectives, ce contrôle est parcellaire, inégal et peu rationnel* » et que « *l'évolution prévisible du droit des procédures collectives ne fait guère de place aux salariés.* ». Elle constatait également que, dans ce qui allait devenir la loi de sauvegarde, « *les questions relatives au droit du travail dans les entreprises en difficulté sont totalement passées sous silence.* » Voir VATINET (R.), *L'entreprise en difficulté et ses salariés*, Sem. Soc., 2003, supplément n°1140, 20 octobre 2003

de l'activité, et n'entravant pas cette dernière inconsidérément, plutôt qu'une continuation artificielle de l'ensemble de ceux-ci aboutissant à la transmission d'une entité malade, qui ne pourra permettre leur maintien de manière pérenne, quand ce maintien ne décourage pas tout simplement toute tentative de reprise.

II) Uniformisation du régime applicable aux contrats de travail

Les incohérences, détaillées dans les développements précédents, des régimes auxquels sont soumis les salariés attachés à un fonds de commerce réalisé en phase liquidative, confinent ainsi à l'injustice pour ceux-ci, non seulement quant au principe même du maintien de leurs contrats de travail, mais également quant au régime que se verront appliqués les contrats repris ou résiliés. Aussi une harmonisation de ceux-ci est-elle là encore souhaitable, afin d'offrir un traitement égalitaire à tous, que ces salariés soient repris (A), ou fassent l'objet d'un licenciement (B) lié aux impératifs de la procédure.

A) Pour les salariés repris

Le régime applicable aux salariés repris doit être abordé sous deux angles. Tout d'abord pour ce qui concerne les modalités de transmission des contrats de travail, puis pour ce qui attrait aux conditions d'exécution des contrats transmis.

Concernant les modalités de transmission des contrats de travail, plus qu'une mise à l'écart absolue du droit commun, l'article L642-5 du Code de Commerce semble bien plutôt consacrer une application limitée de celui-ci. Si dans le cadre du plan de cession, la totalité des contrats de travail ne pourra être poursuivie, les contrats transférés relèveront pourtant de ce régime, tant dans les modalités de leur transfert, que dans celles de leur exécution.

Concernant les conditions d'exécution des contrats de travail transférés au repreneur dans le cadre d'un plan de cession, l'article L1224-1 du Code du Travail ne s'applique pas. Le repreneur, s'il exerce donc ses pouvoirs de direction dans leur plénitude, ne peut donc pas modifier à sa guise l'environnement contractuel préexistant, car c'est bien le même contrat de travail qui est poursuivi. Le nouvel employeur ne peut donc pas s'affranchir du respect des avantages antérieurement accordés au salarié, que ceux-ci puissent résulter d'un usage admis au moment de la tenue de la cession, ou d'un engagement unilatéral de l'employeur précédent⁸⁰².

⁸⁰² Cass. Soc., 12 mars 2008, pourvoi n° 06-45147, Bulletin 2008, V, n° 59. La Haute Juridiction décide que le repreneur ne peut s'exonérer du respect de ces obligations en invoquant l'article L626-10, qui dispose au sein de son dernier alinéa que « *les personnes qui exécuteront le plan, même à titre d'associés, ne peuvent pas se voir*

De plus, le respect du plan de cession induit des obligations complémentaires mises à la charge du repreneur, qui s'ajoutent aux obligations légales habituellement applicables. Le repreneur ne peut donc pas refuser d'exécuter les engagements résultant des termes de son offre en arguant a posteriori de la nécessité de modification de contrats de travail spécifiques. Il doit respecter certaines obligations lorsqu'il souhaite licencier pour motif économique des salariés dont le contrat avait été repris⁸⁰³. Il est en effet soumis à une double obligation : respecter les règles applicables au licenciement économique, mais également se conformer aux engagements pris dans le cadre de l'exécution du plan de cession. Si les mesures prises constituent une modification des engagements du preneur dans le cadre du plan de cession, alors ce dernier doit demander une modification des termes du pla,, sous réserve de s'exposer à une résolution de celui-ci à titre de sanction⁸⁰⁴.

Les conséquences particulières de la résolution du plan de cession, à l'égard des salariés repris, méritent également quelques éclaircissements d'ordre procédural. La jurisprudence a en effet pu préciser que, malgré la rétroactivité de la résolution du plan de cession, le repreneur conservait son statut d'employeur entre la date du prononcé du plan de cession et la date du prononcé de la résolution de ce dernier. Aussi demeurait-il en conséquence débiteur des sommes dues à ce titre⁸⁰⁵.

imposer des charges autres que les engagements qu'elles ont souscrits au cours de sa préparation, sous réserve des dispositions prévues aux articles L. 626-3 et L. 626-16. »

⁸⁰³ Cass. Soc., 26 janvier 2010, pourvoi n°08-44119, inédit. En l'espèce, la Cour de Cassation avait refusé de valider le licenciement économique de salariés repris dans le cadre d'un plan de cession, deux ans après la tenue de ce dernier. Le cessionnaire arguait des difficultés rencontrées par l'entreprise reprise, et de la nécessité de réorganiser son entreprise afin de sauvegarder sa compétitivité. Ces motifs avaient été éconduits par la Haute Juridiction.

⁸⁰⁴ L'article L642-11 du Code de Commerce dispose en effet que le cessionnaire doit rendre compte au liquidateur de l'exécution du plan de cession, et que, dans l'hypothèse où le licenciement projeté se verrait dénier toute cause réelle et sérieuse, un salarié pourrait valablement saisir le tribunal pour faire prononcer la résolution du plan. En plus des éventuels dommages et intérêts à verser, l'article L642-11 du Code de Commerce précise par ailleurs en son alinéa 3 que le « *prix de la cession payé par le cessionnaire reste acquis* ».

⁸⁰⁵ Cass. Soc., 22 mars 2007, pourvoi n° 05-44089, inédit

La conséquence logique est que le cédant redeviendra employeur à compter de la date de la résolution du plan, et assumera à cette date à nouveau les obligations relatives à ce statut.

B) Pour les salariés licenciés

En ce qui concerne la procédure de licenciement applicable dans le cadre d'un plan de cession, si l'article L 642-5 du Code de Commerce constitue une exception au régime du transfert obligatoire des contrats de travail découlant de l'application de l'article L 1224-1 du Code du Travail, ces derniers doivent cependant être réalisés en conformité des règles restrictives applicables⁸⁰⁶, tant pour ce qui concerne les mentions imposées dans le jugement prononçant la cession (1), qu'en ce qui concerne les démarches mises à la charge du mandataire lors de la mise en œuvre de ces licenciements (2).

1) Respect des obligations formelles

L'article R 631-36 du Code de Commerce commande que le plan précise le nombre de licenciements envisagés, ainsi que les activités et catégories professionnelles concernées. La jurisprudence a apporté de nombreuses précisions quant au régime applicable aux licenciements se déroulant dans le cadre du plan de cession. A une tolérance bienvenue concernant la forme revêtue par les licenciements, visant à ne pas entraver outrageusement le déroulement de la procédure (ce qui pourrait aboutir au rejet de plans viables, et donc à des décisions contreproductives), s'oppose une rigueur nécessaire concernant les règles de fonds régissant la procédure de licenciement⁸⁰⁷.

⁸⁰⁶ La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016, dite loi « Travail », a cependant introduit des modifications importantes dont l'articulation avec le droit des procédures collectives reste incertaine. En effet, la conception du licenciement économique retenue par la loi ne peut être appliquée sans difficultés dans le cadre du droit des entreprises en difficulté. Voir JACOTOT (D.), *Licenciement économique : quelle évolution pour les entreprises en difficulté ?* RPC, n° 1, Janvier 2016, dossier 18 et FIN-LANGER (L.), ET JACOTOT (D.), *La loi « Travail » et le droit des procédures collectives*, RPC, n° 5, septembre 2016, étude 17

⁸⁰⁷ Cass., Soc., 12 février 2008, pourvoi n°06-45801 06-45823, inédit, déterminant que le nombre de salariés licenciés par catégorie professionnelle ne peut non plus être prévu par le plan de cession. Le plan ne peut pas plus stipuler le licenciement préférentiel des salariés dont le contrat a pu être suspendu, voir Cass. Soc., 24 mars 2010, pourvoi n° 09-40465, Bull. 2010, V, n° 68

En cas de violation des règles applicables aux licenciements intervenant dans le cadre du plan de cession, il est alors loisible aux salariés d'invoquer l'application de l'article L 1224-1 du Code du Travail, afin de voir constater que leur licenciement est sans cause réelle et sérieuse⁸⁰⁸.

2) Obligations mises à la charge du mandataire

Le mandataire voit également de nombreuses obligations mises à sa charge. Il doit ainsi mettre en œuvre les licenciements en respectant les délais fixés par la loi. Il doit, si cela n'a pas été fixé par un accord collectif, fixer les critères d'ordre à l'intérieur d'une même catégorie professionnelle pour éviter l'arbitraire entre les salariés repris et ceux licenciés⁸⁰⁹, consulter les représentants du personnel, respecter le dispositif relatif à la convention de reclassement personnalisée⁸¹⁰, et procéder à la rédaction des lettres de licenciement et à leur notification⁸¹¹, d'informer la DDTEFP de cette procédure, et se conformer à l'obligation de reclassement. La jurisprudence est ainsi particulièrement exigeante vis-à-vis du respect de ces exigences du mandataire, même si ce dernier doit parfois faire face à des exigences difficilement conciliables⁸¹².

⁸⁰⁸ Cass. Soc., 3 mars 2009, pourvoi n°08-40091, inédit. Il faut également remarquer que dans un tel cas, l'indemnité sera prise en charge par l'AGS. Le cessionnaire pourra par ailleurs être tenu de rembourser cette indemnité à l'AGS s'il refuse la poursuite du contrat de travail.

⁸⁰⁹ Article L1233-5 du C. trav.

⁸¹⁰ Article L1233-75 du C. trav.

⁸¹¹ Articles L1233-15 et suiv. et L1235-7 du C. trav.

⁸¹² Voir sur ce point CA Amiens, 27 septembre 2005, RG n° 05/02402, ayant considéré que le mandataire liquidateur n'avait pas respecté l'obligation de reclassement car ce dernier avait procédé aux licenciements après avoir sollicité les sociétés du groupes susceptibles de reclasser les salariés, sans pour autant avoir obtenu les réponses au moment des licenciements réalisés. Pourtant, dans ce dossier, le mandataire avait été condamné en référé à la réalisation des licenciements sous astreinte d'une somme de 2 millions d'Euros par jour de retard. Voir également DE FREMONT (H.), *Les licenciements et les procédures collectives : un compromis acceptable ?* Gaz. Pal., 22 janvier 2009 n°22, p. 11, qui constate que « les délais de consultation des institutions représentatives du personnel empiètent bien souvent sur le délai d'un mois prévu pour notifier les licenciements. » Les affres du liquidateur en matière de licenciements sont ainsi résumées : « Le mandataire risque de se trouver pris en tenaille

Concernant l'obligation de reclassement, tous les licenciements économiques doivent en bénéficier, que ceux-ci se déroulent dans le cadre juridique du droit commun, ou qu'ils se tiennent dans le cadre plus restrictif des procédures collectives, même dans le cadre d'un plan de cession. Aussi le licenciement ne pourra-t-il intervenir que si le reclassement du salarié concerné dans l'entreprise n'est pas envisageable. Ce reclassement devra impérativement être évoqué, quel que puisse être le nombre de salariés devant bénéficier de celui-ci. Les emplois proposés au titre de l'obligation de reclassement devront nécessairement être disponibles, et de même catégorie, que l'emploi précédemment occupé. On notera cependant qu'ils pourront éventuellement être de catégorie inférieure si le contrat est modifié d'un commun accord.

Le reclassement du personnel doit prioritairement être envisagé dans les entreprises du groupe dont l'activité, l'organisation ou le lieu de réalisation de l'activité permettent aisément une permutation des salariés. Mais la localisation de l'entreprise à l'étranger ne constitue pas obligatoirement un obstacle rédhibitoire pour la jurisprudence. Il suffira dans ce cas que la législation en vigueur ne s'oppose pas à l'emploi de salariés étrangers⁸¹³.

: en cas de notification des licenciements, l'AGS pourrait lui reprocher une faute dans la mise en œuvre des licenciements puisque son préjudice résulte du règlement des créances résultant du non-respect par le mandataire de ses obligations liées au reclassement; en cas de refus de notification, les salariés pourraient également lui reprocher une faute, de nature différente, quant à l'absence de prise en charge par l'AGS de leurs créances et se posera, en toute hypothèse, le problème du règlement des salaires puisque le contrat de travail ne sera pas rompu (notamment en liquidation judiciaire). »

⁸¹³ Cass. Soc., 7 octobre 1998, pourvoi n° 96-42812, Bull. 1998, V, n° 407, p. 307. Il faut cependant noter que la position de l'administration a pu évoluer concernant cette situation particulière du reclassement de salariés à l'étranger. Dans un premier temps, une instruction de la DGEFP, en date du 23 janvier 2006, avait été émise, qui indiquait que le reclassement à l'étranger d'un salarié ne pouvait se faire que s'il existait un lien entre la capacité du salarié à prendre son poste à l'étranger et son niveau hiérarchique. Cette instruction réduisait considérablement le champ des possibles et ne réservait finalement cette possibilité qu'aux cadres supérieurs. Un arrêt du Conseil d'Etat a modifié cette position, en décidant que lorsque le salarié a manifesté un intérêt certain pour un reclassement opéré à l'étranger, l'administration doit « *faire porter son examen sur les possibilités de reclassement pouvant exister dans les sociétés du groupe, y compris celles ayant leur siège à l'étranger, dont les activités où l'organisation offre à l'intéressé, compte tenu de ses compétences et de la législation du pays d'accueil, la possibilité d'exercer des fonctions comparables.* » Voir Cons. d'Etat, 4 février 2004, 8^e et 3^e sect. réun., n° 255956, RJS 2004, Rec. Lebon.

Dans certains cas, néanmoins, l'obligation de reclassement pourra se voir modérée⁸¹⁴. Le mandataire responsable devra, lorsque plus de 10 salariés sont licenciés, dans les entreprises comportant au moins 50 salariés, mettre en place un plan de sauvegarde de l'emploi qui comportera à ce titre des mesures de reclassement interne et des mesures de reclassement externe. Les spécificités du droit des procédures collectives n'ont ici aucune conséquence particulière. Le mandataire ne pourra arguer des délais très courts qui lui sont imposées par les textes pour s'exonérer de ses obligations. Le reclassement envisagé ne pourra, dans aucun cas, s'étendre au repreneur, ou au groupe dont il ferait éventuellement partie.

Comme dans les cas précédents, le non-respect de cette obligation de reclassement préalable entraînera, pour le salarié, la possibilité de demander des dommages et intérêts, pour défaut de cause réelle et sérieuse de son licenciement. Ce dernier ne pourra cependant, pas demander sur ce fondement la nullité de son licenciement.

L'élaboration du PSE a été modifiée par la loi du 14 juin 2013⁸¹⁵ sur la sécurisation de l'emploi, et par le décret du 27 juin 2013⁸¹⁶. La loi prévoit désormais une adaptation des conditions de réalisation du PSE lorsque celui-ci doit être élaboré dans les phases de redressement et de liquidation judiciaires. Elle se différencie des règles de droit commun, applicables dans le cadre de la procédure de sauvegarde⁸¹⁷. La loi n° 2015-990 du 6 août 2015 a également apporté son

⁸¹⁴ Cass. Soc., 27 mai 2015, pourvoi n° 13-26968, ..., Comm. FIN-LANGER (L.). Dans le cadre d'un reclassement externe, il a ainsi été jugé que l'obligation conventionnelle de reclassement ne pouvait trouver à s'appliquer que si l'entreprise avait signé l'accord national interprofessionnel (ANI) du 10 février 1969 sur la sécurité de l'emploi. Ce dernier impose à chaque branche de mettre en place une commission paritaire de l'emploi qui doit donc être saisie lorsqu'un licenciement collectif est envisagé. Ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

⁸¹⁵ Loi n°2013-504, 14 juin 2013, JO 16 juin 2013

⁸¹⁶ Décret n° 2013-554, 27 juin 2013, JO 28 juin 2013

⁸¹⁷ En phase de sauvegarde, l'employeur a le choix entre l'établissement d'un acte unilatéral et celui d'un accord collectif signé par une plusieurs organisations syndicales représentatives. Ce dernier doit recueillir au moins 50 % des suffrages exprimés en faveur d'organisations reconnues représentatives au premier tour des dernières élections des titulaires au CE, ou de la délégation unique du personnel ou à défaut des délégués du personnel quel que soit le nombre de votants. Voir pour le détail de la procédure de droit commun applicable depuis la loi de sécurisation de l'emploi CERATI-GAUTHIER (A.), *Le licenciement des salariés d'une entreprise en procédure collective depuis la loi de sécurisation de l'emploi*, Les Cahiers Lamy du CE, n°131, p. 5. Pour les conditions de mise en œuvre du

lot de retouches, notamment concernant le périmètre d'ordre des licenciements et l'obligation de reclassement à l'étranger⁸¹⁸. Néanmoins, l'influence du PSE doit être relativisée dans le cadre du droit des entreprises en difficulté, car son absence ou son insuffisance ne sont pas systématiquement sanctionnées par la jurisprudence, alors que c'est le cas dans le cadre du droit commun⁸¹⁹.

régime antérieur, voir GALL-HENG (E.), *Le PSE et la procédure collective*, RLDA, 2012 n°75, p. 60. En phase de redressement, ou de liquidation judiciaire de l'entreprise, l'article L 1233-58 du Code du travail détermine la procédure applicable en cas de licenciements à effectuer. Elle reste sur de nombreux points très semblables à la procédure de droit commun. Cependant une adaptation des délais de consultation aux contraintes inhérentes à ces situations, au cours desquelles la situation de l'entreprise est détériorée, est nécessaire. Il appartiendra à l'employeur, à l'administrateur, ou au liquidateur de réunir et de consulter le comité d'entreprise ou à défaut les délégués du personnel. Depuis l'ordonnance du 12 mars 2014, on notera qu'en cas d'absence de l'un de ces organes, le représentant des salariés est nommé explicitement suppléant de ceux-ci. Voir FIN-LANGER (L.), ET GAILHBAUD (C.), *Les représentants du personnel et les plans*, RPC, n° 3, mai 2015, dossier 47. Contrairement au droit commun, si deux réunions doivent se tenir, le délai de 15 jours entre les deux n'aura pas à être respecté. La demande de validation de l'accord majoritaire ou d'homologation du document unilatéral arrêtant le plan de sauvegarde de l'emploi sera adressée au Direccte par voie dématérialisée. Les délais de la procédure de validation de l'accord ou d'homologation du document sont réduits à huit jours dans le cadre d'un redressement judiciaire, et à quatre jours en cas de liquidation judiciaire. On notera que l'ordonnance du 12 mars 2014 a modifié le point de départ de ces délais en soustrayant toute référence à la date de tenue du dernier comité d'entreprise, qui avait été introduite par la loi du 14 juin 2013. Voir sur ce point FIN-LANGER (L.) et JACOTOT (D.), *La naissance d'un droit social des entreprises en difficulté ?* RPC, n°2, mars-avril 2014, dossier 24, p. 67. Si refus il y avait l'employeur l'administrateur ou le liquidateur devra consulter le CE dans un délai de trois jours. Le document modifié et transmis autorités administratives dans un délai de trois jours la notification de la décision de l'autorité administrative devra intervenir dans un délai de huit jours en cas de redressement judiciaire, ou de quatre jours en cas de liquidation judiciaire. En cas de redressement et de plan de cession, la notification de licenciement doit intervenir dans le délai d'un mois après le jugement déterminant le plan. En revanche, dans le cadre d'une liquidation judiciaire ce délai est de 21 jours suivant le jugement de liquidation ou suivant la fin d'activité provisoire autorisée par le jugement de liquidation judiciaire. La loi nouvelle a prévu une extension de la durée de prise en charge des sommes du au titre de la rupture du contrat de travail par l'assurance garantie des salaires. Cette dernière était de 15 jours précédemment, contre 21 jours sous le nouveau régime.

⁸¹⁸ Voir FIN-LANGER (L.) et JACOTOT (D.), *La loi Macron et le droit social*, RPC, n° 5, novembre 2015, étude 17

⁸¹⁹ Voir CE, 4e et 5e ch. réun., 15 mars 2017, n° 387728, Sté Bosal Rapide, comm. FIN-LANGER (L.), *Revue des procédures collectives* n° 3, Mai 2017, comm. 83

On le voit, les obligations mises à la charge des organes de la procédure afin de permettre le maintien des contrats de travail du salarié, ainsi que celles qui encadrent les licenciements indispensables, constituent un compromis préférable au transfert global, mais fait fi des besoins propres à l'activité de l'ensemble de biens cédés, et donc insusceptibles de permettre leur pérennité. L'uniformisation des conditions de traitement des salariés, lorsque la cession d'un fonds de commerce est concernée, en plus d'être conceptuellement logique, doit donc s'imposer car elle est également humainement préférable.

Conclusion Partie II Titre II Chapitre II

Le sort des contrats liés à l'exploitation de l'entreprise cédée constitue, selon nous, l'un des paradoxes majeurs apparaissant aujourd'hui dans le régime bicéphale applicable, en cas de transmission d'un fonds de commerce en liquidation judiciaire. Les dissemblances, sur ce point, ont de telles conséquences sur les possibilités de maintien de l'activité, et sur les droits des cocontractants liés au débiteur cédé, qu'il est indispensable de procéder à une unification des régimes de cession pour octroyer à ces derniers une visibilité réelle sur l'étendue de leurs droits et obligations, et permettre un soutien homogène de l'activité présente au cœur des universalités de biens transmises.

A ces préoccupations se greffe le souci humaniste de permettre aux salariés de traverser cette période de turbulences avec une vision précise de leurs droits au moment de la cession, que des licenciements doivent être opérés ou non, ce qui leur est toujours aujourd'hui malheureusement refusé. Ce traitement, empreint d'incertitudes à une période où la loi devrait au contraire être synonyme de rigueur, nous semble justifier une intervention de la part du législateur, et plaide plus que tout autre, au vu des répercussions sociales qui lui sont attachées, pour une unification des modes de cession applicables aux fonds de commerce dans le cadre de la liquidation judiciaire.

Conclusion Partie II Titre II

Au vu des développements précédents, il apparaît que les conséquences juridiques attachées au placement d'un fonds de commerce sous l'un ou l'autre des régimes de réalisation des biens cédés en liquidation judiciaire, varient actuellement dans des proportions remarquables. Or, au vu des nombreuses carences évoquées tout au long de la présente étude, il apparaîtra manifeste au lecteur, du moins nous l'espérons, que ces distinctions deviennent inévitables lorsque la cession d'une universalité de biens fédérée par une activité est concernée.

Le régime de cession unifié applicable aux différents fonds de commerce en cette ultime phase de la procédure, sous l'égide du concept innovant d'U. E. T. P., épouserait idéalement dans les grandes lignes le régime actuel du plan de cession, tout en introduisant certaines nuances permettant de privilégier, dans le plus grand nombre de cas, le maintien de l'activité. C'est en réaffirmant, au premier rang des préoccupations de la procédure, la place occupée par cet objectif, que le maintien des emplois tout comme le désintéressement des créanciers, autres buts désignés par l'article L642-1 du Code de Commerce, pourront être menés dans les meilleures conditions.

L'identité des repreneurs potentiels, les garanties dont ces derniers pourront se prévaloir dans l'exercice de leurs droits conditionnent la réussite de la transmission du fonds de commerce, et le redémarrage optimiste de son exploitation. La vitalité de l'activité de l'ensemble transmis est sous la coupe de la poursuite des contrats d'exploitation, souvent déterminante, et doit être uniformément protégée. Enfin, les créanciers, dont les droits ont longtemps été malmenés, et dont les concours consentis décident souvent de l'avenir d'une exploitation commerciale, doivent pouvoir anticiper le sort de leurs sûretés et l'étendue de leurs droits avec sérénité.

Autant de points cruciaux qui restent aujourd'hui singulièrement malmenés dans le cadre de la cession d'un fonds de commerce à ce stade de la procédure.

Conclusion Partie II

Si la nécessité d'une réforme des modes de transmission des fonds de commerce en cette ultime phase de la procédure collective apparaît comme une manifestation de bon sens, les voies que devra emprunter cette rénovation devront néanmoins contourner de nombreux obstacles théoriques et pratiques afin de trouver un aboutissement satisfaisant et durable.

Pour offrir à ces opérations la crédibilité qui leur manque jusqu'ici, une véritable synergie devra être recherchée entre les impératifs énoncés par les textes légaux, au premier rang desquels le souci du maintien de l'activité au sein de l'ensemble de biens cédés, et les modes de transmission applicables. A la lecture des arguments traités dans ces pages, il nous semble certain que la recherche actuelle d'un critère distinguant les régimes de cession constitue une quête vaine, qui ne pourra aboutir qu'à des résultats insatisfaisants et inégalitaires. Aussi l'analyse que nous avons menée débouche, selon nous logiquement, sur l'hypothèse de l'établissement d'un régime unique. Les concepts et notions préexistantes n'offrant pas satisfaction, l'adoption d'un nouveau concept, représentant fidèlement la nature et le contenu des biens cédés, est indispensable pour constituer cette interface, et offrir aux ensembles de biens qui les nécessitent les avantages liés à la mise en œuvre du plan de cession.

La notion proposée d'U. E. T. P. présente ces avantages, en excluant toute velléité de distinction artificielle des modes de cession applicable au fonds de commerce, selon des critères invariablement iniques. Son adoption gommerait en conséquence les écarts de traitement dont souffrent actuellement les différents acteurs, directs ou indirects, de cette phase délicate de la procédure. Les droits des créanciers, dont les attributions se sont vues largement remodelées au fil des réformes successives de la matière, pourraient ainsi gagner en lisibilité. La sauvegarde des droits des salariés réclame également un remodelage des régimes de cession pour clarifier les conditions interviennent les licenciements.

Mais cette approche ambitieuse nécessite une perception objective des situations rencontrées en pratique, une profonde réflexion conceptuelle, et une réévaluation des mécanismes de cession applicables actuellement. De nombreux ajustements législatifs seraient nécessaires pour mener à bien cette démarche. Cet effort nous semble néanmoins nécessaire pour rétablir la sécurité juridique dans les réalisations d'actifs.

Conclusion Générale

Au terme de notre réflexion, le constat nous apparaît sans appel. De nombreuses approximations se sont amoncelées par stratification, à mesure des réformes successives, pour aboutir à la situation insatisfaisante que nous connaissons actuellement.

La première strate, péché originel incarné par la grossière approximation conceptuelle que constitue « l'entreprise cédée en plan de cession », offre une fondation solide aux errements qui ont présidé aux cessions de fonds de commerce, et ce depuis l'introduction des régimes de cession modernes par la loi du 25 janvier 1985. L'inconscience, pour une part probablement volontaire, de cette confusion fondatrice par le législateur, a permis à celle-ci de prospérer par l'insuffisance de garde-fous procéduraux lors de l'élaboration de ces cessions, et par un contrôle judiciaire impuissant à s'emparer de ce sujet de fond, pourtant essentiel à nos yeux.

En privilégiant invariablement l'aspect économique de la transmission des ensembles complexes de biens qui abritent une activité économique, le législateur a accentué les injustices imposées à nombre d'intervenants, directs ou indirects, à la procédure. L'entrée en vigueur de la loi de sauvegarde représente l'aboutissement de cette logique : en permettant la tenue de plans de cession à ce moment de la procédure, sans en peser les implications conceptuelles, le législateur a créé, dans le cas des cessions de fonds de commerce, un imbroglio juridique qui ne peut plus être débrouillé par le maintien d'une solution dualiste de transmission de ces derniers.

Aucun critère de partage satisfaisant ne peut être, à nos yeux, sérieusement retenu. Des propositions formulées, aucune n'est pleinement convaincante. Ces hypothèses se présentent surtout comme des tentatives biaisées de rationaliser un chaos juridique, qu'il est loisible, et surtout utile, d'exploiter pour permettre l'adaptation du mode de cession choisi aux buts poursuivis par le juge au moment de la cession du fonds, dans une majorité des cas afin de satisfaire aux prétentions intégrées au sein des offres de reprise reçues.

Ces traitements opposés se voient de plus progressivement dotés de conséquences particulières toujours plus importantes, ainsi que le démontre la récente introduction de la déspecialisation forcée au sein du plan de cession, distinguant artificiellement les régimes de cession applicables

aux différents fonds de commerce, et fragilisant un peu plus la transmission des fonds voués à être cédés sous le régime de la cession de biens isolés.

Aussi plaidons-nous avec conviction pour une refonte globale des régimes de réalisation des actifs actuels, afin de purger ces derniers de l'arbitraire qui les gouverne quand un fonds de commerce leur est soumis. S'il n'est ni nécessaire, ni souhaitable, que la cession de biens isolés disparaisse, car une telle démarche léserait injustement les droits des créanciers lorsque des biens mobiliers simples sont transmis, pour autant cette dernière est très clairement inadaptée à la préservation de la clientèle du fonds de commerce. La transmission de ce dernier par ce biais doit donc être interdite⁸²⁰, et le plan de cession, remanié sur certains points, doit pour ces raisons devenir l'unique mode de transmission des universalités mobilières quelles qu'elles puissent être.

Mais cette exclusion ne peut, selon nous, être considérée comme suffisante. Afin d'enfin assurer une véritable cohérence théorique aux modes de cessions applicables au fonds de commerce, et plus largement aux modes de réalisation des actifs, cette approche doit être doublée de l'adoption d'un contenant juridique précis, l'U. E. T. P., pleinement représentatif des mutations à l'œuvre au sein des ensembles cédés, et de la mission imposée au juge d'identifier cette dernière lors de la mise en œuvre du plan de cession.

C'est à ce prix que la crédibilité des régimes de cession liquidatifs sera restaurée et que la sécurité juridique sera assurée.

⁸²⁰ Ainsi que le fait remarquer un auteur : « *le fonds de commerce est une universalité à géométrie variable... Il est donc différent de la totalité de l'actif* ». Il est à notre sens incohérent de ne pas tirer les conclusions de cette observation en continuant de lui imposer un régime de cession qui ne lui est pas adapté. Voir NUSSENBAUM (M.), *op. cit.*, *supra* note n° 332

Table des matières

Remerciements :	1
Sommaire	2
Introduction	3
Partie I) Confusion des modes de réalisation des actifs lors de la cession du fonds de commerce	22
Titre I) Causes théoriques de la confusion : carences conceptuelles des régimes de cession applicables au fonds de commerce	25
Chapitre I) Convergence progressive des natures juridiques du fonds de commerce et de l'entreprise	26
Section I) Nature juridique du fonds de commerce et de l'entreprise en droit commun	27
I) Nature juridique du fonds de commerce	27
A) Approche économique du fonds de commerce	27
1) Valeur patrimoniale du fonds de commerce en droit commun	28
a) Spécificité du fonds de commerce en droit interne	29
b) Reconnaissance de la propriété commerciale	30
2) Valeur patrimoniale du fonds de commerce en droit des procédures collectives	31
B) Le fonds de commerce comme universalité de fait	32
1) Une qualification pérenne	33
a) Origines de la qualification	33
b) Conséquences de la qualification	34
2) Une qualification contestable	36
a) Cas particulier des marchandises	37
b) Exclusion des créances et des dettes	37
α) Exclusion des dettes	38
β) Exclusion des créances	38
c) Exclusion des contrats d'exploitation	39
a) Opposition des perceptions théorique et économique du fonds de commerce	40
b) Caractère anachronique de l'exclusion des contrats d'exploitation	41
β1) Une exclusion réfractaire à la reconnaissance du fonds de commerce électronique	41
β2) Confusion législative et jurisprudentielle	42
d) Exclusion des immeubles	43
a) Une exclusion théoriquement injustifiable	43
α1) Contradiction avec la notion d'universalité de fait	44
α2) Incohérence du régime des immeubles par destination	45
β) Complexification du régime de cession du fonds de commerce	45
C) Le fonds de commerce comme bien meuble incorporel	46
1) Une qualification unificatrice	47
a) Attribution du caractère mobilier	47
b) Attribution du caractère incorporel	48
2) Une qualification polémique	49
a) Une construction juridique utilitariste	49
b) Une qualification tributaire de fictions juridiques	49

II) La nature juridique de l'entreprise	52
A) En droit communautaire	52
1) L'entreprise comme sujet de droit.....	53
2) Une qualification faisant toujours débat.....	54
B) En droit interne français	54
1) Absence de définition légale	55
2) Une nature juridique insaisissable.....	56
a) Approche légale.....	57
b) Approche doctrinale	60
c) Approche jurisprudentielle	61
Section II) Rapprochement des natures juridiques de l'entreprise et du fonds de commerce lors des réalisations d'actifs en liquidation judiciaire	63
I) Causes de la réification de l'entreprise transmise en plan de cession	65
A) Evolution sémantique de la législation applicable	65
1) Perception de l'entreprise dans la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985	65
2) Perception de l'entreprise dans la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005	67
B) Transfert du plan de cession de l'entreprise en difficulté au sein de la liquidation judiciaire	68
1) Implications théoriques de la disparition de la cession d'unité de production.....	69
2) Intégration d'une fonction curative au sein de la liquidation judiciaire... ..	71
II) Conséquences de la réification de l'entreprise transmise en plan de cession ..	75
A) Accentuation de la dissociation de l'entreprise et du débiteur lors des réalisations d'actifs en liquidation judiciaire	75
1) Hypothèse d'un « plan de continuation du débiteur ».....	76
2) Emancipation des associés	77
B) Evolutions conceptuelles consécutives à la réification de l'entreprise	79
1) Hiérarchisation des buts attachés à la cession de l'entreprise en liquidation judiciaire	79
2) Instabilité conceptuelle de l'entreprise cédée en liquidation judiciaire ...	81
Conclusion Partie I Titre I Chapitre I.....	85
Chapitre II) Convergence progressive de la structuration de l'entreprise et du fonds de commerce	86
Section I) Organisation juridique du fonds de commerce et de l'entreprise en droit commun.....	87
I) Organisation des composantes du fonds de commerce.....	87
A) Emergence et postulat de la théorie essentialiste	87
1) Présentation de la conception essentialiste du fonds de commerce	88
2) Construction jurisprudentielle	88
B) Limites de la théorie essentialiste.....	90
1) Statut ambivalent de la clientèle.....	91
2) Implications conceptuelles de la théorie de l'accessoire.....	93
II) Organisation des composantes de l'entreprise	97
A) Les différentes acceptions de l'entreprise	99
1) La théorie « contractualiste »	99
a) Organisation de l'entreprise sous cette approche	99
b) Bilan de cette approche	100
2) La théorie institutionnelle.....	100
a) Organisation de l'entreprise sous cette approche	100
b) Bilan de cette approche	102

3) Aboutissement de la maturation de l'entreprise : le concept d'entité économique et sociale	103
B) Organisation de l'entreprise en tant qu'entité économique et sociale.....	105
1) L'activité, critère principal de l'identification de l'entreprise	106
a) En droit communautaire	106
b) En droit français	109
2) L'autonomie décisionnelle	113
Section II) Rapprochement de l'organisation juridique de l'entreprise et du fonds de commerce lors des réalisations d'actifs en liquidation judiciaire	116
I) Altération de la structure de l'entreprise	118
A) Altération de la dimension sociale de l'entreprise cédée	118
1) Instrumentalisation de l'aspect social de l'entreprise cédée en plan de cession	118
2) Conséquences de la réforme de la loi de sauvegarde de 2005	119
B) Altération de la structure décisionnelle de l'entreprise cédée.....	120
II) Altération des éléments centraux de chaque ensemble cédé.....	123
A) Convergence des notions d'activité et de clientèle au moment de la cession	123
1) Confusion des éléments supports de l'activité et de la clientèle	124
2) Indifférence ciblée de l'interruption de l'exploitation	127
3) Conséquences sur la répartition des modes de cession en liquidation judiciaire.....	128
B) Absence de transmission du passif au moment de la cession	129
Conclusion Partie I Titre I Chapitre II	131
Conclusion Partie I Titre I :	132
Titre II) Causes techniques de la confusion : insuffisances procédurales des régimes de cession applicables au fonds de commerce	135
Chapitre I) Carences du contrôle du périmètre des biens cédés par les organes de la procédure.....	136
Section I) Dans le cadre du plan de cession	136
I) Insuffisance du contrôle juridictionnel.....	137
A) Désignation du tribunal compétent	137
1) Selon le domaine d'activité du débiteur.....	138
2) Selon les caractéristiques de l'entreprise cédée	139
B) Carences du contrôle du périmètre des biens cédés	140
2) Inadéquation des critères de contrôle	141
a) Dimension essentiellement économique du « caractère sérieux de l'offre ».....	142
b) Laconisme de l'article L642-5 du Code de commerce	146
3) Inadaptation des délais procéduraux	147
II) Insuffisance des contrôles réalisés par les auxiliaires de justice.....	149
A) Prerogatives du liquidateur et de l'administrateur	149
1) Pouvoirs de direction de l'entreprise.....	150
2) Pouvoirs de contrôle des opérations de cession	152
B) Déroulement des expertises.....	155
1) Modalités de désignation des experts.....	156
2) Contenu de la mission de l'expert désigné.....	156
a) Une mission conditionnée par les termes de l'offre	156
b) Des méthodes d'évaluation inadaptées	157
Section II) Dans le cadre de la cession de biens isolés	160

I) Insuffisance du contrôle juridictionnel.....	160
A) Rôle du juge-commissaire dans les cessions de biens isolés	161
1) Fonction pacificatrice du juge-commissaire	161
2) Variabilité du rôle juridictionnel selon le mode de cession retenu	162
B) Insuffisance du contrôle du périmètre des biens cédés	164
II) Insuffisance des contrôles réalisés par les auxiliaires de justice.....	166
A) Imprécision des textes encadrant la vérification des ensembles cédés	166
B) Une pratique polymorphe.....	167
Conclusion Partie I Titre II Chapitre I	170
Chapitre II) Carences du contrôle judiciaire du périmètre des biens cédés	171
Section I) Confusion jurisprudentielle des régimes de cession en liquidation judiciaire	172
I) Dévoiement du plan de cession.....	172
A) Cession totale d'un unique fonds de commerce en plan de cession.....	173
1) Un dévoiement devenu courant.....	173
2) Caractère aléatoire de la jurisprudence incriminée	174
B) Cession partielle d'un fonds de commerce en plan de cession	176
1) Inanité conceptuelle de la cession partielle du fonds de commerce.....	177
2) Un dévoiement empruntant des formes variées	178
C) Cession d'éléments d'actifs en plan de cession sous couvert d'une cession de fonds de commerce.....	180
II) Dévoiement de la cession de biens isolés.....	183
A) Un dévoiement aux effets peu attractifs	183
B) Une hypothèse néanmoins présente en pratique	183
Section II) Insuffisances des possibilités d'appel et de pourvoi	185
I) Les recours de droit commun	185
A) Dans le cadre du plan de cession de l'entreprise de l'article L642-1 du Code de Commerce.....	185
1) Présentation des voies de recours invocables.....	186
a) Conditions d'interjection de l'appel	186
b) Conditions de formation du pourvoi	187
2) Illustration des insuffisances des voies de recours.....	188
B) Dans le cadre des cessions de biens isolés de l'article L642-19	193
1) Présentation des voies de recours applicables.....	193
2) Illustration des insuffisances des voies de recours.....	195
a) Concernant la notion d'intérêt à agir	195
b) Concernant le pouvoir d'interprétation des juges	198
II) Les recours-nullité.....	202
A) Fonctionnement des recours-nullité	202
1) Notion d'excès de pouvoir	202
2) Un usage soumis aux impératifs de la procédure collective	204
B) Dans le cadre du plan de cession de l'entreprise de l'article L642-1 du Code de Commerce.....	205
1) Subsidiarité du recours-nullité	206
2) Ambiguïté de la notion d'excès de pouvoir dans le cadre du plan de cession	208
C) Dans le cadre des cessions effectuées sous le régime de l'article L642-19 et du Code de Commerce	209
Conclusion Partie I Titre II Chapitre II	212
Conclusion Partie I Titre II:	213

Conclusion Partie I :	215
Partie II) Propositions de réforme des régimes de cession applicables au fonds de commerce lors de la réalisation des actifs.....	216
Titre I) Identification des axes de réforme	217
Chapitre I) Maintien d'un régime dualiste	218
Section I) Distinction des régimes de cession en fonction des caractéristiques de l'activité présente au sein de l'ensemble cédé	220
I) Etude de la décision de maintien de l'activité.....	221
A) Analyse textuelle	222
1) Interprétation littérale	222
2) Interprétation doctrinale	223
B) Portée actuelle de l'autorisation de poursuite de l'activité	225
1) Pour le caractère obligatoire de l'autorisation de maintien de l'activité	225
2) Contre le caractère obligatoire de l'autorisation de maintien de l'activité	227
II) Etude de l'activité subsistante au sein de l'ensemble cédé	229
A) Présence d'une activité au moment de la cession	230
1) Dissociation de l'activité du débiteur et de l'entreprise	230
2) Insuffisances théoriques	232
B) Viabilité de l'activité subsistante	234
1) Insuffisances théoriques du critère proposé	234
a) Atteintes à la théorie du fonds de commerce.....	234
b) Rôle problématique du repreneur	236
2) Incertitudes pratiques	238
a) Difficultés interprétatives	238
b) Imprévisibilité des sanctions	239
Section II) Distinction des régimes de cession selon la présence d'éléments spécifiques aux ensembles cédés.....	241
I) Délimitation des régimes de cession par la présence de salariés au sein de l'ensemble cédé	241
A) Argument.....	241
B) Avantages de la distinction	242
C) Inconvénients de la distinction	243
1) Absence d'une vision évolutive de l'entreprise	243
2) Un critère de distinction opportuniste	245
3) Paralysie des effets de l'article L1224-1 du Code du Travail	246
II) Délimitation des régimes de cession par la présence de biens immobiliers au sein de l'ensemble cédé.....	248
A) Argument.....	248
B) Avantages de la distinction	250
C) Inconvénients de la distinction	251
1) Un domaine d'application trop limité	252
2) Interrogations relatives à la place de l'immeuble dans le fonds de commerce	252
a) Rappel des critiques formulées sur les rapports de l'immeuble et du fonds de commerce.....	253
b) Concurrence de l'immeuble et du fonds de commerce	255
c) Obsolescence de la conception actuelle du fonds de commerce	258
III) Délimitation des régimes de cession par la présence de contrats d'exploitation au sein de l'ensemble cédé.....	260

A) Argument.....	260
B) Avantages de la distinction	260
1) Incohérence pratique de l'exclusion des contrats d'exploitation	262
2) Incohérence théorique de l'exclusion des contrats d'exploitation	264
Conclusion Partie II Titre I Chapitre I	265
Chapitre II) Adoption d'un régime unifié	266
Section I) Recours à des notions existantes	268
I) Insuffisances des notions actuelles.....	268
A) Carences de la notion de fonds de commerce	269
1) Incohérences conceptuelles	269
a) Caractère nécessairement unitaire de la notion de fonds de commerce	269
b) Rigidité handicapante de la notion de fonds de commerce	270
2) Incohérences pratiques	272
B) Carences de la notion d'entreprise	272
1) Incompatibilité de l'entreprise et du régime de la liquidation judiciaire	273
2) Incompatibilité de l'entreprise et du fonds de commerce	274
II) Insuffisances des autres universalités invocables.....	276
A) Retour sur la notion d'unité de production.....	276
1) Avantages de la notion	277
2) Insuffisances de la notion.....	278
a) Une activité aux caractéristiques aléatoire	278
b) Un traitement des salariés incompatible avec le plan de cession	281
B) Evaluation de la notion d'entité économique autonome	283
1) Avantages de la notion	283
2) Inconvénients de la notion.....	286
Section II) Nécessité de la création d'une notion sui generis	288
I) Caractéristiques principales de la notion.....	289
A) Caractéristiques communes aux notions actuellement utilisées.....	289
1) Un bien constituant une universalité de fait	289
2) Présence d'une activité viable au moment de la cession.....	290
B) Caractéristiques originales	290
2) Importance essentielle de la capacité de financement.....	293
a) Un financement déterminant dans la réussite du plan de cession	293
b) A propos de l'ordonnance de poursuite d'activité	294
II) Consécration du concept d'Unité Economique Transmissible en Plan de	
Cession	296
A) Justification de la dénomination retenue	296
B) Domaine d'application de la notion	300
1) Dans le cadre de la liquidation judiciaire générale	300
2) Dans le cadre de la liquidation judiciaire simplifiée	301
Conclusion Partie II Titre I Chapitre II	305
Conclusion Partie II Titre I.....	306
Titre II) Apports de l'unification des régimes de cession applicables au fonds de commerce	
lors de la réalisation des actifs en liquidation judiciaire	308
Chapitre I) Préparation et mise en œuvre des cessions	309
Section I) Simplification du déroulement des cessions.....	309
I) Formation de la cession.....	309
A) Concernant l'identité du cessionnaire	310
1) Régime des incompatibilités	310

2)	Mise en œuvre de la faculté de substitution	312
B)	Concernant les vices du consentement	313
1)	Uniformisation du domaine d'application de l'obligation d'information 313	
2)	Clarification du domaine d'application de l'obligation de bonne-foi	316
II)	Publication des cessions	319
A)	Modalités de publication de la cession	319
1)	Dans le cadre d'une cession de droit commun	320
2)	Dans le cadre des réalisations d'actifs en liquidation judiciaire	321
B)	Application consécutive des droits de préemption collectifs	324
1)	Droit de préemption urbain	324
2)	Droit de préemption des communes sur les fonds artisanaux, les fonds de commerce et les baux commerciaux	325
Section II)	Clarification des effets de la cession	328
I)	Concernant l'application des garanties de la vente	328
A)	Obligation de délivrance	328
1)	Maintien de l'obligation de délivrance	329
a)	Dans le cadre du plan de cession	329
b)	Dans le cadre de la cession de biens isolés	330
2)	Incertitudes actuelles dans le cadre de la vente d'un fonds de commerce 331	
a)	Concernant la date d'exécution de l'obligation de délivrance	331
b)	Concernant l'identité du débiteur de l'obligation de délivrance	334
B)	Garantie des vices cachés	335
1)	Dans le cadre d'un plan de cession	335
2)	Dans le cadre de la cession de biens isolés	336
II)	Concernant la sauvegarde des droits des créanciers	338
A)	Droits des créanciers titulaires de sûretés	339
1)	Concernant l'automatisme de la purge	341
a)	Dans le cadre du plan de cession	341
b)	Dans le cadre des cessions de biens isolés	342
2)	Concernant la transmission des sûretés	343
a)	Transmission des sûretés réelles	343
α)	Evolution législative	344
α1)	Rééquilibrage progressif des prérogatives des créanciers	344
α2)	Principe du transfert de la charge des sûretés réelles en plan de cession	346
β)	Périmètre des sûretés transmises	350
β1)	Domaine d'application de l'article L642-12 du Code de Commerce	350
β2)	Particularités de la cession d'actifs isolés	353
b)	Transmission des sûretés personnelles	354
α)	Principe du transfert de la charge des sûretés personnelles	354
β)	Régime applicable aux sûretés personnelles	356
B)	Exercice uniforme des droits de surenchère	363
1)	Présentation de la procédure de surenchère	363
a)	Principe de la surenchère du sixième	364
b)	Principe de la surenchère du dixième	364
2)	Application des droits de surenchère en procédures collectives	365
a)	Dans le cadre du plan de cession	367

b) Dans le cadre des cessions de biens isolés	367
Conclusion Partie II Titre II Chapitre I	370
Chapitre II) Régime des contrats cédés.....	371
Section I) Conséquences des dispositions de l'article L642-7 du Code de Commerce	371
I) Régime légal des contrats nécessaires au maintien de l'activité.....	372
A) Application impartiale de la cession de contrats de l'article L642-7 du Code de Commerce.....	372
1) Présentation de la cession forcée des contrats nécessaires au maintien de l'activité.....	372
a) Mécanisme de la cession forcée des contrats nécessaires au maintien de l'activité.....	373
α) Principe	374
β) Absence d'effet novatoire	376
b) Utilisation extensive de la transmission forcée des contrats	378
2) Conditions d'application de la cession forcée des contrats nécessaires au maintien de l'activité	378
a) Indifférence théorique de l'intuitu personae.....	379
b) Conditionnement du caractère « nécessaire » du contrat par les termes de l'offre de reprise	381
B) Traitement homogène des clauses restrictives de cession.....	384
1) Régime applicable en plan de cession.....	384
2) Régime applicable en cession de biens isolés	385
II) Particularités du régime légal du bail commercial	389
A) Déspécialisation partielle de l'article L642-7	390
1) Régime actuel de la déspécialisation partielle.....	391
a) Domaine d'application	392
b) Conditions d'application	392
1) Convocation du bailleur	392
2) Un régime émancipé de la déspécialisation de l'article L145-47 du Code de Commerce	393
2) Nécessité d'une application égalitaire de la déspécialisation de l'article L642-7 du Code de Commerce	396
a) Discrimination artificielle des modes de cession	397
b) Incohérence conceptuelle de la déspécialisation forcée de l'article L642- 7 du Code de Commerce	399
B) Conditions d'exécution du contrat de bail commercial transmis	400
Section II) Prerogatives des salariés.....	403
I) Régime légal de l'article L642-5 du Code de Commerce.....	403
A) Régime légal actuel des contrats de travail au moment de la réalisation de l'actif	403
1) Dans le cadre de la cession de biens isolés	404
2) Dans le cadre du plan de cession.....	405
B) Incohérences actuelles des modalités de transmission des contrats de travail 406	
1) Au vu de l'objectif de maintien de l'activité.....	407
2) Au vu de l'évolution législative	409
II) Uniformisation du régime applicable aux contrats de travail	413
A) Pour les salariés repris.....	413
B) Pour les salariés licenciés.....	415

1) Respect des obligations formelles	415
2) Obligations mises à la charge du mandataire	416
Conclusion Partie II Titre II Chapitre II.....	421
Conclusion Partie II Titre II	422
Conclusion Partie II.....	423
Conclusion Générale	424
Table des matières	426
Annexes	434
Abréviations utilisées	434
Bibliographie.....	437
Index.....	486
Index des jurisprudences citées	489
Index de la législation citée	505

Annexes

Abréviations utilisées

- Act. Proc. Coll. : Actualité des procédures collectives civiles et commerciales
- Ann. Loy. : Revue Année des loyers
- AJCA : Actualité contrats d'affaires, concurrence, distribution
- AJDA : Actualité juridique du droit administratif
- AJDI : Actualité juridique du droit immobilier
- Art. : Article
- Ass. Nat. : Assemblée Nationale
- Ass. Plèn. : Assemblée plénière
- Bull. : Bulletin civil des arrêts de la Cour de Cassation
- Bull. Joly Ent. Diff. : Bulletin Joly des entreprises en difficulté
- Bull. Joly Soc. : Bulletin Joly sociétés
- C. civ. : Code civil
- C. com. : Code de commerce
- C. trav. : Code du travail
- C. urb. : Code de l'urbanisme
- CA : Cour d'appel
- Cass. : Cour de Cassation
- Cass. Ass. Plèn. : Assemblée Plénière
- Cass. Civ. : Chambre civile
- Cass. Com. : Chambre commerciale
- Cass. Crim. : Chambre criminelle
- Cass. Soc : Chambre Sociale
- CCE : Communication et commerce électronique
- CE : Conseil d'Etat
- CGI : Code général des impôts
- Ch. Eco : Chambre économique
- Ch. mixte : Chambre mixte
- Ch. réunies : Chambres réunies
- CJCE : Cour de justice des communautés européennes
- Ch. cons. : Chambre du conseil
- Ch. Req. : Chambre des requêtes
- CMF : Code monétaire et financier
- Comm. : Commentaire
- Comm. CE : Commission des communautés européennes, Commission Européenne depuis 2009
- Civ. : Chambre civile
- Cons. Conc. : Conseil de la concurrence
- Cons. Const. : Conseil constitutionnel

- CPC : Code de procédure civile
- D. : Recueil Dalloz
- D. Actu. : Dalloz Actualités
- Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois
- Dr. et Patr. : Droit et patrimoine
- E. E. A : Entité économique autonome
- Gaz. Pal. : Gazette du Palais
- JO : Journal Officiel
- JOAN : Journal officiel de l'Assemblée Nationale
- JOCE : Journal officiel des Communautés européennes
- JOUE : Journal officiel de l'Union européenne
- JO. Sén. : Journal officiel du Sénat
- JCP G : La semaine juridique, édition générale
- JCP E : La semaine juridique, édition entreprise et affaires
- JCP N : La semaine juridique, édition notariale et immobilière
- JCP S : La semaine Juridique social
- LAPCC : Lettre d'actualité des procédures civiles et commerciales
- LPA : Les petites affiches
- Loyers et Copr. : Loyers et Copropriété
- PU : Presses universitaires
- Rép. min. : Réponse ministérielle
- Rev. int. dr. comp. : Revue internationale de droit comparé
- Rev. Loy. : Revue des loyers
- Rev. Soc. : Revue de droit des sociétés
- RDA : Revue de droit administratif
- RDBF : Revue de droit bancaire et financier
- RDI : Revue de droit immobilier
- RDF : Revue de droit fiscal
- RDS : Revue de droit social
- RFDA : Revue Française de droit administratif
- RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires
- RPC : Revue des procédures collectives civiles et commerciales
- RDP : Revue droit et patrimoine
- RL Conc. : Revue Lamy de la concurrence
- RLDA : Revue Lamy droit des affaires
- RTDF : Revue trimestrielle de droit fiscal
- RLCF : Revue des loyers de la copropriété et des fermages
- RLDC : Revue Lamy droit civil
- RLDT : Revue Lamy droit du travail
- RTD Civ. : Revue trimestrielle de droit civil
- RTD Com. : Revue trimestrielle de droit commercial
- Sem. Soc. : Semaine Sociale Lamy
- Sén. : Sénat
- T : Tome

- TGI : Tribunal de grande instance
- Trib. Com. : Tribunal de commerce
- TC : Tribunal des conflits
- U. E. T. P. : Unité économique transmissible en plan de cession
- Vol. : Volume

Bibliographie

Ouvrages généraux

ANTONINI-COCHIN (L.) et HENRY (L.-C.), *L'essentiel du droit des entreprises en difficulté*, 6^e Edition, Issy-Les-Moulineaux : Gualino, 2017, 158 p.

AUBRY (C.) ET RAU (C.-F.), *Droit civil français, 6^e Edition par Esmein (P.)*, t. IX, Paris : Librairies Techniques, 1953, 546 p.

BARRET (O.), *Les contrats portant sur le fonds de commerce*, Paris : L.G.D.J, 2001, 344 p.

BONNARD (J.), *Droit des entreprises en difficulté*, 6^e Edition, Clamecy : Hachette Supérieur, 2013, 168 p.

CANIN (P.), *Droit commercial*, 6^e Edition, Paris : Hachette, 2014, 168 p.

CHAPUT (Y.), *Droit des entreprises en difficulté et faillite personnelle*, Paris : PUF, 1996, 596 p.

CHWAT (M.) et CARABIN (T.-M.), *Guide pratique et juridique des entreprises en difficulté*, Paris : Editions De Vecchi, 1994, 205 p.

COQUELET (M.-P.), *Entreprises en difficulté, instruments de paiement et de crédit*, 5^e Edition, Paris : Dalloz, 2015, 598 p.

DELPECH (X.), *Fonds de commerce*, 18^e Edition, Paris : Delmas, 2010-2011, 664 p.

DERRIDA (F.), GODE (P.) ET SORTAIS (J.-P.), *Redressement et liquidation judiciaires des entreprises, cinq années d'application de la loi du 25 janvier 1985*, 3^e Edition, Paris : Dalloz, 1991, 675 p.

DIDIER (P.), *Droit commercial, T.2, l'entreprise en société, Les groupes de sociétés*, 3^e éd., Paris : PUF, coll. Thémis droit Privé, 1999, 664 p.

ESCARRA (J.), ESCARRA (E.), ET RAULT (J.), *Principes de droit commercial, histoire du droit commercial, sources, documentation, actes de commerce*, T.1, Paris : Sirey, 1934, 895 p.

FRAIMOUT (J.-J.), *Droit des entreprises en difficulté*, Paris : Ellipses, 2007, 208 p.

GIBIRILA (D.), *Droit des entreprises en difficulté*, Paris : Defrénois Lextenso Editions, 2009, 764 p.

GRESSE (C.), *Les entreprises en difficulté*, 2^e Edition, Paris : Economica, 2003, 112 p.

GUYON (Y.), *Droit des affaires, Tome 2, entreprises en difficultés, redressement judiciaire, faillite*, 8^e édition, Paris : Economica, 2001, 494 p.

HAMEL (J.), LAGARDE (G.) ET JAUFFRET (A.), *Traité de droit commercial, Tome deuxième, Propriété industrielle, fonds de commerce et baux commerciaux, obligations et sûretés, effets de commerce, banques et opérations de banque*, Paris : Dalloz, 1966, 972 p.

HAURIOU (M.), *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris : Sirey, 1943, 543 p.

HESS-FALLON (B.) ET SIMON (A.-M.), *Droit des affaires*, 20^e Edition, Paris : Aide-Mémoire Sirey, 2017, 480 p.

JACQUEMONT (A.), *Procédures collectives*, LITEC, Paris, 2000, 252 p.

JACQUEMONT (A.), *Droit des entreprises en difficulté*, 8^e Edition, Paris : Lexis Nexis, 2013, 701 p.

LEBEL (C.), *Droit des affaires, cours et exercices corrigés*, Paris : ArmandCollin, 2012, 192 p.

LE CANNU (P.) ET JEANTIN (M.), *Droit Commercial, Entreprises en difficulté*, 7^e Edition, Paris : Dalloz, Précis Dalloz, 2006, 874 p.

LE CORRE (P.-M.), *Droit et Pratique des procédures collectives*, Paris : Dalloz Action 2012/2013, 2499 p.

LE CORRE (P.-M.), *Droit des entreprises en difficulté*, 7^e Edition, Paris : Dalloz, 2015, 241 p.

LETHIELLEUX (L.), *Management des entreprises en difficulté*, Paris : Lextenso Editions, 2008, 247 p.

LIENHARD (A.), *Procédures collectives*, 3^e édition, Paris : Delmas, 2009, 750 p.

LIENHARD (A.), *Procédures collectives*, 5^e édition, Editions Delmas, Paris, 2013, 646 p.

LUCAS (F.-X.) ET CLAVIER (J.-P.), *Droit commercial*, Paris : Flammarion, 2003, 371 p.

LUCAS (F.-X.), ET LECUYER (H.), *La réforme des procédures collectives*, Paris : L.G.D.J, 2006, 494 p.

MAZEAUD (H.), (L.) et (J.), *Leçons de droit civil*, T. 1, 4^e éd., par M. de Juglart, Vol. 1, Paris : Editions Montchrestien, 1970, 502 p.

MENJUCQ (M.), *Droit des affaires : le commerçant, les actes de commerce, le fonds de commerce, le bail commercial, les contrats commerciaux*, Paris : Gualino, 2004, 167 p.

MERLE (P.), *Droit commercial, sociétés commerciales*, 10^e éd., Paris : Dalloz, 2005, 921 p.

MIGNOT (M.), *Droit des sûretés*, Paris : Montchrestien, coll. Cours, n° 1349, 2010, 848 p.

PEDAMON (M.), *Droit commercial : commerçants et fonds de commerce, concurrence et contrats du commerce*, Paris : Dalloz, 2000, 717 p.

PEROCHON (F.), *Entreprises en difficulté*, 10^e Edition, Paris : LGDJ, 2014, 878 p.

PEROCHON (F.) ET BONHOMME (R.), *Entreprises en difficulté, Instruments de Crédit et de Paiement*, 8^e édition, Paris : L.G.D.J, 2009

PETEL (P.), *Procédures collectives*, 8^e Edition, Paris : Dalloz, 2014, 262 p.

PETIT (B.), *Droit Commercial*, Paris : Litec, 2000, 153 p.

PICOD (Y.), *Droit des sûretés*, Thémis Droit, Nanterre : P.U.F, 2016, 544 p.

PIEDELIEVRE (S.), *Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce*, Paris : Dalloz, 2013, 398 p.

RAKOTOVAHINY (M.-A.), *Fiches de procédures collectives*, Paris : Ellipses, 2016, 256 p.

RAKOTOVAHINY (M.-A.), *L'essentiel des procédures collectives*, Paris : Ellipses, 2015, 126 p.

REINHARD (Y.), THOMASSET-PIERRE (S.) ET NOURISSAT (C.), *Droit commercial : actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, Paris : LexisNexis, 2012, 482 p.

RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *Traité de droit commercial : Tome 1, Actes de commerce, baux commerciaux, propriété industrielle, concurrence, sociétés commerciales*, 17^e Edition, Paris : L.G.D.J, 1998, 1598 p.

RIPERT (G.) et ROBLOT (R.), *Traité de droit commercial : Tome 2, Effets de commerce, banque, contrats commerciaux, procédures collectives*, 17^e édition, Paris : L.G.D.J, 2004, 1324 p.

ROCHFELD (J.), *Les grandes notions du droit privé*, Nanterre : P.U.F, 562 p.

SALGADO (M.-B.), *Droit commercial : Droit des entreprises en difficulté*, 3^e Edition, Rosny-Sous-Bois : Bréal, 2013, 218 p.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des Entreprises en Difficulté*, 6^e édition, Paris : Montchrétien, 2009, 982 p.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Droit des Entreprises en Difficulté*, 9^e édition, Paris : Montchrétien, 2014, 1002 p.

SAYAG (A.), LEVI (A.), GARBIT (P.) ET AZEMA (J.), *Droit commercial, Fonds de commerce, baux commerciaux, marques, brevets, dessins et modèles, entreprises en difficulté*, Paris : Lamy, 2004, 1930 p.

SOINNE (B.), *Traité des procédures collectives*, Paris : LITEC, 2812 p.

SORBIER (M.), *La clientèle commerciale : Cession, location et partage*, L'Harmattan : Paris, Budapest, Torino, 2003, 282 p.

SOUWEINE (C.), *Droit des entreprises en difficulté*, 2^e Edition, Grenoble : PU, 2007, 296 p.

THALLER (E. E.), *Traité élémentaire de droit commercial*, Edition 1898, Hachette Livre, Paris : BNF, 2012, 1102 p.

VIDAL (D.) et CESARE GIORGINI (G.), *Cours de droit des entreprises en difficulté*, 2^e Edition, Issy-Les-Moulineaux : Gualino, 2016, 627 p.

VOINOT (D.), *Procédures collectives*, 2^e Edition, Paris : LGDJ, 2013, 396 p.

Encyclopédies en ligne

BLANC (G.), *Entreprises en difficulté, Cession de l'entreprise*, Répertoire Commercial Dalloz, 2011

DERRUPE (J.), *Fonds de Commerce*, Répertoire Immobilier Dalloz, 1998, 121 p.

JEANTIN (M.), *Jurisclasseur*, fascicule 1060

LE CANNU (P.), *Entreprises en difficulté, Avant-Propos*, Répertoire Commercial Dalloz, 2008

LE CORRE (P.-M.), *Redressement et liquidation judiciaires, Réalisation de l'actif, Cession des unités de production*, JCL Com., Juillet 2003, Fascicule n°2710

ROZES (L.), *L'entreprise*, Répertoire de droit du travail Dalloz, 2001, 21 p.

VIALLA (F.), *Clientèle*, Répertoire de Droit Civil Dalloz, 2003, 19 p.

WEILL. (A.), *Jurisclasseur commercial. Fonds de commerce*, T.1, fascicule IV, n°84.

Ouvrages Spéciaux, Monographies, Thèses, Mémoires

ALBERT-BUISSON (F.), *Le statut légal du fonds de commerce*, Paris : Pichon, 1934, 318 p.

AUBERT (G.), *Du caractère artificiel de la notion de fonds de commerce*, Thèse, Paris, 1946, 164 p.

ARCELIN (L.), *L'entreprise en droit de la concurrence français et communautaire*, Cahors : LITEC, 2006, Collection Bibliothèque du Droit de l'entreprise, T. 61, 2003, 554 p.

BAYARD (P.), *Etude de la notion de fonds de commerce*, Thèse, Paris, 1906, 251 p.

BORELLY (C.), *La notion économique d'entreprise en droit des procédures collectives*, Thèse, Montpellier, 2004, 408 p.

BOUSTANI (D.), *Les créanciers postérieurs d'une procédure collective confrontés aux enjeux du droit des entreprises en difficulté*, Issy-Les-Moulineaux : LGDJ, 2015, 430 p.

BOUTAUD (E.) ET CHABROL (P.), *Traité général des fonds de commerce et d'industrie*, Paris Rousseau : 1905, 662 p.

BOUTAUD (E.) ET CHABROL (P.), *Traité général des fonds de commerce et d'industrie, Supplément contenant le commentaire des lois des 17 mars et 1er avril 1909 et du décret du 28 août 1909*, Paris : Rousseau, 1910, 112 p.

CAGNOLI (P.), *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, Paris : L.G.D.J, 2002, 489 p.

CENDRIER (G.), *Le fonds de commerce*, 2^e Edition, Paris : Dalloz, 1925, 752 p.

CHAMPAUD (C.), *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise, sortir de la crise du financialisme*, Bruxelles : Editions Larcier, 2011, 368 p.

CHAMOULAUD-TRAPIER (A.), *Droit commercial : l'entreprise commerciale*, Paris : Bréal, 2010, 223 p.

CHATAIN-AUTAJON (L.), *La notion de fonds en droit privé*, Paris : LITEC, Collection Bibliothèque du Droit de l'entreprise, T.72, 2006, 595 p.

COILLOT (J.), *Le rôle de l'immeuble dans la notion de fonds de commerce*, Thèse, Lille, 1960, 265 p.

COHEN (A.), *Traité théorique et pratique du fonds de commerce*, 2^e Edition, Toulouse : Sirey, 1948, 1132 p.

COUTURIER (G.), *Droit des sociétés et droit des entreprises en difficulté*, Thèse, Paris : L.G.D.J, 2013, 579 p.

CREDA, *L'entreprise personnelle, Expériences européennes*, Tome 1, Paris : LITEC, 1981, 387 p.

DENIZOT (A.), *L'universalité de fait*, Paris : L.G.D.J, 2008, 550 p.

DERRUPPE (J.), *Fonds de Commerce, Connaissance du droit*, Paris : Dalloz-Sirey, 1994, 101 p.

DESPAX (M.), *L'entreprise et le droit*, Thèse, Toulouse, 1956, 443 p.

DISSAUX (N.), *Le fonds d'entreprise*, Paris : Editions Lexis Nexis, 2015, 500 p

DUBOS (B.), *Essai sur la notion de fonds de commerce électronique*, Thèse, Toulouse, 2008, 435 p.

FAHRI (S.), *Fiducie-sûreté et droit des entreprises en difficulté : étude de l'efficacité du mécanisme*, Issy-Les-Moulineaux : LGDJ, 2016, 474 p.

Évaluation : terrains, immeubles bâtis, fonds de commerce, titres non cotés en bourse, droits d'auteur et droits voisins, Paris, Francis Lefebvre, 2015, 277p.

FILLEAU (M.-G.), MARQUES-RIPOUL (CL.), *Les théories de l'organisation et de l'entreprise*, Paris : Ellipses, 1999, 256 p.

GARY (R.), *Essai sur les notions d'universalité de droit et d'universalité de fait dans leur état actuel*, Thèse, Bordeaux, 1931

GOMBEAUX, *La notion juridique de fonds de commerce*, Thèse, Caen, 1901, 322 p.

GRUNZWEIG (S.), *Le fonds de commerce et son passif propre : étude de législation et de jurisprudence françaises et belges*, Bruylant-L.G.D.J, 1938, 315 p.

KENDERIAN (F.), *Le sort du bail commercial dans les procédures collectives*, 4^e Edition, Paris : L.G.D.J, 2015, 286 p.,

LAGARDE-RECOUVREUR (J.), *La cession dans le plan de cession*, Thèse, Pau, 1992, 423 p.

LE FLOCH (P.), *Le fonds de commerce, essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles*, Paris : L.G.D.J, 1986, 322 p.

LE GALLOU (C.), *Droit des sûretés et droit des procédures collectives*, 2^e Edition, Bruxelles : Larcier, 2015, 468 p.

LEMEUNIER (F.), *Fonds de commerce, achat et vente*, Paris : Dalloz, 2004, 373 p.

LESAGE (L.), *La résolution du contrat à l'épreuve du droit des entreprises en difficulté*, Thèse, Lille, 2003, 280 p.

LIVIAN (Y.-F.), *Introduction à l'analyse des organisations*, 2^e éd., Paris : Economica, gestion poche, 2000, 112 p.

LUCAS DE LEYSSAC (C.), G. PARLEANI (G.), *Droit du marché*, Paris : PUF, Thémis droit privé, 2002, p. 1033 p.

NEUVILLE (S.), *Le plan en droit privé*, Bibliothèque de droit privé, n°296, Cahors : LGDJ, 1998, 349 p.

OPPETIT (B.), ET SAYAG (A.), *Les structures juridiques de l'entreprise*, 3^e Edition, Paris : Librairies Techniques, 1981, 360 p.

PERCEROU (R.), *Droit de l'entreprise*, Paris : Association des anciens élèves de l'institut d'administration des entreprises de Paris, 1980, 393 p.

REJET (T.), *La force de travail (étude juridique)*, Paris : Litec, bibliothèque de droit de l'entreprise, T. 28, 1992, 727 p.

REYGROBELLET (A.) ET DENIZOT (C.), *Fonds de commerce*, 2^e Edition, Paris : Dalloz, 2012, 1152 p.

REZEK (S.), *Achat et Vente de fonds de commerce*, Paris : Lexis Nexis, 2016, 621 p.

ROBE (J.-P.), *L'entreprise et le droit*, Collection encyclopédique Que sais-je, Paris : PUF, 1999, 128 p.

ROUSSEL-GALLE (P.), *La réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005*, Paris : LITEC, 2005, 364 p.

SEGRESTIN (B.) et HATCHUEL (A.), *Refonder l'entreprise*, Paris : Editions du Seuil, 2012, 117 p.

TEXIER (M.), *La Désorganisation*, Perpignan : Presses Universitaires, 2006, 605 p.

TOURNIER (J.-B.) et TOURNIER (J.-C.), *Evaluation d'entreprise : Que vaut une entreprise ?* 4^e Edition, Paris : Editions d'Organisation, 281 p.

VALLANSAN (J.), *La cession d'entreprise*, Thèse, Caen, 1986

VASQUEZ (A.), *La cession des entreprises en difficulté*, Thèse, Montpellier, 2012

VERCRUYSSSE (M.) ET LAUWERS (E.), *Le fonds de commerce, Théorie générale, Cession des fonds de commerce et des baux commerciaux*, Paris : Larcier, 1967, 323 p.

Doctrine

ALLAIN (T.), *La durée de séquestre du prix de cession d'un fonds de commerce après la loi dite « Warsmann IV » du 22 mars 2012*, JCP E, n° 17, 26 Avril 2012, p. 1277

AMLON (G.), *Transfert d'un crédit assorti de sûretés et accord entre le créancier garanti et le cessionnaire*, Act. Proc. Coll. n°20, Décembre 2010, Repère 277

ARCELIN (L.), *L'entreprise en difficulté face au droit de la concurrence*, RLDA, Nov. 2004-Janv. 2005, p. 159

ARNAUD-EMERY (A.), *Ventes de fonds, comment appliquer l'abattement de 300 000 euros ?* JCP N, n° 24-25, 13 Juin 2014, 1231

ARSEGUEL (A.) ET METAYE (T.), *Les aspects sociaux de la procédure de sauvegarde*, RPC, n°2, Avril 2008, dossier 10

AUBERT (F.), *les réalisations de gré à gré*, PA, n° 8, 12 janvier 2000, p. 21

AUFORT-DUPRAT (A.) et DUPRAT (P.), *Résiliation judiciaire du contrat de travail et procédures collectives*, RPC, n°1, janvier 2012, dossier 3

AUROUX (J.), « *Le droit des travailleurs* », rapport du Ministre du Travail au Président de la République, Liaisons Sociales, n° 114, octobre 1981

BAILLY (P.), *Les licenciements et les procédures collectives*, Gaz. Pal., n°313, 08 novembre 2008, p. 3

BAILLY (P.), *Les objectifs du droit des procédures collectives en matière d'emploi*, RLDA n°75, octobre 2012, p. 56

BARBET (P.) ET GUEVEL (D.), *Firme et entreprise : sortir de la jungle sémantique ?* Gaz. Pal., n° 118, 28 avril 2007, p. 7

BARON (J.), *Cessions d'actifs en procédures collectives : techniques à la disposition de l'administrateur*, RPC, n° 2, mars-avril 2015, dossier 21

BERGER-PERRIN (B.), *Plan de continuation, plan de cession et liquidation judiciaire : Le regard du praticien*, PA, n° 112, 18 septembre 1995, p.9

BERGER-PERRIN (B.), *Que reste-t-il de la finalité traditionnelle de règlement du passif ?* RPC, n° 3, Mai 2012, dossier 16

BERNARDINI (L.), *L'excès de pouvoir dans les procédures collectives*, PA, n° 239, 28 novembre 2008, p. 21

BEZIAN (B.) ET TEYNIER (E.), *Le droit de la faillite à l'heure de la réforme, solutions industrielles et négociation*, Revue Travail et Emploi n°21, septembre 1984, p.67

BINDER (O.), *Le mythe de la propriété de la clientèle : la franchise, ou l'avenir du fonds par la maîtrise des outils permettant de capter et de développer la clientèle*, A.J.D.I, p. 1054

BLANC (G.), *Les frontières de l'entreprise en droit commercial (Brève contribution...)*, D.1999, p. 415

BLAISE (J.-P.), *Les rapports entre le fonds de commerce et l'immeuble dans lequel il est exploité*, RTD com, 1966, p. 827.

BLATTER (J.-P.), *La loi Pinel et le statut des baux commerciaux (1)*, AJDI 2014, p. 576

BOCCARA (B.), *Le fonds de commerce, la clientèle et la distribution intégrée*, Gaz. Pal. 1994, 2, p. 1021

BOCCARA (B.), *Fonds de commerce : le renouvellement des concepts (en marge des droits des franchises)*, D. 2000, p.15

BOCCARA (V.) ET LELIEVRE (Y.), *Une nouvelle complexité des procédures collectives risque de se développer*, Bull. Joly Ent. Diff, n°6, 01 novembre 2015, p.397

BOITUZAT (A.), *Le droit de préemption des communes sur les cessions de fonds de commerce et artisanaux et de baux commerciaux*, RDI 2008, p.313

BONDUELLE (P.), *L'état de l'entreprise donnée*, JCP N, n° 6, 7 Février 1992

BORGA (N.), *la multiplication des obstacles à la cession*, RPC, n° 2, Mars 2015, dossier 31

BOSGIRAUD (C.), *Libres propos relatifs au droit de préemption sur les cessions de fonds de commerce, de fonds artisanaux, de baux commerciaux - préempter pour rétrocéder...*, JCP N, n°16, 18 Avril 2008, 1179

BOUQUET (B.), *Repenser l'exclusion traditionnelle des immeubles*, Gaz. Pal., n° 155, 04 juin 2009, p. 101

BOY (L.), *Entreprises en difficulté : la recherche d'un consensus autour du thème de l'entreprise*, changement social et droit négocié, in *Changement social et droit négocié (de la résolution des conflits à la conciliation des intérêts)*, Commissariat Général au Plan et Groupe de Recherche « Forme juridique et actions économiques de l'université de Nice, mars 1987, p.60

BOYER (J.), *La valeur des murs commerciaux, l'approche du juge judiciaire*, AJDI 1999, p. 881

BRENAC (A.) ET BRANCO FERNANDES (Y.), *Le sort du prix de cession du fonds de commerce en liquidation judiciaire*, RPC, n° 2, Mars 2015, dossier 23

BRIGNON (B.), *Cession d'un fonds de commerce appartenant à une société en liquidation judiciaire*, RPC, n° 3, mai 2012, form. 3

BRIGNON (B.), *Le point sur les réalisations d'actif ou la question de la date du transfert de propriété des actifs*, RPC, n° 4, juillet 2012, étude 22

BROUSSOLLE (Y.), *Le décret du 26 décembre 2007 relatif au droit de préemption des communes sur les fonds de commerce, les fonds artisanaux et les baux commerciaux*, Defrénois 2008, p. 1065

BUISINE (O.), *L'opposabilité du droit de rétention « fictif » dans le cadre du plan de cession*, RPC n° 6, novembre 2011, étude 31

BUISINE (O.), *Le pre-pack cession, une alternative au plan de cession « classique »*, Revue Banque/Banque Magazine, n° 747, avril 2012, p. 35-38

CAGNOLI (P.), *Le notaire, la vente d'immeuble et les procédures collectives : quelques difficultés pratiques*, PA, n° 110, 03 juin 2014, p. 75

CAGNOLI (P.) ET ADDA (L.), *Tribunaux de commerce spécialisés, le renouveau des juridictions*, RPC, n° 4, Juillet 2017, dossier 2

CALOMILI (C.) et GATTO (C.), *Les licenciements économiques dans les plans de cession*, PA, n° 239, 28 novembre 2008, p. 8

CANET (P.), *Premières remarques sur les modifications apportées par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 en matière de voies d'exécution*, RPC, n° 1, janvier 2009, dossier 8, p.65

CANET (P.), *Premières remarques sur les modifications apportées par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 en matière de liquidation judiciaire*, RPC n° 1, Janvier 2009, dossier 12, p.91

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 ?* RPC n° 1, Janvier-Février 2016, Etudes p.9, n°2

CASTEL (R.) ET ROMAIN-HUTTIN (A.), *le bail commercial à l'épreuve des procédures collectives*, RLDA, 2010, n°48.

CERATI-GAUTHIER (A.), *La déclaration d'insaisissabilité à l'épreuve des procédures collectives*, Ann. Loyers 2010, p. 887

CERATI-GAUTHIER (A.), *Procédures collectives : nouvelles réformes du droit des entreprises en difficulté par l'ordonnance du 18 décembre 2008*, Ann. Loy., 2009, p. 520.

CERATI-GAUTHIER (A.), *La promotion de la reprise interne par l'ordonnance du 12 mars 2014*, JCP E, n°36, 4 septembre 2014, 1435

CERATI-GAUTHIER (A.), *Le licenciement des salariés d'une entreprise en procédure collective depuis la loi de sécurisation de l'emploi*, Les Cahiers Lamy du CE, n°131, p. 5

CHAGNY (Y.), *Voyage autour de l'entité économique autonome*, Sem. Soc., Supplément n°1140, 20 octobre 2003

CHAGNY (Y.), *Un organe des procédures collectives : le représentant des salariés*, RDS 2008, p. 1003

CHAOUI (H.) ET VAISSIE (M.-O.), *Application dans le temps de la loi du 18 juin 2014 dite « loi Pinel »*, Rev. Loy., n°953, p.3

CHAMARD-HEIM (C.) ET YOLKA (P.), *La reconnaissance du fonds de commerce sur le domaine public*, AJDA 2014, p.1641

CHAMPAUD (C.), *Fondements, permanence et avenir de la doctrine de l'entreprise*, in *L'entreprise dans la société du XXIe Siècle*, sous la direction de Claude Champaud, Collection Droit, Management et stratégies, Bruxelles : LARCIER, 2013, p.183

CHAPUT (Y.), *La réforme de la loi du 25 janvier 1985 par la loi n° 94. 475 du 10 juin 1994, relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises apporte des modifications ponctuelles aux grandes lignes du droit des entreprises en difficulté*, RTD Com. 1994, p. 556

CHAPUT (Y.), *La réforme du droit des entreprises en difficulté, Aperçu rapide sur la Loi n°94-475 du 10 Juin 1994*, JCP E, n° 27, 6 juillet 1994

CHAPUT (Y.), *Une nouvelle architecture du droit français des procédures dites collectives*, JCP G, n° 46, 16 Novembre 2005, Doctr. n° 184

CHAPUT (Y.), *La réforme de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises*, JCP G, n° 38, 21 Septembre 1994, I 3786

CHAPUT (Y.), *Une nouvelle architecture du droit français des procédures dites collectives*, JCP G, n° 46, 16 Novembre 2005, I 184

CHAPUT (Y.), *Les plans de sauvegarde et de redressement : renaissance légale de l'homme et de l'entreprise ?* in *Etudes de droit privé, mélanges offerts à Paul Didier*, Paris : Economica, 2008, p.115

CHAZAL (J.-P.), *Propriété et entreprise : le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie*, D. 2014, p. 1101

CHILSTEIN (D.), *Le fonds de commerce*, in « *D'un Code à l'autre : le droit commercial en mouvement* », sous la direction de LE CANNU (P.), T.17, Paris-L.G.D.J- Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2008, p.305

CLANCHIN (O.), *La place de l'entreprise dans la société*, in *L'entreprise dans la société du XXIe Siècle*, sous la direction de Claude Champaud, Collection Droit, Management et stratégies, Bruxelles : LARCIER, 2013, p.175

COIFFARD (D.), *Propriétés incorporelles de l'entreprise*, PA, n° 86, 30 avril 2009, p. 8

COLLOMB (P.), « *La clientèle du fonds de commerce* », RTD Com. 1979, p 1

CONTIN (R.), *Les approches sociétales de l'entreprise, une option vitale pour nos sociétés développées*, in *L'entreprise dans la société du XXIe Siècle*, sous la direction de Claude Champaud, Collection Droit, Management et stratégies, Bruxelles : LARCIER, 2013, p.101

COQUELET (M.-L.), *Le plan de cession a-t-il changé ?* RPC, n°2, juin 2006, p. 188

COQUELET (M.-L.), *Le plan de cession : faut-il déjà réformer ?* RPC, n°2, Avril 2008, dossier n°12

COQUELET (M.-L.), *Risques, responsabilités des associés d'une société en procédure collective*, RPC, n° 6, novembre 2010, dossier 6

COQUELET (M.-L.), *Quelle partition pour le juge et les créanciers dans le traitement actuel de la défaillance ?* RPC, n° 3, mai-juin 2012, dossier 15

COTTINI (M.), *Le patrimoine de l'entreprise en droit fiscal in Le patrimoine de l'entreprise : d'une réalité économique à un concept juridique ? Mélanges sous la direction de BLARY-CLEMENT (E.) ET PLANCKEEL (F.)*, Bruxelles : Larcier, 2014, p. 177

COURET (A.), *La cession de l'entreprise dans le cadre d'une procédure collective*, Bull. Joly Soc., n° 3, 01 mars 1986, p. 289

COURET (A.), *Le plan de cession, mesure de redressement ou de liquidation*, supplément RLDA n°80, mars 2005, p. 42

COUTURIER (G.), *L'unité économique et sociale, Trente ans après*, Sem. Soc., supplément n°1140, 20 octobre 2003

COUTURIER (G.), *Le plan de cession, instrument de restructuration des entreprises défaillantes*, Bull. Joly Soc., n°2, 01 février 2008, p.142

COUTURIER (G.), *Les créanciers et la sauvegarde financière de l'entreprise en difficulté*, Bull. Joly Soc., 01 juillet 2010, n°7, p. 683

COUTURIER (G.), « *Savoir gérer la pression est une qualité indispensable à tout administrateur judiciaire* », Bull. Joly Ent. Diff., 01 janvier 2017, n°1, p.16

COZIAN (M.), *La transmission des entreprises : vaincre les obstacles*, Rapport de synthèse présenté au 86e Congrès des notaires, Defrénois, 15 juillet 1990, p. 769

CROCQ (P.), *La réforme du droit des procédures collectives et le droit des sûretés*, Recueil D. 2006, p. 1306

CROCQ (P.), *Réforme des procédures collectives et sort des créanciers munis de sûretés*, Dr. et Pat., mars 2006, p. 90

DAMMANN (R.) ET PODEUR (G.), *Fiducie-Sureté et droit des procédures collectives : évolution ou révolution ?* D. 2007, p. 1359

DAMMANN (R.) ET PODEUR (G.), *Le rééquilibrage des pouvoirs au profit des créanciers résultant de l'ordonnance du 12 mars 2014*, D. 2014, p. 752

DANNET (D.), *Pour en finir avec le financialisme : la doctrine de l'entreprise*, in *L'entreprise dans la société du XXIe Siècle*, sous la direction de Claude Champaud, Collection Droit, Management et stratégies, Bruxelles : LARCIER, 2013, p. 35

DAVIGNON (J.-F.), *La loi ALUR et la réforme des droits de préemption*, AJDA, n° 6, juin 2014, étude 11

DE BELOT (P.), *Soixante-treize ans de propriété commerciale*, Gaz. Pal., Janvier-Février 2000, p. 56

DE FREMONT (H.), *Les licenciements et les procédures collectives : un compromis acceptable ?* Gaz. Pal., 22 janvier 2009 n°22, p. 11

DE PANAFIEU (L.), *Le mythe de la propriété de la clientèle dans les centres commerciaux*, A.J.D.I 2001, p. 1062

DE SAINT-POL (F.), *Procédure collective du franchiseur et cession forcée du réseau : mais que fait la jurisprudence ?* JCP E, n°45, 6 novembre 2014, 1561

DECOCQ (G.) ET STOFFEL-MUNCK (P.), *L'avènement du fonds de commerce électronique*, Gaz. Pal., n° 155, 04 juin 2009, p. 52

DEDEURWAERDER (G.), *Les habits neufs du régime fiscal de la reprise d'une entreprise industrielle en difficulté, À propos de la réforme de l'article 44 septies du CGI*, RDF, n°49, 3 décembre 2015, 711

DEHARVENG (J.), TEXIER (A.-S.), ROSSI (P.), SOULARD (A.-C.), *Procédures collectives, trente ans de procédures*, RPC, n° 1, Janvier-Février 2016, dossier p.47, n°2

DEHARVENG (J.), *Le plan de cession dans la nouvelle architecture des procédures collectives ; Un événement et non plus une issue du cours de la procédure*, D. 2006, p. 1047

DEJOIE (A.) ET PAN THANH (F.), *Le sort du prix de vente de fonds de commerce*, Defrénois, n° 8, 30 avril 2009, p. 801

DEJOIE (A.) ET PAN THANH (F.), *La publication de cession de fonds de commerce*, Defrénois, n° 10, 30 mai 2009, p. 977

DEJOIE (A.) ET PAN THANH (F.), *Les aspects fiscaux de la cession de fonds de commerce*, Defrénois, n° 11, 15 juin 2009, p. 1097

DELEBECQUE (P.), *Sûretés réelles et procédures collectives* : Dr. et patr. 2002, n° 106, p. 49

DELEBECQUE (P.) ET SIMLER (P.), *Sûretés immobilières en général. Réforme des procédures collectives. Loi du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises*, RDI 1994 p. 481

DELENEUVILLE (M.), *L'entreprise et la loi du 25 janvier 1985*, RPC 1998, n°5, p. 445

DELPECH (X.), *Loi Macron : quelles nouveautés pour les entreprises ?* AJCA, 2015, p.342

DELFOSSÉ (A.) ET PENIGUEL (J.- F.), *Administration de l'entreprise : cession de l'entreprise et des actifs du débiteur*, JCP N, n° 43, 28 Octobre 2005, 1436

DEMEYERE (D.), *Les enjeux de la cession de l'entreprise en difficulté*, PA, n° 108, 30 mai 2012, p. 39

DENIZOT (A.), *Quelle place pour le fonds de commerce ? in Le patrimoine de l'entreprise : d'une réalité économique à un concept juridique ? Mélanges sous la direction de BLARY-CLEMENT (E.) ET PLANCKEEL (F.)*, Bruxelles : Larcier, 2014, p. 177

DERRIDA (F.), *L'article 93 de la loi du 25 janvier 1985 ne s'applique pas lorsque le tribunal arrête deux plans de cession partielle portant chacun sur un immeuble cédé à un prix déterminé*, D. 1996, p.5

DERRIDA (F.), SORTAIS (J.-P.), *La réforme du droit des entreprises en difficulté, premier aperçu*, D. 1994, p. 267

DERRUPE (J.), *Fonds de commerce et clientèle*, in mélanges A. Jauffret, Paris : L.G.D.J, 1974, p. 231 et s

DERRUPE (J.), *Le franchisé a-t-il encore une clientèle et un fonds de commerce ?* AJPI 1997. 1002

DERRUPE (J.), *L'avenir du fonds de commerce et de la propriété commerciale*, in *L'avenir du droit, Mélanges offerts à F. Terré*, Paris : Dalloz-Sirey, 1999, p. 586.

DESGORCES (R.), *Notion de fonds de commerce et internet*, CCE 2000, chron. 6, p.14

DISSAUX (N.), *La responsabilité du franchiseur en cas de défaillance du franchisé*, AJCA, 2014, p.60

DOUAOUI-CHAMSEDDINE (M.), *Le Prepack Cession dans les procédures collectives*, RLDA, n°94, juin 2014, p.69

DRAGO (G.), *De quelques apports du droit constitutionnel à une définition de l'entreprise*, in *Mélanges en l'honneur de Claude Champaud, Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe Siècle*, Paris : Dalloz 1997, p.299

DROBNIG (U.), *La réforme Française du droit des sûretés réelles*, D. 2007, p. 1488

DUMEZ (H.), *La compréhension de l'entreprise, entre description, théorie et norme*, in *L'entreprise, point aveugle du savoir*, Colloque de Cerizy, sous la direction de SEGRESTIN (B.), ROGER (B.) et VERNAC (S.), Auxerre : Editions sciences humaines, 2014, p.137

DUMONT-LEFRAND (M.-P.), *la cession isolée du contrat de bail commercial*, RPC, n° 2, mars 2015, dossier n°25

DUMUR (J.-P.), *Le « bêtisier » de la loi Pinel en dix stations*, AJDI, 2014, p. 821

ETIENNE-MARTIN (E.) et LAFONTAINE (M.-A.), *L'administrateur judiciaire : du syndic au praticien de l'entreprise*, RPC, n° 1, Janvier 2016, dossier 8

FABRE (A.), *La promesse présidentielle de « Florange » à l'épreuve du droit de propriété et de la liberté d'entreprendre*, Constitutions 2014, p.204

FABRE (R.), *L'autonomie du fonds de commerce du franchisé*, Cahiers de droit de l'entreprise, 2002- 5, p. 24.

FABRIES-LECEA (E.), *L'acquisition préférentielle, un atout dans la restructuration de l'entreprise en difficulté*, RPC, n° 3, Mai 2011, étude 14

FARGE (M.) ET GOUT (O.), *L'impact du nouveau droit des entreprises en difficulté sur le droit des sûretés*, RLDC 2009, n°58

FIN-LANGER (L.), *Les aspects sociaux de l'opération de reprise de l'entreprise en difficulté*, RPC, n° 3, mai 2010, étude n°17

FIN-LANGER (L.), *Les risques subis par les salariés*, RPC, n° 6, novembre 2010, dossier 10

FIN-LANGER (L.), *Le particularisme des instances prud'homales dans les procédures collectives*, RPC, n°1, Janvier 2012, dossier 5

FIN-LANGER (L.), *Que reste-t-il de la loi Florange après la censure du Conseil constitutionnel ?* RPC, n° 3, Mai 2014, étude 9

FIN-LANGER (L.), et GAILHBAUD (C.), *Les représentants du personnel et les plans*, RPC, n° 3, mai 2015, dossier 47

FIN-LANGER (L.) et JACOTOT (D.), *La loi Macron et le droit social*, RPC, n° 5, novembre 2015, étude 17

FIN-LANGER (L.) et JACOTOT (D.), *La naissance d'un droit social des entreprises en difficulté ?* RPC, n°2, mars-avril 2014, dossier 24, p. 67

FIN-LANGER (L.), ET JACOTOT (D.), *La loi « Travail » et le droit des procédures collectives*, RPC, n° 5, septembre 2016, étude 17

FLÜCKIGER (A.), *Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal*, janvier 2007, dossier : la normativité, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 21

FROELICH (P.), *Point de vue d'un mandataire judiciaire sur la liquidation judiciaire*, RLDA, n° 80, 1er mars 2005, p. 59

FROELICH (P.), *La liquidation judiciaire dans la loi de sauvegarde des entreprises*, Supplément RLDA n° 88, décembre 2005, p.28

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

FROELICH (P.), *La nouvelle répartition des rôles entre administrateurs et mandataires judiciaires dans la cession*, PA, n°119, 14 juin 2007, p. 79

FROELICH (P.), *La mise en œuvre des règles par les mandataires de justice*, RLDA, 2012, n°75, p. 64

FOYER (J.), « *L'immeuble, le fonds de commerce et le fonds agricole* », in Etudes de droit privé, mélanges offerts à Paul Didier, Paris : Economica, 2008, p. 161

GALL-HENG (E.), *Le PSE et la procédure collective*, RLDA, 2012 n°75, p. 60

GALOKHO (C.), *Les atteintes à la liberté du commerce et de l'industrie résultant de la prévention et du traitement des difficultés des entreprises*, RTD Com. 2014, p. 489

GARBIT (P.), *La loi du 18 juin 2014 et la réforme du statut des baux commerciaux (1^{re} partie)*, RLDA, septembre 2014, p.18

GAUDEMET (A.), *La cession des biens meubles corporels grevés de sûretés réelles dans les procédures collectives*, RPC, n° 2, mars 2015, dossier 28

GAUDU (F.), *Quelle réalité pour l'entreprise aujourd'hui ?* Sem. Soc. 2003, supplément n°1140, 20 octobre 2003

GAZEAU (O.), BLIN (S.) ET SARDOT (C.), *Le notaire et la réalisation des actifs en liquidation judiciaire : la vente des meubles*, JCP N, n°20, 16 mai 2014, 1201

GELTER (M.), *La doctrine française de l'entreprise d'un point de vue comparé*, in *L'entreprise dans la société du XXI^e Siècle*, sous la direction de Claude Champaud, Collection Droit, Management et stratégies, Bruxelles : LARCIER, 2013, p. 85

GENITEAU (A.), *La cession d'entreprise dans la loi de sauvegarde des entreprises*, Supplément RLDA n° 88, décembre 2005, p.23

GENITEAU (A.), *La responsabilité de l'administrateur*, RPC, n° 6, Novembre 2010, dossier 11

GORRIAS (S.), *Panorama rapide de la liquidation judiciaire dans la loi dite de sauvegarde*, PA, n°35, 17 février 2006, p.96

GOURAUD (C.), *La pratique notariale des baux commerciaux après la loi Pinel du 18 juin 2014*, Defrénois, 15 septembre 2014 n° 17, p. 902

GOURDAIN (P.), *La contestation des ordonnances du juge-commissaire en matière d'autorisation de cession*, D. 2011, p.114

GOUT (O.), *Les sûretés face aux procédures collectives*, JCP N, mars 2012, p.45

GRANGE (J.), *La cession de l'entreprise en difficulté*, Les Cahiers Sociaux, 01 septembre 2015, n°277, p.476

HAEL (J. -P.), *Le choix du juge-commissaire entre les formes de réalisation des meubles et des immeubles : cession ut singuli ou cession des unités de production*, RTD Com. 1990, p. 479

HANNOUN (C.), *Les valeurs au fondement de l'entreprise : approche juridique*, in *L'entreprise, point aveugle du savoir*, Colloque de Cerizy, sous la direction de SEGRESTIN (B.), ROGER (B.) et VERNAC (S.), Auxerre : Editions sciences humaines, 2014, p.122

HENRY (L.-C.), *Le plan de cession et la loi de sauvegarde des entreprises*, Gaz. Pal., n°251, 08 septembre 2005, p.39

HOAREAU (S.), *Le rôle du mandataire judiciaire dans les cessions isolées*, RPC, n° 2, mars 2015, dossier n°20

HUGON (X.), *La cession du fonds de commerce, instrument d'un changement de contrôle de l'entreprise*, Gaz. Pal., n° 155, 04 juin 2009, p. 34

IDOT (L.), *La notion d'entreprise*, Rev. Soc. 2001, p. 191

JACOTOT (D.), *Licenciement économique : quelle évolution pour les entreprises en difficulté ?* RPC, n° 1, janvier 2016, dossier 18

JAFFRAIN (S.), *Modalités de vente d'un fonds de commerce dans le cadre d'une liquidation judiciaire*, JCP E, n° 2, 14 janvier 1993, 205

JAZOTTES (G.), *La question de la cession du fonds libéral*, RPC, n° 2, Mars 2015, dossier 24

JAZOTTES (G.), *La situation générale des créanciers dans la préparation du plan*, RPC, n° 3, mai 2015, dossier 38, spéc. n°13

KENDERIAN (F.), *La nouvelle cession-déspecialisation du bail en cas de procédure collective, à propos du nouvel alinéa 4 de l'article L642-7 du Code de Commerce, (L.2014-626, 18 juin 2014, Art.15*, RPC, n°5, septembre 2014, étude 25

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

LE CANNU (P.), *La notion juridique d'entreprise dans les lois du 1^{er} mars 1984 et du 25 janvier 1985*, PA, 14 mai 1986, p.19

LE CORRE (P.-M), *Effets de la transmission de la charge de la sûreté en plan de cession*, PA, n° 110, 14 septembre 1994

LE CORRE (P.-M), *La transmission de la charge de la sûreté en plan de cession*, PA, n° 120 07 octobre 1994, p. 4

LE CORRE (P.-M), *Le gage avec droit de rétention face au plan de cession, (Rien ne sert de concourir il faut à point retenir)*, PA, n° 127, 22 octobre 1997, p. 5

LE CORRE (P.-M), *Cession du bail commercial en cas de redressement judiciaire du preneur et plan de cession*, AJDI, 2002, p. 437

LE CORRE (P.-M), *Premiers regards sur la loi de sauvegarde des entreprises*, D. 2005, p. 2297

LE CORRE (P.-M), *Les difficultés pratiques de réalisation des actifs en liquidation judiciaire*, Supplément RLDA n°80, 2005, p.61

LE CORRE (P.-M), *Le Nouveau Visage de la Liquidation Judiciaire Simplifiée*, D.2009, p. 677

LE CORRE (P.-M), *Un exemple d'exclusivité : le droit de rétention fictif du gagiste sans dépossession*, PA, n° 30, 11 février 2011, p. 68

LE CORRE (P.-M), *Cautionnement et transfert de la charge de la sûreté en plan de cession : questions-réponses*, n° 194, Gaz. Pal., 13 juillet 2013, p. 33

LE CORRE (P.-M), *Pour une clarification du traitement des créances de remboursement des avances de l'AGS*, D. 2014, p. 378

LE CORRE (P.-M), *Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté, dispositions générales*, D. 2014, p.733

LE NABASQUE (H.), *La cession de l'entreprise en redressement judiciaire*, JCP E, n° 19, 10 mai 1990, p.15770

LE NORMAND (S.), *Le dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire à l'épreuve des évolutions récentes*, JCP E, n° 22, 31 Mai 2012, p. 1337

LEBEL (C.), *Les indisponibilités du droit des procédures collectives*, RDP, n°232, Janvier 2014, p.32

LECUYER (H.), *La spécificité traditionnelle du fonds de commerce et sa mise en concurrence contemporaine par des notions voisines*, Gaz. Pal., 04 juin 2009, n° 155, p. 7

LECUYER (H.), *Les propriétés incorporelles (Rapport de synthèse du 105^e Congrès des notaires de France)*, Defrénois, n° 12, 30 juin 2009, p. 1218.

LECUYER (H.), SENECHAL (M.), ZATTARA (A.-F.), FROEHLICH (P.) ET LUCAS (F.-X.), *La loi de sauvegarde article par article*, PA, n°29, 09 février 2006, p. 4

LEGEAIS (D.), *Garanties. Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008*, RTD Com. 2009 p. 193

LEGEAIS (D.), *La réforme des sûretés, la fiducie et les procédures collectives*, RDS 2007, p. 687

LEGUEVAQUES (C.), ROUSSEL-GALLE (P.), GORRIAS (S.), BREMOND (G.), GENDROT (H.), SAIGNE (P.) ET VALLIOT (R.), *La situation des créanciers : plus de droits, plus de privilèges... et moins de privilégiés*, PA, n° 189, 21 septembre 2006, p.39

LEGROS (J.- P-), *Le traitement des sociétés en difficulté après l'ordonnance du 12 mars 2014*, Rev. Soc., n°6, Juin 2014, Etude 11

LELOUP (J.-M.), *La place de la clientèle aujourd'hui*, Gaz. Pal., n° 155, 04 juin 2009, p. 74

LHULLIER (G.), *Le « paradigme » de l'entreprise dans le discours des juristes*, Annales. Economies, sociétés, civilisations. 48^e année, n°2, 1993, pp. 329-358

LIENHARD (A.), *Réforme du droit des entreprises en difficulté, présentation de l'ordonnance du 18 décembre 2008*, D. 2009, p.110

LIENHARD (A.), *La cession du fonds de commerce en tant qu'actif isolé du fonds de commerce en liquidation judiciaire*, in Liber Amicorum, Mélanges en l'honneur de Philippe Merle, Paris : Dalloz, 2012, p.477

LIENHARD (A.), *Réforme du droit des procédures collectives : Présentation de l'ordonnance du 12 mars 2014*, Dalloz Actualités Affaires du 17 mars 2014

LIPINSKI (P.), *Cautionnement et procédures collectives : précisions sur la portée de l'engagement de la caution*, D. 2000 p. 257

LUCAS (F.-X.), *L'efficacité des sûretés réelles et les difficultés des entreprises*, RPC, n° 6, novembre 2009, dossier 17

LUCAS (F.-X.), *Présentation de l'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives*, Bull. Joly Ent. Diff, n° 2, 01 mars 2014, p. 111

LUCIANO (K.), *Analyse juridique du droit de rétention*, RPC, n°4, juillet 2012, étude n°29.

LYON-CAEN (A) ET LYON-CAEN (G), *La doctrine de l'entreprise*, in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Paris : LITEC, 1978, p. 601

LYON-CAEN (A.), *Les orientations générales de la réforme (L.25.1.1985)*, Annales de l'Université de Sciences sociales de Toulouse, T. XXXIV, 1986, p.11

LYON-CAEN (A.), *Le droit sans l'entreprise*, in *L'entreprise, point aveugle du savoir*, Colloque de Cerizy, sous la direction de SEGRESTIN (B.), ROGER (B.) et VERNAC (S.), Auxerre : Editions sciences humaines, 2014, p. 23

MACORIG-VENIER (F.), *Les ventes de gré à gré dans la liquidation judiciaire : actualité et perspectives*, JCP N, n° 27, 1er juillet 2004, 1311

MACORIG-VENIER (F.), *Les biens fiduciaires (biens distraits des procédures)*, RPC, n°1, janvier 2011, dossier 10

MACORIG-VENIER (F.), *L'alternative à la cession des biens grevés : l'attribution en propriété*, RPC n° 2, mars 2015, dossier 30

MACORIG-VENIER (F.), *Les créanciers et leurs garanties*, RPC, n° 6, novembre 2015, dossier 53

MACORIG-VENIER (F.) ET SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Les créanciers dans l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté*, RPC, n° 1, janvier 2009, dossier 9, p. 65

MACORIG-VENIER (F.) ET VALLANSAN (J.), *Les améliorations de la procédure liquidative et des cessions*, RPC, n°4, juillet 2014, dossier 32

MAINGUY (D.), *Réflexions sur la notion de produit en droit des affaires*, RTD com. 1999, p. 47

MALAUZAT (J.), *Les valeurs immatérielles et virtuelles de l'entreprise, entre protection et liberté*, D. 2013, p. 1919

MALAUZAT (J.), *La composition du fonds de commerce. La vie du fonds de commerce*, in 60^e congrès des Notaires de France, *le statut juridique du fonds de commerce*, Paris : Litec, 1962, p.514

MARTIAL-BRAZ (N.), *Le sort des biens incorporels grevés de sûretés en cas de cession d'actifs isolés*, RPC, n° 2, Mars 2015, dossier 29

MARTIN-SERF (A.), *Prise en charge d'un contrat de prêt par le repreneur, et maintien de la caution de l'emprunteur*, RTD Com. 2000, p.177

MARTINON (A.), *Cession globale des éléments d'actif et transfert des contrats de travail*, Chronique sous la direction de Bernard Teyssié, JCP E, n° 3, 19 janvier 2006, p. 1130

MAZEAUD (A.), *Sort des contrats de travail en cas de transfert d'entreprise : vers une réécriture des articles L. 122-12 et L. 122-12-1 du code du travail ?* D. 1998, p. 106

MAZEAUD (A.), *Les cessions d'entreprises ou de partie d'entreprise depuis la loi du 26 juillet 2005*, Droit social 2006, n° 1, p. 12

MENDOZA-CAMINADE (A.), *La notion de fonds de commerce à l'épreuve de l'internet : faut-il admettre le fonds de commerce électronique*, in *Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Paris : Dalloz, 2008, p. 763

MERCADAL (B.), *La notion d'entreprise*, in *Les activités et les biens de l'entreprise*, Mélanges offerts à Jean Deruppé, Fontenay-Le-Comte : LITEC, 1991, p. 9

MESTRE (J.), *Propos conclusifs in le fonds de commerce : un centenaire à rajeunir*, Gaz. Pal., n° 155, 4 juin 2009, p. 113

MESTRE (J.), et BARBIER (H.), *L'actualité 2014 du droit des contrats*, RLDC, n°121, décembre 2014, p. 6

MONÉGER (J.), *Emergence et évolution de la notion de fonds de commerce*, AJDI, 2001, p.1042

MONÉGER (J.) ET KENDERIAN (F.), *Premiers regards sur la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relatives au bail commercial*, RTD Com., 2014 p. 535

MONSERIE-BON (M.-H.), *Le plan de cession*, PA, n°178, 6 septembre 2000, p.43

MONSERIE-BON (M.-H.), *Les ventes dans le plan de cession*, RLDA, n° 60, 1er mai 2003

MONSERIE-BON (M.-H.) ET AMIZET (B.), *Cession du fonds de commerce en liquidation judiciaire*, RPC, n° 2, mars-avril 2015, dossier 22

MONTERAN (T.) ET MIEULLE (M.), *Le vade-mecum du plan de cession « prepack »*, Bull. Joly Entr. Diff., 01 mai 2015, n°3

MOREUIL (L.) et MORVAN (P.), *Cession d'unité de production après liquidation judiciaire et transfert des contrats de travail : Un revirement ou une réforme s'impose*, JCP E 2004, n° 1897

MORVAN (P.), *Transfert d'entreprise et contrats de travail : l'irrésistible article L122-12 du Code du Travail*, RLDA, 2006, n°9

MUTELET (C.), PRIGENT (J.) et RODRIGUEZ (M.-L.), *Réforme des baux commerciaux*, RLCF, 2014, Juillet-août-septembre 2014, p. 323

NOTTE (G.), *Ordonnance 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté*, JCP E, n°1, 1^{er} janvier 2009, act.1

NUSSENBAUM (M.), *Les ambiguïtés actuelles de l'évaluation du fonds de commerce*, Gaz. Pal., n° 155, 04 juin 2009, p. 81

PAILLER (P.), *Régime général de l'obligation et procédures collectives*, RLDC, 2014, n°113, p. 89

PAILLER (P.), *Le sort des sûretés dans la nouvelle ordonnance de réforme du droit des procédures collectives du 14 mars 2014*, RLDC, 2014, n°115, p. 30

PAILLUSSEAU (J.), *Qu'est-ce-que l'entreprise ?* Petites affiches, 19 avril 1986, p.4

PAILLUSSEAU (J.), *L'E.U.R.L. ou des intérêts pratiques et des conséquences théoriques de la société unipersonnelle*, JCP G, n° 20, 14 Mai 1986, doct. 3242

PAILLUSSEAU (J.), *Le big bang du droit des affaires à la fin du XXe siècle (ou les nouveaux fondements et notions du droit des affaires)*, JCP G, n° 16, 20 Avril 1988, I 3330

PAILLUSSEAU (J.), *Les apports du droit de l'entreprise au concept de droit*, D. 1997, p.97

PAILLUSSEAU (J.), *Le droit des activités économiques à l'aube du XXIe siècle*, D. 2003, p.260

PAILLUSSEAU (J.), *La notion de groupement d'entreprises et de sociétés dans le droit des activités économiques*, D. 2003, p. 2346

PAILLUSSEAU (J.), *Entreprise et patrimoine, deux notions qui s'ignorent ?* in *Le patrimoine de l'entreprise en droit fiscal* in *Le patrimoine de l'entreprise : d'une réalité économique à un concept juridique ? Mélanges sous la direction de BLARY-CLEMENT (E.) ET PLANCKEEL (F.)*, Bruxelles : Larcier, 2014, p. 15

PAILLUSSEAU (J.), *Comment les activités économiques révolutionnent le droit*, D. 2017, p.1004

PANCRAZI (M.-E.), *Repenser l'exclusion traditionnelle des contrats et obligations*, Gaz. Pal., n° 155, 04 juin 2009, p. 93

PELISSIER (A.), *Nature et sanction de l'engagement du cessionnaire de l'entreprise en difficulté*, D. 2000, p. 383

PELLIER (J.- D.), *La poursuite de la construction d'un régime de sûretés pour autrui, à propos de la modification de l'article L643-11 du Code de Commerce par l'ordonnance du 12 mars 2014*, D. 2014, p. 1054

PEROCHON (F.), *Halte au détournement de la cession judiciaire d'entreprise*, D. 1990, p. 252

PEROCHON (F.), *Cession d'entreprise, redressement et liquidation*, intervention colloque Cour de cassation, 2006

PEROCHON (F.), *Procédures collectives et cautionnement*, Revue Dr. et Patr., n°172, 1^{er} juillet 2008

PETEL (P.), *Le nouveau droit des entreprises en difficulté*, JCP E, n° 42, 20 Octobre 2005, p. 1509

PETEL (P.), *Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II, Commentaire de l'ordonnance 2008-1345 du 18 décembre 2008*, JCP E, n°3, 15 janvier 2009, 1049

PETEL (P.), *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires des entreprises*, Chronique, JCP E, n° 50, 11 2014, p. 1637

PLANCKEEL (F.), *Notion de fonds de commerce dans ses rapports avec l'immeuble abritant le fonds*, JCP E n°39, 24 septembre 2009, p. 1899

POURTEAU (S.), *Loi « Pinel » : petit pêle-mêle*, *Gérer- le magazine du responsable comptable administratif et financier*, n°41, Juillet-Août 2014, p.25

PRIGENT (J.), *Loi Pinel et bail commercial : commentaire du décret du 3 novembre 2014*, *Rev. Loy.*, 2014, p.499

PUYGAUTHIER (J.-L.), *Cautionnement et procédures collectives commerciales*, JCP N, n° 7, 15 février 2013, p. 1030

PUYGAUTHIER (J.-L.), *Les conséquences de la loi Pinel sur la cession du bail commercial ou du fonds de commerce*, JCP N, n° 1-2, 9 Janvier 2015, 1002

RANDOUX (D.), *Une société très spécifique : l'E.U.R.L*, JCP N, n° 46, 15 Novembre 1985, 101203

RANDOUX (D.), *Aspects juridiques du désinvestissement : remise en cause de la prépondérance de la clientèle ?* JCP G, 1991, I, 3533

RAKOTOVAHINY (M.-A.), *Le « clair-obscur » de la vente de gré à gré d'un fonds de commerce dans le cadre d'une liquidation judiciaire*, D. 2000, p.51

RAKOTOVAHINY (M.-A.), *La cession amiable d'actifs dans la liquidation judiciaire : propos sur une certaine institutionnalisation de la vente*, PA, n° 21, 31 janvier 2000, p. 4

RAKOTOVAHINY (M.-A.), *Les ventes de gré à gré dans la liquidation judiciaire*, RLDA 2003, n° 60, 1^{er} mai 2003

REILLE (F.), *La responsabilité du franchiseur dans le cadre de la procédure collective du franchisé*, AJCA, 2014, p. 65

REMERY (J.-P.), *L'appel dans la loi de sauvegarde des entreprises*, JCP E, n° 5, 31 Janvier 2008, 1154

REMERY (J.-P.), *Les voies de recours dans la réforme de la loi de sauvegarde des entreprises*, JCP G, n° 13, 25 Mars 2009, I 129

REXANT-POURIAS (N.), *Les effets néfastes de l'immobilisation par destination sur les garanties grevant le fonds de commerce*, Revue Juridique de l'Ouest, 2001, Vol.14, Numéro 4, p. 515

REZEK (S.), *Vingt raisons de réformer la vente des fonds de commerce*, JCP N, n°39, 29 septembre 2006, 1311

REYGROBELLET (A.), *Bail commercial : important décret d'application de la loi Pinel*, La JCP N, n°47, 21 novembre 2014, act. 1174

ROBLOT-TROIZIER (A.) ET TUSSEAU (G.), *Chronique de jurisprudence - Droit administratif et droit constitutionnel*, RFDA, 2014, p.589

ROHART-MESSAGER (I.), *Plan de cession et autorisation pour le repreneur d'exercer des activités connexes ou complémentaires à celle prévue dans le bail*, n° 5, Bull. Joly Entr. Diff., 01 septembre 2014, p. 339

ROSSI (P.), *Dispositions de la loi Macron concernant les livres VI et VIII du Code de commerce, Obstination ou obsession ?* RPC, n° 5, Novembre 2015, Etude 15

ROSSIGNOL (J.-L.), *La problématique comptable et fiscale des éléments incorporels (1^{ère} Partie)*, Petites affiches, 16 juillet 2001 n° 140, p. 4

ROSSIGNOL (J.-L.), *La problématique comptable et fiscale des éléments incorporels (Suite et fin)*, Petites affiches, 17 juillet 2001 n° 141, p. 4

ROUSSEAU (S.), *Le fonds de Commerce vu sous l'angle du droit comparé*, Gaz. Pal., n° 155, 04 juin 2009, p. 11

ROUSSEL-GALLE (P.), *Les plans, apports de la réforme*, Revue Dr. et Patr., n°187, Décembre 2009, p. 79

ROUSSEL-GALLE (P.), *Les « nouveaux » régimes des contrats en cours et du bail*, RPC, n°1, janvier 2009, Dossier 7, p.55

ROUSSEL-GALLE (P.), *La déclaration de créances et les sûretés réelles*, PA, 11 février 2011 n° 30, p. 37

ROUSSEL-GALLE (P.), *La réforme du droit des entreprises en difficulté par l'ordonnance du 12 mars 2014*, Rev. Soc., 2014 p. 351

ROUSSEL-GALLE (P.) et LELOUP-THOMAS (V.), *La protection du dirigeant : insaisissabilité, EIRL...*, RPC, n° 4, Juillet 2016, dossier 25, p.1

SABATHIER (S.) ET CAVIGLIOLI (C.), *La cession dans les différentes procédures : prepack, redressement et liquidation judiciaires*, RPC n° 6, novembre 2015, dossier 55

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Variations sur le plan de cession d'une entreprise en difficulté*, in Mélanges en l'honneur de Claude Champaud, Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe Siècle, Paris : Dalloz 1997, p.539

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Du document préparatoire à un avant-projet de loi*, RLDA, n° 17, 1^{er} Juin 1999, n° 1060

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Les intentions de réforme des lois du 1er mars 1984 et du 25 janvier 1985*, LPA, n° 178, 6 sept. 2000, p. 67

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *De la faillite au droit des entreprises en difficulté, Regards sur les évolutions du dernier quart de siècle*, In *Regards critiques sur quelques évolutions récentes du droit, Travaux de l'IFR, Mutations des normes juridiques*, Toulouse : PU, I, 2005, p. 299

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *La modernisation du droit des faillites. Du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté*, In *La modernisation du droit des affaires, sous la direction de JAZOTTES (G.)*, collection Colloques, Paris : Litec, 2007, p. 77.

SAINTAMAN (V.), *Liquidation judiciaire et vente de gré à gré d'un site pollué*, Gaz. Pal., n° 267, 24 septembre 2011, p. 35

SATANOWSKY (M.), *Nature juridique de l'entreprise et du fonds de commerce*, Rev. int. dr. comp., vol. 7, n°4, octobre-décembre 1955. pp. 726-750.

SAYAG (A.), *De nouvelles structures pour l'entreprise La loi n° 85-697 du 11 juillet 1985*, JCP G, n° 46, 13 Novembre 1985, doct. 3217

SERLOOTEN (P.), *Un statut fiscal pour l'entreprise en difficulté ?* RDF, n°28, 14 juillet 1999, 100239

SOINNE (B.), *Le bateau ivre, (A propos de l'évolution récente des procédures collectives)*, PA, 14 mai 1997 n° 58, p. 12

SOINNE (B.), *Le bateau ivre (Suite et fin), (A propos de l'évolution récente des procédures collectives)*, PA, 16 mai 1997 n° 59, p. 4

SOINNE (B.), *Le droit des procédures collectives face à l'externalisation*, PA, n° 147, 09 décembre 1998, p. 35

SOINNE (B.), *La réforme des procédures collectives : la confusion des objectifs et des procédures*, RPC, n°2, mars- avril 2004, p.81

SOINNE (B.), *Réalisme et confusion (à propos du projet de loi réformant le droit des procédures collectives)*, D. 2004, p. 1506

SOINNE (B.), *Problématique de la nouvelle cession d'entreprise*, RPC, n°4, juillet-août 2006, p. 313.

SORTAIS (J.-P.), *Les attraits de la liquidation-cession*, PA, n° 119, 14 juin 2007, p. 28

STAES (O.), *Aspects de procédure et voies de recours*, RPC, n° 1, Janvier 2009, dossier 5

SUPIOT (A.), *Groupes de sociétés et paradigme de l'entreprise*, RTD Civ., 1985, p.624

SUPIOT (A.), *Les salariés ne sont pas à vendre (en finir avec l'envers de l'article L122-12 alinéa 2)*, RDS 2006, p. 264

TARROUX (T.), *La notion d'entreprise*, JCP N, n° 49, 6 Décembre 2002, 1684

TEBOUL (G.), *L'ordonnance du 12 mars 2014 sur la réforme du droit des entreprises en difficulté : un duel créanciers /débiteurs à armes égales ?* Gaz. Pal., n° 86, 27 mars 2014, p. 6

TEFFO (F.), *La réforme des baux commerciaux par la loi relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises du 18 juin 2014*, PA, n° 200, 07 octobre 2014, p. 4

THERON (J.), *Liquidation judiciaire et ventes de fonds de commerce*, RPC, n°2, avril 2008, dossier n°13

THERON (J.), *Les contours du dessaisissement du débiteur en liquidation judiciaire*, RPC, n° 1, janvier 2013, dossier 3

THERON (J.), *Le rôle du juge-commissaire dans les cessions isolées*, RPC, n° 2, mars 2015, dossier n°19

THERON (J.), *Les actes de cession et difficultés d'exécution. Analyse juridique*, RPC, n° 6, novembre 2015, dossier 59

THIOLLET (P.), *Les actes de cession et les difficultés d'exécution. Point de vue du praticien*, RPC, n° 6, novembre 2015, dossier 60

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

THULLIER (B.), *Que reste-t-il du dessaisissement ?* RPC, n°3, mai-juin 2012, dossier 14

THULLIER (B.), *Les droits du débiteur dans le projet d'ordonnance portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives*, RLDA, n°91, mars 2014, p.18

TRICOT (D.), *Que reste-t-il des principes traditionnels des procédures collectives face au morcellement du traitement de la défaillance ? Rapport de synthèse*, RPC, n° 3, mai-juin 2012, dossier 21

VALLANSAN (J.), *Fonds de commerce et Plan de Cession*, Bull. Ent. Diff., n° 1, 01 janvier 2013, p. 56

VALLANSAN (J.) ET CAGNOLI (P.), *Clarification des voies de recours ouvertes à compter du 15 février 2009*, RPC, n°5, Septembre 2010, étude 26

VALLENS (J.-L.), *La clause de réserve de propriété et la procédure de redressement judiciaire*, JCP E, n° 6, 6 Février 1986, 14651

VALLENS (J.-L.), *Les modifications apportées par l'ordonnance sur les suretés au droit des procédures collectives*, RLDA, n°7, 1^{er} juillet 2006.

VATINET (R.), *L'entreprise en difficulté et ses salariés*, Sem. Soc., 2003, supplément n°1140, 20 octobre 2003

VATINET (R.), *Sur la place faite aux salariés par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005*, JCP S, n° 15, 4 Octobre 2005, p. 1230

VAUVILLE (F.), *Cession de fonds de commerce - Liquidation judiciaire et publicités de la loi de 1909*, Dr. et Patr., 1999, n°72

VAUVILLE (F.), *Remise du prix en cas de procédure collective*, Defrénois, n° 1, 15 janvier 2010, p. 17

VEDEL (G.), *La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative*, JCP G, 1951, I, 851, n°4

VERBIEST (T.), *Le fonds de commerce électronique, vers une reconnaissance juridique ?* CCE, n°4, avril 2008, étude n°10

VERBIEST (T.) et LE BORNE (M.), « *Le fonds de commerce électronique : Une réalité juridique ?* », Gaz. Pal., n°297, 24 octobre 2002. p. 21

VERCKHEN (H.), *Despécialisation partielle autorisée par le tribunal en plan de cession*, RLDA, n°98, novembre 2014, p. 25

VERMEILLE (S.), *Le volet droit des faillites de la loi « Macron » : une intention louable au départ, mais un résultat dangereux à l'arrivée*, D. 2015, p. 382

VERMEILLE (S.) ET BEZERT (A.), *Sortir de l'impasse grâce à l'analyse économique du droit : comment rendre à la fois le droit des sûretés réelles et le droit des procédures collectives efficaces ?* RTDF 2013, n°4, p.1

VERMEILLE (S.) ET BEZERT (A.), *L'analyse économique du droit au secours du droit des sûretés et du droit des procédures collectives*, D. 2014, p. 289

VIDAL (D.), *Une analyse juridique de l'entreprise*, PA, 9 juillet 1986, p.23

VIGREUX (S.), *Les difficultés d'application de l'art.93, loi du 25 janvier 1985*, RPCn°4, 1999, p.141

VINCENT (C.), *L'adoption d'un plan de cession sans poursuite d'activité*, Bull. Joly Ent. Diff., n° 501, septembre 2014, p. 331

VOINOT (D.), *Les modifications intéressant la liquidation judiciaire issues de l'ordonnance du 12 mars 2014*, Gaz. Pal., 08 avril 2014, n° 98, p. 23

ZATTARA-GROS (A.-F.), *Le notaire et le chef d'entreprise en difficulté, A l'aune des ordonnances du 12 mars et du 26 septembre 2014*, JCP N, n°45-46, 7 novembre 2014, 1335

Commentaires

ARCELIN (L.), *Notion d'entreprise au sens du droit de la concurrence communautaire : variations autour de son activité économique*, Commentaire sous CJCE, 10 janvier 2006, *Ministero dell'Economia e delle Finanze c/ Cassa di Risparmio di Firenze SpA*, aff. n° C-222/04, PA, n° 100, 18 mai 2007, p. 4

BERTHELOT (G.), *Une fois autorisée par le juge-commissaire, la vente de gré à gré est parfaite dès l'ordonnance*, Commentaire sous Cass. Com 7 Septembre 2010, pourvoi n°09-66284, RPC, n°6, novembre 2010, Comm. 249.

BINTZ (M.) et JEAUSSERAND (J.), *De la notion d'entreprise créée pour la reprise d'établissement en difficulté*, Commentaire sous CE, 1^{er} oct. 2001, n° 223611, *Société Strasbourg bureautique organisation*, RLDA, 2002, p.46

BLATTER (J.-P.), *Cession de fonds de commerce, d'indemnité d'éviction et du droit au maintien dans les lieux*, commentaire sous Cass. 3^e Civ., 17 février 2010, N° de pourvoi: 08-19.357 PB., AJDI 2010, p.632

BOCCARA (B.), *Problème de la propriété du fonds dans la distribution intégrée*, commentaire sous Cass. com., 14 nov. 1995 ; *Épx Touloumian c/ Épx Vignon* et CA Paris, 16e ch. A, 6 févr. 1996, *Sté Paris Sud Location c/ Mme Agopyan*, JCP G, n° 15, 9 Avril 1997, II 22818

BORGA (N.), *Cession d'actif en liquidation judiciaire et libération de la caution*, Commentaire sous CA LYON, Ch. 1 Sect. A, 31 janvier 2013, RG n° 11/07565, *jurisdata n° 2013-002191*

BRIGNON (B.), *Nouveau décalage entre le transfert de propriété et la perfection de la vente*, commentaire sous Cass. com., 11 juin 2014, n° 13-16.194, n° 13-20.375, Bull. 2014, IV, n° 100, JCP G, n° 41, 6 Octobre 2014, 1017

BRIGNON (B.), *Cession d'actif isolé sous condition suspensive : une (r)évolution ?*, commentaire sous Cass. com., 27 sept. 2016, n° 14-22.372, F-P+B : *JurisData n° 2016-019550*, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 45*, 10 Novembre 2016, p. 1583

BROCARD (E.), *La cession de droits sociaux et l'entreprise en difficulté*, Rev. Soc. 2015, p. 217

BROCARD (E.) ET JEULAND (E.), *Précisions concernant la substitution du repreneur d'une entreprise en difficulté*, JCP E, n° 3, 19 janvier 2000, II 10234

CAGNOLI (P.), *Jugement de cession et appel pour excès de pouvoir*, commentaire sous Cass. com., 17 févr. 2015, n° 14-10.279, Bull. 2015, IV, n° 36 RPC n° 4, Juillet 2015, comm. 84

CAGNOLI (P.), *Appel du jugement de cession, Intervention de la caution dans l'instance d'appel du jugement de cession*, Commentaire sous Cass. com., 12 janv. 2016, pourvoi n° 13-24.058, FS-P+B+I, M. Guyomard c/ E. de Rouge, RPC, n° 2, mars 2016, comm. 34

COURTIER (J.-L.), *LIQUIDATION JUDICIAIRE ET CESSION DES UNITES DE PRODUCTION, ARTICLE 155 DE LA LOI DU 25 JANVIER 1985*, Commentaire sous Cass. Com., 12 octobre 1993, Bull. IV, n° 331, p. 238, Petites affiches, 20 juillet 1994 n° 86

COUTURIER (G.), *Éviction de l'expertise in futurum des procédures collectives*, Commentaire sous Cass. com., 17 septembre 2013, pourvoi n° 12-17741, Bulletin 2013, IV, n° 134, Bull. Joly Soc., 01 novembre 2013, n°11

DE LAJARTE-MOUKOKO (C.), *Le comité d'entreprise peut-il faire appel-nullité du plan de cession ?* commentaire sous Cass. com., 17 févr. 2015, n° 14-10.279, Bull. 2015, IV, n° 36, Bull. Joly Entr. Diff., n° 4, 01 juillet 2015, p. 245

DERRIDA (F.), *À propos des plans de cession de l'entreprise : dévoiement de procédure*, Commentaire sous CA Paris, 23 juillet 1992, D. 1992, p. 301.

DERRIDA (F.), *redressement et liquidations judiciaires nature juridique du plan de l'entreprise*, commentaire sous Cass. Com., 22 octobre 1996, n° 94-10.356, PA, 08 janvier 1997 n° 4, p. 14

DERRIDA (F.), *La garantie des vices cachés ne s'applique pas à la cession d'un fonds de commerce en redressement judiciaire*, commentaire sous Cass. Com., 22 octobre 1996, n° 94-10.356, D. 1997 p. 3

DERRIDA (F.), *PLAN DE CESSION : GESTION INTERIMAIRE PAR LE CESSIONNAIRE ET ACTION CONTRE UN TIERS*, Petites affiches, 06 mars 1998 n° 28, p. 22

DERRIDA (F.), *Responsabilité du cessionnaire pour refus de réalisation de la cession aux conditions de son offre dès lors qu'aucun manquement du cédant à son obligation de délivrance n'a pu être retenu*, Commentaire sous Cass.Com., 14 octobre 1997, pourvoi n° 95-13143, D. 1998, p. 9

DERRUPE (J.), *Fonds de commerce : Composition, Contrat de distribution (non)*, Commentaire sous CA Paris, 5^e ch. A, 19 juin 1991, *M^{lle} Aboucheade c/ Epoux Ogielo*, D. 1992. Somm. 388, obs. Ferrier, RTD Com. 1991 p. 566

DERRUPE (J.), *Fonds de commerce. Vente, Qualification, Cession d'une branche d'activité, Clientèle autonome*, Commentaire sous Com. 14 avr. 1992, *Mark c/ S. Emmanuelle De*, Bull. civ. IV, n° 161, p. 113, RTD Com. 1993 p. 82

DUMONT-LEFRAND (M.-P.), *Les conséquences de la liquidation judiciaire d'un preneur à bail commercial sur l'existence du fonds de commerce*, Commentaire sous Cass. civ. 3^e, 13 mai 2009, pourvoi n° 08-12380, L'Essentiel Droit des entreprises en difficulté, 01 juillet 2009, n° 4, p. 5

DUMONT-LEFRAND (M.-P.), *Cession de fonds de commerce dans le cadre d'une liquidation judiciaire, droit au maintien dans les lieux et paiement de l'indemnité d'éviction*, Commentaire sous Cass. com., 17 février 2010, pourvoi n° 08-19357, L'Essentiel Droit des entreprises en difficulté, 01 avril 2010, n° 4, p. 6

FIN-LANGER (L.), *Attention la cession isolée d'un fonds de commerce entraîne l'application de l'article L. 1224-1 du Code du travail*, LAPCC n° 13, Juillet 2012, alerte 192, commentaire sous Cass. soc., 26 juin 2012, n° 11-10.108 et n° 11-21.752, F-D, Terrien c/ Vergne Lajili : JurisData n° 2012-014456

FIN-LANGER (L.), *L'absence ou l'insuffisance du PSE : un moyen d'une portée différente selon que l'entreprise est in bonis ou en difficulté*, commentaire sous CE, 4e et 5e ch. réunies, 15 mars 2017, n° 387728, *Sté Bosal Rapide*, Revue des procédures collectives n° 3, Mai 2017, comm. 83

FRAIMOUT (J.-J.), *Voies de recours contre le jugement de cession, Intérêt pour agir et appel du débiteur contre le jugement arrêtant le plan de cession (C. com., art. L. 661-6-II)*, commentaire sous CA Riom, ch. com., 29 juin 2007, *SA Etablissements Toury / SELARL Bauland Gladel et Martinez*, JurisData n° 2007-359398, RPC, n° 1, janvier 2009, comm. 13

FRAIMOUT (J.-J.), *Élaboration et adoption du plan de cession, Défaut d'information du cessionnaire sur un fait de nature à déprécier l'actif compris dans le plan et responsabilité subséquente du commissaire à l'exécution du plan*, note sous Cass. com., 8 janv. 2008, n° 07-10.079 ; JurisData n° 2008-042233, Revue des procédures collectives n° 1, Janvier 2009, comm. 12

FRAIMOUT (J.-J.), *Plan arrêté en application de l'article L631-22 du Code de Commerce*, note sous CA Paris, 3e ch. B, 14 févr. 2008, JurisData n° 2008-359227, RPC, n° 1, Janvier 2009, comm. 11

FRAIMOUT (J.-J.), *Renonciation du créancier au nantissement du fonds de commerce inclus dans le plan de cession et libération subséquente de la caution*, Commentaire sous CA Chambéry, ch. com., 17 mai 2011, RG n° 10/01703, JurisData n° 2011-015038, RPC, n° 6, novembre 2011, comm. 185^[L]_[SEP]

GALLET (C.-H.), *La nécessaire autorisation du juge- commissaire pour la cession du droit au bail en cas de liquidation judiciaire du preneur de locaux commerciaux*, Commentaire sous Cass. com., 9 mai 2007, no 06-10064, La Revue des Loyers 2007, p. 880

GALLET (C.-H.), *Cession du fonds de commerce, droit au renouvellement du bail et indemnité d'éviction en cas de liquidation judiciaire*, Commentaire sous Cass. 3^e civ., 5 janv. 2010, pourvoi n° 08-12156, inédit

GRIMALDI (M.), *L'attribution préférentielle de l'entreprise peut comprendre l'immeuble où celle-ci est exploitée*, comm. sous Cass. 1^{er} Civ., 6 févr. 2008, pourvoi n° 06-19.089, Bull. 2008, I, n° 47, RTD Civ. 2008 p. 341

ICARD (J.), *Pas de transfert d'entreprise en cas de scission d'activités*, Commentaire sous Cass. soc., 12 janv. 2016, n° 14-22.216, FS-P+B, SAS des centres commerciaux (SCC) et a. c/ SAS Accessité et a. : JurisData n° 2016-000226, La Semaine Juridique Social n° 15-16, 19 Avril 2016, 1142

KENDERIAN (F.), *Inefficacité de la clause de préférence stipulée au profit du bailleur commercial en cas de cession du bail dans le cadre d'un plan de cession de l'entreprise locataire*, commentaire sous CA Caen, 1^{re} ch. civ. et com., 9 novembre 2010, JCP E 2011, n°1265

KENDERIAN (F.), *La procédure de constat de la résiliation du bail commercial par le juge-commissaire est-elle ou non exclusive de l'application du droit commun de la clause résolutoire ?*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 41, 10 Octobre 2013, 1549

LE MESIE (L.), *Plan de redressement et cessation d'activité*, Commentaire sous Cass. com., 29 avril 2014, pourvoi n° 13-11070, inédit, Bulletin Joly Ent. Diff., n° 5, 01 septembre 2014, p. 293

LE NABASQUE (H.), *Plan de cession d'entreprise et clause d'agrément*, Comm. Sous Cass. Com., 31 janvier 1995, n° 91-20735, Revue des sociétés 1995 p. 320

LEBEL (C.), *La cession d'un fonds de commerce nécessite l'autorisation du juge-commissaire*, comm. sous CA Aix-en-Provence, ch. 8, sect. A, 22 mars 2012, RG n° 11/14367 : JurisData n° 2012-009266, Revue des procédures collectives n° 6, Novembre 2012, comm. 197

LIENHARD (A.), *Nantissement de fonds de commerce : la surenchère s'applique en cas de liquidation judiciaire*, comm. sous Cass.Com., 10 janv. 2006, n° 03-19519, Recueil Dalloz 2006 p. 368

LIENHARD (A.), *Pas de dérogation au transfert des contrats de travail en cas de cession d'une unité de production*, D. 2006, p. 1954

LOISEAU (G.), *Validité de la cession de clientèle civile*, comm. sous Cass. 1^{re} civ. 7 nov. 2000, JCP E, n° 10, 8 Mars 2001, p. 419

LUCAS (F.-X.), *Réalisation du fonds en liquidation judiciaire : plan de cession ou vente d'actif isolé ?* Commentaire sous CA Poitiers, 2^e ch., 17 mai 2011, RG n° 10/02898, *l'essentiel droit des entreprises en difficulté*, n° 8, 01 septembre 2011, p. 1

LUCAS (F.-X.), *La cession du contrat de franchise à l'occasion d'un plan de cession*, Commentaire sous TGI Strasbourg, 20 décembre 2013 RG n°2013/003928, Bull. Joly Entr. Diff., n° 3, 01 mai 2014, p. 167

NOIRAUD (R.), *Extension de procédure pour fictivité de la société, les dangers d'une mise en société par le biais d'une location gérance*, comm. sous Cass. Com., 15 octobre 2013, n° 12-24.389, Rev. Soc. 2014, p. 253

PAILLER (P.), *Quelle est l'étendue de la garantie de l'auteur d'une offre de reprise avec faculté de substitution ?* Commentaire sous Cass. Com., 16 sept. 2014, n° 13-23901, FS-PB, Bull. Joly Soc., 02 novembre 2014, n° 11, p. 452

PEROCHON (F.), *Vente du bien à l'insu du créancier gagiste*, commentaire sous CA Caen, 29 avr. 2010, RG n° 08/03336, Giraudeau, ès qual. c/ CRCAM de Normandie : JurisData n° 2010-011299, RPC, n° 5, septembre 2010, comm. 179

PEROCHON (F.), *Le paiement complet du prix emporte purge des inscriptions d'hypothèques grevant l'immeuble inclus dans le plan de cession*, RPC n°5, Septembre 2010, Comm.177, Commentaire sous Cass. Com. 30 mars 2010, n° 09-13101, Jurisdata 2010 n°002929 ; Bull.Civ 2010 IV, n°67, LEDEN 1^{er} Juin 2010, p.3, Obs. J.-P. SENECHAL

PETIT (F.), *La vente de gré à gré, vente faite d'autorité de justice, ne peut faire l'objet d'une nullité pour dol*, Commentaire sous Cass. com., 4 mai 2017, n° 15-27.899, FS-P+B+I, Legras, ès qual. c/ Sté Asnières Scoot et a. : JurisData n° 2017-008386, Act. Proc. Coll., n° 10, mai 2017, alerte 163.

PUYGAUTHIER (J.-L.), *Acte authentique et cession d'un bail commercial en vertu d'un plan de cession*, Commentaire sous Cass. Com., 1^{er} mars 2016, n° 14-14.716 (n° 222 FS-P+B), La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 30-34, 29 Juillet 2016, 1247

RAKOTOVAHINY (M.-A.), *La liquidation judiciaire et la vente : une vente faite d'autorité de justice. Prospectives*, JCP G, n° 46, 10 novembre 2004, II 10173, Commentaire sous Cass. com., 16 juin 2004, pourvoi n° 01-17185, Bull. 2004, IV, n° 125, p. 128

REILLE (F.), *Vente de gré à gré et obligation de délivrance des accessoires de la chose : application du droit commun de la vente*, comm.sous Cass. com., 9 juill. 2013, pourvoi n° 12-21062, Bull. 2013, IV, n° 126, RPC, n°1, janvier 2014

SAINT-ALARY-HOUIN (C.), *Cessions de gré à gré. Portée de l'ordonnance du juge-commissaire*, Commentaire sous Cass. Com. 3 octobre 2000, pourvoi n° 98-10672, Bull. 2000, IV, n° 146, p. 133, D. 2000.397, RTD com. 2001. 224

SAINTOURENS (B.), *Existence du fonds de commerce et cessation temporaire d'activité : l'importance de la localisation du fonds*, commentaire sous Civ. 3^e, 15 sept. 2010, pourvoi n° 09-68521, Bull. 2010, III, n° 155, RTD Com. 2011 p. 311

SAINTOURENS (B.), *La procédure de surenchère s'applique en cas de cession du fonds de commerce lors d'une vente de gré à gré d'une entreprise en liquidation judiciaire*, commentaire sous Cass. com., 10 janv. 2006, Sté NACC c/ M^{me} Moretti, pourvoi n° 03-19.519, arrêt n° 25 F-P+B, D. 2006, AJ p. 368, obs. A. Lienhard, RTD Com. 2006 p. 567

SELINSKY (V.) et CHOLET (S.), *Notion d'« entreprise »*, commentaire sous CJCE, 1^{er} juill. 2008, aff. C-49/07, MOTOE c/ Elliniko Dimosio, RLDA 2008, p.31

VALIERGUE (J.), *Liquidation judiciaire et opposition au paiement du prix de cession d'un fonds de commerce*, commentaire sous CA Agen, 1re ch. com., 15 avr. 2013, n° 12/00820, *S.A Weill Productions c/ S.A.R.L Lucy*, JCP G, n° 28, 8 Juillet 2013, p. 818

VINCENT (C.), « *Ventes globales d'actifs isolés* » ou *cessions d'entreprises en liquidation judiciaire ?*, Note sous CA Poitiers, 17 mai 2011, Bulletin Joly Entreprises en Difficulté, 01 juillet 2011 n° 4, p. 244

VINCENT (C.), *Retour sur la substitution de repreneur et la garantie de l'auteur de l'offre*, Bull. Joly Ent. Diff., n° 1, 01 janvier 2015, p. 21, commentaire sous Cass. com., 16 sept. 2014, n°s 13-17189 et 13-23901, FS–PB

VOINOT (D.), *Substitution de cessionnaire : l'auteur de l'offre n'est pas garant de la bonne exécution des obligations résultant des contrats cédés*, Commentaire sous Cass. com., 12 juill. 2016, n° 15-16389, Gaz. Pal., n°36, p.59

WAQUET (P.), *Notion d'entité économique autonome*, Commentaire sous Cass. Soc., 10 octobre 2006, RLDT 2006, p.391

WAQUET (P.), *Transfert d'une entité économique autonome, perte d'identité*, Commentaire sous Cass. Soc. 13 novembre 2007, pourvois n° 06-41.512 et 06-41.800, inédits, RLDT, 2008, p.35

Divers

ATTUEL-MENDES (L.) ET PLANEL (M.), *Un an après l'énième réforme des entreprises en difficulté, il est temps d'écouter les parties prenantes*, La Tribune, 12/03/2015.

Grand dictionnaire Larousse Illustré 2017, 2106 p.

Index

Actif : **p. 293**

Accessoire (Théorie) : **p. 93**

Activité

- Confusion : **p. 123**
- Droit communautaire : **p. 106**
- Droit interne : **p. 109**
- Maintien : **p. 229, p. 291**

Administrateur : **p. 149**

Antichrèse : **p. 354**

Appel : **p. 186, p. 193**

Attribution judiciaire : **p. 351**

Associés : **p. 77**

Bail commercial : **p. 389**

Bonne-foi : **p. 316**

Caractère sérieux de l'offre de reprise : voir *Offre de reprise*

Cautionnement : **p. 355**

Cession de biens isolés : **p. 183**

Cessionnaire : **p. 130, p. 189, p. 236**

Clause de réserve de propriété : **p. 351**

Clauses restrictives de cession : **p. 384**

Clientèle

- Confusion : **p. 123**
- Définition : **p. 88**
- Statut : **p. 91**

Contrats d'exploitation : **p. 39, p. 260, p. 371**

Créanciers : **p. 338, p. 344**

Délais procéduraux : **p. 147**

Désécialisation : **p. 391**

Droit de préemption : **p. 324**

Entité économique autonome : **p. 283**

Entité économique et sociale : **p. 103, p. 105**

Entreprise

- Confusion conceptuelle : **p. 81**
- Définition : **p. 272**
- Définition en droit communautaire : **p. 52**
- Direction : **p. 113, p. 120**
- Evaluation : **p. 157**
- Perception en droit interne : **p. 55, p. 99**
- Réification : **p. 65, p. 75**

Excès de pouvoir : **p. 202, p. 208**

Expert : **p. 155**

Fictions juridiques : **p. 49**

Fonds de commerce :

- Définition : **p. 29, p. 269**
- Propriété commerciale : **p. 30**

Fonds de commerce électronique : **p. 41**

Gage : **p. 339**

Garantie des vices cachés : **p. 335**

Hypothèque : **p. 340**

Immeubles : **p. 43, p. 248**

Immeubles par destination : **p. 45**

Incompatibilités : **p. 310**

Incorporalité du fonds de commerce : **p. 46**

Intérêt à agir : **p. 195**

Interruption d'exploitation : **p. 127**

Juge-commissaire : **p. 161**

Liquidateur : **p. 149, p. 167**

Liquidation judiciaire simplifiée : **p. 301**

Novation : **p. 376**

Obligation de délivrance : **p. 328**

Obligation d'information : **p. 313**

Ordonnance de maintien de l'activité : **p. 221, p. 294**

Offre de reprise

- Caractère sérieux : **p. 142**

- Contrats poursuivis : **p. 381**
- Procédure : **p. 140**

Passif : **p. 37, p. 129**

Plan de cession :

- Dévoiemment : **p. 172**
- Hiérarchisation des objectifs : **p. 79**

Pourvoi : **p. 187**

Publicité : **p. 319**

Purge des inscriptions : **p. 341**

Recours-nullité : **p. 202**

Salariés : **p. 118, p. 241, p. 403**

Sanctions : **p. 239**

Substitution : **p. 312**

Surenchère : **p. 363**

Statistiques : **p. 6**

Transfert des sûretés : **p. 357**

Tribunal

- Composition : **p. 138**
- Désignation : **p. 137**
- Pouvoir d'interprétation : **p. 198**

U.E.T.P : **p. 296**

Unité de production : **p. 69, p. 276**

Universalité de fait : **p. 32, p. 244, p. 289**

Vices du consentement : **p. 313**

Index des jurisprudences citées

- CA Montpellier, 29 novembre 1897, DP 1899, I, p. 353 : **p. 44, p. 253**
- Cass. Civ., 15 mars 1899 : D.P 1899, 1, 353 : **p. 253**
- CA Pau, 6 novembre 1911, DP 1912, 2, p.375 : **p. 45**
- CA Pau, 6 novembre 1917, S. 1913 2 193, note WAHL : **p. 253**
- TC Marseille, 13 juin 1929, S 1930, J, p. 40 : **p. 90**
- Cass. Req., 19 juin 1934 : **p. 90**
- Cass. Req., 23 octobre 1934 : **p. 90**
- CA Lyon, 26 mars 1935 : S. 1935, 2, p. 86 : **p. 334**
- Cass. civ., 12 janvier 1937, DH 1937, p. 99 : **p. 38**
- Cass. Req., 15 février 1937, DP. 1938.I.13, note ROUSSEAU (H.) : **p. 88**
- Cass. civ., 21 juillet 1937, DP 1940, 1, p 17, note P. Voirin, Gaz. Pal., Rec. 1937, jur. p. 639, JCP G, 1937, I, 408 ; S. 1938, 1, p. 337, note G. Lagarde : **p. 44 ; p. 253**
- Ch. réunies, 1^{er} août 1949, JCP 1949, II, 5033, note M. LE ROY : **p. 111**
- Cass., Civ. 2^e Sect., 28 janvier 1954, D. 1954, 217, note LEVASSEUR, JCP 1954. II. 7978, concl. LEMOINE, Dr. soc. 1954, 161, note DURAND : **p. 61**
- CJCE, 22 mars 1961, Aff. 42 et 49/59, *Société Nouvelle des Usines de Pontlieue-Aciéries du Temple (SNUPAT) c/ Haute Autorité*, Rec. CJCE, p.101 : **p. 53**
- CJCE, 13 juillet 1962, *Mannesmann A.G c/ Haute Autorité*, Rec. CJCE, p.675 : **p. 53**
- Cass. com., 30 mai 1962, Bull. 1962, III, n° 290 : **p. 38**
- CA Pau, 3 juillet 1963, JCP 1963. II. 13427, note VOIRIN, RTD Civ. 1964. 146, obs. SAVATIER : **p. 249**
- Cass. Com, 6 octobre 1964, n°407 : **p. 50**
- CJCE, 13 juillet 1966, Aff. Jointes 56 et 58-64, *Etablissements Constens SARL et Grundig-Verkaufs GmbH c/ Commission*, Rec. CJCE 1966, p. 429 : **p. 53**
- CJCE, 13 juillet 1966, Aff. C-32-65, *Gouvernement de la république italienne c/ conseils et commission de la CEE*, Rec. CJCE 1966, p. 563 : **p. 53**
- Comm. CE, déc. n° 69/195/CEE, 18 juin 1969, *Christiani-Nielsen* : JOCE L n° 165, 5 juillet 1969, p.12 : **p.54**
- Comm. CE, déc. n°70/332/CEE, 30 juin 1970, *Kodak* : JOCE n° L147, 7 juillet 1970, p.24 : **p. 54**
- Cass. com., 4 novembre 1970, pourvoi n° 68-12261, Bull. 1970, IV, n° 293 : **p. 313**

- Cass.Com, 2 mai 1972, pourvoi n°71-11216, Bull. 1972, n°128, p. 130 : **p.105, p. 245**
- Cass. com., 7 juin 1974, pourvoi n° 73-11391, Bull. 1974, IV, n° 177 : **p. 313**
- CA Paris, 13 janvier 1976 : JCP 77, II, 18576, note Boitard : **p. 111**
- Cass. Crim., 15 octobre 1979, pourvoi n° 79-90413, Bull. Crim., n°378, p. 753 : **p. 111**
- Cass. Com., 13 mai 1980, pourvoi n° 78-15666, Bull. com. N°200 : **p. 90, p. 94**
- Cass. com., 3 juin 1980 : Bull. civ. 1980, IV, n° 236 : **p. 314**
- Cass. Civ., 1^{re}, 4 novembre 1980, pourvoi n° 79-13554, Bull. 1980, I, n° 279 : **p. 196**
- Cass. com., 11 juin 1981, pourvoi n° 79-16748, Bull. 1981, IV, n° 264, RTD com. 1982, p. 88, obs. J. Derruppé : **p. 38**
- CE, 29 janvier 1982 : Rec. Cons. d'Et., 41 : **p. 105, p. 109, p. 110**
- Cass.Com., 20 décembre 1982, pourvoi n°81-12579, Bull. 1982, n° 417 : **p. 362**
- CA Aix, 4 mars 1983 : Bull. de la Cour d'Aix 1983, 1, p.4 : **p. 110**
- Cass. com., 26 avril 1984, pourvoi n° 82-17047, Bull. 1984, IV, n° 136 : **p. 94**
- CJCE, 12 juillet 1984, aff. 170/83, *Hydrotherm c/ Compact* : Rec. CJCE 1984, p.2999 : **p. 54**
- Cass. com., 30 octobre 1984, pourvoi n°83-12811, Bull. 1984, IV, n° 286 : **p. 38**
- CA Rouen, 2^e Chambre, 14 novembre 1985, *Beux Prere/ Seiler* : **p. 111, p. 112**
- Cass. Com., 13 mai 1986, Bull. 1986, IV, n° 90, p. 77 : **p. 13**
- Cass. 3e Civ., 6 novembre 1986, pourvoi n° 85-14025, Bull. 1986, III, n° 145 : **p.32**
- CA Poitiers, 21 janvier 1987, *Defrénois* 1987, p. 1317, obs. J. Honorat : **p. 42**
- Cass. com., 5 mai 1987, pourvoi n° 84-17776, inédit : **p. 314**
- CA Paris, 9 juin 1987, D. 1987. IR 163 : **p. 90**
- CA Aix-en-Provence, 13 janvier 1988, D. 1988, jur., p. 280, note FABIANI, Gaz. Pal. 1988, 1, jur., p. 248, note BEY, LPA 1988, n° 49, p. 20, note FABIANI, RPC, 1988, p. 392 : **p. 402**
- Cass. Com., 22 mars 1988, pourvois n° 87-15901, 87-15902, Bull. 1988, IV, n° 113, p. 79 : **p. 196, p. 205**
- CA Paris, 19 avril 1988, RPC, n°2, mars-avril 1989, n°28, p.194, obs. SOINNE (B.) ; D. 1991, somm. 5, obs. DERRIDA (F.) ; JCP N 1989, n°6, p. 1025, obs. CABRILLAC (M.) et P. PETEL (P.) : **p. 178**
- Cass. Com. 31 mai 1988, pourvoi n°86-13486, Bull. 1988 IV N° 180 : **p. 90**
- Cass. Com., 8 novembre 1988, pourvoi n° 87-18077, Bull. 1988, IV, n° 295 : **p. 207**

- Cass. Soc., 18 novembre 1988, pourvoi n°86-40648, Bull. 1988, V, n° 500, p. 324 : **p. 154**
- CA Paris, 6 janvier 1989, RTD Com. 1989, p.645, Note Jean Derrupé : **p. 95**
- Cass. Com., 17 janvier 1989, pourvoi n°87-10188 Bull. 1989, IV, n° 22, p. 13 : **p. 163**
- T.Com. Lille, 13 décembre 1989, Les Annonces de la Seine n° 3, 11 janv. 1989, *Dict. perm.*, Bull. n° 65, p. 8535 : **p. 239**
- CA Paris, 3^e Ch. Sect. A, 27 février 1990, *Sté Lexmar Corporation c/ M^e Girard, liquidateur de la Sté Chantiers du Nord et de la Méditerranée, Normed, et autres*, Les Annonces de la Seine, n° 22, 19 mars 1990, p. 2 ; *Gaz. Pal.*, 28-29 mars 1990, comm. p. 16 ; *Dict. perm. Bull.* n° 66, 19 mars 1990, p. 8515 : **p. 239**
- CA Douai, 8 mars 1990, D. 1990, I.R., p. 87 : **p. 379**
- Cass. Ass. Plèn., 16 mars 1990 pourvoi n° 89-45730, Bull. Ass. Plèn., 1990, n° 4, p. 6 : **p. 283, p. 287, p. 404**
- Cass. Ass. Plèn., 16 mars 1990 pourvoi n° 86-40686, Bull. Ass. Plèn., 1990, n° 4, p. 6 : **p. 283**
- CA Pau, Ch. cons., 16 mai 1990, jurisdata n° 1990-044569 : **p. 249**
- CA Colmar, 13 juin 1990, D. 1991, jur., p. 97, note FABIANI : **p. 379**
- Cass. Com., 16 octobre 1990, pourvoi n° 89-13367, Bull. 1990, IV, n° 241, RJDA 1991, n°s 62 et 63, RPC, 1991, p. 323, obs. SOINNE : **p. 374, p. 383**
- Cass. Com., 11 décembre 1990, pourvois n° 89-16225 et n°89-16246, Bull. 1990, IV, n° 319, p. 220. : **p. 176**
- Cass. Com., 18 décembre 1990, pourvoi n° 88-18171, inédit : **p. 320**
- CA Paris, Ch. 3, Sect., 5 mars 1991, *Soc. Husson Distribution c/ Soc. Promodes*, D. 1991, jurispr. p. 376, note SORTAIS (J.-P.) : **p. 134**
- CJCE, 23 avril 1991, Aff. C - 41/90, *K. Höfner & Elser c/ Macrotron GmbH* : **p. 107**
- CA Paris, 5^e ch. A, 19 juin 1991, *M^{lle} Aboucheade c/ Epoux Ogielo*, D. 1992. Somm. 388, obs. Ferrier, comm. DERRUPE (J.), RTD Com. 1991 p. 566 : **p. 95**
- Cass. Com., 17 décembre 1991, pourvoi n° 89-17028, Bull. 1991, IV, n° 391, p. 271 : **p. 50**
- CA Paris, 2 Juin 1992, RG n°91/23181 : **p. 333**
- Cass. Com. 9 juin 1992, pourvoi n° 90-14905, inédit : D. 1992. IR.228 : **p. 206**
- CA Paris, 1^{ère} Ch., 23 juillet 1992, D. 1992, p.491, obs. Derrida : **p. 179**
- CA Paris, 18 septembre 1992, RPC 1994, p.118, SOINNE : **p. 368**

- Cass. Com. 12 novembre 1992, pourvoi n°90-20845, Bull. 1992, IV, n° 350, p. 250 : **p. 177**
- CA Paris, 15 décembre 1992 : D. 1993, IR, p. 45 : **p. 380**
- CE, 16 décembre 1992, n° 95653, *SARL Dorbes* : **p.73**
- Cass.Com., 26 Janvier 1993, pourvoi n° 91-40308, Bull. 1993, IV, n° 30, p. 18 : **p. 332**
- Cass. Com., 2 février 1993, pourvoi n° 91-10915, Bull. 1993, IV, n° 41, p. 28 : **p. 178**
- Cass. Com. 16 février 1993, pourvoi n°91-13277, Bull. 1993, IV, n° 63, p. 42 : **p. 50**
- CJCE, 17 février 1993, *Poucet et Pistre*, Aff. jointes C-159/91 et C-160/91 : **p. 108**
- Cass. Com., 4 mai 1993, pourvoi n° 91-17321, Bull. 1993, IV, n° 163, p. 113, D. 1993. IR 144, JCP, éd. E, 1994. I. 310, n° 2, obs. IZORCHE,: **p. 42 ; p. 262**
- Cass. Civ., 1^{re}, 17 mai 1993, pourvoi n° 91-15761 : Bull. 1993. I, n° 169 : **p. 196**
- Trib. com., Paris, Ch. 1 Sect. A, 28 juin 1993 : JurisData n° 1993-043662 : **p. 342, p. 368**
- CA Paris, 14 septembre 1993, PA 20 avril 1994, p. 23, note CALENDINI : **P. 385**
- Cass. Com., 12 octobre 1993, pourvoi n° 91-18505, Bull. IV, n° 331, p. 238, Comm. COURTIER (J.-L.), PA, n° 86, 20 juillet 1994 : **p. 278**
- Cass. Com., 12 octobre 1993, pourvoi n° 91-17.128, Bull. 1993, IV, n° 333, D. 1994, jur., p. 353, note PLAYOUST, Defrénois 1994, p. 1237, note SENECHAL, Dr. sociétés 1994, n° 6, obs. CHAPUT Y., JCP E 1994, I, n° 348, *spéc.* n° 2, obs. CABRILLAC et PETEL., RPC, 1993, p. 512, obs. SOINNE : **p. 376, p. 377**
- Cass. Com., 19 octobre 1993, pourvoi n° 91-15310, Bull. 1993, IV, n° 343, p. 247 : **p.69, p. 277**
- Cass. Com., 26 octobre 1993, pourvoi n°91-15877, Bull. 1993, IV, n°362 ; RTD.Com. 1994.37, obs. Derrupé ; JCP E 1993, n°1451 : **p. 177**
- Cass. Com., 30 novembre 1993, pourvoi n° 91-18067, Bull. 1993, IV, n° 442, p. 321 : **p. 181**
- CA Paris, 13 septembre 1994, RPC, 1996, p. 89, note SOINNE : **p. 316**
- Cass.Com., 22 novembre 1994, pourvoi n° 93-19484, Bull. 1994, IV, n° 346, p. 282 : **p. 178**
- Cass. Com., 6 décembre 1994, pourvoi n° 91-17927, Bull. 1994, IV, n° 368 ; JCP E 1995, I, 455, obs. PETEL ; RPC, 1995, p. 170, n° 43, obs. SOINNE : **p. 384**
- Cass. Com., 31 janvier 1995, pourvoi n° 91-20735, Bull. 1995, IV, n° 31, p. 26, Comm. LE NABASQUE (H.), Rev. Soc. 1995, p. 320 : **p. 384**

- CJCE 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance, Société Paternelle-Vie, Union des assurances de Paris-Vie et Caisse d'assurance et de prévoyance mutuelle des agriculteurs c/ Ministère de l'Agriculture et de la Pêche*, Aff. C-244/94 : **p. 107**
- Cass. Com., 21 novembre 1995, pourvoi n° 93-20387, Bulletin 1995 IV N° 267 p. 246, JCP G 1996, I, n° 3935, LPA 1997, n° 14, p. 19, note DERRIDA., RD bancaire et bourse 1996, p. 53, obs. CALENDINI, RTD com. 1996, p. 347, obs. MARTIN-SERF : **p. 377**
- Cass. Com., 19 décembre 1995, n° 93-13927, Bull. 1995 IV n° 303 p. 277, Dr. & patr. 1996, n° 38, p. 82, obs. MONSERIE : **p. 378**
- CA Paris, 16e ch. A, 6 févr. 1996 ; Sté Paris Sud Location c/ Mme Agopyan, comm. BOCCARA (B.), JCP G, n° 15, 9 Avril 1997, II 22818 : **p. 92**
- Cass. 1^{ère} civ., 13 février 1996, pourvoi n° 94-11473, Bull. 1996, I, n° 83 : **p. 387**
- Cass. Com., 2 avril 1996, pourvoi n° 94-13.201, Bull. 1996, IV, n° 109 : **p. 207**
- Cass. Com., 28 mai 1996, pourvoi n° 94-15.501, inédit : **p. 208**
- CA Lyon, 3^e Ch., 6 septembre 1996, JCP E 1997, I, 623, jurisdata n° 1996-042634 : **p. 279**
- Cass. Com., 22 octobre 1996, pourvoi n° 94-10356, inédit : **p. 174, p. 329, p. 335**
- Cass. Com., 17 décembre 1996, pourvoi n° 94-18981, D. 1997, jur., p. 387, note MONSERIE M.-H., D. Aff. 1997, p. 188 : **p. 383, p. 389**
- Cass. Com., 11 février 1997, pourvoi n° 93-21226, inédit, note DERRIDA, PA, n° 28, 06 mars 1998, p. 22 : **p. 329**
- CJCE, 11 mars 1997, Aff. C-13/95, *M^{me} Süze* : **p. 107**
- Cass. Com., 11 mars 1997, pourvoi n°94-19207, Bull. IV, n° 69, p. 62 : **p. 163**
- Cass. Com., 1^{er} avril 1997, pourvoi n° 95-12025, Bull. 1997, IV, n° 89, p.79 : **p. 38**
- Cass. Com., 22 avril 1997, pourvoi n° 94-19522, inédit : **p. 181**
- Cass. Com., 24 juin 1997, pourvoi n° 94-16.929, RJDA, 1997, n° 1334, Rep. Defrénois 1998, p. 345, note D. Mazeaud : **p. 39**
- Cass. Com., 1^{er} oct. 1997, pourvoi n° 95-13477, Bull. 1997, IV, n° 238 ; D. 1997, p. 250 ; D. Affaires 1997, p. 1330 : **p. 156**
- Cass. Com., 1^{er} octobre 1997, pourvoi n° 94-22145, Bull. 1997, IV, n° 237, p. 207 : **p. 376**
- Cass.Com., 14 octobre 1997, pourvoi n° 95-13143, Bull. 1997, IV, n° 263 p. 228 : **p. 330, p. 331**

- Cass. Com., 14 octobre 1997, pourvoi n° 95-10418, inédit, RJDA 1998, n° 193 : **p. 377**
- Cass. Com., 14 octobre 1997, pourvoi n° 95-18029, inédit : **p. 386, p. 387**
- Cass. Com., 21 octobre 1997, pourvoi n° 95-17167, inédit : **p. 173**
- CA Paris, Chambre 1, 28 novembre 1997, RJ Com. 1998, n°94, obs. SAINT-ALARY-HOUIN : **p. 368**
- Cass. Com., 6 janvier 1998, pourvoi n° 95-15407, Bull. 1998, IV, n° 7 : **p. 400**
- Cass. Com., 13 janvier 1998, pourvoi n° 95-14521, inédit : **p. 314**
- Cass. Soc., 20 janvier 1998, pourvoi n° 95-40812, Bull. 1998, V, n° 16, p. 13 : **p.120, p. 281**
- Cass. Soc., 12 février 1998, pourvoi n° 96-15461, inédit : **p. 112**
- Cass. Com., 1^{er} avril 1998, pourvoi n° 96-14393, Bull. 1998, III, n° 79, p. 53, RJDA, juin 1998, n° 771, p. 545 : **p. 384**
- Cass. Soc., 14 mai 1998, pourvoi n° 95-45370 96-40293, Bull. V, n° 249, p. 190 : **p. 405**
- Cass. Com., 3 juin 1998, pourvoi n° 96-15319, inédit : **p. 38**
- Cass. Soc. 7 juillet 1998, pourvoi n° 96-21451, Bull. 1998, V, n° 363, p. 275 : **p : 285**
- Cass. Soc., 7 octobre 1998, pourvoi n° 96-42812, Bull. 1998, V, n° 407, p. 307. : **p. 417**
- Cass. Com., 20 octobre 1998, pourvoi n° 96-15107, Bull. 1998, IV, n° 248, p. 206 : **p. 366**
- Cass. Com., 27 octobre 1998, pourvoi n° 96-14666, Bull. 1998, IV, n° 264, p. 219 : **p. 162, p. 173, p. 379**
- Cass. Com., 27 octobre 1998, pourvoi n° 94-21873, Bull. 1998, IV, n° 261, p. 217 : **p. 178**
- Cass. Com., 8 décembre 1998, pourvoi n°95-16503, Bull. 1998, IV, n° 296, p. 245, Comm. BROCARD (E.) ET JEULAND (E.), JCP E, n° 3, 19 janvier 2000, II 10234 : **p. 312**
- Cass. Com., 2 mars 1999, pourvoi n° 96-42444, inédit : **p. 51**
- Cass. Com., 16 mars 1999, pourvoi n° 95-20982, Bull. IV, n° 65, p. 53 : **p. 162**
- Cass. Com., 13 avril 1999, pourvoi n° 97-11383, Bull. 1999, IV, n° 87 : **p. 130, p. 355**
- CA Paris, Pôle 5, Ch. 8, 13 Octobre 1999, n° 08-10258, Act. Proc. Coll. 2009-19, Comm. 293, obs J. VALLANSAN : **p. 316**
- Cass. Com., 19 octobre 1999, pourvoi n° 97-18.206, RJDA 1999, n° 1317 : **p. 42**

- Cass. Com., 26 octobre 1999, pourvoi n°96-13.186, Bull. 1999, IV, n°191 ; D. 2000, somm. p. 330, obs. A. HONORAT ; PA, 3févr. 2000, n°24, p. 5, note P.M, Act. Proc. Coll. 1999-19, n°262, RTD Com. 2000, p. 189, obs. MARTIN-SERF : **p. 334**
- Cass. 1^{re} civ., 9 novembre 1999, pourvoi n° 97-12470, Bull. 1999, I, n° 296, RTD com. 2000, p. 72, n°s 2 et 3, obs. J. Derrupé : **p. 38**
- Cass. com., 23 novembre 1999, pourvoi n° 97-11834, inédit, RJDA 2000, n° 196 : **p. 316**
- CA Nîmes, Ch. 2, Sect. B, 24 février 2000, JurisData n° 2000-114789 : **p. 329**
- CA Paris, 29 février 2000, D. 2000, Act. Jurisp., p.182, Obs. J. Daleau : **p. 111**
- Cass. Com., 14 mars 2000, pourvoi n° 97-20492, Bull. 2000, IV, n° 54, p. 47 : **p. 173**
- Cass. Com., 26 avril 2000, pourvoi n° 97-19952, inédit : **p. 173**
- Cass. Soc., 27 avril 2000, pourvoi n° 98-40064, Bull. 2000, V, n° 156 : **p. 279**
- Cass., Civ. 3^{ème}, 12 juillet 2000, pourvoi n° 98-21945, Bull. 2000, III, n° 140, p. 97 : **p. 376.**
- Cass., Soc. 18 juillet 2000, pourvoi n° 98-18037, Bull. 2000, V, n° 285, p. 225 : **p. 285**
- Cass. Soc., 18 juillet 2000, pourvoi n°99-13976, inédit : **p. 286**
- CJCE, 12 septembre 2000, *Pavolov*, aff. jointes C-180 à 184/98, Rec. I. 6451, pt 75 : **p. 108**
- CA Orléans, 14 septembre 2000 : D. 2001, p. 1017, note PICOD : **p. 380**
- Cass. Com. 3 octobre 2000, pourvoi n° 98-10672, Bull. 2000, IV, n° 146, p. 133, D. 2000.397, RTD com. 2001 : **p. 333**
- CA Paris, 16^e ch. A, 4 octobre 2000, *Nicogi c/ Gan vie*, PA 16 nov. 2000, p. 11, note J. Derrupé : **p. 92**
- CA Paris, 16^e ch. A, 4 octobre 2000, *SCI FGH Champigny c/ SA Atlas* : **p. 92**
- Cass. 1^{re} civ., 7 novembre 2000, pourvoi n° 98-17731, Bull. 2000, I, n° 283, p. 183, comm. LOISEAU (G.), JCP E, n° 10, 8 Mars 2001, p. 419 : **p. 90**
- Cass. Com., 14 novembre 2000, pourvoi n° 97-22659, inédit : **p. 173**
- Cass.Com., 14 novembre 2000, pourvoi n° 97-21175, inédit : **p. 178**
- Cass. Civ, 2 mai 2001, pourvoi n° 99-11336, Bull. 2001, I n° 110 p. 72 : **p. 46**
- Cass. Soc., 10 mai 2001, pourvoi n° 99-41391, Bull. 2001, V, n° 162 : **p. 404**
- CA Paris, Ch. 16, Sect. B, 8 juin 2001, RG n° 1999/24311 : **p. 315**
- Cass.Com., 17 Juillet 2001, pourvoi n°98-19954, inédit : **p. 174**

- CE, 1^{er} octobre 2001, n° 223611, Société Strasbourg bureautique organisation, Comm. BINTZ (M.) et JEAUSSERAND (J.), RLDA, 2002, p.46 : **p. 73**
- CJCE, 25 oct. 2001, *Ambulanz Glöckner*, aff. C-475/99, Rec. I. 8089, pt 19 : **p. 108**
- CA Versailles, 25 octobre 2001, RG n°1998/7034 : **p. 174**
- Cass. Com., 22 janvier 2002, pourvoi n° 99-14010, inédit : **p. 166**
- Cass. Soc., 10 juillet 2002, pourvoi n°00-42340, Bull. 2002, V, n° 242, p. 237 : **p. 154**
- Cass. Soc., 2 octobre 2002, pourvoi n° 00-42193, inédit : **p. 282**
- Cass. com., 4 février 2003, n° 00-16401, inédit, RJDA 2003, n° 747, RPC, 2003, p. 243, obs. ROUSSEL-GALLE : **p. 378**
- Cass. com., 4 mars 2003, pourvoi n° 00-16401, inédit, RDBF 2003, comm. 151, obs. LUCAS ; Act. proc. coll. 2003-11, comm. 148 : **p. 386**
- Cass. Com., 4 mars 2003, pourvoi n° 00-21899, inédit, RPC, 2003, p. 243, n° 10, obs. ROUSSEL-GALLE : **p. 386**
- Cass. Com., 18 mars 2003, n° 99-20122, inédit : **p. 327**
- Cass. Com. 29 avril 2003, pourvoi n°00-11123, inédit : **p. 330**
- Cass.Com., 13 mai 2003, pourvoi n°99-21551, Bull. 2003 IV, n°71 : **p. 360**
- Cass. com., 13 mai 2003, pourvoi n° 00-13397, inédit : **p. 386**
- CA Paris, 3^e ch., sect. C, 27 juin 2003, RG n° 2002/18120 : **p. 165**
- Cass. Soc., 1^{er} octobre 2003, pourvoi n° 01-43685, inédit : **p. 404**
- Cass. Com., 19 novembre 2003, pourvoi n° 00-22220, inédit : **p. 314**
- CA Paris, Ch. 5, Sect. B, 20 novembre 2003, SARL CD Edtion c/ SA Creanet : **p. 41**
- Cass. Com., 3 déc. 2003, pourvoi n° 00-20298, Bull. 2003, IV, n° 193 p. 217 : **p. 196**
- Cons. d'État, 4 février 2004, 8^e et 3^e sect. réun., n° 255956, RJS 2004, Rec. Lebon : **p. 417**
- Cass. Com., 11 février 2004, pourvoi n° 01-14198, inédit : **p. 173**
- Cass. Com., 11 février 2004, pourvoi n° 01-13738, Bull. 2004, IV, n° 25, p. 24 : **p. 173**
- CA Versailles, 14 avril 2004, RPC, Mars 2001, n°1, p.44, n°5 : **p. 383**
- Cass.Com., 28 avril 2004, n°01-12079, Bull. 2004, IV, n°78, p.81 : **p. 341**
- Cass. 3e civ., 30 avril 2004, n° 02-10368, Bull. 2003, III, n° 94, p. 85 : **p. 327**
- Cass. com., 5 mai 2004, pourvoi n° 01-16758, Bull. 2004, IV, n° 83, p. 87, D. 2004, AJ, p. 1734 : **p. 205**
- Cass. Com., 16 juin 2004, pourvoi n° 01-17185, Bull. 2004, IV, n° 125, p. 128 : **p. 336, p. 367**

- CA Versailles, 12e ch., 14 octobre 2004, RG n° 03/06187 : RPC, 2005, p. 44, n° 5, obs. ROUSSEL GALLE : **p. 386**
- Cass. Com., 23 novembre 2004, pourvoi n° 02-12982, Bull. 2004, IV, n° 204, p. 229 : **p. 349**
- Cass. Com., 4 janvier 2005, pourvoi n°02-19099, inédit : **p. 360**
- Cass. 3° Civ., 6 avril 2005, pourvoi n° 01-12.719, Bull. 2005, III, n° 84, p. 79 : **p. 31, p. 32**
- Cass. Soc., 19 avril 2005, pourvoi n° 03-43240, Bull. 2005, V, n° 143, p. 124 : **p.70**
- Civ. 2°, 13 juillet 2005, pourvoi n° 04-13986, Act. proc. coll. 2005, n° 218, obs. MONSERIE-BON, RJDA 2005, n° 1369 ; JCP E 2006, n° 2, p. 72, obs. PETEL : **p. 383**
- CA Amiens, 27 septembre 2005, RG n° 05/02402, Peronne Industrie c/ Comité d'entreprise et Unichips : **p. 416**
- Cass. Com., 4 octobre 2005., pourvoi n° 04-15062, Bull. 2005, IV, n° 191, p. 207, D.2005, p.2593, obs. LIENHARD ; Act. Proc. Coll.2005 ; Comm.233, Note ROUSSEL-GALLE: **p. 163, p. 333**
- Cass. Soc., 11 octobre 2005, pourvoi n° 03-46008, inédit : **p. 281**
- CA Bordeaux, 8 novembre 2005, CT0045 : **p. 110**
- CA Aix-en-Provence, Ch. 8 Sect. A, 10 novembre 2005 : jurisdata n° 2005-302064 : **p. 337**
- Cass. 3° civ., 7 décembre 2005, pourvoi n°04-12931, Bull. 2005, III, n° 244, p.224 : **p. 38**
- CJCE, 10 janvier 2006 : *Ministero dell'Economia e delle Finanze c/ Cassa di Risparmio di Firenze SpA* (aff. n° C-222/04), Comm. ARCELIN (L.), PA, 18 mai 2007 n° 100, p. 4 : **p. 114**
- Cass. Com., 10 janvier 2006, pourvoi n° 03-19519, Bull. 2006, IV, n° 4, p. 3, Comm. JCP N, n° 49, 8 décembre 2006, 1375 : **p. 322, p. 368**
- CA Lyon, 12 janvier 2006, ch. civ. 3, n° jurisdata n° 2006-295674 : **p. 384**
- Cass. Com. 7 mars 2006, pourvoi n° 04-13569, Bull. 2006, IV, n° 62, p. 62 : **p. 50**
- Cass. Ch. Mixte, 7 juillet 2006, pourvoi n° 04-14788, Bull. 2006, Ch. mixte n° 5 p. 17 : **p. 281**
- CJCE, 11 juillet 2006, FENIN c/ Commission, aff. C-205/03, Rec. I. 6295 : **p. 108**
- Cass. Soc., 10 octobre 2006, pourvoi n° 04-43.453, Bull. 1998, V, n° 363, p. 275 : **p. 287**

- CA Paris, 3e ch. B, 13 octobre 2006, jurisdata n° 2006-317760 : **p. 337**
- Cass. Soc., 20 décembre 2006, pourvoi n° 04-42.475 Bull. 2006, V, n° 390, p. 377 : **p. 285**
- Cass. Com., 13 févr. 2007, pourvoi n° 05-17296, Bull. 2007, IV, n° 38, Gaz. Pal., n° 142, 22 mai 2007, p. 23, note BRAULT : **p. 401**
- 22 mars 2007, pourvoi n° 05-44089, inédit : **p. 414**
- CJCE, 19 avril 2007, affaire C-295/05, *ASEMFO* : **p. 108**
- Cass. Com., 9 mai 2007, pourvoi n° 06-10064, Bull. 2007, IV, n° 122; Act. proc. coll. Octobre 2007, comm. 118, note VALLANSAN ; JCP E 2007, 2119, p. 22, n° 5, obs. PETEL ; D. 2007, p. 1508, note LIENHARD ; Gaz. pal. 25 et 26 juillet 2007, p. 24, note BRAULT: **p. 279, p. 386**
- Cass. Com., 9 mai 2007, pourvoi n°05-20057, inédit : **p. 389**
- CA Riom, Ch. com., 29 juin 2007, *SA Etablissements Toury / SELARL Bauland Gladel et Martinez*, Comm. FRAIMOUT (J.-J.), RPC, n° 1, janvier 2009, comm. 13 : **p. 188**
- CA Nîmes, 11 septembre 2007, RG n°05/044678 : **p. 174**
- Cass. Soc., 25 septembre 2007, pourvoi n°06-41892, inédit : **p. 284**
- Cass. Com., 16 octobre 2007, pourvoi n° 06-10916, inédit : **p. 330**
- CA Nîmes, 8 novembre 2007, RG n°05/04188 : **p. 178**
- Cass. Soc., 13 novembre 2007, pourvoi n° 06-41512, inédit : **p. 284**
- Cass. Soc., 13 novembre 2007, pourvoi n°06-41800, inédit : **p. 284**
- Cass. Com., 8 janvier 2008, pourvoi n° 07-10079, inédit JCP E 2008, 1511, note B. Rolland, RPC, 2009, comm. 12, note FRAIMOUT : **p. 155, p. 315**
- CA Montpellier, 5 février 2008, RG n°07/1788 : **p. 174**
- Cass. 1^{ère} Civ., 6 février 2008, pourvoi n° 06-19089, Bull. 2008, I, n° 47, RTD Civ. 2008 p. 341 : **p. 249**
- Cass., Soc., 12 février 2008, pourvoi n°06-45801 06-45823, inédit : **p. 415**
- CA Paris, 3e ch. B, 14 févr. 2008, SARL HRM / GORINS, Comm. FRAIMOUT (J.-J.), RPC n° 1, Janvier 2009, comm. 11 : **p. 80**
- Cass. Soc., 12 mars 2008, pourvoi n° 06-45147, Bulletin 2008, V, n° 59 : **p. 413**
- Cass. Soc. 13 mai 2008, pourvoi n° 07-40369, inédit : **p. 286**
- Cass. 3e civ., 10 décembre 2008, pourvoi n° 07-15241, Bull. 2008, III, n° 198 ; Loyers et copr. 2009, comm. 20, BRAULT (P.-H.) ; AJDI 2009, p. 450, obs. DUMONT-LEFRAND (M.-P.) : **p. 32, p. 127, p. 290**

- Cass. Com., 18 juin 2008, n° 07-12966, Bull. 2008, III, n° 108 ; Act. proc. coll. 2008, comm. 15, obs. FRAIMOUT ; RPC 2011, comm. 122, obs. RUFFIE : **p. 315**
- CJCE, 1^{er} juill. 2008, aff. C-49/07, MOTOE c/ Elliniko Dimosio, comm. SELINSKY (V.) et CHOLET (S.), Revue Lamy Droit des Affaires 2008, p.31 : **p. 107**
- CA Rennes, ch. 2, 1er juillet 2008, RG n° 08/01007, RPC, 2010, comm. 75, obs. FRAIMOUT : **p. 384**
- Cass. Com., 16 septembre 2008, pourvoi n° 06-17809, Bull. 2008, IV, n° 155, JCP G 2009, I, n° 114, note CABRILLAC : **p. 401**
- Cass. Com., 28 octobre 2008, pourvoi n° 07-15286, inédit : **p. 315**
- CA Basse-Terre, 2^e Civ., 10 novembre 2008, RG n° 07/01607 : **p. 232**
- Cass. 3^e Civ., 10 décembre 2008, pourvoi n° 07-15241, Bull. 2008, III, n° 198 : **p. 32, p. 127**
- Cass. Soc., 21 janvier 2009, pourvoi n° 07-12411, Bull. 2009, V, n° 14 : **p. 110**
- Cass. 1^{ère} Civ., 18 février 2009, pourvoi n° 07-21197, inédit : **p. 173**
- Cass. Soc., 3 mars 2009, pourvoi n°08-40091, inédit : **p. 416**
- CJCE, 26 mars 2009, *Selex Sistemi Integrati c/ Commission*, aff. C-113/07 P, Rec. I. 2207 ; Europe 2009, no 198, obs. Idot ; Contrats Marchés publ. 2009, no 152, obs. Eckert : **p. 108**
- CA Pau, 2^e Ch., 1^{ère} Sect., 26 mars 2009, RG n° 08/01659 : **p. 175**
- Cass. Com., 31 mars 2009, pourvoi n° 08-14180, Bull. 2009, IV, n° 47 : **p. 255**
- Cass. Com., 28 avril 2009, pourvoi n° 07-18715, Bull. 2009, IV, n° 57 : **p. 197**
- Cass. Soc., 29 avril 2009, pourvois n°07-45509 et n°07-45566, inédit : **p. 287**
- Cass. 3^e Civ., 13 mai 2009, pourvoi n° 08-12380, Bull. 2009, III, n° 106, Comm. DUMONT-LEFRAND (M.-P.), l'essentiel Droit des entreprises en difficulté, 01 juillet 2009 n° 4, p. 5 : **p. 32**
- Cass. com., 3 juin 2009, pourvoi n° 07-15708, inédit : **p. 387**
- Cass. 3^e civ., 10 juin 2009, pourvoi n° 08-13.166, Bull. 2009, III, n° 141, Gaz. Pal. 2009/4, 2^e partie, p. 20, note VOINOT ; RPC. 2010, comm. 141, note LEBEL : **p. 327**
- Cass. Com., 7 juillet 2009, pourvoi n° 05-21322, inédit : **p. 38**
- Cass. Com. 7 Juillet 2009, pourvoi n° 08-17275, Bull. 2009, IV, n° 100 : **p. 348, p. 355**
- Cass. Com., 6 octobre 2009, pourvoi n°07-15325, Bull. 2009, IV, n° 120 : **p. 174**
- CA Rennes, 2^e Ch., 27 octobre 2009, RG n° 08/01237 : **p. 188**
- Cass. Com., 3 novembre 2009, pourvoi n° 07-14283, inédit : **p. 191, p. 375**

- Cass. Soc., 24 novembre 2009, pourvoi n°08-44148, Bull. 2009, V, n° 264 : **p. 404**
- Cass. Com., 15 décembre 2009, pourvoi n° 08-21 235, Bull. 2009, IV, n° 169 : **p. 382**
- Cass. Soc., 26 janvier 2010, pourvoi n°08-44119, inédit : **p. 414**
- Cass. Com., 17 février 2010, pourvoi n° 08-19357, Bull. 2010, III, n° 44 : **p. 32**
- Cass. Soc., 24 mars 2010, pourvoi n° 09-40465, Bull. 2010, V, n° 68 : **p. 415**
- Cass. Com. 30 mars 2010, pourvoi n° 09-13101, Bull. 2010, IV, n° 67 : **p. 342**
- CA Versailles, 13ème Chambre, 22 avril 2010, RG n° 09/09994 : **p. 208**
- Cass. Com., 19 mai 2010, pourvoi n° 09-14167, Bull. 2010, III, n° 102 : **p. 326**
- CA Versailles, 13^e Chambre, 16 juillet 2010, RG n° 09/05463 : **p. 206, p. 208**
- Cass. Com., 7 Septembre 2010, pourvoi n°09-66284, RPC, n°6, novembre 2010, Comm. 249 : **p. 333, p. 388**
- Civ. 3^e, 15 septembre 2010, pourvoi n° 09-68521, Bull. 2010, III, n° 155, D. 2010. 2151 ; AJDI 2011. 287, obs. ROUQUET (Y.), JCP E 2011, 2065, note BRAU (P.-H.) : **p. 95, p. 127, p. 235**
- Cass. 3e civ., 6 octobre 2010, pourvoi n° 09-66683, Bull. 2010, III, n° 182 ; Act. proc. coll. 2010, comm. 248 VALLANSAN : **p. 336**
- Cass. com., 19 octobre 2010, pourvoi n° 09-68377, Bull. 2010, IV, n° 155 : **p.130, p. 348, p. 360**
- Cass. Com., 3 novembre 2010, n° 09-70372, inédit : **p. 330**
- CA Paris, Pôle 5, Ch. 9, 4 novembre 2010, RG n°10/07100 : **p. 352**
- CA Caen, ch. civ. et com. 1, 9 novembre 2010, Comm. KENDERIAN, JCP E 2011, n°1265 : **p. 384**
- CA Paris, 9 novembre 2010, RG n° 10/02643, JCP E 2011, 1265, note F. KENDERIAN : **p. 385**
- CA Paris, pôle 5, ch. 8, 16 novembre 2010, RG n° 10/18922 : **p. 197**
- Cass. Com., 14 décembre 2010, pourvoi n° 10-17235, Bull. 2010, IV, n° 202 : **p. 207**
- CA Agen, Ch. com, 17 janvier 2011, RG n° 10/00373, jurisData n° 2011-028397 : **p. 330**
- CJCE 20 janvier 2011 aff. 463/09, *CLECE SA c/ Martin Valor* : **p. 286**
- CA Montpellier, 2e ch., 8 février 2011, RG n° 10/01070 : **p. 316**
- CA Douai, 2^e Chambre, 16 février 2011, RG n° 10/07099 : **p. 176, p. 272, p. 387**
- CA Nîmes, 2e ch. com., sect. B, 7 avril 2011, RG n° 09/03026 : **p. 316**
- Cass. 1^{ère} Civ, 4 mai 2011, pourvoi n°10-11951, Bull. 2011, I, n° 78 : **p. 110**

- CA Amiens, 1^{ère} Ch., 2^e Sect., 10 mai 2011, RG n° 09/05482 : **p. 168**
- CA Poitiers, 17 mai 2011, 2^e Civ., RG n° 10/02898 : **p. 184, p. 211, p. 227**
- CA Chambéry, ch. com., 17 mai 2011, RG n° 10/01703, Comm. FRAIMOUT (J.-J.), RPC, n° 6, novembre 2011, comm. 185 : **p. 357**
- CA Paris, Pôle 5, Ch. 9, 16 juin 2011, RG n° 10/21884 : **p. 225**
- CA Lyon, Ch.3A, 1^{er} juillet 2011, RG n°11/02416 : **p. 165**
- Cass. Soc., 28 septembre 2011, pourvois n°10-30020 et 10-30021, inédit : **p. 287**
- Cass. Soc., 3 novembre 2011, pourvoi n°10-11820, Bull. 2011, V, n° 249 : **p. 286**
- Cass. Com., 8 novembre 2011, pourvoi n° 10-24119, inédit : **p. 178**
- Cass. Soc. 13 décembre 2011, pourvoi n° 10-17716, inédit : **p. 283**
- CA Amiens, Ch. Eco., 10 janvier 2012, RG n° 11/03468 : **p. 197, p. 208, p. 233**
- Cass. Com., 21 février 2012, pourvoi n° 10-24239, inédit : **p. 359**
- CA Basse-Terre, Ch. Soc., 12 mars 2012, S.A.R.L Socadi c/ Martel C., RG n°09/01860 : **p. 181**
- Cass. Com., 13 mars 2012, pourvoi n° 10-24192, Bull. 2010, IV, n° 132 : **p. 333**
- CA Aix-en-Provence, ch. 8, sect. A, 22 mars 2012, RG n° 11/14367, comm. LEBEL (C.), RPC, n° 6, Novembre 2012, comm. 197 : **p. 160**
- Cass. Com., 27 mars 2012, pourvoi n° 11-10139, inédit : **p. 207**
- Cass. Com., 11 avril 2012, pourvoi n° 09-12431, inédit : **p. 121, p. 173**
- CA Versailles, 2 mai 2012, RG n°11/00327 : **p. 174**
- Cass. Com, 22 mai 2012, pourvoi n°11-12015, Bull. 2012, IV, n° 108 : **p. 197**
- CA Versailles, 13^e Chambre, 24 mai 2012, RG n°11/04803 : **p. 197**
- Cass. Soc., 26 juin 2012, pourvoi n°11-10108 et n° 11-21752, inédit : **p. 405, p. 407**
- Cass. Civ 2^e, 20 septembre 2012, pourvoi n° 11-18390, inédit : **p. 180**
- CA Lyon Ch. 3 Sect. A, 4 octobre 2012, RG n° 12/02869 : **p. 337**
- Cass. Com., 16 octobre 2012, pourvoi n° 11-23703, inédit : **p. 178**
- Cass. Com., 30 octobre 2012, pourvoi n° 11-12588, inédit : **p. 179**
- Cass. Com., 13 novembre 2012, pourvoi n° 11-18958 et 11-19702, inédit : **p. 330**
- CA Paris, 15 janvier 2013, RG n° 12/17592 : **p. 385**
- CA Paris, pôle 5, ch. 3, 23 janvier 2013, RG n° 11/06407, SARL Gesti Coq c/ Me Tulier, es qu. adm. SCI d'Orléans, Sté SGM et M. Lablancherie : **p. 401**
- CA LYON, Ch. 1 Sect. A, 31 janvier 2013, RG n° 11/07565 : **p. 349, p. 360**

- CA Toulouse, Ch. 2, 5 février 2013, RG n° 11/01495 : **p. 387**
- CA Chambéry, Ch. Civ., 19 février 2013, RG n° 13/00031 : **p. 199**
- CA Aix-en-Provence, 8 ch. A, 21 févr. 2013, RG n° 12/07700, comm. KENDERIAN (F.), JCP E, n° 41, 10 Octobre 2013, 1549 : **p. 389**
- CA Orléans, 14 mars 2013, RG, n°12/02157 : **p. 337**
- Cass. 3° Civ., 20 mars 2013, pourvoi n° 11-28.788, Bull. 2013, III, n° 38 : **p. 31**
- CA Agen, 1re ch. com., 15 avril 2013, RG n° 12/00820, *S.A Weill Productions c/ S.A.R.L Lucy*, Comm. VALIERGUE (J.), JCP G, n° 28, 8 Juillet 2013, p. 818 : **p. 153**
- Cass. Com., 25 juin 2013, pourvoi n° 12-17037, Bull. 2013, IV, n° 108 : **p. 50**
- Cass. Com., 9 juillet 2013, pourvoi n° 12-21062, Bull. 2013, IV, n° 126 ; D. actu., 26 juill. 2013, obs. X. Delpech, comm. REILLE, RPC, n°1, janvier 2014 : **p. 330**
- Cass. com., 17 septembre 2013, pourvoi n° 12-17741, Bulletin 2013, IV, n° 134 : **p. 156**
- TGI Strasbourg 20 décembre 2013, RG n°2013/003928, Bull. Joly Entr. Diff., n° 3, 01 mai 2014, p. 167 : **p. 380**
- Cass. Com., 15 octobre 2013, pourvoi n° 12-24389, comm. NOIRAUD (R.), Revue des sociétés 2014, p. 253 : **p. 79**
- CA Paris, 24 octobre 2013, Pôle 5, Ch. 9, RG n° 12/13817 : **p. 175**
- Cass. Soc., 21 janvier 2014, pourvoi n° 12-18421, Bull. 2014, V, n° 25 : **p. 154**
- CA Poitiers, 11 février 2014, 2° Civ., RG n°13/01506 : **p. 184, p. 198**
- Cass. Com., 11 février 2014, pourvoi n° 12-26208, Bull. 2014, IV, n° 35 : **p. 164, p. 195**
- Cons. const., 27 mars 2014, n° 2014-692 DC : **p. 145**
- Cass. Com., 29 avril 2014, pourvoi n° 13-11070, inédit : **p. 232**
- Cass.Com., 13 mai 2014, pourvoi n° 13-11622, Bull. 2014, IV, n° 88, D. 2014, p.1150 : **p. 187**
- Cass, 1^{ère} Civ., 14 mai 2014, pourvoi n°12-35035, Bull. 2014, I, n° 92 : **p. 206**
- Cass. Com., 11 juin 2014, pourvois n° 13-16.194 et n° 13-20.375, Bull. 2014, IV, n° 100, JCP G, n° 41, 6 Octobre 2014, 1017 : **p. 163, p. 249, p. 333**
- Cass. 3e civ., 17 juin 2014, pourvoi n° 13-15119, inédit : **p. 385, p. 387**
- CE, 2 juill. 2014, n° 361502, Comm. DEDESSUS-LE-MOUSTIER, L'essentiel du droit des entreprises en difficulté, n° 9, 2 octobre 2014, p. 6 : **p. 406**
- Cass. 3° civ., 9 sept. 2014, pourvoi n° 13-19753, inédit : **p. 375**
- Cass.Com., 16 septembre 2014, pourvoi n° 13-23901, Bull. 2014, IV, n° 121 : **p. 312**

- Cass. Com., 23 septembre 2014, pourvoi n° 13-19713, Bull. 2014, IV, n° 136 et les obs. ROUSSEL-GALLE, Rev. Soc. 2014, p. 750 : **p. 311**
- CA Montpellier, 14 Octobre 2014, RG n°13/03229 : **p. 175**
- CA Lyon, 1ère Ch. civ. A, 4 décembre 2014, RG n° 13/02325 : **p. 314**
- Cass. Soc., 28 janvier 2015, pourvoi n°13-16719, Bull. 2015, V, n° 11 : **p. 287**
- Cour de cassation, civ., Ch. Soc., 11 février 2015, pourvois n°13-26.015 13-26.016, inédit : **p. 112**
- Cass. com., 17 février 2015, pourvoi n° 14-10.279, Bull. 2015, IV, n° 36 : **p. 207**
- CA Montpellier, 24 février 2015, 2° Ch., RG n°14/01619 : **p. 184**
- CA Bastia, 15 avril 2015, Ch. Civ. B, RG n°13/00562 : **p. 175**
- CE, 22 mai 2015, n° 371061 : **p. 227**
- Cass. Com., 27 mai 2015, pourvoi n° 14-14744, inédit, comm. VABRES (R.), RPC, n° 6, Novembre 2015, comm. 197 : **p. 323**
- Cass. Soc., 27 mai 2015, pourvoi n° 13-26968 13-26969 13-26970 13-26971 13-26972 13-26973 13-26974 13-26975 13-26976 13-26977 13-26978 13-26979 13-26980 13-26981 13-26982 13-26983 13-26984 13-26986 13-26987 13-26988 13-26989 13-26990 13-26991 13-26992 13-26993 13-26995 13-26996 13-26997 13-26998 13-27000 13-27001 13-27002 13-27004 13-27005 13-27006 13-27008 13-27009 13-27010 13-27011 13-27012 13-27013 13-27014 13-27015 13-27016 13-27017 13-27018 13-27021 13-27022 13-27023 13-27024 13-27025 13-27026 13-27028 13-27029 13-27030 13-27032 13-27033 13-27034 13-27035 13-27037 13-27038 13-27039 13-27040 13-27041 13-27042 : **p. 418**
- CA Agen, 1^{ère} Ch. com, 2 novembre 2015, RG n° 14/01559 : **p. 165**
- Cass. Soc., 12 janvier 2016, pourvoi n° 14-22216, comm. ICARD (J.), La JCP S, n° 15-16, 19 Avril 2016, 1142 : **p. 284**
- Cass. Com., 1^{er} mars 2016, pourvoi n° 14-14716, comm. PUYGAUTHIER, JCP N, n° 30-34, 29 Juillet 2016, 1247 : **p. 385, p. 389**
- Cass. Com., 12 juillet 2016, pourvoi n° 15-16389, Gaz. Pal., n°36, p.59 : **p. 312**
- Cass. Com., 27 septembre 2016, pourvoi n° 14-22372, inédit : **p. 163**
- CE, 4e et 5e ch. réun., 15 mars 2017, n° 387728, Sté Bosal Rapide, comm. FIN-LANGER (L.), Revue des procédures collectives n° 3, Mai 2017, comm. 83 : **p. 419**
- Cass. Com., 4 mai 2017, n° 15-27899, Comm. PETIT (F.), Act. Proc. Coll., n° 10, mai 2017, alerte 163 : **p. 316**

- Cass. Com., 28 juin 2017, pourvoi n° 15-17394, publié au bulletin : **p. 372**

Index de la législation citée

Législation interne

- Loi du 28 mai 1838 sur les faillites et banqueroutes
- Loi du 28 février 1872 concernant les droits d'enregistrement, JORF du 23 février 1872, p. 84
- Loi du 1^{er} mars 1898 relative au nantissement des fonds de commerce
- Loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce, JORF du 19 mars 1909, p. 2809
- Ordonnance n°45-280 du 22 février 1945 institution des comités d'entreprise, JORF du 23 février 1945, p. 954
- Loi n°51-59 du 18 janvier 1951 relative au nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement, JORF du 19 janvier 1951, p. 715
- Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, JORF du 26 juillet 1966 p. 6402
- Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes, JORF du 14 juillet 1967, p. 7059
- Ordonnance n°67-820 du 23 septembre 1967 tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises, JORF du 28 septembre 1967, p. 9534
- Loi n°72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile JORF du 23 décembre 1972, p. 13348

- Loi n°84-46 du 24 janvier 1984 bancaire relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit JORF du 25 janvier 1984, p. 390
- Loi n°85-98 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, JORF du 26 janvier 1985, p. 1097
- Loi n° 85-697 du 11 juillet 1985 relative à l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) et à l'exploitation agricole unipersonnelle (EARL), JORF du 12 juillet 1985, p. 7862
- Loi n° 85-729 du 18 juillet 1985 relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d'aménagement, JORF du 19 juillet 1985, p. 8152
- Ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, JORF du 9 décembre 1986
- Loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, JORF n° 134 du 11 juin 1994, p. 8840
- Ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de commerce, JORF n° 219 du 21 septembre 2000, p. 4783
- Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains, JORF n°289 du 14 décembre 2000, p. 19777
- Ordonnance n° 2000-1223 du 14 décembre 2000 relative à la partie législative du Code monétaire et financier, JORF n°291 du 16 décembre 2000, p. 20004
- Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, JORF du 16 mai 2001, p. 7776
- Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, JORF n°173 du 27 juillet 2005, p. 12187

- Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, JORF du 3 août 2005, p. 12639
- Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, JORF n°71 du 24 mars 2006 p. 4475
- Ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006 portant refonte du code de l'organisation judiciaire et modifiant le code de commerce, le code rural et le code de procédure pénale, JORF n°132 du 9 juin 2006 page 8710
- Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, JORF n°44 du 21 février 2007, p. 3052
- Décret n° 2007-1827 du 26 décembre 2007 relatif au droit de préemption des communes sur les fonds de commerce, les fonds artisanaux et les baux commerciaux, JORF 28 décembre 2007, texte 4
- Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, JORF n°0181 du 5 août 2008, p. 12471
- Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, JORF n° 0137 du 16 juin 2010, p. 10984
- Ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, JORF n°0286 du 10 décembre 2010, p. 21617
- Loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allégement des démarches administratives
- Loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi, JORF n°0138 du 16 juin 2013 p. 9958
- Ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013 relative aux établissements de crédit et aux sociétés de financement, JORF n°0148 du 28 juin 2013, p. 10682

- Décret n° 2013-554 du 27 juin 2013 relatif à la procédure de licenciement collectif pour motif économique, JORF n°0148 du 28 juin 2013, p. 10725
- Ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives, JORF n°62 du 14 mars 2014, p. 5249
- Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, JORF n°65 du 18 mars 2014, p. 5400
- Loi n° 014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, JORF n°0072 du 26 mars 2014, p. 5809
- Loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle, JORF n°77 du 1 avril 2014, p. 6227
- Loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, JORF n°0140 du 19 juin 2014, p. 10105
- Décret n° 2014-1317 du 3 novembre 2014 relatif au bail commercial, JORF n° 0256 du 5 novembre 2014
- Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, JORF n°182 du 8 août 2015, p. 13776
- Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF du 11 février 2016, texte 26
- Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n°0184 du 9 août 2016, texte n° 3
- Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, JORF n°0184 du 9 août 2016

- Loi n° 2016-1524 du 14 novembre 2016 visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias, JORF n°0265 du 15 novembre 2016
- Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, JORF n°269 du 19 novembre 2016

Législation européenne

- Directive 77/187/CEE du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements
- Directive n° 80/723 de la Commission, 25 juin 1980, JOCE, n° L 195, 29 juill.
- Directive n° 2000/52 de la Commission, 26 juill. 2000, JOCE, n° L 193, 29 juill.
- Directive n° 2004/17 du Parlement européen et du Conseil, 31 mars 2004, JOUE, n° L 134, 30 avr.
- Directive n° 2006/111 de la Commission, 16 nov. 2006, JOUE, n° L 318, 17 nov.

Rapports

- Ass. Nat. : rapport n° 2095, sur le projet de loi n° 1596 de sauvegarde des entreprises, par Mr X. De Roux
- Sén. : rapport n°335, fait au nom de la commission des lois, déposé le 11 mai 2005, par Mr J.-J. Hiest

Réponses Ministérielles

- Rép. Min. n° 12017, JOAN, 21 août 1989, p. 3685
- Rép. min. n° 28435, JOAN 30 juillet 1990, p. 362
- Rép. min., n° 00899, JO Sén., 6 janv. 1994, p. 33
- Rép. Min. n°11206, 1^{er} Octobre 1998, JO Sén., Q, 3 déc.1998, p.3879, D.Aff. 1999, n°144, p.64
- Rép. min. n° 70094, JOAN 1^{er} novembre 2011, p. 11645
- Rép. min. n° 21197, JO Sén., 16 avr. 2012, p. 445

Etude critique des modes de cession applicables au fonds de commerce dans le cadre de la réalisation des actifs en liquidation judiciaire

Résumé : Depuis la réforme du droit des procédures collectives par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, deux régimes de cession aux conséquences juridiques dissemblables restent applicables lors des réalisations d'actifs en liquidation judiciaire. Le fonds de commerce, bien particulier à la définition lacunaire, présente la particularité d'être éligible tant à l'application du régime de la cession d'entreprise des articles L 642-1 et suivants du Code de Commerce, qu'à celle de la cession de biens isolés de l'article L 642-19 du Code de Commerce. Les éléments guidant la répartition des ensembles cédés sous l'un ou l'autre régime restent cependant à ce jour imprécis, compromettant la sécurité juridique des différents acteurs de la procédure. Suite à l'étude des causes théoriques et pratiques de cette confusion, des propositions de réforme de ces régimes peuvent être formulées afin d'offrir aux intervenants à la procédure, qu'ils soient parties à la cession, créanciers, ou salariés, une meilleure lisibilité de leurs droits et obligations.

Mots clefs : Fonds de commerce, Entreprise, Liquidation Judiciaire, Cession de l'entreprise, Cession de biens isolés

Critical study of the cession regimes applying to the goodwill at the assets divestment stage of the judicial liquidation

Abstract : Since the reform of the collective procedures by the July 26, 2005 Companies backup Act, two regimes of sales, of dissimilar legal consequences, can be applied during the divestments of the assets that takes place in the final stages of the judicial liquidation. The goodwill, specific asset of lacunar definition, has the particularity to be eligible both for the application of the system of transfer of companies mentioned at the article L 642-1, to that of isolated assets divestment regime mentioned at the article article L 642-19 of the French Commercial Code. Elements guiding the distribution of sets sold under one or the other regime remain however to this day unclear, compromising the legal security of the different actors in the process. Following the study of the theory and practice of this confusion causes, proposals for reform of these regimes can be formulated to provide to the participants in the proceedings, may they be parties to the sales, creditors or employees, a better readability of their rights and obligations.

Keywords : Goodwill, Company, Judicial liquidation, Company transfer regime, Isolated assets divestment regime,

Unité de recherche/Research unit : CRDP Demogue, http://crdp.univ-lille2.fr/ , dherbaut@univ-lille2.fr Ecole doctorale/Doctoral school : Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion, n° 74, 1 place Déliot, 59000 Lille, ecodoc.univ-lille2.fr , http://edoctore74.univ-lille2.fr Université/University : Université Lille 2, Droit et Santé, 42 rue Paul Duez, 59000 Lille, http://www.univ-lille2.fr
--